

La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification

Benoît MOORE*

Résumé

La classification des obligations par leurs sources constitue généralement la structure choisie, tant dans la doctrine que dans les lois, du droit des obligations. L'auteur, après un premier texte retraçant l'histoire doctrinale et législatif de cette summa divisio, pose ici un regard critique. Afin de démontrer l'inadéquation des classifications traditionnellement proposées, tout particulièrement celle retenue aussi bien par le Code civil français que le Code civil du Bas-Canada, l'auteur tente de cerner la signification de la notion même de « source des obligations ».

Partant de la polysémie sous-jacente à cette expression, il distingue, à l'instar de ce que les auteurs font concernant les sources du droit, la source formelle, qui consiste en la technique juridique permettant au rapport d'obligation de naître, la source

Abstract

The classification of obligations according to their sources is generally the structure of choice, in the doctrine as well as in the laws themselves. In a first paper, the author reconstructed the history, in doctrine as well as in the laws, of this summa divisio. This paper contains a more critical approach. In order to demonstrate the inadequacy of the traditional classifications, and more specifically of the classifications favoured by the French Civil Code and the Civil Code of Lower Canada, the author tries to define the very meaning of the concept of "source of obligations".

Concerning the polysemy of the expression itself, he makes the distinction made by most authors concerning the sources of laws, such as the formal source, which is the legal technicality itself out of which

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, avocat. L'auteur tient à remercier le juge Jean-Louis Baudouin, les professeurs France Houle, Ghislain Massé et Adrian Popovici ainsi que M^e Marie-Annik Grégoire pour avoir bien voulu lire et commenter une version antérieure de ce texte.

normative, qui précise en quelque sorte le contenu de l'obligation et, enfin, la source matérielle, qui déclenche l'application de la source formelle ou, encore, qui exerce la force habilitatrice donnée par celle-ci (dans le cas de la déclaration de volonté). L'auteur relève que ces divers éléments générateurs d'obligations jouent tous, à des niveaux différents mais de façon interdépendante, ce que les classifications généralement proposées omettent, soit en les confondant, soit encore, en leur reconnaissant faussement le même rôle (par exemple la loi et le contrat).

En comprenant que ces différentes acceptions du terme « source » représentent des réalités distinctes, il est alors possible de poser un regard plus nuancé sur les forces en présence dans la création du lien obligationnel.

arises an obligation, the normative source, which specifies the content of the obligation, and the material source, which triggers the implementation of the formal source, or, in other words, which provides the enabling power contained in the former (in the case of a statement of will). The author states that those various elements that generate obligations do operate at different levels, albeit in an interdependent way, while the classifications generally put forward do not have the same interplay, either because they mix them up, or because they erroneously attribute the same role to the various obligations (v.g. a law and a contract).

Considering that all those different meanings do indeed correspond to different realities, it is possible to develop a more balanced approach concerning the forces at work in the creation of any obligation.

Plan de l'article

Introduction	693
I. La confusion liée à la polysémie occultée du terme « source »	695
A. La notion de source formelle de l'obligation	696
B. La confusion entre la source formelle et la source matérielle dans les classifications traditionnelles	702
C. Les répercussions de la confusion entre sources formelle et matérielle dans l'application des classifications traditionnelles	707
II. L'insuffisance de la classification : de la source formelle à la source normative	719
Conclusion	728

L'éloge de la simplicité et du monisme a longtemps constitué un modèle implicite dans les différents efforts théoriques concernant l'obligation¹ : cette notion, centrale à la mécanique du droit civil dans son ensemble, se devait, afin d'assurer la solidité de celle-ci, de projeter une image unique, aisée à appréhender. Elle était ainsi vue, depuis sa définition initiale inscrite dans les Institutes de Justinien, comme un lien entre deux personnes; c'était là le fondement de la conception relationnelle classique de l'obligation. Depuis quelque temps, la doctrine française contemporaine tend à s'éloigner de ce schéma et – reprenant ainsi les travaux des pandectistes allemands – propose de plus en plus une conception objective de l'obligation, voyant en celle-ci certes une relation, mais « aussi une valeur, assimilable à un bien qui est mis en circulation, et qui est susceptible d'appropriation »². Cette nouvelle construction entourant l'obligation inspire de plus en plus la doctrine, tel que l'illustre la parution récente d'un manuel dont les deux parties présentent l'obligation comme lien et l'obligation comme bien³.

Cette remise en question de la nature fondamentalement subjective de l'obligation, que l'on aurait pu penser inébranlable, n'est pas la seule à venir déranger la douce quiétude entourant la théorisation de l'obligation. Plusieurs auteurs français, toujours influencés par les auteurs allemands du XIX^e siècle, proposent maintenant une conception structurellement dualiste de l'obligation aux termes

¹ Cette constatation n'est ni nouvelle ni spécifique à la notion d'obligation. Voir cette citation du professeur Hauriou utilisée par le professeur Jacques Ghestin en exergue de l'avant-propos de son traité sur la formation des contrats : « Le succès va aux idées simples et la simplicité est la grande tentation des théoriciens. Mais les choses sont complexes, et il n'y a de vérité qu'en respectant cette complexité » : Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

² Marie-Laure IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 77 (l'auteure tire cette conclusion à partir d'une étude de la jurisprudence).

³ Jérôme FRANÇOIS, *Droit civil*, sous la direction de Christian LARROUMET, t. 4, « Les obligations : régime général », Paris, Economica, 2000, parties I et II.

de laquelle cette dernière est composée d'un rapport obligationnel (*schuld, debitum*) et d'un pouvoir de contrainte (*haftung, obligatio*)⁴.

Tout comme Gomaa dans sa thèse, il nous semble que ces remises en question de l'obligation doivent servir d'inspiration afin de poursuivre l'effort de modernisation de cette notion et que celle-ci appelle un réexamen de la théorie des sources des obligations qui devraient elles aussi être appelées à « l'éclatement »⁵.

Nous avons, dans une étude récente⁶, retracé l'évolution de la théorie des sources des obligations. Constatant que celle-ci n'avait jamais fait l'unanimité, divisant continuellement la doctrine⁷, nous avons soulevé l'hypothèse, en conclusion, que ces divergences consistaient en la transposition d'une incertitude quant au vocable même de « source » et donc à l'objet précis de la classification, vue de tout temps comme la *summa divisio* en ce domaine. C'est cette hypothèse que nous tenterons, dans cet article, de démontrer. En un premier temps, afin de cerner le véritable objet de la classification des sources des obligations, nous relèverons les différents sens que doit recevoir cette expression (I) puis, une fois cela fait, nous nous limiterons à un sens de cette notion afin de compléter les classifications traditionnelles (II).

⁴ Sur cette distinction, voir : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 20^e éd., Paris, PUF, 1996, n° 313, p. 510; Fabio Konder COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964; Norman GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 250 et suiv. Cet auteur utilise d'ailleurs cette conception dualiste de l'obligation afin de proposer une classification originale des sources de l'obligation; Erwin A. POPA, *Les notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Paris, Maller, 1935.

⁵ Gomaa, utilisant le schéma dualiste entre le *schuld* et l'*haftung*, propose une théorie novatrice des sources des obligations dans laquelle le jugement est la source du pouvoir de contrainte (*haftung*) et un fait juridique celle du rapport d'obligation (*schuld*) : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p. 250 et suiv., plus particulièrement à la page 277.

⁶ Benoit MOORE, « La classification des sources des obligations : courte histoire d'une valse-hésitation », (2002) 36 R.J.T. 274.

⁷ Henri Lévy-Bruhl était d'avis que c'était la théorie la plus faible du droit civil : Henri LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1955, p. 98.

I. La confusion liée à la polysémie occultée du terme « source »

Il est classique, quant à la question des sources du droit, de procéder à des distinctions selon le sens donné au vocable « source ». Ainsi, retrouvons-nous quatre définitions distinctes de ce terme dans le *Vocabulaire juridique* du professeur Cornu⁸. De celles-ci, les auteurs donnent, à tout le moins, deux sens à ce vocable; ils distinguent ainsi la source dite « réelle », qui est en fait l'ensemble des facteurs économiques, sociaux, politiques qui font évoluer le droit⁹, de la source « formelle », qui est la technique juridique (loi, jurisprudence, coutume,...) créant une norme de droit positif¹⁰.

Si ces distinctions sont classiques lorsqu'il s'agit des sources du droit, force est de constater que, lorsque l'on se situe au niveau des sources des obligations, de telles distinctions sont très rarement pratiquées¹¹. Nous pensons qu'il s'agit là d'une lacune importante affectant la théorie des sources des obligations et qu'il serait nécessaire d'intégrer à celle-ci la notion de source formelle de l'obligation

⁸ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, V^o « source ». Ces quatre sens sont : la source réelle, la source formelle, la source au sens large qui englobe, selon l'auteur, les pratiques contractuelles, usages, etc. et enfin, la source documentaire, c'est-à-dire le support sur lequel se retrouvent les sources dites formelles du droit.

⁹ Qui peut également être nommée la source substantielle. Le professeur Jestaz, dans son article sur les sources du droit, la définit ainsi : « En effet, et très scientifiquement cette fois, le droit est, comme diraient les physiciens, la résultante d'un certain nombre de forces sociales : acteurs économiques, familles, partis, syndicats, églises et lobbies de toute sorte mais d'abord groupes sociaux, silencieux, informels et changeants [...] » (p. 74). Dans ce même article, il dénombre cinq sens à la notion de sources de droit : Philippe JESTAZ, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.73.

¹⁰ La question des sources du droit n'étant évidemment pas l'objet du présent texte, nous nous limiterons à référer le lecteur à certains auteurs : Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 149; Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989, n^o 42, p. 51 et suiv.; Gérard CORNU, *Droit civil - Introduction*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n^o 72, p. 38; P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 9, 77; Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, coll. « Que sais-je? », 7^e éd., Paris, PUF, 1990, p. 39 et suiv.

¹¹ Certains le font - timidement : Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, « Les obligations : Le contrat », 4^e éd., Paris, Economica, 1998, n^o 38, p. 44; Gérard FARJAT, *Droit privé de l'économie - 2. Théorie des obligations*, Paris, PUF, 1975, p. 21.

(A) afin de supprimer les confusions présentes tant dans les classifications actuellement proposées (B) que dans leur application (C).

A. La notion de source formelle de l'obligation

Non seulement les auteurs en matière de droit des obligations omettent généralement de distinguer les différents sens de la notion de source mais, bien souvent, ils ne définissent même pas ce qu'ils entendent par cette expression – signe d'évidence ou de difficulté excessive...? – ou, lorsqu'ils le font, la définition est on ne peut plus vague : la source de l'obligation est le **fait** qui lui donne naissance¹² ou son **fait générateur**¹³. Quant aux dictionnaires juridiques, des trois consultés¹⁴, seul le *Vocabulaire juridique* contient une entrée concernant cette notion et la définition réfère uniquement à l'**élément générateur** de l'obligation¹⁵.

Cette définition unique de la source d'obligation réfère nécessairement à une conception matérielle de la source et non pas à la technique juridique qui crée la norme ou, en l'occurrence ici, le droit subjectif. On réfère à un fait humain plutôt qu'à un phénomène juridique. Devant ce constat, certains auteurs distinguent la source médiate de la source immédiate de l'obligation¹⁶.

¹² Angers LAROCHE, *Les obligations*, t.1, « Théorie générale des contrats; quasi-contrats », Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 4 (il ajoute que « ce fait proviendra de l'activité humaine »); Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, « Obligations – Théorie générale », 8^e éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1991, p. 44; Henri DE PAGE, *Droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 403.

¹³ C. LARROUMET, *op. cit.*, note 11, n^o 42, p. 36.

¹⁴ G. CORNU, *op. cit.*, note 8; CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990; Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT (dir.), *Lexique de termes juridiques*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1985.

¹⁵ G. CORNU, *op. cit.*, note 8, V^o le mot « source ». Après en avoir présenté la définition, le professeur Cornu énumère les sources traditionnelles, soit le contrat, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit, mais également la classification entre l'acte juridique et le fait juridique ou l'autorité seule de la loi.

¹⁶ C. LARROUMET, *op. cit.*, note 11, n^o 44 et 45, p. 38 et 39; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, t. 1, « L'acte juridique », 6^e éd., Paris, Armand Colin, 1994, n^o 56, p. 35; Mélina DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, Economica, 1997, p. 201 et 202. Pothier utilisait déjà les vocables de sources médiate et immédiate : « La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations : car si les contrats, délits

Selon Flour et Aubert, la source médiate – ou première – est toujours la loi. Cette notion, pour eux, ne semble alors résulter qu'en « une constatation d'évidence, dépourvue de tout intérêt pratique »¹⁷. La source immédiate, quant à elle, est le « fait le plus proche qui donne naissance à l'obligation [...] »¹⁸; elle consiste alors soit en un acte juridique ou un fait juridique, soit en une des sources de la classification traditionnelle (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit, loi).

Parallèlement à ces auteurs qui distinguent expressément la source médiate de la source immédiate, il est possible de retracer dans la doctrine plusieurs autres références, à tout le moins implicites ou indirectes, à cette idée. En premier lieu, nous pouvons relever la critique faite par plusieurs auteurs à l'encontre du rôle que joue la loi dans la classification traditionnelle des sources. Ces auteurs font remarquer que la loi est la source de toute obligation¹⁹ mais qu'elle ne l'est jamais seule. C'est en fait affirmer que la loi est la source **médiate** de toute obligation et la source **immédiate** d'aucune, cette dernière devant nécessairement consister en un fait quelconque²⁰.

Certains auteurs ont également recours aux notions de sources médiate et immédiate, mais sous des vocables différents. Ainsi

ou quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute. [...] Il y a des obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate la loi » : Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, dans M. BUGNET, *Oeuvres de Pothier*, vol. 2, Paris, Cosse et Marchal, 1861, n° 123, p. 59. Ces qualificatifs de « médiate » et d'« immédiate » ont déjà été accolés au terme « obligation » pour décrire sensiblement la même réalité : Jean-Philippe MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, t. 1, Gand, L. Hebbelynck, 1851, p. 21; voir également Nooman Gooma qui scinde en deux non pas la notion de source mais celle d'obligation : le jugement est la source du pouvoir de contrainte (*haftung*) et un fait juridique est celle du rapport d'obligation (*schuld*) : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p. 250 et suiv.

¹⁷ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 16, n° 56, p. 35.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Cette opinion ne faisait évidemment pas l'unanimité et sous-tend une prise de position sur la question de l'autonomie de la volonté. Voir : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p. 187 et suiv.; B. MOORE, *loc. cit.*, note 6.

²⁰ Sur ces critiques, voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 6; N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p. 172 et 191; J.-P. MOLITOR, *op. cit.*, note 16, p. 21; G. FARJAT, *op. cit.*, note 11, p. 20; Victor N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 7^e éd., Paris, Delamotte et fils, 1873, p. 247.

Robert Taschereau, dans sa thèse de doctorat sur le cas fortuit, soutient que celui-ci n'est pas la source d'obligations – comme le laissait penser l'article 1057 C.c.B.C. – mais **l'occasion** de l'obligation²¹.

Carbonnier lui, écrit qu'« il est réaliste de mettre en lumière l'ubiquité de la loi et sa fonction créatrice aussi bien sous l'acte juridique que sous le fait juridique [...] : seule la loi a le pouvoir de modifier l'ordonnancement juridique, spécialement de créer des obligations; mais à elle seule, elle resterait inerte, elle a besoin d'être mise en mouvement soit par un acte, soit par un fait juridique »²². Gounot, quant à lui, soutient un raisonnement similaire :

Remarquons d'abord qu'il ne s'agit aucunement ici de dénier à la volonté individuelle tout rôle juridique. Bien au contraire, nous admettons comme un principe incontestable que la volonté est l'organe d'exécution du droit, l'instrument indispensable de sa mise en œuvre. Même en effet si on l'envisage au point de vue objectif (normes juridiques), il est bien évident que le droit ne se réalise pas de lui-même. Dans une société à l'état de repos absolu, il ne serait qu'une pure virtualité abstraite. Pour qu'une

²¹ Robert TASCHEREAU, *Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations*, Montréal, C. Thoret, 1901, p. 59 et 60. Cet extrait a été cité par la Cour suprême afin de justifier que le paragraphe *in fine* de l'article 1057 C.c.B.C. ne créait pas une sixième source d'obligation : *Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241, 263; voir également : Peter P.C. HAANAPEL, « L'étendue des obligations découlant de la loi seule: commentaires sur l'affaire "Lapierre" », (1986) 20 R.J.T. 303, 333. Cette formulation (l'occasion de l'obligation) se retrouve également chez d'autres auteurs. Voir, entre autres : René WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Paris, A. Giard, 1891. Traitant des quasi-contrats, des quasi-délits et des délits, il écrit : « Leur volonté est, si l'on veut, l'occasion de leur obligation; la loi seule en est la source » (p. 183); Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *McGill L.J.* 729, 740 : « Un fait ne peut être la cause – cause efficiente – d'une obligation; tout au plus peut-il en être l'occasion ». Et à la page 744 : « 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 ».

²² J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 4, n° 12, p. 40.

*situation juridique concrète prenne naissance, il faut l'intervention de quelque événement particulier, déterminant l'application de la norme.*²³

Enfin, on repère une idée analogue dans une thèse récente où l'on différencie le **fondement** d'un droit de l'acte qui le met en œuvre. Ainsi, prenant l'exemple de la résiliation unilatérale, l'auteur relève que le fait de constater que ce pouvoir de la volonté unilatérale vient du contrat ou de la loi – fondement du droit (ou source médiate) – n'enlève rien au fait que c'est la volonté unilatérale elle-même qui déclenche la résiliation – l'acte de mise en œuvre (ou source immédiate)²⁴.

L'ensemble de ces auteurs, quoique par des voies ou sous des formes distinctes, partage donc la même idée : il faut distinguer entre la source médiate, qui correspond à la source formelle du droit créant la norme d'où découlera – d'une manière ou d'une autre – l'obligation, de la source immédiate – équivalant plus ou moins à la source réelle ou matérielle du droit – qui est le *stimulus* déclencheur de la source formelle. Cette distinction, quant à nous, est bien plus qu'une simple subdivision académique ou explicative; elle constitue une division fondamentale à la compréhension et à l'édification d'une théorie ordonnée et structurée des sources des obligations. Le *Code civil hollandais* semble reprendre cette distinction. L'article 6:1 de ce code précise, en effet, que « les obligations ne peuvent naître que si cela résulte de la loi »²⁵. Il présente ensuite les sources de façon plus classique – qui n'est pas sans rappeler la classification romaine attribuée à Gaïus –, soit le contrat, l'acte illicite et les autres. La première disposition réfère à la source formelle (ou médiate), et la structure qui suit, aux sources matérielles (ou immédiates).

Cette distinction pourrait paraître banale et aller de soi, mais le rappel nous semble nécessaire car force est de constater que les auteurs s'y attardent fort peu et ignorent bien souvent la question des sources formelles des obligations. Cela s'explique peut-être par le fait que traiter de cette question, c'est plus globalement discuter

²³ Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 333.

²⁴ Rafael Encinas DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 11.

²⁵ *Nouveau Code civil néerlandais - Le droit patrimonial*, trad. par Peter P.C. HAANAPPEL et Ejan MACKAAY, Boston, Kluwer, (1990).

de celle des sources du droit puisque l'obligation – ou le droit subjectif – doit prendre racine dans celui-ci²⁶. Or, lorsque les auteurs constatent expressément la notion de source formelle de l'obligation, ils la limitent bien souvent à la loi, ajoutant même que c'est là une « constatation d'évidence »²⁷. Pourtant, et malgré que nous soyons prêt à soutenir le postulat que toute source immédiate d'obligation, même le contrat – ou, plus globalement, la volonté – doit nécessairement prendre sa source, médiate, dans le droit objectif, cela n'implique pas que cette source médiate soit impérativement la loi. Faire ce lien, c'est évacuer la question des sources formelles du droit et ramener celles-ci à la loi seule qui est certes, du moins dans un système civiliste, la source par excellence mais pas nécessairement la seule. Certains, en effet, sont d'avis que la coutume²⁸, les principes généraux de droit²⁹ ou encore la jurispru-

²⁶ Voir, entre autres : G. CORNU, *op. cit.*, note 10, n° 35, p. 26 : « on définit en général le droit subjectif comme une prérogative reconnue à une personne par le droit objectif, pour la satisfaction d'un intérêt personnel »; voir aussi : Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972, n° 147, p. 270 : « Même si l'on ne donne pas à l'ordonnement juridique la rigoureuse unité qui amène l'école de Vienne à faire des droits ou situations subjectives un simple prolongement, une ramification du droit objectif, il reste que tout droit subjectif puise sa force dans la règle de droit objectif qui le régit ».

²⁷ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 35; voir aussi : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p. 187 et suiv. Pour des auteurs qui soulèvent la question de la jurisprudence et de la coutume comme sources médiate de l'obligation : C. LARROUMET, *op. cit.*, note 11, n° 44, p. 38; G. FARJAT, *op. cit.*, note 11, p. 21.

²⁸ La coutume est certainement source de droit lorsque la loi y réfère. Mais certains en font également une source complémentaire, voire principale, du droit : G. CORNU, *op. cit.*, note 10, p. 161; G. FARJAT, *op. cit.*, note 11, p. 21; H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 10, p. 40 et suiv. (selon lui il s'agit de la source première du droit).

²⁹ Voir sur cette question le très intéressant texte de Xavier DIEUX, « Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Principe général de droit (l'exemple d'un ordre juridique frontalier) », dans Pierre NOREAU et Nicholas KASIRER (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé – 13^e entretiens Jacques-Cartier*, Montréal, Éditions Thémis, 2002. L'auteur constate le rôle important de la théorie du respect des anticipations légitimes comme principe général de droit et ce tout particulièrement en droit des obligations. Il explique par ce principe, entre autres choses, le mandat apparent et la force obligatoire du contrat. Voir également : Jean CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 20^e éd., Paris, PUF, 1999, n° 137, p. 254 et suiv.; P.P.C. HAANAPEL, *loc. cit.*, note 21. Au sujet de la reconnaissance législative des principes généraux de droit dans la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, voir : Alain-François BISSON, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L.J.* 539.

dence constituent, subsidiairement à la loi, des sources formelles du droit.

La jurisprudence, dernière source possible, est certainement la plus contestée, car elle porte sur le rôle et la conception du juge, question qui distingue le génie du système civiliste de celui de common law³⁰. La thèse classique est donc de soutenir que la jurisprudence ne constitue – à l’instar de la doctrine – qu’une simple autorité en droit civil³¹, alors qu’une certaine doctrine est prête à admettre la jurisprudence au rang des sources formelles³².

Quoiqu’il soit présomptueux de penser régler cette controverse, il nous semble cependant difficile de soutenir que la jurisprudence, en matière d’obligation, n’occupe pas, depuis plusieurs années, un rôle créateur. Pensons simplement à la jurisprudence sur l’obligation de sécurité, les troubles de voisinage ou encore sur l’enrichissement injustifié. Relativement à cette dernière illustration, le juge Beetz écrivait dans la très célèbre affaire *Viger* : « On peut également trouver un tel support [à l’enrichissement sans cause] dans une extrapolation des multiples dispositions du *Code civil* qui n’en sont que des applications particulières. Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n’y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d’assurer la fécondité »³³.

À la lumière de cet extrait, nous pouvons nous interroger sur le rôle exact de la jurisprudence. Est-ce une source formelle autonome ou, à l’instar de l’explication classique de la non-rétroactivité

³⁰ Le professeur Jestaz, non sans humour, écrivait à ce sujet : « Si Flaubert était encore des nôtres et qu’il fût devenu bon juriste (par chance pour la littérature, il ne fit dans ses études de droit qu’une brève carrière de cancre), il ajouterait sans doute une définition au “Dictionnaire des idées reçues” : “Source formelle du droit. – On ne sait pas ce que c’est, mais tonner contre ceux qui veulent y inclure la jurisprudence” » (P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 9, 77).

³¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 29, n° 144, p. 275; G. CORNU, *op. cit.*, note 10, n° 437, p. 167.

³² C. LARROUMET, *op. cit.*, note 11, n° 38, p. 44; G. FARJAT, *op. cit.*, note 11, p. 21; voir également : Pierre-Gabriel JOBIN, « La Cour suprême et la réforme du Code civil », (2000) *R. du B. can.* 27, 42 : « La codification ne fige pas le droit. Un droit codifié peut être aussi vivant qu’un droit non codifié. C’est la jurisprudence, et non le législateur, qui la plupart du temps fait évoluer le droit civil ».

³³ *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 76.

de la règle jurisprudentielle en common law, seulement l'outil juridique afin de déclarer un principe général de droit « en suspension »³⁴ dans le Code, ou encore une coutume préexistante dans le groupe social. Cette question dépassant les limites de notre problématique, limitons-nous pour l'instant à soutenir que l'obligation a comme source formelle soit la loi, soit – si on les retient comme sources de droit – la jurisprudence³⁵, la coutume ou les principes généraux de droit.

La nécessité de reconnaître la notion de source formelle de l'obligation, ou plutôt l'omission de ce faire, constitue quant à nous un des vices de la théorie des sources des obligations, cette omission entraînant une confusion entre les concepts. Nous verrons maintenant comment cette confusion s'est transcrite dans les diverses classifications des sources des obligations pour ainsi créer un discours juridique vicié à sa base même.

B. La confusion entre la source formelle et la source matérielle dans les classifications traditionnelles

Les auteurs ont, de tout temps, effectué des efforts de classification des sources des obligations³⁶. Or, ces différentes théories – à l'exception de celle opposant l'acte au fait juridique – maintiennent la confusion entre la source formelle et la source matérielle de l'obligation³⁷. Ces classifications devraient logiquement viser les sources immédiates³⁸, pourtant, elles incluent généralement la loi, qui est une source médiate. C'est le cas, entre autres, de la classification « planolienne » opposant le contrat à la loi. Une telle classification ne laisse alors que deux options : soit la loi est considérée – avec le contrat – comme une source matérielle (immédiate), soit le contrat est hissé au niveau de source formelle (médiate).

³⁴ L'expression est du professeur Carbonnier, qui traite des principes généraux de droit dans un paragraphe intitulé : « La coutume d'origine savante » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 29, n° 137, p. 254.

³⁵ Nous verrons plus loin que l'article 2932 C.c.Q. inclut, comme source d'obligation, le jugement.

³⁶ Pour une présentation de certains de ces essais, voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 6.

³⁷ Voir : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 21, 744.

³⁸ Car tenter de classer les sources formelles des obligations serait en fait classer les sources du droit : G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 26, n° 147, p. 270.

Selon nous, la loi ne peut jamais être source matérielle d'une obligation. La loi est la technique juridique; *elle n'affecte pas le réel, elle l'interprète*. Elle pose des conditions ou encore – nous le verrons – habilite une personne à agir par sa volonté, puis c'est à l'homme ou à la nature de stimuler l'application de celle-ci afin de la faire entrer dans la réalité vivante. Dans la création concrète d'un lien obligationnel, la loi ne peut donc être source autonome; elle est nécessairement hétéronome d'un fait quelconque. Gomaa, dans un élan particulièrement enflammé, écrivait à propos de la reconnaissance de la loi seule comme source d'obligations, que c'était là : « [u]n mensonge, une erreur, un mépris de la science juridique, qui trouble les esprits des jeunes juristes qui viennent d'apprendre, en première année de licence, que la loi est une source des règles du droit, puis en deuxième année, que la loi est une source d'obligation »³⁹. La loi n'est donc, et ne peut être, que la source formelle de l'obligation. Si certains, comme Pothier, influençant ainsi le *Code civil* français, voyaient la loi dans certains cas comme la seule source – donc formelle **et** matérielle – de l'obligation, c'est parce que l'on ne pensait alors, comme source matérielle, qu'aux seuls faits de l'homme. C'était oublier que les faits de la nature – l'écoulement du temps ou la naissance, par exemple – constituent également des faits concrets qui peuvent, à l'extérieur de toute intervention humaine, déclencher une norme légale et ainsi créer, dans l'immédiat, une obligation. La loi n'agit alors pas seule et en ce sens la disparition, à l'article 1372 C.c.Q., de la loi seule comme source d'obligation semble fondée⁴⁰.

La seconde hypothèse est de concevoir la classification de Planiol comme portant sur les sources formelles de l'obligation. Le contrat est alors hissé au même niveau que la loi, ce qui implique la reconnaissance de l'autonomie de la volonté. Selon cette doctrine, la seule force de la volonté est nécessaire et suffisante afin de créer des obligations; elle agit seule et indépendamment de la loi en tant

³⁹ N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, n° 196, p. 172. L'auteur poursuit en soutenant que, certes, il faut toujours une règle pour que naisse une obligation, mais pour que cette règle s'applique dans le réel et qu'il y ait concrètement une obligation, il faut nécessairement un fait déclencheur.

⁴⁰ *Contra* : Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 39, p. 39.

que source formelle. Sans entrer dans ce débat philosophique et sans prétendre vider le sujet⁴¹, contentons-nous de constater que peu d'auteurs, aujourd'hui, soutiennent que la volonté est réellement autonome et constitue la seule technique juridique derrière le contrat⁴². Si ce dernier existe et crée des obligations civiles, c'est parce que le droit objectif, au moyen d'une source formelle habilitatrice, le reconnaît. Le contrat n'est alors pas au même niveau que la loi. Cette dernière est source formelle (médiante) et le contrat, source matérielle (immédiate). La volonté est donc hétéronome; elle n'est source que dans la limite de la reconnaissance du droit objectif. Certes, la volonté est force, mais force déléguée (quant au principe de la force obligatoire) et contrôlée (quant à la validité et au contenu).

Même si cette conception de la volonté hétéronome existait déjà chez les premiers commentateurs du Code Napoléon, plusieurs faisant remarquer que la loi était source de toute obligation, même contractuelle⁴³, la théorie de l'autonomie de la volonté, prônant une égalité de pouvoir entre la loi et le contrat – voire une supériorité du

⁴¹ Comme le professeur Mazeaud l'a déjà écrit, ce débat est accessoire à nos fins : « Il ne semble pas nécessaire de vider ici le débat, car dans une thèse comme dans l'autre, la classification demeure. Ceux-là même qui affirment que la loi est toujours la source de l'obligation doivent constater que tantôt la loi opère directement, tantôt par l'entremise de la volonté des parties. On est donc toujours amené à opposer aux obligations contractuelles celles qui naissent en l'absence de contrat » : Henri MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *Rev. trim. dr. civ.* 1936.1, 16. Encore faut-il que la classification ne porte pas sur les sources formelles des obligations.

⁴² Voir, entre autres : Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits* 1990.12.7, 10 et suiv.; Denis TALLON, « L'évolution des idées en matière de contrat : survol comparatif », (1990) 12 *Droits* 81. Dans ce texte, le professeur Tallon démontre que la contestation du principe de l'autonomie de la volonté a eu lieu tant en France qu'en Angleterre, mais à des périodes distinctes, soit au début du siècle (par Gounot), dans le premier cas, et à la fin des années soixante-dix (par Atiyah), dans le second. Puis, le professeur Tallon, paraphrasant un adage célèbre de droit anglais écrit : « l'autonomie de la volonté (comme les writs) serait morte mais elle nous gouvernerait encore du fond de sa tombe tant elle a façonné les esprits et inspiré le droit objectif » (p. 83).

⁴³ Sur ces auteurs, voir : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p. 187 et suiv.

contrat – constituait le paradigme classique et traditionnel⁴⁴. Cette vision n'est plus soutenue aujourd'hui et on s'entend pour dire, à l'instar de Gomaa, que « le contrat appartient au monde du fait, la loi appartient au monde du droit objectif »⁴⁵.

Si la confusion des niveaux de source entre le contrat et la loi peut donc s'expliquer si nous acceptons que la classification réfère aux sources médiate, reconnaissant ainsi au contrat le même rôle qu'à la loi, cette même confusion ne peut plus être ainsi expliquée dans la classification traditionnelle. En effet, sous réserve de lier les délits, quasi-délits et quasi-contrats à la force de la volonté – ce qu'on a jadis tenté de faire –⁴⁶, il est manifeste que ces sources sont du domaine du fait plutôt que du droit. Cette classification ne peut être qu'une classification des sources matérielles (ou immédiates) et, par conséquent, inclut faussement la loi, qui devrait se limiter à être une source formelle⁴⁷.

⁴⁴ À tout le moins implicitement : Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, qui démontre que cette théorie de l'autonomie de la volonté n'apparaît expressément qu'à la fin du XIX^e siècle : cf. entre autres, p. 15. Voir aussi : Henri BATTIFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Arch. phil. dr.* 1968.13.13; Xavier MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », (1982) *R.H.D.F.E.* 589. Le professeur Martin fait remarquer que l'article 1134 C.c.fr. avait en fait pour but – afin d'assurer la sécurité des transactions – de « figer » la volonté humaine qui, sans cela, peut se transformer sans fin (p. 613). À la page 611, il cite Bonaparte qui, dans un discours au Conseil d'État le 25 décembre 1801, disait : « Dans l'état de société, l'homme ne fait presque rien par le pur mouvement de sa volonté ».

⁴⁵ N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, n° 229, p. 199.

⁴⁶ Voir : H. BATTIFOL, *loc. cit.*, note 44, 14; E. GOUNOT, *op. cit.*, note 23, p. 69 et suiv.

⁴⁷ En fait, selon nous la mention, à l'article 1370 C.c.fr., de « l'autorité seule de la loi » devrait faire référence non pas à une intervention de la loi seule, désincarnée, mais aux situations n'impliquant pas un fait – volontaire ou non – de l'homme et qui génèrent tout de même une obligation (par exemple, le temps ou la mort). Voir : Didier LLUELLES, avec la collaboration de Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 64, p. 31. [Cette distinction se retrouve chez certains auteurs. Marcadé écrivait : « Par engagements formés volontairement ou involontairement, la loi n'entend pas ici des obligations formées avec ou sans la volonté de s'obliger, mais seulement des obligations provenant ou ne provenant pas d'un fait volontaire. des obligations nées du fait de l'homme ou sans le fait de l'homme » : V.N. MARCADÉ, *op. cit.*, note 20, p. 248. Plus clairement, Mignault écrivait : « Les obligations qui résultent [de l'opération seule et directe] de la loi sont celles qui dérivent d'un événement ou d'une circonstance autre qu'un fait de l'homme et que la loi fait

Cette confusion de niveaux, présente dans ces deux propositions traditionnelles, ne semble pas se retrouver à l'article 1372 C.c.Q., ce qui, selon nous, la rend supérieure à la classification des Codes de France et du Bas-Canada⁴⁸. Cette classification opère nettement la catégorisation des sources matérielles des obligations⁴⁹. On n'oppose pas le contrat (source matérielle) à la loi (source formelle) mais à « tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation » ce qui constitue également une source matérielle, prévue et soumise à l'**autorité** de la loi. Nous ne sommes pas loin alors d'une classification « planolienne », revue et corrigée, opposant le contrat au fait juridique⁵⁰. Certes, pour évincer tout

siennes en les sanctionnant » : Pierre Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théoret, 1901, p. 391. Et plus récemment : Hélène CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 17 et suiv.; M. DOUCHY, *op. cit.*, note 16, p. 216, qui parle d'engagement de relation et d'engagement de situation.] Cette interprétation était plus difficile à soutenir sous l'empire de l'article 1057 C.c.B.C., puisqu'on y lisait : « de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée ». Cette disposition semble plus clairement faire de la loi une source immédiate. On ne parle plus d'autorité (terme utilisé dans le *Code civil* français et repris aujourd'hui dans le Code civil québécois), mais d'**opération directe** de la loi seule. Voir, par ailleurs, un exemple jurisprudentiel où on semble interpréter la « loi seule » comme visant la source immédiate d'origine non humaine : *Union des producteurs agricoles c. Chartrand*, [1994] R.D.J. 315, 320 (C.S.) : « Dans le cas où c'est la loi seule qui est source d'obligation, cette dernière naît sans l'accomplissement d'aucun fait par la partie ». Sur cette question, voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 6.

⁴⁸ Encore faut-il tirer les bonnes conclusions de cette disposition. Ainsi, dans le nouvel article 953 C.p.c. sur la compétence de la Cour du Québec, division des petites créances, les termes « contrat, délit, quasi-délit ou quasi-contrat » ont été remplacés par une « obligation contractuelle ou extracontractuelle seule ». Qu'est-ce que cela signifie? Qu'y a-t-il d'autres que des obligations naissant du contrat ou naissant en l'absence du contrat? Que serait une « obligation extracontractuelle non seule »? Pour une tentative d'explication, voir : *Commission des normes du travail du Québec c. Constantin*, [1994] R.J.Q. 1429 (C.Q.).

⁴⁹ Voir : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 21, 743 et 744.

⁵⁰ Classification qui, contrairement à celle de Planiol, vise exclusivement les sources matérielles des obligations. L'article 1372 C.c.Q. se rapproche d'une classification entre contrat et fait juridique – *stricto sensu* – sans l'adopter complètement car, pour nous, « l'acte ou le fait » de l'article 1372 réfère à tout acte humain (incluant l'acte juridique unilatéral) et le fait, à tout événement non issu de l'homme. L'expression dans son entier recoupe donc le fait juridique *stricto sensu*, mais également l'acte juridique unilatéral. Au lieu d'isoler la volonté, on isole le contrat, simplement parce que la volonté jouit d'une plus grande liberté dans ce cas plutôt que dans l'acte unilatéral, qui doit être spécifiquement prévu

doute, il aurait pu être avantageux de s'inspirer de l'exemple du *Code civil hollandais* et poser une première disposition portant sur la classification des sources médiatees des obligations⁵¹. Mais cela, en fait, aurait exigé de la part du législateur de prendre position sur la question des sources formelles du droit et, plus spécifiquement, sur la délicate et sensible question du rôle de la jurisprudence. Cela est peut-être plus du ressort de la doctrine que d'un Code⁵².

Les efforts de classification des obligations semblent donc devoir se rapporter aux sources matérielles ou immédiates de celles-ci. Mais, nous l'avons vu, à l'exception de la classification retenue à l'article 1372 C.c.Q. (et la classification doctrinale entre acte et fait juridique), la confusion entre les niveaux de sources des obligations s'est introduite dans ces différents efforts de catégorisation. Nous verrons maintenant comment cette même confusion peut être problématique dans **l'application** de la théorie des sources.

C. Les répercussions de la confusion entre sources formelle et matérielle dans l'application des classifications traditionnelles

Afin de constater l'impact de cette confusion, nous pourrions relever plusieurs illustrations comme, par exemple, l'article 953 C.p.c. qui comporte une dichotomie plutôt étrange entre « l'obligation contractuelle et l'obligation extracontractuelle seule » ou encore

par la loi pour pouvoir créer des obligations. Mais, rappelons-le, ce n'est pas parce que la loi doit reconnaître un acte juridique pour qu'il produise des obligations que celui-ci est transformé en un fait juridique; tout acte juridique doit recevoir la reconnaissance légale; c'est simplement la forme de celle-ci qui peut varier. Voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 6; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 47, n° 66, p. 31-33.

⁵¹ Art. 6:1, *Code civil hollandais*, précité, note 25.

⁵² Cela soulève la question de ce que constitue un code ainsi que de la pertinence et du rôle d'une partie préliminaire à celui-ci, telle celle du *Code civil allemand*. Sur cette question, voir, entre autres : Octavian IONESCU, « Le problème de la partie introductive du Code civil », (1967) *R.I.D.C.* 579; *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 1, 1945, Paris, Dalloz, 1946. Force est de constater que le *Code civil du Québec* aborde – du moins partiellement – cette question, dans sa disposition préliminaire – en renvoyant aux principes généraux de droit – et, potentiellement, à l'article 2932 C.c.Q., en prévoyant l'existence d'une obligation provenant d'un jugement.

l'article 2932 C.c.Q. qui prévoit, sans autre explication, qu'une obligation peut provenir d'un jugement. Nous nous limiterons volontairement ici à une seule illustration de l'ambiguïté résultant, selon nous, de la confusion liée à la théorie des sources, à savoir la théorie des troubles de voisinage et le nouvel article 976 C.c.Q.

Sous l'ancien Code civil, à l'instar du *Code civil* français, aucune disposition ne prévoyait l'obligation d'indemniser les inconvénients anormaux causés à son voisin. Pourtant, la jurisprudence, tant française que québécoise⁵³, a développé une théorie des troubles de voisinage. La doctrine s'est alors interrogée quant à la source de cette obligation d'indemnisation. Dans sa thèse de doctorat portant sur la notion juridique de nuisance, Francis Caballero, après avoir qualifié les troubles de voisinage de « création purement prétorienne », recense une vingtaine d'explications doctrinales quant au fondement de cette théorie⁵⁴.

Nous retrouvons dans cette liste, entre autres explications, l'obligation légale ou coutumière de voisinage, l'équité, la faute objective, l'abus de droit, l'enrichissement sans cause ou encore la théorie du risque. Nous constatons, en observant cette énumération, que ces explications réfèrent, encore une fois à des niveaux distincts de source. Ainsi, lorsque l'on propose d'expliquer les troubles de voisinage par une obligation légale ou coutumière de voisinage, on cherche à trouver une source formelle (médiante) à l'obligation. Par contre, lorsque l'on propose la faute objective ou l'abus de droit, on se situe au niveau de la source matérielle, celle-ci devant nécessairement se rattacher à une source formelle qui n'est alors pas mentionnée. En l'occurrence, le recours à la notion de faute objective, mais surtout d'abus de droit, permet de se rattacher à la loi, alors source formelle de l'obligation – par les règles de la responsabilité civile. Or, les troubles de voisinage ne semblent pas nécessairement devoir impliquer une faute du propriétaire ou d'une tierce

⁵³ Francis CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 195. L'auteur fait remonter cette notion à un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1844. En droit québécois, voir : Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 188, p. 129 et 130; Pierre-Claude LAFOND, « L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit code (civil) de conduite à l'intention des voisins », (1999) 33 R.J.T. 225, 257.

⁵⁴ F. CABALLERO, *op. cit.*, note 53, p. 195 et 196.

personne, et c'est bien là la réelle spécificité de ce système d'indemnisation⁵⁵.

Il est alors fort difficile de voir en la loi la source formelle de l'obligation d'indemnisation liée aux troubles de voisinage. Force est de constater que la création de cette obligation spécifique d'indemnisation est issue d'une intervention purement jurisprudentielle dont la seule condition exigée est l'existence d'un « préjudice à autrui »⁵⁶. La source formelle serait alors la jurisprudence, soit de son propre pouvoir – si on l'admet –, soit en application d'une source formelle autre, à l'exclusion de la loi, en l'occurrence, la coutume ou encore un principe général de droit. Dans ce dernier cas, certains ont proposé qu'il s'agissait là d'une application de la théorie de l'enrichissement injustifié⁵⁷, de la théorie des risques⁵⁸ ou encore du bris de l'égalité entre voisins face au droit de propriété⁵⁹.

⁵⁵ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 53, n° 188, p. 129; Adrian POPOVICI, « La poule et l'homme : sur l'article 976 C.c.Q. », (1997) 99 *R. du N.* 214, 218 et la jurisprudence citée; François HÉLEINE, « Chroniques régulières. Des moyens de rejoindre les auteurs d'un trouble de voisinage », (1973) 33 *R. du B.* 518; (1974) 34 *R. du B.* 71; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 232. Ce dernier fait remarquer que les juges ne font pas toujours la distinction entre l'abus de droit, qui exige soit une malice, soit un comportement excessif et déraisonnable, et le trouble de voisinage qui survient dès qu'il y a présence d'inconvénients anormaux, même si ceux-ci sont causés par une utilisation licite du droit de propriété. Même s'il est d'avis que, sur un plan conceptuel, l'abus de droit se distingue de la responsabilité civile, le professeur Lafond fait état des liens de filiation existant entre les deux concepts : ils comportent un aspect illicite, l'exigence d'une faute (p. 246 et 247). En jurisprudence, voir : *Katz c. Reitz*, [1973] C.A. 230; *Commission des écoles catholiques de Montréal c. Lambert*, [1984] C.A. 179. Dans cette dernière décision, la juge L'Heureux-Dubé écrit : « Que le recours de l'intimée soit basé sur les articles 528, 406 ou 1054 C.c. [...], peu importe puisqu'il s'agit d'une obligation créée par la loi, à laquelle l'idée de faute est étrangère » (*id.*, 180).

⁵⁶ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 53, n° 188, p. 129. Ce que Francis Caballero admet d'ailleurs lui-même avant de trouver le fondement juridique à cette théorie : F. CABALLERO, *op. cit.*, note 53, p. 195.

⁵⁷ F. CABALLERO, *op. cit.*, note 53, p. 196.

⁵⁸ *Id.* Voir aussi : P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 256. Il nous semble qu'en ce qui concerne les troubles de voisinage, il s'agirait non pas de la théorie des risques classique, c'est-à-dire la prise en charge des risques créés par l'activité de l'auteur, mais bien un **partage** des risques liés à un état de fait – celui du voisinage – pouvant créer des inconvénients sans nécessité d'un acte humain.

⁵⁹ Henri de PAGE, cité dans A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 226, à la note 37. Reprenant cette idée, voir : *Gagnon c. Caron*, [1997] R.D.I. 579, 581 : « Le tribunal n'a pas à rechercher de faute spécifique dans le cas d'un tel trouble de

Ce principe général de droit, en suspension dans le Code, pourrait être la source formelle de l'obligation, mais nous pourrions également soutenir qu'il ne joue que le rôle de **principe justificatif** à la création, par une autre source formelle [légale, jurisprudentielle ou coutumière], d'une norme d'où découlera une obligation. Ces principes généraux peuvent résumer en quelques adages l'ensemble du droit civil⁶⁰. Leur principal rôle est d'influencer et de guider l'intervention du législateur, du juge, voire de la société [dans le cas de la coutume] dans la création de nouvelles normes. Ces principes justificatifs ne constituent pas la norme elle-même mais sa raison d'être⁶¹. Se questionner sur le principe justificatif, ce n'est pas se demander comment l'obligation naît, mais pourquoi naît-elle. Ainsi,

voisinage : il n'a qu'à constater que l'usage que fait Gestion de son droit de propriété est incompatible et empêche les demandeurs de jouir également de leur droit de propriété. La balance des droits respectifs en présence est rompue, de sorte qu'il y a lieu de rétablir l'équilibre ». Voir aussi : Cosmas P. YOCAS, *Les troubles de voisinage*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 125 et suiv., qui parle de « compensation due en raison de la rupture d'équilibre entre les droits de propriété respectifs » (p. 125 et suiv.).

⁶⁰ Henri MAZEAUD, « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », D.1935.chr.5. Il fait remarquer que ces grands principes d'équité, comme ceux de la responsabilité civile ou de l'enrichissement sans cause, peuvent absorber à eux seuls l'ensemble du droit civil. Il rappelle alors que ces principes doivent demeurer subsidiaires. Voir également : Marcel PLANIOL, « Classification des sources des obligations », *Rev. crit. lég. juris.* 1904.224, 232, pour qui, à l'extérieur du contrat, les obligations se résument toutes au principe de ne pas nuire à autrui sans droit. Gounot, quant à lui, énonce l'équité, l'intérêt général et la volonté privée : E. GOUNOT, *op. cit.*, note 23, p. 31. Domat écrivait : « Ainsi, en général, les règles qui commandent de rendre à chacun ce qui lui appartient, de ne faire tort à personne, de garder toujours la fidélité et la sincérité, et les autres semblables, ne commandent que les effets de l'amour mutuel » : Jean DOMAT, *Traité des lois*, dans « Oeuvres complètes », t. 1, Paris, Alex-Gobelet, 1835, p. 14. Ces principes relèvent plus du domaine de la philosophie ou de la morale que du droit : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, n° 224, p.195 qui, commentant les sources des obligations pour Savatier, est d'avis que les principes d'autonomie de la volonté, d'équivalence et de risque créé sont d'ordre philosophique. Ne serait-ce effectivement pas des principes justificatifs [philosophiques et sociologiques] et non des sources d'obligation? On pourrait également relever la bonne foi : Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 344; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 134.

⁶¹ Le professeur Xavier Dieux (*loc. cit.*, note 29) conteste le rôle purement « méta-juridique » des principes généraux de droit. Cette opinion semble simplement reposer sur une fusion que l'auteur fait entre la jurisprudence et les principes généraux de droit. Pour lui, la jurisprudence ne crée pas de nouvelles obligations;

on s'entend aujourd'hui pour dire que la force obligatoire du contrat tire sa source de la loi, agissant ici comme source formelle habitatrice. Mais le fondement de cette force obligatoire doit se trouver, lui, dans la raison pour laquelle la loi reconnaît au contrat le pouvoir de créer une obligation civile⁶². Cette justification peut se trouver dans le respect des principes du juste et de l'utile⁶³, dans la confiance légitime créée par la manifestation de volonté⁶⁴, dans la sauvegarde de la sécurité des transactions⁶⁵ ou tout simplement, dans le devoir général de ne pas nuire à autrui.

Nous avons déjà dit que la justification de la théorie des troubles de voisinage nous semblait se trouver dans la nécessité d'un partage des risques inhérents à une vie en société et cela a dû être la motivation des tribunaux dans l'élaboration et l'application de cette théorie, et celle du législateur dans la codification de celle-ci à l'article 976 C.c.Q. Mais, puisque le principe justificatif est principalement utile lors de la **création** de la norme, cette question devient aujourd'hui, en présence d'une disposition législative, accessoire ou utile dans la seule optique de son interprétation⁶⁶.

elle ne fait que déclarer une obligation qui, par le biais d'un principe général de droit, préexiste en « suspension » dans le code. À la limite, nous pourrions adopter ce même raisonnement pour toute règle de droit, même légale; il y a toujours un principe qui justifie la norme. Il nous semble plutôt préférable de cantonner les principes généraux de droit dans un rôle distinct, soit celui d'élément justificatif.

⁶² Voir : Hans Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940.33, 47; Catherine THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.357, 374 : « *Le fondement désigne ici, non plus la norme supérieure, mais la justification du contenu de cette norme. Pourquoi le droit positif confère-t-il force obligatoire au contrat? Car il est conforme à des valeurs supérieures qu'il appartient à la doctrine de découvrir et de définir* ». Voir également : Stéphane DARMAISON, *Le contrat moral*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 94 : « Le contrat n'a jamais eu besoin d'un article 6 ou 1134 du Code civil pour produire ses effets. Son véritable socle est la volonté des sujets de droit qui décident de s'engager. Sa force obligatoire provient tant du respect d'autrui que de la notion de réciprocité ».

⁶³ J. GHESTIN, *loc. cit.*, note 42, 12.

⁶⁴ Voir, à propos de cette théorie (exprimée par E. Lévy) : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p.232 et, plus récemment : X. DIEUX, *loc. cit.*, note 29.

⁶⁵ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général - Sources des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, p. 31.

⁶⁶ A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 252. Le professeur Lamontagne lie le fondement des troubles de voisinage à la responsabilité civile : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 231, p. 157.

La codification de la théorie prétorienne des troubles de voisinage rend la source formelle de cette obligation indubitablement légale. Quant à la source matérielle – ou immédiate –, c'est-à-dire les conditions qui doivent se produire pour que la norme légale s'applique et crée, dans le réel, un lien civil, l'article 976 C.c.Q. ne semble contenir qu'un seul élément, soit l'existence d'inconvénients anormaux⁶⁷ causés à un voisin⁶⁸. Ce qui ressort de cette disposition, c'est que l'anormalité est liée aux inconvénients – résultat – et non pas à un acte humain – déclencheur⁶⁹. Pour faire un parallèle avec la responsabilité civile, la condition d'anormalité réfère uniquement au **dommage** et non pas à une quelconque **faute**. Cela ne veut pas dire qu'un acte humain licite ou illicite ne puisse pas être impliqué dans la création des inconvénients anormaux, cela signifie seulement qu'il n'interviendra pas nécessairement⁷⁰. Ainsi, les troubles liés à l'infestation d'un arbre par des insectes⁷¹ ou aux racines d'arbres⁷² devraient pouvoir être indemnisés aux termes de l'article 976 C.c.Q. sans nécessité d'une preuve de faute, même par omission. Au surplus même la preuve d'un cas fortuit ne devrait pas être un motif d'exonération aux termes de l'article 976 C.c.Q.⁷³. En effet, ce que vise [principe justificatif] cette règle est le juste partage des risques inhérents à la vie en société. Puisque quelqu'un doit ultimement supporter le préjudice – même si personne n'est fautif –, le législateur a opté pour la personne qui a le lien le plus

⁶⁷ En fait, cette lecture de l'article 976 C.c.Q. en est une inversée car cette disposition, littéralement, impose plutôt le devoir de supporter les inconvénients normaux dus au voisinage que celui d'indemniser pour les troubles anormaux : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 226. Voir : *Lac Beauport c. Bisson*, [2000] R.D.I. 396 (C.S.).

⁶⁸ Quant à la question de savoir ce qu'est un voisin aux termes de cette disposition, nous référons le lecteur au texte de A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 243; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 235.

⁶⁹ P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 234; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 221, 226.

⁷⁰ P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 234 et 235.

⁷¹ *Juneau c. Cormier*, [1999] R.D.I. 495, 499 (C.S.). Le juge conclut au contraire que l'article 976 C.c.Q. « ramène le fondement théorique de troubles de voisinage à celui d'abus de droit et de faute ou d'omission négligente, plutôt qu'à la théorie du risque inhérent au droit de propriété ».

⁷² *Delisle c. Foti*, J.E. 2000-1133 (C.S.) (dans cette décision, le tribunal a également appliqué l'article 985 C.c.Q.); *Beauwillier-Aubert c. Clément*, [2000] R.D.I. 521 (C.S.).

⁷³ *Contra* : *Juneau c. Cormier*, précité, note 71, 499 : En plus du motif de l'absence de faute, le juge justifie le refus de l'action sous l'article 976 C.c.Q. par le fait que l'infestation d'insectes s'apparente à un cas fortuit.

étroit avec la cause du dommage, soit le propriétaire⁷⁴. La codification de la théorie des troubles de voisinage est alors une illustration de ce que signifie le terme « fait » à l'article 1372; la norme légale n'agit pas seule, mais elle est déclenchée par un fait qui ne provient pas – ou pas nécessairement – de l'homme⁷⁵. L'intervention même de l'humain n'étant pas requise, celle-ci, qu'elle soit fautive ou non, ne changera rien à l'application de l'article 976 C.c.Q.⁷⁶.

Nous retrouvons donc comme différentes sources de l'obligation de l'article 976 C.c.Q. :

Principe justificatif : le partage des risques de la vie en société
 Source formelle : la loi
 Source matérielle : l'existence d'un trouble anormal causé à un voisin

Malgré le libellé de l'article 976 C.c.Q., la doctrine discute encore de savoir s'il s'agit là réellement d'une responsabilité sans faute⁷⁷ ou plutôt d'une manifestation particulière de l'abus de droit ou l'énonciation d'un devoir qui, une fois violé, résulte en une faute aux termes de l'article 1457 C.c.Q.⁷⁸. En ce qui nous concerne, nous sommes d'avis que l'article 976 C.c.Q. ne comporte aucunement la notion de

⁷⁴ Ce choix législatif répond de la même logique que l'article 1456 C.c.Q. qui prévoit que, quel que soit le propriétaire, les risques du bien vendu demeure, en principe, à celui qui détient la possession ou le contrôle de la chose.

⁷⁵ D. LLUELLES et MOORE, *op. cit.*, note 47, n° 72, p. 33.

⁷⁶ Par ailleurs, si l'intervention humaine est fautive, la victime pourra vraisemblablement utiliser le régime de l'article 1457 C.c.Q. ou encore l'abus de droit de l'article 7 C.c.Q. : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 231 et suiv. (plus particulièrement 236 et 237).

⁷⁷ En faveur de cette thèse : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 231 : « Si la faute en vertu de l'article 976 n'est pas le critère de la responsabilité, c'est qu'il est non pertinent qu'il y ait faute ou pas. Notre position est que la règle de l'article 976 transcende l'idée de faute et s'applique à toutes les relations qui peuvent être circonscrites dans le cercle du voisinage »; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 234. En jurisprudence, voir : *Achard c. Restaurant Le Jardin de Danos*, [2000] R.R.A. 582 (C.Q.); *Lessard c. Bernard*, [1996] R.D.I. 210 (C.S.) et la jurisprudence citée dans P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 257. La Cour d'appel (à la majorité) semble avoir tranché la controverse en faveur de cette thèse : *Gourdeau c. Letellier-de-St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195 (C.A.).

⁷⁸ Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235, aux pages 266 et 267 (pour le professeur Masse, il s'agit d'un régime de responsabilité avec faute présumée); Pierre DESCHAMPS, « Les conditions générales de la responsabilité civile du fait personnel », dans *Collection*

faute et que le recours à l'article 1457 C.c.Q. est inutile. En effet, l'article 976 C.c.Q. contient la **condition** d'application ou de création du lien obligationnel ainsi que, quoique de manière implicite, la **résultante** de cette condition, soit l'indemnisation. Son application peut, et devrait donc, être autonome.

Si le renvoi à l'article 1457 C.c.Q. est inutile, il nous semble qu'il est également critiquable, la condition légale de l'article 976 C.c.Q. n'étant pas en relation avec une conduite de l'homme mais uniquement avec un résultat qui peut en être indépendant. Il est donc difficile, selon nous, de soutenir qu'il y a alors faute lorsque les troubles anormaux de l'article 976 C.c.Q. peuvent provenir d'une situation hors du contrôle du propriétaire. Seul le résultat compte, non le comportement. Comme l'écrit le professeur Popovici, la « *faute* reste donc une erreur de *comportement* qui doit être jugée à la lumière des *règles de conduite* qui s'imposaient »⁷⁹. Or, non seulement cette erreur de comportement n'est pas nécessaire aux termes de l'article 976 C.c.Q., mais la seule condition d'application ne porte même pas sur un comportement humain mais sur un résultat – des inconvénients anormaux – qui peut être totalement indépendant de tout comportement humain fautif ou non. Il nous semble, par conséquent, que non seulement l'article 976 C.c.Q. n'est pas un

de droit, École du Barreau du Québec, vol. 4, p. 15, à la page 28 (pour cet auteur, la violation de l'article 976 constitue une faute au sens de l'article 1457; cette faute est donc prouvée lorsque l'on a démontré que l'inconvénient est anormal face aux circonstances et excède les limites de la tolérance); D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 66, n° 251, p. 151 et suiv.; Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) *C. de D.* 435, 442. En jurisprudence voir : *Milot c. 3103-6965 Québec Inc.*, J.E. 2000-1830 (C.S.); *Poisson c. Corporation du comté d'Arthabaska*, [1999] R.D.I. 375 (C.S.); *Nobert c. Lavoie*, [1999] R.R.A. 1 (C.A.) (sans appliquer l'article 976 C.c.Q., le juge Baudouin réfère à cet article en conjonction avec l'article 7 C.c.Q. et la théorie de l'abus de droit); *McNamara c. Congrégation des sœurs des Saints Noms de Jésus et de Marie*, J.E. 95-388 (C.S.); *Ville de St-Eustache c. 149644 Canada Inc.*, J.E. 96-1552 (C.S.). Également, voir certaines décisions qui réfèrent tant à la théorie de l'abus de droit qu'à l'article 976 C.c.Q., rendant difficiles de connaître l'opinion du tribunal quant à l'interprétation de l'article 976 C.c.Q. spécifiquement : *Caron c. Devos*, [1999] R.R.A. 724 (C.S.); *Gauthier c. Roy*, [1999] R.D.I. 87 (C.S.); *Christopoulos c. Restaurant Mazurka*, [1998] R.R.A. 334 où la Cour d'appel est d'avis que l'affaire *Lapierre*, [1985] 1 R.C.S. 241, a écarté la responsabilité sans faute sous le *Code civil du Bas Canada* et semble, en citant le professeur Masse, penser que l'article 976 C.c.Q. n'est pas un régime de responsabilité sans faute (p. 350 et 351); *Hogue c. Brassard*, [1997] R.D.I. 563 (C.S.).

⁷⁹ A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 229.

cas de responsabilité avec faute, mais nous pourrions à la limite soutenir – comme certains auteurs sont tentés de le faire⁸⁰ –, qu'il ne s'agit tout simplement pas de responsabilité civile.

À l'origine, la responsabilité civile nécessite la preuve, par la victime, de la faute de l'auteur. La faute est une condition légale pour que l'obligation naisse, elle est la source matérielle de l'obligation [un délit ou un quasi-délit]⁸¹. Puis, pour des raisons variables, on a vu apparaître des régimes de responsabilité spécifiques où cette **faute est présumée**⁸², voire où **la responsabilité de l'auteur** est présumée⁸³. Le premier régime – celui de la faute présumée – n'est pas en soi une exception à la nécessité de la faute, mais un simple renversement du fardeau de la preuve. Quant au second, si seules la force majeure ou la faute d'un tiers peut permettre au défendeur de s'exonérer, il reste qu'il y a – du moins dans la responsabilité

⁸⁰ P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 267; François FRENETTE, « Les troubles de voisinage », dans *Développements récents en droit immobilier*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, 145, 152; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 222, à la note 28 (qui soulève la possibilité mais la rejette). En droit français, voir : Jean CARBONNIER, *Droit civil – 3- Les biens*, Paris, PUF, 1979, n° 59, p. 265 : « Pourquoi ne pas sortir du droit de la responsabilité? »; cet auteur propose l'enrichissement sans cause; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil – Les biens*, Paris, Cujas, 1994-1995, n° 1070, p. 309. Sur le caractère « tout à fait particulier » de la théorie des troubles de voisinage, voir : Geneviève VINEY, *Traité de droit civil – Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, n° 243, p. 444.

⁸¹ J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 53, n° 7, p. 4.

⁸² Responsabilité des parents (art. 1459 C.c.Q.), des éducateurs (art. 1460 C.c.Q.) et du gardien d'une chose (art. 1465 C.c.Q.). Voir J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 53, p. 383 et suiv. pour 1459 C.c.Q.; p. 405 et suiv. pour 1460 C.c.Q. et p. 492 et suiv. pour 1465 C.c.Q.

⁸³ Responsabilité du commettant (art. 1463 C.c.Q.) et pour le fait des animaux (art. 1466 C.c.Q.). Voir J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 53, p. 417 et suiv. pour 1463 C.c.Q. et p. 530 et suiv. pour 1466 C.c.Q. Pour ce qui est de la responsabilité du propriétaire pour la ruine d'un immeuble (art. 1467 C.c.Q.), le régime est particulier. Certes le propriétaire est présumé responsable mais uniquement après que le demandeur ait prouvé un préjudice résultant de la ruine de l'immeuble elle-même issue d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction. Il y a bien là preuve d'une faute d'une tierce personne (voir d'ailleurs : C. MASSE, *loc. cit.*, note 78, 267, qui range ce régime de responsabilité dans la responsabilité pour faute simple). Quant aux moyens de défense – une fois la responsabilité présumée –, la force majeure semble, en toute logique, ne pas pouvoir être opposée, puisqu'en ce cas, le fardeau initial du demandeur – afin d'établir la présomption de responsabilité et de bénéficier du régime particulier de 1467 C.c.Q. – n'aurait pu être rempli; *contra* : J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 53, p. 518.

sous 1463 et 1467 C.c.Q. – l'existence d'une faute ou, à tout le moins, d'un comportement humain provenant d'une tierce personne. Il ne reste alors plus que la responsabilité des animaux qui se rapproche du régime de l'article 976 C.c.Q.⁸⁴. Or, même ce régime de responsabilité sans faute se distingue des troubles de voisinage.

Premièrement, il semble, comme nous l'avons déjà dit, que la force majeure ne doit pas pouvoir exonérer le défendeur et ce, contrairement au régime de responsabilité pour le fait des animaux⁸⁵. Également, dans le cas de la responsabilité des animaux, si l'on retient qu'il s'agit là d'un régime de responsabilité sans faute, le **principe justificatif** en est la théorie des risques; l'homme a créé un risque en apprivoisant un animal ou, plus globalement, en l'intégrant dans la société, il doit alors en supporter les conséquences. Il y a donc présence d'une intervention – à tout le moins dans l'esprit de la disposition – de l'humain⁸⁶. Ce n'est pas le cas dans l'article 976 C.c.Q.⁸⁷. Le principe justificatif n'est pas la **création d'un risque** mais le **partage du risque** de vie en société; en ce

⁸⁴ Pour le bâtonnier Masse, l'article 1466 C.c.Q. est le seul régime de responsabilité sans faute : C. MASSE, *loc. cit.*, note 78, 267, à la note 97. Selon nous, il y a, à tout le moins, deux autres cas, soit les articles 985 et 988 C.c.Q. [encore là, est-ce vraiment de la responsabilité civile?], voire même l'article 56 C.c.Q. : ADRIAN POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? », (1998-1999) *Mer. Mem. Lect.* 49, 66 : « Par exemple, en matière de protection du nom, les articles 55 et 56 me semblent édicter une norme de conduite et la sanction qui en résulte, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la notion traditionnelle de faute ». Voir également : P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 53, 264.

⁸⁵ Voir : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 230 : concernant les moyens de défense du défendeur, l'auteur cite l'absence de causalité et le caractère normal des inconvénients. Ces moyens constituent simplement l'absence d'une des conditions de l'article 976 C.c.Q.

⁸⁶ *Contra* : C. MASSE, *loc. cit.*, note 78, 267, à la note 97, qui, une fois soulevé que ce régime est la seule illustration de la responsabilité sans faute, énonce « qu'il ne concerne pas le comportement humain ».

⁸⁷ Il en est de même pour l'article 985 C.c.Q. concernant les dommages dus aux racines ou aux branches. En effet, le propriétaire peut avoir acheté le terrain dans cet état et n'est donc aucunement actif dans la nuisance causée. Certes, il peut arriver des cas où le propriétaire a commis une faute, en plantant l'arbre trop près du terrain de son voisin, mais cette intervention n'est pas **nécessaire** aux termes de l'article 985 C.c.Q. Les seules conditions sont l'existence d'une nuisance sérieuse causée par des racines ou branches du fond voisin. Il nous semble que l'article 985 C.c.Q. ne soit qu'une application particulière de l'article 976 C.c.Q. Ils peuvent d'ailleurs être utilisés conjointement : *Delisle c. Foti*, précité, note 72.

sens, l'humain n'est même pas directement impliqué dans l'existence du risque en question.

Or, nous pensons que pour être réellement du domaine de la responsabilité civile *stricto sensu*, il doit y avoir une intervention minimale de l'humain comme condition – source matérielle. Cette intervention peut être réelle – ou présumée l'être –, provenir du fait de l'auteur ou d'autrui, mais elle doit exister. Dans le cas de l'article 976 C.c.Q., il nous semble, pour reprendre la phraséologie de la classification traditionnelle, que c'est la loi seule qui est la source de l'obligation ou, aux termes de l'article 1372 C.c.Q., que c'est un « fait » et non un « acte » qui produit matériellement l'obligation; c'est un « engagement de situation »⁸⁸. Sans être fausse⁸⁹, l'utilisation de la responsabilité sans faute pour décrire l'article 976 C.c.Q. est inutile et source de confusion. Il ne faut pas oublier que si la responsabilité civile est une source importante d'obligation légale, elle n'est pas la seule. Or, nous observons une certaine tendance à vouloir absorber tout le domaine du droit des obligations dans la seule responsabilité⁹⁰, ce qui est possible dès qu'on soutient, en présence de l'inexécution d'une obligation, que l'on n'est plus obligé à quelque

⁸⁸ Expression empruntée à M. Douchy, *op. cit.*, note 16, p. 216.

⁸⁹ En effet, la responsabilité comprise – dans son sens large – comme étant « la situation juridique engendrant l'obligation de réparer le dommage causé (éventuellement par la faute) et impliqu[ant] qu'un dommage a été causé et subi [...] » (A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 55, 229) peut inclure l'article 976 C.c.Q. dans son domaine. Voir également les définitions du *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note 8. La première, très globale, vise l'« obligation de répondre d'un dommage devant la justice ». Mais les définitions plus spécifiques à la responsabilité civile réfèrent toujours à un dommage que l'on a causé, ce qui semble impliquer une intervention personnelle – ou dans les cas spécifiques – une intervention d'autrui.

⁹⁰ Voire dans certains autres domaines du droit civil. Ainsi, dans l'affaire *Beaucaire c. Lavigne*, [1996] R.J.Q. 1970 (C.S.), le juge réfère à la théorie de l'abus de droit dans le cadre de l'application de l'article 54 C.c.Q. concernant le pouvoir du Directeur de l'État civil de refuser un nom qui déconsidère l'enfant. Ce recours est faux et inutile. Il est faux car les parents n'ont pas un **droit** de déterminer le nom de leur enfant; ils ont plutôt une liberté ou une discrétion ou voire même un devoir de ce faire. Il est inutile car les notions d'abus de droit, de faute ou de responsabilité ne sont pas pertinentes à l'article 54 C.c.Q. qui impose une limite au choix du nom et donne au Directeur de l'État civil un pouvoir de contrôle. Dans le cadre d'une telle action, le juge n'a alors qu'à se demander si les noms « prêtent au ridicule ou sont susceptibles de déconsidérer l'enfant » – la résultante – sans se soucier de l'état d'esprit ou de la raisonnable du geste des parents – le déclencheur.

chose mais que l'on en devient *responsable*⁹¹. Comme le soutenait le professeur Mazeaud, le principe de réparation du dommage causé à autrui peut, à peu près à lui seul, expliquer – ou justifier – l'ensemble du *Code civil* et anéantir ainsi toute distinction possible, mais, écrivait-il⁹² :

encore n'est-il pas inutile de le rappeler aux tribunaux qui ont tendance à l'oublier : l'action en réparation du préjudice fondée sur les articles 1382 et suiv. comme l'action de in rem verso n'est qu'une action « subsidiaire ». Nous pouvons demander réparation du préjudice qui nous a été causé fautivement, mais à la condition que le législateur n'ait pas spécialement prévu le dommage que nous subissons, soit pour nous contraindre à le supporter sans indemnité, auquel cas nous ne pouvons rien réclamer, soit pour soumettre à certaines conditions plus ou moins strictes sa réparation ou le quantum de l'indemnité, auquel cas nous sommes tenus de nous incliner devant cette réglementation.

Nous sommes d'avis qu'en l'occurrence, l'article 976 C.c.Q. prévoit des conditions spécifiques suffisantes pour non seulement être autonome de l'article 1457 C.c.Q., mais également pour s'éloigner de la responsabilité civile proprement dite. À l'instar de l'obligation alimentaire, il s'agit d'une obligation légale distincte de la responsabilité, quoique s'en rapprochant – contrairement à l'obligation alimentaire⁹³ – en ce qu'elle constitue une indemnisation.

Nous pensons donc que l'analyse de la source d'une obligation doit se faire en recourant systématiquement aux notions de principe justificatif, de source formelle (ou médiate) et de source matérielle (ou immédiate). Une telle analyse nous semble nécessaire afin de bien comprendre la classification qui doit en être faite. Mais si cette analyse est nécessaire, elle n'est pas encore suffisante.

⁹¹ Voir, par exemple, la définition très large de Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsables », *Arch. phil. dr.* 1977.22.45, 51 : « Sont responsables [...] tous ceux qui peuvent être convoqués devant quelque tribunal, parce que pèse sur eux une certaine obligation, que leur dette procède ou non d'un acte de leur volonté libre ».

⁹² H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 60, 6.

⁹³ Mais encore là, si on reprend le raisonnement proposé par certains concernant le fait que la violation de l'article 976 C.c.Q. constitue une faute que l'on doit indemniser, on pourrait prétexter que le non-accomplissement spontané de l'obligation alimentaire constitue une faute et que l'action en obligation alimentaire en est une en responsabilité...

II. L'insuffisance de la classification : de la source formelle à la source normative

Malgré les confusions liées au sens du terme « source » dans les classifications traditionnelles, il demeure manifeste que l'effort de catégorisation doit se situer au niveau de la source matérielle de l'obligation. Sur ce point, d'un critère de distinction portant, en droit romain, sur le caractère licite ou non de l'événement générateur⁹⁴, l'analyse s'est, avec le temps, déplacée sur le caractère volontaire ou non de la source⁹⁵.

Or, le débat a alors plutôt porté, implicitement – voire involontairement –, sur la volonté comme source formelle, autonome et suprême de l'obligation et non comme source matérielle. Ce débat, et ce désir affiché de faire de la volonté une source **au même niveau** que la loi, semble avoir occulté les différents rôles que la volonté pouvait accomplir dans la création de l'obligation. Aujourd'hui, la majorité des auteurs s'entend pour soutenir que la volonté porte en elle une force créatrice d'obligation, mais uniquement par la délégation ou l'habilitation de la loi. C'est une volonté mécanisme⁹⁶, ou instrument. Elle est la cause matérielle ou encore instrumentale⁹⁷ de l'obligation; elle n'est pas la source formelle mais la source matérielle (l'occasion) de l'obligation. La volonté joue alors le rôle d'un élément « déclencheur » du droit objectif⁹⁸ ou encore d'une « condition » prévue par celui-ci⁹⁹.

Il faut, par ailleurs, se garder de passer d'un dogme à un autre. Si nous adoptons le postulat que la volonté est hétéronome du droit objectif, et qu'en ce sens la volonté n'est qu'une condition – source

⁹⁴ Voir en ce sens la première classification de Gaius, retrouvée dans les *Institutes* de cet auteur (contrat – délit) : B. MOORE, *loc. cit.*, note 6.

⁹⁵ Pensons aux classifications de Domat (convention – sans convention), aux classifications traditionnelles (du Code civil français et du *Code civil du Bas Canada*) et, surtout, à celles entre l'acte et le fait juridique : B. MOORE, *loc. cit.*, note 6.

⁹⁶ Vincent GAUTRAIS, « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé », (1996) 37 *C. de D.* 121, 168.

⁹⁷ E. GOUNOT, *op. cit.*, note 23, p. 450; V. RANOUIL, *op. cit.*, note 44, p. 148.

⁹⁸ Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 25, p. 37.

⁹⁹ M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, note 2, n° 76, p. 63.

matérielle –, à l'instar du fait juridique *stricto sensu*¹⁰⁰, il demeure que, contrairement à ce dernier, la manifestation de volonté peut jouer un rôle plus ou moins important dans la création du lien obligationnel. Cet aspect protéiforme de la volonté porte en fait sur l'étendue de son pouvoir de prévision, ou encore de détermination du contenu de l'obligation. Nous revenons à la distinction qu'opérait Gounot entre l'obligation naissant *ex voluntate* (la volonté détermine le contenu de l'obligation) et celle naissant *cum voluntate* (la volonté ne fait que déclencher l'obligation prévue)¹⁰¹. Mais, contrairement à Gounot, l'objectif de cette distinction ne doit pas être de limiter le rôle réel de la volonté au premier cas, mais uniquement de constater que la volonté, condition légale – source matérielle –, joue dans les deux cas un rôle distinct.

Prenons pour base d'analyse la classification qui oppose le plus clairement les sources des obligations sur le critère de la volonté, soit l'acte juridique et le fait juridique. La doctrine n'a jamais réellement réussi à déterminer le critère devant différencier le fait juridique *stricto sensu* de l'acte juridique. On a proposé des critères qui, quoique reposant tous sur la volonté, se distinguent par la conception du rôle de celle-ci. Ainsi, classiquement, on exige, pour qu'un fait juridique *lato sensu* constitue un acte juridique, que la volonté soit orientée vers le résultat juridique et non seulement sur le fait matériel¹⁰². Mais on a immédiatement reproché à ce critère de donner des résultants mouvants, selon que l'auteur de la manifestation de volonté connaissait ou non les effets juridiques devant se pro-

¹⁰⁰ Rappelons que l'expression « fait juridique » comporte deux sens : un premier, large, qui inclut tout fait produisant des effets juridiques – dont l'acte juridique – et un, plus restreint, limité aux faits produisant des effets juridiques sans la volonté de l'auteur.

¹⁰¹ Voir : Benoît MOORE, « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère incertain », (1997) 31 R.J.T. 277, 290. Cette distinction faite par Gounot avait pour but de déconsidérer le rôle de la volonté et de limiter au simple contrat – voire même qu'à certains contrats – la notion d'acte juridique. En ce sens, voir : R.E. DE MUNAGGORI, *op. cit.*, note 24, p. 72. Concernant ce rôle protéiforme de la volonté, voir également la distinction de Duguit entre acte – règle, acte – condition et acte – subjectif : B. MOORE, *id.*, 287. Cette idée se retrouve également dans certaines propositions de classification des sources des obligations. Voir : J.P. MOLITOR, *op. cit.*, note 16, p. 21 et 22. L'auteur divise les obligations en objectives (celles qui reçoivent leur détermination de la loi, fondée sur des considérations d'équité, telle l'obligation alimentaire) et subjectives (qui reçoivent leur détermination du fait même, telle l'obligation issue de la convention).

¹⁰² Voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 101. 288.

duire. Certains auteurs ont alors tenté d'affiner ce critère en ajoutant que la volonté doit être nécessaire à la création des effets de droit, sans quoi on demeure face à un fait juridique *stricto sensu*¹⁰³. Enfin, Gounot, dans sa très célèbre thèse sur l'autonomie de la volonté, proposait que la détermination du **contenu** (obligation *ex voluntate*) des effets de droit doive être nécessaire pour que la source soit réellement un acte juridique¹⁰⁴. Ce critère, élaboré dans une volonté affirmée de reconsidérer la théorie de l'autonomie de la volonté, fut fortement critiqué puisqu'il réduit au seul contrat – et même à certains contrats seulement – la catégorie de l'acte juridique. Devant cette difficulté irrésolue, certains auteurs modernes proposent d'adopter un critère plus souple qui repose sur un acte de prévision dont le critère est la cause : « Ce n'est donc pas dans la subordination de l'effet à la volonté que l'on trouvera le critère mais dans la nature du lien qui les unit et qui constitue, au sens plein du terme, la cause catégorique de l'acte juridique »¹⁰⁵.

Lorsque nous replaçons la problématique de l'opposition entre l'acte et le fait juridique dans un contexte plus général, la première distinction, de base, porte sur le type de fait matériel impliqué : manifestation de volonté pour l'acte, autre type d'événement pour le fait. Si nous poussons plus loin l'analyse, nous réalisons alors que le lien entre la loi – ou la source formelle – et la source matérielle peut également diverger selon les circonstances.

Ainsi, dans le cas du fait juridique, la loi prévoit comme condition de création du lien obligationnel, l'accomplissement d'un ou plusieurs événements quelconques. Par exemple, pour l'existence d'une obligation alimentaire, l'article 585 C.c.Q. exige l'existence d'un lien matrimonial ou d'une filiation au premier degré; pour les troubles de voisinage, l'article 976 C.c.Q. exige la présence d'inconvénients anormaux, enfin pour la responsabilité civile, l'article 1457

¹⁰³ *Id.*, 292.

¹⁰⁴ *Id.*, 290.

¹⁰⁵ Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971, n° 155, p. 276. Voir également : M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, note 2, n° 299, p. 202. Pour cette auteure, on doit faire éclater la classification : « Au lieu donc de raisonner comme si, dans la réalité, il n'existait que deux possibilités, il serait possible de considérer que l'acte juridique et le fait juridique ne sont que les deux pôles extrêmes, et en pratique rarement accessibles, par rapport auxquels il faut situer les divers agissements de l'homme pris en compte par le droit » (p. 205).

C.c.Q. exige, en principe, l'existence d'une faute causant un dommage. Une fois ces conditions légales rencontrées, la loi donne également le résultat, c'est-à-dire l'obligation précise qui découle de la réalisation concrète de ces faits; la loi prévoit alors le contenu normatif de l'obligation. Ainsi, pour reprendre les mêmes exemples, de l'accomplissement des conditions de l'article 585 C.c.Q. découle le paiement d'aliments – comme le déterminent les dispositions qui suivent –, ou, de l'existence des conditions des articles 976 ou 1457 C.c.Q. résulte l'indemnisation de la victime. Nous constatons, dans ces cas, que la source formelle prévoit les conditions et le résultat; pour l'application de la norme, on se limite donc à **constater** la survenance des conditions et à **imposer** le résultat. La condition constitue alors uniquement la source matérielle de l'obligation, la loi fait le reste : elle est source formelle **et** normative (ou source – contenu) puisqu'elle porte en elle, à l'avance, le contenu déterminé (ou déterminable) de l'obligation.

Si, par contre, nous examinons l'acte juridique, la condition légale – source matérielle – pour fonder l'existence d'une obligation est toujours identique : la manifestation d'une ou plusieurs volontés. Une fois que cette volonté existe valablement, la source formelle prend racine dans le réel et le lien obligationnel naît. Par ailleurs, et contrairement au fait juridique, la source formelle peut porter en elle le contenu de l'obligation ou se limiter à pourvoir une habilitation au profit de la déclaration de volonté, afin de déterminer ce contenu¹⁰⁶. Dans le premier cas, la manifestation de volonté ne joue, à l'instar du fait juridique, que le rôle de source immédiate, condition purement matérielle au déclenchement d'une obligation légale, alors que dans le second cas, la loi se limite à déléguer à la volonté le pouvoir de déterminer la substance de l'obligation. La volonté est alors, en plus de la source immédiate, la source normative (ou contenu) de l'obligation.

Cette distinction entre la source matérielle qui ne fait que déclencher l'obligation et la source normative se retrouve, expres-

¹⁰⁶ Voir : G. WICKER, *op. cit.*, note 98, n° 74, p. 79 : « Nous avons vu en effet précédemment que, pour que la volonté ait valeur juridique, il suffisait que le sujet ait émis une décision relativement au principe de l'acte; peu importe, du point de vue de la fiction, qu'il en ait voulu l'ensemble des dispositions, celles-ci pouvant être déterminées autoritairement par la norme, ou unilatéralement par le cocontractant ».

sément ou non, chez plusieurs auteurs¹⁰⁷. Nous pouvons également reprendre la classification que Hart opère entre les règles de droit primaire et secondaire. Ainsi, dans les cas où la loi comporte la condition et le contenu de l'obligation, celle-ci est une règle primaire c'est-à-dire qu'elle prescrit « à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements qu'ils le veulent ou non »¹⁰⁸. Dans le cas où la loi se contente d'habiliter la volonté à déterminer un contenu à l'obligation, la loi est alors une « règle secondaire de changement », c'est-à-dire qu'elle habilite les individus à modifier les règles; la règle primaire est alors l'acte juridique lui-même¹⁰⁹.

En fait, cette distinction, en fonction du rôle que joue la volonté dans l'acte juridique, revient à la classification que faisait Duguit entre acte – condition et acte – subjectif¹¹⁰ ou encore à celle de Gounot entre les obligations *ex voluntate* et les obligations *cum voluntate*. Mais, contrairement à ce dernier auteur¹¹¹, selon nous, tant la volonté qui forge le contenu que celle qui ne fait que déclencher l'obligation devraient obtenir la qualification d'acte juridique puisque c'est dans l'élément formateur de l'obligation – qui est ici le même – que

¹⁰⁷ Voir par exemple : H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 60, 16 (qui écrit que « tantôt la loi opère directement, tantôt par l'entremise des parties »); la distinction entre obligation médiate et immédiate qui, selon Weber, oppose l'obligation qui trouve sa cause efficiente et déterminante dans le fait de l'homme que la loi ne fait que sanctionner (médiate) à l'obligation qui trouve sa cause efficiente et déterminante dans la loi et dont le fait n'opère que comme condition (immédiate) (voir : J.-P. MOLITOR, *op. cit.*, note 16, p. 21); M. DOUCHY, *op. cit.*, note 16, p. 203 et 204; Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p. 637 : « Logiquement, la distinction entre le contrat et le délit est simple et claire : le délit détermine seulement le jeu de normes qui lui sont extérieures, le contrat a par lui-même, un contenu normatif; en cas de délit la règle de conduite est seulement dans la loi, en cas de contrat, elle est dans le contrat même ». On peut alors également parler de production verticale du droit dans le cas de la loi et de production horizontale lorsque l'acte juridique détermine le contenu : Denis ALLAND, « Ouverture – Le contrat dans tous ses états », *Droits* 1990.12.1, 3.

¹⁰⁸ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté de l'Université St-Louis, 1976, p. 105.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 120 et suiv.

¹¹⁰ Voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 101, 287.

¹¹¹ *Id.*, 290. Voir également : J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 16, qui définissent l'acte juridique comme « des actes volontaires, spécialement accomplis en vue de produire des effets de droit dont la nature **et la mesure** sont elles-mêmes voulues [...] » (p. 51); Gaetano MORELLI, « Cours général de droit international privé », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, (1956) I, Leyden, 1957, 439, 588.

doit se situer le critère de catégorisation¹¹². Ainsi le mariage, la reconnaissance volontaire d'un enfant ou encore l'acceptation volontaire d'une tutelle sont des actes juridiques en ce que la condition posée par la source formelle – la loi – est l'existence d'une manifestation de volonté, mais le contenu de l'obligation qui naît de ces situations est légal. Au contraire, dans le contrat, la volonté est source matérielle, en ce qu'elle est la condition posée par la loi, mais elle est également, du moins en principe, source contenu de l'obligation puisque c'est la volonté qui détermine « la mesure »¹¹³ des effets de droit.

Utilisons une autre illustration puisée en droit du travail et portant sur l'obligation pour tout salarié de payer la cotisation syndicale. Le premier alinéa de l'article 47 du *Code du travail*¹¹⁴ prévoit que l'employeur doit retenir à la source, en guise de cotisation syndicale, le montant spécifié par cette association. La source immédiate et normative de l'obligation du syndiqué de payer cette cotisation ne se trouve pas dans cette disposition, mais bien dans le contrat le liant avec le syndicat dont il fait partie¹¹⁵. La loi n'agit alors que comme source formelle, habilitatrice, et le premier alinéa ne fait qu'octroyer une force obligatoire particulière – voire même un effet à l'encontre d'une tierce personne – à ce contrat. Mais, dans le cas où le salarié n'est pas membre du syndicat, donc, où il y a

¹¹² Cela se rapproche de la distinction, en droit italien, entre le *negozio giuridici* et les *atti giuridici in senso stretto*. Dans le premier cas, la volonté doit déterminer les effets de droit, dans le second, elle peut se limiter à les déclencher : Nicole CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 30. Selon cette auteure, la différence entre ces deux phénomènes juridiques porte sur l'intensité de la volonté et la conformité ou non entre les effets et la volonté. Voir aussi la distinction que l'on retrouve dans le droit suisse entre l'acte juridique et l'action juridique : « L'acte et l'action juridiques ont ceci en commun : ils sont des faits humains, licites, et produisent des effets juridiques. Ils diffèrent ici : l'acte juridique déploie l'effet voulu par l'auteur; dans l'action juridique, l'effet résulte de la loi et il est indépendant de la volonté » : Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1973, n° 34, p. 106; voir également : A. POPOVICI, *op. cit.*, note 255, p. 254, à la note 621. Et en droit allemand : Claude WITZ, *Droit privé allemand : 1- Actes juridiques, droits subjectifs*, vol. 1, Paris, Litec, 1992, p. 107 et suiv.

¹¹³ Expression de J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 16, p. 51.

¹¹⁴ L.R.Q., c. C-27.

¹¹⁵ Sur le fondement de la relation entre les membres et le syndicat, voir : Fernand MORIN, *Rapports collectifs de travail*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, II-26; Robert P. GAGNON, Louis LEBEL et Pierre VERGE, *Droit du travail*, Québec, PUL, 1987, p. 282; *Seafarer's International Union c. Stern*, [1961] D.L.R. 29 (C.S.C.).

absence de lien contractuel entre lui et le syndicat, le deuxième alinéa de l'article 47 précise que l'employeur doit tout de même retenir un « montant égal à celui prévu au premier alinéa ». Cet alinéa comporte alors une double obligation : celle de l'employeur de retenir ledit montant – l'obligation du premier alinéa –, mais également, implicitement, l'obligation du salarié de payer cette somme. Cette obligation ne prend pas sa source dans un contrat ou dans un acte volontaire entre le salarié et le syndicat, puisqu'il n'y en a pas; la source matérielle doit donc se trouver dans le seul statut de salarié, ou encore, dans le contrat de travail liant celui-ci à son employeur. Mais l'acte de volonté du salarié ne fait alors que déclencher une obligation dont le contenu est fixé par la loi. Certes, la disposition ne précise pas le montant, mais elle réfère à une norme extérieure préétablie par les statuts du syndicat, sur lesquels ni l'employeur ni l'employé n'ont, dans le cadre de leur contrat, de contrôle, alors que le syndiqué, par son droit de vote, en détient un. Le contenu est alors suffisamment déterminé par la loi pour que l'on en fasse la source normative¹¹⁶.

¹¹⁶ Nous pouvons raisonner de façon identique quant au rôle du juge lorsqu'il doit fixer un quantum en application de la loi : si nous sommes d'avis que la jurisprudence peut être source formelle d'obligation – et par conséquent source normative, la jurisprudence ne semblant pas pouvoir être une règle secondaire de changement –, le jugement, quant à lui, peut-il être source matérielle d'obligation? Serait-ce là l'explication de la présence, à l'article 2932 C.c.Q., d'une obligation découlant d'un jugement? Gomaa, dans sa thèse, considère que le jugement est toujours la source du *haftung* (contrainte) : N. GOMAA, *op. cit.*, note 4, p. 277. Selon nous, le jugement peut effectivement constituer la source matérielle de l'obligation lorsque le juge possède un pouvoir discrétionnaire afin de créer celle-ci, comme c'est le cas, par exemple, à l'article 49, al. 2 de la Charte québécoise. Lorsque le rôle du juge se limite à constater l'existence des conditions exigées par la loi (par exemple dans l'obligation alimentaire, le lien de filiation ou d'alliance et les besoins et les moyens), il n'exerce là que son rôle adjudicatif et ne contribue aucunement à l'existence de l'obligation : il ne fait que l'interpréter et en forcer son exécution. C'est donc le niveau de discrétion du juge qui nous aide à déterminer s'il est réellement la condition – ou une condition [ce qui sera le cas dans les jugements constitutifs de droit, cf. Paul ROUBIER, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, Paris, Dalloz, 1960, n° 51, p. 238] – à l'existence de l'obligation. Raisonner différemment serait, à l'instar des réalistes américains, tout ramener à la seule source judiciaire.

Le même raisonnement pourrait être appliqué à la convention portant sur les aliments entre conjoints. La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 361, discute du fondement contractuel de l'obligation alimentaire. Selon nous, ce fondement n'existe pas. La source de l'obligation alimentaire à la suite d'un divorce est, tant formellement que normativement,

Nous devons constater que ces deux situations [la volonté qui détermine le contenu de l'obligation et celle qui ne fait que la déclencher], si elles se distinguent dans l'étendue du rôle qu'y joue la volonté, se rapprochent en ce que, dans les deux cas, la volonté est la source matérielle, la condition déterminée par la loi pour que naisse l'obligation. En ce sens, il est normal que le régime de formation de ces obligations (capacité, vices du consentement...) soit le même. Pour être un acte juridique, la source matérielle doit consister en une manifestation de volonté faisant acte de prévision, c'est-à-dire contenant un lien causal minimal entre la condition (la volonté) et le résultat (l'obligation légale)¹¹⁷. Cet acte de prévision

légale. La convention que les parties font – ou encore le jugement que le tribunal rend – ne crée pas cette obligation: elle ne fait que l'interpréter, en déterminer le quantum. La source immédiate n'est pas non plus la volonté, puisque même sans celle-ci, l'obligation existe; ce n'est que l'existence d'un divorce et la rencontre des conditions légales (moyens/besoins...) qui crée l'obligation. Voir également : *Procureur général du Québec c. Kabaktan*, REJB 2000-18855 (C.A.), où le juge Baudouin est d'avis que la clause relative aux besoins essentiels, incluse dans les contrats de parrainage, ne constitue pas une obligation alimentaire légale prenant sa source à l'article 585 C.c.Q. mais bien une obligation contractuelle. Il écrit : « En troisième lieu, l'origine juridique de l'obligation est différente. Dans un cas, c'est la loi, ici le Code civil, qui l'impose, dans l'autre c'est le contrat, c'est-à-dire, la volonté du garant. Il est cependant exact que parfois l'obligation alimentaire entre parents est liée à un contrat (par exemple, celle contenue dans une convention amiable de séparation). Même dans ce cas cependant, il ne s'agit en réalité que d'une transaction portant sur une obligation légale qui reste le fondement même de l'obligation » (par. 35). Dans l'obligation alimentaire du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur le divorce*, la convention n'est ni la source formelle, ni matérielle, ni normative. Par ailleurs, et avec égard, le contrat constitue, dans le cas du parrainage, la source matérielle – ou une des sources matérielles – prévue par la loi pour que l'obligation existe. Le contrat est donc nécessaire à la **création** de l'obligation, alors que, dans le cas de l'obligation alimentaire du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur le divorce*, il n'est qu'une interprétation par les parties, soumise au juge [qui ne vaut d'ailleurs pas transaction] afin **d'appliquer** la disposition légale. Voir également : *Droit de la famille – 2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.).

Le sens de la présence du terme « jugement » à l'article 2932 C.c.Q. nous laisse, quant à lui, dubitatif. Si on relit cette disposition avec l'article 1372 C.c.Q., ne serait-ce là qu'une illustration spécifique du terme « acte »? Mais il y a alors dans cet article 2932 C.c.Q. un mélange de genre, le contrat et le jugement étant mis au même niveau que la loi, donc source formelle. Si l'article 1372 C.c.Q. nous semblait mieux composé que les classifications traditionnelles en ne concernant que des sources immédiates, cette disposition sibylline semble ressusciter une déplorable confusion.

¹¹⁷ J. HAUSER, *op. cit.*, note 105, n° 155, p. 276; M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, note 16, n° 299, p. 202

minimal, cette « représentation anticipée de son [l'acte] exécution [...] »¹¹⁸, doit pouvoir se déduire raisonnablement du but objectif de l'acte posé. Par exemple, le changement de domicile ou la gestion d'affaires ne sont raisonnablement faits que pour des motifs matériels. Les conditions d'existence de ces situations ne sont que des faits, quoique volontaires, uniquement axés vers une transformation immédiate du réel mais non du juridique.

Dès qu'il y a dans la déclaration de volonté, un effort minimal de prévision, il y a présence d'un acte juridique en tant que source matérielle. Mais cet acte juridique ne **déterminera pas nécessairement le contenu de l'obligation**. Cela explique pourquoi il est possible d'être en face d'un acte juridique **et** d'une obligation légale en un même temps¹¹⁹. On ne se situe alors pas au même niveau : il y a acte juridique dans la mesure où la source formelle pose comme condition d'existence de l'obligation une déclaration de volonté – source matérielle – et il y a obligation légale, en ce que le contenu de celle-ci est déterminé par la loi¹²⁰.

Plus que cela, rien n'empêche qu'il y ait coexistence, dans une même situation – par exemple le contrat –, de plusieurs sources normatives distinctes. Sans entrer dans un débat qui dépasse l'objet du présent article, rien n'empêche à une source formelle, telle la loi ou la jurisprudence, d'ajouter une obligation à un contrat dont normalement la source, tant matérielle que normative, est la

¹¹⁸ Expression d'Henri Capitant concernant la cause reprise dans Georges RENARD, *La théorie de l'institution*, vol. 1, Paris, Sirey, p. 87.

¹¹⁹ Voir : G. CORNU, *op. cit.*, note 10, p. 53; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1990, p. 19; Alain BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n° 3, p. 4, à la note 2. Voir également la notion de contrat synallagmatique imparfait qui n'est pas étrangère à cette constatation : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, n° 28, p. 84. Enfin voir, en guise d'illustration, la controverse portant sur le consentement à l'acte médical : A. POPOVICI, *op. cit.*, note 55, p. 493, à la note 1085; Laurent GUIGNARD, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », (2000) 82 *R.R.J.* 9. Dans ce cas, quoique l'effet soit légalement prévu – rendre licite l'intervention médicale –, le consentement du patient consiste, *a priori*, en un acte juridique.

¹²⁰ Ce n'est pas nécessairement le cas des normes supplétives prévues par le Code : celles-ci sont accessoires et les parties peuvent être censées y avoir référé tacitement. Tout est encore ici une question de dosage de ce qui découle raisonnablement de l'acte de prévision des parties. Ces nuances posent la question plus globale de la nature de l'implicite dans le contrat.

volonté. Les obligations de sécurité et d'information peuvent en être des illustrations. Celles-ci existent évidemment parce que le contrat existe, mais également parce que la jurisprudence – source formelle – l'a établi¹²¹. Une autre illustration d'une telle coexistence se retrouve dans le contrat de travail où l'employeur a l'obligation de payer à ses employés les indemnités de vacances ou les jours fériés prévus dans la *Loi sur les normes du travail*¹²². Il est indéniable que la source matérielle dans ce cas est le contrat et que celui-ci est également la source normative principale, la loi venant la compléter pour constituer une source normative accessoire¹²³.

Dans ces cas, la source formelle de l'obligation est la loi, la source matérielle est la rencontre des volontés et la source normative est cette même volonté pour l'obligation principale et potentiellement la loi – ou une autre source formelle – pour certaines obligations accessoires. Cette façon d'analyser la volonté dans le contrat est plus conforme à la réalité. La volonté n'est pas autonome, elle dépend de la loi mais cette dépendance est variable. Tantôt elle dépend directement de cette loi, tantôt elle tient de celle-ci un certain pouvoir délégué.

*
* *

L'objectif de ce texte n'était certainement pas de clore la question des sources des obligations mais plutôt de l'ouvrir, de soulever des questions, de suggérer des hypothèses de réponses, de « secouer le flacon »¹²⁴, flacon qui, sur ce sujet, est si souvent laissé à lui-même. Nous avons premièrement constaté une confusion quant à la notion même de source d'obligation, confusion qui occasionne des vices dans la classification des sources des obligations et qui semble provenir d'une volonté trop affirmée de simplification et, indirectement,

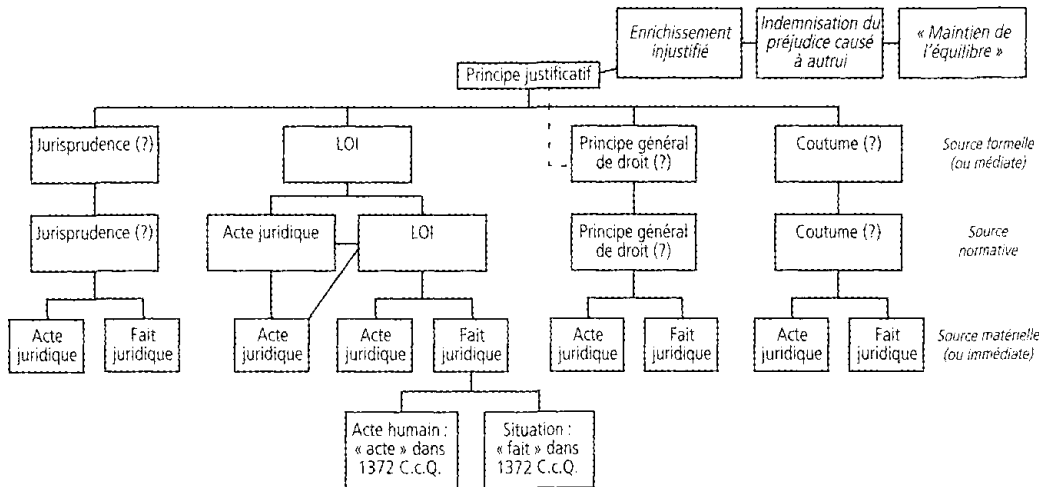
¹²¹ Évidemment, il est toujours possible de soutenir que ces obligations font partie du contrat et que la jurisprudence ne fait qu'interpréter et révéler son contenu – par l'article 1434 C.c.Q. Nous n'entendons pas ici trancher la difficile question de la nature contractuelle ou non de l'obligation de sécurité.

¹²² L.R.Q., c. M-1.1, art. 59.1 et suiv.

¹²³ Voir à ce sujet, dans le cadre de la jurisprudence sous l'article 953 C.p.c. : *Commission des normes du travail c. Mollinger*, J.E. 96-838 (C.Q.). Voir, dans le même sens : *Allard c. Constructions Jean-Louis Thiffault*, [1978] C.P. 390 (voir la jurisprudence citée).

¹²⁴ A. POPOVICI, *op. cit.*, note 55, p. 254, à la note 621.

du débat sur l'autonomie de la volonté. De ce constat, nous avons voulu jeter les premières bases à une théorie rationnelle et structurée des sources des obligations, ce qui, selon nous, exige l'éclatement de la notion même de sources d'obligation en quatre niveaux complémentaires mais distincts. Ils peuvent être schématisés ainsi :



1. **Le principe justificatif de l'obligation** est la valeur véhiculée et la fin visée par la source formelle dans l'établissement d'une norme d'où découlera une obligation. En présence de la loi, le principe justificatif peut aider à interpréter la règle; en présence d'une autre source formelle, le principe a un rôle actif dans la naissance de la norme. Il peut même, pour certains, devenir la source formelle par le biais des principes généraux de droit.
2. **La source formelle (ou médiate)** est la technique juridique qui permet au rapport d'obligation de naître en posant une norme contenant la ou les condition(s) nécessaire(s) à la formation de l'obligation. La source formelle par excellence est la loi. Selon certains, s'y rajoutent également la jurisprudence, la coutume et les principes généraux de droit. Pour les tenants de l'autonomie de la volonté, le contrat s'y ajoute également.
3. **La source normative (ou contenu)** constitue le résultat attaché à la survenance des conditions posées par la source formelle. Cette source normative pourra, soit être la source formelle, si celle-ci détermine elle-même le résultat – c'est alors une règle primaire –, soit être la source immédiate – en ce cas une déclaration de volonté – lorsque la source formelle

agit simplement comme force habilitatrice en déléguant aux parties le pouvoir de forger le contenu obligationnel – règle secondaire de changement. Cette distinction permet de décrire le rôle protéiforme que joue la volonté dans l'acte juridique mais elle n'en constitue pas le critère de distinction.

4. **La source matérielle (ou immédiate)** constitue la ou les condition(s) prévue(s) par la source formelle à l'établissement du lien obligationnel. Il en existe deux grandes familles : la déclaration de volonté [ou l'acte d'intelligence] – qui pourra également être la source normative – et les autres qui sont, soit des faits de l'homme [« acte » aux termes de l'article 1372 C.c.Q.], soit des événements de la nature [« fait » aux termes de l'article 1372 C.c.Q.]. Ces derniers ne pourront que jouer un rôle d'élément déclencheur de la norme posée par la source formelle.

L'analyse d'une obligation donnée doit, selon nous, suivre ces quatre étapes. Il y a nécessairement une interdépendance des différents agents créateurs de droit, tant dans les normes abstraites qu'en matière d'obligation. Dire qu'une obligation naît du contrat ou de la loi est uniquement une partie de la réalité même si le dogme de l'autonomie de la volonté a fait principalement porter l'entier du débat sur cette unique source formelle de l'obligation. Puis, par la suite, on a voulu contrer ce dogme en faisant de la loi la source de toute obligation – toujours source formelle. Or, il faut constater que s'il doit y avoir présence d'une source formelle derrière toute obligation, généralement la loi, force est de constater que d'autres éléments interviennent – source immédiate – afin de réaliser cette norme. Cette source, que nous avons nommée source matérielle, doit en définitive être celle visée par les efforts de classifications. Il en existe deux grandes catégories : la déclaration de volonté et les autres faits. La première joue un rôle protéiforme et, quoique toujours soumise à une source formelle, peut profiter de liens multiples avec celle-ci. Cette relation, unique, entre la volonté et la source formelle – tout particulièrement la loi –, ainsi que « l'ubiquité »¹²⁵ de cette dernière, une fois acceptées, peuvent éventuellement aider à saisir, loin du postulat de l'autonomie de la volonté, ce qu'est réellement devenu le contrat, son contenu, ses effets principaux mais aussi ceux

¹²⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 4, n° 12, p. 40.

dits accessoires [traditionnellement rattachés à une volonté implicite – voire fictive – par le biais de l'article 1434 C.c.Q.] ainsi que son régime de « responsabilité », aujourd'hui remis en question¹²⁶.

¹²⁶ Sur cette question, voir, entre autres : Éric SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle? », *Rev. trim. dr. civ.* 1999.1; Denis TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *Rev. trim. dr. civ.* 1994.223; Denis TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle? », dans Jean BEAUCHARD et Pierre COUVRAT (dir.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1995, p. 429; Geneviève VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », dans *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 921; P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.323; Jean BELISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2001.

