
La fonction du droit des obligations

Paul-A. Crépeau*

Dans cette étude, l'auteur examine la fonction du droit des obligations au sein de la société civile et dans la formation du juriste. L'examen de la fonction du droit des obligations dans la société civile se fait par l'analyse des régimes d'obligations légales et conventionnelles. L'examen de la fonction du droit des obligations dans la formation du juriste passe, quant à lui, par l'analyse de l'importance des politiques juridiques et de la technique juridique.

In this study, the author examines the function of the law of obligations as it is found within civilian society and as a part of legal education. With respect to civilian society, the author studies the function of the law of obligations through an analysis of legal and conventional obligation regimes. His examination of the role of the law of obligations within legal education focuses on the importance of legal policy and legal technique.

* C.c., c.r. de la Société royale du Canada. Professeur émérite, Université McGill. Des versions antérieures de ce texte ont été publiées à (1985) 53 *Assurances* 150 et 286 ; et dans *Théorie générale de l'obligation juridique : éléments d'une introduction*, édition revue et augmentée, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1987. Cette étude, qui est destinée à faire partie d'un *Traité sur les obligations*, a été préparée dans le cadre d'un projet de recherche pour lequel l'auteur a bénéficié d'une bourse Killam. Le Conseil des arts, responsable du programme Killam, voudra bien trouver ici l'assurance renouvelée de la gratitude de l'auteur. L'auteur veut également remercier ses collègues, MM. les Professeurs John E.C. Brierley, Pierre Deschamps, Pierre-G. Jobin, Daniel Jutras, Nicholas Kasirer et Yves-M. Morissette qui lui ont fait l'honneur de lire une version antérieure du manuscrit et de lui faire de fort utiles suggestions dont il a tiré le plus grand profit. Il veut aussi dire sa reconnaissance à M^{re} Ysolde Gendreau, Sally Gomery, Erica Stone et Marie-Thérèse Blanc, MM. David Bigio, Jean-Philippe Brisson et Antoine Leduc, alors assistants de recherche au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, et M. Pierre-Hugues Verdier, assistant de recherche au Centre, pour leur précieuse collaboration dans l'établissement des dossiers de recherche et des bibliographies. Il tient enfin à exprimer sa gratitude à Mme M. Berthiaume qui, avec intelligence et dévouement, a assuré la présentation matérielle de l'ouvrage.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1998

Mode de référence : (1998) 43 R.D. McGill 729

To be cited as: (1998) 43 McGill L.J. 729

Introduction

I. Le droit des obligations dans la société civile

- A. *Le régime des obligations légales*
- B. *Le régime des obligations conventionnelles*

II. Le droit des obligations et la formation du juriste

- A. *L'importance des politiques juridiques*
 - 1. Liberté contractuelle et ordre public
 - 2. Responsabilité civile
 - 3. Faute civile
- B. *L'importance de la technique juridique*
 - 1. Force obligatoire du contrat
 - 2. Le caractère absolu du droit de propriété
 - 3. Vente d'une chose à deux acquéreurs successifs
 - 4. L'importance des qualifications

Conclusion

«Rien de ce qui est humain est étranger au droit [...]»

P. Coulombel,

Introduction à l'étude du droit et du droit civil, Paris,
Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 à
la p. 122

Introduction

1. Le droit des obligations joue, au sein du droit privé d'une société civile, un rôle fondamental¹. On peut en saisir toute l'importance à la fois pratique et théorique en considérant la fonction du droit des obligations, d'une part, au sein d'une société civile (section 1) et, d'autre part, dans la formation des juristes (section 2)².

I. Le droit des obligations dans la société civile

2. Toute société, à défaut d'un régime fondé sur le très exigeant précepte évangélique d'Amour³, suppose l'existence d'un corps de règles destiné à assurer la coexistence pacifique de ses membres et, dans une conception individualiste et pluraliste de

¹ Il n'est pas non plus exagéré d'affirmer que c'est aussi la matière la plus passionnante du code civil ! En tout cas, dans *Knock* de J. Romains (Paris, Gallimard, 1924, Folio, Acte 2, scène 5 à la p. 97), ce n'est certainement pas au Titre des Obligations que pensait le Dr Parpalaïd, prédécesseur du Dr Knock, lorsqu'une cliente, la Dame en violet, souffrant d'insomnie et voulant «un secret pour faire dormir», s'était vue prescrire «de lire chaque soir trois pages du *Code civil*» !

² Sur l'importance du droit des obligations, voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 au n° 1, à la p. 1 ; voir aussi G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil : les obligations*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988 au n° 6, aux pp. 7-8 ; F. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 ; H. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 8^e éd., Paris, Monchrestien, 1991 au n° 3, à la p. 4 ; M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence au n° 1, à la p. 1 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952 au n° 5, à la p. 2 ; J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations : 1. l'acte juridique*, 7^e éd., Paris, A. Collin, 1996 au n° 61 et s., à la p. 35 et s. ; D. Lluellas et B. Moore, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998 au n° 4 et s., à la p. 7 et s.

³ Voir Jean, 15, 9-17. Ainsi que le rappelait Alain : «[I]a justice n'est point l'amour ; elle est ce qui soutient l'amour quand l'amour est faible ; ce qui remplace l'amour quand l'amour manque» («Politique familiale, 1930» dans Alain, *Propos*, Paris, Gallimard, 1956 à la p. 923). Voir aussi, pour une société fondée sur la notion aristotélicienne de l'amitié, M. Villey, *Philosophie du droit*, t. 1, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1986 au n° 45, à la p. 81 : «[M]ais entre de parfaits amis, des frères qui vivraient ensemble, il n'y aurait pas de *partage*. Et donc pas de droit». Une telle société n'est pas pour demain, comme nous le prédit Raymond Lévesque : «[q]uand les hommes vivront d'amour, il n'y aura plus de misère ; les soldats seront troubadours, mais nous, nous serons morts, mon frère». En attendant ... Godot, rappelons le mot de Montesquieu : «[c]omme il n'y avait point de mœurs, on eut besoin de lois» (C.S. Montesquieu, *Esprit des lois*, XV, c. 16, dans *Oeuvres complètes*, Paris, Seuil, 1964 à la p. 623).

la vie sociale, à favoriser, selon une vision diffuse et mouvante du Bien commun, l'épanouissement de l'être humain⁴. *Ubi societas, ibi jus*.

3. Au coeur même de cet ordre social, le droit des obligations constitue le fondement juridique de la vie quotidienne des membres d'une société civile⁵. Le droit des obligations, c'est, en effet, la vie de tous les jours mise en équation juridique⁶. La fonction essentielle de cette branche du droit privé est précisément de fournir les règles nécessaires à la satisfaction des besoins de l'être humain dans ses relations quotidiennes avec ses semblables.

4. L'être humain, doué de raison et de volonté, passé à l'«état social»⁷, prend graduellement, et plus ou moins confusément, conscience des virtualités qu'il recèle, des

⁴ Voir J. Dabin, «Droit subjectif et subjectivisme juridique» dans M. Villey, dir., *Archives de philosophie du droit*, t. 9, Paris, Sirey, 1964, 17 à la p. 25 ; G. Cornu, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1997 au n° 3, à la p. 13 ; C. Larroumet, *Droit civil : introduction à l'étude du droit privé*, t. 1, 3^e éd., Paris, Economica, 1998 au n° 7, à la p. 8. Voir aussi C. Perelman, *Introduction historique à la philosophie morale*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1980 à la p. 7 et s.

⁵ Même si l'on doit admettre, avec M. Carbonnier, de «larges intervalles de non-droit» (J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992 à la p. 26), on notera le sens précis que l'auteur donne au terme non-droit. «Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique» (*ibid.* à la p. 24). Il faut aussi tenir compte du phénomène de l'ineffectivité de certaines règles de droit (*ibid.* à la p. 124 et s.) tenant soit à l'état, à la condition ou à la fortune du sujet, soit à l'importance relative de l'objet du droit.

⁶ Comparer à ce sujet, diverses formules : G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946 à la p. 15 : «[c]est le code général des relations de l'homme avec ses semblables» ; Gaudemet, *supra* note 2 à la p. 7 : «[l]e droit des obligations n'est que l'aspect juridique de phénomènes sociaux dont le crédit est l'aspect économique.» ; Flour et Aubert, *Obligations : 1. l'acte juridique*, *supra* note 2 au n° 61, à la p. 35 : «[l]a théorie des obligations est la mise en oeuvre juridique des rapports économiques entre les hommes» ; R. Savatier, *La théorie des obligations : vision juridique et économique*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1974 au n° 8, à la p. 11 [ci-après *Théorie*] : «[l]e dynamisme économique se traduit, en droit, par le rapport obligation-créance qui en est le levier humain» ; P. Malinvaud, *Mécanismes juridiques des relations économiques*, 4^e éd., Paris, Librairie techniques, 1985 à la p. 2 : «la vie économique, vue sous l'angle juridique, est un immense puzzle d'obligations».

⁷ Voir J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, livre 1, Paris, Flammarion à la p. 55, au c. 8, «De l'état civil», où l'auteur, derrière l'image romantique et fictive d'un passage historique de l'«état de nature» à l'«état civil», décrit plus vraisemblablement, et admirablement, un passage psychologique de l'homme-instinct à l'homme-réflexion qui perçoit la nécessaire dimension sociale de la nature humaine :

[c]e passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement très remarquable, en substituant dans sa conduite la justice à l'instinct, et donnant à ses actions la moralité qui leur manquait auparavant. C'est alors seulement que la voix du devoir succédant à l'impulsion physique et le droit à l'appétit, l'homme, qui jusque-là n'avait regardé que lui-même, se voit forcé d'agir sur d'autres principes, et de consulter sa raison avant d'écouter ses penchants. Quoiqu'il se prive dans cet état de plusieurs avantages qu'il tient de la nature, il en regagne de si grands, ses facultés s'exercent et se développent, ses idées s'étendent, ses sentiments s'ennoblissent, son âme tout entière

forces qui l'habitent, des aspirations qui l'animent, des instincts qui l'agitent⁸, des désirs qui le travaillent, des besoins qu'il éprouve, des dangers qui le menacent, des intérêts qu'il entend promouvoir, bref d'un idéal qu'il veut poursuivre et qu'il ne peut guère actualiser, satisfaire, promouvoir ou poursuivre seul, mais uniquement dans un cadre de vie sociale⁹. Il perçoit la nécessité de posséder un coin de terre, un foyer où il puisse se dire chez lui ; il ressent le besoin de nourriture, de vêtements, de sécurité, de connaissances, de loisirs, d'amour et d'amitié, mais aussi de tranquillité, de silence et de solitude ; il aspire au bonheur, à l'harmonie, à l'équilibre vital de l'être, à la paix

s'élève à tel point que si les abus de cette nouvelle condition ne le dégradent souvent au-dessous de celle dont il est sorti, il devrait bénir sans cesse l'instant heureux qui l'en arracha pour jamais, et qui, d'un animal stupide et borné, fit un être intelligent et un homme [...]. Ce que l'homme perd par le contrat social, c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre ; ce qu'il gagne, c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède [...] On pourrait sur ce qui précède ajouter à l'acquis de l'état civil la liberté morale, qui seule rend l'homme vraiment maître de lui ; car l'impulsion du seul appétit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté.

Aussi, avant Rousseau, voir J. Locke, *Of Civil Government*, Londres, J.M. Dent & Sons, 1943 au n° 87, à la p. 158.

⁸ Voir, sur les besoins et instincts de l'être humain, R. Debré, *Ce que je crois*, Paris, Grasset et Fasquelle, 1976 à la p. 31 :

[c]hez l'homme toute une série d'instincts ont leur siège dans le cerveau moyen, à côté des centres qui correspondent à nos besoins essentiels. Les ressemblances et les différences entre nos besoins et nos instincts sont très claires. Les uns et les autres traduisent des tendances innées, mais si les besoins ne sont pas satisfaits, c'est la mort, alors que l'insatisfaction des instincts est compatible avec la vie.

⁹ Voir Aristote, *Éthique de Nicomaque*, par J. Voilquin, Paris, Garnier Frères, 1961 au n° 11, à la p. 219 : «[il] est donc nécessaire de se référer pour tout à une mesure commune [...] Et cette mesure, c'est exactement le besoin que nous avons les uns des autres, lequel sauvegarde la vie sociale ; car, sans besoin, et sans besoins semblables, il n'y aurait pas d'échanges, ou les échanges seraient différents » ; voir aussi Aristote, *ibid.* au n° 13, à la p. 219 ; J. Domat, *Traité des loix dans Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouv. éd., Paris, Hérissant, 1705 à la p. iii :

[e]t toutes les choses que la terre et les eaux portent ou produisent, sont d'un usage commun aussi, mais de telle sorte qu'aucune ne passe à notre usage, que par le travail de plusieurs personnes. Ce qui rend les hommes nécessaires les uns aux autres, et forme entr'eux les différentes liaisons pour les usages de l'agriculture, du commerce, des arts, des sciences, et pour toutes les autres communications que les divers besoins de la vie peuvent demander.

Dabin, *supra* note 4 à la p. 38 et s. ; Cornu, *supra* note 4 au n° 496, à la p. 175 : «[l]'idée s'est imposée à la conscience juridique internationale que tout être humain a besoin de liberté, de tranquillité et de divers autres biens de même ordre, pour l'épanouissement de sa personnalité et que ce besoin primordial fonde, en tout individu, un droit à jouir de tels biens sous la protection de la loi. Cette préoccupation est dans l'air du siècle». Voir aussi Debré, *ibid.* à la p. 76 : «l'espèce humaine nous offre un exemple de la nécessité d'une vie collective.» Sur le besoin, fondement du droit subjectif, voir J. Carbonnier, *Droit civil : introduction*, 25^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1997 au n° 163, à la p. 309 ; A. Sayag, *Essai sur le besoin créateur du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

intérieure et sociale ; il veut assurer l'instruction et l'éducation de ses enfants ; il entend faire fructifier ses talents, gagner son pain, se forger un avenir. Il voudra, pour cela, à son compte ou au service d'autrui, déployer ses énergies et se lancer dans la culture du sol ou l'élevage des animaux, dans le commerce, la finance ou l'industrie, dans l'enseignement ou la recherche, dans les arts ou les sports.

Du besoin à satisfaire au droit de disposer de moyens, de prérogatives pour y parvenir, il n'y a qu'un pas¹⁰. En effet, le besoin appelle la liberté, attribut inhérent à la condition humaine, qui fournit à l'être humain une zone «franche» à l'intérieur de laquelle il pourra, seul ou avec d'autres, choisir le mode de vie qui lui convient, les moyens d'expression de la pensée, les modes de création ou de production de biens et de services qu'il estime propices à l'épanouissement de ses talents ou nécessaires à la satisfaction de ses besoins et de ses aspirations. Ce choix sera le fruit de sa libre détermination et surgira, on peut le souhaiter, d'une comparaison raisonnée des options qui s'offrent à lui.

Par ailleurs, l'exercice de la liberté met souvent l'être humain en rapport avec ses semblables, ce qui provoque inévitablement des conflits de libertés ; d'où la nécessité d'un ordre juridique dont les règles ont pour vocation, d'une part, de reconnaître l'existence de ces libertés¹¹ et, d'autre part, d'en préciser les limites dans l'intérêt général du groupe¹². Se trouvent par là reconnu le droit au respect des libertés de chacun et circonscrit le domaine où elles peuvent utilement s'exercer sans injustement porter atteinte à celles des autres. Enfin, aux droits des uns, dont l'exercice est, lui-même, assujetti aux exigences de la bonne foi¹³, correspondent les devoirs corrélatifs des autres,

¹⁰ Voir E.M. Portalis, «Discours préliminaire», dans *Projet de Code civil*, t. 1, Paris, Lepetit Jeune au n° 223, an. ix, aux pp. lxvi-lxvii : «[l']homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir ; il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien.»

¹¹ Voir la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 1-20 [ci-après *Charte québécoise*]. Et, à ce sujet notamment, *Aubry c. Éditions Vice Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591, 157 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Aubry c. Vice Versa* avec renvois aux R.C.S.] ; *Spooner c. C.U.M.*, [1987] R.R.A. 320, [1987] D.L.Q. 185 (C.P.) ; voir aussi la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte canadienne*].

¹² Voir le quatrième des considérants du Préambule de la *Charte québécoise*, *ibid.* : «[c]onsidérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général» ; voir aussi *Daigle c. Tremblay*, [1989] R.J.Q. 1735 à la p. 1742, 59 D.L.R. (4^e) 609 (C.A.), juge Nichols : «[e]n réalité, la liberté n'est pas une notion absolue. Ce concept comporte ses propres limites car la liberté de l'un se heurte à la liberté de l'autre» ; *Gazette (The) (Division Southam Inc.) c. Valiquette* (1996), [1997] R.J.Q. 30 à la p. 36, [1997] R.R.A. 73 (C.A.), juge en chef Michaud, au nom de la Cour ; l'art. 49 de la *Charte québécoise*, *ibid.*, ainsi que l'art. 1457 et s. C.c.Q. et l'art. 1590 C.c.Q. Sur le rôle des agents de police dans le maintien de l'ordre juridique, on lira avec profit le remarquable jugement de M. le juge Guthrie dans l'affaire *Augustus c. Gosset*, [1990] R.J.Q. 2641 (C.S.), inf. par [1995] 2 R.J.Q. 335, 68 Q.A.C. 127, inf. par [1996] 3 R.C.S. 268, 138 D.L.R. (4^e) 617 [ci-après *Augustus c. Gosset* (C.S.C.) avec renvois aux R.C.S.].

¹³ Voir les art. 6-7 C.c.Q.

qui sont tenus de respecter les droits d'autrui¹⁴, d'en supporter l'exercice légitime¹⁵ et, en tous cas, de s'abstenir de toute entrave injustifiée à l'exercice des droits de leurs semblables¹⁶.

Ainsi besoin, liberté, droit et devoir constituent autant d'éléments naturels, essentiels même à l'édification d'un ordre juridique dont la mission fondamentale doit être de veiller non seulement à la «coexistence des libertés» mais, de façon plus positive, à la sauvegarde de la dignité et à l'épanouissement de l'être humain.

Bien sûr, une société simple et restreinte peut satisfaire ces besoins sans avoir recours à un régime de règles juridiques très élaboré¹⁷. Mais, au fur et à mesure que la vie sociale s'organise, que le nombre des membres du corps social augmente, que la civilisation évolue, que l'on assiste aux merveilleuses découvertes de la science et de la technologie, aux progrès éblouissants de la médecine et de la biologie, à l'extension prodigieuse des communications, que l'on voit se développer l'industrialisation et l'urbanisation des sociétés, on constate, dans un contexte d'interdépendance toujours croissante, une amplification effarante et géométrique des besoins de l'être humain. Ces besoins sont certes parfois vitaux et naturels, mais le plus souvent, ils sont contingents et artificiels, même si, grâce à un grand renfort de publicité et d'autosuggestion, ils sont souvent proposés comme nécessaires, voire essentiels à son bonheur¹⁸. De là naît la nécessité croissante de relations d'affaires, d'échanges économiques pratiqués directement ou, de plus en plus, par la voie d'intermédiaires, en vue d'assurer la production, la circulation et la consommation des biens à l'échelle locale, nationale et internationale.

5. D'autre part, la vie en société exige, sous peine d'extermination rapide, que les membres du corps social vivent, sinon dans l'amitié, du moins dans la paix, l'ordre et la sécurité — ce qui suppose le respect d'un certain ordre moral —, afin d'assurer à chacun la liberté et l'environnement propices à son développement physique, mental et spirituel, et de permettre à chacun de se procurer, pour lui et pour les siens, les biens et services nécessaires à la satisfaction de ses besoins¹⁹.

¹⁴ Voir les art. 1457-58 C.c.Q.

¹⁵ Voir l'art. 976 C.c.Q.

¹⁶ Voir également, à ce propos, l'art. 49 de la *Charte québécoise*, *supra* note 11 et l'art. 24 de la *Charte canadienne*, *supra* note 11.

¹⁷ Voir Portalis, *supra* note 10 à la p. x ; R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, Albin Michel, 1977 à la p. 10 ; C. Perelman, «À propos de l'idée d'un système de droit» dans *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, à la p. 68 et s.

¹⁸ Ce qui faisait dire à J. Testard : «[o]n sait la mutation introduite dans nos sociétés industrielles par le développement technologique récent. En même temps, et à cause de ce développement, s'est opérée la mutation des aspirations : la revendication n'est plus de satisfaire les besoins élémentaires mais d'exaucer les désirs fantasmagiques» (*L'oeuf transparent*, Paris, Flammarion, 1986 à la p. 112).

¹⁹ Voir Villey, *Philosophie du droit*, *supra* note 3 au n° 32, à la p. 58 ; voir aussi M. Villey, «Métamorphoses de l'obligation» dans *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, 201 aux pp. 213-14.

Or, c'est précisément le droit des obligations qui fournit, au moyen de règles juridiques fondées sur des valeurs morales²⁰ et culturelles²¹, sur des postulats philosophiques et socio-économiques²², les principes, les institutions et les techniques permettant, d'une part, par l'élaboration d'un code de comportement social, de favoriser le maintien de relations pacifiques entre les membres de la société civile, et, d'autre part, par la réglementation des échanges économiques et du crédit, de se procurer les «bienfaits» de ce monde.

²⁰ Voir, sur le rôle de la loi morale dans le droit des obligations, l'ouvrage capital du Doyen G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949 ; Ripert et Boulanger, *supra* note 2, t. 2 au n° 20, à la p. 9 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par C. Eisemann, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 79 et s. Voir aussi J. Grandmaison, *Une société en quête d'éthique*, Montréal, Fides, 1977 ; J. Grandmaison, *De quel droit?*, Montréal, Léméac, 1980 ; J.-G. Dubuc, *Nos valeurs en ébullition*, Montréal, Léméac, 1980 ; M. Hébert et al., *L'éthique au quotidien*, Montréal, Québec/Amérique, 1990. Voir également le contraste saisissant établi entre l'atmosphère morale traditionnelle et l'atmosphère morale contemporaine, par Jean Faurasté, *Essais de morale prospective*, Paris, Denoël, Gonthier, Gonthier, 1966. Et, sur les enjeux des problèmes moraux que posent les progrès de la recherche bio-médicale, voir C. Ambroselli, «Des techniques nouvelles qui interrogent la conscience» *Le Monde diplomatique* (décembre 1984) 15 ; J. Rosa, «La liberté du chercheur, l'éthique et le droit» *Le Monde diplomatique* (décembre 1984) 14 ; D. Thouvenin, *Éthique et droit en matière biomédicale*, D. 1985.Chron.21 ; R. Draï et M. Harichaux, dir., *Bioéthique et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 ; J. Bernard, *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet/Chastel, 1990 ; M.-H. Parizeau, dir., *Les fondements de la bioéthique*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1992 ; C. Neirinck, dir., *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994 ; C. Labrusse-Riou, dir., *Le droit saisi par la biologie*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996 ; G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, Presses universitaires de France, 1998 à la p. 11 et s., à la p. 22 et s.

²¹ Voir sur l'ensemble de la réforme du code civil, P.-A. Crépeau, «La renaissance du droit civil canadien», dans J. Boucher et A. Morel, dir., *Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, xiii ; *id.*, «Civil Code Revision in Quebec» (1974) 34 *La. L. Rev.* 921 ; *id.*, «La réforme du Code civil du Québec» [1979] *R.I.D.C.* 269 ; *id.*, «Les enjeux de la révision du Code Civil» dans A. Poupard, dir., *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Université de Montréal, Faculté de l'éducation permanente, 1979, 11 ; voir aussi P.-A. Crépeau et al., dir., *Codification : valeurs et langage : actes du colloque de droit civil comparé, 1981*, Québec, Service des communications du Conseil, 1985 [ci-après *Codification : valeurs et langage*] ; *L'enjeux et valeurs d'un Code civil moderne : les Journées Maximilien-Caron, 1990*, Montréal, Thémis, 1991 ; P.-A. Côté, dir., *Le nouveau code civil interprétation et application : les Journées Maximilien-Caron, 1992*, Montréal, Thémis, 1993 ; Service de formation permanente du Barreau du Québec, dir., *La réforme du Code civil, cinq années plus tard*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

²² Voir, sur le rôle des théories de l'autonomie de la volonté et du libéralisme économique comme fondements de la théorie de l'obligation, Ripert et Boulanger, *supra* note 2, t. 2 au n° 15 et s., à la p. 7. Mais voir, sur le déclin de l'autonomie de la volonté, J. Ghestin, *Traité de droit civil : les obligations : le contrat : formation*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, t. 2, 2^e éd., 1988 au n° 53 et s., à la p. 36 et s. ; J. Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français : principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982 à la p. 7 et s. Voir aussi, à partir du besoin de sécurité, l'évolution du phénomène des assurances de toutes sortes : C. Bébéar, «L'impact du changement des valeurs sociales sur l'assurance» (1978) 46 *Assurances* 181.

6. C'est ainsi que l'on peut dire que le droit des obligations constitue le fondement juridique des relations infiniment variées qui se nouent entre particuliers, qu'il s'agisse de liens de famille ou d'occasion, de rapports de voisinage ou d'affaire.

À cette fin, le droit des obligations fournit deux instruments de base, deux institutions fondamentales : le *régime des obligations légales* et le *régime des obligations conventionnelles*²³. Le premier, régime commun, s'applique en principe à tous ; le second, régime particulier, ne régit que ceux qui ont voulu façonner et aménager, entre eux et pour eux, un régime distinct davantage susceptible, à leurs yeux, de répondre à leurs besoins respectifs.

A. Le régime des obligations légales

7. Un premier instrument juridique que fournit le droit des obligations est ce que l'on pourrait appeler un code de comportement social. Il s'agit d'un corps de normes légales de conduite, qui consacre et régit les droits et devoirs fondamentaux de la personne dans ses relations avec son prochain que l'on appelle, en droit, *Autrui*²⁴.

Certes, un tel code est nécessaire dans toute société, mais on en conçoit davantage l'importance dans une société dite post-industrielle comme la nôtre. En effet, l'avènement de la société industrielle a, depuis un siècle, considérablement multiplié les relations sociales, les occasions de rencontre et, partant, de heurts entre les citoyens. Songeons au fait que, en dehors de toute relation contractuelle, il se noue et se dénoue, en une seule journée, d'innombrables relations humaines qui résultent notamment de liens de famille ou d'amitié, de rapports de voisinage ou de quartier, de relations d'affaires ou de loisirs, ou encore de relations issues du hasard ou de l'accident : rencontres fortuites dans la rue ou au théâtre, dans les salons ou les établissements publics.

²³ Ces matières sont traitées au *Livre cinquième : des obligations* (art. 1371 et s.) du C.c.Q. Les règles générales sur les obligations légales ou extracontractuelles sont énoncées au *Chapitre troisième : de la responsabilité civile* (art. 1457 et s.) et au *Chapitre quatrième : de certaines autres sources de l'obligation* (art. 1482 et s.) du C.c.Q. ; celles relatives aux obligations contractuelles sont exposées au *Chapitre deuxième : du contrat* (art. 1377 et s.) du C.c.Q.

²⁴ Voir, notamment, l'art. 1457 et s. C.c.Q. ; la *Charte québécoise*, *supra* note 11 ; Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978 à l'art. v-94 [ci-après *Projet O.R.C.C.*] ; la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III ; la *Charte canadienne*, *supra* note 11 ; P.-E. Trudeau, *Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968. Voir aussi Jean XXIII, *Pacem in terris*, Montréal, Fides, 1963 à la p. 9 et s. On notera aussi l'existence d'un autre type d'obligations légales qui imposent, par exemple, des devoirs à l'égard des animaux en vue de leur assurer «protection sanitaire», «sécurité» et «bien-être» (voir la *Loi sur la protection sanitaire, la sécurité et le bien-être des animaux*, L.R.Q. c. P-42, mod. par L.Q. 1993, c. 18). Ces devoirs ont ceci de particulier qu'ils sont imposés à une personne, sans qu'il n'y ait de créancier pour en exiger l'exécution. La sanction relève du domaine pénal ou même administratif.

De tous ces rapports des droits naissent, des devoirs surgissent dont on exige, selon le cas, le respect ou l'accomplissement. Et, puisque le droit de l'un appelle le devoir de l'autre, on imagine facilement des conflits ; on conçoit aisément qu'une personne puisse en subir un préjudice, qu'il soit d'ordre matériel, corporel ou moral.

8. Il appartient donc au droit, en établissant un juste équilibre entre les droits et devoirs des uns et des autres, de réglementer le comportement social du citoyen de telle manière que chacun connaisse, d'avance et aussi précisément que possible²⁵, l'étendue de ses droits et de ses devoirs à l'égard du prochain, afin de prévenir les conflits possibles et, si un litige éclate, de fixer les conditions et l'étendue d'une sanction juste et adéquate en cas d'atteinte illicite aux droits d'autrui.

9. On peut apercevoir ici deux fonctions du droit : une fonction préventive et une fonction curative. Certes, en la matière, le droit pénal et le droit civil ont des responsabilités communes. L'un et l'autre édictent des normes de conduite que la société juge acceptable ou répréhensible. Certaines de ces normes se recoupent : ainsi, dans ces deux branches du droit, on retrouve, sous forme de prescriptions légales, le souci du respect des droits fondamentaux : le droit à la vie et à la sûreté, à la liberté et à la dignité de la personne humaine, le droit à la jouissance paisible des biens.

Mais il faut bien reconnaître que droit pénal et droit civil, s'ils comportent des points de convergence, accusent des différences notables en raison de ce que leurs objectifs et leurs sanctions ne sont pas les mêmes²⁶.

10. En effet, le droit pénal entend réprimer des actes jugés antisociaux parce que l'on estime qu'ils constituent une atteinte à la paix sociale, une offense à l'égard de la moralité publique ; c'est pour cela qu'il s'agit — dimension verticale — d'actes contre l'État ou l'ordre social. Au contraire, le droit civil réglemente les activités des citoyens entre eux — dimension horizontale. La société, en tant que telle, n'est pas directement en cause ; ce sont les droits du particulier que l'on a d'abord en vue et que l'on veut protéger en imposant des devoirs correspondants aux autres particuliers²⁷.

²⁵ C'est là, sans doute, l'avantage d'un système de droit légiféré ou codifié où le législateur édicte des normes sous forme soit de règles précises, par exemple les délais de prescription extinctive, soit même de règles-standards, plus vagues, qui imposent des types de comportement, telle la bonne foi (les art. 6-7 C.c.Q.), la prudence et la diligence d'une personne raisonnable (l'art. 1457 C.c.Q.) dont l'application nécessite souvent l'intervention des tribunaux. Voir, à ce sujet, *Codification : valeurs et langage*, *supra* note 21.

²⁶ Voir, notamment, H. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965 au n° 8 et s., à la p. 5 et s. ; G. Viney, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995 au n° 3 et s., à la p. 4 et s. [ci-après *Responsabilité* I].

²⁷ Sous réserve de ce que l'État, ses organismes et toute autre personne morale de droit public sont assujettis aux dispositions du C.c.Q. et, notamment, aux règles générales du droit des obligations dans leurs relations d'ordre privé avec autrui, voir les art. 300, al. 2 et 1376 C.c.Q., l'art. 94 et s. C.p.c. ainsi que, sur le plan fédéral, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*,

11. De plus, les sanctions qui sont édictées pour la violation des prescriptions légales ne sont pas les mêmes. En droit pénal, l'on veut le plus souvent punir l'auteur en lui imposant une sanction sous forme, soit de privation de liberté plus ou moins longue, soit d'une amende qui est, en principe, versée à l'État²⁸. En droit civil, au contraire, au fur et à mesure que, dans le domaine de la responsabilité, le civil s'est détaché du pénal, l'objectif s'est déplacé de l'auteur vers la victime : on s'est graduellement préoccupé non plus de punir l'auteur, mais de dédommager la victime. C'est moins la punition de la faute commise ; c'est la réparation du préjudice subi²⁹. Et la sanction se présente alors³⁰, soit comme une ordonnance visant à imposer l'accomplissement d'un acte, à faire cesser la commission, ou encore à empêcher la commission appréhendée, d'un acte préjudiciable³¹, soit, et le plus souvent, sous forme de dommages-intérêts visant à replacer la victime, autant que faire se peut³², dans la situation où elle se trouvait avant la commission de l'acte fautif.

12. C'est donc le droit des obligations qui, sur le plan du droit civil, a pour fonction de fixer les normes générales du comportement social.

L.R.C. 1985, c. C-50, art. 3 et s. Voir à ce sujet, notamment, *Banque de Montréal c. Québec (P.G.)*, [1979] 1 R.C.S. 565, 96 D.L.R. (3^e) 586 [renvois aux R.C.S.] en matière contractuelle.

²⁸ On notera, toutefois, que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 prévoit, exceptionnellement, l'attribution à la victime d'une indemnité en considérant qu'elle fait partie du «processus de sentence» ; voir notamment l'art. 725 du *Code criminel*, *ibid.*, et, à ce sujet, *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, 86 D.L.R. (3^e) 179.

²⁹ Voir *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834 à la p. 841, 1 D.L.R. (2^e) 241 [renvois aux R.C.S.], juge Taschereau : «[L]a loi civile ne punit jamais l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit ; elle accorde une compensation à la victime pour le tort qui lui a été causé. La punition est exclusivement du ressort des tribunaux correctionnels.». Voir, toutefois, l'art. 49 de la *Charte québécoise*, *supra* note 11, qui permet au tribunal d'accorder des dommages exemplaires en cas d'atteinte intentionnelle aux libertés et droits reconnus par la *Charte québécoise*, *ibid.* ; voir à cet effet *Genest c. Société de courtage immobilier du Trust général inc.* (1^{er} novembre 1984), Québec, 200-05-005023-812, J.E. 84-992 (C.S.) ; *Chicheportiche c. Brûlé-Duval*, [1986] R.R.A. 45, [1986] D.L.Q. 22 (C.P.). Voir aussi l'art. 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, qui permet au consommateur d'exiger des «dommages-intérêts exemplaires» en cas d'inexécution par le commerçant ou le manufacturier d'une obligation imposée, et à cet égard, l'art. 1621 C.c.Q. concernant le régime d'attribution des dommages-intérêts punitifs, de même que l'art. 1622 et s. C.c.Q. relatifs à la clause pénale. Voir, en la matière, S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

³⁰ Voir les règles relatives à la sanction aux art. 1590, 1601 et s., 1607 et s. C.c.Q. ; voir aussi l'art. 49 de la *Charte québécoise*, *ibid.*

³¹ Voir les règles relatives à l'injonction à l'art. 751 et s. C.p.c. ; et, à ce sujet, voir notamment *Québec (P.G.) c. Société du parc industriel du centre du Québec*, [1979] C.A. 357, 9 C.E.L.R. 124 ; *Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. Lo Fondation du Théâtre du Nouveau Monde*, [1979] C.A. 491.

³² Voir, à titre d'exemple montrant les difficultés et la complexité de l'attribution, à l'heure actuelle, d'une indemnité compensatoire, *Hôtel-Dieu d'Amos c. Gravel* (1988), [1989] R.J.Q. 64, [1989] R.R.A. 10 (C.A.), infirmant [1984] C.S. 792 (C.S.).

Certes, en ce domaine — suivant en cela une conception classique qui remonte en tout cas aux *Institutes* de Gaius³³, au II^e siècle après J.C. — le législateur de 1866 a-t-il voulu, en matière extracontractuelle, s'exprimer d'une manière très abstraite et fort laconique en imposant, selon les termes du célèbre article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*, repris substantiellement à l'article 1457, al. 2 du *Code civil du Québec*, l'obligation de réparer le dommage que l'on a, par sa faute, causé à autrui. Dans ce courant traditionnel, il est évident que l'obligation dont il s'agit n'est pas un devoir de comportement mais bien une obligation de réparation née d'une faute dommageable. Ainsi, l'obligation ne paraît naître que lorsque le droit du créancier a été violé et que la victime en a subi préjudice.

13. L'inconvénient et, à vrai dire, l'inexactitude d'une telle conception séculaire résultent, comme nous tenterons de le montrer plus loin³⁴, de ce qu'elle repose à notre avis sur une vision contestable des sources de l'obligation et, plus grave encore, de la notion même d'obligation.

14. D'une part, en effet, dans la conception classique, l'obligation légale naît d'un fait, en l'occurrence d'une faute dommageable³⁵. Or, on ne saurait admettre qu'un fait puisse, de soi, donner naissance à une obligation. Un fait ne peut être la cause — cause efficiente — d'une obligation ; tout au plus peut-il en être l'occasion. Autrement dit, un fait, s'il peut constituer un facteur ou une condition de déclenchement de l'impératif juridique qu'exprime la règle de droit³⁶, ne saurait être la source formelle de l'obligation. Ainsi, la survenance d'un enfant n'est pas la source de l'obligation alimentaire entre parents et enfant ; elle n'est que la condition de réalisation de l'obligation légale imposée aux personnes qui se trouvent en ligne directe au premier degré de se fournir des aliments dans le besoin (art. 585 et s. C.c.Q.). De même, un fait dommageable n'est pas la source d'une obligation de réparation ; il n'est que l'une des conditions nécessaires à la mise en oeuvre du régime d'indemnisation, imposé par le législateur, de réparation du préjudice subi. Ainsi, M. le juge Pigeon de la

³³ Voir, à ce sujet, le célèbre texte de Gaius, *Institutes*, Paris, Belles Lettres, 1950 au c. 3, à la p. 88 : «[n]unc transeamus ad obligationes. Quorum summa divisio in duas species diducitur ; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto», traduit par Belles Lettres à la p. 107 : «[p]assons maintenant aux obligations. Elles comportent une division fondamentale en deux espèces : toute obligation en effet naît d'un contrat ou d'un délit».

³⁴ Voir les chapitres consacrés aux sources de l'obligation et aux éléments de l'obligation dans le *Traité sur les obligations* [à publier] dont ce texte est l'introduction.

³⁵ On prend alors le terme *source* dans un sens très large. Voir Marty et Raynaud, *infra* note 36.

³⁶ C'est ainsi que G. Marty et P. Raynaud pouvaient déclarer : «[e]n effet, en un sens tous les droits subjectifs, comme d'ailleurs toutes les situations juridiques prennent leur source dans la règle de droit objectif. [...] Mais le problème peut être posé de façon différente : on peut entendre par source des droits, les éléments concrets qui dans tel ou tel cas particulier, déclenchent l'application du droit objectif et donnent naissance à un droit subjectif.» (*Droit civil : introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972 au n° 147, à la p. 270).

Cour suprême du Canada pouvait à bon droit déclarer, dans l'affaire *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*³⁷ :

[l']obligation du conducteur d'automobile envers les tiers, ou plus exactement le devoir de prudence qui lui incombe, est établie de façon incontestable par la loi. La source de l'obligation est donc, à proprement parler, la loi qui impose une règle de conduite³⁸.

15. D'autre part, n'est-il pas vrai de dire qu'avant même que le préjudice ait été subi par suite de la faute de l'auteur, une véritable obligation juridique — un devoir de comportement — a effectivement existé ? En effet, qu'est-ce qu'une faute si ce n'est, comme on s'accorde à le reconnaître³⁹, la transgression de ses devoirs ? Si ce n'est, plus précisément, d'avoir fait ce que l'on ne *devait pas* faire ou de n'avoir pas fait ce que l'on *devait* faire ? La notion même de faute suppose donc l'existence d'une obligation préalable dont l'inexécution fautive — le délit (fait volontaire) ou le quasi-délit (fait involontaire) — engendrera à son tour l'obligation de réparer le préjudice subi⁴⁰.

³⁷ [1970] R.C.S. 168 à la p. 173, [1969] I.C.R. 1-305.

³⁸ À cet égard, Planiol avait parfaitement raison d'écrire que «[l]a faute est un *manquement à une obligation préexistante*» (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928 au n° 913, à la p. 317) ; aussi M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 10^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926 au n° 863 ; H. Mazeaud, «Essai de classification des obligations» (1936) 35 R.T.D. civ. I au n° 38 et s., à la p. 34 et s. [ci-après «Essai»].

³⁹ Voir, à ce sujet, R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1939 au n° 4, à la p. 5 : «[l]a faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer». Voir aussi *Canadian National Railways Co. c. Lepage*, [1927] R.C.S. 575 aux pp. 578-79, [1927] 3 D.L.R. 1030, juge Rinfret : «[i]t is a familiar principle that neglect may, in law, be considered a fault only if it corresponds with a duty to act. What, then, was the duty of the company toward the deceased?» ; *Ouellet c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521 à la p. 525, juge Taschereau : «[i]l est certain [...] que la demande ne peut être fondée que sur les dispositions de l'article 1053 [C.c.B.-C.]. Pour réussir, le demandeur ès-qualité doit nécessairement prouver la faute de l'intimé. Ce dernier a-t-il manqué à un devoir quelconque ?» ; *R. c. Canada Steamship Lines Ltée*, [1950] R.C.S. 532 à la p. 574, [1950] 4 D.L.R. 703, juge Fauteux ; *Laphkas c. Ryan*, [1950] B.R. 695 à la p. 699 où M. le juge Bissonnette réaffirmait, au nom de la Cour du Banc du Roi, la règle voulant que «l'acte fautif par abstention ou omission engendrait responsabilité civile, lorsque la victime prouvait la coexistence, chez l'agent, de l'obligation de prévisibilité et d'évitabilité de ce dommage» ; *La compagnie T. Eaton de Montréal c. Moore*, [1951] R.C.S. 470 à la p. 472, [1951] 2 D.L.R. 529 ; *Demers c. Prairie Packing Co. Ltée*, [1973] C.S. 145 aux pp. 147-48, juge Hugessen : «[l]iability, if any, must therefore flow from some fault on the part of the defendant, such as to bring the action within the operation of article 1053. But the only possible fault [...] is one of omission, in short, negligence. And in order for there to be negligence there must be a breach by the defendant of a corresponding duty owed to the plaintiff».

⁴⁰ Comme l'écrivait Mazeaud («Essai», *supra* note 38 au n° 40, à la p. 36 et au n° 45, à la p. 41) :

[s]ommes-nous tenus, dès avant la réalisation du délit, de ne pas causer de dommage à autrui par notre faute, ou d'empêcher notre chose de causer un dommage ? Cela ne fait pas de doute. Alors, voilà bien l'obligation préexistante, dont la violation entraînera responsabilité. [...] En matière extra-contractuelle, comme en matière contractuelle, il y

Et cette obligation préalable n'est pas seulement, comme on l'a dit⁴¹, un vague devoir à personne indéterminable, mais, croyons-nous, une véritable obligation juridique à l'égard d'un créancier, parfois déterminé⁴², mais le plus souvent déterminable⁴³ et, en tout cas, susceptible de protection judiciaire. Cela est si vrai que, même avant la naissance de l'obligation de réparation, le créancier, menacé de l'inexécution du devoir de comportement, peut, conformément aux articles 751 et suivants du *Code de procédure civile*, recourir à l'injonction en vue précisément, soit d'empêcher la violation de l'obligation, soit de contraindre à l'exécution de l'obligation⁴⁴.

16. La faute visée à l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* renfermait donc implicitement la notion d'obligation légale de comportement. Et l'on comprend alors, comme le soulignait fort justement Mme Viney, que l'analyse concrète de cette notion de faute consiste essentiellement à «rechercher quels sont ces devoirs auxquels on ne peut manquer sans commettre une faute»⁴⁵.

à toujours une obligation préexistante. C'est de cette obligation qu'il importe de préciser le contenu pour pouvoir ensuite aborder le problème de la responsabilité.

Voir, concernant les dispositions réglementaires relatives à la circulation routière, *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570 aux pp. 579-80, 10 N.R. 489, juge Beetz [renvois aux R.C.S.] : «[l]a simple contravention à une disposition réglementaire n'engage pas la responsabilité civile du délinquant si elle ne cause de préjudice à personne. Mais un bon nombre de ces dispositions concernant la circulation expriment, tout en les réglementant, des normes élémentaires de prudence. Y contrevenir est une faute civile».

⁴¹ Ce que M. Carbonnier appelle les «devoirs absolus» :

Devoirs absolus — La loi impose à chaque homme des devoirs envers tous ses semblables. Ex. les parents ont le devoir de surveiller l'enfant mineur qui habite avec eux : l'automobiliste le devoir de rouler à droite : le passant le devoir de ne pas pénétrer dans la propriété d'autrui, etc. Ces devoirs sont établis dans l'intérêt de tous ou, du moins, dans un intérêt indéterminé. Si l'un d'eux est violé et qu'il en découle un dommage pour une personne, une obligation véritable naîtra, avec un créancier : l'obligation de réparer le dommage. Mais, en attendant (malgré l'impropriété fréquente du langage courant), il n'y a pas techniquement d'obligation, de rapport d'obligation, personne — parmi les victimes éventuelles — ne pouvant se détacher d'avance pour prétendre à un droit de créance et en réclamer l'exécution (J. Carbonnier, *Droit civil : les obligations*, t. 4, 20^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998 au n° 7, à la p. 28).

⁴² C'est le cas, par exemple, en matière de relations de parenté (voir l'art. 392 et l'art. 597 et s. C.c.Q.) ou de voisinage (voir l'art. 976 C.c.Q.) : voir *Katz c. Reitz* (1972), [1973] C.A. 230, confirmant (21 février 1969), Montréal 719,611 (C.S.) ; *Boisjoli c. Goebel* (1981), [1982] C.S. 1, 22 R.P.R. 244.

⁴³ Par voie de comparaison, on retrouve ici la question qui se pose en common law : «[w]ho is my neighbour?» afin d'identifier le créancier de la *duty of care* — équivalent de l'obligation de diligence. Voir, à ce sujet, le célèbre arrêt de la *House of Lords*, *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Et, à ce sujet, notamment, J.G. Fleming, *The Law of Torts*, 8^e éd., Sydney, Law Book Company, 1992 à la p. 135 et s.

⁴⁴ Voir, également, en France, l'ordonnance en référé à l'art. 9 C. civ.

⁴⁵ Voir Viney, *Responsabilité I*, *supra* note 26 au n° 445, à la p. 535.

C'est, croyons-nous, l'un des mérites du *Projet de Code civil* de l'Office de révision du Code civil⁴⁶ d'avoir voulu briser avec cette conception séculaire et d'avoir présenté, sous forme de prescriptions légales, les devoirs juridiques de la personne en ce qui concerne son fait personnel, le fait d'autrui et le fait de la chose. Le *Projet de Code civil*⁴⁷ tenait, en effet, à «énoncer les devoirs fondamentaux de la personne, non pas sous la forme sibylline d'une "faute", mais bien sous la forme de règles positives de comportement du citoyen dans ses relations avec son prochain»⁴⁸.

On peut, à cet égard, vivement regretter que le nouveau *Code civil du Québec*⁴⁹ ait renoncé à suivre ce courant nouveau et, renouant avec la thèse classique, ait voulu utiliser, à l'article 1372, une phrase ambiguë : «[l']obligation naît du contrat ou de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation». L'expression est malheureuse car on commence par dire que l'obligation naît «de tout acte ou fait», mais on ajoute «auquel la loi donne [...]» ; n'est-ce pas dire, en réalité, que c'est la loi qui crée l'obligation lors de la survenance d'un acte ou d'un fait ? D'ailleurs, en comparant, à cet égard, avec l'article 1457 C.c.Q., on doit reconnaître que la formule, constituant un pas dans la voie nouvelle, est certes plus heureuse en ce que c'est le législateur qui édicte «le devoir de respecter les règles de conduite [...]» ; elle nous paraît, encore toutefois, défectueuse. Il est, en effet, regrettable que ces «rè-

⁴⁶ Voir le *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-94 et s. ; Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. 2, t. 2, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977 à la p. 565 [ci-après *Commentaires*].

⁴⁷ Voir le *Projet O.R.C.C.*, *ibid.*

⁴⁸ *Commentaires*, vol. II, t. 2, *supra* note 46 à la p. 565. Il s'agissait là d'un ensemble de normes de conduite destiné, à l'origine, à faire pendant, sous forme d'une Déclaration des droits civils (voir Office de révision du Code civil, Comité des droits civils, *Rapport sur les droits civils*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1968) à une reconnaissance législative expresse, au tout début du nouveau code civil, des droits fondamentaux de la personne, qui, jusque-là avaient été explicites et reconnus par la jurisprudence à la lumière du principe général de responsabilité civile énoncé à l'art. 1053 C.c.B.-C. L'idée d'insérer un tel diptyque (droits-devoirs) dans le *Projet O.R.C.C.* n'a pu être réalisé du fait que, à la demande expresse de M^e Jérôme Choquette, alors ministre de la Justice, la Déclaration fut incorporée dans un *Projet de charte des droits et libertés de la personne*, dont l'élaboration avait été confiée au Professeur F.R. Scott et à l'auteur de cette étude (voir P.-A. Crépeau et F.R. Scott, *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne / Report on a Draft Bill concerning Human Rights and Freedoms*, juillet 1971 [non publié] et qui devait, par la suite (1975), inspirer la rédaction de la *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 11.

Il convient de souligner à ce propos que l'art. 10 de la Déclaration, qui devint l'art. 49, al. 1^{er} de la *Charte québécoise*, voulait simplement rappeler au lecteur l'importance des dispositions, la panoplie des recours de droit commun offerts en cas d'«atteinte illicite» à ces droits, c'est-à-dire l'injonction (art. 751 C.p.c.) et la réparation du préjudice moral, corporel ou matériel subi (art. 1053 et s. C.c.B.-C., aujourd'hui art. 1457 et s. C.c.Q.). C'est ainsi, à cet égard, que la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 136 D.L.R. (4^e) 129 [ci-après *Béliveau St-Jacques* avec renvois aux R.C.S.], pouvait affirmer, dans une analyse approfondie de la question, qu'il ne saurait être question, en la matière, de régimes parallèles de responsabilité civile entre celui du droit commun (art. 1053 et s. C.c.B.-C., aujourd'hui art. 1457 et s. C.c.Q.) et celui de la *Charte québécoise*, *ibid.*, art. 49, al. 1^{er}.

⁴⁹ Voir l'art. 1372 C.c.Q.

gles de conduite» à respecter sont celles qui s'imposent au débiteur «suivant les circonstances, les usages ou la loi [...]», comme s'il s'agissait — en les mettant sur le même pied — d'autant de sources d'obligations. Les «circonstances et les usages» — à moins que ceux-ci ne se transforment en coutumes — ne sauraient, à proprement parler, constituer des sources d'obligations ; il eut donc été préférable, parce que plus exact, de dire : «les règles de conduite que la loi lui impose, suivant les circonstances ou les usages [...]». Il ne s'agit pas là d'une simple querelle de mots, mais bien de savoir qui a le pouvoir créateur d'une obligation. Certainement pas un acte ou un fait, certainement pas une «circonstance», un «usage», mais bien la loi qui, à l'occasion de la survenance d'un acte, d'un fait ou même d'une omission, impose, suivant les circonstances et les usages, des devoirs juridiques.

17. Il appartient ainsi au droit des obligations — et la *Charte québécoise*, à cet égard, en fait partie — de préciser, sur le plan juridique, les droits des uns, les devoirs des autres ; d'établir, ensuite, les critères selon lesquels on pourra dire qu'un droit a été injustement atteint, un devoir fautivement inexécuté ; de déterminer, enfin, les conditions et les modalités de la réparation due à la victime.

Cela signifie que, dans toute affaire de responsabilité civile découlant de l'application, soit du régime de droit commun (art. 1457 et s., C.c.Q.), soit du régime de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁰ (art. 49), il appartiendra au demandeur, en principe, de prouver les éléments essentiels de la responsabilité civile : faute, préjudice, causalité. Qu'il s'agisse de «faute» au sens de l'article 1457 du code civil ou d'«atteinte illicite» au sens de l'article 49 de la *Charte québécoise*, dans les deux cas, on se trouve en présence d'une conduite qui déroge à la norme de prudence et de diligence d'une personne raisonnable. Dans les deux situations, le demandeur doit démontrer l'existence d'une atteinte injustifiable et dommageable à l'un de ses droits. Ainsi, dans l'affaire *Aubry c. Vice Versa*⁵¹, où il s'agissait d'une demande en indemnisation du préjudice résultant de la prise et de la publication, non autorisées, d'une photographie de la demanderesse dans un lieu public, les actes des défendeurs constituaient, certes, une atteinte au respect du droit à la vie privée, protégé par la *Charte québécoise* (art. 5). Mais, faut-il le rappeler, dans une lecture civiliste des textes, toute atteinte à un droit n'engage pas nécessairement la responsabilité civile de son auteur⁵². L'article 49, al. 1^{er} de la *Charte québécoise*, qui reprend en substance l'article 1457

⁵⁰ *Supra* note 11.

⁵¹ *Supra* note 11. Et, à ce sujet, M.-F. Bernier, «La liberté d'informer n'est pas menacée» *Journal du Barreau* (15 septembre 1998) 19.

⁵² L'expression «droit garanti» fréquemment utilisée dans le vocabulaire législatif, doctrinal et jurisprudentiel des chartes, est susceptible, dans un contexte de responsabilité civile, de prêter à confusion, car elle peut porter à croire que ces droits protégés par les chartes imposent au débiteur une «obligation de garantie», alors qu'il ne s'agit, en principe, que d'obligations de diligence. L'expression «droit protégé» ou «droit reconnu» paraîtrait, à cet égard, plus judicieuse. Voir, par ex., *Beliveau St-Jacques*, *supra* note 48 à la p. 409 ; *Augustus c. Gosset* (C.S.C.), *supra* note 12 à la p. 302. Et à ce sujet, P.-A. Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 ; Lluellas et Moore, *supra* note 2 au n° 102 et s., à la p. 45 et s.

C.c.Q., est très explicite à cet égard : «[t]oute atteinte *illicite* [...]» [nos italiques]⁵³. On ne saurait, ainsi, en toute déférence, suivre à ce sujet la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Aubry c. Vice-versa*, lorsqu'elle affirme, comme s'il s'agissait d'un énoncé de principe, que lorsque «surgit» le droit à l'image, «[i]l faut donc parler de violation du droit à l'image, *et par conséquent de faute, dès que* l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet l'identification de la personne» [nos italiques]⁵⁴. À ce stade, il est trop tôt pour parler de faute. Encore faut-il que l'atteinte soit «fautive» (droit commun) ou «illicite» (*Charte québécoise*). Et c'est alors, croyons-nous, que le demandeur — qui a toujours le fardeau de la preuve — doit, une fois réalisé l'exercice nécessaire de pondération des droits en litige en vue d'en fixer le domaine et l'étendue — en l'espèce la vie privée à l'encontre de la liberté d'expression⁵⁵ — prouver que le défendeur a abusé de son droit en dépassant, par malveillance ou par négligence, les limites de la prudence et de la diligence d'une personne raisonnable, par exemple un journaliste soucieux de ses devoirs professionnels. Il en résulte, à notre avis, que la «pondération» des droits en litige doit s'exercer à un stade préalable, non pas comme critère de responsabilité en fixant l'«importance» relative des droits en conflit⁵⁶, mais bien pour en préciser le contenu obligationnel⁵⁷ afin d'être, par la suite, en mesure de juger de l'existence ou non existence d'un abus de droit — «faute» ou «atteinte illicite» — à l'égard du demandeur.

Monsieur le juge en chef Lamer, tout en rappelant que la Cour avait déjà reconnu la «continuité historique et conceptuelle entre le droit de la responsabilité civile et la Charte québécoise»⁵⁸, pouvait, quoique dissident à cet égard, à bon droit déclarer : «[...] la simple atteinte à un droit ou à une liberté ne saurait constituer nécessairement

⁵³ Voir J.-M. Brisson et N. Kasirer, *Code civil du Québec : édition critique*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, qui notent, à juste titre, une divergence entre les versions française et anglaise du texte : seule la version française comporte l'expression «par cette faute». On peut également s'étonner que l'expression n'apparaît ni dans la version française ni dans la version anglaise de l'art. 1458 C.c.Q. relatif à la responsabilité contractuelle.

⁵⁴ *Supra* note 11 à la p. 615.

⁵⁵ On lira, à ce sujet, avec intérêt, les notes, en Cour d'appel, de M. le juge LeBel dans *Aubry c. Éditions Vice Versa* (1997), 141 D.L.R. (4^e) 683, 71 C.P.R. (3^e) 59 (C.A.).

⁵⁶ Voir, dans l'affaire *Aubry c. Vice Versa*, *supra* note 11 à la p. 620, les propos de Mme le juge L'Heureux-dubé et M. le juge Bastarache, exprimant l'avis de la majorité de la Cour : «[e]n l'instance, le droit de l'intimée à la protection de son image est *plus important* que le droit des appelants à publier la photographie de l'intimée sans avoir obtenu sa permission au préalable» [nos italiques].

⁵⁷ Voir Baudouin et Jobin, *Les obligations*, *supra* note 2 au n° 448 et s., à la p. 366 et s. ; P.-A. Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat» (1965) 43 Rev. du B. can. 1 ; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996 au n° 221 et s. à la p. 329 et s. ; M. Tancelin, *Des obligations*, 6^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1997 au n° 310 et s., à la p. 151 et s.

⁵⁸ *Beliveau St-Jacques*, *supra* note 48 ; voir aussi *Gazette (The) (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, *supra* note 12 à la p. 36.

une faute⁵⁹». Et d'ajouter : «je ne crois pas qu'une analyse de responsabilité civile to- lère le déplacement du fardeau de la preuve entre les parties»⁶⁰.

18. Afin d'illustrer ces observations, prenons ici quelques exemples concrets dans l'ordre extracontractuel des obligations : la circulation routière⁶¹ ; les loisirs⁶² ; les relations de voisinage⁶³ ; les atteintes à l'honneur⁶⁴, à l'intégrité physique⁶⁵, à la vie pri- vée⁶⁶ ou à la qualité de l'environnement⁶⁷ ; l'évaluation du préjudice subi par la victime d'un accident⁶⁸.

⁵⁹ *Aubry c. Vice Versa*, supra note 11 à la p. 600.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Voir *Driver c. Coca-Cola Ltée* (1960), [1961] R.C.S. 201, 27 D.L.R. (2^e) 20 ; *Robertson c. Pen- niston*, [1968] B.R. 826 ; *Simard c. Soucy*, [1972] C.A. 640. Voir aussi, depuis 1978, la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q. c. A-25.

⁶² Voir *L'Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon* (1940), 69 B.R.112 [ci-après *Cannon*].

⁶³ Voir les art. 947, 976, 979, 981 et 985 C.c.Q. Voir aussi R.J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété* dans M. Bugnet, dir., *Oeuvres de Pothier annotées et mise en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, 2^e éd., Paris, [s.n.], 1861 au n° 4 : «le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte aux droits d'autrui, ni aux lois» ; Pothier, *ibid.* au n° 13 : «[...] cela [le droit de propriété] s'entend aussi du droit des propriétaires et possesseurs des héritages voi- sins, auquel le propriétaire d'un héritage, quelque parfait que soit son droit de propriété, ne peut don- ner atteinte, ni par conséquent faire dans son héritage ce que les obligations qui naissent du voisinage, ne lui permettent pas de faire dans son héritage au préjudice de ses voisins». Voir, à ce sujet, *Brodeur c. Choinière*, [1945] C.S. 334 ; *Katz c. Reitz*, supra note 42 ; *Boisjoli c. Goebel*, supra note 42 ; *Com- mission des écoles catholiques de Montréal c. Lambert*, [1984] C.A. 179, 33 R.P.R. 297. Voir aussi le *Projet O.R.C.C.*, supra note 24 à l'art. v-96 : «[n]ul ne doit causer à autrui un préjudice qui dépasse les inconvénients normaux du voisinage» ; l'art. 976 C.c.Q. : «[l]es voisins doivent accepter les in- convénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux». On doit, toutefois, re- gretter que le législateur ait cru devoir restreindre la portée de la disposition en l'insérant, non pas au titre général des obligations, comme l'avait proposé l'Office de révision du Code civil dans le *Projet O.R.C.C.*, *ibid.*, mais au livre du droit des biens, d'abord en 1987, dans la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18 (issu de P.L. 20, 1^{re} sess., 33^e lég., Québec, 1987 (sanction royale le 15 avril 1987)) à la Section : «De l'accès au fonds d'autrui et de sa protection» (l'art. 1032), puis, en 1994, dans le C.c.Q., au Chapitre : «Des règles particulières à la propriété immobilière» (l'art. 976). Il aurait été plus juste de donner une por- tée élargie à cette disposition, ne serait-ce qu'en se référant à la «situation des lieux» plutôt qu'à la «situation du fonds» («location of their land» en anglais).

⁶⁴ Voir *Christie c. York Corporation*, [1940] R.C.S. 139, [1940] 1 D.L.R. 81, confirmant (1938), 65 B.R. 104 ; *Chaput c. Romain*, supra note 29. Et, depuis, la *Charte québécoise*, supra note 11.

⁶⁵ Voir *Beim c. Goyer*, [1965] R.C.S. 638, 57 D.L.R. (2^e) 253, infirmant [1964] B.R. 558 ; *Laverdure c. Bélanger* (21 octobre 1977), Montréal 09-000116-756, J.E. 77-75 (C.A.), infirmant [1975] C.S. 612 ; *Ginn c. Sisson*, [1969] C.S. 585 ; *Hôtel-Dieu d'Amos c. Gravel*, supra note 32. *Commission de transport de la Communauté Urbaine de Montréal c. Timm*, [1986] R.J.Q. 2509, 3 Q.A.C. 264 ; *Roy c. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503, 123 D.L.R. (4^e) 78 (C.A.).

⁶⁶ Voir *Aubry c. Vice Versa*, supra note 11.

19. Ces exemples, tirés de la jurisprudence de nos tribunaux, montrent que le droit des obligations a pour objet — même si l'on n'en a pas toujours conscience — de régler les faits et gestes de la vie quotidienne des citoyens dans leurs relations entre eux. M. Capitant avait raison d'écrire : «[l']homme vit dans une atmosphère juridique ; la trame de la vie sociale est faite de rapports de droit»⁶⁹.

Et cela se comprend davantage lorsque l'on prend conscience du fait que cette branche du droit civil constitue le champ d'application privilégié des trois grands préceptes moraux que l'Empereur Justinien, au VI^e siècle après J.-C., énonçait au début de ses *Institutes*⁷⁰ : *JURIS PRAECEPTA SUNT HAEC : Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Domat, dans son admirable *Traité des loix*⁷¹, faisait aussi référence aux «règles communes de la justice et de l'équité» qui tiennent lieu de lois à tous les hommes :

[a]insi tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces loix naturelles : Qu'il ne faut faire tort à personne : Qu'il faut rendre à chacun ce qui luy appartient : Qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses [...].

20. Ces préceptes d'ordre moral constituent la source des principes fondamentaux du droit des obligations : le respect de la parole donnée, la réparation du préjudice injustement causé à autrui, la restitution de l'enrichissement injuste. C'est à partir de ces principes que le droit des obligations régit les relations infiniment variées des citoyens entre eux.

B. Le régime des obligations conventionnelles

21. Le deuxième instrument que la société met à la disposition de ses membres en vue de favoriser les relations sociales et les échanges économiques est le contrat⁷².

⁶⁷ Voir la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. c. Q-2, art. 19.1 et 20. Au sujet de la protection de l'environnement, voir J. Héту et J. Piette, «Le droit de l'environnement du Québec» (1976) 36 R. du B. 621.

⁶⁸ Voir *Pearce c. Buckley*, [1960] C.S. 145 ; *Hôtel-Dieu d'Amos c. Gravel*, *supra* note 32.

⁶⁹ H. Capitant, «Préface» dans H. Capitant, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1936, 5 à la p. 7.

⁷⁰ *Institutes*, I, 1, 3. Traduction : Les préceptes du droit sont les suivants : Vivre honnêtement, ne pas causer préjudice à autrui, donner à chacun son dû.

⁷¹ *Traité des loix*, *supra* note 9 au c. 9, à la p. xi. En ce qui concerne les postulats fondamentaux de l'oeuvre de Domat et leur influence sur Montesquieu et Portalis, voir S. Goyard-Fabre, «Montesquieu entre Domat et Portalis» (1990) 35 R.D. McGill 715.

⁷² Voir, à ce sujet, Baudouin et Jobin, *Les Obligations*, *supra* note 2 au n° 44 et s., à la p. 59 et s. ; Pineau, Burman et Gaudet, *Théorie des obligations*, *supra* note 57 au n° 22 et s. ; Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 57. Aussi J. Ghestin, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 au n° 1 et s., à la p. 1 et s. ; voir aussi l'étude remarquable de J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Depuis longtemps déjà, on s'est rendu compte que la satisfaction des besoins des uns et des autres reposait sur une collaboration entre eux, se traduisant par l'élaboration d'un régime, simple d'abord mais de plus en plus articulé, d'échanges de biens et de services permettant de tirer le meilleur parti des talents et de l'expertise, de l'expérience et des disponibilités de chacun. La mise en place d'un tel régime, qui supposait un état de civilisation déjà avancé et un niveau élevé de moralité, reconnaissait le rôle de la confiance entre individus, du respect de la parole donnée, de la valeur d'une promesse, d'engagements réciproques, bref du contrat.

22. Qu'est-ce qu'un contrat ? Domat, au XVII^e siècle, parlait déjà, en termes généraux, de ces «engagements volontaires» qui «se forment mutuellement entre deux ou plusieurs personnes, qui se lient et s'engagent réciproquement l'une à l'autre par leur volonté»⁷³. Il en va de même aujourd'hui. Sans entrer, pour l'instant, dans le détail de l'examen de cette notion, qu'il suffise de rappeler qu'il s'agit d'un accord de volontés, sanctionné par le droit, en vue de produire des effets juridiques, en ce qui concerne les droits réels (par exemple, un transfert de propriété) ou les droits personnels (par exemple, la prestation de services).

Il n'est pas besoin de réfléchir longtemps pour se rendre compte du nombre incalculable de contrats passés, chaque jour, concernant l'échange de biens et la prestation de services dans tous les domaines de la vie sociale et économique, depuis les plus simples contrats dits de consommation jusqu'aux contrats souvent extrêmement complexes ou lourds de conséquences, tels les contrats de distribution de biens techniques⁷⁴, les contrats de franchise⁷⁵, les contrats d'entreprise concernant la réalisation d'ensembles industriels⁷⁶, les contrats de financement industriel ou commercial⁷⁷, les contrats de services visant le contrôle de la conception artificielle de l'être humain⁷⁸ : insémination artificielle, fécondation *in vitro*, la congélation d'embryons, la maternité

⁷³ Domat, *Traité des loix*, *supra* note 9 au c. 4, à la p. 6. Les contrats forment, avec les obligations légales, la «seconde espèce d'engagements» destinés à répondre aux besoins des êtres humains.

⁷⁴ Voir P.-G. Jobin, *Les contrats de distribution de biens techniques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1975. Voir aussi B. Lefebvre, *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution de biens et de services*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1988 [non publié] ; G. Laprise, *Contrats de distribution intégrée : classification et contenu*, mémoire de maîtrise, Université McGill, 1992 [non publié].

⁷⁵ Voir, notamment, Paris, 21 septembre 1989, *Gaz. Pal.* 1990.I.287 (note M.-C. Boutard-Laborde).

⁷⁶ Voir V. Karim, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Cowansville, Yvon Blais, 1987.

⁷⁷ Voir J. Morin, «Le prêt gigogne et le droit québécois» (1990) 93 R. du N. 166.

⁷⁸ Voir B.M. Knoppers, *Conception artificielle et responsabilité médicale*, Cowansville, Yvon Blais, 1986 ; B.M. Knoppers, *Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants*, Québec, Fonds Charles-Coderre, 1986 ; J.-Y. Nau, «Un couple divorcé se dispute le sort de sept embryons congelés» *Le Monde* (15 août 1989) 6. Voir, au sujet du clonage d'êtres humains, S. Baillargeon, «La brebis galeuse» *Le Devoir* (19 janvier 1998) 1 ; J.-Y. Nau, «L'Europe se mobilise contre le clonage d'êtres humains» *Le Monde* (sélection hebdomadaire) (17 janvier 1998) ; «Contre les dérivés du clonage», *ibid.* 8. Sur les relations entre la génétique et le droit, voir F. Terré, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987.

de substitution⁷⁹, la natalité sélective⁸⁰, la maternité post-ménopausique⁸¹, l'interruption de grossesse⁸², ou encore la transfusion sanguine⁸³.

23. Le contrat est, en effet, le moyen privilégié de faire passer des biens d'une personne à une autre, que ce soit par voie de transfert de propriété ou constitution d'un autre droit réel au moyen d'une vente ou cession, d'un échange, d'une donation, d'une fiducie, ou encore par voie de transfert de jouissance au moyen d'une location ou d'un prêt. Il est aussi le moyen par excellence d'assurer la prestation de divers services par la voie, notamment, d'un contrat de travail, d'entreprise ou de société.

24. Le contrat, oeuvre de prévision, permet ainsi d'assurer une certaine emprise sur l'avenir⁸⁴, notamment par le biais de ces contrats dits successifs⁸⁵, dont l'exécution s'échelonne dans le temps, car les parties peuvent alors, pour une durée plus ou moins longue, prévoir et assurer l'organisation de leurs relations réciproques et aussi de leurs rapports avec les tiers. Songeons, par exemple, au locataire qui s'assure, pour une période déterminée, de la jouissance paisible d'un appartement, ou encore de l'usage d'un véhicule-automobile. Songeons aussi au fabricant qui, pour satisfaire sa clientèle, commande à son fournisseur, pour une période déterminée, un approvisionnement régulier de certaines matières premières.

Cette oeuvre de prévision est d'ailleurs susceptible d'affecter non seulement le contenu du contrat — l'étendue et l'intensité des prestations contractuelles —, mais aussi le règlement des difficultés susceptibles de naître en cours d'exécution du lien

⁷⁹ Voir à ce sujet, art. 541 C.c.Q. : «[I]les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles et de nullité absolue». Voir aussi, en France, Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1989, Bull. civ. 1989.I. 260, n° 387, pour illicéité de l'objet. Mais voir, en matière de conflits de lois, Paris, 15 juin 1990, D. 1990.540 (note F. Boulanger). Et, à ce sujet, S. Tramier, «La dérive des mères porteuses» *Le Devoir* (10 juillet 1991) 12.

⁸⁰ Il s'agit ici, notamment, de ce que l'on a appelé une politique de «natalité sélective» produisant un déficit de naissances féminines. Voir, à ce sujet, le roman de A. Maalouf, *Le premier siècle après Béatrice*, Paris, Grasset, 1992.

⁸¹ On a assisté, en Italie, à une naissance issue d'une mère ménauposée. Voir J.-Y. Nau, «Maternités post-ménopausiques» *Le Monde* (5 août 1992) 10 ; voir aussi *Le Devoir* (25 août 1992) 11.

⁸² Voir *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 62 D.L.R. (4^e) 634, infirmant [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.), 23 Q.A.C. 241, infirmant [1989] R.J.Q. 1980 (C.S.).

⁸³ Notamment en ce qui concerne la contamination par le virus du sida. Voir G. Mémeteau, *Traité de la responsabilité médicale*, Bordeaux, Les études hospitalières, 1996 au n° 199, à la p. 161 et s.

⁸⁴ Voir A. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, à la p. 206, qui donnait, du contrat, la définition suivante : «l'entreprise la plus hardie [...] pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision» ; P. Hébraud, «Observations sur la notion du temps dans le droit civil» dans *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 2, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979 au n° 20 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985 au n° 119, à la p. 126. Voir aussi M. Ouellette, «Le rôle de la pratique dans la formation du droit civil» (1984) 14 R.D.U.S. 455 à la p. 460.

⁸⁵ Voir, notamment, Baudouin et Jobin, *Les obligations*, *supra* note 2 aux n°s 63-64, aux pp. 87-88. Voir aussi Flour et Aubert, *supra* note 2 au n° 91, à la p. 58.

contractuel, notamment par la voie extrajudiciaire de l'arbitrage⁸⁶, de même que les conséquences pécuniaires résultant de l'inexécution dommageable des obligations issues du contrat, notamment par la fixation préalable des dommages-intérêts⁸⁷ ou par une clause pénale⁸⁸, destinées à réparer le préjudice subi.

25. On ne saurait, à cet égard, douter que l'État, sur les plans moral et économique, a tout intérêt à assurer le respect de la parole valablement⁸⁹ donnée et, partant, la sécurité des relations contractuelles. Et, effectivement, le principe de la force obligatoire des conventions est depuis longtemps reconnu dans la tradition civiliste. Déjà, au XIII^e siècle, selon l'orthographe de l'époque, Philippe de Beaumanoir signalait que, selon les Coutumes de Beauvaisis, «[t]outes convenances font à tenir, et pour ce dit on : "Convenance vaint loi", exceptées les convenances qui sont fetes par mauveses causes»⁹⁰. Mais, c'est à Domat que revient le mérite de l'avoir exprimé dans une formule lapidaire qui a encore cours aujourd'hui : «[i]l faut encore remarquer sur cette nécessité de l'étude des loix naturelles, qu'elles sont de deux sortes. L'une est de celles dont l'esprit est convaincu sans raisonnement par l'évidence de leur vérité, telles que sont ces règles, *que les conventions tiennent lieu de loix à ceux qui les font*» [nos italiques]⁹¹. La règle a été reprise à peu près textuellement à l'article 1134 du *Code civil* français et, même si les codificateurs québécois de 1866 n'avaient pas cru devoir la reproduire à l'article 1022 C.c.B.-C., les tribunaux, à maintes reprises, se sont chargés d'en consacrer l'autorité en droit civil canadien⁹². À cet égard, le nouveau code civil (article 1433) reprend, en substance, l'article 1022 du C.c.B.-C.

⁸⁶ Voir l'art. 2638 et s. C.c.Q., ainsi que l'art. 940 et s. C.p.c. Voir aussi J.E.C. Brierley, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne» [1987] C.P. du N. 507 ; J. Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987.

⁸⁷ Voir l'art. 1613 C.c.Q.

⁸⁸ Voir l'art. 1622 et s. C.c.Q.

⁸⁹ On doit, à cet égard, tenir compte des vices de consentement qui sont susceptibles d'affecter la validité du contrat, non seulement selon la théorie générale du contrat (l'art. 1399 et s. C.c.Q.), mais aussi dans des secteurs plus névralgiques, tels les assurances (l'art. 2398 et s. C.c.Q.) et les contrats dits de consommation (la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 29).

⁹⁰ P. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, t. 2, par A. Salmon, Paris, A. et J. Picard, 1900 au n° 999, à la p. 2.

⁹¹ Domat, *Traité des Loix*, *supra* note 9 au c. 9, aux pp. xix-xx, voir aussi à la p. vii.

⁹² Voir à ce sujet, *Joyal c. Beaucage* (1921), 59 C.S. 211 à la p. 215 ; *The Mile End Milling Co. c. Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120 aux pp. 130-31, 29 R.L. 176 ; *Suzman c. Tremblay*, [1951] R.C.S. 659 à la p. 663 ; *Côté c. Sterblieb*, [1958] R.C.S. 121 à la p. 127 ; *Chaput c. Bonhomme* (1925), 38 B.R. 47 à la p. 50 : «[t]hese provisions may appear very severe, but the parties by their contract created the law by which they agreed to be governed in respect of its carrying out» ; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 à la p. 1003, 74 D.L.R. (4^e) 161 ; *Frenette c. Métropolitaine, Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647 à la p. 667, 89 D.L.R. (4^e) 653. On notera d'ailleurs que l'Office de révision du Code civil proposait de revenir, à ce propos, à la formule classique : «[l]e contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont conclu, sous réserve des dispositions expresses de la loi» (*Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-70). Comparer l'art. 1480, Avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec des droit des obligations*, 1^{re} sess., 33^e lég., Québec, 1987 [ci-après *Avant-*

26. Les parties contractantes ont ainsi la possibilité de régler leurs relations d'affaires au gré de leurs intérêts respectifs, sous réserve des normes de justice contractuelle⁹³ trouvant expression dans le respect de l'ordre public⁹⁴ et de la réglementation impérative du contrat⁹⁵, les exigences de la bonne foi⁹⁶, la recherche de l'équilibre⁹⁷ et la pro-

Projet de loi — Obligations] : «[I]e contrat valablement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont conclu pour tout ce qu'ils y ont exprimé, dans les limites permises par la loi et l'ordre public». Mais la formule a disparu — on aurait aimé savoir pourquoi — dans Québec, Ministère de la justice, *Projet de loi 125 : Code civil du Québec : commentaires détaillés sur les dispositions du projet : livre 5 : des obligations*, Québec, Le Ministère, 1991 à l'art. 1430 [ci-après *Projet C.c.Q.*] et dans le C.c.Q. (l'art. 1434). On y a substitué une formule plus vague et moins précise : «[I]e contrat [...] oblige [...] ». On doit, à cet égard, regretter que, dans l'affaire *Wabasso Ltée c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, 38 N.R. 224 [ci-après *Wabasso* avec renvois aux R.C.S.], la Cour suprême du Canada, dans une décision, qui se voulait pourtant un arrêt de principe sur la question des relations entre les régimes, contractuel et extracontractuel, de responsabilité, en soit arrivée, à la suite d'une analyse tout à fait incomplète et extrêmement décevante de la question, à méconnaître ce principe fondamental, pourtant énoncé aux art. 1022 et 1024 C.c.B.-C., de la force obligatoire des conventions valablement formées. Voir également *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554, 98 N.R. 1. Voir, à ce sujet, P.-A. Crépeau, «L'affaire Wabasso sous les feux du droit comparé» (1982) 27 R.D. McGill 789, et, en particulier, P.-G. Jobin, «Wabasso : un arrêt tristement célèbre» (1982) 27 R.D. McGill 813 ; voir aussi P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien» (1981) 26 R.D. McGill 673 à la p. 696 et s. [ci-après «Établissement hospitalier»]. Fort heureusement, le législateur québécois a opté pour le respect intégral des conventions légalement formées et, par voie de conséquence expresse, pour l'interdiction de l'option entre les régimes de responsabilité à l'art. 1458, al. 2 C.c.Q. ; voir ci-dessous au n° 63.

⁹³ Voir, en général, Ghestin, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, *supra* note 72 au n° 251 et s., à la p. 225 et s. Voir aussi, sur les rapports entre liberté contractuelle et justice contractuelle, P.-A. Crépeau et E. Charpentier, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées ? / The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?*, Montréal, Carswell, 1998.

⁹⁴ Voir l'art. 9 C.c.Q. ; l'art. 41.4 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16 qui reprend en substance la formule de l'art. 13 C.c.B.-C. : «[o]n ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public [...]». Voir, à ce sujet, Baudouin et Jobin, *Les obligations*, *supra* note 2 au n° 124 et s., à la p. 150 et s. ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 57 au n° 157 et s., à la p. 251 et s. ; Tancelin, *supra* note 57, au n° 70 et s., à la p. 39 et s. Voir aussi J. Ghestin, *Le contrat*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1981 à la p. 29 et s. ; Ghestin, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, *ibid.* au n° 104 et s., à la p. 85 et s. Voir notamment *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933, 114 D.L.R. (3^e) 585 ; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 139 N.R. 81 [ci-après *Garcia Transport* avec renvois aux R.C.S.] ; *Banque royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, [1992] R.J.Q. 987, [1992] R.D.I. 327 (C.S.) : renonciation à la subrogation conventionnelle de l'art. 1155, al. C.c.B.-C., repris substantiellement à l'art. 1655 C.c.Q. ; *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862, 150 D.L.R. (4^e) 385 (délai de prescription extinctive — art. 2930 C.c.Q.).

⁹⁵ Voir, notamment les art. 1434, 1893 C.c.Q. (du bail de logement), 2402 et s. (des assurances). Voir Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat», *supra* note 57 ; Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* au n° 230, à la p. 339 ; Tancelin, *ibid.* au n° 330 et s., à la p. 163 et s. ; mais voir Baudouin et Jobin, *Les obligations* au n° 453, à la p. 368. Voir aussi P. Esmein, *L'obligation et la responsabilité contractuelles*, dans *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, 101 à la p. 102. Et, à ce sujet, *Banque de Montréal c. Québec (P.G.)*, *supra* note 27 à la p. 572.

motion du raisonnable⁹⁸. En marge et, parfois même, à l'encontre du régime d'obligations légales s'imposant à tous indistinctement, elles peuvent se tailler un régime conventionnel sur mesure, infiniment varié, plus souple, mieux adapté à leurs besoins précis et aux circonstances particulières de leurs relations.

27. Et, pour assurer le règlement homogène des situations contractuelles, le code civil va jusqu'à préciser que le contrat doit comprendre, non seulement les clauses expresses que les parties ont spécialement prévues, mais encore toutes les clauses implicites qui découlent de la nature du contrat, de l'usage, de l'équité et même de la loi. C'est ce que déclare expressément l'article 1434 du code civil, reprenant en substance l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada*, qui constitue, à juste titre, la charte fondamentale des relations conventionnelles⁹⁹ :

Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi

A contract validly formed binds the parties who have entered into it not only as to what they have expressed in it but also as to what is incident to it according to its nature and in conformity with usage, equity or law.

28. L'interprète et, le cas échéant, les tribunaux se voient ainsi imposer, par une oeuvre délicate de qualification, la mission «d'ausculter» le contrat pour y déceler les obligations qui doivent, au même titre et avec la même force obligatoire que les stipulations expresses, en faire partie¹⁰⁰, à moins que les parties ne les aient valablement écartées.

⁹⁶ Voir l'art. 1375 C.c.Q. qui se veut une application du principe général de bonne foi, lequel se voit énoncé aux art. 6-7 C.c.Q. Voir Baudouin et Jobin, *supra* note 2 au n° 86 et s., à la p. 109 et s. *ibid.* au n° 140 et s., à la p. 105 et s., au n° 438, à la p. 249 ; Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* au n° 235, à la p. 342 et s., au n° 315, à la p. 477 et s. ; Tancelin, *ibid.* au n° 314, à la p. 154. Voir aussi Ghestin, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, *supra* note 72 au n° 255 et s., p. 231 et s.

⁹⁷ Voir les art. 1405-06 C.c.Q. concernant la lésion ; l'art. 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 29. Voir aussi Ghestin, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, *ibid.*

⁹⁸ Voir les art. 7, 1437, 1623 et 1901 C.c.Q. Voir aussi C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *supra* note 17.

⁹⁹ Voir Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat», *supra* note 57. Mais voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 57 au n° 221 et s., à la p. 329 et s. Et, à ce sujet, voir *Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107 à la p. 121 ; *Banque de Montréal c. Québec (P.G.)*, *supra* note 27 à la p. 572 ; *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 43 N.R. 283 [ci-après *BNC c. Soucisse* avec renvois aux R.C.S.] ; *Banque de Montréal c. Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 62 D.L.R. (4^e) 1 ; *Houle c. Banque nationale du Canada*, [1990] 3 R.C.S. 122, 74 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Houle c. BNC* avec renvois aux R.C.S.] ; *Banque de Montréal c. Bail Liée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 93 D.L.R. (4^e) 490.

¹⁰⁰ Voir, notamment, en ce qui concerne les obligations implicites découlant de l'équité : *BNC c. Soucisse*, *ibid.* ; ou encore de la loi : *Banque de Montréal c. Québec (P.G.)*, *ibid.* Aussi Baudouin et Jobin, *Les obligations*, *supra* note 2 au n° 454 à la p. 369 et s.

29. Mais, une fois opérée cette analyse du lien contractuel, une fois fixés le contenu et, partant, les frontières du cercle contractuel, le contrat, à l'égal et au même titre que la loi générale applicable entre tiers¹⁰¹, devient la loi particulière applicable aux parties contractantes.

Cette loi contractuelle s'impose, bien évidemment, aux parties qui doivent en observer les prescriptions, sous peine de se voir condamnées à l'exécution forcée — en nature ou par équivalent¹⁰² ; elle s'impose également aux tribunaux qui doivent en assurer l'interprétation et l'exécution selon l'intention des parties¹⁰³ ; elle s'impose enfin au législateur qui ne saurait, sans le déclarer expressément par voie d'une disposition dite rétroactive¹⁰⁴, porter atteinte aux droits nés de la convention¹⁰⁵.

30. La vie quotidienne, par l'intermédiaire des journaux ou des recueils de jurisprudence, nous donne de nombreux exemples qui montrent toute l'importance du contrat dans la vie du citoyen : le transport de personnes et de marchandises¹⁰⁶, le stationnement de véhicules¹⁰⁷, la fabrication et la vente de produits de consommation¹⁰⁸, l'entreposage de marchandises¹⁰⁹, la location de chambres ou d'appartements¹¹⁰, la vente ou la location de biens techniques¹¹¹, la prestation de soins de santé¹¹², les servi-

¹⁰¹ C'est-à-dire des personnes qui, préalablement à l'application de la loi à une situation juridique donnée, n'étaient pas liées par un rapport contractuel. Voir l'art. 1457 C.c.Q. Et, à ce sujet, voir D. Jutras, «Le tiers trompé (à propos de l'affaire Bail Ltée)» (1993) 72 R. du B. can. 28.

¹⁰² Voir les art. 1601 et 1607 C.c.Q.

¹⁰³ Voir, en ce sens, M. le juge Pigeon, diss. dans *Murray Bay Motor Co. c. Cie d'assurance Belair*, [1975] 1 R.C.S. 68 à la p. 73, 42 D.L.R. (3^e) 588 : «le devoir des tribunaux c'est de donner effet à la lettre de la loi et du contrat». Et, à ce propos, voir l'art. 1458, al. 2, C.c.Q. concernant l'interdiction de l'option entre les régimes de responsabilité, ou le cumul de ceux-ci lorsque les parties — ce qui est à prouver — sont liées par un contrat ; et, à ce sujet, voir *Syndicat du Garage de cours Le Royer c. Gagon*, [1995] R.J.Q. 1313, [1995] R.R.A. 328 (C.A.) ; voir aussi n° 63, ci-dessous.

¹⁰⁴ Voir, notamment, *Plante c. Ville de Montréal*, [1976] C.A. 95.

¹⁰⁵ Voir, à ce sujet, *Canada (P.G.) c. Cie de publication La Presse*, [1967] R.C.S. 60, 63 D.L.R. (2^e) 396 ; *Venne c. Québec (C.P.T.A.)*, [1989] 1 R.C.S. 880, 95 N.R. 335.

¹⁰⁶ Voir notamment, *Surprenant c. Air Canada*, *supra* note 99 ; *Mercerie Gilbert Ltée c. Cie des Chemins de fer nationaux*, [1970] C.S. 207 ; l'art. 2030 et s. C.c.Q.

¹⁰⁷ Voir, notamment, *Girard c. National Parking Ltd*, [1971] C.A. 328, confirmant (20 décembre 1968) Montréal, 761-390 (C.S.).

¹⁰⁸ Voir notamment, *Wabasso*, *supra* note 92 ; *General Motors Products of Canada Ltée c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 93 D.L.R. (3^e) 481 ; *Bélanger c. Coca-Cola Ltée*, [1954] C.S. 158.

¹⁰⁹ Voir notamment, *Manning Marine Ltée c. Chateau Motors Ltée*, [1978] C.A. 290, permission d'en appeler à la C.S.C. refusée [1978] 1 R.C.S. vi [ci-après *Manning Marine*].

¹¹⁰ Voir notamment, *Loyer c. Plante*, [1960] B.R. 443.

¹¹¹ Voir Paris, 12 juillet 1972, *Soc. Flammarion c. Soc. I.B.M.*, Gaz. Pal. 1972.I.804 (note J. Megret) ; R.T.D.C. 1973.138 (note Durry). Et, à ce sujet, J.-C. Fourgoux, *Nature de l'obligation du fournisseur de matière informatique*, G.P. 1973.II.496 ; Jobin, *supra* note 74 au n° 63, à la p. 72.

¹¹² Voir art. 20 C.c.Q. Aussi, notamment, *Cataford c. Moreau*, *supra* note 94 ; *Covet c. Hôpital Général juif*, [1976] C.S. 1390 ; *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623, 4 Q.A.C. 20 (C.A.) ; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745, 14 D.L.R. (3^e) 445 ; *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567. Et, à ce sujet, voir, notamment, A. Benardot et R.P. Kouri,

ces juridiques¹¹³, les services de coiffure¹¹⁴, les services de restauration¹¹⁵, la pratique des sports¹¹⁶, l'organisation de colonies de vacances¹¹⁷, les relations professionnelles¹¹⁸, l'entreprise de construction¹¹⁹, l'assurance de personnes ou contre des dommages¹²⁰.

Chacune de ces relations crée entre deux ou plusieurs personnes — on ne fait plus¹²¹ aucune distinction entre les opérations dites civiles et les opérations dites commerciales — un lien juridique, le plus souvent de nature contractuelle¹²², dont la naissance, le contenu, l'interprétation, la cession, l'exécution ou la violation et l'extinction sont, en tout cas au niveau des règles fondamentales, régis par le droit des obligations.

31. L'étude attentive des régimes, contractuel et extracontractuel, d'obligations juridiques est donc susceptible de conduire à une meilleure compréhension des valeurs et

La responsabilité civile médicale, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1980 ; P.-A. Crépeau, «Établissement hospitalier», *supra* note 92 ; L.-H. Richard, *La responsabilité professionnelle du dentiste*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1986 ; S. Philips-Nootens, «La responsabilité civile du médecin anesthésiste (1ère partie)» (1988) 19 R.D.U.S. 55 ; J.P. Martin et D. Martin, *La responsabilité médicale pour la faute d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 1992 ; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 au n° 1191 et s., à la p. 631 et s. ; P. Lesage-Jafoura, J. Lessard et S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Yvon Blais, 1995. Et en droit comparé français et québécois, G. Mémeteau, *Traité de responsabilité médicale*, Bordeaux, Études Hospitalières, 1996.

¹¹³ Voir, notamment, *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, 78 D.L.R. (4^e) 666 [renvois aux R.C.S.].

¹¹⁴ Voir, notamment, *Roa c. Limoges*, [1963] B.R. 924.

¹¹⁵ Voir notamment, *Santana c. Tandy*, [1972] C.A. 193 ; Poitiers, 16 décembre 1970, Gaz. Pal. 1971.I.264, J.C.P. 1972.II.17127 (note G. Mémeteau), infirmant Trib. Gr. Inst. Poitiers, 7 janvier 1969, D. 1969.174 (note J. Pradel).

¹¹⁶ Voir, notamment, *Provost c. Petit*, [1969] C.S. 473 ; *Gagnon c. Desrosiers*, [1975] C.S. 880 ; Paris, 25 mars 1954, J.C.P. 1954.II.8024 (note R. Rodière). Voir, à ce sujet, R. Joyal-Poupard, *La responsabilité civile en matière de sports au Québec et en France*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1975.

¹¹⁷ Voir, notamment, *Grieco c. Externat Classique Ste Croix*, [1962] R.C.S. 519, 33 D.L.R. (2^e) 31.

¹¹⁸ Voir, notamment, *Senez c. La Chambre d'immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555, 35 N.R. 545 ; *Paris c. La Comédie canadienne Inc.*, [1975] C.S. 216.

¹¹⁹ Voir, notamment, *Hill-Clarke-Francis Ltée c. Northland Groceries (Québec) Ltée*, [1941] R.C.S. 437, [1941] 4 D.L.R. 314. Et, à ce sujet, T. Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982.

¹²⁰ Voir les art. 2392 et 2395-96 C.c.Q. Voir aussi notamment, *Paquet c. Aetna Casualty du Canada*, [1984] C.A. 163 ; *Samson Bélair Inc. c. Banque Toronto-Dominion*, [1984] C.A. 156.

¹²¹ On sait, toutefois, qu'en certaines matières, le législateur a prévu des règles particulières applicables aux opérations relatives au service ou à l'exploitation d'une entreprise. Ainsi en est-il en matière de solidarité (l'art. 1525, al. 2 C.c.Q.), de preuve (l'art. 2862, al. 2 C.c.Q.). Voir, à ce sujet, l'*Acte concernant la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, L.C. 1857, c. 43 ; A. Perrault, *Traité de droit commercial*, Montréal, A. Lévesque, t. 1, 1936 au n° 142 et s., à la p. 141 et s. Voir, par ex., en ce qui concerne le contrat d'assurance, l'art. 2492 C.c.Q.

¹²² Voir, à ce sujet, les règles générales concernant le contrat à l'art. 1377 et s. C.c.Q., notamment à l'art. 1434 C.c.Q.

techniques qui sous-tendent les liens juridiques qui se nouent et se dénouent entre les membres de la société civile.

II. Le droit des obligations et la formation du juriste

32. Le droit des obligations, en raison de son caractère à la fois hautement politique et technique qu'une évolution historique deux fois millénaire lui a permis d'acquérir, peut aussi grandement contribuer à la formation d'un esprit juridique où l'on doit reconnaître tout à la fois la juste mesure des faits, la sereine critique des sources, l'irréprochable sûreté du raisonnement et la farouche indépendance du jugement. Le Doyen Savatier n'hésitait pas à affirmer que, depuis le droit romain, «le droit des obligations est la classique école de formation des juristes»¹²³.

33. On peut en saisir tout l'intérêt surtout dans un système de droit codifié comme l'est le droit civil du Québec, en examinant l'importance des politiques juridiques et le rôle des techniques juridiques dans l'élaboration et l'application du droit des obligations. Pour ce faire, il faut tout d'abord se rappeler que, malgré le souci kelsenien de «purifier» la science du droit de tout ce qui n'est pas considéré comme proprement juridique, c'est-à-dire technique¹²⁴, une règle de droit comporte le plus souvent deux éléments : l'un politique, l'autre technique.

En effet, une règle juridique, par exemple une disposition du code civil, recèle plus ou moins précisément un élément de politique juridique, fondée sur des valeurs sociales, morales ou économiques, ces «figure[s] du désirable»¹²⁵, qui, une fois coulée dans une forme orale (règle coutumière) ou écrite (texte législatif), comporte un cadre technique se traduisant par le choix d'une terminologie précise, d'une forme syntaxique appropriée et par l'application d'un régime d'interprétation.

34. L'article 985 du *Code civil du Bas-Canada* nous en fournissait une excellente illustration¹²⁶ :

¹²³ Savatier, *Théorie*, supra note 6 au n° 6, à la p. 9.

¹²⁴ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 1934 à la p. viii : «[p]lus de deux décades se sont écoulées depuis que j'ai commencé d'entreprendre de développer une «théorie pure du droit» ; théorie pure du droit, c'est-à-dire *théorie du droit épurée de tout idéologie politique* et de tous éléments ressortissant aux sciences de la nature, consciente de son individualité, qui est liée à la légalité propre de son objet». Aussi, dans H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1960 à la p. xiv : «[l]e problème de la justice étant, en tant que problème de valeur, extérieur à une théorie du droit, qui se limite à une analyse de ce droit positif qui constitue la réalité juridique» [nos italiques] ; voir également *ibid.* aux pp. 1, 266-67, 287.

¹²⁵ J.P. Resweber, *La philosophie des valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1992 à la p. 10. Voir aussi P. Valadier, *L'anarchie des valeurs*, Paris, Albin Michel, 1997.

¹²⁶ Comparer l'art. 4 C.c.Q. :

Toute personne est capable de contracter, si elle n'en est pas expressément déclarée incapable par la loi.

All persons are capable of contracting, except those whose incapacity is expressly declared by law.

Sur le plan de la politique juridique, le législateur reconnaissait : i) que tous les êtres humains ne sont pas également aptes à assumer volontairement des engagements — constatation sociologique irrécusable fondée sur l'âge ou sur l'état mental d'une personne ; ii) qu'il convenait donc de soigneusement distinguer entre les personnes qui peuvent et celles qui ne peuvent pas donner un consentement libre et éclairé ; iii) qu'il paraissait tout de même raisonnable, dans un climat d'individualisme philosophique et de libéralisme économique — chacun est libre, dans les limites posées par la loi, de disposer de sa personne et de ses biens au mieux de ses intérêts — de privilégier l'état de capacité d'une personne ; et iv) que l'on ne saurait tout de même étendre ou réduire la liste des incapables au gré des circonstances ou du bon vouloir des tribunaux ou des fonctionnaires de l'État. Autant d'énoncés de politique juridique qui traident un choix de valeurs sociales.

35. Mais alors se posait la question de savoir comment exprimer juridiquement ces divers choix, en tenant pour acquis que, dans une conception classique de l'opération, la règle de droit est destinée à être aisément comprise par un esprit avisé¹⁷. Diverses

Toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils.

Every person is fully able to exercise his civil rights.

Dans certains cas, la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance.

In certain cases, the law provides for representation or assistance.

Aussi l'art. 153 C.c.Q. :

L'âge de la majorité est fixé à dix-huit ans.

Full age or the age of majority is eighteen years.

La personne, jusqu'alors mineure, devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils.

On attaining full age, a person ceases to be a minor and has the full exercise of all his civil rights.

Le nouveau code civil ne règle pas, à notre avis, la question avec autant de bonheur que l'art. 985 du C.c.B.-C. Au regard de la distinction entre la jouissance et l'exercice des droits civils (titre premier du Livre premier du C.c.Q.) peut-on vraiment reconnaître en termes absolus, la jouissance des droits civils ? Peut-on vraiment reconnaître à «toute personne» l'aptitude à «exercer *pleinement* ("fully able") ses droits civils» ? (art. 4, al. 1 C.c.Q. [nos italiques]), alors que, d'une part, l'al. 2 réserve les régimes «de représentation ou d'assistance», que l'art. 153 C.c.Q. déclare que la personne, devenue majeure «*devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils*» [nos italiques] et que l'art 155 C.c.Q. prévoit que «[l]e mineur exerce ses droit civils dans la seule mesure prévue par la loi» ? Faut-il y voir de nouvelles distinctions ou simplement de l'incohérence sinon au fond, du moins dans la forme ?

¹⁷ D'où l'importance primordiale d'une connaissance précise de la langue du droit. Voir, à ce sujet, J.-L. Souriaux et P. Lerat, *Le langage du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1975 ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1979 au n° 69, à la p. 60.

possibilités s'offrent au rédacteur. Ici, le législateur utilisait une technique bien connue : le recours au tandem principe-exception¹²⁸. On énonce d'abord un principe général selon lequel une personne est présumée être en mesure de comprendre la portée des engagements qui lui sont proposés et de les assumer librement. Mais, tout de suite, le principe étant cité, on en restreint la portée par voie d'exceptions qui devront être expressément énoncées par la loi. Cette méthode prend ainsi, sur le plan technique, la forme d'une présomption générale de capacité assortie d'exceptions limitativement prévues, ce qui a pour conséquences d'éviter à chacun la nécessité — parfois l'odieux — d'avoir à prouver sa capacité juridique, mais surtout d'imposer à celui qui allègue l'incapacité d'une personne le fardeau de la preuve d'un cas d'exception qui, comme on le sait, est toujours d'interprétation restrictive.

36. Ces deux éléments — politique juridique et technique juridique — sont inséparables¹²⁹, car ils sont intimement imbriqués dans l'élaboration d'une règle juridique¹³⁰. Ils méritent tous deux un examen approfondi¹³¹ si l'on veut, en bons disciples de Domat,

Voir aussi les propos de R. Nerson sur «l'intervention du législateur» dans son «Rapport de synthèse» dans Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, dir., *Le corps humain et le droit : journées belges*, Paris, Dalloz, 1977, 527 [ci-après *Le corps humain et le droit*] ; M. Sparer et W. Schwab, *Rédaction des lois : rendez-vous du droit et de la culture*, Québec, Conseil de la langue française, 1980 ; M. Lajoie, W. Schwab et M. Sparer, *Rédaction française des lois*, 2^e éd., Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1982 ; P.-A. Crépeau, «La révision du *Code civil*» (1977) C. P. du N. 335 à la p. 345.

¹²⁸ Voir, à ce sujet, H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979 à la p. 254 et s.

¹²⁹ Voir, sur l'élaboration des règles de droit, les développements fort instructifs de G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil : introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires : le statut des personnes physiques et morales*, t. 1, Paris, Sirey, 1956 au n° 52 et s., à la p. 87 et s.

¹³⁰ F. Gény, dans son ouvrage célèbre, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1921 avait, à cet égard, bien raison d'écrire, dans une page admirable (au n° 33, aux pp. 96-97), que :

l'activité du jurisconsulte (au sens le plus élevé du mot) oscille entre deux pôles distincts que je proposerai de dénommer le *donné* et le *construit*. — Tantôt, il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la «nature sociale», interprétée d'après elle-même ou suivant les aspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et, c'est ce que j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. — Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en oeuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort, ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié le *construit*, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit.

¹³¹ Voir, en ce sens, Tancelin, *supra* note 57 au n° 17, à la p. 10 : «[l]'étude du droit ne peut en aucune façon consister à n'apprendre que les règles de technique juridique en vigueur. Cela est particu-

de Montesquieu ou de Portalis, se pénétrer de l'esprit des lois et comprendre véritablement un système juridique, en déceler les principes, en retracer les origines, en apprécier l'environnement culturel et sociologique, en pressentir l'évolution.

L'on doit, à cet égard, regretter que jusqu'à tout récemment et, semble-t-il, dans une certaine mesure encore aujourd'hui, l'enseignement du droit privé ait été réduit à l'examen des aspects techniques d'un système juridique, sous prétexte que les aspects «politiques» ne relèveraient pas du droit, mais de sciences humaines connexes : philosophie, morale, sociologie, science politique. Le juriste ne serait ainsi qu'un bon technicien, chargé de mettre en forme, d'habiller, selon le jargon du jour, les valeurs privilégiées par d'autres. Une telle attitude, à notre avis, réduit indûment le domaine du droit. Certes, le juriste n'est pas le seul à choisir, à préférer telle ou telle valeur dans l'élaboration d'une règle de droit : dans une société démocratique, c'est essentiellement l'affaire du citoyen. Mais une fois une valeur choisie et privilégiée, le droit se l'approprie, le juriste s'en saisit pour en examiner le fondement, le sens, la portée, les limites et les rapports avec d'autres valeurs. Il sera alors en mesure d'en établir la formulation aussi précise que possible et la justification au sein de l'ordre juridique. Il pourra ensuite en fournir l'interprétation selon l'intention du législateur et les fins par lui voulues. Enfin, il lui sera loisible d'en faire une exacte application dans les circonstances particulières d'une espèce.

Il convient donc de s'arrêter et de considérer l'importance des *politiques juridiques* et de la *technique juridique* dans l'élaboration d'une règle juridique en matière d'obligations.

A. L'importance des politiques juridiques

37. Il existe, dans le droit des obligations, un certain nombre de règles dont la signification et, surtout, la justification ne peuvent se comprendre que par référence à des considérations d'ordre politique, social, économique, philosophique, moral et religieux à propos de ce qui est bien ou de ce qui est répréhensible, de ce que l'on doit faire ou de ce que l'on doit s'abstenir de faire. Bref, le droit des obligations s'appuie sur un ensemble de principes, expression juridique d'un système de valeurs¹³². À la fois incarnation et reflet d'un ordre social, moral et économique, il traduit une forme de civilisation¹³³. À ce niveau, les politiques juridiques qui sous-tendent une règle de

lièrement vrai en matière de droit des obligations, qui est intimement lié aux conceptions philosophiques et politiques de la société». Voir aussi, sur le régime de prescription, *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, 228 N.R. 5, juge Gonthier.

¹³² Voir, à ce propos, Villey, *Philosophie du droit*, *supra* note 3 au n° 7, aux pp. 12-13. Voir également, sur le fondement du régime de *res judicata*, les propos de Mme le juge Claire L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour suprême du Canada, dans *Roberge c. Bolduc*, *supra* note 113 à la p. 402 : «[L]a raison d'être de cette présomption légale irréfragable de validité des jugements est ancrée dans une politique sociale d'intérêt public visant à assurer la sécurité et la stabilité des rapports sociaux. L'inverse signifierait l'anarchie, avec la perspective de procès sans fin et de jugements contradictoires».

¹³³ Voir, en ce sens, M. Ancel, «Politique législative et droit comparé», dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Paris, Dalloz-Sirey, 9 à la p. 18 : «[L]a politique législative est, en tout cas, à beau-

droit ne sont pas intimement liées à une tradition juridique particulière : elles ne sont ni de droit civil ni de common law, ni de toute autre tradition juridique ; elles n'expriment que la conception que se font, sur un mode de comportement et à un moment donné, les membres d'une société civile.

38. Un examen critique de cette relation intime entre une règle de droit et le fondement politique qui la sous-tend est important, essentiel même, car il permet, d'une part, de mieux comprendre la règle juridique que le législateur a voulu consacrer et, d'autre part, de réfléchir sur l'adéquation entre la règle et les conceptions sociales, économiques, philosophiques, morales ou religieuses qui, à diverses époques, prévalent dans une société civile. Cette seconde démarche est d'autant plus importante que nous vivons une période passionnante de l'histoire de notre société où, dans tous les domaines, l'on est à la recherche de valeurs nouvelles, d'un nouvel *ordo rerum*, d'une éthique nouvelle¹³⁴, qui puisse inspirer le citoyen dans son cheminement et, par voie de conséquence, guider le législateur dans l'élaboration de règles nouvelles, mieux adaptées aux besoins de la société en cette fin de siècle.

Ici encore, prenons quelques exemples.

1. Liberté contractuelle et ordre public

39. Nous avons déjà signalé¹³⁵ que la théorie générale du contrat est fondée sur le postulat de la liberté contractuelle s'exerçant dans les limites prescrites, notamment, par l'ordre public. Qu'est-ce à dire ? Qu'entend-on par ordre public¹³⁶ ? Sans entrer ici

coup d'égards au moins, le miroir d'une Société». Voir aussi, sur la conciliation des valeurs, Aubry c. Editions Vice Versa, *supra* note 11 à la p. 618 et s. ; sur le fondement des valeurs, U. Eco et C.M. Martini, *Croire en quoi ?*, Paris, Parfat et Rivages, 1998 ; sur l'enracinement des valeurs, J. de Romilly, *Le trésor des savoirs oubliés*, Paris, Editions de Fallois, 1998 à la p. 99 et s., 125 et s.

¹³⁴ Voir les ouvrages cités *supra* note 20. Aussi J. Bernard, *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet-Chastel, 1990. Voir, pour une vibrante critique féministe de l'ordre traditionnel, D. Greschner, «Abortion and Democracy for Women: A Critique of Tremblay v. Daigle» (1990) 35 R.D. McGill 633.

¹³⁵ Voir n° 26 et s., ci-dessus.

¹³⁶ Voir les art. 8, 9 C.c.Q. ; 1413 C.c.Q. Voir aussi le chapitre consacré aux principes directeurs de la théorie générale du contrat dans le *Traité sur les Obligations* [à publier] ; l'art. 41.4 de la *Loi d'interprétation*, *supra* note 94, reprenant l'art. 13 C.c.B.-C. ; et, à cet égard, voir le *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-8 : «[I]es parties contractantes règlent à leur gré leurs rapports juridiques. Elles ne peuvent, cependant, ensemble ou individuellement, déroger aux dispositions impératives de la loi, non plus qu'à l'ordre public et aux bonnes moeurs» ; voir aussi Gauthier c. Beaumont, *supra* note 131 au para. 48, juge Gonthier. Voir, à ce sujet, Baudouin et Jobin, *Obligations*, *supra* note 2 au n° 128 et s., à la p. 151 et s. ; Pineau, Burman et Gaudet, *Théorie des obligations*, *supra* note 57 au n° 70 et s., à la p. 39 et s. ; Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 57 au n° 70 et s., à la p. 39 et s. ; G.S. Challies, «What are Public Order and Good Morals?» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, dir., *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 7, Paris, Librairie Dalloz, 1952, 645. Voir aussi Ghestin, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, *supra* note 72 au n° 93 et s., à la p. 65 et s. ; Ghestin, *Le contrat*, *supra* note 94 à la p. 1 et s. ; P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, Reims, Matot-Braine, 1953. On notera que le C.c.Q. a éliminé sinon la notion, du moins le terme, de «bonnes

dans l'examen détaillé de la question, on peut constater que, dans certains cas, la réponse est aisée, car on trouve une disposition expresse dans les textes législatifs à caractère pénal¹³⁷ ou civil¹³⁸. Mais, en dehors de ces textes qui, notons-le, sont eux-mêmes parfois susceptibles d'interprétations ou d'applications¹³⁹ divergentes, à quel signe reconnaît-on qu'un acte est contraire à l'ordre public¹⁴⁰ ou, selon un autre discours, à l'éthique¹⁴¹? Une clause d'exonération de responsabilité civile¹⁴²? Une clause restrictive de la liberté d'emploi¹⁴³? Un legs assorti d'une condition obligeant le

mœurs» (voir les art. 8-9 et 1413 C.c.Q.). On peut le regretter, car même si l'on croit pouvoir estimer que l'ordre public comprend les bonnes mœurs, il n'empêche que l'expression «bonnes mœurs» traduit une notion bien particulière qui méritait d'être retenue. D'ailleurs, ce n'est pas en éliminant le terme que le législateur réussira à en bannir la réalité. Un acte peut être contraire aux bonnes mœurs sans porter atteinte à l'ordre public, par exemple au contrat individuel de prostitution à crédit ; pareillement, un acte peut être contraire à l'ordre public sans pour autant être contraire aux bonnes mœurs, par exemple un contrat de services professionnels rendus par une personne qui n'est pas membre de la profession considérée : voir *Pauzé c. Gauvin* (1953), [1954] R.C.S. 15. Voir *contra* Baudouin et Jobin, *Obligations, ibid.* au n° 129, à la p. 152.

¹³⁷ Voir, notamment, les art. 14 (de l'euthanasie), 45 (des opérations chirurgicales) du *Code criminel*, *supra* note 28.

¹³⁸ Voir, notamment, l'art. 541 C.c.Q. relatif aux contrats de procréation ou de gestation pour compte d'autrui.

¹³⁹ Voir, au sujet de prélèvements sur la personne d'un mineur, P. Deschamps et D. Sauvé, «Aspects juridiques de la transplantation de moelle osseuse» *Le Médecin du Québec* (septembre 1981) 51. Voir aussi, en la matière, certaines décisions judiciaires dans lesquelles, sur le sens à donner au «discernement» exigé du mineur, donneur de moelle osseuse, la sympathie du magistrat paraissait l'avoir emporté sur les prescriptions de la loi (l'art. 20 C.c.B.-C.) : *Cayouette et Mathieu*, [1987] R.J.Q. 2230 (C.S.) (donneur : 5 1/2 ans) ; *Prud'homme et Pilon* (3 octobre 1980), Montréal 500-05-012187-801 (C.S.) (donneur : 4 ans) ; *St-André et Perreault* (6 juillet 1981), Montréal, 500-05-008830-810 (C.S.) (donneuse : 3 1/2 ans et souffrant d'une «malformation cardiaque complexe») ; *Harrison et Lenard* (14 mars 1983), Montréal 500-05-004035-836 (C.S.) (donneuse : 2 1/2 ans) ; *O'Farrell et O'Farrell* (23 novembre 1984), Montréal, 200-05-003197-840 (C.S.) (donneur : 2 ans et 2 mois). Sur la notion de «discernement» telle que proposée par l'Office de révision du Code civil en remplacement de la notion «capable de distinguer le bien du mal» de l'art 1053 C.c.B.-C., voir le *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-94 et s. ; et *Commentaires, supra* note 46 au vol. II, au t. 2, à la p. 565 et s. On notera que l'art. 1457, al. 2 C.c.Q. utilise l'expression «douée de raison» ; voir aussi l'art. 1462 C.c.Q.

¹⁴⁰ Voir à ce sujet, *Mongrain c. Auger*, [1967] B.R. 332 ; *Martel c. Martel*, [1967] B.R. 805 ; *Brousseau c. Hamel*, [1968] B.R. 129 ; *Banque royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, *supra* note 94.

¹⁴¹ Sur les divers sens du terme *éthique*, voir P. Amselek, dir., *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986 ; *De l'éthique au droit*, Étude du Conseil d'État, Paris, Doc. fr. n° 4855 1988 ; «Biologie, Personne et Droit» (1991) 13 *Droits* ; B. Saint-Sernin, «Dimensions de l'éthique» [1990] *Études* 625 ; P. Valadier, *Inévitable morale*, Paris, Seuil, 1990 ; F. Quérré, *L'Éthique et la vie*, Paris, Jacob, 1991.

¹⁴² Voir notamment, *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington* (1898), 28 R.C.S. 146, confirmant (1897), 6 B.R. 292, confirmant (1897), 6 B.R. 95 (C.S.) ; *Manning Marine*, *supra* note 108 ; *Madill c. Sommer Building Corp.*, [1978] 1 R.C.S. 999, 19 N.R. 157. Voir, aujourd'hui, l'art. 1474 C.c.Q.

¹⁴³ Voir, notamment, *Whitfield c. Canadian Marconi Co.* (1967), [1968] B.R. 92, 68 D.L.R. (2^e) 251, confirmant (19 novembre 1965), Montréal 561,864 (C.S.) (contrat de louage de services) ; *Beneficial Finance Co. of Canada c. Ouellette*, [1967] B.R. 721 (clause de non-concurrence) ; *Cameron c. Ca-*

légataire à adhérer à une religion particulière¹⁴⁴? Un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'un être humain¹⁴⁵, par exemple l'aliénation d'une partie du corps humain¹⁴⁶, l'expérimentation non thérapeutique sur le corps humain¹⁴⁷, une intervention ayant pour objet le transsexualisme¹⁴⁸, la stérilisation à seule fin contraceptive¹⁴⁹, l'insémination artificielle, la fécondation *in vitro*¹⁵⁰, la procréation médicalement assistée¹⁵¹ et la maternité de substitution¹⁵²? La révision judiciaire du contrat¹⁵³?

nadian Factors Corp. Ltée (1970), [1971] R.C.S. 148, 18 D.L.R. (3^e) 575 (clause de non-concurrence). Voir, aujourd'hui, l'art. 2089 C.c.Q.

¹⁴⁴ Voir *Renaud c. Lamothe* (1902), 32 R.C.S. 357 ; mais aussi *Klein c. Klein* (1966), [1967] C.S. 300.

¹⁴⁵ Voir, à ce sujet, *Le corps humain et le droit*, *supra* note 127 ; F. Heleine, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain» (1976) 36 R. du B. 2 ; A. Mayrand, *Inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975 ; L. Mazeaud, «Les contrats sur le corps humain» (1956) 16 R. du B. 157. Voir, aujourd'hui, l'art. 10 et s. C.c.Q.

¹⁴⁶ Voir l'art. 19 et s. C.c.Q.

¹⁴⁷ *Ibid.* On notera, à cet égard, que, dans *Les crimes contre le fœtus*, rapport n° 58, Ottawa, La Commission, 1989 à la p. 64 [ci-après *Les crimes contre le fœtus*], la Commission de réforme du droit du Canada estimait, en ce qui concerne la recherche sur les embryons fécondés *in vitro*, que :

certains types de recherches témoignent d'un tel mépris pour la vie humaine qu'il y a peut-être lieu de les réprimer par le droit pénal. Entrent dans cette catégorie les recherches portant sur les croisements entre l'espèce humaine et des espèces animales, la création par clonage d'êtres humains, identiques entre eux, l'implantation d'embryons humains dans les animaux ou l'inverse, l'ectogénèse (fait de maintenir des embryons hors de l'utérus), la parthénogénèse (production d'embryons sans union d'un ovule et d'un spermatozoïde), la fusion d'embryons (fait de combiner deux embryons ou davantage pour créer un seul être) et les expériences visant à créer des chimères. La menace que constituent de telles expériences pour les valeurs sociales fondamentales saute aux yeux, et le recours à des sanctions pénales est tout à fait opportun.

Bien entendu, une sanction pénale entraînerait de soi une sanction civile, soit la nullité des conventions portant sur de tels objets, soit encore, éventuellement, le recours à l'injonction pour empêcher ou faire cesser de telles activités ou aux dommages-intérêts.

¹⁴⁸ Voir, à ce sujet, R. Kouri, *Certain Legal Aspects of Modern Medicine (Sex Reassignment and Sterilization)*, thèse de doctorat en droit, Institut de droit comparé, Université McGill, 1975 [non publié] ; T. Meulders-Klein, «Rapport sur le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge» dans *Le corps humain et le droit*, *supra* note 127, 42 ; et R. Nerson, «Rapport de synthèse» dans *Le corps humain et le droit*, *ibid.*, 523. Voir, aujourd'hui, l'art. 71 C.c.Q.

¹⁴⁹ Voir, à ce sujet, *Cataford c. Moreau*, *supra* note 94. Aussi, Mayrand, *Inviolabilité de la personne humaine*, *supra* note 145 au n° 11, note 19 à la p. 19.

¹⁵⁰ Voir, à ce sujet, E. Deleury et M. Rivet, «Rapport sur le corps humain, personnalité juridique et famille en droit canadien» dans *Le corps humain et le droit*, *supra* note 127, 74.

¹⁵¹ Voir la réglementation prévue en ce cas à l'art. 538 et s. C.c.Q.

¹⁵² Voir l'interdiction prévue à l'art. 541 C.c.Q. Aussi, dans ce sens, Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, D.S. 1991, 417 (note D. Thouvenin) ; et, à ce sujet, Tramier, «La dérive des mères porteuses», *supra* note 79.

¹⁵³ Voir l'art. 1439 C.c.Q.

40. Nous aurons, à cet égard, l'occasion de constater que cette expression *ordre public* est un terme à contenu variable dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire un terme dont l'interprétation est susceptible de se modifier en fonction des valeurs sociales, morales ou économiques dominantes à divers moments dans l'histoire d'une société. Ce qui, dans le passé, parfois même récent, était jugé illicite, comme le prêt à intérêt¹⁵⁴, l'assurance-vie¹⁵⁵, les clauses d'exonération de responsabilité¹⁵⁶, ou même l'oeuvre maîtresse de Balzac : *La comédie humaine*¹⁵⁷, n'est plus aujourd'hui considérée comme portant atteinte à l'ordre public moral.

41. L'interprète est donc appelé à scruter la conscience collective d'une société¹⁵⁸, afin d'y déceler l'état prépondérant des moeurs, susceptible de fournir, à un moment précis, un contenu concret à la notion d'ordre public étatique, économique ou moral.

2. Responsabilité civile

42. Ici se pose la question de savoir dans quelle mesure une personne doit être tenue de réparer le dommage qu'elle a causé à autrui. Cette question a soulevé l'une des plus célèbres controverses du siècle, sur le fondement de la responsabilité civile, entre les partisans de la théorie de la faute et les partisans de la théorie du risque créé¹⁵⁹. Traditionnellement, l'on a énoncé le principe général que n'est responsable que celui

¹⁵⁴ Voir P.B. Mignault, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon, avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 8, Montréal, Whiteford & Théoret, 1897 à la p. 130.

¹⁵⁵ Voir J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre) : ligne et entre-lignes*, t. 1, Sherbrooke, SEM, 1989 à la p. 31 et s. : «[o]n y voyait une spéculation sur la vie».

¹⁵⁶ Voir notamment, *The Glengoil Steamship Co. c. Pilkington* (1897), 6 B.R. 292, conf. sur une autre question par (1898), 28 R.C.S. 146.

¹⁵⁷ Voir *Sutherland c. Gariépy* (1905), 11 R. de J. 314 (C. de C.), juge Chamilly de Lorimier : la décision de considérer l'oeuvre comme immorale pouvait ainsi justifier le recours à l'erreur sur la considération principale prévue à l'art. 992 C.c.B.-C. (aujourd'hui, l'art. 1400 C.c.Q.).

¹⁵⁸ C'est l'exercice délicat auquel s'est lucidement livré M. le juge Deschênes dans l'affaire *Cataford c. Moreau*, *supra* note 94. Voir aussi *Suite c. Cooke*, [1993] R.J.Q. 514 (C.S.), inf. par [1995] R.J.Q. 2765, [1995] R.R.A. 849 (C.A.) ; *Garcia Transport*, *supra* note 94. Voir, sur le plan pénal, la recherche des «valeurs fondamentales» de la société en ce qui concerne les actes préjudiciables causés au fœtus, *Les crimes contre le fœtus*, *supra* note 147 à la p. 31 et s.

¹⁵⁹ Voir, à ce sujet, Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *supra* note 20 au n° 112 et s. ; Viney, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, *supra* note 26 au n° 17 et s., à la p. 18 et s. ; G. Viney, *Le Déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965 ; A. Tunc, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1989 ; G. Viney, «Introduction au vol. XI, *Torts*» dans R. David et al., dir., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Oceana (New York), Tubingen, J.C.B. Mohr, 1970 ; G. Viney, «Fondements et fonctions de la responsabilité civile en droit français» dans *Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile* (1968), 1973 ; Baudouin et Deslauriers, *La responsabilité civile*, *supra* note 112 au n° 6 et s., à la p. 3 et s. ; A. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971 au n° 56 et s., à la p. 42 et s. ; P.P.C. Haanappel, «Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle» (1978) 24 R.D. McGill 635.

qui, doué de discernement¹⁶⁰, est en faute, c'est-à-dire, selon l'école classique, celui qui n'a pas agi avec la prudence, la diligence, l'habileté d'un «bon père de famille» ou, comme on veut l'appeler aujourd'hui, d'une personne raisonnable. La notion de responsabilité est donc fondée, en principe, sur un écart de conduite entre celle de l'auteur du préjudice et celle de l'*Homo prudens*¹⁶¹.

43. Mais, depuis déjà le début du siècle, en France d'abord, au Québec ensuite, on s'interroge sur le bien-fondé de cette conception de responsabilité à base de faute et l'on se demande si l'on ne devrait pas y substituer la notion du risque créé, exprimée dans la maxime : *Ubi emolumentum ibi onus*, théorie fondée sur l'idée que celui qui crée une situation dangereuse dont il tire profit doit supporter le risque des accidents qui en découlent en dehors de toute question de faute personnelle ou de faute de ceux dont il est responsable¹⁶². Dans l'état actuel du droit positif, nous le verrons plus loin, cette théorie n'est acceptée qu'à titre exceptionnel, notamment pour la responsabilité du maître à l'égard de la faute de son préposé¹⁶³, la responsabilité découlant du préjudice excessif causé à son voisin¹⁶⁴, la responsabilité à base de faute conservant toujours sa valeur de principe, qu'il s'agisse d'une faute prouvée ou d'une faute présumée.

44. Et, récemment, poussant encore plus loin l'interrogation, on s'est demandé si l'on ne devait pas éliminer toute notion de responsabilité pour la remplacer par le mécanisme de l'assurance dommage. Ainsi, au lieu de se tourner contre l'auteur du préjudice, avec tous les inconvénients que cela peut entraîner — perte de temps, aléas d'un procès, anxiété, frais élevés des actes de procédure, lenteurs de la justice —, la victime se retourne simplement contre son propre assureur, comme c'est le cas, par exemple, en matière d'assurance incendie, risque contre lequel chacun s'assure. Ainsi, on élimine tout le problème de la responsabilité entre auteur et victime, comme c'est

¹⁶⁰ Voir n° 16 et s., ci-dessus ; l'article 1053 C.c.B.-C. ; le principe était retenu dans le *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-94 ; l'art. 1457, al. 2 C.c.Q. Mais comparer avec l'art. 1515, *Avant-Projet de loi — Obligations*, *supra* note 92 ; les art. 1453 et 1458 du *Projet C.c.Q.*, *supra* note 92. Voir à titre d'exemples, *Cannon*, *supra* note 62 à la p. 114 ; *Ouellette Motor Sales Ltée c. Standard Tobacco Co.*, [1960] B.R. 367 à la p. 370 ; *Ginn c. Sisson*, [1969] C.S. 585 ; *Lebrun c. Quebec Telephone*, [1986] R.J.Q. 3073 (C.A.), infirmant [1984] C.S. 605.

¹⁶¹ Voir, en ce qui concerne la controverse sur le rôle de l'imputabilité dans l'établissement de la responsabilité civile, notamment à l'égard de l'*infans*, N. Kasirer, «The *infans* as *bon père de famille* : "Objectively Wrongful Conduct" in the Civil Law Tradition» (1992) 40 Am. J. Comp. L. 343.

¹⁶² Voir Baudouin et Deslauriers, *supra* note 112 au n° 130 et s., à la p. 99 et s. ; Tunc, *La responsabilité civile*, *supra* note 159 au n° 71 et s., à la p. 59 et s. ; Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, *supra* note 159 au n° 58, à la p. 43 ; Haanappel, *supra* note 159.

¹⁶³ Voir l'article 1463 C.c.Q. Voir, à ce sujet, Haanappel, *ibid.*

¹⁶⁴ Voir, notamment, *Katz c. Reitz*, *supra* note 42 ; *Boisfoli c. Geebel*, *supra* note 42 ; mais voir *Christopoulos c. Restaurant Mazurka Inc.*, [1998] C.A. 334. Aussi l'art. 976 C.c.Q. dans un contexte restrictif. Comparer le *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-96. Et, à ce sujet, voir Baudouin et Deslauriers, *La responsabilité civile*, *supra* note 112 au n° 186 et s., à la p. 128 et s.

le cas notamment au Québec, depuis 1978, pour le préjudice corporel résultant d'un accident de circulation routière¹⁶⁵.

45. On voit donc ici apparaître successivement trois fondements possibles à la question de la réparation du préjudice subi : système de réparation fondé sur la faute, système de réparation fondé sur le risque, système de réparation fondé sur le principe de l'assurance dommage. Mais l'appréciation que l'on portera sur l'un ou l'autre système dépend, en définitive, de ses convictions personnelles : conceptions morales, philosophiques et sociales sur l'importance de la faute, le jeu du sort et du hasard et l'intérêt de l'assurance dans la répartition des risques de la vie en société.

3. Faute civile

46. Et même si l'on s'en tient au système de réparation fondée sur la faute, on peut encore s'interroger sur la notion même de *faute*. De quoi s'agit-il ? C'est une question que nous approfondirons plus loin¹⁶⁶, mais il est déjà possible d'en cerner quelques éléments. Une faute, dit-on, c'est la violation de ses devoirs¹⁶⁷. «Pour caractériser une "faute", il est toujours nécessaire», écrit justement Mme Viney¹⁶⁸, «d'établir la méconnaissance d'un devoir ou d'une obligation imposée par l'ordre juridique [...] Pour définir concrètement la portée actuelle de la notion de faute, il faut donc rechercher quels sont ces devoirs auxquels on ne peut manquer sans commettre une faute». Mais, quels sont précisément les devoirs du citoyen ? D'abord, dit-on, de se conduire comme une personne raisonnable. Mais quelle est la conduite d'une personne raisonnable, d'un «bon père de famille» ? Prenons trois hypothèses-limite : l'omission de porter secours à son prochain qui est en péril¹⁶⁹, l'exercice d'un droit dans le but de nuire à autrui¹⁷⁰ et les rapports de voisinage¹⁷¹. On sent bien, dans ces cas, que la réponse que chacun apportera dépendra, une fois de plus, de sa conception «individualiste» ou «sociale» des relations entre les membres d'une société.

¹⁶⁵ Voir la *Loi sur l'assurance-automobile*, *supra* note 61. Voir, à ce sujet, notamment, J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1981 à la p. 130 et s. Voir aussi, généralement, «L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation» (1974) 9 R.J.T. 139-220 [ensemble d'articles issus du premier *Colloque du droit de la responsabilité civile*] ; Baudouin et Deslauriers, *La responsabilité civile*, *supra* note 112 au n° 1022 et s., à la p. 607 et s., et au n° 1042 et s., à la p. 619 et s.

¹⁶⁶ Voir le chapitre consacré à l'analyse des conditions de la responsabilité civile du *Traité sur les obligations* [à publier].

¹⁶⁷ Voir, notamment, *Gouin-Perreault c. Villeneuve*, [1986] R.R.A. 4 à la p. 10 (C.A.), juge Owen : «[f]ault is the failure to comply with a pre-existing obligation which may arise either from the law of delict or from the law of contract».

¹⁶⁸ Voir Viney, *Responsabilité I*, *supra* note 26 au n° 445, à la p. 535.

¹⁶⁹ Voir, à ce propos, la *Charte québécoise*, *supra* note 11, art. 2, al. 2.

¹⁷⁰ Voir, notamment, *Brodeur c. Choinière*, *supra* note 63. Et, plus généralement, à propos de l'abus de droit, voir *Houle c. BNC*, *supra* note 99.

¹⁷¹ Voir *supra* note 164.

47. Les quelques exemples que nous venons de donner visent à montrer que ces termes d'*ordre public*, de *responsabilité civile* et de *faute* peuvent avoir un fondement et aussi un contenu variables¹⁷² selon les conceptions morales d'une société à une époque déterminée.

48. Il convient, à cet égard, de se rappeler que, dans une société pluraliste et ouverte comme aujourd'hui la société québécoise, les conceptions morales constituent, non pas l'expression du code d'éthique d'une société religieuse déterminée, mais le produit, exprès ou même souvent implicite, d'un consensus ou d'une majorité qui se dégage à un moment déterminé dans une démocratie¹⁷³. On peut certes constater qu'il s'agit là d'un fondement très fragile, qui peut d'ailleurs déboucher sur les pires excès au nom de l'opinion «dominante»¹⁷⁴. C'est pour cela d'ailleurs que, dans certains domaines, notamment celui des droits et libertés de la personne, une société peut estimer devoir se protéger par l'exigence de mesures particulières destinées à contrer une éventuelle «tyrannie de la majorité»¹⁷⁵. C'est également, et surtout, pour cela qu'une société démocratique doit prévoir un vigoureux programme d'éducation morale afin d'inciter à la réflexion sur la nécessité de limites à la liberté de chacun. On peut ainsi espérer que les choix de société pourront se faire, non pas au gré des impressions fugaces du moment ou des courants éphémères de l'opinion, mais plutôt à la lumière d'une conscience éclairée et responsable¹⁷⁶, en pleine connaissance de l'ampleur des défis et de l'importance des enjeux que pose l'évolution d'une société en pleine mutation, à la recherche d'un nouvel équilibre social. On doit souhaiter que, par l'influence de l'éducation morale qu'il reçoit, un peuple ne veuille ainsi exprimer dans ses lois que le meilleur de lui-même, s'ouvrant, pour l'essentiel, sur des valeurs fondamentales à vocation universelle, tels l'inhérente dignité de l'être humain¹⁷⁷, le be-

¹⁷² Voir, sur cette notion de «contenu variable», le chapitre suivant du *Traité sur les obligations* [à publier] sur les sources du droit des obligations. Voir, à titre d'exemples, en matière de clause testamentaire : *Renaud c. Lamothe*, *supra* note 144 ; *Klein c. Klein*, *supra* note 144 ; en matière de «ruine de bâtiment» : *Collin c. Vadenais* (1928), 44 B.R. 89 ; *Manning Marine*, *supra* note 109.

¹⁷³ Voir, en ce sens, Grandmaison, *Une société en quête d'éthique*, *supra* note 20 à la p. 41 et s. Voir aussi Aubert, *Introduction au droit*, *supra* note 127 au n° 37, à la p. 35 : «[l]e projet politique que concrétise la règle de droit est celui que soutient ce qu'on peut appeler la *volonté dominante* du corps social» ; C. Lebreton, *Y a-t-il un progrès du droit ? (I)*, D. 1991.Chron.99 à la p. 104 : «[r]eflet de la conscience collective, le droit est voué à se transformer au gré de ses évolutions» ; Eco et Martini, *supra* note 133 à la p. 66.

¹⁷⁴ Le sort historique de la démocratie athénienne de Périclès en constitue un impressionnant exemple. Voir, à ce sujet, J. de Romilly, *La Grèce antique à la découverte de la liberté*, Paris, Fallois, 1989 à la p. 53 et s. ; J. de Romilly, *Pourquoi la Grèce*, Paris, Fallois, 1992 à la p. 99 ; J. de Romilly, *Alcibiade ou les dangers de l'ambition*, Paris, Fallois, 1995.

¹⁷⁵ Voir, par ex., les art. 1, 33 et 35 de la *Charte canadienne*, *supra* note 11 et l'art. 52 de la *Charte québécoise*, *supra* note 11. Voir aussi, notamment, la règle de l'unanimité en matière de dissolution du contrat de société (art. 2230 C.c.Q.) ; la règle des deux tiers des voix pour la dissolution d'une personne morale (art. 356 C.c.Q.).

¹⁷⁶ Voir Perelman, *Introduction historique à la philosophie morale*, *supra* note 4 à la p. 13 ; Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, *supra* note 20.

¹⁷⁷ Voir, notamment, le Préambule de la *Charte québécoise*, *supra* note 11 :

soin de loyauté¹⁷⁸, l'exigence de la bonne foi¹⁷⁹ et le respect de la parole donnée¹⁸⁰ dans les relations humaines¹⁸¹. C'est là la rançon et le risque de la démocratie.

49. On touche ici au problème fondamental des liens entre le droit et la morale¹⁸². Or, à cet égard, l'on ne doit pas, à notre avis, s'illusionner sur le rôle du droit dans une société. L'ordre juridique ne constitue, le plus souvent, qu'un pâle reflet de l'ordre mo-

Considérant que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement ;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi ;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix ;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général ;

Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation ;

Whereas every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being;

Whereas it is expedient to solemnly declare the fundamental human rights and freedoms in a Charter, so that they may be guaranteed by the collective will and better protected against any violation;

Voir, à ce sujet, Valadier, *L'anarchie des valeurs*, *supra* note 125 au c. 5, «La valeur et les valeurs ou l'universel et le particulier», à la p. 169 et s.

¹⁷⁸ Voir M.T. Cicéron, *Des devoirs*, trad. par C. Appuhn, Paris, Garnier au n° vii, à la p. 189.

¹⁷⁹ Voir, notamment, les art. 6-7, 1375 C.c.Q. ; mais voir, pour un cas d'incohérence, l'art. 1437 C.c.Q.

¹⁸⁰ Voir, notamment, les art. 1433-34 C.c.Q.

¹⁸¹ On trouvera, sur l'apparente «opposition entre la droiture et l'utilité», d'admirables propos dans Cicéron, *supra* note 178 au n° xii et s., à la p. 405 et s.

¹⁸² Sur les liens entre le droit et la morale, voir Ripert, *La règle morale dans obligations civiles*, *supra* note 20 ; C. Perelman, «Droit, morale et religion» dans *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *supra* note 17, 44 ; P. Jestaz, «Les frontières du droit et de la morale» (1983) R.R.J. 334 ; dans une perspective chrétienne, J.-B. d'Onorio, «Biologie, morale et droit», dans J.-B. d'Onorio *et al.*, dir., *La vie prénatale : biologie, morale et droit : actes du VI^e Colloque national des juristes catholiques, Paris, 15-17 novembre 1985*, Paris, Tequi, 1986, 27 à la p. 34 [ci-après *La vie prénatale*] : «[e]n bref, on peut dire que le but de la morale est de rendre les hommes bons ; le droit se contente de les rendre supportables». Comparer Kelsen, *Théorie*, *supra* note 20 à la p. 79 et s.

ral¹⁸³, «approximation imparfaite d'un droit idéal». Si l'un et l'autre ont pour objet de réglementer l'agir humain, l'un sous la contrainte de la force publique, l'autre dans le for de la conscience individuelle, on doit reconnaître que différentes sont leurs exigences et, partant, distinct leur domaine d'application. Si l'un et l'autre imposent une conduite en fonction de ce qui est perçu comme le Bien et le Juste, on conçoit volontiers que l'ordre juridique, moins exigeant que l'ordre moral, puisse s'abstenir d'intervenir là où la morale doit réprimer. Ainsi, le droit civil tolère la générosité¹⁸⁴, il consacre l'égoïsme ; la morale judéo-chrétienne va au-delà : elle commande la charité, elle exige le pardon.

50. La règle juridique, pour répondre au critère, non seulement de légalité, mais aussi de légitimité, doit reposer sur un fondement moral minimum jugé acceptable par l'ensemble du corps social à un moment donné de son évolution¹⁸⁵. On perçoit là, dans une société pluraliste, les possibilités de conflits entre citoyens ou groupes de citoyens

¹⁸³ Voir, à ce sujet, St-Thomas d'Aquin, *Des lois*, par J. de la C. Kaelim, Paris, Eglolf, 1946 à la p. 182 :

[o]r la loi humaine s'adresse à l'ensemble des hommes, qui, pour la plupart, ne sont point consommés en vertu. Voilà pourquoi la loi humaine ne prohibe pas tous les vices dont les vertueux s'abstiennent, mais seulement les plus graves, dont il est possible à la majeure partie des gens de s'abstenir, et surtout ceux qui tournent au détriment d'autrui, sans la prohibition desquels la société humaine ne saurait se maintenir ; c'est ainsi que sont défendus par la loi humaine les homicides, les vols et autres crimes semblables.

Voir aussi J.C. Murray, *We Hold These Truths*, New York, Sheed and Ward, 1960 à la p. 164 :

the moral aspirations of the law are minimal. Law seeks to establish and maintain only that minimum of actualized morality that is necessary for the healthy functioning of the social order. It does not look to what is morally desirable, or attempt to remove every moral taint from the atmosphere of society. It enforces only what is minimally acceptable, and in this sense socially necessary. Beyond this, society must look to other institutions for the elevation and maintenance of its moral standards [...] Therefore the law, mindful of its nature, is required to be tolerant of many evils that morality condemns [...].

Voir de plus Aubert, *Introduction au droit*, *supra* note 127 au n° 10 et s., à la p. 13 et s.

¹⁸⁴ Et encore, avec des restrictions quant au fond et à la forme du don afin d'assurer la licéité de l'acte et, en tout cas, la possibilité d'une réflexion préalable. Voir, ensemble, les art. 19-25 C.c.Q. (de l'aliénation d'une partie du corps humain et de l'expérimentation sur l'être humain) et l'art. 42 C.c.Q. (de la disposition du cadavre) ; l'art. 543 et s. C.c.Q. (de l'adoption), l'art. 613 et s. C.c.Q. (des successions), l'art. 712 et s. C.c.Q. (des testaments) et l'art. 1824 C.c.Q. (des donations). Voir Mayrand, *Inviolabilité de la personne humaine*, *supra* note 145 ; G. Brière, *Les successions*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 au n° 343. Sur la valeur morale d'un cas de générosité, P. Verspieren, «Mères de substitution : l'alibi de la générosité» [1984] *Études* 493.

¹⁸⁵ Voir Coing, «Signification de la notion de droit subjectif» dans M. Villey, dir., *Archives de philosophie du droit*, t. 9, Paris, Sirey, 1964, 1 à la p. 13 : «le droit ne peut, en tout état de cause, que représenter un minimum éthique». Sur le phénomène du décalage entre la règle et les mœurs au Québec, sur le plan du droit civil, voir Crépeau, «La renaissance du droit civil canadien», *supra* note 21 à la p. xiii et s. Voir aussi n° 48 et s., ci-dessus.

sur les valeurs fondamentales — qu'elles soient religieuses, morales, philosophiques ou politiques — concernant la vie¹⁸⁶ et la société¹⁸⁷, les personnes et les choses. Cela est tout à fait normal. On ne saurait s'en offusquer ; on ne saurait non plus tenter d'en diminuer l'importance car, sur le plan juridique, on ne peut réfléchir sur le droit ou tenter de «légitimer le droit»¹⁸⁸ dans la société qu'à travers le prisme de sa personnalité et au regard des valeurs que chacun adopte comme cadre et guide de sa conduite personnelle dans ses rapports sociaux avec autrui¹⁸⁹.

51. L'un des avantages donc de l'étude du droit des obligations est d'inciter chacun à revoir son schème de valeurs, à réfléchir sur ses attitudes fondamentales, à préciser ses options personnelles en ce qui concerne les aspirations, souvent confuses mais combien viscérales, de l'être humain vers un idéal de justice¹⁹⁰. Cet effort de réflexion

¹⁸⁶ Voir, par exemple, sur l'interdiction de l'aide au suicide à l'art. 241 du *Code criminel*, *supra* note 28 ; *Rodriguez c. Colombie-britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 107 D.L.R. (4^e) 342 ; et sur la cessation d'un traitement de soutien respiratoire à l'art. 19.1 C.c.Q. ; *B. (Nancy) c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361, 86 D.L.R. (4^e) 385 (C.S.)

¹⁸⁷ Voir, à ce sujet, Terré, *L'enfant de l'esclave*, *supra* note 78, où, à propos des célèbres controverses entre juriconsultes romains, l'auteur fait justement remarquer : «[L]e progrès de leur pensée se développait à la faveur de controverses entre les juriconsultes et leurs écoles. C'est l'exigence fondamentale du droit : la contradiction est sa terre nourricière : elle est l'obstacle qui le stimule et le défie ; sans elle, il ne pourrait pas assumer la complexité du réel, assurer la paix dans la cité» (*ibid.* à la p. 9).

¹⁸⁸ Nous ne saurions, à cet égard, suivre Kelsen qui, dans sa *Théorie pure du droit*, *supra* note 20 à la p. 79 et s., refuse toute légitimation du droit par la morale. «Car, écrit-il, il n'est pas du rôle de la science du droit de légitimer le droit ; il ne lui appartient absolument pas de justifier l'ordre normatif, que ce soit par une morale absolue ou par une morale relative ; il lui appartient uniquement de le connaître et de la décrire» (*ibid.* à la p. 94). C'est là, à notre avis, restreindre indûment le rôle du juriste qui se doit, au delà de la description du droit, de porter un jugement critique sur la conformité tant politique que logique d'une norme avec les postulats qui lui servent de fondement.

¹⁸⁹ Voir Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *supra* note 20 ; voir aussi, les conflits de valeurs à propos, notamment, de l'interruption volontaire de grossesse, Nerson, «Rapport de synthèse», *supra* note 127 à la p. 531 ; Greschner, *supra* note 134, ou des limites de la recherche judiciaire de la vérité, pensons par exemple au secret professionnel à l'art. 9 de la *Charte québécoise*, *supra* note 11, ou de l'inviolabilité du corps humain à l'art. 1 de la *Charte québécoise*, *ibid.* et à l'art. 3 C.c.Q. : révélations d'un médecin, extraction d'une balle du corps humain suivant les art. 2857-58 C.c.Q. Et, à ce sujet, Perelman, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*, *supra* note 17 à la p. 98 :

[d]ans une société démocratique la sécurité juridique, le respect des règles, la recherche de la vérité, doivent se concilier avec le respect de la personne humaine, la protection des innocents, la sauvegarde des relations de confiance indispensables à la vie sociale. Toutes ces préoccupations, totalement étrangères à la logique formelle, font que la logique juridique, logique de la controverse, vise à établir, dans chaque cas d'espèce, la prééminence de l'une ou de l'autre valeur.

¹⁹⁰ D'où également l'intérêt de l'histoire du droit, de la sociologie du droit, de la philosophie du droit et du droit comparé, disciplines qui, toutes, fournissent des instruments de référence pour juger de la valeur des règles du droit positif. Voir, à ce sujet, Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, *supra* note 128 au c. 2, 3, 4 ; R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1992 au n° 2 et s., à la p. 1 et s. ; Aubert, *Introduction au droit*, *supra* note 127 au n° 59 et s., à la p. 54 et s.

est essentiel car il influence le jugement critique que le juriste vraiment digne de ce nom — il ne saurait rester neutre¹⁹¹ — se doit de porter sur la valeur des règles du droit positif¹⁹²; il peut aussi le conduire, dans «la lutte pour le droit»¹⁹³ où «chacun doit militer pour son propre idéal»¹⁹⁴, à une éventuelle transformation, à une réforme du droit. Ainsi, une réflexion critique sur les droits civils fondamentaux de la personne peut aisément déboucher, dans une vision renouvelée de la dignité humaine, sur une prise de conscience des limites qu'une société peut imposer à l'expérimentation sur l'être humain ou à l'utilisation du corps humain, par exemple la gestation par procuration¹⁹⁵. Une réflexion critique sur les exigences de validité du contrat peut aisément conduire à une révision du rôle de la lésion dans l'établissement d'un nouvel équilibre contractuel¹⁹⁶; de même, une réflexion critique sur l'actuel régime de responsabilité civile peut inciter à une remise en question du rôle de la faute de l'auteur du préjudice¹⁹⁷ et du mode d'indemnisation forfaitaire de la victime¹⁹⁸ dans une perspective de réforme du droit commun de la responsabilité civile.

52. Nous aurons donc maintes occasions d'examiner ces questions fondamentales de politique juridique, en vue de fournir l'occasion d'un examen critique, mais serein et constructif, de ces divers problèmes et de suggérer, s'il y a lieu, les voies d'une modification du droit. Cette démarche est d'autant plus importante que le *Rapport sur le*

¹⁹¹ Voir Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *supra* note 20 au n° 18, à la p. 29 : «[u]n juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de lois ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances».

¹⁹² Voir d'Onorio, «Biologie, morale et droit», *supra* note 182 à la p. 53 : «[l]e juriste n'est pas un pur technicien du droit ; il n'est pas préposé à des rafistolages occasionnels de l'édifice juridique. Il n'est pas une savante mécanique à faire des lois, à les appliquer ou à les enseigner. Devant chaque cas, il lui incombe de toujours s'interroger sur le bien-fondé et la valeur morale de la règle qui lui est soumise ou qu'il est invité à formuler».

¹⁹³ C'est le titre de l'un des grands ouvrages de R. Ihering : *The Struggle for Law*, Chicago, Callaghan, 1879.

¹⁹⁴ Voir Marty et Raynaud, *Droit civil : introduction générale à l'étude du droit*, *supra* note 36 au n° 21, à la p. 35.

¹⁹⁵ Voir, à ce sujet, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Rapport du Conseil d'État, Paris, 25 mars 1988. Voir aussi *Le Monde* (sélection hebdomadaire) n° 2056 (24 mars 1988) 11. Voir aussi *supra* note 148, et à ce sujet, l'art. 541 C.c.Q.

¹⁹⁶ Voir n° 56, ci-dessous. Comparer, d'une part, l'art. 1012 C.c.B.-C. avec, d'autre part : l'art. 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 29 ; l'art. v-37 du *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 ; *Commentaires*, *supra* note 46 au vol. II, au t. 2, à la p. 614 et s. ; l'art. 1449 de l'*Avant-Projet de loi — Obligations*, *supra* note 92 et ; l'art. 1405 et s. C.c.Q. Voir, à ce sujet, P.-G. Jobin, «La rapide évolution de la lésion en droit québécois» [1977] R.I.D.C. 331 ; Crépeau et Charpentier, *supra* note 93 à la p. 78 et s. ; Ghestin, *Le contrat*, *supra* note 94 à la p. 282 et s.

¹⁹⁷ Voir, notamment, Tunc, *La responsabilité civile*, *supra* note 159 au n° 119 et s., à la p. 97 et s. ; R. Savatier, *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1966.

¹⁹⁸ Voir R. Letarte, «L'évaluation judiciaire du préjudice résultant de blessures corporelles : de l'impressionnisme au réalisme?» (1986) 64 Rev. du B. can. 106.

*Code civil du Québec*¹⁹⁹, déposé en juin 1978 à l'Assemblée nationale du Québec, visait à proposer un ensemble de règles que ses auteurs estimaient mieux adaptées aux besoins de la société québécoise. Ce rapport a servi de base à l'élaboration, au ministère de la Justice, de divers projets de lois, notamment d'un avant-projet de loi de réforme du droit des obligations²⁰⁰ en 1987, puis, en 1990, du *Projet C.c.Q.*²⁰¹ qui, sanctionné avec modifications le 18 décembre 1991²⁰², est entré en vigueur en 1994²⁰³. Il faudra vérifier si, dans notre domaine, cette réforme est toujours valable²⁰⁴ ou si, à la lumière de valeurs nouvelles et réalistes, d'autres règles devraient être envisagées, et, éventuellement, proposées aux autorités compétentes²⁰⁵.

B. L'importance de la technique juridique

53. Dans un système de droit privé légiféré, comme l'est la matière des obligations depuis 1866, une règle de droit traduit, selon les procédés de la technique juridique²⁰⁶, un énoncé de politique législative dans une formule qui doit à la fois refléter aussi fidèlement que possible la pensée du législateur, et répondre aux caractères de la règle de droit : généralité et abstraction. Une règle juridique se veut générale dans sa formulation — lui permettant ainsi de s'appliquer à l'ensemble des cas visés par la norme privilégiée — et abstraite dans sa portée — lui assurant du coup un domaine d'application dégagé de contingences particulières²⁰⁷. Ces traits se retrouvent de façon frappante dans la théorie civiliste des obligations qui entend préciser les effets d'un rapport juridique entre deux personnes, souvent d'une façon abstraite, sans égard à sa source, sans tenir compte des circonstances particulières qui lui ont donné naissance, par exemple, un contrat de vente ou de simples relations de voisinage.

54. Ce régime d'élaboration de la règle de droit a pour conséquence d'assurer à la technique juridique un rôle important dans la formulation et l'interprétation des règles

¹⁹⁹ Voir *Rapport O.R.C.C.*, *supra* note 24.

²⁰⁰ *Supra* note 92.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., Québec, 1991 (sanction royale le 18 décembre 1991, L.Q. 1991, c. 64).

²⁰³ G.O.Q. 1993.II.3589 (19 mai 1993). Voir J. Pineau, «La philosophie générale du nouveau *Code civil du Québec*» (1992) 71 R. du B. can. 423.

²⁰⁴ Voir, pour un examen critique du *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24, en matière de responsabilité civile, C. Fabien, «Valeurs et langage dans la codification du droit québécois de la responsabilité civile» dans *Codification : valeurs et langage*, *supra* note 21, 647. De même, pour l'*Avant-projet de loi — Obligations*, *supra* note 92, voir généralement J.-L. Baudouin et C. Masse, dir., «La réforme du droit des obligations» (1989) 30 C. de D. 555 et 817.

²⁰⁵ Voir Valadier, *L'Anarchie des valeurs*, *supra* note 125 notamment au c. 4, à la p. 131 et s.

²⁰⁶ Voir, sur les procédés caractéristiques de la technique juridique, Marty et Raynaud, *Droit civil : introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires : le statut des personnes physiques et morales*, *supra* note 129 au n° 59 et s., à la p. 99 et s.

²⁰⁷ Voir, sur les caractères de la règle de droit, Cornu, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, *supra* note 4 au n° 14 et s., à la p. 18 et s. ; Carbonnier, *Droit civil : introduction*, *supra* note 9 au n° 4, à la p. 21.

de droit²⁰⁸, notamment en matière d'obligations, en vue de leur application aux situations particulières de la vie quotidienne. D'une part, en effet, la formulation de la règle de droit exige le recours à des procédés techniques, tels le niveau d'abstraction d'une règle²⁰⁹, les tandems principe-exception²¹⁰ ou «interdit-interstices»²¹¹, la fiction juridique²¹², les présomptions²¹³. D'autre part, l'interprétation d'une règle de droit fait une large place au raisonnement juridique²¹⁴ dans lequel interviennent également divers procédés, tels un régime de logique contrôlée²¹⁵, le jeu des qualifications²¹⁶ et, souvent, le régime du «dit» par la voie du «non-dit»²¹⁷. C'est peut-être dans cette matière, jadis présentée comme «l'expression idéale de la logique juridique»²¹⁸ que l'on

²⁰⁸ Voir A.-F. Bisson, «L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois» (1980) 21 C. de D. 511.

²⁰⁹ Voir le *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-76 : «[I]a clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible» et l'art. 1437 C.c.Q. : «[I]a clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible».

²¹⁰ Voir n° 35, ci-dessus.

²¹¹ Voir Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, *supra* note 20 à la p. 11, notamment en matière bio-médicale, où l'auteur propose un «retour du droit à l'éthique» : «[a]u droit d'établir des barrières, à l'éthique de garder les ouvertures».

²¹² Le recours à la fiction qui crée une réalité juridique est fréquent dans plusieurs domaines du droit. Voir, à cet effet, la personnalité morale (l'art. 298 C.c.Q.) ; la personnalité de l'enfant conçu (maxime *Qui in utero est...*) et, à ce sujet, *Montréal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, [1933] 4 D.L.R. 337 ; mais voir *Tremblay c. Daigle*, *supra* note 82 et, à ce sujet, P.-A. Crépeau, «L'affaire Daigle et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste» dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 217 ; Greschner, *supra* note 134. La filiation adoptive (les art. 577-78 C.c.Q.) ; la règle *res judicata* (l'art. 2848 C.c.Q.) et, à ce sujet, *Roberge c. Bolduc*, *supra* note 113. Voir, sur la question, L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996 au n° 519 et s. ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997.

²¹³ Les présomptions (les art. 2811, 2846-47, 2849 C.c.Q.) sont de deux sortes : les présomptions légales (l'art. 2847 C.c.Q.) et les présomptions de fait (l'art. 2849 C.c.Q.).

²¹⁴ M. Aubert insiste, à bon droit, sur l'importance du raisonnement juridique :

et ce, dans une fin particulière : contre une opinion répandue, convaincre dès à présent ceux qui entament leurs études de droit que la science juridique exige beaucoup moins d'efforts de mémorisation que de réflexion. Certes, là comme ailleurs, il est une certaine quantité de données qu'il convient d'acquérir pour asseoir la réflexion. Mais l'essentiel se trouve précisément dans celle-ci ; ce qu'on appelle le *raisonnement juridique* (J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 5^e éd., Paris, Armand Collin, 1992 au n° 66, à la p. 58).

Voir, entre autres, C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979.

²¹⁵ Voir, sur le rôle et les limites de la logique juridique, le numéro sur la *logique du droit* dans M. Villey, dir., *Archives de philosophie du droit*, t. 11, Paris, Sirey, 1966 ; Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, *supra* note 128 à la p. 228 et s. ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil : introduction générale*, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994 au n° 35 et s., à la p. 28 et s.

²¹⁶ Voir n° 59 et s., ci-dessous.

²¹⁷ Voir, à titre d'exemple, l'art. 1437 C.c.Q.

peut le mieux saisir la pensée civiliste à l'oeuvre. Dans une recherche constante de rationalisation et de systématisation du droit, le juriste, à partir d'une donnée de politique juridique exprimée sous la forme d'une règle de droit, veut en explorer tout le domaine et, du coup, en tracer les limites d'application. Pour cela, il tire toutes les conséquences logiques qui en découlent et qui, en principe, même si elles ne sont pas expressément énoncées, sont tenues pour obligatoires et applicables dans toutes les situations particulières visées par la règle, sauf dérogation législative expresse.

On trouve, dans le domaine des obligations, de nombreuses illustrations d'une telle démarche.

1. Force obligatoire du contrat

55. Un premier exemple touche aux obligations résultant d'un contrat. Un grand principe domine cette matière : le respect de la parole donnée — *Pacta sunt servanda* — disaient les Anciens. Logiquement, on doit en conclure qu'une fois parole donnée, le débiteur doit toujours s'exécuter. En règle générale, cela est vrai. Mais le droit civil n'impose pas d'aller au bout du raisonnement logique. Tout d'abord, un autre principe ancien qu'exprime la maxime *Impossibile nulla obligatio est*, et qui est consacré par les articles 1693 et 1694 du *Code civil du Québec*, énonce que nul n'est tenu à l'impossible. Comme l'écrivait M. Carbonnier : «[i]l n'y a d'obligation juridique qu'autant que le devoir est possible»²¹⁹. Ainsi, le débiteur, face à un obstacle insurmontable appelé, en droit, cas fortuit ou force majeure, sera dispensé d'exécuter son obligation²²⁰.

56. On est même allé plus loin : on s'est demandé si l'on ne devait pas encore davantage atténuer la rigueur du principe de la force obligatoire de la parole donnée en permettant à un tribunal de réviser un contrat «dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables». C'est la théorie de l'imprévision dont l'Office de révision du Code civil avait recommandé l'adoption²²¹. La suggestion ne fut pas retenue par le législateur, sans doute parce que, comme la lésion, elle paraissait porter une atteinte excessive au principe de la force obligatoire du contrat. Et, pourtant, cette théorie est ac-

²¹⁸ R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3^e éd., Paris, Pichon, 1925 au n° 1, à la p. 1.

²¹⁹ Carbonnier, *Droit civil : les obligations*, *supra* note 41.

²²⁰ Voir, notamment, *Rivet c. Corporation du Village de St-Joseph*, [1932] R.C.S. 1. On connaît, à cet égard, le célèbre exemple du contrat léonin passé entre V. Hugo et l'éditeur Gosselin en vue de la publication du roman *Notre Dame de Paris*. L'auteur s'était engagé à remettre le manuscrit le 1^{er} décembre 1830. Il réussit à convaincre l'éditeur que les événements résultant des *Glorieuses* de 1830, en exigeant l'évacuation précipitée de ses manuscrits, constituaient «un de ces cas graves et de force majeure qui ont été prévus par notre convention du 5 juin». La date de remise fut effectivement reportée au 1^{er} février 1831, évitant ainsi à l'auteur l'application d'une clause pénale exorbitante de 7000 francs par semaine de retard. Voir A. Decaux, *Victor Hugo*, Paris, Perrin, 1984 aux pp. 380, 392.

²²¹ Voir le *Projet O.R.C.C.*, *supra* note 24 à l'art. v-75. Et, à ce sujet, P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

ceptée dans le projet d'Unidroit sur les *Principes relatifs au contrat du commerce international*²²², qui n'a pas été conçu dans un contexte de protection du consommateur. C'est la fameuse clause dite de *hardship*²²³. L'adoption de la théorie de l'imprévision constituerait une autre exception de taille, dictée, elle aussi, par des considérations d'ordre politique, qui ferait échec à la logique du raisonnement juridique.

2. Le caractère absolu du droit de propriété

57. Un deuxième exemple concerne les contrats passés par le propriétaire d'un immeuble. Aux termes de l'article 947 du *Code civil du Québec*, le droit de propriété est un droit qui permet au propriétaire de jouir d'un bien et d'en disposer «librement et complètement», bien sûr, dans le respect de la loi. De plus, aux termes de l'article 1440 du code civil, qui consacre le principe de la relativité du contrat, l'accord des parties n'a d'effet qu'entre elles : il n'en a pas quant aux tiers. Ainsi, A, propriétaire d'un immeuble, peut donc faire tous actes utiles d'administration ou de disposition : il retient les services d'un jardinier pour l'entretien des pelouses ou du jardin ; il loue l'immeuble à un tiers pour une période déterminée. Un jour, pendant la durée de ces contrats, il décide de vendre la propriété à B. L'acquéreur, nouveau propriétaire, est-il tenu, en l'absence de clauses du contrat d'aliénation, de respecter les engagements de A ? Doit-il maintenir le jardinier dans ses fonctions, le locataire dans les lieux ? En principe, non, en raison du caractère relatif du contrat. Il n'est donc pas lié par les contrats qu'avait passés le vendeur, son auteur. Mais on voit que, en matière de bail immobilier, le législateur a prévu, aux articles 1886 et 1887 du *Code civil du Québec*²²⁴, sur le fondement de considérations sociales, un régime d'exception imposant au nouveau propriétaire le maintien des locataires dans les lieux.

²²² Voir UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994, art. 6.2.1 et s. [ci-après *Principes d'UNIDROIT*]. Et, à ce sujet, M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law, the UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts*, Irvington (N.Y.), Transnational Juris Publications, 1994 ; Crépeau et Charpentier, *supra* note 93.

²²³ L'art. 6.2.2 des *Principes d'UNIDROIT*, *ibid.*, se lit ainsi :

[i]l y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et
- d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.

Les auteurs ont jugé utile d'utiliser le terme «*hardship*» même en langue française afin de tenir compte de la pratique internationale.

²²⁴ Voir, aussi, en matière de bail de logement, l'art. 1936 et s. C.c.Q. Il en va de même pour le propriétaire qui, au mépris d'un pacte de préférence, vend le bien à un tiers. En l'absence de fraude, la

3. Vente d'une chose à deux acquéreurs successifs

58. Un troisième exemple a trait à la vente d'une même chose à deux acquéreurs successifs. Aux termes de l'article 1453 du *Code civil du Québec*, la vente d'une chose déterminée en transfère la propriété à l'acheteur par le seul consentement, même en l'absence de délivrance de l'objet. C'est là, on le verra plus loin, reconnaître expressément le principe du transfert consensuel de la propriété. Si donc A, tout en en conservant la possession, vend une chose mobilière à B, celui-ci en devient immédiatement propriétaire. Mais supposons que le lendemain A, voulant profiter d'une meilleure affaire, vende le même objet à C qui, de bonne foi, en paie le prix et en prend possession. Comment résoudre le problème de l'acquisition d'une même chose par deux acquéreurs successifs ? B ne peut-il pas se plaindre de ce que l'on a vendu sa chose ? Et, en effet, puisque vendre, c'est transférer la propriété d'une chose, on ne peut vendre que ce que l'on possède soi-même, que ce dont on est soi-même propriétaire, selon les anciennes maximes *Nemo dat quod non habet* (on ne peut donner que ce que l'on a) et *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (on ne peut donner à autrui plus que ce que l'on a soi-même).

En bonne logique, on ne saurait douter que la vente de la chose d'autrui est nulle. Et c'est, en effet, ce qu'édicte la règle de principe énoncée à l'article 1713 du code civil. Ainsi, la vente par A à C de la chose vendue antérieurement à B doit être tenue pour nulle, ce qui devrait, en principe, permettre à B de revendiquer sa chose entre les mains de C. Tout cela est logiquement impeccable et devrait ainsi être légalement sanctionné. C'est là, toutefois, un cas où, devant deux intérêts légitimes, deux victimes innocentes de l'action du vendeur, le législateur a voulu, aux termes de l'article 1454 du code civil, privilégier le second acquéreur pourvu qu'il ait été de bonne foi et qu'il ait reçu livraison de la chose²⁵. C'est donc lui qui, contrairement à ce que la logique commanderait de prescrire, sera réputé être le propriétaire de la chose, tout en réservant à B la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts à l'encontre de A qui n'a pu exécuter sa promesse de lui livrer la chose vendue.

4. L'importance des qualifications

59. Un dernier exemple permet de voir, en matière d'obligations, toute l'importance que l'on attache au rôle de la logique dans ce que l'on a justement appelé «l'une des opérations les plus fondamentales de la science juridique»²⁶ : la qualification des si-

vente ne saurait être annulée, mais le bénéficiaire du pacte de préférence a un recours personnel contre le vendeur pour violation du pacte de préférence : voir, en ce sens, *Jacol Realty Holdings Inc. c. Conseil d'expansion économique d'Argenteuil*, [1986] R.J.Q. 2295, 1 C.A.Q. 300.

²⁵ Voir, pour les immeubles, l'article 2946 C.c.Q. Et, à ce sujet, Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 57 au n° 240 et s., à la p. 355 et s. ; Tancelin, *supra* note 57 au n° 391 et s., à la p. 193 et s. et au n° 418, aux pp. 209-10.

²⁶ Cornu, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, *supra* note 4 au n° 194, à la p. 74. Voir aussi Ghestin et Goubeaux, *Traité de droit civil : introduction générale*, *supra* note 215 au n° 52, à la p. 37 et s. ; Marty et Raynaud, *Droit civil : introduction générale à l'étude du droit*, *supra* note 36 au

tuations juridiques. Il s'agit, en effet, d'une opération capitale par laquelle l'interprète doit préciser la nature d'un acte ou d'un fait, en déceler les traits caractéristiques, en vue — ce qui est le rôle de l'interprète, notamment du juge²²⁷ — de lui assigner le régime juridique approprié²²⁸.

60. Ainsi, un acte relatif au transfert d'un bien peut être qualifié de vente ou de donation selon qu'il s'agit, en l'espèce, d'un transfert effectué à titre onéreux ou à titre gratuit. La définition même des termes implique une antinomie qui interdit de les considérer comme interchangeables. Il est, certes, possible que, dans les circonstances particulières d'une espèce, la distinction entre les deux opérations ne comporte pas d'intérêt pratique du fait que, par hypothèse, leurs régimes sont identiques. Par exemple, la vente et la donation opèrent toutes deux transfert de la propriété *solo consensu*, c'est-à-dire par le seul consentement valablement exprimé des parties²²⁹; dans un tel cas, on comprend aisément qu'il soit indifférent de parler de vente ou de donation. Il suffit, en fixant le discours à un niveau plus élevé de généralité, de parler de transfert de propriété.

61. Mais, dans une autre situation particulière, le législateur a pu établir un régime distinct selon que l'opération est effectuée à titre onéreux ou à titre gratuit. En d'autres termes, un intérêt pratique peut emporter l'application de règles différentes selon la qualification retenue. Par exemple, une vente immobilière n'exige pas, pour la validité de l'opération, un acte notarié, comme c'est le cas pour la donation immobilière²³⁰. Il va alors de soi que l'on ne saurait être en présence, pour une même opération, à la fois d'une vente *et* d'une donation. Il va également de soi que l'on ne saurait, sous un prétexte d'équité, permettre à l'une des parties contractuelles, qui y aurait intérêt, de transformer à sa guise une donation immobilière en vente immobilière afin de faire jouer le régime moins formaliste de celle-ci. La logique la plus élémentaire commande à l'interprète de respecter les catégories établies par le législateur et, par tant, d'appliquer le régime qui correspond à la qualification retenue.

n° 131, à la p. 247. Sur l'importance de la qualification pour la détermination du lien de causalité en matière de responsabilité, voir *Morin c. Blais*, *supra* note 40 à la p. 578, juge Beetz.

²²⁷ Selon le brocard : «*Da mihi factum, dabo tibi jus*» (donne-moi les faits — rôle des parties —, je te donnerai le droit — rôle du juge). Voir A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 53.

²²⁸ On sait aussi l'importance de la qualification en droit international privé, car cette opération a souvent pour effet de commander l'application de la loi, locale ou étrangère, ayant vocation à régir une situation comportant un élément d'extranéité. Voir G. Gredstrin et E. Groffier, *Droit international privé*, t. 1, Cowansville, Yvon Blais, 1998 au n° 58 et s., à la p. 128 et s.; H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 au n° 291 et s., à la p. 474 et s.

²²⁹ Voir, à ce sujet, les art. 1453, 1708 et 1807 C.c.Q.

²³⁰ Voir, à ce sujet, les art. 1386 et 1824 C.c.Q.

62. De même, une vente, sous l'empire du droit antérieur, pouvait être qualifiée d'opération civile ou d'opération commerciale²³¹. Encore là, d'importants intérêts pratiques s'attachaient à cette distinction²³², notamment en ce qui concernait la recevabilité de la preuve testimoniale²³³, ou le jeu de la solidarité des codébiteurs²³⁴ ou l'application d'un délai de prescription²³⁵. Si le législateur avait jugé bon d'imposer, en principe, un régime de preuve écrite pour l'obligation civile, s'il n'avait pas cru devoir édicter un régime de présomption de solidarité entre codébiteurs d'une obligation civile, s'il avait estimé devoir prescrire un court délai de prescription en matière commerciale, comme en matière extra-contractuelle, il n'est pas concevable qu'un tribunal puisse permettre à une partie à l'acte d'en dénaturer la qualification en vue de lui permettre de faire jouer les règles plus favorables de l'opération civile ou de l'opération commerciale.

63. Il en va de même, aujourd'hui²³⁶, en matière de régimes de responsabilité civile. On admet, à ce propos, que le système de responsabilité civile présente, dans la tradition juridique française, les traits caractéristiques à la fois de l'unité théorique et de la dualité technique²³⁷. D'une part, que sa source soit contractuelle ou extracontractuelle, la responsabilité civile découle de l'inexécution fautive et dommageable d'une obligation juridique : c'est la thèse communément admise — et même, semble-t-il, par la Cour suprême²³⁸ — de l'unité théorique de la responsabilité civile. D'autre part, on

²³¹ Aujourd'hui, une distinction est établie entre une opération ordinaire et une opération juridique reliée à l'exploitation d'une entreprise. Voir, par exemple, l'art. 1525 C.c.Q. (de la solidarité) et l'art. 2870 C.c.Q. (de la preuve des déclarations).

²³² Voir, à ce sujet, Perrault, *supra* note 121 au n° 276 et s., à la p. 285 et s.

²³³ Voir l'art. 1233 C.c.B.-C. Et, à ce sujet, A. Nadeau et L. Ducharme, *Traité de droit civil du Québec : la preuve en matières civiles et commerciales*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965 au n° 506 et s., pp. 404 et s.

²³⁴ Voir l'art. 1105 C.c.B.-C. Et, à ce sujet, J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1989, n° 788, à la p. 476 ; Tancelin, *supra* note 57 au n° 1360, aux pp. 691-92.

²³⁵ Voir les art. 2242 (du délai de droit commun), 2260, al. 4 (de la matière commerciale) et 2261, al. 2 (des matières délictuelle et quasi-délictuelle) C.c.B.-C.

²³⁶ Voir l'art. 1458, al. 2 C.c.Q. Mais voir, dans le droit antérieur, *Wabasso*, *supra* note 92. Et, à ce propos, Crépeau, «L'affaire Wabasso sous les feux du droit comparé», *supra* note 92.

²³⁷ Voir Baudouin et Deslauriers, *La responsabilité civile*, *supra* note 112 au n° 43 et s., à la p. 23 et s. ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 57 au n° 444 et s., à la p. 644 et s. ; Tancelin, *supra* note 57 au n° 600 et s., à la p. 298 et s. ; P.-A. Crépeau, «L'incidence des régimes de responsabilité sur l'indemnisation du préjudice en matière médico-hospitalière» (1983) 51 *Assurances* 299 à la p. 303 et s. Voir *Wabasso*, *ibid.* à la p. 582. Voir aussi Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, *supra* note 38 au n° 911 et s., à la p. 271 et s. ; Mazeaud et Tunc, *supra* note 26 au n° 97 et s., à la p. 103 et s. ; G. Viney, *Responsabilité I*, *supra* note 26 au n° 161 et s., à la p. 193 et s. ; G. Durry, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1986 ; C. Larroumet, *Réflexions sur la responsabilité civile : évolution et problèmes actuels en droit comparé*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1983. Voir Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 1, *supra* note 39 au n° 108 et s., à la p. 135 et s. ; Tunc, *supra* note 159 au n° 32 et s., à la p. 32 et s.

²³⁸ Voir l'affaire *Wabasso*, *ibid.*

sait que le législateur lui-même a voulu établir, sur le plan technique de l'indemnisation de la victime, deux régimes de responsabilité selon que la faute résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle ou de la violation d'une obligation (légale) extracontractuelle : c'est la thèse de la dualité technique des régimes de responsabilité civile²³⁹. De nombreux intérêts s'y attachent²⁴⁰.

Certes, la distinction des régimes ne présente pas toujours un intérêt décisif. Il se peut, en effet, que, dans les circonstances particulières d'une espèce, des règles identiques trouveraient application. Ainsi, dans l'hypothèse où un débiteur contractuel est, aux termes de l'article 1434 C.c.Q., tenu d'une obligation de diligence, on admettra aisément qu'il importe peu, en ce qui concerne le régime du fardeau de la preuve, que la faute soit analysée comme une faute contractuelle ou comme une faute extracontractuelle, car, dans les deux cas, l'«intensité» de l'obligation étant la même, le fardeau de prouver la faute reposera, dans l'un et l'autre cas, sur les épaules du demandeur²⁴¹.

Mais dès lors que, dans une affaire donnée, le législateur a prévu des règles distinctes selon la qualification contractuelle ou extracontractuelle de la faute, force est bien de reconnaître qu'une faute ne peut être, entre les mêmes parties, à la fois contractuelle et extracontractuelle. Si les conditions du régime contractuel trouvent application en l'espèce, la faute est contractuelle ; logiquement, elle ne peut être que contractuelle. Et les tribunaux ne sauraient, au mépris de la volonté même du législateur et du principe de l'égalité des parties contractantes devant la loi, permettre qu'une partie puisse obtenir l'application de règles plus favorables du régime extracontractuel de responsabilité civile.

Prenons, à ce sujet, un exemple concret tiré des règles relatives à l'évaluation du préjudice subi par la victime d'une faute. Le législateur a prévu que, en matière con-

²³⁹ Voir à ce sujet, les notes de M. le juge Mayrand dans *National Drying Machinery Co. c. Wabasso Ltée* (1978), [1979] C.A. 279 à la p. 287, 11 C.C.L.T. 257 : «[...] entre les deux ordres de responsabilité il n'y a pas de différence fondamentale, mais simplement des différences accessoires voulues par le législateur».

²⁴⁰ Voir notamment en matière de capacité (art. 161, 164, al. 2, C.c.Q.), de solidarité (art. 1480, 1526 C.c.Q.), de dommages-intérêts (art. 1611, 1613 C.c.Q.), de conflits de lois (art. 3126, 3127 C.c.Q.). Et, à ce sujet, Baudouin et Deslauriers, *La responsabilité civile*, *supra* note 112 au n° 57 et s., à la p. 26 et s. ; Tancelin, *supra* note 57 au n° 600 et s., à la p. 298 et s. Sur le droit antérieur voir Crépeau, «L'incidence des régimes de responsabilité sur l'indemnisation du préjudice en matière médico-hospitalier», *supra* note 237 à la p. 305 et s. Voir, notamment, *Bernard c. Cloutier*, [1982] C.A. 289 (régime de non-solidarité) et à ce sujet, Crépeau, «L'incidence des régimes de responsabilité sur l'indemnisation du préjudice en matière médico-hospitalière», *supra* note 237.

²⁴¹ Voir, à titre d'exemple, *X. c. Mellen*, [1957] B.R. 389 à la p. 413, [1957] R.L. 210, juge Bissonnette, en ce qui concerne la responsabilité professionnelle du médecin. Aussi *Gouin-Perrault c. Ville-neuve* (16 août 1982), Montréal 500-05-022658-759 (C.S.), juge Barbeau, conf. par [1986] R.R.A. 4, [1986] R.D.J. 94 (C.A.) : «[q]ue la responsabilité recherchée ait un fondement contractuel ou quasi-délictuel, le caractère fautif de l'acte qui lui [médecin] est imputé doit apparaître de façon certaine ou déterminée».

tractuelle, la victime n'a droit qu'aux dommages-intérêts prévus ou prévisibles lors de la conclusion du contrat, alors que, en matière extracontractuelle, elle peut réclamer tous les dommages-intérêts résultant directement de la faute de l'auteur du préjudice²⁴². Supposons qu'en l'espèce les dommages prévus ou prévisibles s'élèvent à 1000\$ et que les dommages directs s'élèvent à 10 000\$. Peut-on imaginer qu'un tribunal veuille dénaturer la qualification du régime applicable, et permettre au demandeur contractuel d'écarter la règle de l'article 1613 C.c.Q. et lui substituer celle de l'article 1607 C.c.Q. au motif qu'il pourrait ainsi obtenir des dommages-intérêts plus élevés ? Certes non ! Le principe de la liberté contractuelle, la volonté implicite du législateur, la logique et la cohérence du système de responsabilité civile exigent le respect de la qualification du régime que les parties ont expressément ou implicitement choisi pour régir leurs relations réciproques²⁴³.

C'est la solution qu'a — progressivement²⁴⁴ — comprise le ministère de la Justice et qu'a finalement adoptée le législateur dans le nouveau *Code civil du Québec*²⁴⁵.

64. Les exemples que nous avons donnés font suffisamment voir que le civiliste se sent à l'aise lorsqu'il peut, à partir de valeurs données, bâtir un système, proposer une solution à un problème en raisonnant logiquement, notamment par voie de principe et d'exceptions²⁴⁶. Cela constitue une démarche rationnelle — on voudrait dire naturelle — de l'esprit juridique.

²⁴² Voir les art. 1607 et 1613 C.c.Q. Et, à titre d'exemple, *Girard c. National Parking Ltée*, *supra* note 107. Et, à ce sujet, Baudouin et Deslauriers, *supra* note 112 au n° 47 et s., à la p. 26 et s. ; P. Azard, «Renouveau ou déclin de la responsabilité contractuelle» dans *Études juridiques en hommage à Monsieur le juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1963, 3 à la p. 6 et s.

²⁴³ On ne peut ainsi qu'éprouver un malaise certain devant une décision judiciaire comme celle de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wabasso*, *supra* note 92, qui, en ne respectant pas la logique d'un système voulu par le législateur lui-même, semait la confusion, engendrait l'incohérence et sanctionnait l'arbitraire.

²⁴⁴ Voir l'art. 1516 de l'*Avant-Projet de loi-Obligations*, *supra* note 92, puis l'art. 1454 du *Projet C.c.Q.*, *supra* note 92, qui prévoyaient bien la règle de principe du respect des régimes de responsabilité, mais avec exceptions : d'abord préjudice corporel et responsabilité du fabricant, puis préjudice corporel seulement. Pourquoi ces exceptions ? Aucune raison n'avait été donnée. A-t-on supposé que les règles du régime extracontractuel seraient plus favorables à la victime ? Peut-être, mais ce n'est pas toujours le cas. L'exception fut finalement abandonnée à l'art. 1458 C.c.Q. Et la raison fut donnée lors de l'examen du *Projet C.c.Q.*, *ibid.* Voir les propos du Ministre de la Justice, J.D., Com. par., 19 sept. 1991, SCI-514 et s.

²⁴⁵ Voir l'art. 1458, al. 2 C.c.Q. Et, à ce sujet, Baudouin et Deslauriers, *supra* note 112 au n° 50 et s., à la p. 28 et s. ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 57 au n° 444, à la p. 644 et s. ; mais voir Tancelin, *supra* note 57 au n° 600 et s., à la p. 298 et s. ; voir aussi la note 103, ci-dessus. Voir, pour une nouvelle controverse sur la portée du régime, C. Fabien, «Le nouveau cadre contractuel de l'exercice des professions» dans *Journées Maximilien-Caron 1994*, Montréal, Thémis, 1995, 73 ; voir *contra* N. Vézina, «Les articles 1459 à 1469 C.c.Q. et la responsabilité civile contractuelle : plaidoyer en faveur d'une thèse dite "restrictive"» (1996) 75 R. du B. can. 604.

²⁴⁶ Sur la dialectique des principes et des exceptions, voir Batiffol, *supra* note 128 à la p. 254 et s.

65. Le besoin de ce que Domat appelait la «Rigueur du droit» est peut-être l'une des raisons pour lesquelles on pense souvent que, de toutes les matières du droit, celle des obligations est la plus abstraite, la plus théorique²⁴⁷. On le dit souvent en guise de critique. Il faut s'entendre à cet égard. Si l'on veut opposer la théorie à la pratique, rien n'est plus faux, car rien n'est plus pratique que la théorie ; à partir d'un postulat donné, la théorie impose une démarche rationnelle et justifie les solutions concrètes d'un système. En réalité, ce qu'il convient de distinguer, c'est, d'une part, la théorie et, d'autre part, les spéculations abstraites qui ne débouchent pas sur le réel.

Conclusion

66. On peut ainsi conclure que si, dans le droit des obligations, la démarche est souvent abstraite et théorique, il ne s'agit pas pour autant de procurer au juriste de pures satisfactions intellectuelles. Il s'agit essentiellement, pour lui, à partir de certaines données de politique législative, d'assurer le règne de la justice dans le rationnel et dans le raisonnable, éliminant ainsi, dans l'application judiciaire des règles de droit, la sympathie, l'incohérence et l'arbitraire (la tentation de faire la loi), souvent cachés derrière le masque trompeur de l'équité²⁴⁸. Comme le soulignait si justement le Doyen Ripert :

[I]e peuple, a dit Jhering a le sentiment du droit, mais ce sentiment n'est que la semence ; il faut faire pousser l'arbre ; il appartient aux juristes de transformer le sentiment en raison²⁴⁹.

67. On doit néanmoins éviter de se perdre dans les abstractions et s'assurer que, dans le respect d'un système juridique, les déductions logiques proposent des solutions réalistes et raisonnables.

Ainsi que l'écrivaient MM. Ripert et Boulanger : «[i]l faut toutefois se garder de raisonner d'une manière étroitement logique en détachant les règles du milieu social pour lequel elles sont faites et des relations économiques qu'elles sont destinées à régir»²⁵⁰.

²⁴⁷ Voir Ripert et Boulanger, *supra* note 2 au n° 5, à la p. 3. Aussi Marty et Raynaud, *Droit civil : introduction générale à l'étude du droit*, *supra* note 36 au n° 59, à la p. 101.

²⁴⁸ La difficile et délicate mission du juge interprète serein de la loi apparaît clairement dans de nombreux jugements où le magistrat est appelé à rendre justice. Ainsi, dans *Lefebvre c. Commission des affaires sociales du Québec*, [1991] R.J.Q. 1864 à la p. 1866, 39 C.A.Q. 206, M. le juge Vallerand déclarait : «[e]t la profonde sympathie qu'inspire ce jeune père de famille terrassé par un infarctus alors qu'il était au travail ne vient guère au secours de celui qui doit statuer conformément à la loi et aux principes qui s'en dégagent» ; *Gauthier c. Beaumont*, *supra* note 131 au para. 85.

²⁴⁹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950 au n° 44, à la p. 114.

²⁵⁰ Ripert et Boulanger, *supra* note 2 aux pp. 334-35. Voir aussi J. Boulanger, «Principes généraux du droit et droit positif» dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, *supra* note 95, 51 au n° 16, à la p. 63.

C'était également le conseil que prodiguait Mackintosh, un grand civiliste écossais :

abstract views about what is good and what is bad law, arbitrary theories about what the law ought to be or to do, are idle and may even prove mischievous unless they are brought to the touchstone of fact and experience²⁵¹.

²⁵¹ Voir J. Mackintosh, *Roman Law in Modern Practice*, Edinburgh, W. Green, 1933 à la p. 20.