

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RÔLE DE LA BONNE FOI DANS L'ÉLABORATION DE LA THÉORIE
DU CONTRAT

Auteur(s) : Élise M. CHARPENTIER

Revue : *RDUS*, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 299-320

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12869>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12869>

Page vide laissée intentionnellement.

Introduction

Avec l'adoption des articles 6 et 1375 du *Code civil du Québec*, la notion de bonne foi devient un objet de réflexion. Pourtant cette notion n'est pas nouvelle, on dit même qu'elle est l'une des notions fondamentales du droit civil.¹ Afin d'en cerner le sens et de déterminer le rôle qu'elle peut être appelée à jouer, il nous a semblé qu'un retour historique pourrait s'avérer éclairant.

Le rôle de la bonne foi peut être envisagé non seulement de façon immédiate, à l'égard d'un problème juridique particulier, mais également de façon plus globale en abordant son influence sur notre théorie du contrat. L'analyse de la notion de bonne foi dans une perspective historique nous permet de comprendre son rôle, d'abord dans la conceptualisation du contrat tel que nous le concevons aujourd'hui, puis comme élément de relativisation de cette conception du contrat.

Il convient d'abord de déterminer les transformations du droit qui ont eu le plus d'influence sur notre théorie du contrat. Chronologiquement, on voit que la bonne foi joua un rôle lors du passage du droit romain archaïque au droit romain classique, qui marque une profonde transformation du droit. Puis, on trouve, dans l'Ancien droit, une théorie du contrat imprégnée par la bonne foi. Ce n'est qu'avec l'individualisme ayant inspiré la théorie de l'autonomie de la volonté et influencé l'interprétation du Code civil que l'importance de la bonne foi diminue.

La bonne foi, comme symbole de l'évolution du droit, est particulièrement intéressante lorsqu'elle est mise en rapport avec une conception formelle du contrat,² ou encore, lorsqu'elle contribue à l'édification d'une théorie

1. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, sous l'art. 1375.

2. Le formalisme peut être défini comme une «conception purement formelle de la justice» (voir A.-J. Arnaud dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Story-Scienta, 1988, sous «Formalisme juridique» à la p. 163). C'est bien là ce qui caractérise tant la conception romaine du contrat que celle qui découle de la théorie de l'autonomie de la volonté. Sur le formalisme en matière contractuelle voir J. Flour, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme» dans *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, 93; Y. Jeanclos, «Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle

du contrat empreinte de relativité. Nous verrons que la bonne foi est la source des principes du droit romain, qui ont contribué à la définition du contrat tel que nous le concevons aujourd'hui (section I), et que la bonne foi a inspiré les grandes règles applicables au contrat qui ont été élaborées dans l'Ancien droit (section II). À partir de ces constats, il est possible de montrer que la bonne foi a contribué à édifier une théorie du contrat remettant en question le formalisme juridique et qu'en articulant la théorie du contrat à partir d'une conception formelle du droit, comme c'est le cas avec l'autonomie de la volonté, on ne laisse que peu de place à la notion de bonne foi.

Section I La bonne foi dans l'Antiquité romaine

L'évolution du droit romain en matière contractuelle reflète bien l'évolution de la société romaine. D'un droit formaliste dont une société agraire et plutôt fermée pouvait très bien s'accommoder, on est passé à un droit beaucoup plus flexible, mieux adapté à une société où les rapports marchands se multiplient. La transformation du droit contractuel romain coïncide avec la prise en compte par le droit de la notion de bonne foi qui, jusque là, avait plutôt un caractère moral ou religieux. C'est à partir de la notion de bonne foi et des conditions ayant conduit à lui donner un rôle au niveau du droit qu'on peut déterminer son influence à Rome.

Délaissant le formalisme, le droit romain a peu à peu reconnu la bonne foi comme source de certaines obligations. Voyons d'abord comment les romains ont conçu la *notion* de bonne foi, puis quel était le *rôle* que celle-ci jouait en matière contractuelle.

Paragraphe I La notion de bonne foi

Aux origines de la notion de bonne foi, on trouve la déesse *Fides*, qui constitue la «[p]ersonnification de la bonne foi qui doit présider aux conventions publiques des peuples et aux transactions privées entre individus».³ Les représentations de *Fides* qu'on trouve sur la monnaie, la montre debout, «amplement drapée, la tête couverte d'un voile; dans ses mains elle tient des épis, une corbeille de fruits, des pavots, une image de la Victoire, un globe surmonté d'un phénix».⁴ Cette figure est parfois remplacée par le symbole des mains jointes⁵ car, «l'engagement placé sous la protection de la déesse *Fides* se traduira habituellement par la remise de la main droite dans la main droite de celui à qui l'on se confie [...]».⁶ La bonne foi symbolise une vertu : la loyauté.⁷ Le professeur Villey estime qu'elle découle de la morale stoïcienne, tout comme la *pietas* et l'*humanitas*.⁸

-
3. J.-A. Hild, «Fides» dans C. Daremberg et E. Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. 2, Paris, Hachette, 1896 à la p. 1115, voir aussi, R. Schilling, *La religion romaine de Vénus depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, De Brocard, 1982 à la p. 53.
 4. J.-A. Hild, *ibid.* à la p. 1147; voir, plus généralement, sur les rapports entre le droit et ses représentations N. Kasirer, «*Larger Than Life. A Review Essay of Broken Tablets* [:] The Cult of Law in French Art from David to Delacroix by J. Ribner», [1995] C.J.L.S. 185.
 5. A. Piganol, «Fides et mains de bronze» dans *Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 471 à la p. 473 («[l]e symbole des mains jointes apparaît sur les monnaies romaines l'année même de la mort de César et connaît une vogue singulière durant la guerre civile, pour signifier la *Fides*»); voir aussi J.-A. Hild, *supra* note 3 à la p. 1116.
 6. J. Imbert, «De la sociologie du droit : la "fides" romaine» dans *Droits de l'antiquité et sociologie juridique : Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 407 à la p. 408; voir aussi, R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. 4, Paris, Marescq, Ainé, 1889 aux pp. 260-261: «La main est la plus importante des parties du corps : elle occupe la première place après l'organe qui doit agir dans tout acte juridique, la langue, et ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, elle se trouve avec lui dans la plus étroite relation. Si la langue annonce la résolution, la main l'exécute; elle est bien véritablement l'organe de la volonté, et, au point de vue de la conception naturelle et sensible, agir et remuer la main sont une seule et même chose».
 7. Voir G. Freyburger, *Fides - Étude sémantique et religieuse*, Paris, Les Belles Lettres, 1986 aux pp. 230-232.
 8. Voir M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne : Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Montchrétien, 1975 à la p. 66.

La légende attribue à Numa l'intronisation de *Fides*.⁹ Cette déesse veillait sur les rapports entre les hommes et les dieux. Dès l'origine, elle joue un rôle régulateur. Certains auteurs estiment même qu'elle est «d'essence juridique», que «le culte de *Fides* établit le rapport des hommes et des dieux sur le plan juridique du respect des engagements».¹⁰ On pourrait également faire un parallèle entre la prière à *Fides* et la formation du contrat, puisque la prière «énonce, de façon expresse, la contrepartie proposée en échange de la demande, [...] elle engage l'homme et la divinité, comme si les parties étaient à égalité [...]».¹¹

Le sens du terme *fides* a soulevé de nombreuses controverses. G. Freyburger retient principalement cinq étymologies pour ce terme, soit : 1. un lien contraignant; 2. un assujettissement ou un pouvoir discrétionnaire; 3. une renonciation; 4. une chose à laquelle l'on peut se fier, une garantie, la solvabilité; 5. la confiance.¹² À ces étymologies, ajoutons celle que nous fournit Cicéron : il considère que la *fides* correspond à *fiat*, que soit fait, et à *dictum*, ce qui a été dit.¹³ C'est pourquoi il estime que la bonne foi est le fondement de la justice.¹⁴

À l'origine, la bonne foi a joué un rôle dans des situations où les personnes qui y sont soumises ne sont pas égales, l'une étant dépendante de l'autre.¹⁵ Certains, analysant la place de celle-ci dans le cadre des relations existant entre ces personnes, comme le patron avec le client ou l'affranchi, ont surtout eu recours au concept d'assujettissement pour définir la bonne foi.¹⁶ Ne pouvant ignorer le rôle de la *fides* entre personnes égales, ils estiment toutefois que la bonne foi a signifié, tardivement, la confiance, du moins en droit privé.¹⁷

9. Voir R. Verdier, «Le mythe de la genèse du droit dans la Rome légendaire», (1975) 187 *Revue de l'histoire des religions* 3; R. Schilling, *supra* note 3 à la p. 53.

10. R. Schilling, *ibid.* aux pp. 53 et 58.

11. *Ibid.* aux pp. 54-55.

12. Voir G. Freyburger, *supra* note 7.

13. Cicéron, *Les devoirs*, Paris, Les Belles Lettres, 1965, I, VII.

14. *Ibid.*

15. Voir M. Lemosse, «L'aspect primitif de la fides», *Études romanistiques*, [1990] *Annales de la faculté de droit et de science politique de l'Université d'Auvergne*, 61.

16. Voir J. Paoli, «Quelques observations sur la *fides*, l'*imperium* et leurs rapports» dans *Aequitas und bona fides (Mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 273 à la p. 274; M. Lemosse, *ibid.* à la p. 42; J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 407.

17. Voir Paoli, *ibid.* à la p. 274.

Toutefois, même lorsqu'elle apparaît dans des situations où les parties ne sont pas égales, la bonne foi peut être conçue autrement qu'à partir de l'assujettissement. La personne en état d'infériorité ne s'en remet-elle pas à la bonne foi d'un créancier? L'obligation qu'a le créancier d'agir selon les exigences de la bonne foi n'est-elle pas le facteur qui explique que le plus faible se place en position de dépendance?

L'idée de confiance paraît faire partie de l'essence la bonne foi. C'est en ce sens que la *fides* nous intéresse particulièrement. Il ne semble pas y avoir d'obstacle à la reconnaissance de la *fides* comme notion incluant non seulement la confiance que l'on donne, mais également la confiance que l'on obtient, c'est-à-dire le crédit, car c'est ainsi comprise que la *fides* joua un rôle en matière contractuelle.¹⁸

À l'origine, la *fides* comprend donc des aspects religieux, moraux et sociaux. Elle n'est pas d'abord un concept juridique. Néanmoins, on ne peut sous-estimer son influence sur les relations entre citoyens, comme le professeur Imbert n'a pas manqué de le souligner : «[...] aucune action de la loi ne sanctionne la *fides* en tant que telle, et, dans la mesure où le lien issu de la *fides* est l'objet de réglementation, c'est par référence aux habitudes sociales [...]».¹⁹ L'opinion publique et les moeurs assurent alors le respect de la bonne foi.

La *fides* commence à jouer un rôle direct en droit vers le dernier siècle avant Jésus Christ. Elle est alors qualifiée de *bona fides*. Le sens de la *fides* marque alors la confiance, la loyauté. Il ne reste plus rien de l'idée d'assujettissement, à laquelle elle aurait peut-être primitivement renvoyée, car on ne peut, à cette époque, définir la *fides* à partir de l'idée d'assujettissement étant donné que la création de liens de puissance entre citoyens politiquement

18. Voir G. Freyburger, *supra* note 7 aux pp. 37-59; M. Lemosse, *supra* note 15 à la p. 51 et É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 1, Paris, Minuit, 1969 aux pp. 117-121.

19. J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 411; voir aussi J. Zaksas, *Les transformations du contrat et leur loi : Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, Paris, Sirey, 1939 à la p. 35.

égaux n'est plus tolérée.²⁰ La bonne foi marque donc surtout «[...] une "société de vie", en impliquant parité des conditions, égalité entre ses ressortissants».²¹

Paragraphe II Le rôle de la bonne foi

Pour comprendre le rôle que la bonne foi a joué en droit romain, il faut d'abord cerner le contexte dans lequel elle a émergé. À cet égard, il convient de souligner que le droit romain est demeuré, malgré d'importants tempéraments, un droit essentiellement formaliste.²² En effet, bien que le droit romain ait admis certains contrats non-formels, ceux-ci furent toujours considérés comme des exceptions qui n'étaient reconnues par le droit que dans la mesure où la

20. Voir M. Lemosse, *supra* note 15 à la p. 71.

21. J. Paoli, *supra* note 16 à la p. 274.

22. Parmi les contrats qu'on qualifie de formels sont regroupés tant les contrats issus du droit archaïque, c'est-à-dire, le *nexum*, la *mancipatio*, que ceux qui ont émergé à l'époque classique. On trouve des références aux premiers contrats dans la Loi des XII Tables (vers 450 av. J.-C., voir M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1989 aux pp. 256-261), il s'agit du *nexum* et de la *mancipatio*. Ils sont décrits par la disposition suivante : «Lorsqu'on prêtera par la balance et lorsqu'on vendra par la mancipation, que la déclaration exprimée ait l'autorité d'un jugement» (texte de la Loi des XII Tables, VI, 1, «Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto»). Voir J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne*, Paris, Plon, 1884 à la p. 110). Pour une description de la *mancipatio* et du *nexum*, voir G. Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, Imprimerie médicale et scientifique, 1921; G. Cornil, *Ancien droit romain*, Paris, Sirey, 1930; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929; P. Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain, Les obligations*, t. 2, Paris, Sirey, 1929; G. Lepointe et R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954; H. Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934; du même auteur, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, Sirey, 1947; A. Magdelain, «L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain» dans *Ius, Imperium, Auctoritas*, Rome, École française de Rome, 1990, 713; R. Monier, *Manuel élémentaire du droit romain*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1947; P. Noailles, *Fas et Jus - Études de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1948; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé, Les obligations*, t. 1, Paris, PUF, 1969. On trouve, en droit classique, quatre sources de l'obligation «[...] aut enim re contrahitur obligatio, aut uerbis aut litteris aut consensu» («[...] l'obligation se contracte par prestation, verbalement, par écrit ou par consentement mutuel». Gaius, *Institutes*, trad. par J. Reinach, Paris, Les Belles Lettres, 1979, III, 89 à la p. 108). À ces quatre sources de l'obligation, correspondent les quatre catégories de contrat, soit les trois contrats formels, *verbis*, *re*, *litteris*, et le contrat par consentement mutuel. Pour une description de ces contrats, voir les ouvrages ci-avant cités.

bonne foi l'exigeait. La force obligatoire du contrat était donc fondée d'abord sur le respect de certaines formes. Ainsi, bien que la volonté ait nécessairement joué un rôle dans la formation du contrat, elle n'en fut jamais le fondement.²³

On ne saurait ignorer les avantages du formalisme, ni non plus ses travers. La forme a, dans une certaine mesure, un caractère dangereux, puisqu'elle exige un respect scrupuleux de ses exigences. Elle a donc souvent pour effet de sanctionner la partie la plus faible, en raison de son ignorance, son inattention, sa maladresse ou sa légèreté.²⁴ De plus, la forme a un caractère incommode. La volonté est incapable de donner naissance à un contrat. Pour y arriver, il faudra, par exemple, que les parties soient nécessairement en présence l'une de l'autre, qu'un *libripens* soit disponible, que le bon nombre de témoins soit réuni, ou encore que les mots prescrits soient prononcés exactement.²⁵

Ces inconvénients nous renseignent sur les origines des contrats de bonne foi. En effet, lorsque les parties ne respectent pas les formalités prescrites, le contrat est sans effet juridique : «[s]on effet dépend entièrement du bon vouloir de l'obligé, de sa crainte de l'opinion publique, de sa conscience, de sa loyauté, de sa véracité, bref de sa *bona fides*.»²⁶

Le processus qui a conduit à la reconnaissance des contrats de bonne foi est intimement lié à l'évolution de la procédure romaine. Or, l'évolution de la procédure romaine est à la source de l'évolution du droit romain.²⁷ Le

23. En effet, même dans le cadre d'un droit formaliste, où le contrat ne se forme que si certaines formalités sont respectées, la volonté joue toujours un rôle, car c'est parce que les parties veulent être obligées qu'elles accomplissent les formalités. Voir R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p. 165.

24. Voir *ibid.* à la p. 173.

25. Voir *ibid.* à la p. 179.

26. *Ibid.* à la p. 181.

27. La procédure et le droit sont difficilement dissociables à Rome. Les romains n'ont d'abord connu que les *actions de la loi*, puis le rôle du préteur s'affirmant, ils sont passés à la procédure formulaire. La procédure archaïque des *actions de la loi* se caractérisait par l'emploi de formules orales (voir M. Villey, *Le droit romain*, Paris, PUF, 1987 aux pp. 13-20). Le préteur ne donnait une action que si une formule correspondait exactement au droit qu'on voulait faire sanctionner. La moindre erreur dans le choix de la formule ou lors de sa prononciation entraînait la perte du procès (voir R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p.

formalisme, dont la société archaïque a très bien pu se satisfaire, est devenu insuffisant, avec la multiplication des échanges et la constitution de l'empire. La reconnaissance de certains contrats de bonne foi est donc devenue nécessaire : «[l]e système des conventions basées sur la *bona fides*, dans le sens romain antique, c'est-à-dire du commerce juridique exclusivement fondé sur la loyauté et la confiance, est un produit et un complément du formalisme».²⁸ C'est, en effet, l'émergence et l'utilisation généralisée de contrats sans forme qui ont amené le préteur à les sanctionner, en se fondant sur la bonne foi, car la notion de *fides*, au sens moral, ne suffisait plus à protéger le créancier.²⁹ Le rôle de la bonne foi en droit romain reflète ainsi le souci du préteur de trouver des solutions justes et de respecter, dans une certaine mesure, l'équité.³⁰

À l'époque classique, le préteur introduit de nouvelles actions fondées sur la bonne foi.³¹ Les contrats de bonne foi sont des contrats sans forme, «l'exigence de la poignée de mains (siège de la *fides*) ayant sans doute disparu

325). Les injustices résultant de cette rigidité alliées à l'affluence d'étrangers, à la suite des conquêtes, contribua à l'évolution de la procédure.

28. R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p. 181.

29. Voir J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 412 : «[...] telle qu'elle était conçue dans l'ancien droit, la *fides* (abandon, confiance témoignée à autrui) présentait un inconvénient grave : le *creditor* risquait de ne jamais voir honorer sa créance; la *fides* surgissait alors sous son aspect odieux, aux dépens du *creditor* trop confiant. Le préteur a eu l'audace d'introduire dans le domaine juridique l'obligation du respect de la conception généreuse de la *fides* : la *bona fides*».

30. Certaines mécanismes avaient également pour but de corriger les injustices qui pouvaient résulter des actes solennels et abstraits comme la *stipulatio* (il s'agit de la *querela non numeratae pecuniae* et des *condictiones sine causa* et *indebiti*, pour plus de détails, voir P.-F. Girard, *supra* note 22 aux pp. 648-656). Voir aussi nos remarques sur la cause, *infra* note 36.

31. Déjà, vers l'an 125 avant Jésus Christ, la loi *Aebutia* donna au préteur le pouvoir d'intervenir dans des situations nouvelles et même de refuser des actions jusque là reconnues. Dans un premier temps, les formules étaient passées de la forme verbale à la forme écrite : c'est ce qu'on a appelé la procédure formulaire. À l'origine, seule la forme de la procédure avait subi une transformation, mais celle-ci ouvrit la voie à la reconnaissance de nouvelles formules. D'abord, via l'insertion de fictions ou d'exceptions dans les formules déjà reconnues (par exemple, on ajoutait «si ce plaideur était un citoyen» pour que les étrangers jouissent des mêmes droits que les romains» ou «à moins qu'il n'y ait eu un dol du créancier» afin que le débiteur ne soit pas obligé malgré la formation d'un contrat valide), puis par la création des actions de bonne foi.

avec l'affaiblissement du sentiment religieux». ³² Le rôle de la bonne foi est limité. Elle ne joue qu'à l'égard des contrats de vente, de louage, du mandat, de la société et de certains contrats réels. ³³ La bonne foi devient néanmoins une source du droit : le rôle du préteur dans l'évolution du droit romain ne se limite donc pas à la procédure. ³⁴ Car les actions de bonne foi délivrées par le préteur posent au juge la question de ce qui est dû conformément à la bonne foi («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»). Le juge aura donc «à admettre toutes les conséquences progressivement attachées à cette rédaction, en particulier à sous-entendre les clauses de style et à tenir compte des dolis imputables à l'une ou l'autre partie». ³⁵ La bonne foi romaine porte les germes de l'articulation des éléments essentiels du contrat, dans la mesure où elle conduisit le préteur à sanctionner la violence et le dol et à exiger que le contrat ait une cause valable. ³⁶

Dans le but de maintenir l'équilibre entre les contractants, le préteur a reconnu l'interdépendance des obligations, comme par exemple dans la vente, alors que l'obligation de délivrance et l'obligation de payer le prix convenu

32. J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 413.

33. Par exemple, le contrat réel de fiducie reposait à l'origine en grande partie sur la confiance, la loyauté qu'inspirait celui en faveur de qui l'on avait aliéné une chose (voir É. Cuq, *Les institutions juridiques des romains envisagés dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence*, Paris, Plon, 1891 aux pp. 592-663).

34. Voir R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p. 341.

35. P.-F. Girard, *supra* note 22 à la p. 567.

36. On peut, en effet, trouver, en droit romain, des notions qui s'apparentent aux vices du consentement que nous reconnaissons aujourd'hui et à notre notion de cause. Bien que le dol et la violence soient considérés comme des délits, leur sanction n'est pas complètement étrangère à l'exigence du respect de la bonne foi. Ainsi, le dol et la violence ont, en effet, été sanctionnés par le droit romain (voir D., 4, 3; D., 4, 3, 1, 2). L'erreur et la lésion ont également été sanctionnées par le droit romain (voir, *supra* note 22). La cause n'étant pas exprimée ni même essentielle à la création des actes formels, celui qui s'était obligé sans cause était tout de même lié. Ce résultat a été tempéré par des mécanismes qui, bien que n'ayant pas fait de la cause un élément nécessaire à la validité du contrat, ont empêché l'enrichissement injuste de l'une des parties en l'absence de cause (voir H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923 à la p. 87).

étaient indépendantes en droit archaïque.³⁷ C'est à partir de la notion de la bonne foi que le prêteur a pu donner naissance aux obligations réciproques.³⁸

Dans la mesure où la bonne foi a amené le prêteur à concevoir le contrat comme un tout, où l'obligation de l'une des parties est liée à celle de l'autre, et à reconnaître que certaines ententes devaient être sanctionnées par le droit, on peut dire qu'elle lui a permis de réaliser un certain équilibre contractuel.³⁹

Le droit romain ne définit pas le contrat comme tel, mais il identifie les situations dans lesquelles il intervient. La conception du contrat comme le reflet d'un accord de volonté entre des individus libres est étrangère au droit romain. Le formalisme qui caractérise ce droit est le symbole de la soumission des rapports privés au droit. Dans ce contexte, le droit, par souci d'équité, a néanmoins admis des tempéraments au formalisme. Ainsi, certains comportements répréhensibles rendaient sans effet le contrat respectant par ailleurs les prescriptions de la loi, et certaines obligations devaient être sanctionnées par respect pour la bonne foi.

L'élaboration de techniques originales fait la richesse du droit romain. Les procédés imaginés par les juristes romains ont par la suite été systématisés par les juristes du Moyen Âge. Si, encore aujourd'hui, plusieurs techniques demeurent inchangées, la notion de contrat a, elle, été complètement transformée. Les remarques qui suivent vont tenter de montrer que les juristes du Moyen Âge, comme ceux de l'Antiquité, ont su nuancer les principes qu'ils ont élaborés.

37. Voir P. Meylan, «Le rôle de la *bona fides* dans le passage de la vente au comptant à la vente consensuelle à Rome» dans *Aequitas und bona fides (Mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 247 à la p. 254.

38. Voir A. Watson, *Legal Origins and Legal Change*, London, The Hambledon Press, 1991 à la p. 171.

39. Voir B. Hermesdorf, «La *fides* dans le droit privé du Code Justinien» dans *Acta Congressus Juridici Internationalis*, Rome, Apud Custodiam Librariam Pont. Intituti Utriusque Iuris, 1935, 161 à la p. 172 et P. Stein, «Equitable Principles in Roman Law» dans *Equity in the World's Legal Systems, A Comparative Study*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 75 à la p. 76.

Section II La bonne foi dans l'Ancien droit

La conception de la bonne foi qu'on trouve dans l'Ancien droit, tel que décrite par Domat, reflète l'influence des philosophes, des théologiens et des canonistes (paragraphe II). La synthèse de leurs enseignements et des principes du droit romain a conduit à l'élaboration d'une véritable théorie du contrat (paragraphe I). Dès lors, celui-ci est conçu comme un acte consensuel, et la bonne foi, tout comme l'Équité, l'ordre public et la cause, encadre la volonté des contractants.

En s'appuyant sur le *Digeste* et sur la philosophie aristotélicienne, les penseurs de la scolastique espagnole ont articulé une théorie du contrat qui a fortement influencé la conception du contrat qu'on trouve dans l'Ancien droit.⁴⁰ L'étude de la notion de contrat dans l'Ancien droit, et celle de ses fondements philosophiques et religieux, nous permet de renouer avec les principes fondamentaux ayant servi de base à la codification française et, par là même, à l'édification de la notion de contrat telle que nous la comprenons aujourd'hui. Même si les idées des penseurs du Moyen Âge ne peuvent faire l'objet d'une transposition littérale dans le droit d'aujourd'hui, elles nous permettent néanmoins de comprendre les fondements des règles qui gouvernent encore aujourd'hui le droit des contrats, et d'en retrouver l'essence.

Paragraphe I L'apport des philosophes, des théologiens et des canonistes

Afin de saisir les fondements des profondes transformations de la notion de contrat dans l'Ancien droit, il nous faut identifier les idées qui les ont rendues possibles. Si les juristes romains n'ont jamais admis le consensualisme, celui-ci paraît au contraire essentiel à ceux du Moyen Âge. Ce bouleversement dans la conception du contrat résulte de la synthèse du droit naturel classique, de l'enseignement de l'Église et des solutions romaines. Cette synthèse a permis l'édification de la théorie du contrat qu'on trouve chez les penseurs de la scolastique espagnole. Notre propos se limitera, pour l'essentiel, à l'influence du christianisme sur la notion de contrat. Toutefois, pour bien cerner la notion

40. Voir J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991 aux pp. 69-111.

de contrat au Moyen Âge, il nous faut aborder celles de justice distributive et de justice commutative telles qu'elles ont été conçues par Aristote, qui en constitue le fondement.

C'est dans l'*Éthique de Nicomaque* qu'on trouve la doctrine aristotélicienne de la justice. Pour la comprendre, il faut en connaître la première idée : la justice est une vertu qui se manifeste dans les rapports de l'homme à autrui.⁴¹ Cette vertu est l'âme et l'essence du droit, elle s'accomplit par le respect de la loi et de l'égalité.⁴² Elle inspire ce qu'Aristote nomme la justice particulière, celle d'où découle le droit.⁴³ La justice particulière comporte deux aspects complémentaires, la justice distributive et la justice commutative.⁴⁴

L'objet de la justice commutative est le respect de l'équilibre dans les *synallagma*.⁴⁵ Selon M. Villey, ce terme, *synallagma*, renvoie à l'idée de commutation, d'échange.⁴⁶ Les *synallagma* peuvent être involontaires, par exemple le vol et la diffamation, ou volontaires.⁴⁷ Aristote donne les exemples suivants de *synallagma* volontaires : la vente, l'achat, le prêt à intérêt, la caution, la location, le dépôt et le salaire.⁴⁸ La justice commutative a pour fonction de préserver la distribution harmonieuse des biens, d'abord réalisée conformément aux principes de l'égalité proportionnelle de la justice distributive.

-
41. Voir Aristote, *Éthique de Nicomaque*, Paris, Garnier, 1965 au no 15 à la p. 125.
 42. Voir *ibid.* au no 8 à la p. 124; voir aussi M. Villey, «Abrégé du droit naturel classique» dans *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 109 à la p. 116.
 43. Voir Aristote, *supra* note 41 au no 12 à la p. 128.
 44. Voir M. Villey, *supra* note 42 aux pp. 119-120.
 45. Voir M. Villey, «Préface historique à l'étude des notions de contrat», (1968) 12 A.P.D. 1 à la p. 6.
 46. *Ibid.*
 47. Voir Aristote, *supra* note 41 au no 13 à la p. 128.
 48. Ces *synallagma* sont qualifiés de volontaires «[...] parce que leur principe est librement consenti» (Aristote, *supra* note 41 au no 13 à la p. 128). Il ne faudrait toutefois pas surestimer l'importance de la volonté dans ces *synallagma* pour Aristote, puisqu'«[...] il mentionne à peine leur origine volontaire, comme en passant, pour expliquer leur qualificatif de "volontaires"» (C. Despotopoulos, «La notion de *synallagma* chez Aristote», (1968) 12 A.P.D. 115 à la p. 122).

Les notions de justice distributive et commutative, développées par Aristote, ont été reprises par Saint Thomas dans sa théorie du droit naturel.⁴⁹ Il les a décrites en des termes similaires à ceux qu'on trouve chez Aristote.⁵⁰ Ces notions ont également inspiré les penseurs de la scolastique espagnole, qui ont repris les enseignements d'Aristote et de Saint Thomas.⁵¹ Ces influences les ont amenés à concevoir le contrat comme un acte ayant pour finalité de réaliser un acte de bienfaisance, ou un acte de justice commutative. Celui-ci obligerait alors les parties à respecter un certain équilibre et donnerait naissance à des obligations découlant de l'essence et de la nature du contrat.⁵²

L'influence d'Aristote chez Saint Thomas est indéniable, mais son oeuvre ne se limite pas à une interprétation chrétienne de la philosophie d'Aristote. L'enseignement des Pères de l'Église s'est avéré particulièrement fécond au regard de l'articulation des principes ayant mené à la reconnaissance du consensualisme. Et bien que Saint Thomas n'ait pas affirmé que le consentement suffise à former un contrat, on ne saurait minimiser son rôle dans l'élaboration d'une doctrine ayant conduit à l'émergence du consensualisme.⁵³

49. Voir Saint Thomas D'Aquin, *Somme théologique, La justice*, t. 1, trad. par M.S. Gillet, Paris, Desclée, 1948, question 58 aux pp. 30-50 et question 61 aux pp. 128-150; voir aussi M. Villey, *supra* note 42 et J. Gordley, *supra* note 40.

50. Mais, ne se contentant pas de nommer les divers échanges volontaires, Saint Thomas les a également décrits. Parmi les échanges volontaires, c'est-à-dire ceux qui ont pour objet le transfert de la propriété, Saint Thomas a distingué les actes à titre gratuit des actes relevant de la justice commutative (*ibid.* question 61, a. 3 à la p. 143).

51. Voir J. Gordley, «Law and Religion : An Imaginary Conversation with a Medieval Jurist», (1987) 75 Calif. Law Rev. 169; M. Villey, *supra* note 8 aux pp. 338 et s.

52. Voir J. Gordley, *supra* note 40 aux pp. 93-111.

53. Si les promesses ne sont pas obligatoires, d'un point de vue légal, c'est parce que, selon Saint Thomas D'Aquin, le droit tient compte «[...] de la mobilité de la volonté humaine» (Saint Thomas D'Aquin, *Somme théologique, La religion*, t. 2, trad. par I. Mennessier, Paris, Éditions du Cerf, 1953, question 88, a. 3 à la p. 21). Avant que le non-respect de la parole donnée ne soit sanctionné sur le plan juridique, les papes et les conciles en ont fait un délit (voir F. Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, Sirey, 1928 aux pp. 25-33). Ce n'est qu'à la fin du XIIe siècle et au début du XIIIe siècle que le principe du respect de la parole donnée est érigé en règle de droit. Huguccio et Bernard de Pavie ne sont pas allés jusqu'à dire qu'une action peut être accordée afin de sanctionner une convention sans forme. Leur tâche sera complétée en 1212 par Johannes Teutonicus qui, le premier, considère qu'une action de droit canonique peut sanctionner un simple accord de volonté. L'essentiel de l'enseignement du droit canonique au sujet du consensualisme montre déjà la distinction qu'il est essentiel de faire entre celui-ci et la théorie de l'autonomie de la

À partir de l'enseignement des Pères de l'Église et des écritures saintes, les canonistes ont posé le principe du respect de la parole donnée, de l'obligation de remplir ses engagements, bref, du consensualisme.⁵⁴ Leur position était fondée sur l'idée que le mensonge est un péché. Le Deutéronome ne prescrit-il pas que «[c]e qui une fois est sorti de tes lèvres tu l'observeras, et tu feras comme si tu l'as promis au Seigneur ton Dieu et selon ce que, de ton plein gré, tu as déclaré de ta bouche».⁵⁵ Le passage de la prohibition du mensonge au respect de la parole donnée s'effectuera à partir des écrits des Pères de l'Église.⁵⁶ Déjà, Saint Thomas estime qu'il s'agit là d'une obligation morale découlant du droit naturel.⁵⁷ Le fondement de ce principe de droit naturel est bien le respect de la vérité, de la parole donnée, sans lequel «[n]ulle vie sociale ne serait possible».⁵⁸

La bonne foi n'est pas étrangère à la fidélité à Dieu qui oblige le promettant à respecter sa parole, à réaliser ses promesses.⁵⁹ En effet, «[c]'est à la fidélité que revient de nous faire acquitter ce que nous avons promis. *Fidèle*, celui qui "fait ce qu'il dit" remarque S. Augustin (*fides = fiunt dicta*)».⁶⁰ Cette *fides*, c'est la bonne foi, qui exige «[...] la constance et la vérité de nos paroles et de nos promesses».⁶¹

volonté à laquelle il est trop souvent assimilé. À cet égard, soulignons que l'idée du libre arbitre permettant à une personne de conclure un contrat ne doit pas être confondue avec le fondement de la force obligatoire de ce contrat (voir J. Roussier, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, Domat-Montchrestien, 1933 à la p. 8).

54. Voir les textes auxquels renvoie F. Spies *ibid.* aux pp. 2-13.

55. Deutéronome, 23, 24.

56. Voir F. Spies, *supra* note 53 à la p. 5; J. Roussier, *supra* note 53 à la p. 10. Cet auteur considère que la violation des promesses est véritablement assimilée au mensonge.

57. Voir Saint Thomas d'Aquin, *supra* note 53 question 88 à la p. 23.

58. Saint Thomas d'Aquin, *supra* note 53 question 88, a. 3 à la p. 377 (notes explicatives).

59. À ce sujet, les professeurs Ourliac et de Malafosse mentionnent qu'un acte du Midi, datant de l'époque féodale, «précise même que le promettant ne s'engage pas par la main "où n'est pas la foi" (*manu ubi non est fides*), mais par la parole et l'esprit (*verbis et animo ibi est fides*). C'est bien affirmer que la promesse peut résulter de la simple parole donnée, *fides*, foi ou *fiance*» (P. Ourliac et J. de Malafosse, *supra* note 22 aux pp. 80-81).

60. Saint Thomas d'Aquin, *supra* note 53 question 88 à la p. 22.

61. F. Spies, *supra* note 53 à la p. 20.

Dans cette perspective, la force obligatoire du contrat découle de la parole donnée. Le non-respect de celle-ci est assimilé à un acte contraire à la bonne foi et, en quelque sorte, à une injustice. À cet égard, tant les penseurs de la scolastique espagnole⁶² que les fondateurs de l'École du droit naturel moderne⁶³ renvoient à un passage de Cicéron, où celui-ci explique que la bonne foi est le fondement de la justice.⁶⁴

Le principe du respect de la parole donnée est bien le fondement du consensualisme. Il est également l'outil de lutte contre le formalisme dont se sont servis les canonistes. Le consensualisme marque, toutefois, dès le Moyen Âge, l'évolution du droit des contrats, même si on devra attendre les XVe et XIVe siècles pour parler d'une théorie du contrat telle que nous la concevons aujourd'hui.

Paragraphe II Le rôle de la bonne foi

Il ne s'agit pas ici de retracer toutes les règles de l'Ancien droit fondées sur la bonne foi, mais seulement d'esquisser les grands principes auxquels elle a donné naissance. Afin de situer ces principes, on aura surtout recours à l'oeuvre de Domat, qui constitue l'exposition la plus systématique du droit, tel qu'il se présentait avant la codification, et qui reflète l'influence des penseurs abordés précédemment. Cet auteur est probablement le plus éclairant puisque, déjà chez son «successeur», Pothier, les fondements de la théorie du droit ne sont pas affirmés de façon aussi explicite.⁶⁵

62. La scolastique espagnole regroupe des théologiens et juristes des XVI-XVIIe siècles dont les plus connus sont Soto, Molina et Lessius.

63. Les fondateurs de l'École du droit naturel moderne sont Grotius et Pufendorf (XVII-XVIIIe siècles).

64. Voir *supra* note 13, voir aussi J. Gordley, *supra* note 40 à la p. 74.

65. On ne trouve pas, chez Pothier, l'équivalent du *Traité des lois* de Domat. De plus, Pothier n'utilise la notion de bonne foi qu'à propos du dol et de la cause (M. Bugnet, *Oeuvres de Pothier*, t. 2, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861 au n^{os} 29-30 à la p. 19 et au no 43 à la p. 25).

L'Ancien droit inaugure la prédominance du consensualisme.⁶⁶ Ses principes ont été grandement influencés par le christianisme et le droit romain. Les notions de systématisation et d'abstraction résument l'apport de la bonne foi dans l'Ancien droit. D'une part, on peut parler d'une notion de contrat : celui-ci était auparavant un acte concret prenant sa source dans l'exécution de formalités précises, mais est devenu de plus en plus abstrait avec le consensualisme. D'autre part, le consentement prend une importance particulière avec l'adoption du principe du respect de la parole donnée, qui exige que l'on s'assure que le consentement ait été véritablement exprimé. L'articulation des conditions de validité du contrat et des vices du consentement procède de cette exigence.

En effet, l'affirmation du principe du respect de la parole donnée, de la foi promise, n'entraîne pas la disparition de la bonne foi. Les deux notions vont de pair. Ainsi, la bonne foi « suppose que le consentement soit valable, que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude; mais aussi qu'il soit vraisemblable et raisonnable; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes mœurs, ni même le "profit commun" ». ⁶⁷ En plus des vices du consentement, des bonnes mœurs et de l'ordre public, la notion de cause joue un rôle fondamental pour tempérer les effets du consensualisme. ⁶⁸

Certaines règles relatives à l'exécution du contrat semblent également prendre leur source dans la notion de bonne foi, dont notamment l'exception d'inexécution et la résolution du contrat pour inexécution. ⁶⁹ Ces deux principes découlent de la maxime « *non servandi fidem, fides non est servanda* ». ⁷⁰

66. C'est sciemment que le terme *prédominance* a été utilisé puisqu'on ne peut ignorer le rôle toujours présent du formalisme.

67. P. Ourliac et J. de Malafosse, *supra* note 22 à la p. 83; selon J. Zaksas (référant à Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, 1833 à la p. 33), *supra* note 19 à la p. 87, « le contrat tend à se reconstruire sur les principes d'équité et de bonne foi », dès le XIII^e siècle.

68. Voir H. Capitant, *supra* note 36 aux pp. 114-159; J. Gordley, *supra* note 40 à la p. 73.

69. Voir H. Rolland et L. Boyer, *Expressions latines du droit français*, 2^e éd., Paris, L'Hermès, 1985 à la p. 137.

70. Traduction : « La promesse n'est plus due à celui qui brise la sienne ». Voir H. Capitant, *supra* note 36 aux pp. 133-137; A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd. Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1994 à la p. 344.

L'apparition de cette maxime concorde avec celle du principe du respect de la parole donnée.⁷¹

Dans le *Traité des lois*, Domat s'attache à décrire les principes des lois qui règlent la conduite de chaque homme et «l'ordre de la société qu'ils forment ensemble».⁷² La première loi de l'homme lui commande la recherche et l'amour du «souverain-bien», elle renferme la seconde qui les oblige à s'unir et à s'aimer entre eux.⁷³ Deux espèces d'engagements découlent de ces lois. La première se forme par le mariage, la naissance d'enfants, la parenté et les alliances. La seconde «renferme toutes les autres sortes d'engagements qui approchent toutes sortes de personnes les unes des autres».⁷⁴ C'est dans cette dernière qu'il situe le contrat. Le contrat est donc soumis à la seconde loi, et son influence est très importante puisqu'elle est l'esprit des règles voulant «qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient, qu'il ne faut faire de tort à personne, qu'il faut être sincère et fidèle.»⁷⁵ L'esprit des règles requiert évidemment leur application, mais oblige également les juges à une «justice plus abondante».⁷⁶

Au chapitre V intitulé «De quelques règles générales qui suivent des engagements, [...] qui sont autant de principes des lois civiles», Domat n'utilise pas explicitement la notion de bonne foi. On constate, toutefois, que les principes qu'il décrit en sont imprégnés, notamment lorsqu'il explique «[q]ue dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où il sont entrés»,⁷⁷ ou encore «[q]u'en toute sorte d'engagements, soit volontaires ou involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi et de toute autre manière de nuire et de faire tort».⁷⁸ Plus loin, alors qu'il élabore ses vues sur l'esprit des lois, Domat explique que les lois

71. Voir H. Capitant, *supra* note 36 à la p. 134 à la note 1.

72. J. Rémy, *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835 à la p. 1.

73. *Ibid.* à la p. 4; voir, plus généralement les pp. 3-6.

74. *Ibid.* à la p. 8.

75. *Ibid.* à la p. 15.

76. *Ibid.* à la p. 15.

77. *Ibid.* à la p. 17.

78. *Ibid.* à la p. 17.

qui ordonnent la bonne foi ne peuvent faire l'objet de dispense, ni d'exception.⁷⁹ Il ajoute même qu'il y a des lois immuables, dont celle qui commande la bonne foi.⁸⁰

Chez Domat la bonne foi joue un rôle essentiel en matière contractuelle. Même si seules quelques règles fondamentales du droit contractuel font l'objet de remarques référant expressément à la bonne foi,⁸¹ on ne saurait sous-estimer l'importance qu'il lui accordait. La bonne foi est pour lui aussi importante que l'ordre public et les bonnes moeurs.

Conclusion

Les règles élaborées à partir de la notion de bonne foi qu'on trouve en droit romain et dans l'Ancien droit existent toujours au XIXe siècle. La bonne foi comme source d'inspiration et comme notion imprégnant la théorie du contrat tend, toutefois, à disparaître. Les fondements du contrat sont alors transformés par la théorie de l'autonomie de la volonté. Le contrat devient une source de droits et d'obligations individuelles où les contractants sont perçus comme ayant des intérêts divergents. En mettant l'accent sur la volonté plutôt que sur la bonne foi, les règles relatives au contrat ne sont plus interprétées à partir de l'idée que le contrat est un outil d'échange soumis au respect des exigences de la bonne foi, mais à partir de la volonté des contractants, de leurs droits et de leurs obligations.

Si la théorie de l'autonomie de la volonté avait véritablement l'ampleur que certains lui prêtent, on serait obligé de donner au rôle de la bonne foi une

79. Voir *ibid.* à la p. 44.

80. Voir *ibid.* aux pp. 54 et 64.

81. Voir, notamment, *ibid.* au no 12 aux pp. 138 et s. : «Il n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu, et de toutes les suites»; aux pp. 382-383 : «Pour les autres vices [des conventions], on réduira ceux dont il sera parlé dans ce titre à quatre espèces. [...] la troisième [du dol et du stellionat], de ceux qui sont contraires à la sincérité et à la bonne foi»; au no 2 à la p. 395 : «Et comme on ne doit pas donner facilement atteinte aux conventions, pour tout ce qui ne serait pas dans les bornes d'une parfaite sincérité, on ne doit pas souffrir que la simplicité et la bonne foi soient exposées à la duplicité et aux tromperies».

portée tellement improbable que même les tenants de cette théorie n'ont pas osé la formuler. Si on pousse à l'extrême le raisonnement proposé par cette théorie, il faudrait, comme le soulignait Gounot, affirmer que c'est seulement parce qu'il le veut que le contractant est soumis aux exigences de la bonne foi. Si telle n'est pas sa volonté, il serait libre d'être de mauvaise foi.⁸²

À partir de l'émergence de la théorie de l'autonomie de la volonté, on n'accordera que peu de place à la notion de bonne foi. Devant la rigueur des effets de la théorie de l'autonomie de la volonté, on assiste cependant à une résurgence du rôle de la bonne foi. C'est en France que le mouvement fut lancé, mais sans grand succès immédiat.⁸³ Là-bas comme ici, il se sera écoulé environ un siècle entre la codification et la revalorisation, par certains auteurs, de la bonne foi comme notion fondamentale du droit privé.⁸⁴ Malgré ces efforts, il faudra toutefois attendre les années 1980 pour que le rôle de la bonne foi fasse l'objet d'une véritable reconnaissance, tant par la doctrine⁸⁵ que par la

-
82. Voir E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912 à la p. 196.
83. Voir J. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, Paris, A. Pedone, 1899; F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris, Dalloz, 1928; A. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de la bonne foi*, Thèse, Paris, 1929; R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939; A. Breton, «Des effets de la bonne foi», [1926] *Rev. Crit.* 86; G. Lyon-Caen, «De l'évolution de la notion de bonne foi», (1946) 44 *Rev. trim. dr. civ.* 75.
84. Voir P.-A. Crépeau, «Le contenu obligationnel du contrat», (1965) 43 *R. du B. can.* 1; G.A. Rosenberg, «The Notion of Good Faith in the Civil Law of Québec», (1960) 7 *R.D. McGill* 2.
85. Voir entre autres, en droit québécois, C. Dubreuil, «L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution», (1992) 37 *R.D. McGill* 1087; P. Girard, «"Good Faith" in Contract Performance : Principle or Placebo?», (1983) 5 *Supreme Court L.R.* 309; R. Jukier, «Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.) : Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law», (1992) 37 *R.D. McGill* 221; G. Leclerc, «La bonne foi dans l'exécution des contrats», (1992) 37 *R.D. McGill* 1070; B. Lefebvre, «La bonne foi dans la formation du contrat», (1992) 37 *R.D. McGill* 1053; G. Lefebvre, «La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1993) 27 *R.J.T.* 561; et, en droit français, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th., Paris II, 1992; J. Mestre, «L'exigence de la bonne foi dans la formation du contrat», (1989) 88 *Rev. trim. dr. civ.* 736; Y. Picod, «Le devoir de coopération», *J.C.P.* 1988.I.3318; Y. Picod, «L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat», *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, Les Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 57.

jurisprudence. Au niveau législatif, de nombreux tempéraments qui empêchent d'ériger en absolus les principes de la théorie de l'autonomie de la volonté ont été adoptés⁸⁶ et le respect des exigences de la bonne foi a, enfin, été consacré.⁸⁷ Il ne faudrait toutefois pas surestimer l'impact de cette consécration car elle ne remet pas véritablement en cause la théorie de l'autonomie de la volonté. En effet, le contrat et les principales règles le gouvernant demeurent, comme la bonne foi, généralement conçus à partir de cette théorie.

86. Il s'agit principalement des art. 1434 et s., 1609, 1623, 1900, 1901, 2332 *C. civ.* et de la *L.P.C.* Ces tempéraments font écho aux critiques de la théorie de l'autonomie de la volonté. Ces critiques sont principalement de deux ordres. Certains remettent en cause ses fondements et adoptent une conception du contrat donnant prééminence à la loi. D'autres, préoccupés de justice contractuelle, refusent de donner aux conséquences de la théorie un caractère absolu, mais considèrent tout de même que la volonté est la source du contrat.

87. Art. 6 et 1375 *C.c.Q.*