

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

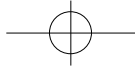
*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

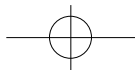
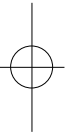
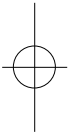
*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

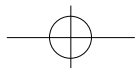
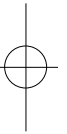
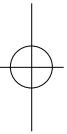
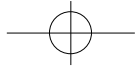
© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)



## *Chroniques sectorielles*





## Droit civil

### La classification des sources des obligations : courte histoire d'une valse-hésitation\*

**Benoît MOORE**

Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Si le *corpus* du droit civil comporte plusieurs notions fondatrices et abstraites – c'est là même un de ses signes distinctifs –, la notion d'obligation est certainement l'une de celles-ci. Ce concept existe depuis le droit romain et il est classique de remonter à celui-ci afin de le définir. C'est en effet la description faite dans les *Institutes* de Justinien qui sert, encore aujourd'hui, de présentation initiatique à cette notion : « L'obligation est un lien de droit qui nous impose la nécessité de payer quelque chose, conformément aux droits établis dans notre patrie. »<sup>1</sup> L'esprit de ce texte, absent des *Institutes* de Gaius

et dont la paternité n'est pas connue, s'impose encore aujourd'hui. Parce que cette notion vise à englober l'ensemble des prestations économiques liant des personnes, il est nécessaire de tenter d'asseoir les diverses représentations concrètes de ce concept. Pour cette raison, les auteurs ont continuellement procédé à diverses classifications des obligations : par leur objet, leur effet, leur intensité, mais surtout leur source<sup>2</sup>.

Cette dernière classification, objet du présent article, est figure de contraste. Elle existe déjà dans les *Institutes* de Gaius, puis de Justinien. Elle est aussi commentée par les auteurs de droit ancien et est une

\* Ce premier texte, qui traite de l'histoire de la classification des sources des obligations, sera suivi d'un second qui, lui, portera un regard plus critique sur cette même classification. L'auteur tient à remercier le juge Jean-Louis Baudouin, les professeurs France Houle, Didier Lluelles, Ghislain Massé et Adrian Popovici ainsi que Me Marie-Annik Grégoire pour avoir bien voulu lire et commenter une version antérieure de ce texte.

<sup>1</sup> *Les Institutes de l'empereur Justinien*, trad. par M. HULOT, Paris, Rondonneau, 1806, III. XIV. (Lorsque nous référons aux *Institutes* de Justinien, le

premier chiffre romain indique le numéro du livre, le second celui du titre et le troisième – s'il y a lieu – celui de l'article).

<sup>2</sup> Voir, sur ces différentes classifications : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n<sup>o</sup> 25, p. 23; Didier LLUELLES, avec la collaboration de Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n<sup>o</sup> 75, p. 35. Pour un aspect plus historique : Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 23.

des rares classifications à se retrouver dans la plupart des codes allant jusqu'à structurer ceux-ci. Elle est donc centrale<sup>3</sup>, classique et ancienne. Par ailleurs, la classification des sources a fait l'objet d'un nombre inégalé de propositions distinctes qui n'ont jamais cessé de recevoir, de la part de la doctrine, des critiques, parfois sévères. Ainsi, Lévy-Bruhl écrivait, à propos de celle-ci, qu'elle était « une des plus faibles parties du droit privé »<sup>4</sup>. Même Henri Mazeaud, après avoir reconnu que cette classification occupait une place centrale dans les classifications des obligations, est d'avis qu'elle est en réalité fautive et inutile<sup>5</sup>. Aussi fondamentale soit-elle, la classification des sources des obligations est donc instable et contestée.

Mais, malgré ces critiques, la classification des sources des obligations continue à régner et à servir de structure, sous quelque forme que ce soit, tant aux livres, aux enseignements qu'aux législations en la matière. Ainsi, le nouveau *Code civil* hollandais, bien que ne comportant pas de disposition édictant une classification des sources, structure son livre 6 portant sur les obligations, à partir d'une telle classification<sup>6</sup>. Le nouveau *Code*

*civil du Québec*, à l'instar du *Code civil du Bas Canada*, adopte une classification des sources<sup>7</sup> à l'article 1372 C.c.Q., mais sous une nouvelle forme que nous avons, dans une étude antérieure, qualifiée de « facture fort imparfaite »<sup>8</sup>.

Si ce jugement de valeur est par définition subjectif, et donc discutable, le changement de style qu'opère l'article 1372 C.c.Q. est, quant à lui, manifeste. De la classification pentagonale de l'ancien code, l'article 1372 C.c.Q. consacre une division binaire entre le contrat, d'une part, et « tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation », d'autre part. Si cette nouvelle phraséologie ne constitue pas une révolution, particulièrement en rapport avec les classifications modernes (planolienne entre le contrat et la loi ou encore allemande entre l'acte juridique et le fait juridique), il reste néanmoins intéressant de réfléchir sur sa signification réelle. Pour ce faire, nous nous proposons de retracer l'histoire législative et doctrinale de cette classification afin de contextualiser celle retenue dans le nouveau Code et préparer le terrain à une étude ultérieure qui visera à poser les

<sup>3</sup> Henri MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *Rev. trim. dr. civ.* 1936.1, 3.

<sup>4</sup> Henri LEVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955, p. 7.

<sup>5</sup> H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 3, 3.

<sup>6</sup> La structure en question est relativement classique : l'acte illicite, les autres sources et le contrat : *Nouveau Code civil néerlandais - Le droit patrimonial*, trad.

par Peter P.C. HAANAPEL et Ejan MACKAAY, Boston, Kluwer, 1990. Ce code contient par ailleurs un article (6 :1) qui précise que « [l]es obligations ne peuvent naître que si cela résulte de la loi ».

<sup>7</sup> C'est d'ailleurs la seule classification – avec celle de l'objet de l'obligation aux articles 1373 C.c.Q., 1058 C.c.B.C. et 1126 C.c.fr. – qui se retrouve codifiée.

<sup>8</sup> Benoît MOORE, « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », (1997) 31 R.J.T. 277, 284.

premiers jalons d'une nouvelle théorie des sources des obligations.

Beaucoup ont écrit sur la classification des sources des obligations. En fait, il est plus que classique d'aborder une étude du droit des obligations par la présentation de ses sources, c'est-à-dire « le fait qui en donne naissance ». Par conséquent, la présente étude ne vise pas l'exhaustivité tant les différentes propositions sont nombreuses. Il s'agit plutôt pour nous de présenter, chronologiquement, les essais les plus représentatifs au cours de l'histoire. L'étude sera divisée – de façon purement arbitraire – en trois parties, présentant respectivement la période allant du droit romain à Pothier (I), celle des codes français et du Bas-Canada (II) et enfin celle des essais contemporains (III).

### I. Du droit romain à Pothier

La notion d'obligation et, *a fortiori*, sa théorisation, ne peut exister que dans un système de droit avancé, structuré, où un certain niveau d'abstraction est atteint<sup>9</sup>. Ainsi, dans le très ancien droit romain, les situations d'où naissent les obligations ne sont qu'empiriquement énumérées; on reconnaît alors un certain nombre de délits et on précise certains types de conventions (en fait de formalités) d'où découlent des obligations<sup>10</sup>. Il n'y a aucun effort de théorisation ou de

généralisation; on se situe encore au stade de l'induction.

La première classification effectuée, dont plusieurs versions nous sont connues, est attribuée à Gaïus<sup>11</sup>. La version initiale de celle-ci, la seule qui nous soit directement parvenue, se retrouve dans les *Institutes* de ce jurisconsulte<sup>12</sup> :

<sup>11</sup> Elle ne viendrait d'ailleurs vraisemblablement pas de lui. Selon le professeur Collinet, elle pourrait plutôt être l'œuvre de Sabinus, jurisconsulte le plus cité de Gaïus. Voir, à ce sujet: Paul COLLINET, *Répétitions écrites de droit romain des obligations*, Paris, Cours de droit, 1933-34, p. 19; Raymond MONIER, *Manuel de droit romain – Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Domat, 1954, n<sup>o</sup> 23, p. 31; Ernest Désiré GLASSON, *Étude sur Gaïus*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, p. 211.

<sup>12</sup> Gaïus a vécu vers le II<sup>e</sup> siècle après J.-C. sous le règne d'Hadrien. Il « était un savant, sans doute plutôt un professeur qu'un jurisconsulte. Il n'avait pas le *ius respondendi* puisqu'on ne nous rapporte aucune de ses sentences » (*Institutes* de Gaïus, texte établi par Julien REINACH, Paris, Les belles lettres, 1950, p. VI) [le *ius respondendi* a été institué par l'empereur Auguste qui voulait donner plus d'autorité à la jurisprudence, *i.e.* aux écrits des jurisconsultes. Il avait alors dressé une liste de jurisconsultes auxquels l'empereur donnait ce *ius respondendi*. Quoique ne liant pas juridiquement le magistrat, « le privilège du *ius respondendi* a mis le juriste en vedette et ses *responsae* jouissent d'une grande autorité de fait » (Jean GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Paris, Sirey, n<sup>o</sup> 443, p. 602). Puis, l'empereur Hadrien modifie les règles en prévoyant dorénavant que les écrits des jurisconsultes possédant le *ius respondendi* seront contraignants lorsque concordants (J. GAUDEMET, n<sup>o</sup> 443, p. 602)]. L'opinion selon laquelle Gaïus n'ait pas eu le *ius respondendi* est toutefois contestée. Voir, sur cette controverse : E.D. GLASSON, *op. cit.*, note 11, p. 120

<sup>9</sup> Paul OURLIAC et Jehan DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t. 1, Paris, P.U.F., 1957, p. 1; André Edmond Victor GIFFARD, *Précis de droit romain*, vol. 2, Paris, Dalloz, 1951, n<sup>o</sup> 3, p. 5.

<sup>10</sup> H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 3, 7; A.E.V. GIFFARD, *op. cit.*, note 9, p. 5.

« Passons maintenant aux obligations. Elles comportent une division fondamentale en deux espèces : toute obligation en effet naît d'un contrat ou d'un délit »<sup>13</sup>. Comme on l'a fait remarquer, cette première tentative procède plus d'une simple constatation empirique que d'une présentation structurée et raisonnée des sources des obligations<sup>14</sup>.

Une deuxième version de la classification, toujours attribuée à Gaïus, se retrouve dans le *Digeste* de Justinien<sup>15</sup>. Elle serait issue, selon la référence donnée au *Digeste*, d'un autre ouvrage de Gaïus : les *Res cottidianae*. Cet ouvrage nous est connu exclusivement par les 26 fragments figurant dans le *Digeste* de Justinien, dont celui concernant les sources. Il semble avoir été l'écrit pratique de Gaïus et

paraît être « une élaboration nouvelle [de ses] *Institutes* »<sup>16</sup>. Cette deuxième version de la classification contient un ajout à la première, soit celle des *variae causarum* : « Les obligations naissent des contrats ou des délits ou de quelqu'autres causes particulières »<sup>17</sup>.

Cette version, qui semble toujours plutôt relever d'une constatation empirique que d'un réel effort de classification de la part du logicien<sup>18</sup>, est d'origine douteuse. Puisque sa connaissance et sa filiation avec Gaïus ne nous sont connues que par l'intermédiaire du *Digeste* de Justinien, il est permis de penser qu'il s'agit là d'un texte interpolé par les compilateurs afin d'assurer une meilleure cohérence avec le droit de l'époque<sup>19</sup>. Il reste néanmoins que Gaïus lui-même, dans

et suiv. (cet auteur est également d'avis que Gaïus n'a pas obtenu le *ius respondendi*, puisqu'il semble qu'il ait été inconnu de son vivant (p. 122)). Les *Institutes* de Gaïus nous sont connues aujourd'hui de source directe, puisqu'une copie a été découverte à Vérone en 1816. Ce manuscrit, palimpseste – sous les épîtres de St-Jérôme –, daterait du V<sup>e</sup> siècle environ. Voir à propos de ce manuscrit : E.D. GLASSON, *op. cit.*, note 11, p. 165 et suiv.

<sup>13</sup> *Institutes* de Gaïus, *op. cit.*, note 12, III. 88. (Lorsque nous référons aux *Institutes* de Gaïus, le chiffre romain réfère au numéro du commentaire et le chiffre arabe réfère à celui de l'article).

<sup>14</sup> H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 3, 7.

<sup>15</sup> Le *Digeste* de Justinien – connu également sous le nom de *Pandectes* – fait partie, avec le Code, les *Novelles* et les *Institutes*, du *Corpus iuris civilis* effectué sous le règne de Justinien (527-565). Il constitue une compilation d'écrits de juristes, dont Gaïus. À propos du *Digeste*, voir : J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 12, n° 597 et suiv. et p. 757 et suiv.

<sup>16</sup> J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 12, p. 743. Nous connaissons fort peu de choses sur cet ouvrage – le nom et l'orthographe varient d'ailleurs selon les auteurs; nous avons retenu ceux de Gaudemet (ce dernier réfère également au titre *Aurea*) – si ce n'est qu'il a joui d'une grande renommée et qu'il fut une source importante du *Digeste* de Justinien : E.D. GLASSON, *op. cit.*, note 11, p. 201 et 202.

<sup>17</sup> *Digeste*, XLIV. VII, pr. (Lorsque nous référons au *Digeste* de Justinien, le premier chiffre romain réfère au numéro du livre, le second à celui du titre et le troisième à celui de l'article.) Nous référons à l'édition suivante : *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*, traduction de M. HULOT, Paris, Rondonneau, 1803.

<sup>18</sup> H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 3, 9; Gabriel LEPOINTE, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, p. 120.

<sup>19</sup> G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 18, p. 120; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, note 9, p. 8; Henri, Léon et Jean

ses *Institutes*, semble admettre, lorsqu'il discute de la répétition de l'indu<sup>20</sup>, le caractère non exhaustif de sa classification binaire initiale et préfigure ainsi déjà une classification tripartite<sup>21</sup>.

Une troisième classification se retrouve dans les *Institutes* de Justinien et contient quatre sources distinctes : « La seconde division des obligations a quatre membres;

---

MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, « Obligations - Théorie générale », 8<sup>e</sup> éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1991, n<sup>o</sup> 46, p. 45. À propos des interpolations présentes dans le *Digeste* de Justinien, voir : J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 12. Ces interpolations viennent en partie du fait que « les commissaires devaient également faire cesser les contradictions, corriger les textes, éliminer les solutions désuètes » (p. 759). Il faut, par ailleurs, spécifier que si le travail donné aux commissaires était en lui-même source possible d'interpolations, celles-ci ne sont pas toutes dues à leur travail. Les commentateurs - glossateurs et autres - du *Digeste* ont pu également en être la cause.

20 *Institutes* de Gaïus, *op. cit.*, note 12, III.91; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, note 9, p. 8.

21 Nooman GOMAA, *Théorie des sources des obligations*, Paris, L.G.D.J., 1968 p. 183; Henri VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat - Étude historique et critique*, thèse, Bordeaux, 1912, p. 43; André Edmond Victor GIFFARD et Robert VILLIERS, *Droit romain et ancien droit français - Les obligations*, Paris, Dalloz, 1958, n<sup>o</sup> 29, p. 27. Cette constatation du caractère non exhaustif de la classification binaire vient peut-être du fait que Gaïus désirait donner au terme *contrat* une signification plus restreinte - comparable à celle que l'on connaît aujourd'hui - que celle qu'elle avait à l'époque et qui incluait en quelque sorte toutes les obligations licites (incluant la gestion d'affaire et l'enrichissement injustifié).

car les obligations descendent des contrats ou des quasi-contrats, des délits ou des quasi-délits »<sup>22</sup>. Cette classification, que certains attribuent encore une fois à Gaïus<sup>23</sup>, semble plutôt constituer une interpolation et venir des commissaires eux-mêmes<sup>24</sup>. Certes Gaïus, nous l'avons vu, soulevait lui-même l'incomplétude de sa classification initiale lors de l'étude de la répétition de l'indu, mais, ne référant pas même à une catégorie résiduaire, il semble *a fortiori* ne pas avoir eu recours aux expressions « quasi-contrat » et « quasi-délit ».

Nous trouvons dans la notion de quasi-contrat des *Institutes* de Justinien, la gestion d'affaire, le paiement de l'indu, l'obligation du légataire, la tutelle ainsi que les obligations du copropriétaire indivis (par exemple dans le cas d'un bien reçu par succession)<sup>25</sup>. Bien que, comme le fera ultérieurement remarquer la

22 *Les Institutes de l'empereur Justinien*, *op. cit.*, note 1, III. XIV. pr. *Les Institutes* de Justinien constituent un manuel d'enseignement et sont fortement inspirées des *Institutes* de Gaïus. Elles ont été préparées en même temps que le *Digeste*, raison des nombreuses similitudes entre les deux textes. Voir : J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 12, p. 767.

23 Voir entre autres : N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 182.

24 P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, note 9, p. 8; G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 18, p. 120, qui constatent qu'en réalité cette « troisième » version constitue un certain retour vers la classification initiale de Gaïus (contrat/délit).

25 *Les Institutes de l'empereur Justinien*, *op. cit.*, note 1, III. XXVIII; voir : H. VIZIOZ, *op. cit.*, note 21, p. 2; Jean-Philippe MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, t. 1, Gand, Hebbelynck, 1851, p. 7 et 8.



doctrine, les catégories de quasi-contrat et de quasi-délit devraient trouver leur justification dans leurs régimes plutôt que dans leurs sources<sup>26</sup>, cette insertion de Justinien, dans la classification des sources, est reprise et réaffirmée tant par les glossateurs que les bartolistes<sup>27</sup> et se maintiendra jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>28</sup>, époque où Domat abandonne cette classification quadripartite.

<sup>26</sup> Ce que laisse d'ailleurs penser le texte même des *Institutes* de Gaius, relatif au paiement de l'indu (III.91). Voir : P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, note 9, p. 6 et 7.

<sup>27</sup> H. VIZIOZ, *op. cit.*, note 21, p. 126 et suiv. L'auteur spécifie même, à la page 137, que les bartolistes (école fondée par Bartole - 1314-1357) seront les plus grands défenseurs de la notion de quasi-contrat.

<sup>28</sup> J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, note 2, p. 27 (cet auteur cite entre autres *La Somme rurale* de Bouteiller et le *Grand Coutumier de France*). Cette classification se trouve au Livre II, chapitre X du *Grand Coutumier de France* : « Obligation procède par quatre manières: par contract, ou ainsi comme contract, par maléfice ou ainsi comme maléfice ». Cet ouvrage est attribué à Jacques D'Albeiges et date de la fin du XIV<sup>e</sup> siècle. Sur cet ouvrage, voir : Olivier MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté de Paris*, t. 1, Paris, Leroux, 1922, p. 90 et suiv. Plus précisément, sur la classification des sources y figurant et empruntée à Justinien, voir, dans le même ouvrage : t. 2, p. 533 et suiv. Toujours à propos du *Grand coutumier*, voir: H. VIZIOZ, *op. cit.*, note 21, p. 197. Sur l'histoire des sources des obligations dans l'ancien droit français, voir : G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 18, p. 458 et suiv. et, tout particulièrement, p. 475 sur les XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles (où l'on reproduit la classification quadripartite) et p. 485 sur la coutume de Paris (qui ne contient pas réellement de théorie générale des obligations).

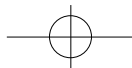
Après avoir postulé que tous les engagements trouvent leurs fondements « dans la volonté de Dieu, l'ordre divin, l'amour mutuel »<sup>29</sup>, Domat pose les deux grands types d'engagements ainsi créés : celui « que fait le mariage entre le mari et la femme »<sup>30</sup> et ceux qui, rendus nécessaires par les besoins des hommes, « approchent et lient différemment toutes sortes de personnes »<sup>31</sup>. Domat divise ensuite ce second type d'engagements en engagements volontaires ou involontaires « [c]ar, comme l'homme est libre, il y a des engagements où il entre par sa volonté; et comme il est dépendant de l'ordre divin, il y en a où Dieu le met sans son propre choix [...] »<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 184.

<sup>30</sup> Jean DOMAT, *Traité des lois*, dans *Œuvres complètes*, vol. 1, Paris, Alex-Gobelet Librairie, 1835, p. 8. Le *Traité des lois* de Domat précède *Les lois civiles dans leur ordre naturel* et en constitue, en quelque sorte, une préface : Paul NOURISSON, *Un ami de Pascal : Jean Domat*, Paris, Sirey, 1939, p. 32.

<sup>31</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, note 30, p. 12.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 13. La loi seule semble apparaître ici comme une source d'engagement. Cette mention, absente de la classification quadripartite, est relativement novatrice, quoique Grotius l'aurait évoquée (M. MONIER, *Cours de pandectes 1948-1949 : Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leurs sources*, Paris, Cours de droit, 1948-1949, p. 58). On peut également retrouver au *Digeste*, un écrit de Modestin qui prévoyait déjà cette source : « Nous sommes obligés ou par la chose ou par les paroles, ou par tous les deux en même temps, ou par le consentement, ou par la loi, ou par le droit prétorien, ou par la nécessité ou par un délit » (*Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*, *op. cit.*, note 17, XLIV.VII.52). Selon



Dans les engagements volontaires, il distingue encore les engagements mutuels – en l'occurrence les conventions – des engagements unilatéraux dans lesquels il place l'obligation du gérant de l'affaire d'autrui et l'obligation de l'héritier envers les créanciers de la succession<sup>33</sup>. Dans les engagements involontaires, on retrouve, entre autres, la tutelle et l'obligation du géré dans la gestion d'affaire<sup>34</sup>. Domat s'éloigne donc de la classification quadripartite justinienne : les obligations du gérant et du géré ont des sources distinctes – volonté dans un cas, loi dans l'autre – et la tutelle – quasi-contrat chez Justinien – provient ici de la loi seule.

Dans son ouvrage intitulé *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Domat reprend cette classification. Cependant, plutôt que d'opposer les sources volontaires aux sources involontaires, il oppose les engagements volontaires et mutuels – les conventions –, aux engagements qui se forment sans convention dans lequel il inclut tant les « enga-

gements qui se forment par la volonté d'un seul [que ceux] que Dieu fait naître indépendamment de la volonté de l'un et de l'autre »<sup>35</sup>. Domat classe donc les engagements issus d'une volonté seule avec ceux provenant de la loi; il isole ainsi le contrat plutôt que la volonté et préfigure la superstructure de l'article 1370 C.c.fr. : « convention/sans convention ».

Pothier va, quant à lui, s'inspirer de la classification quadripartite des *Institutes* de Justinien ainsi que du constat fait par Domat que la loi seule peut former des obligations, afin de proposer, dans son *Traité des obligations* publié en 1761, une classification pentagonale<sup>36</sup> : « Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits; quelquefois la loi ou l'équité seule. »<sup>37</sup> Après avoir posé les règles concernant le contrat,

plusieurs auteurs, le juriste allemand Heineccius semble également avoir soulevé cette hypothèse dès 1741. Voir : M. MONIER, *Cours de droit romain 1948-1949*, Paris, Cours de droit, 1949, p. 31; Marcel PLANIOL, « Classification des sources des obligations », *Rev. Crit. Lég. et jur.* 1904.224, 224 et 225; J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, note 2, p. 27.

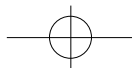
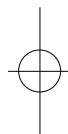
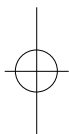
<sup>33</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, note 30, p. 13. Voir, pour une présentation de la classification de Domat : André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 142 et suiv.

<sup>34</sup> *Id.*, p. 13. Il nomme également les obligations provenant de l'acceptation d'autres charges ainsi que celles provenant d'un naufrage.

<sup>35</sup> Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, dans *Œuvres complètes*, *op. cit.*, note 30, p. 400. Domat, après avoir présenté ce principe, énumère les engagements qui se forment tant par une seule volonté que sans volonté aucune. S'y retrouvent, entre autres, la gestion d'affaire, la tutelle et le cas fortuit.

<sup>36</sup> Pothier aurait emprunté cette classification à Heineccius, mais c'est lui qui l'a réellement fait pénétrer dans le discours juridique français : M. PLANIOL, *loc. cit.*, note 32, 225. Par la suite, Pothier utilise un plan binaire où il présente dans une première section les règles concernant le contrat puis, dans une seconde section, celles concernant les autres causes des obligations (qui regroupent les quasi-contrats, les délits et quasi-délits et la loi). Cette structure, informelle, sera expressément reprise dans le *Code Napoléon*.

<sup>37</sup> Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, dans Jean Joseph BUGNET,



Pothier présente le quasi-contrat qu'il définit comme « le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles »<sup>38</sup>. Il inclut alors dans cette catégorie, l'obligation de l'héritier de payer les legs au légataire, la répétition de l'indu ainsi que la gestion d'affaire – dont, contrairement à Domat, il fait découler toutes les obligations d'un quasi-contrat. Il précise ensuite qu'« [i]l y a quantité d'autres exemples de quasi-contrats, que nous passons sous silence »<sup>39</sup>. Cette source, pour Pothier, est le produit de la loi seule ou de l'équité naturelle et porte le nom de quasi-contrats, du fait de leur similarité avec ceux-ci dans les effets qu'ils créent<sup>40</sup>.

Après avoir présenté les délits et les quasi-délits, Pothier discute de la loi comme source d'obligations. Il écrit alors que « [l]a loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations : car si les contrats, délits 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 »<sup>41</sup>. Mais, il ajoute qu'« [i]l y a des obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate, la loi »<sup>42</sup> telle, parmi d'autres, l'obligation alimentaire. Quoiqu'il l'ait présentée comme

cause d'obligations, Pothier ne revient pas sur l'équité, autrement que pour joindre, sporadiquement, ce terme à celui de la loi.

Cette classification pentagonale est familière à tout juriste puisqu'elle préfigure, avec celle de Domat, la classification qui sera retenue dans les codes de 1804 et 1866.

## II. Des classifications codifiées

Avant d'obtenir le texte du code adopté en 1804, Cambacérès présente trois projets qui sont tous, pour des raisons diverses, rejetés. Le premier de ces projets prévoit que les obligations découlent soit du contrat, soit de faits qui obligent sans convention par la seule équité (par exemple la gestion d'affaire), soit de la loi seule sans fait direct de l'obligé (par exemple la responsabilité du père pour le fait de son enfant). Dans les deux autres projets, il est prévu que les causes des obligations sont le contrat et la loi<sup>43</sup>. Il y a donc disparition des quasi-contrats en tant que catégorie distincte et absorption de ceux-ci dans la loi.

Ces projets, non retenus, influencent peu le *Code Napoléon* dans lequel on oppose les obligations formées par une convention à celles formées sans convention, reprenant ainsi la classification de Domat.

*Oeuvres de Pothier*, vol. 2, Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 3.

38 *Id.*, p. 56.

39 *Id.*

40 *Id.*, p. 57.

41 *Id.*, p. 59.

42 *Id.*

43 À propos de ces trois projets, voir : Pierre Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1827-1837, (pour les textes de ces projets); 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. 67 et suiv.

Puis, le *Code Napoléon*, à l'article 1370, prévoit deux types d'obligations nées sans convention<sup>44</sup>. Il y a d'abord les obligations naissant « de l'autorité seule de la loi », dont celles entre propriétaires voisins ou celles des tuteurs ou autres administrateurs, puis les engagements qui proviennent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Dans ces derniers se retrouvent les sources délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles, comprenant la gestion d'affaire et le paiement de l'indu. Cette classification tire clairement son inspiration tant de la classification de Domat que de celle de Pothier.

Le rapprochement avec Pothier est majeur puisque le Code consacre les cinq catégories ainsi que la liste de quasi-contrats nommés de cet auteur – sans par ailleurs reprendre expressément la mention du caractère non limitatif de la liste. À Domat le code emprunte la superstructure « convention/sans convention ».

Mais la classification retenue constitue tout de même un effort novateur par rapport aux propositions antérieures. Le code français s'éloigne de la classification de Pothier de trois façons : 1) en divi-

sant les obligations en deux groupes, isolant ainsi le contrat de toutes les autres sources; 2) en supprimant la mention de l'équité seule; 3) en ne reprenant pas les mêmes exemples afin d'illustrer les obligations découlant de la loi seule<sup>45</sup>. De Domat, le code s'éloigne : 1) en reprenant les vocables, abandonnés par lui, de quasi-contrat et de quasi-délict; 2) en ne reprenant pas la mention des cas fortuits<sup>46</sup>; 3) en traitant toutes les obligations issues de la gestion d'affaire comme étant volontaires – ou quasi-contractuelles.

La classification codifiée s'éloigne également du droit romain en rajoutant la loi aux quatre sources reconnues par celui-ci, mais surtout en limitant les quasi-contrats nommés à la gestion d'affaire et à la répétition de l'indu. Ainsi, la tutelle – expressément –, et de façon implicite, les obligations du légataire et du copropriétaire indivis, qui étaient des quasi-contrats en

<sup>44</sup> La formulation de l'article 1370 sera fortement critiquée, puisqu'on y lit qu'il peut y avoir des obligations formées sans qu'il y ait de convention, « ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé ». Or, comme on l'a fait remarquer, il ne peut pas y avoir de convention en présence d'une seule personne : Victor Napoléon MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Delamotte et fils, 1873, p. 247.

<sup>45</sup> Pothier réfère à l'obligation alimentaire des enfants à l'égard de leurs père et mère; à l'obligation de la femme de restituer la somme qu'elle a empruntée sans l'autorité de son mari, lorsque cette somme a tourné à son profit et l'obligation d'un propriétaire « de vendre à son voisin la communauté de son mur qui sépare les deux maisons, lorsque ce voisin veut bâtir contre [...] » : R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 37, p. 59 et 60. L'article 1370 C.N., quant à lui, cite les obligations entre propriétaires voisins et celles « des tuteurs et autres administrateurs ne pouvant refuser la fonction qui leur est déferée ».

<sup>46</sup> Ce que certains regrettent. Voir, à ce propos : N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 189 (référant à Toullier).

droit romain, sont désormais considérées comme des obligations découlant de la loi seule. En fait, cette marginalisation des quasi-contrats était inévitable en ce que l'apparition d'une cinquième source d'obligation, constituée de la loi seule, rendait nécessaire l'adoption d'un critère discriminant entre ces deux catégories maintenant concurrentes. Une possible explication quant à la logique alors soutenue se retrouve dans un rapport fait au tribunal le 16 février 1804, par M. Bertrand-de-Greville :

*Les lois romaines reconnaissent les quasi-contrats, et elles avaient placé dans cette classe tous les engagements qui n'étaient ni le produit d'une convention ni le résultat d'un délit. Elles n'avaient point distingué ceux qui prennent leur source dans la libre volonté de l'homme d'avec ceux qui appartiennent plus particulièrement à la volonté de la loi.<sup>47</sup>*

On pense ainsi trouver la solution dans la volonté. L'article 1371 C.N. qui définit le quasi-contrat comme un fait purement volontaire, nous l'indique d'ailleurs clairement. Or cela est fort critiquable<sup>48</sup>. Où est, en effet, la volonté dans l'obligation de restituer l'indu, sachant que le paiement est fait par erreur, précisément dans l'intention d'éteindre une obligation et non de la créer, et que la personne obligée est celle qui

a reçu ce paiement et qui, par conséquent, ne participe que passivement à la création de l'obligation. Justinien, et même Gaius, avaient bien compris le caractère non volontaire de cette obligation<sup>49</sup>. Domat, quant à lui, avait perçu la même difficulté quant à la gestion d'affaire, faisant de l'obligation du gérant une obligation volontaire et celle du géré, une obligation légale<sup>50</sup>. Même Pothier ne définissait pas le quasi-contrat comme un fait purement volontaire, mais simplement comme un fait de l'homme<sup>51</sup>.

Finalement, l'erreur se situe peut-être là. En créant une nouvelle catégorie d'obligations, on se devait de rendre homogène la catégorie des quasi-contrats du droit romain. Or, ce type d'obligation se rapprochait du contrat non pas par ses

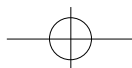
<sup>47</sup> P.A. FENET, *op. cit.*, note 43, t. XIII, p. 469.

<sup>48</sup> Ces critiques ont toujours eu cours. Voir aujourd'hui : N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 186; Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations - Le contrat*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1998, n<sup>o</sup> 45 et suiv., p. 38 et suiv.

<sup>49</sup> Pour Gaius, voir : *Institutes* de Gaius, *op. cit.*, note 12, III. 91: « Mais cette espèce d'obligation ne semble pas comporter de lien contractuel, car celui qui donne avec l'idée de s'acquitter désire plutôt dénouer une affaire que la nouer » (c'était d'ailleurs un aveu d'incomplétude de sa classification entre le délit et le contrat, et la préfiguration de la classification postérieure). Pour Justinien, voir : *Les Institutes de l'empereur Justinien*, *op. cit.*, note 1, III. XXVII. 6 : « Il est même tellement certain qu'il n'est pas obligé en vertu d'un véritable contrat; que si on s'arrête aux principes, il est plutôt obligé, comme nous l'avons dit ci-dessus, en vertu d'un dégageant qu'en vertu d'un engagement. Car celui qui donne de l'argent, paroît [sic] plutôt vouloir se dégager que s'engager. »

<sup>50</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, note 30, p. 13.

<sup>51</sup> R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 37, p. 56 : « On appelle quasi-contrat, le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il interviene aucune convention entre elles. »



sources mais par ses effets. En droit romain, l'obligation du tuteur et celle du géré sont toutes deux des quasi-contrats mais peu de choses, quant à leur fait générateur respectif, les unissent. En dernière analyse, on aurait pu distinguer le quasi-contrat de la loi, non pas sur l'aspect volontaire du fait de l'homme, mais dans la simple existence d'un fait de l'homme par opposition à l'inexistence d'un tel fait, l'obligation prenant alors sa source dans une situation. Tel serait le cas de la relation de voisinage ou la situation du tuteur avec le mineur<sup>52</sup>. Il n'est alors pas surprenant de constater que la notion de quasi-contrat ait été critiquée dès l'adoption du *Code Napoléon* et le soit

encore aujourd'hui<sup>53</sup>. Planiol sera le plus grand pourfendeur de cette notion en dénonçant tant son illogisme (il y a contrat ou il n'y en a pas), qu'en niant ses caractéristiques de volontaire et licite<sup>54</sup>.

De tout cela, nous constatons que la classification du *Code Napoléon* est en réalité nouvelle ou, à tout le moins, comporte des originalités significatives face aux théories de l'époque<sup>55</sup>. Ces nouveautés sont par ailleurs loin de faire l'unanimité et la classification, nonobstant la notion de quasi-contrat<sup>56</sup>, est très critiquée.

C'est en fait le rôle de la loi dans la classification qui fait l'objet des principales critiques. On dénonce avant tout le caractère ouvertement subsidiaire de celle-ci, Lévy-Bruhl allant jusqu'à écrire qu'il s'agit là de « la marque d'une insigne indigence intellectuelle »<sup>57</sup>. D'autres, à l'instar de Pothier, font remarquer que la loi est toujours la source de l'obligation, et ce même lorsque l'on est en présence d'un contrat<sup>58</sup>, ou encore

<sup>52</sup> 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 44, 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 siennes en les sanctionnant » : Pierre Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théoret éditeur, 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.; Mélina DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, Economica, 1997, p. 216 qui parle d'engagement de relation et d'engagement de situation.

<sup>53</sup> À ce sujet voir : D. LLUELLES et B. MOORE (coll.), *op. cit.*, note 2, n° 4011 et suiv., p. 773 et suiv.

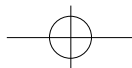
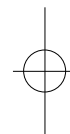
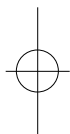
<sup>54</sup> M. PLANIOL, *loc. cit.*, note 32, 226 et suiv.

<sup>55</sup> C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 3<sup>e</sup> éd. vol. 1, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, p. 2.

<sup>56</sup> Ainsi que celle de quasi-délit : M. PLANIOL, *loc. cit.*, note 32, 232 (quoiqu'il soit d'avis que la distinction est juste en théorie); H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 3, 11.

<sup>57</sup> H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 4, p. 100; voir aussi : Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Sirey, 1939, p. 6.

<sup>58</sup> Cette opinion ne fait évidemment pas l'unanimité et soutend une prise de po-



soutiennent, à l'inverse, que la loi ne peut jamais être la seule source d'une obligation<sup>59</sup>.

Également, on critique, quant à la structure, le fait que l'article 1370 C.c.fr. n'ait pas été placé au début d'un titre qui aurait présenté une théorie générale de l'obligation<sup>60</sup>. En fait cette critique dépasse la question des sources des obligations pour concerner le plan du code lui-même. Il faut en effet se rappeler que non seulement les obligations ne sont traitées que dans le cadre de l'acquisition des biens, mais aussi qu'il n'y a pas d'unité autour d'une théorie globale des obligations. Enfin, certains soutiennent que l'énumération de

l'article 1370 C.c.fr. n'est qu'énonciative et non exhaustive<sup>61</sup>.

Les rédacteurs du *Code civil du Bas Canada* vont reprendre les grandes lignes de la classification napoléonienne tout en prenant soin de répondre à certaines critiques qu'on lui avait déjà, à cette époque, opposées<sup>62</sup>. Certaines différences existent ainsi entre les deux textes.

sition sur la question de l'autonomie de la volonté. Pour les auteurs adoptant cette critique, voir: V.N. MARCADÉ, *op. cit.*, note 44, p. 249; René SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 40 et 41; Gérard FARJAT, *Droit privé de l'économie - 2. Théorie des obligations*, Paris, P.U.F., p. 20. Pour ceux qui accordent une autonomie plus grande à la volonté: M. PLANIOL, *loc. cit.*, note 32, 226 (la loi ne donne qu'un « visa »); M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 7, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, p. 390 (la loi se limite à reconnaître le contrat). Sur toute cette question, voir: N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 187 et suiv.

<sup>59</sup> V.N. MARCADÉ, *op. cit.*, note 44, p. 252; G. FARJAT, *op. cit.*, note 58, p. 20; J.-P. MOLITOR, *op. cit.*, note 25, p. 21; N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 172 et 191 (pour lui, la loi ne crée que des normes générales et impersonnelles : elle ne peut donc être source d'obligation - situation individuelle).

<sup>60</sup> H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 3, 14; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général - I. Sources des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, p. 43.

<sup>61</sup> On ajoute, entre autres, à cette liste, la volonté unilatérale : L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 57, p. 7; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations - 1. L'acte juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 1994, n<sup>o</sup> 55, p. 34; R. DEMOGUE, *op. cit.*, note 60, p. 59; François GÉNY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, Paris, Marescq, 1899, n<sup>o</sup> 172<sup>bis</sup>, p. 534.

<sup>62</sup> Voir : *Rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada*, 1<sup>er</sup> Rapport, Québec, Stewart Derbishire & George Desbarats, 1863. Les codificateurs rappellent que l'article 7 de la loi de codification (*Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, Statut de la Province du Canada, 1857, c. 43) prévoit que : « Les dits codes seront rédigés sur le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *Code civil*, *Code de commerce* et *Code de procédure civile* ». Les codificateurs expliquent donc ensuite pourquoi, en matière d'obligations, ils n'ont pu respecter cet objectif législatif. Il nous semble intéressant de citer de (longs) extraits de leurs commentaires :

*Ces défauts, qui sont le résultat d'un travail hâtif, ont été signalés énergiquement par des commentateurs distingués, et il n'y a point de titre qui ait donné plus de prise à critique que celui des obligations.* (p. 3)

*Au lieu de comprendre toute la matière des obligations sous un même titre, ainsi que l'a fait Pothier, les rédacteurs*

La première concerne justement la structure du code. Ainsi, et conformément aux critiques faites à l'encontre du Code Napoléon, critiques reprises par les codificateurs du Bas-Canada, nous retrouvons un titre (III) portant sur les obligations en général. Découle de cette unification du droit des obligations, une disposition préliminaire (art. 983 C.c.B.C.) qui présente de manière systématique les cinq sources d'obligations retenues : « Les obligations procèdent des contrats, des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, ou de la loi seule. »

*du code lui ont fait subir une division impropre en deux titres dont l'un traite des obligations qui naissent des contrats, et l'autre des obligations qui naissent d'autres causes. Cependant le premier titre contient toutes les règles qui ont rapport aux différentes espèces d'obligations et à leur extinction. D'après la division adoptée, ces règles sembleraient ne s'appliquer qu'aux obligations contenues dans le premier titre, tandis que réellement et nécessairement elles s'appliquent également à celles contenues dans le second.*

*Puis la rubrique du premier de ces titres, « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » implique l'identité des termes contrats et obligations, ce qui est une confusion évidente de la cause avec l'effet. À quoi l'on peut ajouter l'usage sans distinction de différents mots, obligation, convention et engagement qu'on rencontre constamment avec la même signification. Il en résulte souvent des doutes sur l'intention de la loi et une confusion d'idées qui apparaît ça et là dans tout le cours de ce titre. (p. 5).*

Sur la question de l'importance du *Code Napoléon* dans le travail des codificateurs, voir: Sylvio NORMAND et Donald FYSON, « Le droit romain comme source du C.c.B.C. », (2001) 103 R. du N. 87, 93 et 108.

L'article 1370 C.N. n'a donc pas réellement de pendant dans le *Code civil du Bas Canada*. Cette disposition a pour but de classer l'ensemble des obligations non conventionnelles, soit celles provenant des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits et de la loi seule. Dans le *Code civil du Bas Canada*, l'article 983 présentant tous les types d'obligations, l'article 1057 C.c.B.C., qui est le seul à se rapprocher de l'article 1370 C.N., ne concerne que les obligations qui « naissent de l'opération seule et directe de la loi » et ne présente donc pas les sources quasi-contractuelle (art. 1041 C.c.B.C.)<sup>63</sup>, délictuelle et quasi-délictuelle (art. 1053 C.c.B.C.).

De plus, la phraséologie utilisée à l'article 1057 C.c.B.C. est sensiblement différente de la formulation boiteuse de l'article 1370 C.N. concernant l'absence de convention tant de la part de celui qui s'oblige que de celui qui est obligé<sup>64</sup>. Également, l'article 1057 C.c.B.C. précise que la source est la loi seule s'il n'intervient « aucun acte, et indépendamment de la volonté de la

<sup>63</sup> Article qui diffère de l'article 1371 C.c.fr., puisque se rajoute à la définition du quasi-contrat du *Code civil* français l'aspect licite de l'acte.

<sup>64</sup> Voir les commentaires des codificateurs à propos de cet article : « L'article unique 77 [1057 C.c.B.C.] du chapitre quatrième énoncé d'une manière plus ample et plus spéciale que l'article 1370 du code français, la loi tant sous l'ancien que sous le nouveau système en France. Sous ces deux systèmes la classification diffère de celle que l'on trouve dans les *Institutes* de Justinien qui range cette espèce d'obligations au nombre des quasi-contrats » : *Rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada, op. cit.*, note 62, p. 13.



personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée ». La présence du terme « acte » peut laisser penser que le critère discriminant de l'obligation légale est l'absence d'un fait de l'homme et non pas l'aspect volontaire de celui-ci. Enfin, se rajoute en guise d'exemples d'obligations légales, l'obligation alimentaire des enfants et le cas fortuit qui, abandonné par Pothier et le *Code civil* français, nous vient de Domat.

La classification du *Code civil du Bas Canada* ne fut pas non plus à l'abri de toutes critiques, bien souvent similaires à celles adressées au *Code civil* français. Ainsi, lui reproche-t-on, entre autres, d'avoir fait de la loi une source subsidiaire d'obligation<sup>65</sup>, d'avoir lié les quasi-contrats à la volonté<sup>66</sup> ainsi que d'avoir repris la distinction entre délit et quasi-délit<sup>67</sup>.

Les auteurs ont également critiqué la mention, à l'article 1057 C.c.B.C., du cas fortuit. Pour Mignault, le cas fortuit ne peut être source d'obligations, son rôle étant au contraire de les éteindre<sup>68</sup>. De

Lorimier et Faribault, quant à eux, se contentent de référer aux exemples donnés en cette matière par Domat et Larombière<sup>69</sup>. Enfin, Langelier, exprime sa perplexité quant à ce que les codificateurs ont voulu viser avec cette mention<sup>70</sup>. On pouvait également légitimement s'interroger sur les conséquences normatives de cette expression ainsi que du dernier paragraphe de l'article 1057 C.c.B.C. spécifiant un laconique : « Et autres semblables ». La Cour suprême, rappelons-le, répond à ces interrogations dans le très célèbre arrêt *Lapierre*. Elle y décide alors que la référence aux cas fortuits n'est, avec les autres paragraphes de l'article 1057 C.c.B.C., qu'une explicitation de l'expression de « l'opération seule et directe de la loi » comme source d'obligation; elle ne constitue en aucun cas une source autonome d'obligation<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 360; Maurice TANCELIN, *Des obligations – Actes et responsabilités*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n<sup>o</sup> 25, p. 14.

<sup>66</sup> Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec – Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 495 (pour qui la notion de quasi-contrat est dominée par l'équité et le principe d'enrichissement sans cause).

<sup>67</sup> M. TANCELIN, *op. cit.*, note 65, n<sup>o</sup> 25, p. 14.

<sup>68</sup> P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 52, p. 391.

<sup>69</sup> Charles C. de LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, Montréal, Eusèbe Senécal et fils, 1882, vol. VIII, p. 257 et 258; Léon FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7<sup>bis</sup>, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, p. 181 (découverte d'un trésor, abordage...).

<sup>70</sup> F. LANGELIER, *op. cit.*, note 65, p. 493.

<sup>71</sup> *Lapierre c. P.G. Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241. L'arrêt *Lapierre* a été abondamment commenté. Voir, entre autres : Jean-Louis BAUDOUIN, «Chronique de droit civil québécois session 1984-1985», (1986) 8 *Supreme Court L.R.* 229 et, beaucoup plus critique : Peter P.C. HAANAPPEL, « L'étendue des obligations découlant de la loi seule: commentaires sur l'affaire "Lapierre" », (1986) 20 *R.J.T.* 303 (qui considère que la Cour aurait dû reconnaître l'existence d'un principe général de droit – comme dans l'affaire *Viger* – basé sur l'équité : p. 335).

L'ensemble de ces critiques à l'encontre des solutions législatives, tant québécoise que française, concernant les sources des obligations, ne pouvaient pas rester sans conséquence et les auteurs vont proposer, avec le temps, une pléthore de nouvelles classifications.

### III. De certains essais contemporains

Sans prétendre à l'exhaustivité, soulignons certaines de ces tentatives<sup>72</sup> dont deux, en raison de leur soutien doctrinal, se démarquent. La première oppose les obligations prenant naissance de la loi à celles provenant d'un fait de l'homme qui comprend alors le contrat, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit<sup>73</sup>. Aubry et Rau adoptent également cette classification en ajoutant une subdivision entre fait licite et fait illicite<sup>74</sup>.

La seconde classification, la plus célèbre, est celle qui oppose le contrat à la loi. Cette classification, phare de l'autonomie de la volonté, est déjà soutenue au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>75</sup> mais c'est de Planiol que la doctrine se souvient. Pour lui, bien que la loi « [soit] la catégorie primordiale »<sup>76</sup>, il faut la distinguer du contrat car dans celui-ci « c'est la volonté des parties qui forme l'obligation », la loi « se born[ant] à donner son visa à [la] convention »<sup>77</sup>. Partant de cette classification, certains partagent alors la source légale entre la loi seule et la loi provoquée par un fait de l'homme<sup>78</sup> et subdivisent ce dernier groupe entre le fait licite et le fait illicite<sup>79</sup>. Enfin, d'autres, désirent parachever la classification, rajoutent au contrat et à la loi, la volonté unilatérale<sup>80</sup>.

Mazeaud constate, dans son article écrit en 1936, que la classification de Planiol est « unanimement admise aujourd'hui »<sup>81</sup>, quel que

<sup>72</sup> Pour une excellente étude d'ensemble de ces tentatives, nous référons le lecteur à la thèse de N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 187 et suiv. (voir particulièrement son intéressant découpage des propositions du XIX<sup>e</sup> siècle).

<sup>73</sup> Alfred ARMAND, *Des engagements qui se forment sans convention*, thèse, Paris, 1852, p. 3. Contrairement aux théories posant la volonté comme facteur discriminant entre l'obligation provenant de la loi seule et celle provenant d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat, la distinction porte ici, sur la simple existence ou non d'un fait de l'homme. Par ailleurs, cette proposition n'est pas à l'abri de toute critique, le contrat n'ayant que peu de rapport avec le délit. Ne serait-ce pas en fait deux niveaux distincts de source : la loi, source médiate – technique juridique – et le fait, source immédiate – déclencheur? Nous reviendrons sur cette question dans un prochain article.

<sup>74</sup> Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 4, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1871, p. 92.

<sup>75</sup> Voir : N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 187-189.

<sup>76</sup> M. PLANIOL, *loc. cit.*, note 32, 231.

<sup>77</sup> *Id.*, 226.

<sup>78</sup> M. L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 58, p. 392.

<sup>79</sup> Voir : N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 188.

<sup>80</sup> Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Paris, Dalloz, 1915, p. 271 (ils incluent, dans la volonté unilatérale, la gestion d'affaire, le testament, l'acceptation d'une succession ou d'un legs, l'offre faite aux termes de l'article 2184 C. civ.).

<sup>81</sup> H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 3, 17.

soit le postulat quant à l'autonomie de la volonté car, même si l'on considère « que la loi est la source des obligations contractuelles comme de toutes les autres obligations »<sup>82</sup>, force est d'admettre que « tantôt la loi opère directement, tantôt par l'entremise des parties »<sup>83</sup>. Cette opinion ne fait par ailleurs pas consensus et certains contestent cette classification en argumentant justement qu'elle « prouve trop », c'est-à-dire qu'elle pourrait se saborder elle-même en ramenant tout à la loi, y compris le contrat<sup>84</sup>.

Parallèlement à ces deux grandes classifications, plusieurs autres, s'en rapprochant peu ou prou, ont été avancées avec des succès variables. Ainsi, Demogue propose de distinguer le contrat, la volonté unilatérale du débiteur, la volonté unilatérale du créancier (la gestion d'affaire), l'acte illicite et un fait autre (enrichissement sans cause; aliments)<sup>85</sup>. Il ajoute que ces cinq sources peuvent être regroupées en deux, soit les obligations médiate

(provenant d'un acte humain volontaire) et les obligations immédiates (provenant de la loi seule), en sachant qu'aucune cloison étanche ne délimite celles-ci<sup>86</sup>. Lévy-Bruhl, quant à lui, propose de voir la classification en obligations de contraintes, obligations mutuelles et obligations d'appauvrissement<sup>87</sup>. Savatier voit plutôt l'autonomie de volonté (contrat et engagement unilatéral de volonté), l'équivalence (enrichissement sans cause), la responsabilité pour faute (délict – quasi-délict), le risque (les régimes spécifiques de responsabilité) et l'intérêt (voisinage, tutelle, rapports familiaux)<sup>88</sup>. Plus similaire à la classification retenue dans le Code, Starck propose le contrat, le délict, le quasi-délict et une catégorie résiduaire<sup>89</sup>. Enfin, Gomaa, dans sa thèse sur les sources des obligations, partant d'une conception dualiste de l'obligation empruntée

<sup>82</sup> *Id.*, 16.

<sup>83</sup> *Id.* De plus, Mazeaud considère qu'il y a deux types d'obligations légales : les obligations expressément prévues par la loi et celles qui le sont de façon implicite, à l'aide des principes généraux du droit (p. 15).

<sup>84</sup> L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 57, p. 8; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 61, p. 34.

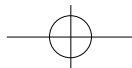
<sup>85</sup> R. DEMOGUE, *op. cit.*, note 60, p. 45-49. Cette classification se rapproche de celle proposée par Josserand qui se divise en acte juridique, acte illicite, enrichissement sans cause et loi (L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 57, p. 8).

<sup>86</sup> *Id.* (nous revenons alors à la distinction entre la loi seule – situation – et le fait de l'homme). Molitor, quant à lui, reprenant cette idée, classe 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): voir J.-P. MOLITOR, *op. cit.*, note 25, p. 21 et 22.

<sup>87</sup> H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 4, p. 100.

<sup>88</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 58, p. 41.

<sup>89</sup> Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations- 1. Responsabilité délictuelle*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1996, n° 4, p. 4 (la catégorie résiduaire comprend la gestion d'affaire, l'enrichissement sans cause et les obligations naturelles).



aux allemands, propose de voir dans le jugement, la source du pouvoir de contrainte (*haftung*) et dans un fait juridique, celle du rapport d'obligation (*schuld*)<sup>90</sup>.

De tous ces « schémas très divers »<sup>91</sup>, c'est la classification entre acte juridique et fait juridique qui s'impose dans la doctrine contemporaine. Cette classification élargit la catégorie conventionnelle aux manifestations de volonté unilatérale, pour en faire la catégorie des actes juridiques et réunit l'ensemble des faits déclencheurs – classiquement le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit – sous un même chapeau : le fait juridique. Bien que majoritairement retenue en doctrine, cette classification n'est pas à l'abri de tout reproche<sup>92</sup>. En effet,

aussi claire qu'elle puisse paraître, la doctrine ne réussit pas à s'entendre sur un critère exact distinguant ces deux catégories<sup>93</sup>. De plus, cette classification est fréquemment retenue sans produire réellement d'effets, soit parce que l'on considère impossible la création d'un régime unique pour l'ensemble des actes juridiques<sup>94</sup>, soit encore parce que l'on refuse la théorie de l'engagement unilatéral de volonté. Dans ce dernier cas, la catégorie d'acte juridique devrait alors se limiter à celle de contrat et la classification des sources se ramener à l'opposition entre le contrat et le fait juridique. Enfin, une auteure a récemment proposé de décloisonner cette classification afin d'appréhender l'acte juridique comme un type auquel un phénomène humain tend plus ou moins, plutôt que comme une catégorie dans laquelle il se situe ou non<sup>95</sup>.

Si les auteurs retiennent en majorité cette classification, il en va différemment dans la législation où elle reste ignorée<sup>96</sup>. Ainsi, le *Code*

<sup>90</sup> N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 250 et suiv., spéc. p. 277. Voir également l'effort d'Henry Vizioz qui, dans sa thèse sur le quasi-contrat, propose une classification comportant huit sources distinctes : 1. La volonté (incluant la volonté unilatérale); 2. La volonté et la loi (l'héritier); 3. La loi, à l'occasion d'un acte volontaire licite (le gérant dans la gestion d'affaire); 4. La loi, sanctionnant un état de fait (tutelle, indivision, parenté, voisinage); 5. La loi, due à l'existence d'un enrichissement sans cause; 6. La loi, issue d'un risque (régimes de responsabilité sans faute); 7. La loi, à l'occasion d'une faute; 8. L'acte volontaire illicite: H. VIZIOZ, *op. cit.*, note 21, p. 339 et suiv. Voir : N. GOMAA, *op. cit.*, note 21, p. 196 qui discute de cette proposition.

<sup>91</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 20<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1996, n° 12, p. 40.

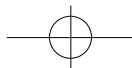
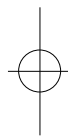
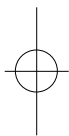
<sup>92</sup> Le professeur Sériaux, dans sa préface à la thèse de Méлина DOUCHY, *op. cit.*, note 52, écrit, quant à cette classification, qu'elle constitue une « inénarrable *summa divisio* » (p. V).

<sup>93</sup> Sur cette difficulté et sur la classification des obligations en acte et fait juridique, nous référons le lecteur au texte antérieur que nous avons écrit à ce sujet : B. MOORE, *loc. cit.*, note 8.

<sup>94</sup> Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 29.

<sup>95</sup> Marie-Laure IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 197 et suiv.

<sup>96</sup> En tant que classification des sources, car la notion d'acte juridique se retrouve tout de même dans certaines dispositions spécifiques. En guise d'exemples, voir : art. 1348 C.c.fr. et art. 1371, 2130, 2861, 2862 et 2863 C.c.Ⓞ.



suisse des obligations classe les obligations en trois groupes : le contrat, l'acte illicite et l'enrichissement illégitime<sup>97</sup>. Le récent *Code civil* néerlandais présente, quant à lui, la matière en deux temps. Ainsi, la première disposition du titre I sur les obligations en général prévoit que « [l]es obligations ne peuvent naître que si cela résulte de la loi », puis, les intitulés des titres suivants distinguent l'acte illicite, le contrat et les autres sources<sup>98</sup>. Le *Code civil* de la Louisiane prévoit que les obligations naissent, d'une part, du contrat ou d'une autre déclaration de volonté et, d'autre part, directement de la loi par le canal d'un acte illicite, de la gestion d'affaire de l'enrichissement injustifié ou encore d'un autre acte ou fait<sup>99</sup>. Enfin, le *Code civil* italien de 1942 prévoit, quant à lui, à l'article 1173, que « [l]es obligations dérivent du contrat, du fait illicite, ou d'un autre acte ou fait apte à en produire en conformité avec le système juridique »<sup>100</sup>.

Cette dernière disposition n'est pas sans ressembler au nouvel article 1372 C.c.Q. qui, remplaçant les articles 983 et 1057 C.c.B.C.,

présente les sources des obligations<sup>101</sup>. Il énonce que « [l]'obligation naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation ». Puis, viennent les chapitres particuliers à chaque type d'obligations soit, dans l'ordre, le contrat (art. 1377-1456 C.c.Q.), la responsabilité civile (art. 1457-1481 C.c.Q.) et « De certaines autres sources de l'obligation » (art. 1482-1496 C.c.Q.), catégorie résiduaire reprenant les quasi-contrats nommés de l'ancien code ainsi que l'enrichissement injustifié. Les termes délit, quasi-délit et quasi-contrat ne sont, quant à eux, pas repris.

Il est intéressant de noter les deux niveaux de cette structure<sup>102</sup>. Le premier – l'article 1372 C.c.Q. – classe les obligations en deux volets : le contrat et tout acte ou fait auquel la loi attache une obligation; le second – constitué des titres des chapitres – en comprend trois (contrat, responsabilité civile, autres sources)<sup>103</sup> et nous rappelle la classification présente dans le *Digeste*

<sup>97</sup> Cette classification n'est pas reprise dans une disposition spécifique du code; elle s'infère plutôt des intitulés des différents chapitres du titre portant sur la formation des obligations.

<sup>98</sup> *Nouveau Code civil néerlandais – Le droit patrimonial*, op. cit., note 6.

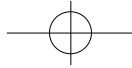
<sup>99</sup> Art. 1757, *Louisiana Civil Code*, Ed. 1998, Athanassios N. YIANNPOULOS, West's Louisiana Desk Book's.

<sup>100</sup> *Codice civile*, Milano, Giuffrè, 1997 (notre traduction). La mention du système juridique ne ferait peut-être pas référence qu'à la loi; P.P.C. HAANAPEL, loc. cit., note 71, 347.

<sup>101</sup> L'article 3 du titre premier du livre cinquième du rapport de l'Office de révision du Code civil prévoyait : « Les obligations naissent du contrat ou de la loi. Elles naissent, en certains cas prévus par la loi, de l'acte juridique unilatéral. »

<sup>102</sup> Un peu à l'image du *Code civil* français, où le premier niveau est binaire (convention/sans convention) et le second, pentagonal (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi).

<sup>103</sup> Ce plan est légèrement différent de celui de l'ancien code. D'un plan quadripartite (contrat; quasi-contrat; délit/quasi-délit; loi), on passe à un plan tripartite regroupant les quasi-contrats et la loi seule sous le vocable – peu rassembleur – « De certaines autres sources de l'obligation ».



de Justinien et attribuée à Gaius. Ce second niveau ne constitue pas, à notre avis, la classification normative du *Code civil du Québec* mais n'est qu'une ventilation non exhaustive et non limitative des sources énoncées à l'article 1372 C.c.Q.<sup>104</sup>.

Cet article comportant une phraséologie novatrice, il était prévisible qu'il suscite questionnements, controverses et critiques. De l'avis des professeurs Pineau, Burman et Gaudet, les sources sont, aux termes de l'article 1372, le contrat et le fait juridique. Pour eux, les termes « acte » et « fait » ne réfèrent pas à la classification contemporaine mais constituent plutôt deux types de faits juridiques, l'acte pouvant être « un acte de volonté – la gestion de l'affaire d'autrui, par exemple, ou le paiement de l'indu ou une offre assortie d'un délai exprès – sans pour autant être un

acte juridique »<sup>105</sup>.

Quant au professeur Jobin, beaucoup plus critique, l'article 1372 « reconnaît la grande division entre obligations contractuelles et extracontractuelles employée dans la littérature contemporaine »<sup>106</sup>. Pour lui, la « division paraît malhabile et incomplète »<sup>107</sup>. L'uniformité des règles de responsabilité contractuelle et délictuelle et la présence des premières dans le chapitre concernant les secondes – même si, écrit-il, l'initiative est heureuse –, affaiblit la classification entre obligation contractuelle et obligation extracontractuelle. Le professeur Jobin dénonce également l'abandon de la catégorie des obligations provenant de la loi seule et, enfin, critique la réduction de l'acte juridique au seul contrat<sup>108</sup>. À l'inverse, le professeur Popovici voit en l'article 1372 une consécration de la distinction entre l'acte juridique et le fait juridique, et une reconnaissance que l'obligation peut naître d'un « acte juridique qui

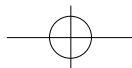
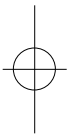
<sup>104</sup> La présence du terme « certaines » dans le titre du chapitre IV nous le confirme, ainsi que les Commentaires du ministre sous l'article 1372: « mais aussi et plus généralement de tout acte ou fait auquel la loi attache sans discussion les effets d'une obligation, recouvrant ainsi, entre autres, les autres sources que sont certains comportements entraînant la responsabilité civile, la gestion d'affaires, la réception de l'indu et l'enrichissement injustifié »: GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 830.

<sup>105</sup> Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 29, p. 55. Cette prise de position semble témoigner de la volonté des auteurs de ne pas reconnaître la théorie de l'engagement unilatéral de volonté, question qui dépasse l'objet du présent article.

<sup>106</sup> J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 2, n° 38, p. 38 et 39.

<sup>107</sup> *Id.*, n° 39, p. 39.

<sup>108</sup> *Id.* Il reproche également au législateur d'avoir masqué la classification entre acte et fait juridique. Nous avouons être perplexes quant à cette double critique au sujet de l'acte juridique car l'auteur, à la page précédente, semble donner aux termes « acte » et « fait » de l'article 1372 C.c.Q. la signification d'acte juridique et de fait juridique. La classification contemporaine n'est alors pas masquée et l'acte juridique ne serait alors pas réduit au seul contrat...? Le professeur Tancelin critique, quant à lui, le « lachisme » de l'article 1372 *in fine* et la réduction que celui-ci opère de l'acte juridique au seul contrat : *op. cit.*, note 65, n° 44, p. 22.



n'est pas nécessairement bilatéral, lequel est un contrat »<sup>109</sup>.

Une première lecture de l'article 1372 C.c.Q. laisse à penser que celui-ci reprend la classification de Planiol<sup>110</sup>. Or les commentaires du ministre vont dans un autre sens :

*En accord avec la doctrine moderne, il abandonne la classification traditionnelle, présentée dans l'article 983 C.c.B.C., des sources de l'obligation en contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits et loi seule, classification fortement critiquée comme étant artificielle et une source inutile de confusion. Il ne retient pas non plus la classification qui se fonde sur deux sources principales de l'obligation, le contrat et la loi, et qui les oppose comme étant distinctes. Cette classification prête le flanc à la critique et apparaît artificielle dans la mesure où le contrat, acte de volonté, s'il est créateur d'obligations, ne l'est que parce que la loi lui reconnaît cette valeur. D'ailleurs, tout peut, à la limite, se ramener à la loi.*<sup>111</sup>

Nous retrouvons dans ce commentaire la critique classique en désaccord avec la classification de Planiol : si l'on oppose le contrat à la loi, toute obligation peut se ramener à la loi seule. Toutefois les commentaires du Ministre, après nous avoir présenté ce que le Code ne

reconnaissait pas, ne mentionnent pas ce qu'il reconnaît. Il nous semble effectivement que l'article 1372 C.c.Q., quoique s'en rapprochant, n'est pas une consécration de la classification de Planiol en ce que la division principale se fait, non pas entre le contrat et la loi, mais entre le contrat et « tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation ». Le contrat n'est alors pas hissé au niveau de la loi, mais au niveau du fait qui déclenche l'obligation légale et évite ainsi la critique selon laquelle la loi seule ne peut être source d'obligation.

Quant au sens des termes « acte » et « fait », nous sommes d'avis qu'ils ne réfèrent pas nécessairement aux vocables d'acte et de fait juridiques<sup>112</sup>. Si telle avait été la volonté du législateur, il aurait, comme ailleurs<sup>113</sup> dans le Code, utilisé les expressions au long et aurait utilisé l'expression « acte juridique » en lieu et place du contrat et non en rajout à celui-ci. Par ailleurs, et contrairement aux professeurs Pineau, Burman et Gaudet, nous sommes d'avis que le terme « acte » n'exclut pas nécessairement l'acte juridique mais, recoupant tous les faits de l'homme, est plus englobant que le simple acte juridique. En effet, dire que la loi doit reconnaître l'acte juridique pour qu'il produise des obligations, ne transforme pas

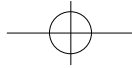
<sup>109</sup> Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 24.

<sup>110</sup> C'est ce que nous avons écrit dans un article antérieur qualifiant de « fort imparfaite » la facture de l'article : B. MOORE, *loc. cit.*, note 8, 284.

<sup>111</sup> GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 104, p. 830.

<sup>112</sup> B. MOORE, *loc. cit.*, note 8, 284; D. LLUELLES et B. MOORE (coll.), *op. cit.*, note 2, n° 64, p. 31.

<sup>113</sup> Voir les articles 1371, 2130, 2861, 2862 et 2863 C.c.Q.



celui-ci en fait juridique<sup>114</sup>. Tous les actes juridiques, y compris le contrat, doivent recevoir une reconnaissance légale afin de créer des obligations. Ce qui distingue le contrat des autres actes juridiques, c'est que le premier reçoit une reconnaissance générale, alors que les autres reçoivent cette reconnaissance de façon spécifique<sup>115</sup>. Le terme « fait », quant à lui, ne réfère pas nécessairement au fait juridique, mais plutôt à toute autre situation, non mue par l'homme, qui crée des obligations<sup>116</sup>. On revient donc à la subdivision des obligations légales entre celles découlant d'un acte de l'homme (acte) et celle prenant naissance d'un autre type d'événement (fait)<sup>117</sup>.

Enfin, et contrairement au professeur Jobin, nous croyons que l'article 1372 C.c.Q. ne pêche pas par omission en ne reprenant pas la catégorie des obligations purement légales. Selon nous, cette catégorie n'est qu'illusion, la loi devant, pour créer des obligations, toujours être déclenchée par un événement quelconque. La vision d'une obligation purement légale à côté d'autres sources, tel le délit,

constituait une confusion entre deux niveaux distincts de sources.

\*  
\* \*

Cette brève étude nous a permis de constater ce que nous relevions en introduction : la classification des obligations n'a jamais pu faire l'unanimité au fil des époques. Cette incertitude découle peut-être du fait que cette classification est bien souvent constituée sans que l'on ait *a priori* déterminé ce que l'on entend par « sources d'obligations ».

Cette constatation est particulièrement frappante dans la classification adoptée par les codes français et du Bas-Canada et qui est plus ou moins inspirée de Domat et Pothier. Mettre la loi au même niveau que le contrat, le délit ou le quasi-délit crée un mélange de genres en ce que la loi agit à un autre niveau, à tout le moins, que les délit, quasi-délit et quasi-contrat. Cette difficulté, nous l'avons vu, a été soulevée durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle par les auteurs qui contestaient que la loi puisse à elle seule être source d'obligations et qui soutenaient qu'elle était à la base, à tout le moins lointaine, de toutes les obligations. Ces mêmes critiques seront reprises, voire exacerbées, à l'encontre de la classification « planiolienne » qui allait marquer le XX<sup>e</sup> siècle et sont reprises encore aujourd'hui, notamment dans les commentaires du ministre sous l'article 1372 C.c.Q.

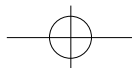
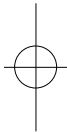
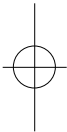
En cela, la classification moderne entre acte juridique et fait juridique et celle retenue dans le *Code civil du Québec* sont supérieures en ce qu'elles n'incluent pas la loi mais

<sup>114</sup> Mais, le fait qu'un acte juridique unilatéral crée des obligations n'implique pas non plus nécessairement la reconnaissance de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté. Cette question nécessiterait un traitement particulier.

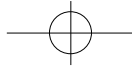
<sup>115</sup> D. LLUELLES et B. MOORE (coll.), *op. cit.*, note 2, n° 66, p. 31-33.

<sup>116</sup> *Id.*, p. 33.

<sup>117</sup> Voir : *supra*, note 52.







portent uniquement sur des événements stimulant l'application de celle-ci. Cette supériorité, peut-être involontaire, nous semble constituer un dépassement des classifications classiques mais surtout appeler l'édification d'une théorie structurée des sources des obligations qui devrait, loin du débat sur l'autonomie de la volonté, constater la complexité des interrelations entre les différentes composantes nécessaires à la création d'un lien obligationnel. Car si la mention de la loi à l'article 1370 C.N. ou à l'article 1057 C.c.B.C. a été tant

critiquée, ce n'est pas parce qu'elle n'est pas nécessaire à la création du lien obligationnel, mais parce que son rôle protéiforme ne peut être ramené au même niveau que celui du contrat ou du délit. Sur ce point, la formulation de l'article 1372 C.c.Q. semble pouvoir laisser la place à une modulation des différentes composantes inhérentes à l'existence d'une obligation. Ce sera l'objet d'une prochaine étude.

