

## La fonction du droit des obligations

Paul-A. Crépeau

Volume 53, Number 2, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1104434ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1104434ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Crépeau, P.-A. (1985). La fonction du droit des obligations. *Assurances*, 53(2), 150–164. <https://doi.org/10.7202/1104434ar>

Article abstract

The following is the first part of a study on the law of obligations by Pr. Paul-A. Crépeau. The second part will appear in the next issue of our magazine. The author examines the function of conventional and legal obligations, in society and in relation to the training of jurists. Illustrations are drawn from judicial decisions dealing with freedom of contract within the limitations imposed by public order and good morals, the concept of civil liability and the concept of fault.

## La fonction du droit des obligations<sup>(1)</sup>

par

Pr. Paul-A. Crépeau, o.c., c.r.  
de la Société royale du Canada

-1-

150

*The following is the first part of a study on the law of obligations by Pr. Paul-A. Crépeau. The second part will appear in the next issue of our magazine. The author examines the function of conventional and legal obligations, in society and in relation to the training of jurists. Illustrations are drawn from judicial decisions dealing with freedom of contract within the limitations imposed by public order and good morals, the concept of civil liability and the concept of fault.*



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

### Section 1. Le droit des obligations dans la société civile

Toute société humaine, à défaut d'un régime fondé sur le précepte évangélique de l'amour (3), 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 la vie sociale, à favoriser l'épanouissement de l'être humain (4). *Ubi societas, ibi jus*.

Au coeur même de cet ordre juridique, le droit des obligations constitue le fondement de la vie quotidienne du citoyen (5). Le droit des obligations, c'est, en effet, la vie de tous les jours mise en équation juridique (6). Car la fonction essentielle de cette branche du droit privé est précisément de fournir les règles nécessaires à la satis-

(1) Cette étude est faite par le pr. Crépeau, dans le cadre de la Bourse de recherche Killam, à l'Université McGill. Elle paraîtra dans le *Traité de droit civil du Québec* : projet du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

faction des besoins du citoyen dans ses relations quotidiennes avec ses semblables.

D'une part, l'être humain, être social passé « de l'état de nature à l'état civil » (7), éprouve des besoins qu'il ne peut guère satisfaire seul (8). 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, d'abri, de connaissances, de loisirs, d'amour et d'amitié ; il veut assurer l'instruction et l'éducation de ses enfants ; il entend faire fructifier ses talents et gagner son pain : il voudra, pour cela, à son compte ou au service d'autrui, se lancer dans la culture du sol, dans le commerce, la finance ou l'industrie, dans les arts ou les sports.

151

Bien sûr, une société simple et restreinte peut satisfaire ces besoins sans avoir recours à un régime de règles juridiques très élaboré (9) ; 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 prodigieuses découvertes de la science et de la technologie, que l'on voit se développer l'industrialisation et l'urbanisation des sociétés, on constate, dans un contexte d'interdépendance croissante, une amplification effarante, géométrique, des besoins de l'être humain, qui, pour être le plus souvent artificiels, sont néanmoins, grâce à un grand renfort de publicité et d'autosuggestion, considérés comme nécessaires à son bonheur. De là naît le besoin croissant de relations, d'échanges économiques en vue d'assurer la production, la circulation et la consommation des biens, à l'échelle locale, nationale et, de plus en plus, internationale.

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 et la sécurité, afin de permettre à chacun de se procurer, pour lui et pour les siens, les biens et services nécessaires à la satisfaction de ses besoins.

Or, c'est précisément le droit des obligations qui fournit, au moyen des règles juridiques fondées des valeurs morales (10) et culturelles (11), des postulats philosophiques et économiques (12), les principes, les institutions et les techniques permettant, d'une part, par la réglementation des échanges économiques et du crédit, de se procurer les « bienfaits » de ce monde et, d'autre part, par l'élaboration d'un code de comportement social, de favoriser le maintien de relations pacifiques entre les membres de la société civile.

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 d'obligations conventionnelles* et le *régime d'obligations légales*.

**S. 1. Le régime d'obligations conventionnelles**

152

L'instrument juridique le plus important dans les relations sociales et les échanges économiques est sans contredit le contrat. Qu'est-ce qu'un contrat ? Domat, au 17<sup>e</sup> s., dans son admirable *Traité des lois* (13), 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 ». 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, soit le transfert de la propriété ou de la possession de biens meubles ou immeubles, soit la prestation de services de toutes sortes.

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.

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 au moyen d'une vente ou cession, d'un échange, d'une donation, ou encore par voie d'un transfert de possession au moyen d'une location ou d'un prêt. Il est aussi le moyen par excellence d'organiser la prestation de divers services par le moyen d'un contrat de travail, d'entreprise, de société ou de mandat.

Le contrat, oeuvre de prévision, permet aussi d'assurer une certaine emprise sur l'avenir, notamment par le biais de ces contrats dits successifs (14), 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 fabricant qui,

pour satisfaire sa clientèle, commande à son fournisseur pour une période déterminée, un approvisionnement régulier de certaines matières premières.

Et l'État, sur les plans moral et économique, a tout intérêt à assurer la sécurité des relations contractuelles et, partant, le respect de la parole donnée.

La vie quotidienne, par l'intermédiaire des journaux ou de nos 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 marchandises (15) ; le stationnement de véhicules (16) ; la fabrication et la vente de produits de consommation (17) ; l'entreposage de marchandises (18) ; la location d'appartements (19) ; la prestation de soins médicaux et hospitaliers (20) ; les services de coiffure (21) ; les services de restauration (22) ; la pratique des sports (23) ; l'organisation de colonies de vacances (24) ; les relations professionnelles (25) ; l'assurance de personnes ou de dommages (26).

153

Chacune de ces relations crée entre deux ou plusieurs personnes, qu'il s'agisse de simples particuliers ou de commerçants — on ne fait, en principe (27), aucune distinction entre les opérations dites civiles et les opérations dites commerciales — un lien juridique, le plus souvent de nature contractuelle, 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.

## S. 2. Le régime des obligations légales

Le second 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 réglemente les droits et devoirs fondamentaux de la personne dans ses relations avec son prochain que l'on appelle, en droit, *Autru* (28).

Certes, un tel Code est nécessaire dans toute société quel qu'en soit le degré de civilisation, 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 de hasard ou de l'accident : rencontres fortuites dans la rue ou au théâtre, dans les salons ou les établissements publics. De tous ces rapports, des droits surgissent, s'affirment, exigent le respect. 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 ou moral.

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 aussi précisément que possible l'étendue de ses droits et de ses devoirs à l'égard du prochain, afin de prévenir les conflits possibles et d'assurer, en cas de litige, le respect de ces droits, en réglant les différends par le recours le plus souvent à l'arbitrage judiciaire, mais aussi de plus en plus à l'arbitrage privé.

On peut apercevoir ici deux fonctions du droit : une fonction préventive et une fonction curative du droit. 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 qui sont jugées acceptables ou répréhensibles. 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 mêmes (29).

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 citoyen que l'on a d'abord en vue et que l'on veut protéger en imposant des devoirs correspondants aux autres citoyens.

De plus, les sanctions qui sont édictées pour la violation des prescriptions légales ne sont pas les mêmes. En droit pénal, l'on veut 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'État. 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 protéger la victime. Ce n'est plus la punition du crime commis ; c'est la réparation du préjudice subi (30). Et la sanction se présente alors (31), soit comme une ordonnance visant à imposer l'accomplissement d'un acte, à faire cesser la commission d'un acte préjudiciable ou encore à empêcher la commission appréhendée d'un acte préjudiciable (32), soit, et le plus souvent, sous forme de dommages-intérêts visant à remettre la victime, autant que faire se peut (33), dans la situation où elle se trouvait avant la commission de l'acte fautif.

155

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.

Certes, en ce domaine, — suivant en cela une conception classique qui remonte en tout cas aux Institutes de Gaius — II<sup>e</sup> siècle après J.C. (34) —, le législateur de 1866 a-t-il voulu s'exprimer d'une manière très abstraite et fort laconique en imposant, selon les termes du célèbre article 1053 du Code civil, 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 réparer 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 un préjudice.

L'inconvénient et — à vrai dire — l'inexactitude d'une telle conception séculaire résulte, comme nous tenterons de le montrer plus loin (35), 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.

D'une part, en effet, dans la conception classique, l'obligation naît d'un fait, en l'occurrence d'une faute dommageable (36). 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 à laquelle le législateur attache des conséquences juridiques. Autrement dit, un fait peut constituer un facteur ou une condition de déclenchement de l'impératif juridique qu'exprime la règle de droit ; il ne saurait être la source formelle de l'obligation. Ainsi, la naissance d'un enfant n'est pas la source de l'obligation alimentaire entre parents et enfants ; elle n'est que la condition de réalisation de l'obligation légale imposée aux personnes qui se trouvent en ligne directe de se fournir des aliments dans le besoin (art. 633 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, imposé par le législateur, d'indemnisation du préjudice subi. La source de l'obligation est donc, à proprement parler, la loi qui impose une règle de conduite (37).

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 — une obligation de comportement — a effectivement existé ? En effet, qu'est-ce qu'une faute si ce n'est, comme on s'accorde à le reconnaître (38), 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 ou le quasi-délit — engendra à son tour l'obligation de réparer le préjudice subi. Et cette obligation préalable n'est pas seulement, — comme on l'a dit (39) — un vague devoir à personne indéterminable, mais, croyons-nous, une véritable obligation juridique à l'égard d'un créancier, parfois déterminé (40), le plus souvent déterminable 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 s. 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'obligation (41).



La faute visée à l'article 1053 du Code civil renferme donc implicitement la notion d'obligation de comportement (42). Et l'on comprend alors, comme le soulignait fort justement Mme Viney (43), que l'analyse concrète de cette notion de faute consiste essentiellement à « rechercher quels sont les devoirs auxquels on ne peut manquer sans commettre une faute » (44).

Il appartient ainsi au droit des obligations de préciser, sur le plan juridique, les devoirs des uns et, partant, les droits 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 (45).

157

Afin d'illustrer ces observations, on peut ici également songer à quelques exemples concrets dans l'ordre extracontractuel des obligations : la circulation routière (46) ; les loisirs (47) ; les relations de voisinage (48) ; les atteintes à l'honneur (49), à l'intégrité physique (50) ou à la qualité de l'environnement (51) ; l'évaluation du préjudice subi par la victime d'un accident (52).

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 réglementer les faits et gestes de la vie quotidienne des citoyens dans leurs relations entre eux. M. Capitant avait raison d'écrire (53) :

« L'homme vit dans une atmosphère juridique ; la trame de la vie sociale est faite de rapports de droit ».

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 grandes maximes morales que l'Empereur Justinien énonçait au début de ses *Institutes* (54) :

Juris praecepta sunt haec :

Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Domat faisait aussi référence aux « règles communes de la justice et de l'équité » qui tiennent lieu de lois à tous les hommes (55) :

« Ainsi tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles : Qu'il ne faut faire tort à personne : Qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient : Qu'il

faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses. . . »

Ces préceptes d'ordre moral constituent la source des postulats 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 postulats que le droit des obligations régit les relations infiniment variées des citoyens entre eux.

158

### Section 2. Le droit des obligations et la formation des juristes

Le droit des obligations peut grandement contribuer à la formation d'un esprit juridique, en raison du caractère à la fois hautement politique et scientifique de cette matière qu'une évolution historique deux fois millénaire lui a permis d'acquérir. 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 » (56).

On peut en saisir tout l'intérêt en examinant l'importance des politiques législatives et le rôle de la logique dans l'élaboration et l'application du droit des obligations.

Pour ce faire, il faut tout d'abord se rappeler qu'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 une norme de politique juridique, fondée sur des valeurs sociales, morales ou économiques, qui est insérée dans un cadre technique se traduisant par le choix d'un vocabulaire précis, d'une forme syntaxique appropriée et par l'application d'un régime d'interprétation. Prenons un exemple tiré de l'article 985 du Code civil du Bas-Canada :

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 reconnaît que tous les êtres humains ne sont pas également aptes à assumer volontairement des engagements — constatation sociologique fondée sur l'âge, sur l'état mental d'une personne ; qu'il convient donc de soigneusement distinguer entre celles qui peuvent et celles qui ne peu-

vent pas donner un consentement libre et éclairé ; qu'il paraît tout de même raisonnable, dans un climat d'individualisme philosophique, de libéralisme économique — chacun est libre de disposer de ses biens au mieux de ses intérêts —, de privilégier l'état de capacité d'une personne ; 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.

Mais alors se pose la question de savoir comment exprimer juridiquement ces diverses politiques législatives fondées sur des constatations de fait, sur un choix de valeurs. Diverses possibilités s'offrent au rédacteur. Ici, le législateur utilise une technique bien connue : le recours au tandem principe — exception (57). On énonce d'abord un principe général selon lequel une personne est censée — 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 conséquence d'éviter à chacun la nécessité — et parfois l'odieux — d'avoir à prouver sa capacité juridique, d'imposer au contraire à celui qui allègue l'incapacité d'une personne de faire la preuve d'un cas d'exception qui, comme toute exception, est d'interprétation restrictive (58).

159

Ces deux éléments — politique législative et technique juridique — sont inséparables (59), car ils sont intimement imbriqués dans l'élaboration d'une règle juridique (60). Ils méritent tous deux un examen approfondi (61) si l'on veut, en bon disciple de Domat, 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 pressentir l'évolution.

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.

### S. 1. L'importance des politiques juridiques

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, 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 (62), expression juridique d'un système de valeurs ; à la fois incarnation et reflet d'un ordre social, moral et économique, il traduit une forme de civilisation.

160 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 prévalent, à diverses époques, 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'une éthique nouvelle (63) 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, tirés de la jurisprudence.

### **1. Liberté contractuelle face à l'ordre public et aux bonnes moeurs**

Nous verrons que la théorie générale du contrat est fondée, aux termes des articles 1022 et 13 du Code civil, sur le postulat de la liberté contractuelle s'exerçant dans les limites prescrites par l'ordre public et les bonnes moeurs. Qu'est-ce à dire ? Qu'entend-on par ordre public, par bonnes moeurs (64) ? Sans entrer ici 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 pénal (65) ou civil (66). Mais, en dehors de ces textes qui, notons-le, sont eux-mêmes parfois susceptibles d'interprétations ou d'applications (67) divergentes, à quel signe reconnaît-on qu'un acte est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs (68) ? Une clause d'exonération de responsabilité civile (69) ? Une clause restrictive de la liberté d'emploi (70) ? Un acte médical ayant pour

objet le transsexualisme ? La stérilisation à seule fin contraceptive (71) ? La révision judiciaire du contrat (art. 1022 C.C.) ?

Nous aurons, à cet égard, l'occasion de constater que ces expressions *ordre public* et *bonnes moeurs* sont des termes à contenu variable dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire des termes dont le sens est susceptible de se modifier en fonction des conceptions sociales, morales ou économiques dominantes à divers moments dans l'histoire d'une société. Ce qui était jugé immoral ou illégal au siècle dernier, comme en matière de clauses d'exonération de responsabilité, peut aujourd'hui être considéré comme tout à fait licite ou légal. Par ailleurs, ce que l'on pouvait, il y a cinquante ou même vingt ans, considérer comme justifiable, par exemple, des clauses discriminatoires, peut être aujourd'hui jugé tout à fait répréhensible.

161

L'interprète est donc appelé à scruter la conscience collective d'une société (72), afin d'y déceler l'état prépondérant des moeurs, susceptible de fournir, à un moment précis, un contenu concret aux notions d'ordre public ou de bonnes moeurs.

## 2. Notion de responsabilité civile

Ici se pose la question de savoir dans quelle mesure une personne doit être tenue de réparer le dommage qu'elle cause 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 créé (73). Traditionnellement, l'on a énoncé le principe général que n'est responsable que celui qui, doué de discernement (74), 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 voudrait l'appeler aujourd'hui, d'une personne raisonnable. La notion de responsabilité est donc, en principe, fondée sur un écart de conduite entre celle de l'auteur du préjudice et celle de l'« Homo prudens ».

Mais, depuis déjà le début du siècle, en France d'abord, puis au Québec, 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 responsable (75). 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 préposé (76), la responsabilité du propriétaire d'immeuble pour le préjudice excessif causé à son voisin (77), 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.

162 Mais, 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, la victime, 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 —, se retourne simplement contre son propre assureur, comme c'est le cas, par exemple, en matière d'incendie, risque contre lequel chacun s'assure. Ainsi, on élimine tout le problème de la responsabilité entre auteur et victime, comme c'est le cas notamment au Québec, depuis 1978, pour le préjudice corporel résultant d'un accident de circulation routière (78).

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, l'intérêt de l'assurance dans la répartition des risques de la vie en société.

### 3. Notion de faute

Et même si l'on s'en tient au système de réparation fondé 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 creuserons plus loin (79), mais déjà on peut en cerner quelques éléments. Une faute, dit-on, c'est la violation de ses devoirs. Mais quels sont 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 péril (80), l'exercice d'un droit dans le but de nuire à autrui (81) et les rapports de voisinage (82). 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.

Les quelques exemples que nous venons de donner, et que nous examinerons plus loin, visent à montrer que ces termes d'*ordre public* et de *bonnes moeurs*, de *responsabilité civile*, de *faute* peuvent avoir un fondement et ainsi un contenu variable (83) selon les conceptions morales d'une société à une époque déterminée.

163

Il convient, à cet égard, de se rappeler que, dans une société démocratique et pluraliste, comme l'est actuellement devenue la société québécoise, l'expression *les conceptions morales* constitue, 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.

On touche là au problème fondamental des liens entre le droit et la morale. 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 moral (84). Si l'un et l'autre ont pour objet de régler l'agir humain, 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 admet la générosité (85), il tolère l'égoïsme ; la morale chrétienne va au-delà : elle commande la charité, elle exige le pardon.

La règle juridique repose ainsi sur un fondement moral minimum jugé acceptable par l'ensemble du corps social à un moment donné de son évolution (86). On perçoit là les possibilités de conflits entre citoyens ou groupes de citoyens sur les valeurs fondamentales, qu'elles soient religieuses, morales, philosophiques ou politiques, concernant la vie, 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 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 autrui (87).

164 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 justice (88). Cet effort de réflexion est essentiel car il influence le jugement critique que l'on doit porter sur la valeur des règles du droit positif ; il peut aussi conduire, dans « la lutte pour le droit » (89) où « chacun doit militer pour son propre idéal » (90), à une éventuelle transformation, à une réforme du droit. Ainsi, 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 contractuel (91) ; de même, une réflexion critique sur l'actuel régime de responsabilité civile, fondé sur une appréciation du comportement de l'auteur du préjudice, peut inciter à une remise en question du rôle de la faute dans le régime d'indemnisation de la victime d'un préjudice (92).

Nous aurons donc maintes occasions d'examiner ces questions fondamentales de politique juridique, en vue de fournir l'occasion d'un examen critique, mais constructif, de ces divers problèmes et de montrer, s'il y a lieu, les voies de la réforme du droit. Cette démarche est d'autant plus importante qu'un *Rapport sur le Code civil* (93), qui a été déposé en juin 1978, à l'Assemblée nationale du Québec, vise à proposer un ensemble de règles que ses auteurs estimaient mieux adaptées aux besoins de la société québécoise. Il faudra vérifier si ces propositions de réforme sont effectivement valables pour notre époque.(2)

---

(2) Dans une deuxième partie, qui paraîtra dans le numéro d'octobre 1985, nous donnerons la fin de l'étude de notre collaborateur, y compris ses notes et les renvois. A.