

Réflexions sur les problèmes constitutionnels soulevés par l'abrogation du *Code civil du Bas-Canada*

Jean Leclair*

INTRODUCTION

Un garçon de deux ans est mort dans la grande isba face à l'immeuble où habite Charlotte. [...] La mort d'un être bien plus jeune que moi remet en cause l'univers tout entier. Je me précipite chez Charlotte. Elle perçoit mon angoisse et me dit quelque chose d'étonnant dans sa simplicité : « Tu te souviens, en automne, nous avons vu un vol d'oiseaux migrateurs ? - Oui, ils ont survolé la cour et puis ils ont disparu. - C'est ça, mais ils continuent à voler, quelque part dans les pays lointains, seulement, nous, avec notre vue trop faible, nous ne pouvons pas les voir. Il en est de même pour ceux qui meurent. »

Andrei Makine[1]

Le *Code civil du Québec*[2], entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, a remplacé l'ancien *Code civil du Bas-Canada*[3] de 1866. À première vue, on pourrait croire que cette abrogation[4] a mis un terme définitif à l'existence normative de cette pièce maîtresse du droit civil québécois. Comme nous tenterons maintenant de le démontrer, cela n'est vrai qu'en partie. Il nous faut donc y regarder de plus près.

Malgré son titre pourtant clair, on oublie trop aisément que le *Code civil* est une mesure qui a été adoptée par la législature de la province du Canada quelques mois avant l'entrée en vigueur du *British North America Act*[5], devenu aujourd'hui la *Loi constitutionnelle de 1867*[6]. Comme toute norme de droit préconfédéral, ce code a été maintenu en vigueur aux termes de l'article 129 de la *Constitution*, mais le pouvoir d'en modifier ou d'en abroger le contenu a dorénavant été partagé entre les deux ordres de gouvernement, soit le Parlement central et, en l'occurrence, la législature du Québec (A). Le pouvoir de modifier ou d'abroger le droit préconfédéral appartient donc à l'ordre de gouvernement compétent, en conformité des articles 91 et 92 de la *Constitution*, pour régir la matière sur laquelle porte une disposition préconfédérale donnée (A; I). À la difficulté liée à l'identification du titulaire du pouvoir d'abroger ce droit s'ajoute également, comme nous pourrions le constater, celle de la définition et de la portée de ce pouvoir d'abrogation (A; II). Dans la deuxième partie de cet article, le problème particulier de l'abrogation de dispositions préconfédérales susceptibles de relever des deux ordres de gouvernement retiendra notre attention (B). D'une part, nous aborderons brièvement le problème de l'abrogation des dispositions préconfédérales du *Code civil* qui, à partir de 1867, comportent un double aspect (B; I). D'autre part, sera examinée la question du pouvoir d'abroger le *Code civil* en tant qu'expression, au Québec, du droit commun en matière de droit privé fédéral (B; II).

Cet article vise à démontrer que tout n'a pas été réglé le 1^{er} janvier 1994. En réalité, celui qu'on croyait mort n'est que moribond. En effet, comme nous le verrons, plusieurs dispositions du *Code civil* ne pouvaient être abrogées unilatéralement par la législature de la province de Québec. D'autres encore n'ont pu être supprimées que dans leur aspect provincial; elles continuent donc à subsister dans leur dimension fédérale. Tout cela est une résultante directe de la nature préconfédérale de certaines dispositions du *Code civil*. Notre objectif n'est pas d'examiner chacune des dispositions du *Code civil* susceptibles de poser problème, mais bien de broser un tableau général de la problématique relative à l'abrogation, par un des deux ordres de gouvernement, d'une norme préconfédérale.

A) LES LIMITES IMPOSÉES PAR LA CONSTITUTION AU POUVOIR DE SUPPRIMER LE DROIT PRÉCONFÉDÉRAL

Le 1^{er} août 1866[7], dans une atmosphère de relative indifférence[8], le *Code civil* entrait en vigueur[9]. Un événement bien plus controversé allait survenir onze mois plus tard[10], à savoir l'entrée en vigueur du *British North America Act*[11]. Cette loi impériale réunissait la province du Canada, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick « en une seule et même Puissance sous le nom de Canada » (article 3); ce dernier, disait-on, serait divisé en quatre provinces dénommées Ontario, Québec, Nouvelle-Écosse et Nouveau-Brunswick (article 5). Au fil des années, d'autres colonies et territoires s'ajoutèrent à l'espace géographique initial du Canada[12]. Ce bouleversement du paysage constitutionnel des colonies britanniques nord-américaines ne serait pas sans conséquence en matière juridique.

Tous les territoires et colonies appelés à constituer le nouvel État fédéral canadien étaient régis, avant leur adhésion à la Confédération, par une multiplicité de sources de droit : lois locales, droit judiciaire local, lois impériales s'appliquant spécifiquement à la colonie, lois et droit judiciaire anglais « reçus » dans la colonie[13], etc. Au Québec, le *Code civil* constituait la pierre d'assise de ce droit préconfédéral. L'intention du constituant, en 1867, n'était pas de faire table rase en écartant du revers de la main tout ce faisceau normatif. Il entendait, au contraire, maintenir en vigueur tout ce bouquet de normes préconfédérales. L'article 129 visait précisément cet objectif[14]; cette disposition prévoit ce qui suit[15] :

Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made ; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland), to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.

Il ne fait aucun doute que cet article maintient en vigueur le droit préconfédéral, en ce sens que ce dernier, dans la mesure où il n'est pas modifié ou abrogé par l'autorité

compétente, peut être mis en application par les tribunaux[16]. En effet, l'objet de cette disposition était de prévoir la continuité du droit « until the new Parliament and new legislatures were organized, assembled and able to function »[17]; en somme, elle visait à prévenir l'existence d'un vide juridique[18]. L'application du droit préconfédéral d'une colonie donnée est bien sûr confinée à l'espace territorial de la nouvelle province[19]. Enfin, il va de soi qu'il n'est pas possible de prétendre à l'inconstitutionnalité d'une loi préconfédérale[20], à moins de prouver que celle-ci n'ait été adoptée en contravention de l'ordre constitutionnel antérieur à celui qui a été institué à partir de 1867[21].

Nous verrons maintenant que, en opérant un renvoi aux articles 91 et 92 de la *Constitution*, l'article 129 a également eu pour effet de partager entre les deux ordres de gouvernement le pouvoir de modifier ou d'abroger ce droit préconfédéral.

I. Un pouvoir partagé en fonction de la matière sur laquelle porte la norme préconfédérale

En ce qui concerne le pouvoir de modifier le droit préconfédéral, la jurisprudence a rapidement consacré le principe voulant que « [...] les législatures provinciales et le Parlement fédéral ne peuvent modifier ou abroger directement et spécifiquement que les lois qu'ils ont la compétence de réédicter »[22]. En d'autres termes, en déclarant que seule l'autorité compétente, en vertu des articles 91 et 92 de la *Constitution*, était en mesure de modifier le droit préconfédéral, l'article 129 nous renvoie au processus habituel de qualification des lois.

La première décision en importance relative à la portée de l'article 129 de la *Constitution* est l'arrêt *Dobie c. The Temporalities Board*[23] rendu par le Conseil privé en 1882. En l'espèce, on contestait la validité constitutionnelle d'une loi québécoise édictée en 1875[24] qui avait abrogé une loi adoptée par la province du Canada en 1855[25]. La loi de 1855 avait eu pour objet la constitution d'une corporation appelée « Bureau d'administration des biens temporels de l'Église presbytérienne du Canada ». Quant à la loi québécoise en litige, elle visait tout simplement à détruire l'existence légale de cette corporation et à lui en substituer une nouvelle. Le pouvoir de la province de Québec d'agir de la sorte était mis en doute.

Le Conseil privé devait affirmer, dans un passage maintenant célèbre, que le pouvoir du Parlement fédéral ou des législatures provinciales de modifier le droit préconfédéral « [is] made precisely co-extensive with the powers of direct legislation with which these bodies are invested by the other clauses of the Act of 1867 »[26]. C'est donc aux articles 91 et 92 de la *Constitution* qu'il faut retourner pour déterminer qui, des deux ordres de gouvernement, est compétent pour modifier ou abroger une disposition législative préconfédérale. Bref, en l'espèce, si l'on avait pu établir que la législature du Québec aurait été en mesure d'adopter une loi en tous points identique à la loi de 1855, la loi abrogatoire de 1875 aurait été jugée valide[27]. Le juge a cependant conclu que cette preuve n'avait pas été faite. La loi de 1875, dit-il, ne porte pas sur une matière qui relève d'un des chefs de compétence attribués à la province de Québec, puisqu'elle est relative à

des droits civils situés à l'extérieur de la province. En effet, cette loi vise les droits et obligations reconnus à la compagnie au Québec tout autant qu'en Ontario[28].

Le juge a également refusé d'admettre qu'on pouvait avaliser l'abrogation effectuée par la loi de 1875 en en limitant la portée à ce qui relève de la compétence de la province de Québec. D'une part, souligne-t-il, la loi de 1875 ne précisait pas que l'abrogation était limitée aux matières à l'égard desquelles la province de Québec était compétente. D'autre part, dit-il, « the matters to which its provisions relate, are in reality not divisible according to the limits of provincial authority »[29]. Il ajoute, à la même page :

« In every case where an Act applicable to the two provinces of *Quebec* and *Ontario* can now be validly repealed by one of them, the result must be to leave the Act in full vigour within the other province. But in the present case the legislation of *Quebec* must necessarily affect the rights and status of the corporation as previously existing in the province of *Ontario*, as well as the rights and interests of individual corporators in that province. »

S'il avait été possible de distinguer les dispositions relevant de la législature du Québec des dispositions relevant de l'autorité législative ontarienne, il aurait alors été possible pour la province de Québec d'abroger celles-ci[30]. Comme la chose était impossible, seul le fédéral était compétent pour abroger la loi de 1855[31].

Jusqu'à présent, nous nous sommes intéressé au pouvoir d'une province de modifier et d'abroger une disposition législative préconfédérale. Toutefois, il importe maintenant d'analyser la nature du pouvoir que le Parlement fédéral peut exercer relativement à une norme préconfédérale portant sur une matière qui relève de sa compétence aux termes de l'article 91 de la *Constitution*.

L'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Procureur général du Canada*[32] a confirmé que le pouvoir de modifier le droit préconfédéral était partagé en fonction des articles 91 et 92 de la *Constitution*. La Cour s'est également prononcée sur l'étendue du pouvoir d'abrogation d'un ordre de gouvernement à l'égard d'une norme préconfédérale. Nous examinerons ce deuxième point dans la section suivante.

En l'espèce, le Conseil privé devait, entre autres questions, se prononcer sur la constitutionnalité de l'abrogation, par le Parlement fédéral, de l'*Acte de tempérance*[33] adopté en 1864 par la province du Canada et destiné, aux dires du tribunal[34], à ne s'appliquer qu'au Haut-Canada. Dans un premier temps, Lord Watson a conclu que la loi abrogatoire fédérale en litige, à savoir l'*Acte de tempérance du Canada*[35], pouvait valablement se fonder sur la compétence résiduaire du Parlement central[36]. Toutefois, il a ensuite déclaré que le Parlement fédéral n'était pas autorisé à abroger, par le moyen de cette mesure législative, la loi préconfédérale de 1864. Ni le Parlement fédéral ni les législatures provinciales, rappelle-t-il, ne sont en mesure d'abroger des lois qu'ils ne seraient pas habilités à édicter[37]. Or, la loi de 1864 ne s'appliquent qu'au Haut-Canada, le Parlement central ne pouvait l'abroger puisqu'il ne s'agissait pas d'une loi qu'il aurait pu directement adopter :

« En l'espèce, le Parlement du Canada ne pourrait pas adopter une loi prohibitive qui ne s'appliquerait qu'à la province de l'Ontario et, par conséquent, il n'a pas compétence pour révoquer en termes exprès une loi qui ne s'applique qu'à cette province. »[38]

Bien que cette dernière conclusion puisse aujourd'hui être mise en doute[39], cette décision confirme que la qualification, au regard des articles 91 et 92 de la *Constitution*, de la matière sur laquelle porte une disposition préconfédérale permettra de déterminer qui, du fédéral ou des provinces, est en mesure de légiférer à son égard[40]. Il importe peut-être de souligner que légiférer signifie non seulement le pouvoir de supprimer la règle préconfédérale, mais également celui de la reproduire intégralement dans un nouveau texte de la loi[41].

Dans l'arrêt *Reference In re Bowater's Pulp and Paper Mills Ltd.*[42], la Cour suprême est venue apporter des éclaircissements sur la question du partage du pouvoir de modifier et d'abroger le droit préconfédéral. Les faits sont les suivants. Avant 1949, date d'accession de Terre-Neuve à la fédération canadienne, le gouvernement de cette dernière avait, par contrats, concédé des terres à la Bowater's Pulp and Paper Mills Ltd. Certains privilèges fiscaux lui avaient également été accordés. Au nombre des privilèges accordés figuraient, entre autres, des déductions d'impôt sur le revenu et des exemptions de taxes d'accises et de douanes. En retour, la compagnie s'était engagée à investir plusieurs millions de dollars dans le secteur industriel de la colonie. Ces contrats ont ensuite tous été constatés législativement par la colonie.

Devant la Cour suprême, la compagnie prétendait que les exemptions fiscales reconnues par les lois préconfédérales étaient dorénavant opposables au Parlement central en raison du paragraphe 18(1) des Conditions d'union arrêtées entre le Canada et Terre-Neuve[43], et ce, malgré leur abrogation expresse par une loi fédérale adoptée en 1949[44]. Aux dires de la compagnie, le Parlement fédéral ne pouvait abroger ces dispositions sans l'accord de la province. Elle appuyait cette prétention sur le fait que les contrats et les lois qui les constataient étaient un enchevêtrement étroit de dispositions qui relevaient à la fois du Parlement central et de la législature terre-neuvienne. Toutes les mesures législatives étaient indissociables les unes des autres et ne pouvaient donc être abrogées que d'un commun accord par le Parlement central et la législature provinciale. De plus, puisque le Parlement central ne serait pas en mesure d'adopter aujourd'hui les lois préconfédérales en litige, il fallait en conclure qu'il ne pouvait abroger unilatéralement les dispositions relatives aux exemptions fiscales qu'elles prévoyaient. Cet argument était bien sûr fondé sur l'arrêt *Dobie*.

Six des sept juges de la Cour suprême rejetèrent l'argument de la compagnie. Le juge en chef Rinfret était d'avis que l'autorité habilitée à abroger les dispositions préconfédérales en litige était celle qui était compétente pour régler la matière à laquelle se rapportaient ces dispositions[45]. Il était d'avis que les dispositions de la loi fédérale sur le revenu avaient expressément et définitivement abrogé les dispositions préconfédérales[46]. Le juge a cependant reconnu que les exemptions de taxes pouvaient encore être invoquées par la compagnie à l'encontre du fisc provincial[47]. Nous reviendrons sur cet aspect de la décision au chapitre B.

Le juge Kerwin, quant à lui, déclare que l'arrêt *Dobie* pouvait être distingué puisque, dans cette affaire, les dispositions de la loi préconfédérale en litige étaient réellement indivisibles, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Mais, de toute façon, semble affirmer le juge dans un passage qui n'est pas dépourvu d'ambiguïté, il n'est pas nécessaire de déterminer si le Parlement fédéral pouvait abroger les dispositions préconfédérales en litige. En effet, puisque ce dernier était certainement autorisé, comme il l'avait fait aux articles 49 et 50 de la loi sur le revenu de 1949, à légiférer en matière d'exemptions fiscales, dès lors, ces dispositions avaient préséance sur les lois préconfédérales[48].

Le juge Rand expose le point de vue le plus intéressant, selon nous, sur cette question. D'une part, il reconnaît que le droit préconfédéral qui, dès le moment de l'union relève du fédéral, continue à s'appliquer tant qu'Ottawa n'intervient pas[49]. Il ajoute ensuite que :

« The effect of [...] s. 129 of the British North America Act is to maintain *a continuity not of statutes but of laws*, in the sense of distributive provisions which take place in the one or other jurisdiction *according to their subject matter* [...]; and that modification of the continued laws may be by repeal or amendment or by way of repugnant enactment »[50].

Ainsi, s'il est vrai que les dispositions en litige ne peuvent être scindées lorsque appréhendées en tant que parties à un contrat qui forme un tout, elles peuvent l'être si on les examine en tant qu'expression d'une matière législative[51]. Le juge signale que l'identification du titulaire du pouvoir de modifier les dispositions préconfédérales en litige n'appelle pas un examen de l'impact de cette modification sur le contenu du contrat; selon lui, c'est la matière sur laquelle portent ces dispositions qui sera déterminante[52]. Il est important de constater que les dispositions en litige étaient, aux yeux du juge, « as severable as if they were contained in another statute »[53]. L'intervention fédérale, selon lui, était donc tout à fait valide. Le juge Locke partageait également cette opinion. Selon lui, l'affaire *Dobie* devait être interprétée comme autorisant un ordre de gouvernement à légiférer à l'égard de dispositions préconfédérales relevant de son autorité. Or, le Parlement central étant compétent pour reconnaître des exemptions en matière de fiscalité fédérale, il était habilité à intervenir quelles que soient les conséquences que cela pouvait entraîner sur le contrat[54].

Le juge Kellock a rédigé des motifs similaires à ceux de son collègue Rand. Selon lui, le Parlement fédéral ou les provinces ne peuvent abroger, que ce soit implicitement ou explicitement, une disposition qui ne relève pas de leur compétence[55]. Bien qu'il soit d'avis qu'en l'espèce il n'y ait pas eu d'abrogation expresse[56], les dispositions préconfédérales en litige n'en avaient pas moins été, dit-il, « révoquées »-« altered »- ou « abolies »-« abolished »- par l'adoption de la loi fédérale sur le revenu[57]. En effet, les dispositions en litige portaient indubitablement sur une matière fédérale et Ottawa pouvait intervenir à leur égard[58].

Le juge Estey devait pour sa part réaffirmer que le pouvoir d'abroger une disposition préconfédérale appartient à l'ordre de gouvernement investi du pouvoir d'adopter une mesure identique[59]. Il ne fait aucun doute que la législature de Terre-Neuve aurait pu abroger cette part des lois préconfédérales qui relevait de sa compétence[60]. En ce qui a

trait à l'argument du caractère indissociable des dispositions en litige, le juge affirme que, dans la mesure où une loi préconfédérale comporte des dispositions qui relèvent des deux ordres de gouvernement, chaque ordre de gouvernement doit intervenir relativement aux dispositions qui ressortissent à sa compétence, même si cela peut entraîner certaines difficultés pratiques^[61] :

« The fact that such legislative action on the part of one or the other [ordres de gouvernement] may create difficulties to be subsequently dealt with does not affect the question of jurisdiction. Whatever such difficulties may be will no doubt in due course be dealt with by the appropriate authorities, but those are not matters to be dealt with by the courts, particularly when as here, this court is called upon to determine only the question of jurisdiction. Under the scheme of Confederation and under the terms of Union even if the «rights and obligations are inextricably interwoven into a single Newfoundland law» as here contended, that would not alter or affect the legislative classification of the various portions of Bowater's Law nor the Jurisdiction of either the Dominion or the province to deal therewith. »

Enfin, le juge Taschereau, dissident, était d'avis que les dispositions en litige étaient toujours applicables, comme si l'Union n'avait pas eu lieu^[62], mais que le fédéral ne pouvait les abroger unilatéralement, car elles étaient trop étroitement entremêlées aux dispositions qui relevaient du pouvoir provincial^[63]. Il ajouta :

« The Dominion cannot legislate in any way to modify these inseverable statutes in such a way that their purpose would be defeated, for the reason that it could not, in view of the divided legislative powers attributed by the B.N.A. Act, *directly enact them.* »^[64]

Bref, cette décision confirme de nouveau que les dispositions d'une loi préconfédérale doivent être abrogées ou modifiées par l'ordre de gouvernement compétent à l'égard de la *matière* à laquelle elles se rapportent. L'article 129, comme le rappelle le juge Rand, assure une continuité du contenu normatif préconfédéral et non simplement des lois préconfédérales. C'est la matière sur laquelle porte une règle de droit qui importe. L'identification du titulaire du pouvoir de modifier ou d'abroger ce droit préconfédéral requiert donc une qualification du « caractère véritable », du « trait dominant », bref, de la matière à laquelle se rapporte une disposition préconfédérale. L'arrêt *Bowater* permet également de conclure qu'il importe peu que le sens général d'une loi préconfédérale soit perverti par l'intervention unilatérale de l'un des deux ordres de gouvernement relativement aux dispositions qui relèvent de sa compétence^[65].

De tout cela, on peut conclure que l'abrogation du *Code civil* par la législature de la province de Québec n'était constitutionnellement valide que dans la mesure où elle visait des articles dont le contenu normatif relevait des compétences de la province conformément à l'article 92 de la *Constitution*. Quant aux normes préconfédérales énoncées au *Code civil* qui ont été maintenues en vigueur par l'article 129 et qui portent sur une matière fédérale aux termes de l'article 91 de la *Constitution*, elles demeurent en vigueur tant qu'elles ne seront pas formellement supprimées par le Parlement central^[66]. Notre objectif n'étant pas de procéder à une typologie de ces dispositions

problématiques[67], signalons simplement, en guise d'exemple, que l'abrogation des articles du *Code civil* relatifs aux conditions de fond du mariage (articles 115 à 118 ainsi que les articles 148, 149 et 151 (dans la mesure où il vise l'article 148) et 152 à 155) ne relève certainement pas du pouvoir de la province, compte tenu de la compétence exclusive en cette matière que reconnaît le paragraphe 91(26) de la *Constitution* au Parlement central.

II. Un pouvoir limité au contenu normatif de la règle préconfédérale

L'article 129 a donc été interprété comme conférant à l'ordre de gouvernement compétent le pouvoir d'abroger -« repeal, abolish, alter »- le droit préconfédéral. Nous verrons maintenant que si ce pouvoir implique très clairement la faculté de supprimer le contenu normatif d'une règle préconfédérale, il n'emporte pas nécessairement la faculté d'en supprimer le support matériel (1). Enfin, nous examinerons les problèmes soulevés par la suppression dite « implicite » du droit préconfédéral (2).

1. La nécessité de distinguer entre la norme et son support matériel

L'abrogation est un mode particulier d'extinction de la norme législative. Elle suppose généralement la « suppression expresse d'une loi »[68]. À ce sujet, le professeur Côté affirme que «[a]broger une loi, c'est en faire disparaître la forme même »[69]. Est-ce à dire que le Parlement fédéral et les législatures provinciales sont en mesure d'abroger, donc de supprimer la forme même des articles du *Code civil* dans la mesure où ceux-ci traitent d'une matière relevant de leurs champs de compétences respectifs ? Deux points de vue s'opposent sur cette question.

Certains auteurs[70] soutiennent que ni le Parlement fédéral ni la législature du Québec n'est en mesure d'abroger, au sens indiqué plus haut, la forme et, plus spécifiquement, le libellé du *Code civil*. Cette approche s'appuie sur l'*obiter* suivant de Lord Watson dans l'*Arrêt des prohibitions locales*[71]:

Cette chambre a fréquemment reconnu, et l'on peut maintenant considérer établi, le principe que, d'après l'idée à la base de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, la législation adoptée par le Parlement du Canada dans les limites de sa compétence doit l'emporter sur la législation provinciale. Mais l'Acte n'a pas conféré au Parlement du Dominion le pouvoir de révoquer directement une loi provinciale, que cette dernière soit ou ne soit pas comprise dans les limites des compétences établies à l'article 92. Seule l'incompatibilité des dispositions d'une loi provinciale avec la loi du Dominion peut effectivement amener la révocation par le Parlement du Canada de cette loi provinciale.

Après avoir énoncé cette opinion, Lord Watson a déclaré que le Parlement central n'était donc pas compétent pour abroger les dispositions de la loi de 1864 prohibant la vente de boissons enivrantes sur le territoire du Haut-Canada. Le professeur Roderick A. Macdonald se fonde sur ce passage pour soutenir que le pouvoir d'abrogation du Parlement central et de la législature du Québec se limiterait à la suppression du contenu normatif des dispositions préconfédérales relevant de leurs compétences respectives. En

effet, comme le souligne Lord Watson, une autorité législative n'est pas constitutionnellement autorisée à abroger le texte de loi adopté par un autre organe législatif, que la norme constatée par ce dernier texte soit inconstitutionnelle ne change rien à l'affaire. Or faut-il rappeler que le *Code civil* n'a pas été adopté par la législature du Québec, mais bien par la législature de la province du Canada, et que, sur le plan juridique, la législature de la province de Québec n'est pas la législature de la province du Canada ? Il en va d'ailleurs de même du Parlement fédéral. Si l'autorité législative qui a adopté une disposition législative est la seule à pouvoir en abroger la forme, il faut alors conclure à l'impossibilité pour la législature de la province de Québec (et pour le Parlement central) d'abroger la forme même des dispositions préconfédérales relevant de sa propre autorité et qu'avait adoptées la législature de la province du Canada.

Les tribunaux, en affirmant - après quelques hésitations[72]- que le droit préconfédéral n'était ni du droit fédéral ni du droit provincial, sont venus conforter ce point de vue[73]. Dans l'arrêt *Moore c. Johnson et al.*[74], par exemple, il s'agissait de savoir si une loi préconfédérale terre-neuvienne prohibant la chasse aux phoques le dimanche pouvait être considérée comme une loi fédérale susceptible d'abrogation par le Parlement central. Après avoir clairement affirmé que le paragraphe 18(1) des *Conditions d'union arrêtées entre le Canada et Terre-Neuve* n'avait pas transformé la mesure législative préconfédérale en droit fédéral, le juge Ritchie a reproduit, en l'approuvant[75], le passage suivant de la décision de la cour d'appel[76] :

[...] even if s. 15 [de la loi préconfédérale] could be termed federal law, it is certainly not a federal statute. Thus, the various authorities cited to support the above well-known propositions are of no assistance. More importantly, it is my view that to classify s. 15, and other such valid Newfoundland legislation which carried on after April 1, 1949, until repealed, abolished or altered, as being either federal or provincial legislation is a misnomer. It is *Newfoundland law placed in a special* (and presumably), temporary *category* from the point of view of its continuing enforceability by a special provision of the *British North America Act, 1867* - namely, Term 18(1). Further, in my view, the only relevant consideration for this Court is that the particular law with which we are here concerned can only be dealt with by way of repeal, abolition or alteration by the parliament of Canada - and whether such occurred.

Bref, si le droit préconfédéral se distingue du droit provincial et du droit fédéral sur le plan de la forme, les tenants de la première école soutiennent que le pouvoir reconnu par l'article 129 de la *Constitution* est limité à celui de supprimer le contenu normatif des règles de droit énoncées dans le *Code civil*.

À l'opposé, il serait possible de prétendre que l'article 129 attribue bel et bien un pouvoir de supprimer la forme même d'une loi préconfédérale, soit de l'abroger au sens véritable du terme. D'une part, l'opinion de Lord Watson n'est qu'un *obiter*. D'autre part, affirmer qu'une loi préconfédérale n'est pas une loi fédérale ou provinciale ne signifie pas pour autant que, dans le contexte particulier de l'article 129, elle ne peut être abrogée par l'un ou l'autre ordre de gouvernement dans les limites de ses compétences. En effet, quoi qu'il en soit de la qualité du droit préconfédéral, il faut bien admettre que le libellé de l'article

129 témoigne de l'intention du constituant de conférer un pouvoir plénier de suppression de la règle à chaque ordre de gouvernement. Le texte anglais emploie les mots « repeal », « abolish » et « altered ». La version française, encore non officielle[77], de ce texte utilise les termes « abrogation », « modification », « suppression » et « révocation ». N'est-il pas possible de penser que, dans le contexte particulier de l'article 129, le mot « abrogation » emporte le pouvoir de supprimer la forme même d'une loi qu'un des deux ordres de gouvernement n'a pas lui-même adoptée initialement ?

Bien qu'il ne soit pas facile de trancher entre ces deux théories, la première emporte notre adhésion. L'objet de l'article 129 était d'éviter un vide juridique au lendemain de l'entrée en vigueur de la *Constitution*. Or, comme le disait si bien le juge Rand dans un passage que nous avons déjà reproduit, cet article « maintain[s] a continuity not of statutes but of laws, in the sense of distributive provisions which take their place in the one or other jurisdiction according to their subject matter »[78]. Il en découle, d'une part, que tout le « droit »- et non simplement les « lois », mais également, entre autres, la *common law*- devait être maintenu en vigueur jusqu'à ce que l'autorité compétente le modifie ou le supprime. D'autre part, ce n'était pas tant les lois elles-mêmes qui étaient maintenues en vigueur que le contenu normatif qu'elles énonçaient. Comme nous l'avons vu, les anciennes lois préconfédérales ne sont pas devenues, selon le cas, par le jeu de l'article 129, des lois fédérales ou provinciales. Elles n'ont jamais cessé et ne cesseront jamais d'être, sur le plan formel, des lois coloniales. L'article 129 n'a donc pas pour objet de maintenir en vigueur ces lois coloniales préconfédérales, mais bien plutôt les normes dont elles sont l'expression. Toutefois, l'ordre de gouvernement compétent à l'égard de la matière - *subject-matter*- visée par une norme préconfédérale pourra supprimer cette dernière. En effet, personne ne conteste que les deux ordres de gouvernement soient en mesure de supprimer l'existence normative d'une loi préconfédérale comme le *Code civil*.

Il importe de le souligner, cette suppression autorisée par l'article 129 est tout aussi définitive que celle opérée par une abrogation. En effet, dans une telle situation, il y a *extinction* de la norme puisqu'elle est définitivement et non simplement temporairement écartée. C'est ce qui distingue la suppression, qui est un mode d'extinction de la norme, de l'inapplicabilité, qui a pour simple conséquence la mise en veilleuse de la norme. Il ne s'agit pas ici de rendre inopérante *pro tanto* une disposition donnée ; il s'agit plutôt d'en annihiler l'existence normative[79].

En somme, même s'il nous apparaît indubitable que le Parlement fédéral et même la législature du Québec sont en mesure de supprimer l'existence normative des normes constatées par les articles du *Code civil* qui relèvent de leur autorité, nous ne sommes pas certain qu'ils puissent en faire disparaître la forme même. Sur ce dernier point, cependant, il nous faut bien admettre que, dans les faits, le Parlement fédéral a tenu pour acquis qu'il était habilité à modifier et abroger non seulement le contenu normatif, mais également la forme même des dispositions du *Code civil* à l'égard desquelles il était compétent[80]. L'attitude adoptée par les commissaires chargés de la révision des lois du Québec en 1888 laisse aussi à penser que la province ne mettait pas en doute ce pouvoir[81]. Même si ces lois ont cependant été adoptées avant la décision du Conseil privé[82], il nous apparaît difficile de croire que les tribunaux puissent mettre en doute ce pouvoir des deux ordres

de gouvernement d'« abroger » les lois préconfédérales. C'est pourquoi, tout au long de cet article, nous ferons référence à un pouvoir d'abrogation et non à un pouvoir de suppression de la norme préconfédérale.

Cette distinction entre le pouvoir d'abroger la norme et celui qui consiste à en détruire la forme peut paraître oiseuse. Toutefois, elle n'est pas dépourvue de pertinence. En effet, comme nous pourrions le constater au cours du chapitre B, il peut arriver qu'un ordre de gouvernement soit compétent pour supprimer une norme préconfédérale, sans pour autant que l'expression de la norme disparaisse. En effet, le texte de loi subsistera dans l'éventualité où il continuera à servir de support à cette même norme préconfédérale *dans son application à l'autre ordre de gouvernement*. Lorsque celui-ci l'aura à son tour abrogée explicitement, la norme aura véritablement cessé d'être[83].

Avant d'aborder cette question, toutefois, nous examinerons celle de l'abrogation implicite d'une norme préconfédérale.

2. Le problème de l'abrogation implicite

Il ne fait aucun doute que le Parlement fédéral - ou la législature de Québec - pourrait abroger explicitement une norme préconfédérale relevant de sa compétence. Il lui serait donc loisible d'abroger spécifiquement les articles du *Code civil* portant sur une matière relevant de l'article 91 de la *Constitution*[84]. Dans une telle éventualité, les normes énoncées dans les articles du *Code civil* seraient définitivement supprimées. Seule une intervention législative explicite de la part du législateur fédéral pourrait faire renaître de telles dispositions.

Toutefois, il est parfois arrivé au Parlement fédéral d'adopter des mesures législatives qui allaient clairement à l'encontre de l'objet d'une disposition préconfédérale, sans pour autant abroger expressément cette dernière. Dans une telle situation, on a prétendu que la disposition préconfédérale en litige avait été abrogée implicitement et qu'elle n'était donc pas simplement inopérante *pro tanto*. Ainsi, certains auteurs ont affirmé que l'article 2341 du *Code civil* qui rend applicable le droit anglais de la preuve en matière d'effets de commerce [85] a été abrogé, soit par l'adoption de l'Acte de la preuve en Canada[86], soit par l'article 4 de la loi[87] qui mettait en œuvre les *Statuts Refondus du Canada de 1906*. Les tenants de l'abrogation ont dû reconnaître que, si abrogation il y avait eue, elle n'avait été qu'implicite[88]. D'autres auteurs ont plutôt conclu à son inopérabilité[89]. Il est inutile de reprendre en détail les arguments présentés par ces auteurs. Il suffit de souligner qu'on ne s'entend toujours pas sur la question de savoir s'il existe une telle chose qu'une abrogation implicite[90].

Il n'est pas sans intérêt d'examiner si l'adoption par le Parlement central d'une disposition qui entre en conflit avec une norme antérieure est susceptible de constituer une véritable abrogation, ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une situation où cette norme doit être considérée comme inopérante *pour la durée du conflit*. Si la deuxième approche est la bonne, cela signifie que certaines dispositions du *Code civil* survivent toujours dans leur application à l'ordre juridique fédéral, et ce, malgré qu'elles soient temporairement éclipsées par

l'existence de lois fédérales présentement en vigueur. En d'autres termes, si l'on voulait véritablement s'assurer d'une abrogation intégrale du *Code civil*, le Parlement central devrait procéder à une abrogation expresse des dispositions du *Code civil* relevant de son autorité.

Sur cette question du caractère définitif d'une abrogation implicite, deux approches contradictoires coexistent. Aux termes de la première, l'abrogation implicite, au même titre que l'abrogation expresse, peut entraîner l'extinction définitive d'une loi. Ainsi, dans *Bowater*, par exemple, le juge Kellock semble affirmer qu'une abrogation pourrait être implicite. Rappelons qu'il déclare^[91] : « If Parliament cannot enact, it cannot repeal, no matter whether the attempted mode is by express repeal or by the enactment of repugnant legislation. » Il n'a toutefois pas jugé bon d'élaborer sur ce point. La question de l'abrogation implicite d'une disposition préconfédérale a cependant été abordée de front dans l'arrêt *Holmstead c. inister of Customs and Excise*^[92]. Dans cette affaire, tout comme dans l'arrêt *Bowater*, le problème portait sur une loi préconfédérale qui reconnaissait une exemption fiscale à un particulier. Une loi de la province du Canada adoptée en 1849 et modifiée en 1859, mais applicable uniquement dans le Haut-Canada, prévoyait que le salaire payé au registraire de la Court of Chancery of Upper Canada était « free and clear from all taxes and deductions ». Le demandeur prétendait pouvoir déduire de l'impôt qu'il devait payer au fédéral l'exemption fiscale que lui reconnaissait cette loi. Le juge Audette a rejeté cette prétention.

D'une part, il affirme que les exemptions fiscales sont des privilèges qui ne peuvent subsister à la suite d'une modification de l'organisation constitutionnelle d'un État^[93]. D'autre part, quant à l'article 129, dit-il, il autorise l'abrogation implicite d'une disposition préconfédérale. En effet, cette disposition mentionne que le droit préconfédéral est maintenu en vigueur « except as otherwise provided by this Act ». Or, affirme le juge, puisque le paragraphe 91(3) de la *Constitution* confère un pouvoir exclusif de taxation au Parlement central, et que, conformément à cette disposition, le fédéral avait adopté une loi sur le revenu en 1917, « therefore, by necessary implication and intendment, the enactment for exemption of that salary in Ontario has been repealed. [...] That exemption became obsolete and void by mere operation of law, under sec. 129 of the B.N.A. Act »^[94]. À la toute fin de son jugement, le juge Audette déclare^[95] :

[...] a later Act which confers new rights such as the B.N.A. Act, repeals by necessary implication and intendment an earlier Act governing the same subject matter if the co-existence of the right which the latter gave would be productive of inconvenience, for the just inference from such a result would be that the legislature intended to take the earlier right away. Maxwell, *On the Interpretation of Statutes*, 5th ed., p. 294[:] « An intention to repeal an Act may be gathered from its repugnancy to the general course of subsequent legislation ».

L'approche adoptée par le juge Audette nous apparaît fort contestable. Il eut été préférable d'affirmer que la norme préconfédérale était *inopérante* parce qu'incompatible avec l'*objet* de la loi fédérale sur le revenu de 1917^[96]. Ceci nous amène d'ailleurs à

discuter de l'approche qui refuse de reconnaître qu'une abrogation implicite puisse supprimer définitivement l'existence normative d'une loi.

Le professeur Côté, par exemple, affirme qu'il n'existe rien de tel qu'une abrogation implicite ou tacite^[97]. Il est vrai que la Cour suprême a parfois employé cette expression^[98]. Toutefois, selon nous, lorsque le Parlement central adopte une disposition qui entre en conflit avec une norme fédérale antérieure, celle-ci n'est pas abrogée implicitement, elle est plutôt inopérante *pour la durée du conflit*. Pour conclure à l'existence d'une abrogation d'une norme préconfédérale, le législateur doit manifester expressément son intention de la révoquer définitivement. S'il ne fait qu'adopter une disposition qui entre en conflit avec une norme préconfédérale, rien ne permettra de conclure qu'elle est définitivement écartée. Une décision de la Cour suprême vient appuyer cette approche.

Le juge Gushue, dans l'arrêt *Johnson v. Seabright et al.*^[99], avait conclu que la loi préconfédérale en litige avait été implicitement abrogée par la législation fédérale^[100]. Or il est intéressant de constater que, en appel de cette décision, la Cour suprême n'a pas retenu ce point de vue^[101]. Après avoir conclu, comme nous l'avons vu précédemment, que le droit préconfédéral portant sur une matière fédérale n'était pas du droit fédéral, le juge Ritchie déclare que, même si la loi fédérale en litige « [did] not expressly repeal s. 15 [de la loi préconfédérale], the provisions of the former enactment so altere[ed] the provisions of the latter as to make it *ineffective* as part of the law of Newfoundland »^[102]. La Cour suprême fait ici clairement référence à la notion d'ineffectivité et non à celle d'abrogation.

Selon nous, seule une abrogation explicite peut faire définitivement disparaître une norme juridique. L'abrogation, à la différence de l'ineffectivité, ne rend pas la disposition préconfédérale simplement inopérante *pro tanto*, elle en annihile l'existence. Toutefois, force nous est d'admettre que la jurisprudence est partagée sur ce point. Nous en concluons cependant que, pour éliminer tout doute quant à la survie de certains articles du *Code civil* en matière fédérale, il serait préférable, après les avoir répertoriés, de les abroger expressément. Avant de conclure cette rubrique, il importe de souligner un des inconvénients liés à la notion d'abrogation implicite, à savoir la difficulté qui existe d'en mesurer adéquatement l'étendue.

Dans l'arrêt *Willet c. De Grosbois*^[103], le demandeur réclamait le remboursement de dépenses encourue pour faciliter l'élection du défendeur à la Chambre des communes. Celui-ci répliquait que l'entente intervenue entre lui et Willet était illégale au motif qu'elle contrevenait à l'article 6 d'une loi préconfédérale, l'Acte pour mettre un terme aux menées qui se pratiquent aux Élections^[104], qui déclarait nul « [t]out contrat [...] se rapportant [...] ou dépendant d'aucune élection parlementaire, même pour le paiement de dépenses légales ». Cette loi, disait-il, continuait à s'appliquer en raison de l'article 129 de la *Constitution* et, qui plus est, elle n'avait pas été abrogée au moment de l'adoption de la loi électorale fédérale de 1871^[105]. Le juge Mackay devait approuver ce point de vue. Selon lui, l'adoption de la loi fédérale n'avait pas opéré une abrogation implicite de l'article en litige puisque rien dans cette loi n e portait sur le même sujet^[106]. Cette

décision témoigne du danger qu'il y a de recourir à la notion d'abrogation implicite, celle-ci ne permettant pas de distinguer avec exactitude les dispositions qui sont éclipsées de celles qui survivent.

* * *

Les deux ordres de gouvernement peuvent donc supprimer définitivement - ou encore abroger - les normes préconfédérales énoncées dans le *Code civil*, dans la mesure où celles-ci portent sur une matière qui relève de leurs compétences respectives aux termes des articles 91 et 92 de la *Constitution*. Qu'advient-il cependant des dispositions préconfédérales du *Code civil* qui sont susceptibles de relever des deux ordres de gouvernement ? C'est cette question que nous aborderons maintenant.

B) LE PROBLÈME PARTICULIER DE L'ABROGATION DES DISPOSITIONS PRÉCONFÉDÉRALES DU *CODE CIVIL* DU BAS-CANADA SUSCEPTIBLES DE RELEVER DES DEUX ORDRES DE GOUVERNEMENT

Depuis 1867, certaines dispositions préconfédérales du *Code civil* relèvent des deux paliers de gouvernement. Une intervention du Parlement central et de la législature du Québec serait donc requise pour qu'en soit entièrement éliminée l'existence normative. Une telle situation existe lorsque, après 1867, une norme énoncée au *Code civil* comporte à la fois un aspect fédéral et un aspect provincial (I). Par ailleurs, d'aucuns soutiennent que la *Code civil* constitue, depuis 1867, l'expression du *jus commune* (droit commun) aussi bien en droit privé fédéral qu'en droit privé provincial. Il s'ensuit qu'en tant que réservoir de règles notionnelles de droit privé, le *Code civil* ne peut être abrogé que par l'ordre de gouvernement compétent, à savoir le Parlement central en ce qui concerne les matières de droit privé fédéral, et la législature du Québec en ce qui a trait au droit privé provincial (II).

I. Les dispositions préconfédérales du *Code civil* du Bas-Canada comportant un double aspect.

Le *Code civil* comporte un grand nombre de règles qui, depuis 1867, comportent un double aspect^[107]. Il en va ainsi, par exemple, de certains articles qui visent à la fois la faillite et le droit civil^[108], ou encore, les effets de commerce et la preuve civile^[109]. À cela, on peut ajouter l'ensemble des articles relatifs à la Couronne et qui, depuis l'avènement de la Confédération, s'appliquent à la Couronne du chef du Québec tout autant qu'à la Couronne du chef du Canada^[110]. Ces dispositions, comme nous le verrons maintenant, n'ont pas été définitivement abrogées au moment de l'entrée en vigueur du *Code civil* du Québec, puisqu'elles subsistent dans leur aspect fédéral.

Dans *Bowater*^[111], par exemple, les dispositions préconfédérales en litige prévoyaient des déductions d'impôt sur le revenu. Or les deux ordres de gouvernement sont compétents en ce domaine, conformément aux paragraphes 91(3) et 92(2) de la *Constitution*. C'est donc dire que les *mêmes* dispositions préconfédérales étaient

susceptibles de trouver à s'appliquer dans des secteurs fédéral et provincial de compétence.

Comme nous l'avons déjà constaté, une majorité des juges a conclu que le Parlement fédéral pouvait très certainement abroger la norme juridique relative aux exemptions de taxes pour ses propres fins. La Cour reconnaît donc, implicitement à tout le moins, la distinction qui existe entre la norme juridique et son support matériel, soit le texte de loi. En effet, le fédéral n'est compétent à l'égard de la norme que dans la mesure où celle-ci se rapporte à une matière fédérale. Son intervention ne pourra toutefois faire disparaître le texte de loi, puisque la norme continuera à s'appliquer en matière provinciale. Le juge en chef Rinfret a très bien compris ce problème lorsqu'il affirme^[112] :

It seems to me, therefore, abundantly clear, upon the union taking place, customs and excise duties being properly in the domain of the Parliament of Canada, that Parliament became the only competent body to legislate in regard to them throughout Canada, including Newfoundland. [...] As for taxes, and amongst them, income taxes or income war taxes, the situation is somewhat different for both the Parliament and the Legislatures have been given the power to tax. I would not doubt that the exemptions in respect of taxes remain in force for the benefit of the Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills, Ltd., in so far as they apply to provincial taxes; but these exemptions, if sought to be invoked as against federal taxes, can of course have no effect and they become inoperative.

La norme juridique est donc définitivement abrogée quant à son application au domaine fédéral, mais cette abrogation n'a pas pour effet de faire disparaître le texte législatif des recueils de lois. En effet, la norme juridique continuera à s'appliquer au secteur provincial.

Une situation analogue s'était présentée dans l'arrêt *McGee c. The King*^[113]. En l'occurrence, une loi du Haut-Canada prévoyait qu'une personne pouvait acquérir, par prescription acquisitive d'une durée de vingt ans, une servitude de passage sur des terres appartenant à la Couronne. En l'espèce, on prétendait que cette loi était opposable à la Couronne fédérale. Au moment de l'adoption des *Revised Statutes of Ontario* en 1877, la province de l'Ontario avait abrogé et remplacé la loi en litige^[114]. Toutefois, la disposition abrogatoire figurant dans les R.S.O. mentionnait expressément^[115] ne pas viser les dispositions législatives préconfédérales qui, en raison de la *Constitution* de 1867, relevaient de l'autorité du Parlement fédéral. Le juge en est donc venu à la conclusion que les dispositions en matière de prescription acquisitive continuaient à être opposables à la Couronne fédérale puisque le Parlement central ne les avait pas abrogées^[116]. On constate donc que l'abrogation provinciale avait permis l'élimination de la norme préconfédérale dans la seule mesure où celle-ci se rapportait à une matière provinciale.

On doit donc en conclure que, dans l'éventualité où certains articles du *Code civil* comportent un double aspect, une intervention des deux ordres de gouvernement est requise pour que la norme préconfédérale qu'ils énoncent soit abrogée dans sa totalité. À

elle seule, l'abrogation du *Code civil* par la législature du Québec en 1994 n'a donc pas suffi pour en annihiler totalement l'existence normative.

II. Le *Code civil* du Bas-Canada en tant qu'expression du droit commun en matière de droit privé

Le *Code civil* n'était pas une loi comme les autres. Il s'agissait d'un code. Or la codification est une forme de rédaction législative toute particulière qui se distingue de la compilation ou de la simple classification. Un code civil est un système organisé de règles générales fertiles en applications possibles et destinées à résoudre l'ensemble des litiges qui se présentent quotidiennement en matière de droit privé. Le *Code civil*, tout comme le *Code civil du Québec* aujourd'hui, établissait « en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun [*jus commune*]. En ces matières, il constitu[ait] le fondement des autres lois qui p[ouvaie]nt elles-mêmes ajouter au code ou y déroger »^[117]. Comme nous le verrons maintenant, certains juges et auteurs ont prétendu, à tort selon nous, qu'en tant qu'expression du *jus commune* en matière de droit privé fédéral, le *Code civil* ne pouvait être abrogé unilatéralement par la législature du Québec.

Le professeur Macdonald est très certainement le plus habile défenseur de cette thèse. Selon lui, le *Code civil* constitue toujours, malgré son abrogation par la législature du Québec, l'expression du *jus commune* (droit commun) en matière fédérale. Cette approche fort subtile^[118] repose sur les prémisses suivantes. Premièrement, aux termes de l'article 129 de la *Constitution*, le droit préconfédéral aurait été « reçu », pour ainsi dire, dans les ordres juridiques provinciaux et fédéral^[119]. Deuxièmement, dans tout système juridique de droit privé, il existerait un *jus commune*, compris dans son sens utilitaire et substantiel^[120]. Dans sa première acception, cette notion renvoie à ce réservoir de règles notionnelles qui servent à combler les vides conceptuels laissés en place par un régime législatif de droit privé^[121]. Dans sa deuxième acception, elle représente plutôt l'arrière-plan d'intelligibilité, l'horizon conceptuel devant lequel se dresse le faisceau législatif de droit privé propre à un ordre juridique donné. Troisièmement, et cela est fondamental, puisque le *Code civil* n'est ni provincial ni fédéral, et qu'il a été reçu dans l'ordre juridique provincial québécois tout autant que fédéral par le biais de l'article 129^[122], il a donc constitué, après 1867, l'expression du *jus commune* en matière provinciale québécoise^[123] et en matière fédérale (dans les litiges de droit privé fédéral intentés au Québec)^[124]. Enfin, puisque les deux ordres de gouvernement, aux termes de articles 91 et 92 de la *Constitution*, sont investis d'une compétence en matière de droit privé^[125], l'abrogation par l'un d'entre eux du *Code civil* n'entraîne pas son abrogation en tant qu'expression du *jus commune* dans les autres secteurs de droit privé relevant de l'autre ordre de gouvernement. Il s'ensuit qu'en tant qu'expression du *jus commune* fédéral, le *Code civil* subsiste, malgré son abrogation par la législature du Québec^[126]. En effet, puisque le *Code civil* n'est pas une loi « provinciale », la législature de Québec n'était pas en mesure de l'abroger dans son aspect fédéral^[127]. Ainsi, seul le Parlement central aurait été en mesure de l'abroger en ce qu'il se rapportait à des matières fédérales, y compris en tant qu'expression du *jus commune* fédéral.

Est-ce à dire que le *Code civil*, et non le *Code civil du Québec*, trouvera à s'appliquer dans l'éventualité où, au cours d'un litige intenté au Québec, une loi fédérale serait silencieuse ? Non point nous dit l'auteur. En effet, le professeur Macdonald distingue entre le concept de « *jus commune* » et celui de « droit supplétif », le deuxième n'étant pas nécessairement calqué sur le premier[128]. La *Constitution*, reconnaît-il, attribue une compétence de principe aux provinces en matière de droit privé, alors que seule une compétence exceptionnelle en cette matière est dévolue au Parlement fédéral. Il admet donc que le droit privé provincial d'application générale, soit le *Code civil du Québec*, trouvera à s'appliquer, à titre supplétif, en matière de droit privé fédéral. Ne risque-t-il pas, dès lors, d'y avoir contradiction entre le *jus commune* fédéral exprimé par le *Code civil* et le droit supplétif énoncé dans le *Code civil du Québec* ? En d'autres termes, ne devrait-on pas craindre un conflit opérationnel entre une disposition du *Code civil du Québec* (droit supplétif) et du *Code civil* (*jus commune* fédéral) ? Le professeur Macdonald affirme qu'une telle chose ne risque pas de se produire puisque, selon lui, une disposition préconfédérale relevant du Parlement central (en l'occurrence le *Code civil* en tant qu'expression du *jus commune* fédéral) ne peut bénéficier de la prépondérance reconnue aux lois fédérales par le paragraphe introductif de l'article 91[129].

Même si, en termes de résultat, l'approche du professeur Macdonald diffère peu de l'approche traditionnelle, elle emporte toutefois des conséquences majeures sur le plan des principes. En effet, elle permet de reconnaître au droit privé fédéral une certaine forme d'autonomie que la doctrine lui a généralement refusée. En effet, on a traditionnellement considéré que le Parlement fédéral n'était qu'une création statutaire, et qu'il n'a donc pas « reçu », comme les colonies qui constituent aujourd'hui les provinces et les territoires canadiens, un ou plusieurs systèmes juridiques. Il n'existerait donc pas de *jus commune* fédéral, sauf en ce qui a trait à certaines matières de droit public intéressant la Couronne[130]. Bref, « la *législation fédérale* entendue dans son acception la plus large exprime-t-elle à elle seule ce qu'est le *droit fédéral*, à moins que dans un texte donné législatif ou réglementaire, l'autorité compétente n'ait désigné expressément un droit destiné à servir à titre supplétif »[131]. Macdonald soutient, au contraire, que par le moyen de l'article 129, tout le droit préconfédéral de chaque colonie, ce qui inclut le *Code civil*, a été reçu dans l'ordre juridique fédéral. Il fait donc de cette disposition constitutionnelle un véhicule permettant la reconnaissance d'un *jus commune* fédéral[132]. C'est ce qui explique que les normes énoncées au *Code civil*, par exemple, ne peuvent être modifiées par la province de Québec, dans la mesure où elles représentent l'expression du *jus commune* fédéral. Celles-ci comportent un aspect fédéral, parce que, selon l'auteur, le fédéral aurait pu édicter, aux termes des compétences de droit privé que lui reconnaît l'article 91 de la *Constitution*, des normes touchant tous les aspects civils du droit des effets de commerce, de la faillite, du droit bancaire, etc.[133] Une approche similaire a été adoptée dans l'arrêt *La Reine c. Prytula*[134].

En l'espèce, l'appelante réclamait, devant la Cour fédérale, le montant d'un prêt garanti que l'intimée avait reçu à titre d'étudiante, en conformité de la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*[135]. En première instance, le juge avait décliné compétence au motif que l'action ne se fondait sur aucune règle de droit fédérale. Rappelons qu'à la différence des cours supérieures provinciales, la Cour fédérale ne possède pas de juridiction

inhérente. Elle est le fruit du pouvoir détenu par le Parlement d'établir, conformément à l'article 101 de la *Constitution*, des tribunaux « pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada ». La juridiction de la Cour suppose donc l'existence d'un corps de règles de droit fédérales^[136]; le simple fait que le Parlement fédéral ait compétence législative sur une certaine matière ne donne pas juridiction à la cour sur celle-ci, et cela même si une loi fédérale la lui attribue^[137]. Si elle s'avère nécessaire à la solution de certains points litigieux, une référence occasionnelle au droit provincial ne sera pourtant pas prohibée^[138]. Les règles de droit fédérales nécessaires pour fonder la juridiction de la Cour peuvent être constituées de lois du Parlement, de règlements pris par l'autorité fédérale compétente, de règles de droit que le Parlement aurait pu adopter lui-même et qu'il a préféré incorporer à la législation fédérale par mécanisme de renvoi^[139], enfin de normes considérées fédérales en raison de leur essence même^[140]. Chose certaine, en l'absence de toute règle de droit fédérale valide, le droit provincial ne peut venir alimenter la juridiction de la Cour^[141]. Or, dans *La Reine c. Prytula*, le juge de première instance a considéré que la responsabilité de l'intimée était fondée, non pas sur la loi fédérale, mais bien sur le contrat de prêt qui, lui, était régi par le droit provincial.

La Cour d'appel a accueilli le pourvoi en invoquant un argument en tous points similaire à celui du professeur Macdonald, à savoir que le droit préconfédéral aurait été reçu dans l'ordre juridique fédéral et pourrait donc constituer une source de « droit fédéral » susceptible d'alimenter la juridiction de la Section de première instance^[142]. Voici comment s'exprimait le juge Heald sur ce point^[143] :

It would seem to be clear that a contract whereby a banker makes a loan to a customer is a matter coming within the subject «banking». If that is correct, the concluding words of section 91 require that such a bank loan contract «shall not be deemed» to come within section 92(13) whether or not Parliament has enacted any law with regard thereto under section 91(15). In such a case, if full play be given to the concluding words of section 91, a post-Confederation provincial law of general application does not alter law continued by section 129 in so far as it applies to a matter coming within the section 91 class of subjects. In so far as a law is applicable to a matter coming within «banking», it can, therefore, only be «repealed, abolished or altered» by Parliament and it cannot be «repealed, abolished or altered» by a provincial legislature (section 129 of *The British North America Act, 1867*) ; and it is, therefore, a «federal» law and not a «provincial» law for the purposes of section 101 of *The British North America Act, 1867*, even though it is part of a general law in relation to property and civil rights that was continued in the province by section 129.

D'après nous, l'opinion du professeur Macdonald (et du juge Heald), aussi séduisante soit-elle, ne peut être réconciliée avec le libellé de l'article 129. Convenons avec lui que cet article maintient en vigueur le droit préconfédéral et que ce dernier ne pourra être modifié que par l'ordre de gouvernement compétent. Reconnaissons également que ce droit n'est ni fédéral ni provincial et qu'une norme peut survivre en l'absence de support matériel. Toutefois, selon nous, cette disposition n'entraîne pas la réception du droit préconfédéral dans l'ordre juridique fédéral. Aux dires du professeur Macdonald, l'article 129 ne viserait pas simplement à éviter un vide juridique en assurant la continuation du

droit antérieur. Il s'apparenterait plutôt à une disposition assurant la réception d'un système juridique dans un territoire donné[144]. De telles mesures législatives existent dans la plupart des provinces canadiennes. Elles ont pour objet de fixer une date limite à la réception du droit statutaire anglais d'application générale dans une colonie. Seules les lois anglaises de cette nature qui sont antérieures à la date charnière d'une colonie donnée seront réputées introduites et pourront être invoquées devant les tribunaux coloniaux. Comme le rappellent Marx et Chevrette : « c'est le droit statutaire tel qu'il existait à cette date, et non les lois postérieures, qui s'y est transporté »[145]. Quant à la *common law* anglaise, elle est réputée avoir été introduite en entier dans toutes les colonies où le droit anglais a été reçu[146].

L'approche du professeur Macdonald nous apparaît difficilement soutenable compte tenu de la différence de libellé qui existe entre l'article 129 et, par exemple, l'article 2 du *Law and Equity Act*[147] qui régit la réception du droit anglais en Colombie-Britannique. Selon nous, l'article 129 maintient simplement le droit préconfédéral en vigueur en rappelant que le pouvoir de le modifier ne relève plus désormais d'un seul ordre de gouvernement. Il ne s'agit pas d'une disposition assurant la « réception » du droit préconfédéral aussi bien dans l'ordre fédéral que dans l'ordre provincial. Le texte de cette disposition ne prête à aucune équivoque :

All Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, [...] *shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively*, as if the Union had not been made; subject nevertheless [...] to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act ». (L'italique est de nous.)

La finalité de l'article 129 est uniquement d'assurer le maintien en vigueur du droit préconfédéral dans les différentes provinces; il n'y est aucunement question d'incorporation de ce droit dans l'ordre juridique fédéral. De toute manière, dans l'arrêt *ITO*, la Cour suprême a clairement rejeté l'approche proposée par le professeur MacDonald et le juge Heald.

En l'espèce, on avait fait valoir que, par le biais de l'article 129 de la *Constitution*, le *Code civil* avait été incorporé au droit fédéral et qu'il faisait donc partie du « droit maritime canadien » auquel fait référence l'article 2 de la Loi sur la Cour fédérale[148]. La cour fédérale, prétendait-on, était donc compétente pour instruire une poursuite en responsabilité civile délictuelle intentée au Québec et fondée sur la négligence d'une entreprise de déchargement et d'entreposage opérant dans la zone portuaire de Montréal. Le juge McIntyre, au nom de la Cour, a rejeté cette prétention en affirmant[149] :

Section 129 does not, in my opinion, support an argument for referential incorporation of provincial law. The effect of the section is to preserve in force after the Union the laws which existed in the various provinces before the Union, but as to future repeal or amendment of such laws after the Union, the s. 91 and s. 92 division of powers was to apply. This section has rather an opposite effect from that contended for. It separates the

laws into the separate spheres of legislative competence created by the Union, rather than causing any federal incorporation^[150].

Qui plus est, il nous apparaît impossible d'admettre, comme le fait le professeur Macdonald, que l'article 129 transforme le droit préconfédéral en un ensemble de normes désincarnées n'entretenant que des liens fort ténus avec leur support matériel d'antan. Selon lui, dans la mesure où elles ne sont pas de droit nouveau, « [t]he legal norms to which a civil code gives expression [...] exist independently of any particular codal formulation »^[151]. Le *Code civil* ne serait ainsi que la formulation de normes préexistantes^[152] qui, en vertu de l'article 129, auraient été reçues en droit québécois et en droit fédéral. C'est ce qui explique que les normes formulées dans le *Code civil* puissent constituer l'expression du *jus commune* aussi bien en droit fédéral qu'en droit provincial. Le professeur Macdonald est donc d'avis que les normes constatées par les articles du *Code civil*, et qui font partie du *jus commune*, ne peuvent être abrogées, dans leur dimension fédérale, par la législature de la province de Québec. Ainsi, en tenant pour acquis que la notion de solidarité fait partie de ces concepts fondamentaux de droit privé constituant le *jus commune*, l'article 1108 du *Code civil*^[153], par exemple, constituerait encore l'expression du *jus commune* fédéral en cette matière, malgré son abrogation en 1994.

Une norme préconfédérale n'est pas un concept flou à ce point désancré de son support linguistique, et ce, quelle que soit la nature de ce dernier (loi ou décision judiciaire). Cela n'empêche pas que la norme préconfédérale puisse subsister, malgré la disparition de son support matériel. Toutefois, sa *finalité* demeure tributaire de son libellé initial (s'il s'agit d'une loi) ou du contexte factuel au cours duquel elle a été énoncée (s'il s'agit d'une règle de common law^[154]). Or cette finalité permet d'identifier la matière constitutionnelle à laquelle elle se rapporte et, en corollaire, de déterminer qui, du fédéral ou de la province, est en mesure de la modifier ou encore de l'abroger. C'est donc dire que le droit préconfédéral n'existe pas dans un état totalement désincarné; il demeure *contextualisé* par le support matériel et linguistique de la norme^[155]. Ce contexte permettra de déterminer si la norme comporte ou non un aspect fédéral.

En d'autres termes, l'article 1108 du *Code civil*, par exemple, ne confère pas simplement un support linguistique à un concept de « solidarité » sans forme, évoluant dans des limbes normatifs, et rendu applicable, en raison de l'article 129 de la *Constitution*, aussi bien en matière de droit provincial. La norme préconfédérale constatée par l'article 1108, contextualisée par le libellé de cette disposition, n'a jamais comporté d'aspect fédéral. L'existence normative de cette règle s'est achevée au moment de l'abrogation du *Code civil* par le *Code civil du Québec*. Elle ne subsiste en aucune façon dans l'ordre juridique fédéral, car elle n'a jamais comporté une finalité qui puisse, de près ou de loin, la rattacher à une compétence fédérale.

Que le fédéral, s'il le désirait, soit en mesure d'adopter une disposition permettant de définir la portée de la responsabilité solidaire des signataires d'une lettre de change ne permet pas de conclure qu'il aurait été compétent pour adopter ou modifier l'article 1108 du *Code civil*, tel que formulé. Seules subsistent, après l'abrogation du *Code civil* par la

législature du Québec, les dispositions préconfédérales comportant véritablement un aspect fédéral. Bref, à partir de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, ce sont les dispositions de cette loi qui se sont appliquées à titre supplétif pour combler les lacunes d'une loi fédérale de droit privé.

Refuser de reconnaître l'existence de ce *jus commune* fédéral pourrait soulever, nous dit-on, de graves problèmes[156]. On soutient, par exemple, que l'immunité interjuridictionnelle pourrait entraîner un *vacuum* juridique, dans la mesure où le droit provincial d'application générale ne pourrait trouver à s'appliquer à titre supplétif[157].

Il faut bien admettre que le problème de l'immunité interjuridictionnelle n'a jamais suscité beaucoup de problèmes en matière de droit privé fédéral. Cela s'explique en raison du fait que le droit privé est un secteur qui, malgré le partage dont il fait l'objet, n'en reste pas moins caractérisé par une importante interpénétration de ses diverses composantes. Les tribunaux ont donc eu pour habitude de favoriser le chevauchement bien plus que l'exclusion en cette matière[158]. Il est vrai que cette attitude est peut-être appelée à changer dans les secteurs de droit privé qui intéressent plus particulièrement le commerce[159]; en effet, dans ces domaines, la Cour suprême semble favoriser l'introduction d'une plus grande uniformité normative[160]. Toutefois, faut-il le rappeler, aux termes de son pouvoir législatif exclusif et accessoire, le Parlement central pourrait fort bien s'attribuer législativement un droit supplétif, quel qu'il soit[161]. Dans la mesure où il l'estimerait nécessaire, le législateur fédéral pourrait désigner de façon claire le droit qu'il entend voir s'appliquer. Ce droit aurait dès lors prépondérance sur le droit provincial d'application générale[162].

Bref, aucune justification théorique ou pratique ne permet de conclure que l'article 129 de la *Constitution* a opéré une incorporation du *Code civil* dans l'ordre juridique fédéral en tant qu'expression du *jus commune*.

CONCLUSION

Il faut bien l'admettre, le fédéralisme canadien ne cessera jamais de hanter nos problèmes juridiques. L'abrogation du *Code civil* n'échappe pas à cette règle. Comme nous l'avons constaté, l'abrogation intégrale de notre ancien code appelle une intervention fédérale puisque, en raison de leur nature préconfédérale, certaines dispositions du *Code civil* relèvent, en totalité ou en partie, de l'autorité du Parlement central aux termes de l'article 91 de la *Constitution*. On se consolera peut-être en songeant que cette situation, résultante directe de l'article 129 de la *Constitution*, n'aura l'heur de plaire ni à la législature du Québec ni au Parlement central.

COPROPRIÉTÉ : Une décision de l'assemblée générale des copropriétaires se bornant à modifier des stipulations du règlement de copropriété sans viser la situation particulière des propriétaires de lots, ne requiert pas l'unanimité pour son adoption et peut être valablement votée selon les conditions de majorité requises par l'article 25f de la loi du 10 juillet 1965 (Cass. 3^{ème} civ., 17 juillet 1996, arrêt nE 1442 P., Bensinon c./Synd. coprop. de l'immeuble 96 P. 100).

* Professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier le professeur André Morel qui a bien voulu faire une lecture finale du manuscrit, ainsi que le professeur Roderick A. Macdonald pour ses commentaires au sujet de la première version de la section B ; II. L'auteur demeure cependant entièrement responsable des idées avancées dans ce texte.

[1] *Le testament français*, Paris, Mercure de France, 1995, aux p.282-283

[2] L.Q. 1991, c. 64.

[3] Ci-après Code civil.

[4] Bien que le premier alinéa des dispositions finales du *Code civil du Québec* parle de «remplacement», il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une abrogation. Voir Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-4, art. 10.

[5] 1867 (R.-U), 30-31 Vict., c.3.

[6] L.R.C. (1985), App. n°5 (ci-après appelée la Constitution).

[7] Proclamation du 26 mai 1866 fixant la date d'entrée en vigueur du *Code civil*, *The Canada Gazette*, 1866, p. 1824 et 1877

[8] A. Morel, « La codification devant l'opinion publique de l'époque », dans : J. Boucher et A. Morel (éd.), *Le droit dans la vie familiale, Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 27-45.

[9] *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada que se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.C. 1857, c. 43; *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S.C. 1865, c. 41.

[10] Soit le 1^{er} juillet 1867.

[11] Précité, note 5.

[12] À ce sujet, lire F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 1626 et 1627.

[13] À propos de la réception du droit anglais dans les diverses colonies, lire J.E. Côté, A The Reception of English Law », (1977) 15 *Alta. L.R.* 29.

[14] Cet article n'a jamais véritablement retenu l'attention des auteurs de doctrine. Les ouvrages de droit constitutionnel de la fin du siècle dernier y consacrent toutefois une plus grande attention que les monographies actuelles ; à titre d'exemples, lire G.J. Wheeler, *Confederation Law of Canada*, London, Eyre and Spottiswoode, 1896, aux p. 537-541 ; W.H.P. Clement, *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, Carswell, 1892, aux p. 200 et 534-537 ; du même auteur, 2^e éd., 1904, p. 236-240 et 342-344 ; et la 3^e éd., Carswell, 1916, p. 582-589 ; A.H.F. Lefroy, *Canada's Federal System*, Toronto, Carswell, 1913, p. 161-163. Un seul ouvrage récent accorde une attention plus soutenue à l'article 129 : L.B.Z. Davis, *Canadian Constitutional Law Handbook*, Aurora, Canada Law Book Inc., 1985, p. 357-359 et 794-798. En réalité, la seule véritable étude portant sur cet article a été faite par L. Patenaude dans un texte inédit, rédigé en 1966, et intitulé *Le pouvoir de la législature du Québec de modifier la forme du Code civil*. On doit également y ajouter un texte du professeur Roderick A. Macdonald intitulé « Encoding Canadian Civil Law » qui paraîtra dans *Des Mélanges* en l'honneur du professeur Paul-André Crépeau.

[15] Nous ne reproduisons pas ici la version française de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 6, car elle n'a toujours qu'une valeur officieuse.

[16] On peut même porter des accusations aux termes d'une telle loi : *Rex c. Yaldon*, (1908) 17 O.L.R. 179 (C.A. Ont.).

[17] *Reference as to the Legislature Competence of the Parliament of Canada to Enact Bill No. 9 «An Act to Amend the Supreme Court Act»*, [1940] R.C.S. 49, 129 (J. Hudson). *P.G. du Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, 219 et 221.

[18] *Pearce v. Kerr*, (1908-9) 9 W.L.R. 504, 506 (Sask. Dist. Ct.).

[19] *Walter c. Attorney-General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383, 393-394.

[20] *The Queen v. Halifax Electric Tramway Co.*, (1897-98) 30 N.S.R. 469, 477 (C.A.N.-É), opinion du juge en chef Graham, dissident mais pas sur cette question.

[21] *Calder c. Procureur général de la Colombie britannique*, [1973] R.C.S. 313, 413 (opinion des juges dissidents, mais pas sur cette question).

[22] L. Patenaude, *loc. cit.*, note 14, à la p. 4. À l'appui de cette proposition, l'auteure fait référence aux arrêts *Procureur général de l'Ontario c. Procureur général du Canada*, [1896] A.C. 348, 366 (ci-après l'*Affaire des prohibitions locales*) : « ni le Parlement du Canada, ni les législatures provinciales ne sont compétents pour révoquer des lois qu'elles ne pourraient édicter » ; la traduction de cette décision est tirée de l'ouvrage de F. Chevrette et H. Marx, *op. cit.*, note 12, aux p. 350-361 ; *Rinfret c. Pope*, (1886) 12 Q.L.R. 303, 311 (C.A.) ; *Ex parte*

O'Neill, (1905) 28 C.S. 304, 309; *The Queen c. Halifax Electric Tramwa Co.*, précité, note 20, 476; *Griffith c. Rioux*, (1883) 6 L.N. 211, 214 (C.S.) : « the Legislature cannot repeal what it cannot re-enact [...] »; on peut également ajouter à cette liste *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 271; *Hellens c. Densmore*, [1957] R.C.S. 769 ; *Rex c. Yaldon*, précité, note 16, 181 et *McGee c. The King*, (1902) Ex.Ct.R. 309 (D.P.I.).

[23] (1881-82) 8 A.C. 446 (ci-après *Dobie*).

[24] *Acte pour amender l'acte intitulé : «Acte pour incorporer le bureau d'administration des biens temporels de l'Église presbytérienne du Canada en rapport avec l'Église d'Écosse»*, 38 Vict. ch. 64.

[25] *Acte pour incorporer le bureau d'administration des bien temporels de l'Église presbytérienne du Canada en rapport avec l'Église d'Écosse*, 22 Vict. ch. 66.

[26] *Dobie*, précité, note 23, 459. À la page 465, Lord Watson affirme que : « the power of the Provincial Legislature to destroy a law of the old province of *Canada* is measured by its capacity to reconstruct what it has destroyed ».

[27] *Id.*, 459-460.

[28] *Id.*, 462.

[29] *Id.*, 463. Il est à noter que même si la loi avait limité la portée de l'abrogation aux matières à l'égard desquelles la province de Québec était compétente, il n'est pas dit qu'on l'aurait nécessairement jugée valide. Dans l'arrêt *Ex parte O'Neill*, précité, note 22, on a jugé que la compétence de la province de Québec en matière de réglementation du commerce local des boissons enivrantes ne l'autorisait pas à abroger, en tant qu'elle s'appliquait à son territoire, une loi de tempérance adoptée par la province du Canada en 1864. Même limitée de cette façon, cette abrogation a été jugée *ultra vires* : « [T]he Temperance Act of 1864 was of a general character and applicable to both provinces indiscriminately. Now this law having been passed by the Legislature representing the people of both provinces, could not be repealed by a Legislature representing only one-half of the same body. Its general character clearly compelled its classification among the laws which fell under the control of the general legislature, the action of which was intended to extend over the whole of the Dominion » (p. 309). Voir cependant *infra*, note 65.

[30] *Id.*, à la page 463 : « If, by a single Act of the Dominion Parliament [province du Canada], there had been constituted two separate corporations, for the purpose of working, the one a mine within the province of *Upper Canada*, and the other a mine in the province of *Lower Canada*, the Legislature of *Quebec* would clearly have had authority to repeal the Act so far as it related to the latter mine and the corporation by which it was worked ».

[31] *Id.*, 465. Pour une affaire intéressante où l'on a distingué l'arrêt *Dobie*, *ibid.*, lire *Lafferty c. Lincoln*, (1907) 38 R.C.S. 620.

[32] Précité, note 22.

[33] 27-28 Vict. ch. 18.

[34] *Affaire des prohibitions locales*, précitée, note 22, 367. Cette conclusion est surprenante, compte tenu du fait que la loi de 1864 visait incontestablement à s'appliquer à l'ensemble du territoire de la province du Canada.

[35] S.R.C. 1886, 49 Vict. ch. 106.

[36] *Affaire des prohibitions locales*, précitée, note 22, 362.

[37] *Id.*, 366.

[38] *Id.*, 367.

[39] En effet, on sait aujourd'hui que le Parlement fédéral peut adopter des dispositions qui ne visent qu'une province en particulier. En matière de droit privé, on peut citer, à titre d'exemple, l'ancienne *Loi de divorce (Ontario)*, 1930, S.C. 1930, c. 14. L'*Acte des lettres de change*, 53 Vict., c. 33, comportait également certaines dispositions qui ne s'appliquaient qu'au Québec. Enfin, l'*Acte concernant les lettres de change et les billets à ordre*, S.R.C. 1886, ch. 123, qui avait précédé la loi de 1890 n'était qu'un répertoire de dispositions dont la portée était limitée au territoire de certaines provinces. En matière de droit criminel, on a également reconnu que l'uniformité n'était pas un préalable à la validité. Ainsi, les tribunaux ont jugé que l'application différente, d'une province à l'autre, d'une loi relative au droit criminel constituait un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral : *R. c. Sheldon S.*, [1990] 2 R.C.S. 254, 289 ; voir également P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, à la p. 447.

Antérieurement à la décision du Conseil privé, plusieurs tribunaux avaient d'ailleurs conclu que le Parlement fédéral était le seul à pouvoir abroger les dispositions de la loi de 1864 prohibant la vente d'alcool : *Hart c. La Corporation du Comté de Missisquoi*, (1876) 3 Q.L.R. 170 (Cour de Circuit) et *Ex parte Cooley, Jr. c. The Municipality of the County of Brome*, (1877) 21 L.C.J. 182 (Cour de Circuit). Les motifs justifiant cette conclusion sont cependant contestables aujourd'hui. On y affirmait que toute question commerciale, y compris la vente des boissons enivrantes, relevait de la seule compétence du Parlement fédéral. Cette conclusion ne tient plus. Aujourd'hui, il est clairement établi que les provinces sont compétentes relativement au commerce intraprovincial et que le Parlement central, quant à lui, est exclusivement compétent en matière de commerce extraprovincial, ce qui inclut l'importation et

l'exportation. Il dispose également d'un pouvoir de légiférer en matière de « réglementation générale du commerce ». Une raison plus convaincante a été invoquée pour justifier l'incapacité provinciale dans *Ex parte O'Neill*, précité, note 22, une décision postérieure à l'*Affaire des prohibitions locales*. La compétence de la province de Québec en matière de réglementation du commerce local des boissons enivrantes ne l'autorisait pas, a-t-on conclu, à abroger la loi de 1864, et ce, même si l'abrogation visait la loi dans son application au seul territoire québécois. Une telle abrogation a été jugée *ultra vires* au motif que la loi préconfédérale avait pour objet de s'appliquer à l'ensemble du territoire de ce qui constituait alors la province du Canada. La province de Québec n'était donc pas habilitée à l'abroger.

[40] En l'espèce, le Conseil privé devait également conclure à la validité d'une loi ontarienne intitulée *An Act to Improve the Liquor Licence Acts*, (1890) 53 Vict. ch. 56. Celle-ci reproduisait certaines des dispositions de la loi de 1864 qui restreignaient le commerce local des boissons enivrantes. Bien que toutes deux régissent la même matière, la loi provinciale et l'*Acte de tempérance du Canada*, précité, note 35, n'en étaient pas moins valides, a-t-on conclu, la première s'intéressant au commerce des boissons enivrantes dans une perspective locale, la deuxième dans une perspective nationale. Enfin, comme le vote affirmatif d'une majorité des électeurs dans une région donnée était nécessaire à la mise en application de ces deux lois, un conflit opérationnel n'était susceptible de survenir que dans ces régions qui avaient opté pour le régime prévu à la loi fédérale.

[41] *Johnson v. Seabright et al.*, (1979) 107 D.L.R. (3d) 749, 757 (C.A.T.-N.), le juge Gushue, avec qui le juge Morgan était en accord. Le juge en chef Furlong avait rédigé des motifs concordants. Cette décision a été confirmée en appel dans *Moore c. Johnson et al.*, [1982] 1 R.C.S. 115.

[42] [1950] R.C.S. 609 (*ci-après Bowater*).

[43] L.R.C. (1985), app. nE XXXII. Le paragraphe 18*1) est en tous points similaire à l'article 129 de la *Constitution*.

[44] *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1949, c. 25, art. 49 et 50. La loi disait s'appliquer « nonobstant toute autre loi jusqu'ici adoptée par une autorité législative autre que le Parlement du Canada (y compris une loi de Terre-Neuve adoptée antérieurement au premier avril mille neuf cent quarante neuf) [...] ».

[45] *Bowater*, précité, note 42, 620 : « the «authority» referred to in Term 18(1) is the authority which is given jurisdiction on the respective subject-matters enumerated in Sections 91 and 92 ».

[46] *Id.*, 621-622.

[47] *Id.*, 624.

[48] *Id.*, 630-631.

[49] *Id.*, 639.

[50] *Id.*, 639. (L'italique est de nous.)

[51] *Id.*, 640 : « Admittedly the provisions are not severable as terms of a contract, but they are clearly so as legislative subject matters ».

[52] *Id.*, 641.

[53] *Id.*, 642.

[54] *Id.*, 663 : « The question, however, is as to the right to exercise these powers and not the consequences of such exercise ».

[55] *Id.*, 646 : « If Parliament cannot enact, it cannot repeal, no matter whether the attempted mode is by express repeal or by the enactment of repugnant legislation ». Le juge Kellock reproduit également le passage suivant de l'arrêt *Great West Saddlery v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, 117 : « For neither the Parliament of Canada nor the provincial legislatures have authority under the Act to nullify, by implication any more than expressly, *statutes* which they could not enact ».

[56] *Id.*, 646-647. Cette affirmation est assez surprenante, compte tenu du libellé de la loi, voir *supra*, note 44.

[57] *Id.*, 647.

[58] *Id.*, 647.

[59] *Id.*, 651 et 655.

[60] *Id.*, 654.

[61] *Id.*, 656.

[62] *Id.*, 634.

[63] *Id.*, 635.

[64] *Id.*, 635-636.

[65] Qu'en est-il alors de la conclusion du juge Saint-Pierre dans *Ex parte O'Neill*, précité, note 22, 309-310, au sujet de l'invalidité de l'abrogation limitée, par la législature québécoise, de la loi de 1864 prohibant la vente d'alcool ?

[66] Tant que le Parlement central n'abroge pas les dispositions du droit préconfédéral qui relèvent de son autorité, les règles applicables en matière fédérale pourront varier d'une province à l'autre. En effet, le droit préconfédéral maintenu en vigueur par l'article 129 dans les différentes provinces n'est, bien sûr, pas toujours identique : *In Re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, 556; *Willet c. De Grosbois*, (1873) 17 L.C.J. 293, 295 (C.S.). À titre d'exemple, voir la situation qui a prévalu en matière de divorce jusqu'à l'adoption de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24 ; L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.) : C. Davies, *Family Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1984.

[67] Les études inédites suivantes, préparées pour le bénéfice du ministère de la Justice du Canada, ont répertorié et étudié les articles du *Code civil* dont l'abrogation relève du Parlement central : J. Auger, *Les créances de la Couronne*, 27 mars 1996, aux p. 495-540; A. Bohémier, *La faillite et l'insolvabilité ; La réforme du Code civil du Québec et les dispositions préconfédérales*, [mars 1996], aux p. 541-626; A. Braën, *Les dispositions maritimes du Code civil du Bas-Canada*, mars 1996, aux p. 735-766; G. Côté, *Étude portant sur les dispositions du Code civil du Bas-Canada d'origine préconfédérale concernant la Couronne et sur l'abrogation éventuelle de celles-ci dans la mesure où elles ont trait à des matières relevant de la compétence législative du Parlement du Canada*, 26 mars 1996, aux p. 463-494; P.-A. Côté, *La survie du droit préconfédéral : le cas des dispositions relatives à l'interprétation et à l'application des lois du Code civil du Bas-Canada*, mars 1996, aux p. 407-440; J. Leclair, *Étude de la légalité constitutionnelle de l'abrogation, par la législature du Québec, des dispositions préconfédérales du Code civil du Bas-Canada relatives aux lettres de change et à l'intérêt de l'argent*, 11 avril 1996, aux p. 627-734; A. Morel, *Les dispositions préconfédérales du Code civil du Bas-Canada sur le mariage*, mars 1996, aux p. 441-462. Pour une synthèse de ces études, lire A. Morel, *Le droit civil préconfédéral et le rôle du Parlement après le nouveau Code civil*, Rapport préliminaire de synthèse soumis au ministère de la Justice du Canada, 6 novembre 1996, aux p. 71 à 134.

[68] P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Éd. Yvon Blais, 1993, Cowansville, à la p. 100.

[69] *Id.*, p. 99 (notes omises).

[70] L. Patenaude, *loc. cit.*, note 14, aux p. 4 et 6 ; R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 55-56.

[71] Précité, note 22, 366. (L'italique est de nous.)

[72] Dans les affaires suivantes, on a jugé que le droit préconfédéral devait être considéré comme du droit fédéral lorsqu'il relevait de la compétence du Parlement central : *Hellens c. Densmore*, précitée, note 22, 784 (le juge Rand; il ne s'exprimait alors pas au nom de la Cour); *La Reine c. Prytula* [1979] 2 C.F. 516, 523 (C.A.); confirmée pour un autre motif : *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Associated Metals & Minerals Corp. c. L'«EVIE»*, [1978] 2 C.F. 710, 713 (C.A.); confirmée en appel sans que soit examinée cette question : [1980] 2 R.C.S. 322. Dans *Corner Brook City Council v. Bowater Newfoundland Limited*, (1980) 25 Nfld. & P.E.I.R. 525, 530-531 (C.A.T.-N.), on a jugé que ce droit préconfédéral constituait du droit provincial lorsqu'il relevait de la compétence des provinces. Voir également W.H.P. Clement, *op. cit.*, note 14, 1^{re} éd., à la p. 200.

[73] *ITO International Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752, 779 (ci-après appelée *ITO*); *Moore c. Johnson et al.*, précité, note 41, 122-123; *Canada c. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1995] 1 C.F. 131, 144 (D.P.I.); renversé en appel ([1995] 3 C.F. 124), sans que soit examinée cette question; *Corner Brook City Council v. Bowater Newfoundland Limited*, (1980) 25 Nfld. & P.E.I.R. 536, 537 et 540 (Nfld. Sup. Ct.) renversé par la Cour d'appel dans *Corner Brook City Council v. Bowater Newfoundland Limited*, *supra*, note 72. Voir également *Flexi-Coil Ltd. c. Rite Way MFG. Ltd.*, [1990] 2 C.F. 244 (D.P.I.).

[74] Précité, note 41.

[75] *Id.*, 122-123.

[76] *Johnson v. Seabright et al.*, précitée, note 41, 754-755. (L'italique est de nous.) Nous reproduisons la version anglaise de la décision, car la traduction française ne rend pas justice à l'opinion exprimée par le juge.

[77] Traduction proposée dans le *Rapport définitif du comité de rédaction constitutionnelle française chargé d'établir, à l'intention du ministre de la Justice du Canada, un projet de version française officielle de certains textes constitutionnels*, comité créé sous l'empire de l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[78] *Bowater*, précité, note 42, 639. (L'italique est de nous.) W.H.P. Clement (*op. cit.*, note 14, 1^{re} éd., à la p. 200) précise que l'article 129 a maintenu en vigueur « the whole body of existing law (in its widest sense) ».

[79] P.-A. Côté, *op. cit.*, note 68, à la p. 99 : « Légiférer à l'encontre d'une loi existante sans cependant l'abroger, c'est simplement la rendre inopérante, la priver de ses effets, la rendre inapplicable dans la mesure du conflit entre les deux lois. Sa forme subsiste et elle pourrait théoriquement reprendre effet si on supprimait la loi qui y fait obstacle ».

[80] En guise d'exemples, voir l'Acte concernant les naufrages et le sauvetage, S.C. 1873, c. 55, art. 37; l'Acte concernant l'engagement des matelots, S.C. 1873, c. 129, art. 5 ; l'Acte concernant les navires, leur enregistrement, leur inspection et leur classification, S.C. 1873, c. 128, art. 3, et l'Acte des lettres de change, précité, note 39, art. 95.

[81] Les commissaires tinrent compte des modifications apportées par le fédéral à certaines dispositions du *Code civil*. Non seulement en dressèrent-ils une liste (S.R.Q. 1888, vol. 2, p. 927-942, art. 6228-6271), mais ils modifièrent même le libellé des articles touchés : L. Patenaude, *loc. cit.*, note 14, à la p. 46.

[82] R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 56.

[83] Enfin, on peut ajouter que le bilinguisme des lois fédérales et québécoises constitue le meilleur exemple du fait que la norme juridique se situe au-delà du texte de loi, que celui-ci n'en est que le support matériel.

[84] C'est ce qu'il a fait, par exemple, dans les lois mentionnées à la note 80. À titre d'exemple, l'article 95 de l'Acte des lettres de change, précité, note 39, édictait que les dispositions énumérées dans la deuxième « Annexe » de cette loi étaient abrogées à compter du jour de son entrée en vigueur.

[85] Il ne fait aucun doute que, depuis 1867, cet article relève de la compétence du Parlement central, compte tenu du paragraphe 91(18) de la *Constitution*. Cet article n'a pas été touché par l'abrogation expresse opérée, en 1890, par l'article 95 de l'Acte des lettres de change, précité, note 39. En effet, cette disposition énonçait que les dispositions énumérées dans la deuxième « Annexe » de cette loi devaient être considérées comme abrogées à compter du jour de son entrée en vigueur. Or l'annexe 2 énonçait ce qui suit : « Articles 2279 et 2354 tous deux inclusivement, [s]auf en tant que ces articles, ou quelqu'un d'entre eux [*sic*], ont trait à la preuve à l'égard des lettres de change, chèques et billets ».

[86] (1893) 56 Vict. c. 31.

[87] *Acte des Statuts du Canada*, 1906, (1907) 6-7 Éd. VII, ch. 43.

[88] A. Gérin-Lajoie, A Quelle loi s'applique en matière de preuve relativement aux effets de commerce ? », (1926) 5 *R. du D.* 425, aux p. 437 et 440 ; A. Perrault, *Traité de droit commercial*, t. 3, Montréal, A. Lévesque, 1940, aux p. 1130-1131.

[89] M. Caron et a. Bohémier, *Précis de droit des effets de commerce*, 7^e éd., Montréal, Librairie Beauchemin Ltée, 1982, aux p. 12-13. L.-J. de la Durantaye, *Traité des effets négociables*, Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 1964, à la p. 305, par. 487 : « L'article 2341 du Code civil a survécu à ce va-et-vient. Sauf ces applications, il faut encore en la province de Québec, dans les procès sur les traite,

chèque et billet, suivre les règles anglaises de la preuve qui étaient en vigueur le 31 mai 1849 » (notes omises).

[90] L'article 4 de la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46, représente un autre exemple d'abrogation implicite. On y déclare que cette loi « comporte la totalité des règles de droit applicables au Canada en matière d'empêchements au mariage fondés sur des liens de parenté ». Selon nous, cette disposition n'a pas abrogé les articles 125 et 126 du *Code civil*; elle les a simplement rendu inopérants.

[91] *Bowater*, précité, note 42, 646. (L'italique est de nous.)

[92] [1926] Ex.Ct.R. 68 (D.P.I.).

[93] *Id.*, 72.

[94] *Id.*, 73. (L'italique est de nous.)

[95] *Id.*, 75.

[96] *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, 154 et 155 : « [I]l ne sera pas possible de se conformer aux deux textes lorsqu'il est raisonnable d'affirmer que *l'application de la loi provinciale aura pour effet de déjouer l'intention du législateur*. [...] L'examen [du conflit] doit plutôt porter sur la question plus large de savoir *si l'application de la loi provinciale est compatible avec l'objet de la loi fédérale*. Dans la négative, le double respect des lois est impossible ». (L'italique est de nous.) Dans cette affaire, une loi provinciale permettait à un juge de décider si, quand et dans quelles circonstances les biens donnés en gage par un débiteur pouvaient être remis à un créancier garanti. L'appelante prétendait que cette loi provinciale valide entraînait en conflit avec la sûreté reconnue par les articles 178 et 179 de la *Loi sur les banques*. La Cour a donné raison à l'appelante au motif que l'application de la loi entraînait une inobservance de la loi fédérale. En effet, le régime établi par les dispositions fédérales en litige avait pour objet d'accorder un droit *immédiat* de saisir et de vendre les biens gagés. Or la loi provinciale avait précisément pour objet d'interdire au créancier de rentrer immédiatement en possession des biens donnés en garantie, sous peine de résolution de sa sûreté.

[97] P.-A. Côté, *op. cit.*, note 68, à la p. 99.

[98] Dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, 514 et *R. c. Mercure*, précité, note 22, 264-265.

[99] Précité, note 41, 756.

[100] Il emploie les expressions « *repeal by operation of the law* » et « *repeal by necessary implication* » (*ibid.*).

[101] *Moore c. Johnson et al.*, précité, note 41.

[102] *Id.*, 123. (L'italique est de nous.)

[103] Précité, note 66. Pour une décision identique, lire *Johnson c. Drummond*, (1873) 17 L.C.J. 176 (Cour de circuit).

[104] (1860) 23 Vict. c. 17.

[105] *Acte à l'effet d'établir des dispositions temporaires pour l'élection des membres de la chambre des communes du Canada*, (1871) 34 Vict. c. 20.

[106] *Willet c. De Grosbois*, précité, note 66, 295 : « The fact of the Dominion Legislature having enacted the 34 Vic., c. 20, cannot help the plaintiff. This was enacted for the whole Dominion, but in Quebec and Ontario there was left the 23 Vic., c. 17, sec. 6, in full force. Nothing is in the 34 Vic., c. 20, resembling what is enacted by sec. 6 of c. 17 of 23 Vic., against the executory contracts and promises referred to in it ».

[107] On parle « double aspect » lorsqu'une loi s'intéresse à un sujet dont on peut dire, lorsqu'il est examiné sous un certain angle, qu'il porte sur une matière de compétence fédérale et, lorsqu'il est analysé sous un autre angle, qu'il porte sur une matière de compétence provinciale. Une mesure législative portant sur un tel sujet pourra donc être adoptée indifféremment par le Parlement ou par une province, dans la mesure où chacun de ces ordres de gouvernement poursuit une finalité qui lui est propre.

[108] Art. 803, al. 2, 1998, dernier alinéa, et paragraphe 1999(4). À ce sujet, lire A. Bohémier, *loc. cit.*, note 67.

[109] Art. 1229, 2340, 2341, 2342, 2346 et 2354. À ce sujet, lire J. Leclair, *loc. cit.*, note 67.

[110] Art. 400, 402, 403; 1989, par. 1994(10); art. 2032, 2086; par. 2121(2); art. 2211, 2212 et 2263. À ce sujet, lire J. Auger, *loc. cit.*, note 67, et G. Côté, *loc. cit.*, note 67.

[111] Précité, note 42.

[112] *Id.*, 624. (L'italique est de nous.) Rappelons que le juge en chef avait également conclu que les articles 49 et 50 de la loi fédérale sur le revenu avaient explicitement abrogé les dispositions préconfédérales en litige (p. 621-622).

[113] Précité, note 22.

[114] *An Act respecting the Revised Statutes of Ontario*, 40 Vict. (Ont.) c. 6, art. 6.

[115] *Id.*, art. 7.

[116] *McGee c. The King*, précité, note 22, 316.

[117] Deuxième alinéa de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*.

[118] La première version de cette approche était exposée dans un texte de 259 pages ! : R.A. Macdonald, *The Constitutional Position of the Civil Code of Lower Canada and the Civil Code of Québec as an Expression of Federal Suppletive Law*, étude présentée au ministère de la Justice du Canada, 31 mars 1996. Le professeur Macdonald en donne un compte-rendu dans un article intitulé « Encoding Canadian Civil Law » dont nous avons déjà parlé plus haut (*loc. cit.*, note 14).

[119] R.a. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 58-59 et 65.

[120] Cette distinction entre droit commun au sens utilitaire et au sens substantiel a été élaborée par les professeurs J.-M Brisson et A. Morel dans « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », (1996) 75 *Rev. du B. Can.* 297, aux p. 324-330.

[121] R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 15.

[122] *Id.*, par. 46 et 58.

[123] *Id.*, par. 65.

[124] *Id.*, par. 46 ; au Québec, ce *jus commune* fédéral et provincial est pour ainsi dire identique (*id.*, par. 47).

[125] Les provinces jouissent d'une compétence de principe en matière de droit privé aux termes du paragraphe 92(13). Une compétence exceptionnelle en cette matière a cependant été reconnue au Parlement central, en conformité des paragraphes 91(2), (15), (16), (18-19), (21-23) et (28), dans les secteurs suivants : la réglementation des échanges et du commerce, les banques, la constitution des banques, les caisses d'épargne, les lettres de change et les billets à ordre, l'intérêt de l'argent, la faillite et l'insolvabilité, les brevets d'invention et de découverte, les droits d'auteur et finalement, l'établissement, le maintien et l'administration des pénitenciers.

[126] R.a.macdonald, *loc. cit.*,note 14, par. 58-59 et 65

[127] *Id.*, par. 64.

[128] Alors que le *jus commune* désigne « the foundational regime of general jural concepts and rules that govern the private law » (R.a. Macdonald, *loc. cit.*, note 118, par. 41), le droit supplétif vise plutôt « the body of law that actually serves as the backdrop for any enactment - either a statutory regime, or [...] even a civil code » (*id.*, par. 54). Il faut bien admettre que la nuance à faire n'est pas parfaitement claire. En guise d'exemple de la nuance qui peut exister entre les deux concepts, l'auteur explique (*id.*, par. 55) : « It follows, *a contrario*, that the *ius commune* may not always serve as the suppletive law for an enactment. It may well be that the statute in question, say a statute regulating the devolution of estates, might explicitly provide that in so far as family religious artefacts are concerned, it is the law of the relevant religious sect - canon law, talmudic law, islamic law, and so on - that shall govern *post mortem* dispositions and entitlements. In such a case, while the *ius commune* may well serve as implicit residual suppletive law for the devolution of estates in general, some other body of law serves the function of specific suppletive law in so far as questions relating to religious artefacts are concerned ».

[129] R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 65, et R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 118, par. 193 : « In other words, in their function as federal *ius commune*, the provisions of the *Civil code of Lower Canada* will cede (in their operation) before valid contrary provincial statutes, just as if they had been carried into federal jurisdiction as unenacted common law ». Nous sommes d'accord avec le professeur Macdonald lorsqu'il affirme que l'arrêt *Hellens c. Densmore*, précité, note 22, a été erronément interprété comme signifiant que le droit préconfédéral relevant du pouvoir du Parlement central pouvait avoir prépondérance sur une loi provinciale valide (voir *Re Broddy and Director of Vital Statistics*, (1982) 142 D.L.R. (3d) 151 (C.A.Alb.). Dans *Hellens c. Densmore*, *id.*, une majorité de juges a plutôt été d'avis qu'une loi provinciale ne peut reproduire une loi préconfédérale portant sur une condition de fond du mariage, puisqu'une telle matière relève de la compétence exclusive du Parlement fédéral. Seul le juge Rand a laissé entendre que le concept de prépondérance pouvait être appliqué à une norme de droit préconfédéral.

[130] Sur cette question, voir J.-M. Brisson et A.morel, *loc. cit.*, note 120, à la p. 310, et la doctrine à laquelle ils renvoient.

[131] J.-M. Brisson, « L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique », (1992) 52 *R. du B.* 345, aux p. 347-348. Le professeur B. Laskin est cependant d'un avis contraire (*Canadian Constitutional Law*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1975, à la p. 793) : « parce que le *common law* est potentiellement sujet à l'exercice d'un pouvoir législatif prépondérant, il y a un *common law* ou un droit décisionnel fédéral ou un *common law* ou un droit décisionnel provincial afférent aux matières respectivement assignées à chaque législature par l'A.A.N.B. » (La traduction est tirée de F. Chevrette et H. Marx, *op. cit.*, note 12, à la p. 868.) Voir également B. Laskin, *The British Tradition in Canadian Law*, Londres, Stevens, 1969, à la p. 129.

[132] C'est cette « réception » dans l'ordre fédéral qui distingue, semble-t-il, la notion de *jus commune* du concept de « droit supplétif ».

[133] R.a. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 43. Ce point de vue se rapproche de celui de B. Laskin, *op. cit.*, note 131.

[134] Précité, note 72.

[135] L.R.C. 1970, c. S-17; devenue aujourd'hui L.R.C. 1985, S-23

[136] *ITO*, précité, note 73, 766.

[137] *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, 658. Voir aussi *Roberts c. Canada* [1989] 1 R.C.S. 332, 338.

[138] A. Braën, « La compétence maritime du Parlement canadien et ses conséquences sur l'application du *Code civil* », (1986) 31 *R.D. McGill* 369, 412-414.

[139] L'adoption par renvoi suppose, de toute façon, l'existence d'une loi fédérale, laquelle fait sienne une règle de droit de l'autre ordre de gouvernement.

[140] *Roberts c. Canada*, précité, note 137. Dans cette affaire, Mme la juge Wilson semble avoir reconnu un caractère fédéral au droit à la possession et à l'occupation de leurs terres tribales que la *common law* reconnaît aux autochtones.

[141] *Quebec North Shore Paper Company c. Canadien Pacifique Limitée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, 1065.

[142] Un argument identique avait été adopté dans *Associated Metals & Minerals Corp. c. L'«EVIE»*, , précité, note 72. Il importe de souligner tout de suite que ces décisions ont été rendues avant les arrêts *Moore c. Johnson et al.*, précité, note 41, et *ITO*, précité, note 73. De plus, dans les deux cas, la Cour suprême [précité, note 72] a confirmé ces décisions sans se prononcer sur l'argument de réception. Dans *La Reine c. Prytula*, précité, note 72, par exemple, la Cour a plutôt conclu que la loi en litige et le *Règlement canadien sur les prêts aux étudiants*, DORS/68-345, régissaient tous les aspects de la relation entre l'intimée et l'appelante.

[143] *La Reine c. Prytula*, précité, note 72, 524-525 (notes omises). Nous reproduisons la version anglaise de la décision, car la traduction ne rend pas justice à l'opinion du juge.

[144] Il est vrai que le professeur Macdonald (*loc. cit.*, note 118, par. 47, note 87) affirme que l'article 129 n'est pas l'équivalent d'un « ordinary reception statute »; pourtant, il reconnaît que cette disposition (*id.*, par. 47) « in effect restated that amalgam of statute and common law of a foundational general private law tenor,

as the *received iu commune* in relation to both federal and provincial legislative competence ». (L'italique est de nous.)

[145] F. Chevrette et H. Marx, *op. cit.*, note 12, à la p. 7.

[146] Ainsi, dans *Regina c. Carrière et al.*, (1955) 113 C.C.C. 11 (B.C.S.C.), on a prétendu, sans succès, que seules les règles de *common law* anglaise prononcées avant la date charnière de la Colombie-Britannique (1858) y avaient été introduites. Au sujet de la réception du droit anglais dans les provinces canadiennes, lire J.E. Côté, *loc. cit.*, note 13.

[147] R.S.B.C., 1979, c. 224 : « The Civil and Criminal Laws of England, as they existed on November 19, 1858, so far as they are not from local circumstances inapplicable, are in force in the Province; but those laws shall be held to be modified and altered by all legislation having the force of law in the Province ». Notons que tous les « reception statutes » sont rédigés d'une manière analogue.

[148] L.R.C. 1985, c. F-7; devenu aujourd'hui le paragraphe 2(1) par suite de l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1990, c. 8, art. 1.

[149] *ITO*, précité, note 73, 779. Nous citons la version originale, compte tenu de l'imprécision de la traduction française.

[150] À propos de l'article 42 de la *Loi sur la Cour fédérale*, précité, note 148 (qui déclare que le droit maritime canadien existant immédiatement avant le 1^{er} juin 1971 reste en vigueur sous réserve des modifications apportées par la législation fédérale), le juge McIntyre ajoute (*ITO*, précité, note 73, 779) : « Section 42 cannot be considered a referential incorporation of provincial law or a re-enactment of provincial law. It is clearly only a continuation of law provision ».

[151] R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 25. (L'italique est de nous.)

[152] R.a. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 25. (L'italique est de nous.)

[153] En voici le libellé : « Les poursuites faites contre l'un des codébiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres ».

[154] Comme le rappelait Lord Halsbury dans *Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495, 506 : « [T]oute décision judiciaire doit être lue comme s'appliquant aux faits particuliers qui ont été prouvés ou qui sont tenus pour prouvés, étant donné que les formulations en termes généraux qu'on peut y trouver ne visent pas à exprimer tout le droit, mais sont déterminées et qualifiées par les faits particuliers de la décision dans laquelle ces formulations se trouvent. Ma seconde remarque, c'est qu'une décision ne fait autorité que pour ce qu'elle décide concrètement ». La

traduction de ce passage est tirée de A. Morel (avec la collaboration de J.-M. Brisson et J. Leclair), *Sources et formation du droit*, Montréal, COOP Droit, 1994, à la p. 14.

[155] Le professeur Macdonald n'est pas totalement en désaccord avec ce point de vue, puisqu'il reconnaît que la formulation par le législateur d'une norme préexistante peut en infléchir la portée.

[156] R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 14, par. 45.

[157] *Ibid.* Ainsi, dans l'arrêt *La Reine c. Prytula*, précité, note 72, 525, le juge affirme, à l'appui de sa thèse sur l'incorporation du droit préconfédéral en droit fédéral que « If it were otherwise, a provincial legislature could, by abolishing the law of contract (and substituting some new system of statutory relationships), abolish, or alter completely, the law regulating one of the main branches of «banking» ».

[158] Sur cette question du rapport entre les compétences fédérale et provinciale de droit privé, lire J. Leclair, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce : perspective constitutionnelle », (1995) 40 *Rev. Drt. McGill* 691 ; J. LECLAIR, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1867* », (1994) 28 *R.J.T.* 661 ; J. Leclair, « La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre », (1992) 33 *Les Cahiers de Droit* 535, et P. Carignan, « La compétence législative en matière de faillite et d'insolvabilité », (1979) 57 *Rev. du B. Can.* 47.

[159] En droit maritime : *ITO*, précité, note 73, et *Q.N.S. Paper c. Chartwell Shipping*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Monk Corporation c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779 et *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; en matière de faillite : *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453; et en matière bancaire : *Banque de Montréal c. Hall*, précité, note 96.

[160] R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 118, par. 32, note 43.

[161] Tout le contentieux relatif au droit applicable en matière maritime le prouve bien.

[162] Nous laissons en suspens la question de savoir si, dans certains secteurs, le droit fédéral n'aurait pas déjà acquis une autonomie qui permet d'obvier à la nécessité de recourir au droit privé provincial à titre supplétif. À ce sujet, voir *supra*, note 140, et J.-M. Brisson et A. Morel, *loc. cit.*, note 120, aux p. 333-334.