

# Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois\*

Mathieu DEVINAT\*\*

Édith GUILHERMONT\*\*\*

---

## Résumé

Un peu à la manière des scientifiques, les civilistes sont friands de théories juridiques. Le plus souvent d'origine doctrinale, les théories juridiques donnent une armature logique au discours, elles permettent de montrer que le droit n'est pas seulement fait de règles législatives ou de principes jurisprudentiels : à *côté* ou *dans* le droit, et parfois même *au-dessus* du droit, se trouvent des énoncés abstraits qui servent tantôt à organiser l'information juridique, tantôt à orienter la mise en œuvre des règles. Souvent présentés comme une caractéristique de la

## Abstract

Civilian jurists can be generally described as enamoured of legal theories. As a by-product of legal scholarship, legal theories offer a logical structure to civilian discourse and provide a basis for the systematisation of law. They also have a significant impact on the representation of a juridical system in that they show that it is more than a collection of enacted rules or jurisprudential principles. Somewhere *above* the Law, there stand abstract statements which are used to organize legal information and to implement legal rules. Often presented as a genuine char-

---

\* Les auteurs souhaitent remercier les professeurs Nathalie Vézina de l'Université de Sherbrooke et Pascal Ancel de l'Université Jean Monnet (Saint-Étienne) pour leurs commentaires et suggestions à l'égard d'une version antérieure de ce texte. Les recherches sur lesquelles se fonde la présente étude ont été réalisées avec l'appui du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et du Fonds de recherche sur la société et la culture du Québec.

\*\* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

\*\*\* Docteure de l'Université de Perpignan *Via Domitia* et chercheure postdoctorante à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

tradition civiliste, l'influence et le rôle des théories juridiques n'ont pourtant pas été directement abordés en droit civil québécois. Or, une comparaison avec les usages langagiers retenus en droit français nous a permis de constater que lorsque les juristes québécois parlent du droit et le décrivent, ils ponctuent moins souvent leurs discours de « théories juridiques ». Fait significatif, le juriste québécois, et plus particulièrement l'auteur de doctrine, présente rarement son opinion comme une « théorie » ; que ce soit par modestie ou par conviction, il ne semble pas éprouver le besoin d'élever ses opinions ou ses idées à ce rang. Enfin, nous avons constaté, en retour, que parmi les propositions doctrinales désignées explicitement comme des « théories », très peu ont été développées par des auteurs québécois. À notre avis, ces caractéristiques permettent de tirer d'intéressantes conclusions sur les habitudes de langage des civilistes québécois et, plus fondamentalement, sur l'importance que l'objet « théorie juridique » occupe dans leur imaginaire.

acteristic of the Civilian tradition, the influence and the function of various legal theories are not directly addressed in Quebec Civil Law. By comparing French and Quebec linguistic usages, this paper attempts to show that when Quebec writers describe their legal system, they are less likely to use the expression “legal theory”. Furthermore, civilian jurists in Quebec seldom present their own opinions as the formulation of a “theory”. Lastly, we note that among the doctrinal propositions expressly referred to as “theories”, few of them have been formulated by Quebec writers. These characteristics of Quebec’s linguistic legal usages reveal the role “legal theories” play in the manner in which this civilian community thinks and describes its legal system.

---

## Plan de l'article

|                                                                                         |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Introduction .....</b>                                                               | <b>11</b> |
| <b>I. Les termes « théorie / <i>theory</i> » en droit civil québécois.....</b>          | <b>13</b> |
| <b>II. En quête de « théories juridiques » québécoises en droit civil .....</b>         | <b>27</b> |
| A. Les théories juridiques en droit civil québécois :<br>un phénomène de réception..... | 28        |
| B. En quête de véritables théories juridiques québécoises.....                          | 34        |
| <b>Conclusion .....</b>                                                                 | <b>43</b> |



Un auteur a récemment observé que «la pensée juridique contient une quantité phénoménale de théories, conçues comme le fruit intellectuel des juristes»<sup>1</sup>. Valable certainement dans les pays de tradition de droit civil, ce constat de l'abondance de théories illustre à quel point elles occupent une place importante dans la pensée juridique, et plus particulièrement dans le discours doctrinal. L'activité doctrinale se prête bien à la construction de théories : les auteurs ont vu dans leur formulation, une manière de décrire leur propre système juridique, de le rationaliser ou de le critiquer. À tel point que le professeur Christian Atias a consacré un ouvrage complet aux théories juridiques et à leur rôle dans le processus d'élaboration du savoir juridique<sup>2</sup>.

Un peu à la manière des scientifiques, les civilistes sont friands de théories juridiques<sup>3</sup>. Elles donnent une armature logique au discours, elles permettent de montrer que le droit n'est pas seulement fait de règles législatives ou de principes jurisprudentiels : à *côté* ou *dans* le droit, et parfois même *au-dessus* du droit, se trouvent des énoncés abstraits qui servent tantôt à organiser l'information juridique, tantôt à orienter la mise en œuvre des règles. À consulter un ouvrage de droit civil, on peut constater qu'il fait appel à plusieurs théories : celle de la cause<sup>4</sup>, des obligations de

<sup>1</sup> Thierry TAURAN, « Le droit et ses théories. Peut-on construire une théorie sur les théories juridiques? », (2008) 33 *Revue de la recherche juridique* 807, 807. Dans cet article, l'auteur recense en effet une « quantité phénoménale » de théories élaborées par des chercheurs, pour la plupart universitaires, ainsi que par les tribunaux (voir les tableaux aux pages 820, 821 et 822, et aux pages 837 et suiv.). En retour, on ne peut que s'étonner de l'absence de référence aux travaux du professeur Christian Atias qui, pourtant, a consacré plusieurs ouvrages à cette question ; voir la prochaine note.

<sup>2</sup> Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1987. Cet essai, dense et riche en réflexions, s'appuie essentiellement sur l'expérience française en droit privé. Voir également, du même auteur : *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 177 et suiv.

<sup>3</sup> De manière générale, plusieurs auteurs ont décrit l'influence du modèle scientifique sur la pensée juridique ; voir les contributions dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1994 et, plus particulièrement : Alfred DUFOUR, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », p. 147.

<sup>4</sup> Pour une description de cette théorie, voir : Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 818-838. Voir également le tableau dans l'ouvrage de Christian Atias : C. ATIAS, préc., note 2, p. 101. Pour une référence dans un ouvrage québécois, voir : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 832, p. 822, où ces auteurs citent comme source d'autorité : Gertrude WASSERMAN, « Impossibility of Performance in the Civil Law of Quebec »,

moyens et de résultat (René Demogue)<sup>5</sup>, du droit réel conçu comme une obligation passivement universelle (Planiol)<sup>6</sup>, de l'apparence<sup>7</sup> ou du patrimoine (Aubry et Rau)<sup>8</sup>. Souvent présentées comme une caractéristique de la tradition civiliste, l'influence et le rôle des théories juridiques n'ont pourtant pas été directement abordés en droit civil québécois. La présente étude souhaite ainsi ouvrir ce champ de réflexion en vue d'explorer le rapport qu'entretient la communauté juridique québécoise avec les théories.

De prime abord, le juriste québécois œuvrant en droit privé serait porté à croire que le constat de l'importance des théories juridiques dans la tradition civiliste française<sup>9</sup>, confirmé par les auteurs précédemment cités, pourrait valoir pour son propre système. Curieusement, un examen du discours provenant des « civilistes » québécois renvoie une image différente et originale de leur façon de penser le droit et de le conceptualiser. En effet, une comparaison avec les usages langagiers retenus en droit français nous a permis de constater que les mots « théorie / *theory* » ne semblent pas être employés aussi fréquemment dans la littérature civiliste québécoise. Lorsque les juristes québécois parlent du droit et le décrivent, ils ponctuent moins souvent leurs discours avec des « théories juridiques »

(1952) 12 R. du B. 366, 379 et 380; Henri CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1928, p. 287.

<sup>5</sup> René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I « Sources des obligations », vol. V, Paris, Rousseau & Cie, 1925, n° 1237, spécialement p. 538; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II « Effet des obligations », vol. VI, Paris, Rousseau & Cie, 1931, n° 599, p. 644; Joseph FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préface de Roger Nerson, Paris, L.G.D.J., 1965, chap. 2. Sur le conceptualisme chez Demogue, voir: René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911; au sujet de l'héritage oublié de cet auteur, voir: Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », (2006) R.I.E.J. 56.

<sup>6</sup> Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Cotillon, 1904, nos 2159 et 2160; H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse Paris, 1900.

<sup>7</sup> Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4<sup>e</sup> éd. par D. GOUBAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 68; Pierre-Gabriel JOBIN avec la collab. de Michelle CUMYN, *La vente*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, par. 53.

<sup>8</sup> Charles-Marie AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Marchal et Billard, 1873, n° 573-587.

<sup>9</sup> Voir, sur les théories en droit des contrats: Sébastien PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales? », *RTD civ.* 2009.417.

que leurs homologues français. Fait significatif, le juriste québécois, et plus particulièrement l'auteur de doctrine, présente rarement son opinion comme une « théorie » ; que ce soit par modestie ou par conviction, il ne semble pas éprouver le besoin d'élever ses opinions ou ses idées à ce rang. Enfin, nous avons constaté, en retour, que parmi les propositions doctrinales désignées explicitement comme des « théories », très peu ont été élaborées par des auteurs québécois. C'est, du moins, les différentes observations que nous avons pu faire à la suite d'une étude menée, il est vrai, au niveau de la « paille des mots », celui de l'usage des termes « théorie / *theory* » dans le discours juridique québécois (I), usage que nous avons ensuite confronté à leur objet, la « graine des choses », c'est-à-dire aux théories reconnues et désignées comme telles (II). À notre avis, l'exercice permet de tirer d'intéressantes conclusions sur les habitudes de langage des civilistes québécois et, plus fondamentalement, sur l'importance que l'objet « théorie juridique » occupe dans leur imaginaire.

## I. Les termes « théorie / *theory* » en droit civil québécois

En remplaçant des expressions désuètes comme « bon père de famille », « bonnes mœurs » et « chose sacrée » lors de la recodification du droit privé, les légistes québécois reconnaissaient l'impact que pouvait avoir le vocabulaire juridique *officiel* sur la manière de concevoir le droit et de penser les normes<sup>10</sup>. En retour, bien qu'ils ne soient pas producteurs de règles juridiques, le discours doctrinal et son vocabulaire disposent d'une force performative reconnue et étudiée par les jurilinguistes<sup>11</sup>. Notre démarche prend ainsi pour objet préalable non pas les théories en tant que telles, mais s'intéresse aux usages langagiers des juristes, en vue de dégager, entre autres, les différentes conceptions ou désignations qu'ils en font, et

<sup>10</sup> Un exemple intéressant de l'importance de certaines expressions est celui du mot « race » en droit public français qui, pourtant évoqué à l'article premier de la Constitution de 1958, est paradoxalement écarté dans les textes de lois en raison des principes d'indivisibilité de la République, de souveraineté nationale et d'égalité devant la loi. Sur cette question, voir : Sylvia-Lise BADA, *La définition juridique de la « race ». Exemples français et américains*, mémoire de Master 2, Faculté de droit, Université de Rouen, 2009 (sous la direction de Jean-Christophe Le Coustumer).

<sup>11</sup> Sur la voie de recherche que constitue l'étude du discours juridique, voir, entre autres, l'ouvrage collectif : Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits / Jurilinguistics: Between Law and Language*, Montréal, Éditions Thémis, 2005.

surtout, de repérer les théories juridiques reconnues en droit québécois. L'exercice nous est apparu nécessaire en raison du fait que, de ce point de vue, les mots « théorie / *theory* » sont foncièrement polysémiques et leur usage est indiscutablement marqué par une imprécision qui laisse parfois une « impression de confusion »<sup>12</sup>. C'est pourquoi il nous est apparu utile de présenter les divers usages des mots « théorie / *theory* » afin de cerner les acceptions qui désignent spécifiquement les théories juridiques faisant partie de l'univers juridique québécois.

Afin de repérer les différentes théories juridiques en droit civil québécois, nous avons dépouillé un large corpus de documents doctrinaux et jurisprudentiels. Ainsi, une cinquantaine d'ouvrages couvrant l'essentiel du droit privé (obligations, contrats, responsabilité, biens, travail, procédure civile et preuve, ainsi que commercial/entreprise) ont été répertoriés et étudiés<sup>13</sup>. Pour compléter cette recension doctrinale, la recherche a également été menée dans l'ensemble des revues juridiques portant sur le droit québécois sans restriction de dates. Enfin, concernant la jurisprudence, les mots ont fait l'objet d'une recherche dans les jugements en textes intégraux de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada disponibles dans la banque *Droit civil en ligne* (DCL)<sup>14</sup>.

Il convient de préciser que la méthode de repérage des mots « théorie / *theory* » varie sensiblement selon la nature des documents étudiés. En effet, la vaste majorité des monographies n'a pu être explorée qu'à partir des différents intitulés de chapitres et de sections, ainsi que des index, tandis que, pour l'essentiel, les articles de doctrine et la jurisprudence ont pu faire l'objet d'une recherche en texte intégral. C'est ce qui explique, d'ailleurs, le décalage entre le nombre d'occurrences répertoriées dans les banques de données et celles trouvées dans les ouvrages publiés. Compte tenu du fait que nous n'avons pas cherché à établir une analyse quantitative des usages, cette variation dans la méthode d'identification de ces termes n'est pas susceptible d'influencer nos conclusions.

<sup>12</sup> C. ATIAS, préc., note 2, p. 29.

<sup>13</sup> Pour une liste de ces ouvrages, voir la liste en annexe.

<sup>14</sup> Plus précisément, la recherche en texte intégral dans les jugements de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec a donné lieu à une requête contenant les expressions suivantes : « théorie de » OU « theory of » OU « théorie de la » OU « théorie du » OU « théorie générale » ET « code civil ». La période concernée s'étend de janvier 1977 (date de la décision la plus ancienne) à janvier 2010. De tels critères ont permis de constituer un corpus jurisprudentiel de 214 décisions qui ont toutes été analysées.

Même s'il a souvent été difficile de déterminer avec certitude l'emploi que certains locuteurs ont réellement voulu en faire, nous avons pu dégager quatre acceptions générales des mots « théorie / *theory* » parmi leurs multiples sens en usage dans notre corpus. Seules les deux dernières sont susceptibles de désigner des « théories juridiques ».

Le premier usage de « théorie / *theory* » est à la fois extrêmement courant et vague, c'est celui qui consiste à opposer la « théorie » à la « pratique ». L'expression « en théorie » se rencontre souvent sous la plume des juges ou des auteurs qui l'opposent alors à la pratique ou à la réalité des faits. Le passage suivant illustre un tel usage :

« **En théorie**, la garantie de qualité ne fait sans doute pas partie des éléments essentiels de la vente, qui sont le transfert de propriété et le prix. En réalité toutefois, cette garantie revêt un caractère essentiel pour l'acheteur. Le droit lui-même, d'ailleurs, veille à son application obligatoire dans une importante mesure (articles 1732 et 1733). La garantie de qualité soulève une question importante de qualification, voire de conceptualisation. En pratique et même **en théorie**, quelquefois, on confond des situations où la simple qualité du bien est en jeu et d'autres où la sécurité des personnes, et même des biens, est en cause. »<sup>15</sup>

Ce sens du mot théorie renvoie toujours, peu ou prou, à un jugement sur la valeur d'une opinion<sup>16</sup>.

Plus intéressant, et presque aussi fréquent, est le deuxième usage du mot théorie, qui sert à présenter une solution, une règle ou un principe actuellement ou autrefois admis par le droit positif. C'est en ce sens que le juge Daphond écrit, à propos du régime de l'autorité parentale dans le *Code civil du Québec* :

« La **théorie** de l'exercice monoparental de l'autorité parentale, qui soutient que le parent à qui est confiée la garde se voit investi de toute l'autorité parentale sur l'enfant et peut ainsi décider seul de toute question relative à l'enfant, n'a plus sa place au Québec [...] »<sup>17</sup>.

Le même sens est évoqué par la juge L'Heureux-Dubé lorsqu'elle aborde la primauté de l'intérêt de l'enfant sur celui de ses parents :

<sup>15</sup> P.-G. JOBIN, préc., note 7, par. 142 (nous avons mis en gras).

<sup>16</sup> Voir C. ATIAS, préc., note 2, p. 30.

<sup>17</sup> *Droit de la famille* – 09746, 2009 QCCA 623, par. 39.

« Bref, bien que le préjudice caractérisé causé à l'enfant soit l'un des facteurs dont le tribunal devra tenir compte si les circonstances le nécessitent, il n'a pas été isolé par le législateur comme étant l'unique critère. À mon avis, c'est aller à l'encontre du texte du Code civil que de proposer comme critère unique un facteur qui n'est que l'une des nombreuses composantes de celui que le législateur a retenu, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant, évalué à partir de l'enfant et de ses besoins, et non pas à partir des « droits » des parents. Cette **théorie** de la prévalence des droits des parents a, depuis longtemps, été écartée au profit de celle des droits primordiaux des enfants, comme j'en discute plus longuement dans l'arrêt *Young*, précité. »<sup>18</sup>

À côté de ces usages qui ne dénotent pas une construction intellectuelle pouvant être rattachée à la catégorie des « théories juridiques », se trouve un troisième sens dans le discours juridique québécois qui se reflète dans la désignation d'une opinion défendue par une partie à un procès. « Théorie » est alors employée comme synonyme d'opinion ou de thèse. Cet emploi se rencontre, par exemple, lorsque le juge évoque la « théorie de la défense » ou la « théorie de l'intimée » :

« La **théorie** de l'intimée [implique] que le feu aurait été allumé par l'époux de madame Ouellet, monsieur Burke, la dernière personne à quitter l'auberge avant que l'incendie ne s'y déclare. Monsieur Burke n'est ni employé, ni actionnaire, ni administrateur de l'appelante ; il est l'époux de madame Ouellette et la preuve est à l'effet qu'il fermait l'auberge, de temps à autre, pour lui rendre service. [...] »

L'époux de madame Ouellet n'était pas l'employé de l'entreprise et, qui plus est, il n'agissait sûrement pas dans l'exercice normal de ses fonctions lorsque, comme la **théorie** de l'intimée le voudrait, il a mis le feu à l'immeuble. »<sup>19</sup>

De cette acception, on peut rapprocher les usages dans lesquels le mot *théorie* est employé pour désigner la position défendue par un auteur, son point de vue ou son opinion, plus ou moins systématisée, sur un point de droit. Dans le prochain exemple, tiré d'un ouvrage de doctrine, le mot *théorie* est utilisé pour désigner l'appréciation de Mignault à propos d'une autre théorie, celle de l'abus de droit :

« 1-223 — **Théorie de Mignault** — Mignault, se fondant malencontreusement sur un précédent judiciaire anglais, et probablement effaré par les théo-

<sup>18</sup> *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, 178.

<sup>19</sup> *Auberge Rolande St-Pierre Inc. c. Compagnie d'assurance Canadienne Générale*, EYB 1994-64532, par. 55 et 57 (C.A.).

ries socialisantes de Josserand, commença par nier en bloc l'application, en droit québécois, d'une théorie de l'abus des droits. [...] Par la suite cependant, Mignault revint sur sa première **opinion** et admit que le tribunal puisse tenir compte du motif sous-jacent à l'exercice du droit. Toutefois, ce motif ne devait rester, selon lui, qu'une simple circonstance, qu'un critère parmi d'autres, dans la caractérisation et la qualification de l'abus.»<sup>20</sup>

Tel que l'illustre cet extrait, avec sa référence à la «théorie de l'abus de droit», les juristes québécois emploient également le mot théorie dans un quatrième sens qui évoque plus directement une construction abstraite ou une systématisation du droit. Elle se trouve alors généralement énoncée sous la forme d'une proposition générale dont l'objet consiste à présenter d'une manière cohérente ou logique différents éléments du système juridique<sup>21</sup>.

Dans un passage où il examine un ancien traité sur les fins de non-recevoir, le juge Beetz emploie le mot dans cette dernière acception :

«Son traité est un inventaire et une classification des fins de non-recevoir beaucoup plus qu'une tentative de systématisation. En fait, il ne semble pas qu'une telle entreprise ait jamais été tentée en droit civil ancien ou moderne, par la doctrine ou la jurisprudence, de telle sorte qu'il ne paraît pas exister une **théorie** articulée des fins de non-recevoir comme il existe une **théorie** de l'enrichissement sans cause en droit civil ou une **théorie** de l'*estoppel* en droit anglais.»<sup>22</sup>

C'est en ce sens que l'on parlera de «théories juridiques». Le pluriel s'impose d'autant plus qu'il existe plusieurs types de théories juridiques. On ne cherchera pas à les classer tant l'exercice peut sembler périlleux<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7<sup>e</sup> éd., vol. 1 «Principes généraux», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 189.

<sup>21</sup> La théorie serait, selon le professeur Atias, «une proposition fondée sur l'examen des solutions du droit positif et issue d'une hypothèse tenue pour vérifiée»: C. ATIAS, préc., note 2, p. 33. Il ne sera toutefois pas toujours aisé de distinguer cet usage du mot «théorie» de celui qui le cantonne à une simple opinion doctrinale portant sur un point de droit particulier.

<sup>22</sup> *Banque Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 360.

<sup>23</sup> En effet, selon le professeur Atias, l'extrême diversité des théories en matière juridique impose une grande humilité dans la réflexion sur l'activité juridique théorique: C. ATIAS, préc., note 2, p. 36. De plus, les classifications des théories semblent encore plus complexes et plus incertaines dans le domaine juridique que dans les sciences de la nature (*id.*, p. 48).

sans être ici indispensable. Il est préférable, à ce stade, de simplement établir une liste des théories juridiques citées dans la littérature civiliste québécoise :

***Tableau des différentes théories juridiques évoquées  
en droit civil québécois***

|                                                                        |                                                                            |
|------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|
| Théorie de l'abus de droit (ou des droits contractuels)                | Théorie de l'acceptation des risques (ou d'acceptation du risque)          |
| Théorie de l'accession immobilière                                     | Théorie de l'action                                                        |
| Théorie de l' <i>alter ego</i>                                         | Théorie de l'apparence (ou des droits apparents)                           |
| Théorie de l'autonomie de la volonté                                   | Théorie de l'émission                                                      |
| Théorie de l'engagement par volonté unilatérale                        | Théorie de l'enrichissement sans cause (ou de l'enrichissement injustifié) |
| Théorie de l'épuisement des recours (ou de la subsidiarité du recours) | Théorie de l'équivalence des conditions                                    |
| Théorie de l'erreur-obstacle                                           | Théorie de l'estoppel                                                      |
| Théorie de l'imprévision                                               | Théorie de l'information                                                   |
| Théorie de l'institution                                               | Théorie de l'obligation de renseignement                                   |
| Théorie de la <i>causa proxima</i>                                     | Théorie de la causalité adéquate                                           |
| Théorie de la causalité immédiate                                      | Théorie de la causalité partielle                                          |
| Théorie de la commercialité (ou de l'acte de commerce)                 | Théorie de la compensation                                                 |
| Théorie de la déclaration                                              | Théorie de la déclaration de volonté                                       |
| Théorie de la dualité domaniale                                        | Théorie de la faute                                                        |
| Théorie de la garantie                                                 | Théorie de la nullité implicite                                            |
| Théorie de la perte de chance                                          | Théorie de la propriété apparente                                          |
| Théorie de la propriété collective                                     | Théorie de la réalité/fiction de la personnalité morale                    |
| Théorie de la réception                                                | Théorie de la volonté réelle                                               |
| Théorie de l'enchaînement des contrats                                 | Théorie des actes juridiques                                               |
| Théorie des attentes légitimes (ou raisonnables)                       | Théorie des comourants                                                     |
| Théorie des deux contrats                                              | Théorie des droits acquis                                                  |

|                                                                                       |                                                                    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| Théorie des faits juridiques                                                          | Théorie des fins de non-recevoir<br>(ou de la fin de non-recevoir) |
| Théorie des impenses                                                                  | Théorie des mains propres                                          |
| Théorie des nullités                                                                  | Théorie des renvois                                                |
| Théorie des risques                                                                   | Théorie des sources des obligations                                |
| Théorie des sources du droit                                                          | Théorie des statuts                                                |
| Théorie des troubles de voisinage                                                     | Théorie des vices cachés                                           |
| Théorie des vices du consentement                                                     | Théorie du faisceau des droits                                     |
| Théorie du <i>novus actus interveniens</i><br>(ou de la rupture du lien de causalité) | Théorie du patrimoine                                              |
| Théorie du principe de précaution                                                     | Théorie du voile corporatif                                        |
| Théorie générale des contrats                                                         | Théorie générale des obligations                                   |

À la lecture de ce tableau, on peut apprécier la diversité des théories juridiques en circulation dans le discours des civilistes québécois. Certaines sont dites « fondamentales », d'autres « générales » ; certaines encore sont plus « ponctuelles » ou propres à certaines matières seulement<sup>24</sup>. On a constaté que, contrairement à leurs homologues français, les auteurs québécois emploient rarement l'expression « théorie des sources du droit »<sup>25</sup>, et on ne la rencontre pas dans les décisions judiciaires<sup>26</sup>. En revanche, la formule « théorie des sources » est parfois employée au sujet d'un domaine spécifique du droit, et plus particulièrement en droit des obligations<sup>27</sup>. Le discours juridique comporte également des références fréquentes à des

<sup>24</sup> T. TAURAN, préc., note 1, 818 et suiv.

<sup>25</sup> Voir cependant : John E.C. BRIERLEY et Roderick Alexander MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, p. 112 où les auteurs consacrent de longs développements à « the theory of “sources” in Quebec Civil Law » ; voir également : Jacques VANDERLINDEN, « À propos de la vocation de notre temps à la révision de la théorie des sources de droit et des instruments de justice », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 585.

<sup>26</sup> L'interrogation des banques de jurisprudence renvoie inlassablement à la décision *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, mais l'expression « théorie des sources » y apparaît seulement dans un extrait tiré de l'ouvrage *Quebec Civil Law* cité par le juge à la page 871.

<sup>27</sup> Sur la théorie des sources des obligations, en droit québécois, voir : Benoît MOORE, « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », (2002) 36 R.J.T. 689.

théories générales<sup>28</sup>, comme la « théorie (générale) des obligations »<sup>29</sup> ou la « théorie (générale) des contrats »<sup>30</sup>, pour désigner l'ensemble des principes qui structurent certaines matières ou certaines questions<sup>31</sup>. Enfin, les juristes décrivent ou appliquent des théories particulières à certaines ramifications du droit civil. On pensera par exemple à la « théorie des comourants » qui relève du droit des successions, à celle de la « commercialité » pour le droit commercial ou aux théories de « la cause » et de « l'autonomie de la volonté » en matière d'obligations.

Évidemment, l'étude des usages langagiers faisant référence à une théorie juridique ne permet pas de tirer des conclusions quant à son influence et à son rôle en droit privé québécois<sup>32</sup>. Néanmoins, elle permet

<sup>28</sup> Voir, à titre d'exemple : Jean GOULET, Anne ROBINSON, Danielle SHELTON, et François MARCHAND, *Théorie générale du domaine privé*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1986.

<sup>29</sup> Le juge LeBel évoque une telle théorie dans un jugement relatif au droit du travail : « D'autres dispositions du C.c.Q. peuvent également s'avérer essentielles au bon fonctionnement des relations collectives de travail. Par exemple, les principes de la **théorie générale des obligations** et les règles communes à l'interprétation des contrats peuvent s'appliquer à la convention collective. » (*Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) Inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27, par. 166). Dans ce passage, le juge répondait à la question de savoir si le *Code civil du Québec* avait vocation à régir le droit des rapports collectifs du travail, en s'appuyant sur le caractère de droit commun du premier pour démontrer que les seconds ne pouvaient en être détachés. La doctrine emploie elle aussi l'expression : « Dans cette section, nous abordons succinctement les règles générales relatives au sort réservé aux actes faits par des personnes inaptes. Cette matière relève traditionnellement de la **théorie générale des obligations** et vise en grande partie la sanction des contrats passés par des inaptes », peut-on lire dans É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 7, n° 449 à propos de la sanction des incapacités. L'expression sert même parfois de titre pour un manuel : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001.

<sup>30</sup> Élise CHARPENTIER, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) 26 *R.D.U.S.* 299; voir également : Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », (2002) 43 *C. de D.* 275.

<sup>31</sup> Le regretté professeur Baudouin offrait d'autres exemples en parlant de « théorie générale des droits subjectifs » (Louis BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 100 et suiv.) ou de « théorie générale de l'obligation alimentaire » (p. 323).

<sup>32</sup> Le projet de *Dictionnaire de droit privé* a pris l'initiative de définir un certain nombre de théories, reconnaissant ainsi leur présence et leur importance dans le vocabulaire

de mettre en évidence certaines caractéristiques ou particularités qui nous sont apparues intéressantes.

Tout d'abord, et malgré son caractère approximatif, une comparaison avec l'usage du mot « théorie » dans le discours civiliste français permet de mettre en évidence un important décalage entre sa fréquence d'emploi, et cela, tous sens confondus. Pour mieux illustrer cette variation dans les usages en droit québécois et français, nous avons cru utile de présenter sous forme de tableau comparatif les intitulés d'articles et de monographies publiés en droit privé (au sens large) au cours de la période 2005-2009.

**Tableau comparatif des intitulés de textes doctrinaux  
en France<sup>33</sup> et au Québec<sup>34</sup>  
Période 2005-2009**

| France                                                                                                                     | Québec                                                                                                                                                                                                 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PIMONT, S., « Peut-on réduire le droit en théories générales? », <i>RTD civ.</i> 2009.417.                                 | BUSWELL, A. W. et A. PAUL-HUS, « Les clauses de non-sollicitation de clientèle et les articles 2088 et 2089 du Code civil: entre la théorie et la réalité commerciale », (2009) 68 <i>R. du B.</i> 91. |
| POLLAUD-DULIAN, F., « Le droit de divulgation de l'auteur et la théorie de l'abus de droit », <i>J.C.P.</i> 2009.II.10093. | MOLINARI, P., « Le droit aux services de santé: de la théorie aux pratiques », dans P. NOREAU et L. ROLLAND (dir.), <i>Mélanges Andrée Lajoie</i> , Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 61.            |

juridique québécois, voir: Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

<sup>33</sup> Afin de se rapprocher le plus possible du corpus étudié pour le droit québécois, la recherche a été volontairement limitée à des revues en nombre comparable aux revues québécoises étudiées et parmi les plus généralistes: *La semaine juridique édition générale*, Dalloz, *Revue trimestrielle de droit civil*, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, *Revue des contrats*, *Revue de la recherche juridique*, *Gazette du Palais*, *Répertoire du droit* Defrénois.

<sup>34</sup> Voir la liste des revues dépouillées en annexe.

|                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RATAVO, A., «Contrefaçon et théorie de l'apparence», J.C.P. 2009.I.1108.                                                               | GIROUX, P., «Les appels d'offres des organismes publics: quelques aspects pratiques sur l'application de la théorie du contrat «A» et du contrat «B»», dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, <i>Congrès annuel du Barreau du Québec (2007)</i> , Montréal, Barreau du Québec, p. 261. |
| BOUTONNET, M., «La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution: une conciliation difficile», D. 2008.2916. |                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| DESCHAMPS, M. et F. MARTY, «L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit?», R.R.J. 2008.2541.              | IANNUZZI, P., <i>L'obligation de non-concurrence dans les sociétés de professionnels: vers une théorie de liberté de choix contractuelle</i> , coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.                                                                                                             |
| DONDERO, B., «La société en participation réfractaire à la théorie de la faute détachable?», D. 2008.2113.                             | PARENT, A., «La libération de la caution par la mise en œuvre de l'article 2363 du Code civil du Québec: de la théorie à la pratique», (2006) 47 <i>C. de D.</i> 515.                                                                                                                                     |
| JULIENNE, F., «La gestion des biens pour autrui: contribution à l'élaboration d'une théorie générale», R.R.J. 2008.1323.               | NOREAU, P. et C. ROBERGE, «Émergence de principes généraux en matière judiciaire: éléments d'une théorie générale», (2006) 84 <i>R. du B. can.</i> 457.                                                                                                                                                   |
| DAGORNE-LABBE, Y., «Agent immobilier: la fin de la théorie du mandat apparent», <i>Deffrénois</i> 2008.1105.                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| MEKKI, M. et C. GRIMALDI, «Théorie du contrat», <i>RDC</i> 2008.207.                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| PRIGENT, S., «La responsabilité civile du fait d'autrui: essai d'une théorie», R.R.J. 2008.953.                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| GROUDEL, H., «Conducteur victime: la théorie de la déchéance jetée aux oubliettes», D. 2007.1839.                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| JACQUES, Ph., «Einstein à la Cour de cassation: la relativité de la théorie», <i>RDC</i> 2007.569.                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

|                                                                                                                                                                                  |  |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| LAGARDE, X., « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007.740.                                                                                                           |  |
| SÉRIAUX, A., « Heurs et malheurs de l'esprit de système: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », R.R.J. 2007.89.                                                              |  |
| DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », D. 2006.2464. |  |
| GAUTIER, P.-Y., « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », RDC 2006.610.                                                                                     |  |
| RAYNARD, J., « Pour une théorie générale des contrats spéciaux: des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », RDC 2006.597.                              |  |
| BARBIÈRI, J.-J., « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », RDC 2006.621.                                                                                       |  |
| POUMARÈDE, M., « Application de la théorie des facilités essentielles à un droit de propriété intellectuelle », J.C.P. 2005.1642.                                                |  |
| CORPART, I., « L'éphémère survivance de la théorie des comourants », D. 2005.2055.                                                                                               |  |
| MARTIN, D.R., « La théorie de la scripturalisation », D. 2005.1702.                                                                                                              |  |
| GAHDOUN, P.-Y., « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat », D. 2005.1517.                                                                 |  |
| LAGET, S., « Un cas un peu banal d'application de la théorie de la causalité adéquate », D. 2005.446.                                                                            |  |
| BOUDOT, M. et P.-M. VECCHI (dir), <i>La théorie des nullités</i> , Paris, L.G.D.J., 2008.                                                                                        |  |
| SIRI, R., <i>La théorie générale des vices du consentement, entre mythe et réalité?</i> , Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2008.                                                       |  |

|                                                                                                                                                                                |  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| CHÉNÉDÉ, F., <i>Les commutations en droit privé: contribution à la théorie générale des obligations</i> , Paris, Economica, 2008.                                              |  |
| AYMERIC, N.-H., <i>Essai sur une théorie générale du compte en droit privé</i> , Paris, Panthéon-Assas, 2008.                                                                  |  |
| FORRAY, V., <i>Le consensualisme dans la théorie générale du contrat</i> , Paris, L.G.D.J., 2007.                                                                              |  |
| DONDERO, B., <i>Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé: contribution à la théorie de la personnalité morale</i> , Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006. |  |
| CORNUT, E., <i>Théorie critique de la fraude à la loi: étude de droit international privé de la famille</i> , Paris, Defrénois, 2006.                                          |  |
| MERCIER, V., <i>L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens</i> , Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005.                                       |  |
| BOUCARD, H., <i>L'agrégation de la livraison dans la vente: essai de théorie générale</i> , Paris, L.G.D.J., 2005.                                                             |  |

Bien entendu, il existe un décalage important entre le nombre d'articles et d'ouvrages publiés annuellement en droit privé français et québécois, ce qui permet d'expliquer, en partie du moins, la fréquence d'emploi chez les auteurs français. Cependant, il est révélateur selon nous que les usages québécois évoquent plus fréquemment la « théorie » selon l'acception qui l'oppose à la « pratique », alors que les usages répertoriés en droit français désignent presque exclusivement des théories juridiques (i.e. les « théories de »). Ce type d'usage, qui fait appel à la théorie en tant que construction doctrinale, reflète ce qui nous apparaît être une tendance lourde dans le discours juridique français.

Ensuite, sauf de rares exceptions sur lesquelles nous reviendrons, les auteurs québécois ne qualifient pas leur propre « construction » ou « proposition » de théorie juridique. Ainsi, quelle que soit l'originalité des pro-

positions de droit ou des opinions défendues, celles-ci ne sont pas présentées comme des « théories » ou même comme des « systèmes ».

En outre, on remarque également que là où certains auteurs parlent de théories pour désigner une construction intellectuelle, c'est-à-dire la quatrième acception évoquée plus haut, d'autres évoquent les mêmes constructions, mais en les qualifiant différemment. Ainsi, ce qui chez certains est désigné comme une « théorie », devient, chez d'autres, une *doctrine* ou un *système*. S'interrogeant sur la nature de la fiducie dans le traité qu'il avait consacré à cette institution, Marcel Faribault passe en revue les divers « systèmes » proposés jusqu'alors par les auteurs pour expliquer la fiducie, avant de se consacrer à la recherche de la « vraie nature de la fiducie ». Or, ces divers « systèmes » sont par ailleurs considérés par l'auteur comme des « théories », les deux mots étant jugés équivalents par ce dernier<sup>35</sup>. D'autres institutions juridiques sont tantôt désignées comme des théories, tantôt non. Dans son *Introduction au droit des biens*<sup>36</sup>, le professeur Sylvio Normand présente l'abus de droit et les troubles de voisinages sans les désigner comme des théories<sup>37</sup>. De même, doctrine et jurisprudence parleront plus souvent d'« acceptation des risques » que de la « théorie de l'acceptation des risques », de « *novus actus interveniens* » plutôt que de « théorie *novus actus interveniens* », de même pour la perte de chance et d'autres encore<sup>38</sup>. En outre, la référence à la « théorie » peut se perdre, avec la nouvelle édition d'un ouvrage par exemple. Tandis qu'en matière de

<sup>35</sup> Marcel FARIBAULT, *Traité de la fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936, p. 73, où l'auteur expose les différents systèmes et, p. 71 et 80 où ces systèmes sont désignés comme des « théories ».

<sup>36</sup> Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000.

<sup>37</sup> Comparer: Albert MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.* 321.

<sup>38</sup> Cette préférence est visible à travers les résultats obtenus. Par exemple : une recherche dans toutes les banques de *DCL* de l'expression « théorie de la perte de chance » renvoie à 27 documents pour la jurisprudence et 5 pour la doctrine. En revanche, une recherche avec l'expression « perte de chance » renvoie cette fois à 144 documents pour la jurisprudence [dont les 27 documents initiaux] et 26 pour la doctrine [dont les 5 documents initiaux]. De même, une recherche avec l'expression « théorie du *novus actus interveniens* » ne donne que 31 documents de jurisprudence et 1 de doctrine, mais si la recherche porte sur la seule expression *novus actus interveniens*, c'est à 125 documents de jurisprudence et 15 de doctrine auxquels la banque renvoie [incluant les documents initiaux]. Enfin, pour la « théorie de l'acceptation des risques », les différences se confirment : l'expression est contenue dans 90 documents de jurisprudence et 8 de doctrine tandis que l'expression « acceptation des risques » seule est contenue dans

successions, Germain Brière présentait les anciennes présomptions du *Code civil du Bas-Canada* comme la mise en œuvre de la « théorie des comourants », le professeur Jacques Beaulne passera sous silence le rattachement des anciennes solutions à cette théorie<sup>39</sup>. Ces exemples montrent que les juristes québécois peuvent, pour désigner une même réalité, recourir à plusieurs substituts plutôt qu'au mot théorie<sup>40</sup>. Il est important de mentionner que cette tendance est particulièrement marquée dans la littérature juridique anglophone, où l'équivalent *doctrine* est parfois préféré à celui de *theory*: la théorie de l'enrichissement injustifié, par exemple, est volontiers désignée comme la *doctrine of unjustified (or unjust) enrichment*<sup>41</sup>. Il est donc possible que la relative absence des mots « théorie / *theory* » puisse s'expliquer, en partie du moins, par une préférence terminologique pour des termes qui évoquent des réalités analogues, comme « doctrine » ou « système ».

Ainsi, cette étude forcément partielle des usages langagiers en droit civil québécois<sup>42</sup> témoigne selon nous de certains phénomènes que l'on trouve également au sein de la doctrine française. En effet, dans l'un et

---

353 documents de jurisprudence contre 30 de doctrine [incluant les documents initiaux].

<sup>39</sup> Comparer Germain BRIÈRE, *Les successions*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n° 54 et Germain BRIÈRE, *Droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd. revue et mise à jour par Jacques BEAULNE, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n° 28 et 29.

<sup>40</sup> Il y aurait sans doute matière à s'interroger sur la signification de ces variations d'usages, auxquelles s'ajoutent d'ailleurs les difficultés liées au bilinguisme.

<sup>41</sup> Voir J.E.C. BRIERLEY et R.A. MACDONALD (dir.), préc., note 25, p. 464. Pour un traitement similaire de la « théorie de l'abus de droit », voir les pages 447 et 448 ; voir également : Rosalie JUKIER, « Implications of an expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law », (1992) 37 *R.D. McGill* 231. Voir, cependant, les entrées « abuse of right(s) », « unjust enrichment » et « unjustified enrichment » dans P.-A. CRÉPEAU (dir.), préc., note 32. On note la même préférence ; pour le mot « doctrine » chez Maurice Tancelin, à propos de la « théorie » des nullités relative ou absolue ; voir : Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n° 289. Mais cet auteur s'intéresse par ailleurs notamment à la « théorie de l'erreur-obstacle » (n° 285) et évoque encore ailleurs la « théorie de l'imprévision » (n° 352).

<sup>42</sup> Bien que nous ayons pris soin d'examiner les principales sources de diffusion de la doctrine et de la jurisprudence en droit privé québécois, plusieurs articles et monographies ont pu échapper à cette recension ; on pense tout particulièrement aux articles parus dans les ouvrages collectifs, dans les revues québécoises dont le contenu n'a pas été numérisé et dans les revues étrangères, ou dans des travaux universitaires (maîtrise et doctorat) non publiés.

l'autre des systèmes, le mot « théorie » est foncièrement polysémique, et lorsqu'il sert à désigner une « théorie juridique », celle-ci ne fait pas toujours l'objet d'une même caractérisation selon les auteurs.

En retour, et comme en témoigne le tableau précédent, le recours au mot « théorie » lui-même, surtout pour désigner une « théorie » d'une institution ou d'un concept juridique, n'est pas aussi fréquent au Québec qu'en France. Une analyse plus fine permettrait peut-être de montrer comment les constructions intellectuelles sont nommées par leurs auteurs québécois, mais à la différence de leurs homologues français, le terme « théorie » n'est pas favorisé. Enfin, et c'est surtout sur cette dernière observation qu'il nous faut insister, les théories juridiques dont il est question dans le discours québécois sont davantage des théories d'emprunt, et plus généralement, des constructions doctrinales tirées du droit français. C'est sur ce point que nous proposons de nous attarder à présent.

## II. En quête de « théories juridiques » québécoises en droit civil

Notre incursion dans les usages langagiers des mots « théorie / *theory* » nous a permis de constater que lorsqu'ils servent à désigner une « théorie juridique », celle-ci provient généralement de la doctrine ou de la jurisprudence françaises. Il s'agit vraisemblablement d'une caractéristique fondamentale du rapport qu'entretiennent les juristes québécois avec « leurs » théories juridiques : empruntées à un système étranger, leur admission en droit relève d'un processus de réception fondé, le plus souvent, sur une évaluation de leur conformité aux sources du droit québécois<sup>43</sup>. En retour, c'est ce constat qui nous a incités à poser la question à la fois provocante et fondamentale : existe-t-il des théories juridiques propres au droit civil québécois ?

Il convient de ne se méprendre ni sur le sens ni sur l'objet de notre interrogation<sup>44</sup>. Loin de signifier que la culture civiliste québécoise ne

<sup>43</sup> Les conditions de réception des théories juridiques françaises méritant une étude à elles seules, un prochain article leur sera consacré.

<sup>44</sup> Sans vouloir être *choquante*, la question, à tout le moins, a suscité de fortes réactions. À la suite d'une conférence *Quid Juris?*, prononcée par Mathieu Devinat à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke en novembre 2008, portant sur le même sujet, nous avons pu constater, grâce aux nombreuses objections des collègues, que la ques-

favorise pas la réflexion à portée « théorique », la présente étude cherche à déterminer s'il existe ou non des « théories juridiques » qui sont expressément présentées comme des « théories » par leurs auteurs ou désignées comme telles par la communauté juridique en général, dont la formulation d'origine et le domaine d'application se rattachent au droit privé québécois. L'objet de notre réflexion ne consiste pas à définir l'essence de ce que serait une « théorie québécoise », mais de simplement tenter d'identifier la présence de théories qui répondraient aux trois critères suivants : (1) une construction intellectuelle *originale* (descriptive, explicative, prospective ou spéculative) ; (2) présentée expressément comme une « théorie » ; (3) portant sur le droit civil québécois. Or, entendues dans ce sens particulier, il s'avère qu'il existe très peu de théories *autochtones* en droit québécois.

Avant d'exposer plus précisément les résultats de notre quête de théories juridiques *québécoises* en droit civil (B), on s'attachera à mettre en lumière cette idée que l'évocation de théories résulte essentiellement d'un phénomène de réception des théories étrangères (A).

## A. Les théories juridiques en droit civil québécois : un phénomène de réception

Comme l'a montré le professeur Christian Atias<sup>45</sup>, il est difficile d'expliquer pourquoi certaines théories ont été retenues par la communauté des juristes français, alors que d'autres ont été rejetées. Leur conformité au droit positif peut servir de critère approximatif pour anticiper leur succès probable, mais d'autres qualités telles que leur nombre d'applications, leur simplicité, leur généralité, leur degré d'innovation et la vitesse de leur diffusion, sont des facteurs qui permettent d'expliquer, en partie du moins, leur réception et leur pérennité au sein de cette communauté juridique. En droit québécois, comme en droit français, les théories juridiques évoquées dans le discours juridique ne sont pas toujours mises en œuvre ou conformes au droit positif. La pertinence d'appliquer certaines d'entre elles au droit québécois est discutée tandis que d'autres sont nommées

---

tion était peut-être mal posée, car elle pouvait laisser entendre qu'il n'existait pas de constructions intellectuelles en droit privé québécois, ce qui serait évidemment absurde. Nous aimerions d'ailleurs remercier les collègues, nombreux, qui ont enrichi notre réflexion grâce à leurs franches interventions.

<sup>45</sup> C. ATIAS, préc., note 2.

pour être mieux rejetées. Ce qui est frappant, en droit québécois, c'est que la discussion relative à l'application d'une théorie juridique semble s'articuler autour de cette question centrale : la théorie est-elle conforme au droit québécois ou respecte-t-elle le droit civil québécois<sup>46</sup> ? Or, ce questionnement nous semble significatif, car il montre que les théories dont il est question ne sont pas bâties à partir de matériaux extraits du droit québécois et que leur application exige qu'un phénomène de réception se soit antérieurement produit.

Comme on le sait, les juristes québécois ont emprunté, en les adaptant, de larges pans de théories juridiques tirées du droit français, les exemples sont légion. Même adaptées au contexte juridique québécois<sup>47</sup>, ces théories sont essentiellement le fruit d'une réception d'un modèle doctrinal français et de sa production. La théorie de l'abus de droit, la théorie de l'enrichissement sans cause, les théories de la personnalité morale,

<sup>46</sup> Voir par exemple, au sujet de la théorie de l'imprévision : Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 763 : « Nous examinerons la philosophie de notre nouveau Code civil et les divers principes liés à l'acceptation ou au rejet de la théorie de l'imprévision. Notre analyse est animée par le désir [...] de mettre en lumière les possibilités qu'offre la notion d'imprévision en droit québécois ». Pour un autre exemple, celui de la théorie de la perte de chance, voir : *Laferrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27 (C.A.).

<sup>47</sup> Par exemple, les auteurs reconnaissent souvent qu'une théorie a été codifiée dans un article du *Code civil du Québec*. Pour la théorie de l'abus de droit, les commentaires du ministre au sujet de l'article 7 C.c.Q. indiquent : « Ce nouvel article consacre la théorie de l'abus de droit reconnue par la doctrine et par la jurisprudence. Il indique les deux axes de l'abus de droit : l'acte posé avec l'intention de nuire et l'acte excessif et déraisonnable [...] » (MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 8). S'agissant de la théorie de l'enrichissement sans cause, des auteurs enseignent que « [l]a notion d'enrichissement injustifié, maintenant codifiée aux articles 1493 à 1496 C.c.Q., avait été élaborée à l'origine par la jurisprudence pour corriger certaines situations qui n'étaient pas couvertes par la gestion d'affaires et la réception de l'indu » : Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, « Certaines autres sources de l'obligation », dans *Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec*, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 61, à la page 63. Voir aussi : Denise PRATTE, « Les principales règles relatives aux priorités et aux hypothèques », dans *Collection de droit 2008-2009, École du Barreau du Québec*, vol. 6, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 119, au texte de la note 92, à la page 133, pour la théorie de l'apparence codifiée à l'article 1707 C.c.Q., et S. NORMAND, préc., note 36, p. 19, pour la théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau et le cas du patrimoine d'affectation.

réalité ou fiction, la théorie du patrimoine, la théorie de la cause, et d'autres encore, ont ainsi été transposées ou héritées du droit français. La réception de la théorie de l'abus de droit est à cet égard typique, en particulier en matière contractuelle<sup>48</sup>. Que l'on songe à des théories plus spécifiques comme celle des comourants<sup>49</sup>, aujourd'hui abandonnée; à la théorie du risque, proposée comme fondement de la responsabilité civile en remplacement de la théorie de la faute<sup>50</sup> et encore discutée dernièrement en jurisprudence<sup>51</sup>; ou encore à la théorie des nullités, il s'agit toujours de théories formulées par des auteurs français et mises en œuvre au Québec.

La common law, qu'elle soit anglaise, canadienne ou américaine, est elle aussi pourvoyeuse de certaines des théories évoquées en droit civil québécois. En matière de responsabilité des compagnies, la théorie de l'*alter ego*, aussi connue sous le nom de théorie de l'identification<sup>52</sup>, est empruntée à la common law anglaise. Il en est de même de la théorie des mains propres qui intervient dans l'injonction en procédure civile<sup>53</sup>. En droit des assurances, les juges québécois ont jugé utile d'adopter la théorie des attentes légitimes, ou attentes raisonnables, élaborée et appliquée aux États-Unis ainsi que dans d'autres provinces canadiennes<sup>54</sup>. En matière d'assurance hypothécaire, la Cour suprême<sup>55</sup>, plus précisément la juge l'Heureux-Dubé, a admis la théorie dite « des deux contrats » qui, du droit

<sup>48</sup> Cette reconnaissance fut définitivement acquise, après celle de l'abus de droit en matière extracontractuelle, avec le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122. L'historique qu'y retrace la juge l'Heureux-Dubé montre comment la réception de cette théorie a eu lieu au Québec après avoir été admise en droit français.

<sup>49</sup> G. BRIÈRE, *Les successions*, préc., note 39, n° 54.

<sup>50</sup> J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 20, n° 1-165.

<sup>51</sup> Dans l'affaire *Ciment du St-Laurent Inc. c. Barrette*, [2006] R.J.Q. 2633 (C.A.) et en dernier lieu : *Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 52.

<sup>52</sup> Voir *Général Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Miscou Motel Ltée*, [1999] R.J.Q. 330, 339-341 (C.A.); Stéphane ROUSSEAU et Nadia SMAÏLI, « La "levée du voile corporatif" en vertu du Code civil du Québec : des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence », (2006) 47 *C. de D.* 815.

<sup>53</sup> Céline GERVAIS, *L'injonction*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Points de droit », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 52 et suiv.

<sup>54</sup> Didier LUELLES, « La théorie des "attentes légitimes" (ou "raisonnables") dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime? Est-ce bien raisonnable? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 407.

<sup>55</sup> *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

américain avait pénétré le droit canadien pour être critiquée par la doctrine québécoise<sup>56</sup>.

Le fait de qualifier l'*origine* des théories juridiques, de *locale* ou d'*étrangère*, pourrait être discuté, voire critiqué, mais nous avons pu constater que c'est en ces termes que le discours juridique appréhende les théories invoquées. En effet, les théories juridiques étudiées ont été accompagnées, à un moment ou à un autre, d'un débat ou d'une réflexion préalable sur l'opportunité de leur *réception*. Quand le juge Mignault, dans un passage devenu célèbre, plaide pour les fins de non-recevoir et contre l'estoppel, c'est pour mettre en garde contre l'application de la théorie du même nom qui a pris naissance en Angleterre<sup>57</sup>. De même, lorsque les auteurs militent, en vain, pour l'application de la théorie de l'imprévision, c'est une théorie discutée comme telle en France, mais non appliquée, qu'ils cherchent à faire admettre en droit québécois<sup>58</sup>. Pour leur part, les spécialistes de responsabilité médicale savent que lorsque la Cour suprême, par les motifs du juge Gonthier, a rejeté la théorie de la perte de chance, c'est une théorie admise en France et en Belgique<sup>59</sup> qu'elle a jugée inapplicable en droit civil québécois<sup>60</sup>. Enfin, et pour arrêter ici les exemples, en matière d'évaluation immobilière, on s'est interrogé sur la valeur de la théorie du faisceau des droits pour finalement la rejeter, car il s'agissait d'une théorie formulée en droit américain<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Didier LUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 152.

<sup>57</sup> « Je me permets de faire remarquer que la théorie de l'estoppel qui existe en Angleterre et dans les provinces de common law au Canada n'existe pas dans le droit de la province de Québec. [...] Avec égards, j'ajouterais simplement que l'emploi du mot "estoppel", qui vient d'un autre système de droit, devrait être évité dans les affaires qui viennent du Québec puisqu'il pourrait signifier la reconnaissance d'une doctrine qui, comme elle existe aujourd'hui, ne fait pas partie du droit applicable dans la province de Québec. » : extrait tiré de *Grace and Company c. Perras*, (1921) 62 R.C.S. 166, 172, cité par le juge Beetz dans *Banque Nationale c. Soucisse*, préc., note 22, 360.

<sup>58</sup> Stéfán MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 *C. de D.* 599 et J. BÉDARD, préc., note 46. Pour une décision récente énonçant les arguments en faveur du rejet de cette théorie en droit québécois : *Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville)*, 2008 QCCS 5507.

<sup>59</sup> Gérard MÉMETEAU, « Perte de chance en droit médical français », (1986-87) 32 *R.D. McGill* 125.

<sup>60</sup> *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

<sup>61</sup> Voir les réflexions de la juge Tourigny au sujet de cette théorie dans *Montréal (Communauté urbaine de) c. Placements Ansec Ltée*, [1992] R.J.Q. 2088 (C.A.).

Si cette recension permet de se faire une idée plus précise des diverses théories évoquées ou appliquées en droit québécois et de mettre en évidence leur formulation d'origine, on doit toutefois concéder qu'il existe ce que l'on pourrait appeler des « cas limites », c'est-à-dire des théories dont il est malaisé de déterminer la source exacte. Deux exemples permettent d'illustrer cette idée.

Premièrement, on peut éprouver des doutes au sujet de la paternité de la théorie de l'obligation de renseignement en matière contractuelle. Si la reconnaissance de cette obligation en droit québécois résulte bien d'une adoption de la théorie formulée en France, jurisprudence et doctrine québécoises semblent néanmoins s'accorder pour dire que c'est la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Gonthier, qui a esquissé, sinon formulé, la théorie générale de l'obligation de renseignement dans *Banque de Montréal c. Bail Ltée*:

« Dans cet arrêt de la Cour suprême de *Banque de Montréal c. Bail*, Monsieur le juge Gonthier a esquissé la théorie de l'obligation de renseignement dans les termes suivants :

“ Sans nécessairement en adopter l'énoncé, je suis d'avis que Ghestin expose correctement la nature et les paramètres de l'obligation de renseignement, il en fait ressortir les éléments principaux, soit :

- i. la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement
- ii. la nature déterminante de l'information en question
- iii. l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur

À mon avis, ces éléments se retrouvent dans toutes les instances de l'obligation de renseignement.”<sup>62</sup>

La professeure Brigitte Lefebvre a également perçu la portée théorique de cette décision :

« [...] Après avoir retracé l'existence de plusieurs cas d'applications où l'on a exigé une obligation de renseignement, le cas du fabricant, le cas du médecin,

<sup>62</sup> 9032-8410 *Québec Inc. c. Excavation Daniel Latour Inc.*, 2003 CanLII 11314, par. 32 (QC C.Q.).

en droit bancaire et en droit des assurances, le plus haut tribunal du pays a expressément reconnu l'existence en droit québécois d'une théorie générale de l'obligation de renseignement, ayant pour fondement la bonne foi dans le domaine contractuel.»<sup>63</sup>

Et il est vrai que, dans cette affaire, tout en s'appuyant sur la doctrine française, le juge avait tenté de dégager, à partir des données du droit positif québécois, une théorie de l'obligation de renseignement :

« L'obligation de renseignement est maintenant bien implantée en droit québécois [...]. L'obligation de renseignement du fabricant à l'égard des utilisateurs de son produit a déjà fait l'objet de plusieurs décisions de cette Cour, [...] et c'est là probablement le secteur où cette obligation est la plus développée. Elle est d'ailleurs reconnue au nouveau *Code civil du Québec*, aux art. 1469 et 1473. Par ailleurs, l'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient est elle aussi fermement établie [...]. La jurisprudence a aussi traité de l'obligation de renseignement de la banque envers les cautions [...]. Il ne s'agit là que de quelques exemples parmi les plus connus d'application de l'obligation de renseignement.

Il convient alors de se demander s'il y a lieu de généraliser à partir de tous ces cas particuliers. Je crois qu'il est possible d'esquisser une théorie globale de l'obligation de renseignement, qui reposerait sur l'obligation de bonne foi dans le domaine contractuel, mentionnée plus haut (voir Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* (1989), aux pp. 112 à 116). [...] »<sup>64</sup>

Le second exemple est la théorie de l'acceptation des risques qui est appliquée dans le domaine de la responsabilité civile, en particulier à propos des activités sportives. Des auteurs ont consacré de substantiels développements à cette théorie pour en montrer à la fois la genèse et la signification en common law et en droit français. À cette occasion, ils expliquent que :

« Au Québec, si l'acceptation a parfois été assimilée à la défense *de volenti* propre à la common law, le droit québécois probablement encouragé par les

<sup>63</sup> Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 345.

<sup>64</sup> *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 585 et 586. Toutefois, dans une autre affaire, la juge Rousseau-Houle semble rattacher la théorie au professeur Jacques Ghestin lorsqu'elle écrit que : « En endossant la théorie élaborée par le professeur Ghestin, le juge Gonthier a fait ressortir [les] éléments principaux de l'obligation » : *Société d'entraide et d'établissement du Québec Inc. c. Assurances Dumas & Associés Inc.*, [1998] R.R.A. 368, 372 (C.A.).

développements sur la question en droit français a néanmoins pu construire sa propre théorie.»<sup>65</sup>

Et de préciser plus loin :

« S’inspirant partiellement du droit français, la théorie de l’acceptation des risques s’est développée au Québec pour « faire contrepoids (à la théorie) du risque créé » [...] contrairement au droit français, où l’acceptation des risques est de droit prétorien, le concept a évidemment été codifié dans le *Code civil du Québec* à l’article 1477. »<sup>66</sup>

D’autres exemples pourraient sans doute venir confirmer l’existence de ces cas limites où le caractère « emprunté » de la théorie pourrait être discuté ou contesté, mais ce qui nous apparaît significatif, c’est que la réflexion sur l’applicabilité des théories juridiques passe généralement par une évaluation de leur conformité aux sources du droit québécois, et non pas seulement par leur valeur ou sur leur caractère approprié, sur le plan substantiel. Ce qui nous amène à nous interroger sur la présence éventuelle de théories proprement québécoises.

## B. En quête de véritables théories juridiques québécoises

La question des origines et de l’évolution des théories juridiques en droit civil pourrait faire l’objet d’une recherche à elle seule. Si certaines théories sont liées à un auteur en particulier (ex. la théorie de la propriété chez Ginossar), d’autres semblent échapper aux recherches généalogiques (ex. théorie de l’apparence), sauf à les rattacher à un passage quelconque d’un juriste romain. En ce sens, tenter de déterminer la genèse de certaines théories juridiques pourrait être perçu comme un exercice superficiel ou vain tant elles sont profondément inscrites dans la tradition. En retour, il est probable que chaque communauté de juristes œuvrant en droit civil soit plus ou moins encline, selon les lieux et les époques, à édifier des théories. S’agissant de la France, mais aussi plus largement de l’Europe, Thierry Tauran observe que la mise au point de *véritables* théories, en tant que constructions intellectuelles élaborées, n’a pas été une préoccupation des

<sup>65</sup> Patrice DESLAURIERS et Christina PARENT-ROBERTS, « De l’impact de la création d’un risque sur la réparation du préjudice corporel », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 252, *Le préjudice corporel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 139, à la page 146.

<sup>66</sup> *Id.*, à la page 148.

juristes avant le XIX<sup>e</sup> siècle. Il note à cet égard que le mot « théorie » n'est pas ou peu utilisé dans les ouvrages anciens du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>67</sup>.

Dans le cas qui nous occupe, nous avons cherché à identifier les théories juridiques qui pourraient revendiquer le statut de « théorie juridique québécoise » en droit civil. Et pour ce faire, nous avons retenu les critères suivants, évoqués plus haut : (1) une construction intellectuelle *originale* (descriptive, explicative, prospective ou spéculative) ; (2) présentée explicitement comme une « théorie » (ou reconnue comme telle) ; (3) portant sur le droit civil québécois. L'originalité de la construction constitue un critère déterminant : il paraîtrait en effet curieux d'affirmer que la théorie de l'enrichissement sans cause reconnue par le juge Beetz dans l'affaire *Giguère*<sup>68</sup> ou que la distinction entre les obligations de résultat et de moyens défendue par Paul-André Crépeau<sup>69</sup> puissent être considérées comme des « théories d'origine québécoise »<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> T. TAURAN, préc., note 1, 808.

<sup>68</sup> Qu'il présente d'ailleurs comme une « doctrine » : *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 75 et 76 (J. Beetz) : « Il semble que ni cette Cour ni le Comité judiciaire du Conseil Privé n'ont jamais décidé si la doctrine de l'enrichissement injustifié fait partie du droit civil québécois. [...] Néanmoins, l'intégration de la doctrine de l'enrichissement injustifié au droit civil est maintenant devenue indéniable et il importe, selon moi, d'en consacrer tant le principe que celles de ses conditions d'application sur lesquelles il est nécessaire de se prononcer pour disposer du pourvoi. [...] Il ne se trouve plus personne pour contester la doctrine de l'enrichissement injustifié et l'on ne discute plus que de son fondement théorique et des conditions de son application. Enfin, on peut trouver, si nécessaire, le support législatif de cette doctrine soit dans les art. 1041 et 1042 C.c., soit dans les art. 1057 et 2613 C.c., selon que l'on tient par exemple qu'elle est fondée sur un quasi-contrat innommé ou bien sur la loi ou la coutume. On peut également trouver un tel support dans une extrapolation des multiples dispositions du *Code civil* qui n'en sont que des applications particulières. Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité [...]. »

<sup>69</sup> Paul-André CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier. Étude comparée du droit français, du common law et du droit civil de la Province de Québec*, préface de René DAVID, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, p. 222 et suiv.; Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec / Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1989.

<sup>70</sup> Ou de « droit civil canadien », pour reprendre une expression souvent employée par le professeur Crépeau. Sur le sens de cette expression décrite comme une « manière d'appréhender le droit », lire la préface de Nicholas KASIRER, « Qu'est-ce que le "droit civil canadien"? », dans Paul-André CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien. Une*

En retour, la détermination de l'auteur d'une théorie soulève plusieurs questions, en raison du fait que, curieusement, celles-ci naissent souvent sans nom, tant il est rare qu'elles soient présentées comme telles. C'est ce qu'observe Christian Atias en citant pour exemple la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau<sup>71</sup>. À plus forte raison cette observation pourrait-elle valoir pour le droit civil québécois où les propositions sont moins souvent qualifiées de « théories » qu'en droit privé français<sup>72</sup>. Nous avons néanmoins rencontré le cas particulier de la notion de fin de non-recevoir qui, reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque Nationale c. Soucisse*<sup>73</sup>, a été décrite comme une théorie juridique par des auteurs de doctrine, dont le professeur Daniel Gardner<sup>74</sup>. Depuis, les juristes québé-

---

certaine conception de la recodification 1965-1977, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. xv. L'expression avait été consacrée par les auteurs du début du XX<sup>e</sup> siècle. Voir : J. Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, Montréal, Excelsior, 1933 et Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Moulton*, 9 vol., Montréal, C. Théoret, 1895-1916.

<sup>71</sup> C. ATIAS, préc., note 2, p. 49. On pourrait également évoquer l'exemple de la théorie (de la garantie) de Boris Starck en matière de responsabilité civile : J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 20, n° 1-171 à 1-173.

<sup>72</sup> À cet égard, une comparaison rapide à partir des seuls titres des thèses de doctorat soutenues en France et au Québec est édifiante. Les auteurs de thèses françaises manifestent souvent leur ambition de contribuer à la construction d'une théorie. Quelques exemples en droit privé parmi beaucoup d'autres : Éric MEILLER, *Contribution à la théorie des servitudes : une approche objective du service foncier*, thèse de doctorat, Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009 ; Jessica BORESTEL-LILL, *Essai sur une théorie relationnelle du contrat*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris 1, 2008 ; Barry ZOUANIA, *L'économie du contrat : essai d'une théorie néo-classique du contrat*, thèse de doctorat, Toulouse, Université Toulouse 1, 2007 ; Laurent WITTMANN, *Essai d'une théorie des biens incorporels*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris 13, 2005 ; Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente : essai de théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 2005 ; Élodie GAVIN-MILAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, thèse de doctorat, Aix-Marseille, Université Paul Cézanne Aix-Marseille 3, 2000 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000.

<sup>73</sup> *Banque Nationale c. Soucisse*, préc., note 22, 359 et suiv.

<sup>74</sup> Voir Daniel GARDNER, « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir », (2003) 104 R. du N. 511, qui écrit à la page 519 : « La théorie des fins de non-recevoir trouve essentiellement son fondement dans la jurisprudence. Le *Code civil du Québec* en fait une unique mention à l'article 2921, en indiquant que "[l]a prescription extinctive est un moyen [...] d'opposer une fin de non-recevoir à une action". Pour le reste, il faut analyser la jurisprudence afin d'en découvrir les contours. On peut retracer des exemples anciens ayant appliqué cette théorie qui a parfois été confondue avec l'estop-

cois n'hésitent pas à utiliser les expressions « théorie des fins de non-recevoir »<sup>75</sup> et « théorie de la fin de non-recevoir »<sup>76</sup> en l'associant à cette décision de la Cour suprême<sup>77</sup>.

Ce n'est que dans quelques hypothèses exceptionnelles que nous avons pu observer des juristes québécois inscrire explicitement leur proposition, leur recherche, dans une démarche de « construction » d'une théorie. Encore convient-il de nuancer la portée de l'affirmation, car il arrive que l'ambition théorique de l'auteur se limite au titre de l'étude.

À cet égard, nous n'avons pu répertorier que très peu de travaux explicitement envisagés comme contribuant à l'élaboration de théories juridiques :

- Robert TASCHEREAU, *Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations*, Montréal, C. Théoret, 1901 ;
- R.A. BEULLAC, « Théorie de la faute commune dans le droit de la province de Québec », (1934) 12 *R. du B. can.* 535 ;
- Claude FABIEN, « Théorie de la clause de dation-en-paiement », (1964) 14 *R.J.T.* 277 ;
- Léonce E. ROY, *Une théorie pour la protection des salaires selon le droit du Québec et des autres provinces canadiennes : élaboration d'une théorie générale de protection des salariés victimes de pratiques discriminatoires en raison de l'exercice du droit syndical*, thèse pour la maîtrise en droit, 1967 ;
- Denis FERLAND, *À la recherche d'une théorie juridique de l'arbitrage des griefs en droit québécois*, thèse de maîtrise, Québec, Université Laval, 1974 ;

---

pel des juridictions de common law. Son application la plus célèbre réside, toutefois, dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*. »

<sup>75</sup> Voir, entre autres, le juge Baudouin dans : *Schiller c. Banque Toronto-Dominion*, 2005 QCCA 1239.

<sup>76</sup> Voir, par exemple : *Deschambault c. Parent*, 2006 QCCA 115.

<sup>77</sup> Daniel Gardner fait d'ailleurs remarquer que les décisions qui ont recours à la théorie des fins de non-recevoir invoquent systématiquement l'affaire *Soucisse* (voir : D. GARDNER, préc., note 74, 520.) et semble à plusieurs égards reconnaître au juge Beetz la paternité de cette théorie. Voir également : Didier LLUELLES, « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », (2004) 83 *R. du B. can.* 181, 206 et suiv.

- Pierrôt PÉLADEAU, « Esquisse d'une théorie juridique des procès d'information relatifs aux personnes », (1988-89) 34 R.D. McGill 952;
- Pierre IANNUZZI, *L'obligation de non-concurrence dans les sociétés de professionnels: vers une théorie de liberté de choix contractuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006;
- André BÉLANGER, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

La volonté d'établir une théorie originale peut varier considérablement d'une étude à l'autre. La théorie du cas fortuit présentée en 1901 par Robert Taschereau pour l'obtention d'un doctorat en droit est une de ces théories qui prend les allures d'une synthèse ordonnée des questions et solutions qui s'attachent à un domaine précis du droit civil. Les considérations introductives de l'auteur montrent que c'était là l'unique tâche qu'il s'était assignée. La même remarque vaut pour la théorie de la faute commune présentée dans la *Revue du Barreau canadien* en 1934 par Beullac. La théorie de la clause de dation en paiement à laquelle le professeur Claude Fabien semblait vouloir attacher son nom apparaît plus intéressante dans la mesure où l'on perçoit bien l'ambition théorique du jeune chercheur d'alors à travers plusieurs considérations qui jalonnent ses développements<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> L'étude débute par cette question : « Qu'est-ce que la "clause de dation en paiement" ? » et l'auteur poursuivra en précisant les lacunes résultant des contributions antérieures à la sienne :

« La contribution des tribunaux fut certes positive. Mais là où l'analyse théorique devient nécessaire, les tribunaux s'arrêtent avec sagesse, et utilisent les ressources de la doctrine : son rôle spécifique est précisément l'investigation à l'avant-garde des pouvoirs législatif et judiciaire, grâce à l'indépendance dont elle jouit. Certains cas d'espèce exigent pour les résoudre que l'on remonte aux principes premiers de l'institution en cause, ou qu'on la définisse. Confronté avec cette nécessité, le juge n'hésitera pas à puiser intégralement une définition dans les travaux scientifiques de la doctrine. »

[...] « Ce qui dérouté le plus dans cet essai de définition, c'est l'affirmation que le constituant peut être une autre personne que le débiteur personnel. En pratique, ça ne s'est jamais vu ! [...] C'est l'illustration la plus probante de l'utilité de l'analyse théorique dans l'exploration des ressources d'une institution juridique. »

L'auteur finira par proposer une définition ou plutôt une redéfinition de cette clause au terme d'un effort qu'il qualifie « de synthèse ». Voir : Claude FABIEN, « Théorie de la clause de dation en paiement », (1964) 14 R.J.T. 277, 280, 286 et 294.

Dans sa thèse de maîtrise consacrée à l'arbitrage des griefs et présentée en 1974, Denis Ferland inscrivait plus encore sa démarche dans une volonté de théorisation :

« L'intérêt de la présente étude tient à ce qu'elle propose une analyse juridique globale de ce type de juridiction, spécialisée en matière de griefs, que constitue le tribunal arbitral des griefs. [...] Il s'agit [...] d'une analyse proprement juridique de la juridiction arbitrale des griefs visant pour ainsi dire à établir "une **théorie juridique**" de l'arbitrage des griefs ». [...] Bref, la présente étude se veut une tentative d'identification d'un type original de juridiction et propose de la sorte une analyse globale proprement juridique, à la fois descriptive et comparative de la juridiction arbitrale des griefs, envisagée dans une double perspective, dans un contexte purement québécois. Elle vise principalement en définitive à proposer une **théorie juridique** de l'arbitrage des griefs, en droit québécois. L'élaboration d'une théorie juridique de l'arbitrage des griefs en droit québécois représente à la fois une tâche simple et complexe. »<sup>79</sup>

En dernier lieu, c'est la thèse en droit des obligations soutenue et publiée par le professeur Bélanger qui illustre clairement la volonté de développer une théorie juridique. Comme l'indique le titre de son étude, l'auteur manifeste ouvertement son ambition de proposer une théorie juridique; qui plus est, c'est à l'élaboration d'une théorie juridique en droit civil québécois qu'il dit vouloir s'atteler. Ainsi, après avoir fait état du retard de la « théorie juridique québécoise » sur la question de la compensation pour justifier l'intérêt de son travail, le professeur Bélanger précise qu'il a voulu détacher sa thèse des solutions consacrées dans les deux systèmes juridiques d'influence du droit québécois, à savoir la common law et le droit français :

« [...] nous tentons de prendre les devants afin de critiquer et proposer des solutions qui paraissent plus en accord avec l'idée de justice baignant le droit des obligations. Ceci de manière à créer, en ce domaine très pointu et technique, une approche qui est inévitablement influencée par les deux grands systèmes juridiques qui fondent notre droit, mais s'en détachant assez pour espérer en avoir amélioré les tenants et les aboutissants, contribuant de la sorte, bien que de manière toute modeste, à l'élaboration d'une culture juridique autonome et représentative des besoins de la société dans laquelle elle se développe. »<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Denis FERLAND, *À la recherche d'une théorie juridique de l'arbitrage des griefs en droit québécois*, thèse de maîtrise, Québec, Université Laval, 1974, p. 2-4.

<sup>80</sup> André BÉLANGER, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 8.

Il s'agit incontestablement d'une tentative pour construire une théorie juridique qui serait propre au droit québécois. Avec la thèse de maîtrise du professeur Ferland, c'est le seul exemple que nous ayons rencontré dans notre dépouillement de la littérature juridique.

À ces exemples, très rares, où l'étiquette « théorie » apparaît dès le titre de l'étude, il faudrait ajouter les cas moins évidents, mais probablement plus fréquents, dans lesquels l'auteur exprime son ambition théorique de manière moins directe. En 1957, Jean-Guy Cardinal faisait paraître le texte remanié de la thèse de doctorat qu'il venait de soutenir à l'Université de Montréal sous le titre : *Le droit de superficie, modalité du droit de propriété*. Si la préface à cet ouvrage, rédigée par Maximilien Caron, met bien en lumière les apports de l'auteur à la connaissance du droit de superficie, elle ne laisse pas présumer, pas plus que le titre de l'ouvrage, que Jean-Guy Cardinal propose là une théorie. Pourtant, dès l'introduction, l'auteur situe son travail de recherche de la manière suivante :

« Cette propriété *sui generis*, que l'on appelle superficiare, sur laquelle notre Code est silencieux, doit son existence à la pratique et à la jurisprudence. Mais une véritable théorie du *droit de superficie* ne s'est pas encore entièrement formée, et les quelques opinions des auteurs et les arrêts des tribunaux sur ce sujet demeurent sujets à critique.

Nous avons entrepris ce travail afin de trouver et d'établir une théorie aussi complète que possible du droit de superficie. »<sup>81</sup>

Cet ouvrage a fait date. Bien qu'il soit devenu un ouvrage de référence en la matière, il n'a pas été reçu comme l'expression d'une théorie du droit de superficie<sup>82</sup>. Plus près de nous, et de façon encore plus significative, le professeur Maurice Tancelin a proposé une théorie de l'acte juridique unilatéral en droit québécois. Elle a dernièrement été exposée dans un chapitre intitulé « L'acte unilatéral » de l'ouvrage que cet auteur consacre au

<sup>81</sup> Jean-Guy CARDINAL, *Le droit de superficie, modalité du droit de propriété*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, p. 27.

<sup>82</sup> Voir les commentaires de Roland Milette et Yvan Lamarre sur l'ouvrage : (1957-58) 8 R.J.T. 283 et François FRENETTE, *La propriété superficiare*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Bleue, Série Répertoire de droit, Montréal, Chambre des notaires du Québec / Wilson & Lafleur, 2005, n° 6, où l'auteur observe, à propos de la reconnaissance de cette propriété superficiare, que l'effort de la magistrature a été complété par le travail structurant des auteurs dont l'expression la plus achevée est l'œuvre de Jean-Guy Cardinal.

droit des obligations<sup>83</sup>. Il s'agit d'une « véritable » théorie qui vise à décrire la place qu'occupe réellement l'acte unilatéral au titre des sources des obligations dans la réalité juridique québécoise actuelle :

« Du seul fait de leur existence, ces actes juridiques-là [les actes unilatéraux] ont autant besoin d'une **théorie** que le contrat, du moins en droit civil.

[...] Nous proposons d'essayer de faire la **théorie juridique d'un acte**, c'est-à-dire de présenter des arguments réfutables, plutôt que de rejeter en bloc, sans explication, une notion qui figure *en toutes lettres* au Code civil, 704 C.c.Q. »<sup>84</sup>

Plus loin, l'auteur explique :

« Dans la section IV, intitulée *éléments d'un régime de l'acte unilatéral*, nous poserons les jalons d'une **théorie de l'acte juridique unilatéral** qui fait défaut dans la doctrine majoritaire [...] »<sup>85</sup>.

Pourtant, l'élaboration théorique du professeur Tancelin pourrait passer relativement inaperçue dans la mesure où, d'une part, ni la table des matières ni l'index de l'ouvrage ne laissent soupçonner l'existence d'une telle théorie; et d'autre part surtout, la théorie n'a pas été, jusqu'à présent, reçue comme telle par la communauté juridique québécoise.

Par ailleurs, on aura remarqué que les travaux de maîtrise ou les recherches doctorales sont propices à l'émergence de théories juridiques. La nature de l'exercice et la créativité des jeunes chercheurs sont des éléments favorables à leur élaboration. Et il est fort probable que bon nombre des thèses de doctorat qui ont été jusqu'à maintenant soutenues dans les facultés de droit québécoises présentent les caractères d'une élaboration d'une théorie juridique. Il ne fait pas de doute que l'activité doctrinale et universitaire québécoise déploie des efforts d'abstraction, de synthèse, de mise en ordre ou de systématisation pour rendre compte, expliquer,

<sup>83</sup> Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 343 et suiv.

<sup>84</sup> *Id.*, p. 345.

<sup>85</sup> *Id.*, p. 347. Voir également : Maurice TANCELIN, « L'acte unilatéral en droit des obligations », dans Nicholas KASIRER (dir.), *La solitude en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 213, à la page 231 : « La théorie de l'acte unilatéral est devenue une nécessité. L'omniprésence du phénomène [de l'unilatéralisme] rend dérisoires les qualificatifs dont il est affublé pour échapper à sa systématisation, professée impossible par les gardiens du temple. »

critiquer, combler des lacunes, résoudre des difficultés et finalement améliorer la connaissance du droit positif québécois. En cela, il nous semble que les auteurs québécois ont élaboré des théories. Pourtant, et c'est l'un des constats les plus significatifs de notre recherche, le résultat de ces efforts, les propositions émises, ne sont pas qualifiés comme telles, ni par leur auteur ni par la communauté à laquelle elles s'adressent. Il pourrait facilement venir maints exemples à l'esprit de chacun. Deux exemples devraient suffire ici à éclairer notre propos.

En 1995, Serge Gaudet publiait une étude intitulée : « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse »<sup>86</sup>. Plusieurs indices permettent de penser que cette étude élabore une théorie juridique en droit québécois. Il n'en reste pas moins que cette ambition n'est ici exprimée qu'à demi-mot, comme si dans un élan de « pudeur théorique » l'auteur avait renoncé à qualifier la nature de ses propositions.

En effet, se fondant sur l'évolution historique de la théorie des nullités, l'auteur constate que la théorie classique adoptée au Québec a cédé le pas à une théorie différente, appelée « théorie contemporaine ». Or, selon Serge Gaudet, la théorie dite contemporaine ne s'avère pas « tout à fait satisfaisante » car elle est en partie « incomplète »<sup>87</sup>. C'est pourquoi, dans un essai de synthèse, l'auteur propose d'approfondir davantage les concepts d'inexistence, de nullité et d'annulabilité. Or cette synthèse repose sur l'étude de « deux axes » autour desquels, explique l'auteur, « l'élaboration d'une théorie complète des nullités doit se faire »<sup>88</sup>. Mais l'humilité lui fera seulement écrire en conclusion :

« Les quatre degrés d'inefficacité que nous avons proposés (inexistence matérielle, inexistence juridique, annulabilité absolue, annulabilité relative) nous semblent un bon point de départ pour fonder une théorie complète et satisfaisante en matière de nullités. »<sup>89</sup>

Un second et dernier exemple peut être tiré de la *théorie de la commercialité*. La question de savoir si les règles du droit commercial ont vocation

<sup>86</sup> Serge GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1995) 40 R.D. McGill 291 ; il s'agit d'ailleurs d'une version remaniée d'une partie du mémoire de maîtrise que l'auteur a rédigé sous la direction du professeur Jean Pineau.

<sup>87</sup> Id., 335.

<sup>88</sup> Id., 336.

<sup>89</sup> Id., 362.

à régir telle ou telle situation plutôt que les règles de droit civil a donné lieu en France à la formulation de plusieurs théories. Ces théories, parfois défendues au Québec, ont toutes pour objet de déterminer les critères de la commercialité. En 1976, Léo Ducharme consacrait sa thèse de doctorat à cette question et entendait « démontrer que la solution du problème de la commercialité des actes doit être recherchée, non pas dans un critère objectif mais dans un critère subjectif, à savoir la notion d'entreprise commerciale ». Le projet formé par l'auteur est clairement exprimé, mais il n'est pas rattaché à l'élaboration d'une théorie : « C'est l'objet de la présente thèse de chercher à proposer un critère de l'acte de commerce en droit québécois. »<sup>90</sup>

Bien que les auteurs de ces dernières études n'aient pas explicitement présenté leurs travaux respectifs comme des théories juridiques, ces deux exemples permettent d'observer une véritable activité théorique. En effet, « [à] l'origine d'un effort théorique quelconque, il doit probablement y avoir toujours un sentiment d'insatisfaction devant l'état actuel des connaissances ou de leur présentation » selon Christian Atias<sup>91</sup>. Et c'est bien ce sentiment éprouvé non seulement par nos deux auteurs, mais aussi bien sûr par les auteurs des exemples précédents, qui sert de justification à leur étude.

À l'origine des théories juridiques se trouverait donc, selon le professeur Atias, un sentiment d'insatisfaction. Ironiquement, l'élaboration d'une « théorie sur l'absence de théories » en droit civil québécois pourrait être mue par un même sentiment.

\*

\*      \*

En montrant ce qui, selon nous, constitue l'un des traits qui caractérisent le rapport qu'entretiennent les « civilistes » québécois avec les théories juridiques, nous n'avons pas cherché à en cerner les causes. On pourrait néanmoins formuler des hypothèses. À cet égard, l'histoire du droit civil québécois serait certainement un facteur à considérer<sup>92</sup>. Alors

<sup>90</sup> LÉO DUCHARME, *De l'acte de commerce en droit québécois*, thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1976.

<sup>91</sup> C. ATIAS, préc., note 2, p. 56.

<sup>92</sup> Voir, à ce sujet : RODERICK ALEXANDER MACDONALD, « Understanding Civil Law Scholarship », (1985) 23 *Osgoode Hall L.J.* 573.

que la doctrine française franchissait le XIX<sup>e</sup> siècle avec une nouvelle génération de juristes qui allait renouveler la réflexion théorique en droit privé, libérée en quelque sorte d'un code civil perçu comme vieilli ou inadapte<sup>93</sup>, la communauté des juristes au Québec devait entamer la confection d'ouvrages destinés à l'enseignement et à l'exposé d'un droit fraîchement codifié. Elle le fit, mais en privilégiant un exposé du droit généralement orienté vers les besoins de la pratique professionnelle<sup>94</sup>. Au surplus, l'enseignement du droit était essentiellement perçu comme devant viser les mêmes fins<sup>95</sup>. La lente émergence d'une communauté universitaire pourrait également servir à expliquer le décalage étudié entre les communautés juridiques française et québécoise sur le plan de l'élaboration des théories juridiques: arrivée relativement récente des professeurs de carrière

<sup>93</sup> Avec les travaux de François Gény, Raymond Saleilles, Édouard Lambert, René Demogue, etc.

<sup>94</sup> On pouvait lire, dans la préface de l'ouvrage de Louis Baudouin: Bernard Bissonnette, «Préface», dans Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec. Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. IX: «L'ouvrage que j'ai l'honneur de présenter est l'un des premiers à tenter de faire la synthèse de ce droit civil né officiellement en 1866. Jusqu'alors, de Mignault (1899) à Trudel (1944), les auteurs canadiens se sont avant tout attachés à faire une analyse, d'ailleurs remarquable, des articles du Code dans leur ordre même de présentation. Ils les ont constamment assortis de la jurisprudence la plus récente. Le but avoué de ces juristes était d'aider le praticien à connaître les dernières décisions judiciaires dont il est si friand de faire état dans son factum.» Il ne s'agit pas, ici, de juger de la qualité de la production doctrinale d'avant-guerre, les auteurs admettaient parfois le caractère forcément incomplet de leur œuvre, voir: Antonio PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, Montréal, A. Lévesque, 1936, p. 9, où l'auteur explique les lacunes éventuelles de son ouvrage en précisant qu'à la différence des professeurs de carrière, plusieurs «besognes» l'occupent, à savoir «la profession, l'enseignement, la rédaction de conférences et d'articles poursuivant des fins nationales et sociales» et que, par conséquent, il espère «[q]ue les jeunes tiennent compte du moins des conditions où leurs aînés furent placés».

<sup>95</sup> Voir: Sylvio NORMAND, *Le droit comme discipline universitaire: une histoire de la Faculté de droit de Laval*, Québec, P.U.L., 2005; Marcel GUY, «Facultés de droit et chambres professionnelles», (1970-71) 73 R. du N. 3, 4; Gustave BAUDOUIN, «Notre situation économique canadienne-française et l'enseignement du droit», (1941-42) 44 R. du N. 406, 412: «La Faculté de droit de l'Université de Montréal est un centre de culture juridique française. Dans son cadre actuel, essentiellement le même depuis soixante ans, elle constitue une école professionnelle théorique ayant en vue pour l'avocat, la plaidoirie, pour le notaire, la rédaction des contrats. L'étudiant est présumé acquérir la pratique professionnelle dans l'étude du patron.» (nos soulignements); David HOWES, «The Origin and Demise of Legal Education in Quebec (or Hercules Bound)», (1989) 38 U.N.B.L.J. 127.

(1950)<sup>96</sup>, efforts déployés lors des activités de la CRCC (1960-70)<sup>97</sup>, désaffection de la recherche en droit privé au profit du droit public et de la recherche multidisciplinaire (1970-1990)<sup>98</sup>, etc. À ces causes pourrait s'ajouter l'adoption du *Code civil du Québec* qui, depuis ces vingt dernières années, contraint la doctrine à réviser l'ensemble des ouvrages de droit civil. Ces nombreux jalons historiques, conjugués avec une communauté somme toute peu nombreuse, lorsqu'on la compare à son homologue française, peuvent certainement contribuer à expliquer le nombre restreint de théories originales en droit civil québécois.

La réticence à présenter le droit à travers des théories théoriques est-elle représentative de la pensée juridique québécoise en droit civil aujourd'hui? La question mérite d'être posée, même si les données de nos recherches nous empêchent d'y répondre. Notre «enquête» s'est en effet bornée, il faut le rappeler, à répertorier les théories juridiques à partir d'une recension des usages langagiers des mots «théorie / theory». En ce sens, et comme nous l'avons montré plus haut, l'activité d'élaboration d'une théorie juridique, comme toute recherche fondamentale, peut se dérouler sans que son auteur présente ses conclusions sous forme de «théories». Il y a peut-être là, au fond, une question de style.

Devrait-on, enfin, regretter la relative absence de théories juridiques originales en droit civil québécois et souhaiter que la doctrine présente ses

<sup>96</sup> Voir : Jean GOULET, «La naissance de l'enseignement universitaire du droit au Québec», (1999-2000) 30 *R.G.D.* 425; John E.C. BRIERLEY, «Québec Legal Education Since 1945: Cultural Paradoxes and Traditional Ambiguities», (1986-87) 10 *Dalhousie L.J.* 5.

<sup>97</sup> R.A. MACDONALD, préc., note 92, 602 et 603 : «The impact of this [Office de révision du Code civil] project, which absorbed almost the entire energies of private civil law scholars from about 1966 to 1977, was enormous. Some two hundred lawyers, judges and law teachers participated in the Office's various committees. [...] One can see in private law scholarship of the 1970s something akin to a lost generation phenomenon. [...] given the underdeveloped university context in which they studied, the Civil Code Revision Project and the need to generate teaching material, most of their work was analytical and expository.»

<sup>98</sup> Catherine VALCKE, «Legal Education in a "Mixed Jurisdiction": The Québec Experience», (1995) 10 *Tulane European & Civil Law Forum* 61, 110 : «much of [the content of Quebec legal scholarship] is not civilian at all: private law simply is no longer the prime area of research and publication as it once was for Quebec scholars. Currently, the larger part of Quebec scholarship takes place in the field of public law [...]»; cette orientation avait été annoncée; voir, à cet égard : Andrée LAJOIE et Claude PARIZEAU, «La place du juriste dans la société québécoise», (1976) 11 *R.J.T.* 393.

conclusions sous cette forme? À notre avis, l'expérience du droit civil français pourrait servir de mise en garde à l'égard d'une valorisation excessive des théories juridiques. En effet, plusieurs des théories évoquées plus haut pourraient être perçues comme des synthèses partielles du droit positif<sup>99</sup> qui, sous leur « vêtement sociologique ou scientiste », ne sont en définitive que des « résumés d'intrigues », au sens où l'entendait Paul Veyne<sup>100</sup>. Élaborées en vue de produire un « droit de professeurs »<sup>101</sup>, ces théories ont été enseignées dans les amphithéâtres et exposées dans les manuels, à tel point que certains auteurs ont pu prétendre qu'elles se sont, en quelque sorte, substituées aux textes qu'elles prétendaient décrire<sup>102</sup>. Il est révélateur que plusieurs voix s'élèvent aujourd'hui pour questionner justement l'impact qu'elles ont pu avoir sur l'évolution du droit, et plus particulièrement leur effet réducteur ou déformant<sup>103</sup>. Les exemples évoqués par Sébastien Pimont à l'égard des diverses théories générales dans le domaine des obligations montrent les effets pervers auxquels s'expose une communauté qui prendrait ses théories trop au sérieux. Avant de promouvoir cet artefact du modèle civiliste français, il ne faudrait pas oublier que les théories ne sont que des constructions ou des représentations d'un droit qui se laisse difficilement enfermer entre des cloisons conceptuelles rigides.

<sup>99</sup> Par exemple, la théorie des nullités, de l'apparence, de la commercialité ou des sources des obligations.

<sup>100</sup> Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire: Essai d'épistémologie*, Paris, Seuil, 1971, p. 145 et suiv.

<sup>101</sup> S. PIMONT, préc., note 9, 419.

<sup>102</sup> À titre d'exemple, on pourrait citer la théorie de la responsabilité contractuelle qui a été qualifiée par le professeur Philippe Rémy de « faux concept » *inconnu* du Code civil français, mais qui est néanmoins aujourd'hui consacrée par la communauté juridique française, voir: Philippe RÉMY, « La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997.323.

<sup>103</sup> Au sujet des théories générales élaborées dans le domaine du droit des obligations, voir: S. PIMONT, préc., note 9, 420: « Les auteurs de théories générales connaissent-ils vraiment l'intégralité des phénomènes juridiques positifs qu'ils entendent systématiser? À défaut, les théories générales qu'ils produisent ne doivent-elles pas leur clarté au mépris de leurs auteurs pour les faits qu'ils ne connaissent pas? Plus largement, est-il possible de réduire le droit en système? », voir, en particulier, les conclusions aux pages 430 et 431.

## Annexes

### 1. Ouvrages et thèses consultés

|                                          |                                                                                                                                |
|------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ANTAKI, N.N. et C. BOUCHARD              | <i>Droit et pratique de l'entreprise</i> , 2 <sup>e</sup> éd., t. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007                    |
| AZARD, P. et A.-F. BISSON                | <i>Droit civil québécois</i> , Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971                                                 |
| BARREAU DU QUÉBEC                        | <i>Le préjudice corporel</i> , Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2006                                     |
| BAUDOUIN, J.-L. et P. DESLAURIERS        | <i>La responsabilité civile</i> , 7 <sup>e</sup> éd., vol. 1 «Principes généraux», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007      |
| BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN           | <i>Les obligations</i> , 6 <sup>e</sup> éd. par P-G JOBIN avec la collab. de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 |
| BAUDOUIN, L.                             | <i>Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec</i> , Paris, Dalloz, 1967                                    |
| BEAULNE, J. (dir.)                       | <i>Mélanges Ernest Caparros</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 2002                                                             |
| BÉLANGER, A.                             | <i>Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois</i> , Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004      |
| BILLETTE, É.                             | <i>Traité théorique et pratique de droit civil canadien</i> , t. 1 «Donations et testaments», Montréal, Excelsior, 1933        |
| BRIÈRE, G.                               | <i>Les successions</i> , coll. «Traité de droit civil», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994                                 |
| BRIERLEY J.E.C. et R.A. MACDONALD (dir.) | <i>Quebec civil law</i> , Toronto, Emond Montgomery, 1993                                                                      |
| CAPARROS, E. (dir.)                      | <i>Mélanges Germain Brière</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1993                                                              |
| CAPARROS, E. (dir.)                      | <i>Mélanges Louis-Philippe Pigeon</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1989                                                       |
| CARDINAL, J.-G.                          | <i>Le droit de superficie</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1957                                                               |
| CASTELLI, M.-D.                          | <i>Le droit de la famille au Québec</i> , Ste-Foy, P.U.L., 2005                                                                |
| CRÉPEAU, P.-A. (dir.)                    | <i>Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991          |

|                                                    |                                                                                                                                                                   |
|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Collectif                                          | <i>Études juridiques en hommage à Monsieur le Juge Bernard Bissonnette par un groupe de professeurs et d'amis</i> , Montréal, P.U.M., 1963                        |
| Collectif                                          | <i>Études juridiques en l'honneur de Jean-Guy Cardinal</i> , Montréal, Éditions Thémis, 1982                                                                      |
| Collectif                                          | <i>Mélanges Jean Beetz</i> , Montréal, Éditions Thémis, 1995                                                                                                      |
| DELEURY, É. et D. GOUBAU                           | <i>Le droit des personnes physiques</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008                                                              |
| DUCHARME, L.                                       | <i>Précis de la preuve</i> , 5 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996                                                                                 |
| DUCHARME, L.                                       | <i>De l'acte de commerce en droit québécois</i> , thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1976                                                       |
| FARIBAUT, M.                                       | <i>Traité de la fiducie</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1936                                                                                                    |
| FERLAND, D. et B. EMERY                            | <i>Précis de procédure civile</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003                                                                    |
| FRENETTE, F.                                       | <i>De l'emphytéose</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1983                                                                                                         |
| FRENETTE, F.                                       | <i>La propriété superficielle</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005                                                                          |
| GAGNON, C.                                         | <i>La copropriété divisée</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007                                                                        |
| GARDNER, D.                                        | <i>L'évaluation du préjudice corporel</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002                                                            |
| GERVAIS, C.                                        | <i>L'injonction</i> , 2 <sup>e</sup> éd., coll. «Points de droit», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005                                                         |
| GOULET, J., A. ROBINSON, D. SHELTON et F. MARCHAND | <i>Théorie générale du domaine privé</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1986                                                                   |
| IANNUZZI, P.                                       | <i>L'obligation de non-concurrence dans les sociétés de professionnels: vers une théorie de liberté de choix contractuelle</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 |
| JOBIN, P.-G. avec la collab. de M. CUMYN           | <i>La vente</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007                                                                                      |
| KARIM, V.                                          | <i>Les obligations</i> , 2 <sup>e</sup> éd., vol. 1 et 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002                                                                        |
| LAFOND, P.-C.                                      | <i>Précis de droit des biens</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007                                                                            |

|                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LAFOND, P.-C. (dir.)                                                                         | <i>Mélanges Claude Masse: en quête de justice et d'équité</i> , Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003                                                                                                                                                                            |
| LAMONTAGNE, D.-C.                                                                            | <i>Biens et propriété</i> , 6 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009                                                                                                                                                                                            |
| LAMONTAGNE, D.-C.                                                                            | <i>Droit de la vente</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005                                                                                                                                                                                             |
| LEFEBVRE, B. (dir.)                                                                          | <i>Mélanges Roger Comtois</i> , Montréal, Éditions Thémis, 2007                                                                                                                                                                                                                   |
| LLUELLES, D. et B. MOORE                                                                     | <i>Droit des obligations</i> , Montréal, Éditions Thémis, 2006                                                                                                                                                                                                                    |
| MAILHOT, L.                                                                                  | <i>L'appel</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008                                                                                                                                                                                                       |
| MAYRAND, A.                                                                                  | <i>L'inviolabilité de la personne humaine</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1975                                                                                                                                                                                                  |
| MAYRAND, A.                                                                                  | <i>Traité élémentaire de droit civil. Les successions ab intestat</i> , Montréal, P.U.M., 1971                                                                                                                                                                                    |
| UNIVERSITÉ MCGILL, FACULTÉ DE DROIT, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC | <i>Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau. Mélanges presented by McGill colleagues to Paul-André Crépeau</i> , Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997                                                                                                  |
| MIGNAULT, P.-B.                                                                              | <i>Le droit civil canadien</i> , 9 vol., Montréal, C. Théoret, 1895-1916                                                                                                                                                                                                          |
| MOORE, B. (dir.)                                                                             | <i>Mélanges Jean Pineau</i> , Montréal, Éditions Thémis, 2003                                                                                                                                                                                                                     |
| NORMAND, S.                                                                                  | <i>Introduction au droit des biens</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 2000                                                                                                                                                                                                         |
| NORMAND, S. (dir.)                                                                           | <i>Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial</i> , Québec, P.U.L., 2006                                                                                                                                                           |
| OUELLETTE, M.                                                                                | <i>Droit de la famille</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995                                                                                                                                                                                                  |
| PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET                                                           | <i>Théorie des obligations</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001                                                                                                                                                                                              |
| PRATTE, D.                                                                                   | «Les principales règles relatives aux priorités et aux hypothèques», dans <i>Collection de droit 2008-2009. École du Barreau du Québec</i> , vol. 6, <i>Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé</i> , Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 119 |

|                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|--------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| POPOVICI, A.       | <i>Mélanges Louis Baudouin. Problèmes de droit contemporain</i> , Montréal, P.U.M., 1974                                                                                                                                                                                                                     |
| POPOVICI, A.       | <i>La couleur du mandat</i> , Montréal, Éditions Thémis, 1995                                                                                                                                                                                                                                                |
| ROY, L.-E.         | <i>Une théorie pour la protection des salaires selon le droit du Québec et des autres provinces canadiennes: élaboration d'une théorie générale de protection des salariés victimes de pratiques discriminatoires en raison de l'exercice du droit syndical</i> , thèse de doctorat, maîtrise en droit, 1967 |
| TANCELIN, M.       | <i>Des obligations. Actes et responsabilité</i> , 6 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997                                                                                                                                                                                                       |
| TASCHEREAU, R.     | <i>Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations</i> , Montréal, C. Théoret, 1901                                                                                                                                                                                                       |
| TÉTRAULT, M.       | <i>Droit de la famille</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005                                                                                                                                                                                                                      |
| TRUDEAU, G. (dir.) | <i>Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust</i> , Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995                                                                                                                                                                                                    |
| TRUDEL, G. (dir.)  | <i>Traité de droit civil du Québec</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1942-1950                                                                                                                                                                                                                               |

## **2. Liste des revues dépouillées**

*Les Cahiers de droit*  
*Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*  
*Revue de droit de McGill*  
*Revue du barreau canadien*  
*Revue du barreau*  
*Revue du notariat*  
*Revue générale de droit*  
*Revue juridique Thémis*