

Note

« La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme »

Jean-Guy Belley

Les Cahiers de droit, vol. 26, n° 4, 1985, p. 1045-1058.

Pour citer cette note, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042702ar>

DOI: 10.7202/042702ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

**La théorie générale des contrats.
Pour sortir du dogmatisme ***

Jean-Guy BELLEY **

The general theory of contracts, as uniformly expressed by leading scholars in Quebec civil law, suffers from dogmatism. It rests on an individualistic and atomized notion of contract which is largely superceded by the most significant forms of contemporary contractual practice. By focusing on the traditional rules of the Quebec Civil Code at the expense of more recent statutory law, the systematization it offers no longer corresponds to the state of the law of contracts. Refining the methods of the legal analysis, constructing typologies of contracts more sensitive to contractual practices, renewing dialogue with other disciplines such as history, economics and sociology would contribute, the author suggests, to stem the tide in authoritative writings away from its present dogmatism.

	Pages
1. Les symptômes du dogmatisme	1047
1.1. La théorie générale des contrats est coupée de la pratique contractuelle.....	1048
1.2. La théorie générale des contrats est coupée du droit positif.....	1051

* Ce texte a d'abord fait l'objet d'un exposé dans le cadre du Congrès annuel de l'Association des professeurs de droit du Québec le 27 avril 1985. Pour les fins de sa publication, je me suis limité aux corrections de forme indispensables et à l'ajout de quelques notes infrapaginales. Une réécriture systématique aurait sans doute ajouté au texte les précisions, nuances et approfondissements dont la communication orale fait l'économie. Elle aurait peut-être aussi amené à arrondir certains angles d'une argumentation volontiers polémique. Mais, dans l'état actuel des choses, le défi premier me semble celui de réveiller la bonne conscience endormie de notre doctrine. Pour cela, les cris stridents sont plus indiqués que les monologues méticuleux et austères. Le temps de ces derniers viendra plus tard.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

	<i>Pages</i>
2. Les remèdes au dogmatisme	1054
2.1. Le dogmatisme est-il une maladie?	1054
2.2. Quels sont les remèdes?	1055

Pour analyser la nature, le rôle et l'influence de la doctrine québécoise en droit des contrats, il faudrait considérer l'ensemble des contrats et rendre compte de toute la variété des écrits par lesquels s'exprime la doctrine, à partir des ouvrages généraux et monographies jusqu'aux commentaires d'arrêt en passant par les articles de périodiques. Ce serait là un sujet beaucoup trop vaste compte tenu, je l'avoue modestement, de ma connaissance limitée de la doctrine québécoise pertinente. J'ai en conséquence délimité de façon plus précise le sujet de cette note à la fois quant à la problématique abordée et à l'angle d'analyse privilégié.

Dans l'ensemble de la doctrine québécoise du droit des contrats, je considérerai essentiellement celle qui expose la théorie générale des contrats dans le cadre d'ouvrages de base consacrés plus généralement au domaine des obligations¹. Le choix de cette problématique particulière limite sans aucun doute la portée de la réflexion soumise ici. En revanche, la plupart des

1. Au Québec, les ouvrages pertinents sont ceux de M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson et Laflour — Sorej, 1984; de J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éd. Yvon Blais Inc., 1983; d'A. LAROCHE, *Les obligations*, Ottawa, Les Éd. de l'Univ. d'Ottawa, 1982 et de J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Éd. Thémis, 1979. Mon propos n'est pas ici d'offrir un compte rendu qui viserait à souligner les mérites et les lacunes respectifs de chacun de ces ouvrages. Je chercherai plutôt à évaluer de façon critique et globale la problématique de la théorie générale des contrats telle qu'on la retrouve à mon avis de manière quasi identique à la base de chacun de ces ouvrages, malgré leur personnalité propre. Au demeurant, cette problématique inspire de façon tout aussi substantielle les ouvrages correspondants de la doctrine française. Entre les uns et les autres, le professeur Jacques GHESTIN a d'ailleurs pu établir une concordance significative : *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982. On doit probablement au professeur Ghestin l'effort le plus cohérent pour sortir la théorie générale des contrats de son immobilisme au moins centenaire : *Les obligations. Le contrat*, Paris, LGDJ, 1980, p. 1-149. Si le résultat de cet effort rend mieux justice à l'évolution du droit positif, il ne saurait prétendre pour autant au statut d'une véritable théorie générale des contrats.

auteurs n'hésitent pas à dire que la théorie générale des contrats constitue la pierre angulaire de tout le droit civil et représente à bien des égards le monument le plus durable et le plus pur de la logique juridique.

Ce choix s'appuie d'autre part sur l'intention de soumettre une évaluation de la doctrine québécoise actuelle en accordant une importance privilégiée au critère de sa pertinence pour l'enseignement d'un cours d'introduction au droit des contrats. Pour rendre pleinement justice à la doctrine, il faudrait évidemment évaluer sa contribution non seulement du point de vue des besoins des étudiants(es) en droit, mais aussi dans l'optique de la recherche juridique et de la pratique professionnelle du droit. Au risque de proposer une évaluation injustement réductrice, je m'en tiendrai essentiellement au premier point de vue en m'appuyant pour une large part sur mon expérience d'enseignement du cours *Obligations conventionnelles* à la Faculté de droit de l'Université Laval. Comme c'est le cas dans la plupart des autres facultés de droit, il s'agit d'un cours obligatoire dispensé dès le premier trimestre d'étude en droit. Il est en conséquence susceptible d'exercer une influence particulièrement significative sur la formation de l'esprit juridique des futurs professionnels du droit, notamment par le biais de la théorie générale des contrats qui en constitue le noyau central.

Quelle évaluation peut-on faire de l'état actuel de la doctrine québécoise relative à la théorie générale des contrats du point de vue de sa pertinence pour l'enseignement du droit des contrats? Les réflexions accumulées au cours des deux dernières années m'amènent à une conclusion que je sou mets d'entrée de jeu : la doctrine relative à la théorie générale des contrats me semble atteinte actuellement d'une maladie grave, le dogmatisme. J'entends ici par dogmatisme l'état d'un savoir qui se produit et se transmet davantage sur la base du principe d'autorité que du principe de vérité. La doctrine juridique m'apparaît souffrir de dogmatisme lorsqu'elle énonce un corps de connaissances qui s'impose en vertu d'un rapport hiérarchique (du tribunal supérieur au tribunal inférieur, du juge au professeur, du professeur à l'étudiant, du professionnel au client) plutôt que sur la base d'un procédé empirique d'adéquation ou de conformité au réel.

La première partie de mon exposé sera consacrée aux symptômes du dogmatisme dont souffre actuellement, à mon avis, la doctrine québécoise relative à la théorie générale des contrats. La seconde soumettra quelques réflexions sur les remèdes possibles.

1. Les symptômes du dogmatisme

Toute science est susceptible de connaître à telle ou telle période de son développement un état de dogmatisme plus ou moins accentué. Le dogmatisme s'y installe à demeure aussi longtemps que la discipline se coupe du

réel. Le droit étant science normative, le réel se constitue quant à lui de normes envisagées à la fois du point de vue de leur effectivité et de leur validité, pour reprendre une distinction soulignée avec force par Kelsen.

En droit des contrats, la source la plus dynamique des normes effectives est la pratique contractuelle. La source la plus considérable des normes valides est le droit positif statutaire des contrats nommés. C'est donc par rapport à ces deux sources normatives qu'on peut vérifier si la doctrine relative à la théorie générale des contrats est atteinte ou non de dogmatisme. À mon avis, un examen même sommaire permet de conclure à l'existence d'au moins deux symptômes de la maladie : la théorie générale des contrats est coupée à la fois de la pratique contractuelle dominante et du droit positif statutaire le plus significatif.

1.1. La théorie générale des contrats est coupée de la pratique contractuelle

Dans son état actuel, la théorie générale des contrats repose encore pour l'essentiel sur un modèle de contrat qui était peut-être dominant à l'époque de Domat, de Pothier ou du Code civil de 1866, mais qui est devenu marginal dans l'économie contemporaine.

Si l'on veut se représenter plus concrètement le type de contrat auquel se réfèrent implicitement les rédacteurs de notre Code civil et qui reste sous-jacent à la théorie générale actuelle des contrats, on peut s'inspirer du second alinéa de l'article 1530 du *Code civil du Bas-Canada* et envisager la vente d'un animal atteint de tuberculose entre deux cultivateurs voisins. Ce type de contrat présente au moins trois caractéristiques majeures. C'est un contrat *transactionnel* en ce qu'il donne naissance à un rapport contractuel conçu normalement pour une courte durée. C'est un contrat *individualisé* appelé à établir un lien de droit singulier, non répétitif, qui se ressentira assez fortement de la personnalité et des intérêts spécifiques du duo formé par les parties immédiatement concernées. C'est, enfin, un contrat entre des justiciables dont la personnalité juridique est peu complexe et dont l'expertise en droit reste pour le moins sommaire ; il s'agit donc d'un rapport contractuel *peu sophistiqué* où l'échange des consentements se limite aux seules considérations économiques immédiates et reste en conséquence très peu formalisé ou même conçu dans une perspective proprement juridique.

Depuis un siècle, il s'est produit une triple évolution dans la nature des rapports contractuels les plus fréquents et les plus significatifs. Du contrat transactionnel, on est passé de plus en plus au contrat *relationnel* conçu pour une longue durée². Du contrat individualisé on est passé au *contrat-type*

2. Sur les notions de contrat transactionnel et relationnel voir I. R. MACNEIL, *Contracts. Exchange, transactions and relations. Cases and Materials*, 2nd ed., Mineola, The Foundation Press, 1978, p. 10-16, 175 s.

standardisé. Du contrat juridiquement simple, on est passé au contrat juridiquement *très sophistiqué*. La personnalité juridique des contractants se révèle aujourd'hui beaucoup plus élaborée (structure corporative, regroupement d'individus ou d'entreprises...). Le contenu de leur échange de consentements se ressent d'une finalité proprement juridique recherchée de façon consciente par les deux parties ou du moins par celle qui impose la convention rédigée à son initiative³. Le contrat doit enfin s'analyser dans la plupart des cas comme un ensemble complexe de rapports contractuels où se trouveront réunis des éléments de vente, louage, prêt, assurance, garantie... Simplement à titre d'illustration, on pourra se référer aux contrats usuels de concession commerciale et de franchise pour mesurer toute l'évolution qui s'est opérée depuis un siècle dans la structure et la fonctionnalité des contrats.

Malheureusement, la théorie générale des contrats n'a pas su assumer cette triple évolution de la pratique contractuelle. Elle reste empêtrée dans la réception du contrat d'adhésion, dont elle se demande encore s'il est ou n'est pas un contrat. Considéré en lui-même, le contrat d'adhésion ne se réfère pourtant qu'à la seconde évolution signalée plus haut sans entretenir de rapports nécessaires avec les deux autres dimensions dont la théorie générale ne semble même pas consciente. En 1979, on a célébré comme une audace l'arrêt *Kravitz* qui osait affirmer le caractère relatif du principe de relativité des contrats dans le contexte de rapports contractuels que l'économie et la pratique dominante ont imposés depuis 50 ou 60 ans⁴. Placée dans cette perspective et au regard des questions beaucoup plus complexes que soulève, par exemple, la pratique des contrats de concession commerciale ou de franchise, l'audace de la Cour suprême fut-elle vraiment audacieuse ?

La doctrine n'a pas encore fait l'effort requis pour une compréhension théorique adéquate des nouveaux types de contrat. Non seulement a-t-elle négligé la dimension explicative ou interprétative de son rôle, elle a oublié même cette exigence préalable fondamentale de décrire. On ne trouve nulle part dans les ouvrages qui exposent la théorie générale des contrats une description un peu cohérente et articulée de la pratique contractuelle dominante, aucune référence significative au contenu d'un contrat-type usuel. La primauté du principe de liberté contractuelle se trouve fréquemment affirmée. L'usage qu'on en fait aujourd'hui n'est évoqué que de manière furtive et sans intention descriptive.

3. Selon Macneil, cette sophistication juridique de la pratique contractuelle justifierait désormais que l'enseignement du droit des contrats accorde une importance majeure à l'étude du contrat comme mécanisme de planification. *Supra*, note 2, p. 781-1278.

4. *Kravitz c. General Motors Products of Canada Ltd.*, (1979) 1 R.C.S. 790.

L'absence de référence significative à l'état de la pratique contractuelle serait d'une gravité toute relative si l'on était encore à l'époque de la première codification du droit civil. Dans le contexte socio-économique d'alors, la liberté contractuelle restait probablement pour la majorité des justiciables profanes un cadeau de luxe dont on ne savait trop quoi faire. Malgré son caractère supplétif, le droit des contrats prévu au Code civil demeurait en conséquence le droit commun, habituel, celui des contractants ordinaires.

La situation est tout autre aujourd'hui. Les agents économiques, du moins les plus importants d'entre eux, bénéficient comme on le sait des services hautement sophistiqués de juristes spécialisés responsables dans une très large mesure de l'innovation juridique dans le domaine contractuel. Pendant ce temps, les étudiants en droit continuent de s'épuiser à comprendre les subtilités de règles légales et de principes de base qui sont quotidiennement, massivement et allègrement écartés par la pratique contractuelle. Pour l'enseignement d'une introduction au droit des contrats et la formation de l'esprit juridique, il y a là un paradoxe pour le moins troublant.

On pourrait objecter à ce qui précède que la théorie générale des contrats n'est pas si coupée de la pratique contractuelle puisqu'elle s'appuie largement sur la jurisprudence relative aux litiges entre contractants. Il est vrai que se manifeste de façon peut-être de plus en plus nette cette interaction entre la doctrine et la jurisprudence. Mais, loin de favoriser un rapprochement entre la doctrine et la pratique contractuelle, cette interaction pourrait être elle-même une source d'éloignement si la jurisprudence s'avérait ne pas être réellement en contact avec la pratique contractuelle la plus significative. Or, on ne peut tenir pour évident que la jurisprudence des tribunaux judiciaires soit représentative du contentieux que génèrent les formes dominantes de l'activité contractuelle contemporaine. Ce contentieux pourrait s'exprimer plus facilement dans des instances de type arbitral comme c'est le cas en matière de relations de travail et d'échanges commerciaux, particulièrement à l'échelle internationale⁵. Ce contentieux pourrait aussi trouver ses voies de règlement en dehors de toute instance judiciaire en empruntant de façon privilégiée le procédé de la négociation⁶. Enfin, ce contentieux pourrait s'avérer beaucoup plus virtuel qu'effectif dans la mesure où la rédaction de contrats très sophistiqués vise précisément à prévoir et régler préalablement les conflits inhérents aux rapports contractuels particulièrement lorsqu'on

5. Voir notamment R. B. FERGUSON, « The Adjudication of Commercial disputes and the legal system in modern England », (1980) 7 *British Journal of Law and Society* 141.

6. S. MACAULAY, « Non-contractual Relations in Business. A preliminary Study », (1963) 28 *American Sociological Review* 55. H. BEALE & T. DUGDALE, « Contracts between businessmen: planning and the use of contractual remedies », (1975) 2 *British Journal of Law and Society* 45.

envisage leur maintien sur une longue durée. Pour le reste, les conflits qui n'auront pas trouvé leur solution à l'intérieur des normes et mécanismes prévus contractuellement ne se transformeront pas pour autant en litiges judiciaires ou autres, la protection qu'offre à cet égard le rapport de forces strictement financier prenant le relais du mécanisme contractuel défaillant.

La jurisprudence à laquelle se réfère la doctrine relative à la théorie générale des contrats pourrait donc s'avérer peu représentative de l'état de la pratique contractuelle la plus significative. Certes, la vente d'un cheval tuberculeux entre deux cultivateurs voisins pourrait encore aujourd'hui générer un litige devant les tribunaux judiciaires. La processivité légendaire du milieu rural aidant, ce litige pourrait demain donner lieu à un jugement de la Cour suprême du Canada, jugement qui se retrouverait vraisemblablement dans nos recueils de textes en droit des contrats pour illustrer la notion de vice caché. La représentativité de ce litige n'en serait pas moins insignifiante dans le contexte d'un produit intérieur brut québécois de l'ordre de 90 milliards de dollars dont la majeure partie s'échange par l'intermédiaire d'une pratique contractuelle fondamentalement transformée. S'il devait s'avérer que la jurisprudence ne donne plus de cette dernière une image adéquate, l'interaction doctrine-jurisprudence confinerait à un formidable cercle vicieux du droit dogmatique où la doctrine reflète la jurisprudence qui reflète la doctrine qui reflète la jurisprudence... qui ne reflète plus la pratique contractuelle !

Faute d'une objection tirée de son contact avec la jurisprudence, la doctrine pourrait chercher à excuser son écart face à la pratique contractuelle en plaçant que son rôle consiste d'abord à rendre compte du droit positif, de la règle de droit en vigueur, et non à s'enquérir de son application effective. Il y aurait beaucoup à dire à l'encontre de cette prétention, mais je la prendrai ici pour acquise et m'interrogerai maintenant sur les rapports entre la théorie générale des contrats et le droit positif.

1.2. La théorie générale des contrats est coupée du droit positif

On conviendra sans peine que, dans l'ordre juridique québécois et canadien contemporain, le droit statutaire a pris une importance considérable dans le domaine des contrats comme dans les autres sphères du droit. On ne contestera pas non plus que cette évolution s'est faite non seulement quant au volume du droit statutaire mais aussi quant à son contenu. Or, le droit positif statutaire des contrats, tel qu'il s'est développé depuis le Code civil de 1866, a été tenu en dehors de la théorie générale des contrats. Du point de vue d'une intégration théorique, il n'y a plus de liens significatifs et intelligibles entre les principes que l'on continue de présenter comme étant à

la base du droit commun des contrats et les règles particulières qui encadrent aujourd'hui la majorité des contrats nommés.

Au temps de la codification, on pouvait dire avec raison que les contrats nommés faisaient tous partie d'une bonne vieille famille nombreuse du monde rural où chacun portait la marque très nette d'une hérédité fournie par le patriarcat dont la théorie générale des contrats tenait le rôle. Dans le droit positif actuel, la famille des contrats se définirait mieux comme famille nucléaire, en bonne partie monoparentale et peut-être éclatée en plusieurs familles de modèles différents. Le patriarcat a graduellement perdu contact avec sa progéniture qui est allée chercher en ville l'impulsion dynamique de son développement. Le contrat de travail, le contrat commercial, le contrat administratif, le contrat international, pour ne mentionner que ceux-là, se sont détachés du corpus juridique traditionnel.

Dans la foulée de cette évolution du droit positif, les rapports entre les règles générales du contrat et les règles particulières des contrats nommés se sont radicalement transformés. En 1866, ces rapports étaient essentiellement commandés par une logique d'implication : les règles particulières n'étaient pour la plupart que des précisions tout à fait compatibles avec les règles générales. Aujourd'hui, ces rapports sont dominés par une logique de contradiction : les règles du droit statutaire sont plus souvent qu'autrement des exceptions aux anciennes règles générales. La doctrine exposant la théorie classique des contrats ne pouvait que subir, bon gré mal gré, les contrecoups de cette évolution du droit positif des contrats. Constatant la dégradation progressive de l'unité systémique du premier Code civil, elle aurait pu et dû se préparer à fournir une description puis une compréhension théorique de cette évolution vers ce qui apparaît maintenant comme un système normatif beaucoup plus complexe dans sa configuration générale et inspiré par un mode d'articulation davantage pluraliste qu'unitaire. Au lieu de cela, la doctrine semble avoir opté pour le maintien de son intégrité logique traditionnelle assortie d'accommodements mineurs qui, par ce caractère même, font obstacle à une véritable compréhension de la logique propre — ou des logiques propres — au droit statutaire des contrats.

Que la théorie générale des contrats n'aide pas et même fasse obstacle à une compréhension adéquate du droit statutaire, cela se constate à mon avis dans différents secteurs du droit des contrats. Pour illustrer sommairement le fait, il suffira d'évoquer ici le traitement qu'elle réserve à la *Loi sur la protection du consommateur*⁷ qui fait figure de modernité dans la présentation actuelle de la théorie générale. Il s'agit là du dernier rejeton législatif qui ne s'est pas encore affranchi de la tutelle du patriarcat, mais qui pourrait bien

7. L.R.Q., c. P-40.1.

ne pas tarder à le faire tant ce dernier se révèle peu favorable à la reconnaissance d'une personnalité apte à exprimer son autonomie.

Comment la théorie générale des contrats intègre-t-elle la *Loi sur la protection du consommateur*? Essentiellement en fournissant d'elle l'image éclatée et réductrice d'une loi d'exception qui devrait s'analyser, au pire, comme un mélange hétéroclite de dispositions auxquelles on se réfère de manière disparate, au mieux, comme une intervention législative dont la présentation sommaire mérite d'autant plus d'être *annexée* à l'exposé de la théorie classique qu'elle permet d'illustrer la résurgence de l'ancien formalisme contractuel ou de la très ancienne idée de justice contractuelle... La *Loi sur la protection du consommateur* c'est bien sûr en partie cela. Mais, c'est aussi beaucoup plus. En négligeant la présentation de sa logique d'ensemble, la théorie générale des contrats perpétue sans difficulté l'idée que le Code civil reste le droit commun alors qu'on peut soutenir que la *Loi sur la protection du consommateur* constitue désormais au Québec le droit commun de la consommation.

Cette prétention requiert évidemment que l'on rende compte d'une manière intelligible de l'ensemble des éléments majeurs qui confèrent à la loi sa personnalité propre⁸. Elle suppose aussi que l'on accepte de s'avancer dans une voie qui pourrait déboucher sur une théorie pluraliste et non plus unitaire du droit commun des contrats, théorie au sein de laquelle le Code civil n'occuperait peut-être plus une place centrale⁹. Cette interrogation

8. La présentation de l'économie générale de la *Loi sur la protection du consommateur* fournirait une occasion privilégiée d'illustrer certaines tendances importantes de l'évolution contemporaine du droit des contrats : l'émergence d'une philosophie juridique préventive, la jonction des techniques du droit administratif et du droit pénal avec celles du droit civil classique, les particularités de l'ordre public économique... Au lieu de cela, les dispositions de la loi sont mises en parallèle avec celles du Code civil comme autant d'exceptions découlant d'une loi qui ne saurait prétendre ni à l'autorité morale ni aux vertus d'équilibre du Code civil. Dans la mesure où le cours d'introduction au droit des contrats ne montre pas aux étudiants comment la pratique contractuelle ultérieure à l'adoption du premier Code civil a rompu le bel équilibre de ses règles supplétives, il devient bien difficile de faire apprécier à sa juste valeur une loi dont la logique ne se comprend bien qu'en rapport direct avec la pratique des contrats d'adhésion. Cela dit, une compréhension adéquate de la loi suppose aussi que l'on aille au-delà de la fantasmagorie du « bon législateur protégeant le faible consommateur contre le méchant contrat d'adhésion » pour constater que ce dernier devenait inévitable, avec ses avantages aussi bien que ses inconvénients, dès lors que s'imposait la bureaucratisation plus générale de l'activité économique. Voir à ce sujet la réflexion très stimulante proposée par I. MACNEIL, « Bureaucracy and Contracts of Adhesion », (1984) 22 *Osgoode Hall L.J.* 5.

9. Est-il besoin d'ajouter qu'il ne faudra pas compter sur les travaux de l'Office de révision du Code civil pour nous inciter à emprunter cette voie? On lira notamment pour s'en convaincre le *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978, volume I, p. XXV-XXX et volume II, tome 2, p. 561-563, 572-573.

fondamentale, comme bien d'autres, reste pour l'instant ignorée ou mal posée parce qu'on préfère reproduire inlassablement les vieux dogmes de la théorie générale des contrats plutôt que de les confronter aux réalités juridiques nouvelles. Lorsque les effets du dogmatisme prennent ainsi l'ampleur d'une véritable paralysie des fonctions analytiques de la doctrine, sans doute devient-il urgent de s'interroger sur les remèdes possibles.

2. Les remèdes au dogmatisme

Coupée de la pratique contractuelle et du droit positif statutaire, la théorie générale des contrats présente à mon avis les symptômes majeurs du dogmatisme. Elle a perdu dans une mesure importante les vertus descriptive et explicative faute desquelles la doctrine ne peut prétendre apporter une contribution dynamique à l'enseignement universitaire du droit aussi bien qu'à l'évolution de l'ordre juridique. Face à ces symptômes du dogmatisme et à leurs effets, deux questions différentes peuvent se poser. La première emprunte la voix du cynisme : y a-t-il là une maladie ? La seconde fait entendre la voix de l'idéalisme : quels sont les remèdes ?

2.1. Le dogmatisme est-il une maladie ?

« Le domaine du droit commence là où finit la recherche de la vérité ». L'affirmation est peut-être excessive. Elle vient pourtant d'un juriste romain célèbre, Cicéron, qui doit peut-être à cette courte phrase¹⁰ d'être beaucoup moins invoqué par les docteurs du droit civil que l'empereur Justinien pourtant beaucoup plus politicien que juriste. Selon Cicéron, il serait donc dans la nature même du droit de fonctionner à partir du principe d'autorité plutôt que de vérité.

Dans cette optique cynique, la doctrine relative à la théorie générale des contrats ne serait pas malade de dogmatisme car ce serait, en somme, l'état normal de la doctrine que d'être dogmatique. C'est bien là la teneur d'un important ouvrage que le psychanalyste français Pierre Legendre a consacré à l'analyse du droit, plus particulièrement au discours des docteurs en droit, héritiers de la scolastique canonique et principaux théologiens de l'État-Nation¹¹. La fonction spécifique des professeurs de droit, producteurs et agents de la doctrine juridique, serait d'assurer la transmission d'un savoir dogmatique pour obtenir la soumission des justiciables et des juristes eux-mêmes à la Loi et au Pouvoir. Garante d'un ordre dogmatique, la doctrine

10. La phrase est rappelée à notre souvenir par J.-L. SCHEFER dans son texte de présentation d'un numéro spécial consacré à « L'objet du droit », (1977) 26 *Communications* 1, p. 1.

11. P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éd. du Seuil, 1974.

reposerait sur une pédagogie du droit apte à réprimer subtilement le désir des sujets, y compris le désir de connaître, en censurant la réalité puisqu'il s'agit ultimement de propager l'amour du censeur¹². Sans doute vaut-il la peine de rappeler ici une maxime célèbre chez les juristes qui semblent pourtant en avoir oublié en partie la signification : *Res judicata pro veritate habetur* (la chose jugée tient la place de la vérité). À quoi l'on pourrait ajouter ainsi que Legendre nous y invite : *Res professa pro veritate habetur...*

La tradition intellectuelle et les intérêts professionnels objectifs des professeurs de droit ne nous prédisposent certainement pas à entendre dans toutes ses résonances la voix du cynisme lorsqu'il s'agit d'évaluer l'état de la doctrine. La voix de l'idéalisme nous sied mieux. Celle-là peut nous rassurer davantage parce qu'elle propose une thérapeutique, exigeante sans doute, mais aussi porteuse d'espoir dans l'avenir de la doctrine.

2.2. Quels sont les remèdes ?

Que faire pour guérir la théorie générale des contrats du dogmatisme que lui communique la doctrine actuelle ?

Il faut d'abord changer la diète pour enrichir cet aliment premier de l'activité doctrinale, la logique. Renoncer au vieux sirop scolastique en faveur d'une logique plus dialectique ainsi que nous le suggère le mouvement de l'étude critique du droit, ajouter à notre mode de raisonnement trop souvent dichotomique et binaire une analyse typologique plus raffinée, réarticuler nos concepts comme états successifs d'une variable continue plutôt que de les traiter systématiquement comme variables discontinues, tels sont parmi d'autres les ingrédients susceptibles de revigorer notre capacité d'aborder les problèmes anciens et nouveaux que pose l'évolution du droit des contrats¹³.

Il faut ensuite ouvrir la fenêtre pour que la théorie générale des contrats puisse respirer l'air de la pratique contractuelle. Maintenant que leur statut au sein des facultés de droit est assuré et qu'ils ont pris le contrôle effectif de la production doctrinale, les professeurs de droit ne devraient plus craindre de se rapprocher des spécialistes de la pratique contractuelle pour tirer profit

12. Veut-on réfléchir sur la manière dont se transmet peut-être encore la théorie générale des contrats dans nos salles de cours ? Dans son petit « traité de la prestance du docteur », Legendre nous inspirera sans doute quelques bonnes réflexions : *supra*, note 11, p. 99-116.

13. Voir notamment R. MANGABEIRA UNGER, « The Critical Legal Studies Movement », (1983) 96 *Harvard Law Review* 561 ; aussi D. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », (1976) 89 *Harvard Law Review* 1685.

d'une source d'informations devenue absolument indispensable à toute doctrine intelligente du droit des contrats¹⁴.

Il faut enfin allonger les heures de visite pour que la doctrine juridique reprenne contact avec les autres sciences humaines. La psychologie, la psychanalyse, l'ethnologie, la science administrative et sans doute d'autres disciplines devraient être invitées à visiter notre malade pour son plus grand bénéfice. Je me contenterai ici de plaider pour une reprise de contact avec trois anciennes connaissances : l'histoire, l'économique et la sociologie.

Il faut remettre l'histoire du droit à l'honneur et l'orienter moins dans le sens de l'histoire traditionnelle et formaliste des institutions juridiques et davantage dans celui d'une histoire socio-économique du droit. Pour le common law, certains ont déjà montré de cette façon tout le dynamisme d'un droit des contrats que la doctrine dogmatique a voulu figer arbitrairement pour en faire un monument d'éternité¹⁵. La reprise du dialogue avec l'histoire du droit suppose que l'on renonce au moins provisoirement aux vieilles fixations que sont devenus pour nous le droit romain, l'ancien droit français, le Code Napoléon, le Code civil et l'Office de révision du Code civil. Elle requiert une ferme volonté de guérir notre amnésie collective, celle qui amène à faire abstraction de l'histoire proprement québécoise du droit des contrats avant aussi bien qu'après le Code de 1866.

Constatant les lacunes béantes de notre connaissance historique du droit des contrats tel qu'il a évolué au Québec, on ne s'étonne plus de l'anémie des échanges entre la doctrine et la science économique. La perspective qui inspire plus ou moins explicitement la théorie générale des contrats reste fondamentalement micro-économique et libérale. Une compréhension adéquate de l'ordre juridique contemporain, n'en déplaise aux

14. L'Association Henri Capitant semble en avoir pris conscience puisqu'elle a consacré son Congrès de 1983 au « rôle de la pratique dans la formation du droit ». Parmi les communications consacrées à ce thème voir notamment celle des professeurs M. LAUZON (pour le droit civil en général) et N. N. ANTAKI (pour le droit commercial et économique) : « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », (1984) 14 *R.D.U.S.* 375, p. 457-485, 487-507.

15. Voir par exemple P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979; M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1790-1860*, Cambridge, Harvard Un. Press, 1977. Faut-il expliquer par un état plus avancé de dogmatisme l'absence dans la doctrine de droit civil de synthèses historiques comparables ? On lira avec intérêt là-dessus les réflexions de l'ethnologue N. ROULAND sur le dépérissement de l'histoire du droit en France in « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », (1979) 3 *Études/Inuit/Studies* 103. Dans l'attente d'un regain d'intérêt pour l'histoire du droit civil, on ne devrait pas hésiter à tirer profit des travaux des historiens du common law car, au niveau où se tient par définition la théorie générale des contrats, le nationalisme juridique des doctrines occidentales fait décidément archaïque.

tenants du néo-classicisme dont les thèses connaissent un regain de ferveur dans la conjoncture socio-politique actuelle, exige pourtant que la doctrine se mette résolument à l'heure d'une perspective macro-économique et planificatrice. Dans l'ordre juridique libéral du 19^e siècle, le contrat pouvait raisonnablement s'analyser comme un instrument privilégié d'autonomie des justiciables. Il s'impose bien davantage aujourd'hui comme instrument d'une régulation privée où le contrat-type participe étroitement de l'effort de rationalisation du fonctionnement bureaucratique des entreprises et d'une régulation publique par le biais du contrat réglementé et du règlement contractualisé.

Au 19^e siècle, le contrat opérait une coordination à un niveau principalement inter-individuel. Il réalise aujourd'hui cette fonction de coordination, au niveau intra-organisationnel, entre les différentes instances des grandes entreprises bureaucratiques toutes assujetties au respect d'un contrat standard avec les clients, au niveau inter-organisationnel, entre des entreprises juridiquement distinctes mais économiquement intégrées du point de vue horizontal ou vertical (contrats de distribution, ententes, coalitions...) et, de plus en plus, au niveau supra-organisationnel, par le biais des accords et traités internationaux. Le jour où la théorie générale des contrats posera le problème des rapports entre le contrat classique du Code civil et les accords bilatéraux ou multilatéraux, publics ou privés, qui régissent de plus en plus les échanges économiques, on abordera enfin l'analyse macro-juridique du contrat seule capable de rendre compte des lignes de force les plus significatives du droit moderne des contrats...¹⁶.

Bien qu'on l'ait peut-être oublié, la doctrine juridique et la sociologie ont déjà fait assez bon ménage. C'était au temps où toutes deux s'inspiraient de la même doctrine sociale de l'Église catholique. Depuis, il faut dire que les ponts sont coupés. C'est dommage, car la sociologie a beaucoup changé et pourrait apporter un éclairage très intéressant sur les problèmes qui confrontent la doctrine en droit des contrats. Aux côtés de la sociologie de la famille, à laquelle la sociologie est restée souvent identifiée chez les juristes, s'est développée au cours des dernières décennies une sociologie de l'économie dont les travaux enrichiraient très heureusement le contenu de « l'ordre

16. L'analyse économique du contrat ne mène pas forcément à cette perspective macro-juridique mais, même dans ses accents les plus conformes à l'idéologie libérale classique, elle reste de loin préférable à la quiétude d'une doctrine qui ne s'interroge plus guère sur la problématique économique qui l'inspire. Parmi une littérature déjà considérable voir : A. T. KRONMAN & R. A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, 4th ed., Boston, Little, Brown and Co., 1979 ; D. KENNEDY & F. MICHELMAN, « Are property and contract Efficient ? », (1980) 8 *Hofstra Law Review* 711. En France, l'apport de Gérard FARJAT me semble avoir été nettement sous-estimé et sous-utilisé par la doctrine du droit des contrats ; voir en particulier son *Droit économique*, Paris, Thémis, 1971.

public et des bonnes mœurs »¹⁷. La sociologie du conflit fournirait probablement les jalons d'une réflexion féconde sur le contentieux des modes d'exécution du contrat, ce pacte qui tient à la fois du conflit et de la coopération, de l'éloignement et du rapprochement¹⁸. La sociologie de la culture permettrait d'intégrer dans le panorama plus large de la société post-industrielle l'évaluation critique d'un ordre juridique où le contrat sert désormais à asservir l'initiative des individus à des fins qui leur échappent beaucoup plus qu'il n'exprime l'épanouissement de leur autonomie...¹⁹.

À trop fréquenter les autres sciences humaines, la doctrine juridique risque-t-elle de négliger le droit et d'y perdre son âme ? Ce n'était pas l'avis de Léon Duguit dont la contribution à la doctrine française du droit constitutionnel fut très significative. Il disait à propos de sa longue fréquentation de la sociologie française du début du siècle : « un peu de sociologie éloigne du droit ; beaucoup de sociologie y ramène ». À quoi j'ajouterai pour ma part que le seul risque véritable qu'encourt la doctrine en se rapprochant des autres sciences humaines est celui de reprendre contact avec le réel, de sortir du dogmatisme et de retrouver le droit. Je ne sais trop si mon exposé aura convaincu de la nécessité d'assumer ce risque dans le meilleur intérêt de la théorie générale des contrats. Si, comme je le pense, la doctrine actuelle souffre de dogmatisme, l'urgence du risque ne devrait en tout cas plus faire de doute, car la guérir de cette maladie sera tout un contrat !

17. Ne mentionnons ici que les classiques d'une sociologie du droit dont le rythme de développement n'a cessé de s'accélérer pour illustrer à quel point, dès le début de ce siècle, la réflexion sociologique était déjà riche d'intuitions utiles à la compréhension du droit des contrats : É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9^e éd., Paris, PUF, 1973 (1^{re} éd. 1893), p. 184 s. ; M. WEBER, *On Law in Economy and Society*, New York, Simon and Schuster, 1954 (trad. de la 2^e éd. all. de 1925), p. 98-197.

18. G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier éd. Montaigne, 1940, p. 165 s.

19. Combien de juristes civilistes ont participé au mouvement collectif qui a fait de l'ouvrage majeur de l'anthropologue David RIESMAN un succès de librairie ? *La Foule solitaire. Anatomie de la société moderne*, Paris, Arthaud, 1964 (Trad. de la 1^{re} éd. amér. 1950). Peut-être la sociologie de la culture permettrait-elle de reconceptualiser de manière plus satisfaisante les rapports du contrat et de l'individualisme pour sortir de la vision caricaturale dénoncée par notre collègue Maurice TANCELIN, *supra*, note 1, p. VI.