
La doctrine a-t-elle un avenir au Québec ?

L'honorable Pierre J. Dalphond*

La doctrine québécoise se construit dans un contexte influencé par l'effort de normalisation des rapports sociaux qu'est le Code civil du Québec. Afin d'analyser ce rôle particulier de la doctrine, l'auteur cherche d'abord à établir une définition de la doctrine, qui constituerait l'ensemble de la littérature juridique émanant des facultés de droit et analysant de façon critique la loi et la jurisprudence. Établissant un parallèle avec la doctrine française, l'auteur explique le développement de la doctrine québécoise et témoigne de sa diversité. Il décortique ensuite les arrêts rendus et publiés par la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada en 2006, afin d'analyser les références à la doctrine qui y sont faites. S'appuyant entre autres sur son expérience personnelle, il discute de l'importance qu'a eue la doctrine dans certaines décisions des tribunaux. Enfin, l'auteur conclut en exposant les défis auxquels la doctrine fait face.

Québécois doctrine is built within a context that is heavily influenced by the Civil Code of Quebec's effort to standardize social relations. To analyze this particular function of doctrine, the author first attempts to develop a working definition of doctrine, which generally consists of legal scholarship that emanates from law faculties and critically analyzes law and jurisprudence. Establishing a parallel with French doctrine, the author describes the historical development of Québécois doctrine and brings its diversity to light. He then dissects judicial decisions of the Court of Appeal of Quebec and the Supreme Court of Canada from 2006 in order to analyze their references to doctrine. Relying among other things on his own personal experience, he discusses the significant importance that doctrine has had in several decisions. The author then concludes by identifying the challenges that doctrine currently faces.

* Juge à la Cour d'appel du Québec. Ce texte est une version remaniée d'une l'allocution prononcée le 31 mars 2008 à l'occasion de la Conférence annuelle de la Revue de droit de McGill.

© Pierre J. Dalphond 2008

To be cited as: (2008) 53 McGill L.J. 517

Mode de référence : (2008) 53 R.D. McGill 517

Introduction	519
I. Une définition de la doctrine	520
II. Le rôle de la doctrine en France	522
III. Le développement d'une doctrine québécoise	523
IV. La diversité de la doctrine québécoise	524
V. L'influence de la doctrine dans la pratique du droit au Québec	524
VI. Le potentiel de la doctrine	527
VII. Les défis de la doctrine	529
Conclusion	532

Introduction

On dit souvent que ce qui distingue la *common law* du droit civil, c'est la manière de raisonner, notamment la place de la doctrine dans chacune de ces deux grandes traditions juridiques. En somme, une différence dans les modes de raisonnement qui tiendrait, en particulier, dans la hiérarchie des sources de droit. Ainsi, on tient pour acquis que la doctrine occuperait une influence prépondérante en droit civil, alors que la jurisprudence serait la clé de voûte de la *common law* puisqu'il s'agit d'un «*judge-made law*».

Dans la pure tradition du droit civil, le juge ne serait que la bouche de la loi, se contentant d'appliquer la disposition pertinente du Code civil aux faits exposés devant lui, s'en remettant aux enseignements de la doctrine si la réponse n'est pas évidente à la lecture du code. Sa décision ne vaudrait que pour le cas qui lui a été soumis et l'ensemble des décisions judiciaires, la jurisprudence, ne serait pas source de droit, mais uniquement exemples d'application de celui-ci, sans grand intérêt pour l'enseignement. Les docteurs en droit des facultés seraient les principaux auteurs de la doctrine et ils consacraient peu de temps à la jurisprudence.

Il en irait tout autrement du rôle du juge en *common law*, car celui-ci serait un véritable créateur du droit, qu'il prétendrait découvrir au fur et à mesure des affaires. En *common law*, la jurisprudence serait donc la source première du droit. Les professeurs de droit l'enseigneraient et ne feraient pas vraiment de doctrine.

Ce que je viens de dire n'est évidemment qu'une caricature souvent énoncée de ce que constitue le droit civil par rapport à la *common law*. La réalité est bien sûr beaucoup plus subtile. Comme on le sait, les décisions de la Cour de cassation en France sont étudiées et commentées par les professeurs de droit et nul ne saurait aujourd'hui prétendre que la jurisprudence n'a pas une influence importante sur le développement du droit en France. À titre d'exemple, il est pertinent de souligner la responsabilité des automobilistes, articulée par les tribunaux français par une extension du fait de la chose, et le devoir d'information, rattaché à la bonne foi dans l'exécution des contrats. Il n'est donc pas surprenant qu'il existe désormais un marché en France pour les jugements des plus hautes instances judiciaires, maintenant accessibles sur l'Internet.

De même, dans les systèmes de *common law*, on trouve de nombreuses lois qui constituent des mini codes régissant certains secteurs d'activités économiques, tels les contrats de consommation ou les nantissements mobiliers avec les *Personal Property Security Acts*¹. L'influence des *Uniform Codes* aux États-Unis est à signaler dans l'interprétation des contrats, bref sur le raisonnement juridique qui trouve alors appui dans des normes rationalisées et non dans la jurisprudence. De plus, il existe en *common law* de plus en plus d'ouvrages académiques remarquables qui tentent de

¹ Voir par ex. *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P-10.

synthétiser les règles de droit et auxquels les juges réfèrent au besoin, que ce soit en droit administratif, en droit commercial, en droit des contrats ou en droit public².

En d'autres mots, les distinctions, que l'on tient pour être très marquées, pourraient être en réalité beaucoup plus nuancées. Il demeure cependant que le génie du droit civil réside dans un effort normatif du législateur qui n'a pas d'égal dans la tradition de *common law*. En effet, stipulant pour l'avenir, le législateur adopte un code qui se veut un énoncé de toutes les règles à appliquer dans les rapports sociaux et qui constitue une structure unifiée de concepts fondamentaux quant à la nature de la personne, ses attributs et ses rapports avec les autres et les biens, eux-mêmes définis par des caractéristiques identifiées. En somme, ce qui caractérise le droit civil est un effort global de normalisation des rapports sociaux. Un code civil devient le reflet des valeurs privées d'une société, existantes ou souhaitées. La doctrine qui s'écrit en pareil contexte ne peut qu'être influencée par cette tentative d'organisation des rapports sociaux.

I. Une définition de la doctrine

Avant d'aborder le thème de la place de la doctrine au Québec, il me faut d'abord tenter de définir ce qui constitue, selon moi, la doctrine. J'aimerais faire d'abord référence à trois ouvrages que l'on peut acheter chez les libraires juridiques québécois : *L'Alter Ego, Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de Me Jacques Deslauriers³, le *Précis de procédure civile du Québec*, en deux volumes, de Mes Ferland et Emery⁴ et le traité *La vente* de Pierre-Gabriel Jobin⁵. Dans le cadre d'un jeu-questionnaire non scientifique organisé lors de la présentation initiale de ce sujet à la Faculté de droit de l'Université McGill, la plupart des participants ont indiqué ne pas considérer le premier ouvrage comme de la doctrine, contrairement au troisième. Quant au deuxième, les avis étaient partagés.

Dans son *Précis de droit québécois*, Henri Kélada, parlant des sources formelles du droit, écrit quant à la doctrine :

² Voir notamment, en droit constitutionnel, Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., feuilles mobiles, Scarborough (Ont.), Carswell, 2007 ; en interprétation des lois, Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 2000 ; Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2007 ; en droit des compagnies, Jacob Ziegel, *Études sur le droit canadien des compagnies*, Toronto, Butterworths, 1967 ; sur les injonctions, Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, feuilles mobiles, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2007 ; en droit des contrats, John D. McCamus, *The Law of Contracts*, Toronto, Irwin law, 2005 (la table des matières de cet ouvrage rappelle la logique des codes civils en la matière).

³ Jacques Deslauriers, *Loi sur la faillite et l'insolvabilité : législation, jurisprudence et doctrine*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

⁴ Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003.

⁵ Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Michelle Cumyn, *La vente*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

Quatrième source formelle du droit, la doctrine est surtout une source interprétative des lois et des décisions judiciaires. Il s'agit des écrits des auteurs consacrés aux questions juridiques. Ils sont de trois sortes : les ouvrages généraux, les monographies et les articles publiés dans les revues spécialisées.

[...]

La doctrine joue un rôle important dans l'évolution du droit. Les auteurs analysent et commentent les règles légales et les décisions des tribunaux, qu'ils soumettent à la critique de leurs observations et de leur raisonnement.

Rares sont les jugements des tribunaux qui ne citent pas, à l'appui de la décision, les opinions des auteurs sur les points de droit faisant l'objet du litige.

Jurisprudence et doctrine vont de pairs et constituent ce que l'on appelle, dans le jargon juridique, les «autorités», qui éclairent les juges sur la situation objective du droit dans un domaine particulier.⁶

Cette définition est à la fois intéressante et imprécise. Imprécise puisqu'elle semble retenir comme constituant de la doctrine tous les écrits consacrés aux questions juridiques autres que les jugements ; en d'autres mots, la doctrine équivaldrait à la littérature juridique. Les trois ouvrages cités précédemment seraient alors de la doctrine.

Par contre, la définition m'apparaît plus exacte lorsque l'auteur ajoute que la doctrine analyse et commente les règles légales et les décisions des tribunaux en les soumettant à la critique de leurs observations et de leurs raisonnements. À mon avis, là réside l'essence de la doctrine. Il s'ensuit que ce ne sont pas tous les ouvrages consacrés aux questions juridiques qui peuvent se targuer d'être de la doctrine. Ainsi, tout en reconnaissant la grande utilité des ouvrages comme les *Alter ego* et les lois annotées, ils ne semblent pas constituer de la doctrine puisque leurs auteurs ne tentent pas de dégager de grands principes écrits et non écrits du droit ; encore moins ne se livrent-ils à une analyse critique des décisions des tribunaux à la lumière des grands principes sous-jacents à ces domaines du droit. Ces ouvrages, dont l'utilité pour le praticien est indéniable, tiennent plus du compendium ou du résumé de jurisprudence que du raisonnement. Leur plus-value réside dans la fourniture de repères utiles à l'application courante d'un domaine du droit. Il y manque cependant l'essence de la doctrine, soit une analyse raisonnée du droit concerné et un commentaire critique de la jurisprudence ou de la pratique.

Ma thèse est donc la suivante : la doctrine est le droit savant, qui émane généralement des professeurs et chercheurs des facultés de droit, par opposition aux ouvrages pratiques, qui émanent souvent des praticiens. On la retrouve sous différents formats : traités, monographies, articles dans des revues spécialisées, commentaires d'arrêts et essais.

⁶ Henri Kélada, *Précis de droit québécois*, 7^e éd., Montréal, Société québécoise d'information juridique, 2004 aux pp. 48-9.

II. Le rôle de la doctrine en France

Abordons maintenant le rôle de la doctrine en droit civil en nous tournant vers la France, mère de la tradition civiliste moderne.

Du moyen âge jusqu'à la révolution de 1789, la doctrine était l'apanage des universités, qui enseignaient le droit romain et le droit canon. À partir d'une analyse historique, les professeurs de droit dégagèrent les grands principes de droit. La doctrine faisait alors autorité comme source de droit. René David et Camille Jauffret-Spinosi écrivent :

La doctrine a été pendant longtemps la source fondamentale du droit dans la famille romano-germanique : c'est en effet dans les universités que les principes du droit ont été dégagés essentiellement, du XIII^e au XIX^e siècle [...]⁷

Dans la foulée révolutionnaire, la codification de 1804 affirma la primauté de la loi comme source de droit. Le Code civil des Français ou Code Napoléon, non seulement harmonisait le droit en vigueur dans le pays, mais se voulait l'affirmation de certains principes issus de la révolution et en rupture avec le passé. Dans les années qui suivirent, la doctrine se chercha une vocation. Au début, certains tentèrent de la réduire à la simple interprétation des dispositions du Code Napoléon, mouvement que l'on appela l'École de l'Exégèse. La doctrine devint alors l'étude plus ou moins servile du nouveau code. Elle reprit ensuite du galon et redevint une source non négligeable d'influence sur le droit⁸.

De nos jours, la doctrine est en France, selon René David et Camille Jauffret-Spinosi, «une source très importante, et très vivante, du droit»⁹, affirmation qu'ils expliquent ainsi :

Ce rôle se manifeste dans le fait qu'elle forge le vocabulaire et les notions du droit, dont fera usage le législateur ; il se manifeste, de façon plus apparente encore, dans le fait que la doctrine établit les méthodes selon lesquelles le droit sera découvert, les lois interprétées. Ajoutons encore à cela l'influence que la doctrine peut avoir sur le législateur et la jurisprudence. Souvent le législateur ne fait que donner effet à des tendances qui se sont développées, qui ont été préparées par la doctrine. De même, souvent les juges infléchissent leur position, ou font même des revirements, sous l'influence des critiques ou des propositions faites par la doctrine. Il y a des rapports réels entre législation et doctrine. La doctrine agit sur le législateur, en provoquant son action ; elle n'est ici que de façon médiate une source du droit. Mais la doctrine exerce aussi un rôle touchant l'application de la loi ; il paraît difficile de lui contester dans cette

⁷ René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002 à la p. 117.

⁸ Voir Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

⁹ *Supra* note 7 à la p. 117.

activité, autrement que par une distorsion de la réalité, la qualité de source du droit.¹⁰

En somme, la doctrine jouerait deux rôles différents en France. Le premier serait celui d’instigateur de modifications par le législateur et même de réformes. Dans certains cas, on peut même parler de doctrine de combat. Les auteurs de cette doctrine sont souvent engagés à la promotion de certaines idées ou philosophies sociétales. Ils n’hésitent pas à faire appel à d’autres disciplines, comme la sociologie, l’économie et la politique, dans l’analyse du droit. La doctrine y est vue comme un outil de changement. L’autre rôle tient plus de l’analyse des dispositions du code pour permettre d’en dégager de grands principes, de l’enseigner, d’extrapoler des principes applicables aux situations nouvelles et de faire ressortir les justifications et les lacunes de la jurisprudence et du droit existant. On pourrait parfois parler d’une recherche de la pureté du droit¹¹.

III. Le développement d’une doctrine québécoise

Au Québec, depuis les années 1960, nous avons des professeurs de carrière dans les facultés de droit et les centres de recherche en droit. Depuis, on assiste à une croissance importante de la doctrine¹². L’importance de la doctrine réformatrice québécoise est illustrée par sa contribution remarquable aux travaux de l’Office de révision du Code civil, puis à l’élaboration du nouveau Code civil du Québec. La réécriture de ce Code ayant été complétée il y a à peine une quinzaine d’années, rien ne laisse présager un nouvel effort de réforme dans un futur rapproché. La doctrine doit désormais œuvrer à la synthèse et à l’explication de ce nouveau code et devenir plus contemplative.

Dans un article publié en 1995, mon ancien professeur à l’Université de Montréal, Adrian Popovici, écrit :

Car le Code civil a une COHÉRENCE, qu’il faut non seulement CHERCHER, mais TROUVER : elle est là. C’est le nouveau rôle de la doctrine au Québec, et, j’ose dire, sa responsabilité.

Évidemment, l’auteur de doctrine doit d’abord digérer avant [...] de s’exprimer. Avant de critiquer, il faut expliquer et avant de décrire, il faut comprendre [c’est-à-dire «embrasser dans un ensemble» selon le *Petit Robert*].¹³

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cette dichotomie n’est pas sans rappeler la distinction entre «*the prescriptive doctrine*» et «*the contemplative doctrine*» de Nicholas Kasirer («*Of combats livrés and combats livresques*») (2004) 19 R.C.D.S. 153).

¹² Voir Sylvio Normand, «La littérature du droit comme élément structurant du champ juridique québécois : une perspective historique» dans Ysolde Gendreau, dir., *La doctrine et le développement du droit/Developing Law with Doctrine*, Montréal, Thémis, 2005, 1.

¹³ Adrian Popovici, «Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise» (1995) 29 R.J.T. 545 à la p. 548.

Cette recherche implique non seulement la compréhension du Code civil dans son ensemble, mais son analyse d'une manière qui soit respectueuse des valeurs fondamentales inscrites dans nos chartes des droits et libertés. Le défi pour les auteurs québécois de doctrine civiliste est donc de taille!

IV. La diversité de la doctrine québécoise

Pour mesurer la vitalité actuelle de la doctrine québécoise, je me suis tourné vers les catalogues des principaux éditeurs juridiques du Québec. J'y ai constaté une abondante littérature juridique : des dictionnaires spécialisés, des *Alter ego* sur les chartes, le Code de procédure civile du Québec, le *Code criminel*, le *Code de procédure pénale*, l'insolvabilité et la faillite, des lois annotées, notamment celles relatives aux normes du travail, aux accidents du travail, à la fiscalité et au droit municipal, des guides pratiques en gestion du personnel, fiscalité, succession, santé et sécurité du travail, gestion de patrimoine privé, convention entre actionnaires, des monographies en droit du travail, droit de l'environnement, vente, louage, copropriété et des œuvres générales, comme le livre de Paul Martel, *La Compagnie au Québec*,¹⁴ le traité de Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*¹⁵ ou celui de Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*¹⁶. À cela, il faut ajouter les revues de droit publiées dans chaque faculté de droit du Québec et à l'Université d'Ottawa.

On peut donc affirmer que la doctrine, dans le sens où je l'ai définie précédemment, demeure bien vivante et qu'on la trouve dans les ouvrages généraux, les monographies et les articles publiés dans les revues de droit et même sur l'Internet.

V. L'influence de la doctrine dans la pratique du droit au Québec

Cela exposé, je tenterai maintenant de mesurer l'influence actuelle de la doctrine dans l'application quotidienne du droit au Québec, puis, je terminerai par les défis auxquels elle doit faire face.

Dans son analyse pénétrante de la situation au Québec dans les années 1980, le professeur Christian Atias notait, après avoir lu une centaine d'arrêts de la Cour d'appel du Québec prononcés en 1985, 607 références à des sources, soit 446 arrêts essentiellement de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec, et 161 éléments de doctrine¹⁷. La jurisprudence occupait donc 73,47 pourcent de la

¹⁴ Maurice Martel et Paul Martel, *La compagnie au Québec, les aspects juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2006.

¹⁵ Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006.

¹⁶ Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin : Les obligations*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.

¹⁷ *Savoir des juges et savoir des juristes : mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990.

masse des sources invoquées, laissant 26,52 pourcent à la doctrine, soit à peine plus du quart. Il ajoutait que, selon le cas, la doctrine était citée seule ou avec la jurisprudence. La doctrine n'était donc pas une source de droit d'une importance équivalente à la jurisprudence au Québec.

La situation ne me semble pas avoir vraiment changé, les «autorités» ou «sources» auxquelles nos arrêts font référence continuant d'être principalement jurisprudentielles et non doctrinales, même en droit civil. À preuve, il suffit d'analyser les décisions de la Cour d'appel du Québec publiées dans les Recueils de jurisprudence du Québec (R.J.Q.) en 2006. On y dénombre soixante-dix-sept arrêts prononcés par la cour et deux jugements rendus par des juges siégeant seuls. De ces arrêts, j'en élimine onze rendus en matières criminelles et pénales et cinq en droit disciplinaire, un domaine hybride appliquant à la fois des règles de droit civil et de droit pénal. Je souligne cependant que dans ces domaines, il existe de la doctrine et qu'elle est citée, quoique moins fréquemment en matière criminelle. Il reste soixante et un arrêts rendus en responsabilité civile, contrats, droit familial, faillite et insolvabilité, droit constitutionnel, révision judiciaire, droit municipal et droit fiscal. Dans treize de ceux-ci, aucune référence à la littérature juridique n'est citée. Il s'agit essentiellement de jugements en matières familiales et en procédure civile. Des quarante-huit arrêts faisant référence à la littérature juridique, je retiens que la doctrine fut citée dans l'analyse ou intégrée au raisonnement dans vingt et une affaires. Dans les autres, on fait référence à la doctrine en notes de bas de page, parfois entre parenthèses dans le texte, pour supporter le bien-fondé de la phrase écrite ou pour y renvoyer le lecteur qui désire en savoir plus sur le point. Dans ces cas, la doctrine ne semble pas avoir un effet déterminant sur le raisonnement. En résumé, la doctrine semble avoir joué un rôle d'influence dans le raisonnement du juge d'appel dans environ vingt et un des soixante et un arrêts en matières civiles publiés en 2006 dans les R.J.Q., soit dans le tiers des arrêts.

Fait à signaler, dans tous ces arrêts, sauf deux, la doctrine n'occupe pas une place équivalente à la jurisprudence. Cette dernière domine nettement par son importance comme source ou autorité dans le raisonnement du juge, tel qu'il appert des nombreuses citations et multiples renvois. Si on élargit le groupe d'arrêts analysés pour inclure tous les arrêts accessibles électroniquement, le portrait ne s'améliore pas pour la doctrine. Ainsi, en janvier 2007, 167 arrêts ont été versés dans la banque informatique de SOQUIJ, dont 112 en matières civiles. De ces derniers, SOQUIJ en a résumé et analysé 61 ; 11 seulement référaient à de la doctrine, soit environ 18 pourcent.

Au niveau de la Cour suprême du Canada, la doctrine semble avoir acquis ses lettres de noblesse. Tous les arrêts incluent un résumé où est mentionnée la jurisprudence citée puis la doctrine, s'il en est. Une analyse des cinquante-neuf arrêts rendus en 2006 par la Haute Instance révèle que trente-trois sont en matières civiles, dont six provenant du Québec, et vingt-six en matières criminelles. De ces trente-trois arrêts, sept ne contiennent aucune référence à la doctrine et trois ne réfèrent qu'à un

ouvrage en interprétation des lois. Dans les six arrêts originaires du Québec, j'exclus l'affaire *Nav Canada*¹⁸ qui provenait aussi de l'Ontario et qui porte strictement sur l'interprétation d'une loi fédérale. Les cinq autres affaires du Québec sont *Isidore Garon ltée c. Tremblay*; *Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*¹⁹, où on cite dix articles et huit ouvrages, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*²⁰, où on cite quatre ouvrages et trois articles, *Bisaillon c. Université Concordia*²¹, où on cite une loi annotée, cinq ouvrages et deux articles, *Pharmascience inc. c. Binet*²², où on cite quatre ouvrages, dont deux en interprétation des lois, et, finalement, *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.*²³, où on cite cinq ouvrages, dont celui de Pierre-André Coté en interprétation des lois²⁴, et trois articles.

À l'analyse de ces arrêts rendus en 2006 par l'instance suprême, j'ai noté quatre caractéristiques. Premièrement, les arrêtistes de la Cour suprême du Canada considèrent comme de la doctrine non seulement toute la littérature juridique, incluant les lois annotées, mais aussi les rapports des commissions de révision du droit, les commentaires du ministre de la justice sur le nouveau Code civil et les transcriptions des débats parlementaires. En fait, on entend par doctrine tout ce qui est mentionné ou cité dans les motifs, sauf la jurisprudence et la législation. La doctrine est en somme une catégorie fourre-tout. Deuxièmement, la doctrine est souvent citée entre parenthèses, après une affirmation, pour simplement en démontrer le sérieux. Troisièmement, la Cour suprême du Canada a un penchant pour certains ouvrages, dont ceux de Pierre-André Coté²⁵ et Ruth Sullivan²⁶ en interprétation des lois. Ils sont parfois les seuls éléments de doctrine mentionnés dans les motifs. Quatrièmement, la jurisprudence occupe une place nettement plus importante que la doctrine en terme de citations et renvois, sauf dans les deux affaires provenant du Québec qui portaient sur le nouveau Code civil et ses liens avec le droit du travail et le droit corporatif. En résumé, globalement, devant les tribunaux, l'influence de la doctrine n'est pas comparable à celle de la jurisprudence dans le raisonnement juridique.

Dans le même sens, il est permis de se demander si les avocats, lorsqu'ils donnent des opinions juridiques à leurs clients, s'appuient beaucoup sur la doctrine. Je soupçonne qu'il est très rare qu'une opinion repose uniquement sur une source

¹⁸ *Canada 3000 Inc. (Re)*; *Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865, 269 D.L.R. (4^e) 79.

¹⁹ 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27, 262 D.L.R. (4^e) 385 (liens entre C.c.Q et la convention collective).

²⁰ 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, 264 D.L.R. (4^e) 577 (kirpan).

²¹ 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, 266 D.L.R. (4^e) 542 (recours collectif ou arbitrage).

²² 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513, 273 D.L.R. (4^e) 193 (pouvoirs du syndic face à un tiers).

²³ 2006 CSC 50, [2006] 2 R.C.S. 591, 275 D.L.R. (4^e) 193 (liens entre C.c.Q. et droit corporatif).

²⁴ Pierre-André Coté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Sullivan, *supra* note 4.

doctrinale. Par contre, selon mon expérience, je suis enclin à croire que beaucoup d'avis juridiques sont donnés uniquement sur la foi de la jurisprudence. En réalité, les avocats recherchent d'abord dans la jurisprudence une décision qui aurait déjà tranché la question en jeu. Il s'agit d'un réflexe normal du praticien à la recherche d'une solution «prête à porter» et non d'un questionnement.

VI. Le potentiel de la doctrine

Cela signifie-t-il que la doctrine, qui ne semble pas une source de droit au même titre que la jurisprudence, n'a pas un rôle important à jouer au Québec ? Je ne le crois pas. D'abord, la doctrine demeure fondamentale à l'enseignement du droit. Elle sert de matrice sur laquelle peut se structurer la connaissance juridique des futurs membres du Barreau et de la magistrature. Dans le chapitre consacré à la doctrine de leur ouvrage, Philippe Malaurie et Patrick Morvan écrivent que «[l]a doctrine est, avant toute chose, un agent de diffusion et d'enseignement du droit positif»²⁷. Si elle n'est pas citée par la suite par les avocats dans leur opinion ou par les juges dans leur décision, cela ne signifie pas que son influence n'est pas persistante, ni qu'on ne la consulte plus. Prenons, par exemple, le traité *Les obligations* de mon collègue, le juge Baudouin, maintenant la responsabilité du professeur Pierre-Gabriel Jobin²⁸. Non seulement je l'ai étudié à la faculté, mais il demeure un ouvrage de référence que je consulte à l'occasion, avant ou après une audience, pour bien comprendre les principes en jeu. Même si je n'y réfère pas expressément dans mes motifs subséquents, il demeure un ouvrage utile à la décision.

Ensuite, il faut reconnaître qu'un code civil, aussi complet soit-il, ne couvre pas nécessairement toute la réalité juridique. L'univers du droit civil est plus étendu que l'espace codifié. La doctrine et la jurisprudence sont alors les véhicules d'affirmation des règles non codifiées. Le juge Beetz, dans l'arrêt *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, écrivait :

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.²⁹

Dans l'arrêt *Banque Nationale c. Soucisse et autres*³⁰, c'est dans un ouvrage publié en 1819 à Nantes par Louis-Léonard-Frédéric Lemerle³¹ que le juge Beetz trouve la confirmation de l'existence de la fin de non-recevoir en droit civil, après avoir écarté toute application du concept de *common law* de l'*estoppel*. Dans le fameux jugement *General Motors Products of Canada c. Kravitz*³², le juge Pratte

²⁷ Philippe Malaurie et Patrick Morvan, *Introduction générale*, Paris, Defrénois, 2003 à la p. 276.

²⁸ *Supra* note 16.

²⁹ [1977] 2 R.C.S. 67 à la p. 76, 10 N.R. 277.

³⁰ [1981] 2 R.C.S. 339, 43 N.R. 283.

³¹ L.L.-F. Lemerle, *Traité des fins de non recevoir*, Nantes, a.m.e., 1819.

³² [1979] 1 R.C.S. 790, 93 D.L.R. (3^e) 481.

renvoie à un article publié par Jean Lepargneur en 1924³³. Après avoir écrit que cet auteur fait encore autorité, il retient qu'en droit civil «un droit personnel qui constitue pour la chose transmise un avantage et qui se rapporte si étroitement à elle que sans elle son exercice n'est plus possible»³⁴ se transmet à l'acquéreur subséquent de la garantie offerte à l'acheteur initial du véhicule. Cette règle sera codifiée lors de la réforme du Code civil. De même, dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*³⁵, le juge Gonthier s'appuie sur le traité de droit civil de Jacques Ghestin³⁶ pour affirmer qu'il existe en droit civil un devoir d'information d'une partie à l'égard d'une autre en position de vulnérabilité.

Dans l'espace non codifié du droit civil, la doctrine joue donc un rôle important d'identification de règles que la jurisprudence rendra effectives en les incorporant dans le corpus d'application du droit. De même, la doctrine assiste le juge dans sa compréhension de l'espace codifié et l'aide à trancher les controverses juridiques, comme l'indiquent les citations et les notes infrapaginales. Il arrive même de voir les juges de la Cour suprême du Canada citer dans leurs motifs un article publié depuis le jugement de première instance ou l'arrêt de la Cour d'appel du Québec sur le point dont ils sont saisis. Dans l'arrêt *Laferrière c. Lawson*³⁷, qui traite de la perte de chance, le juge Gonthier passe en revue les divergences d'opinions de la doctrine française avant de choisir d'exclure sa compensation en droit civil québécois, s'écartant ainsi de la jurisprudence française. C'est aussi le cas en Cour d'appel du Québec. Ainsi, en 2005, dans une affaire complexe de cession de créances, de cession de droits litigieux et de convention d'honoraires à pourcentage, *Montgrain c. Banque Nationale du Canada*³⁸, je n'ai pu trancher le nœud gordien que grâce à un article fort bien fait et très éclairant de H. Patrick Glenn, publié dans les *Mélanges Jean Pineau*³⁹. Dans *Pelouse Agrostis Turf inc. c. Club de golf Balmoral*⁴⁰, mon collègue le juge Forget devait déterminer les dommages dus à l'entrepreneur à la suite de la résiliation d'un contrat d'entreprise. Ses motifs confirmèrent que la Cour avait pris connaissance des commentaires doctrinaux sur la question, dont ceux du professeur Daniel Jutras⁴¹. Dans *Cloutier c. Société Canada Trust*⁴², je conclus en l'absence d'un

³³ Jean Lepargneur, «De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis» (1924) 23 R.T.D. civ. 481.

³⁴ *Ibid.* aux pp. 484-85.

³⁵ [1992] 2 R.C.S. 554, 93 D.L.R. (4^e) 490.

³⁶ Jacques Ghestin, dir., *Traité de droit civil*, t. 2, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988.

³⁷ [1991] 1 R.C.S. 541, 78 D.L.R. (4^e) 609.

³⁸ 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009.

³⁹ H. Patrick Glenn, «L'écho double du champart : y a-t-il des traces en droit civil québécois ?», dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 713.

⁴⁰ [2003] R.J.Q. 3043, J.E. 2003-2078.

⁴¹ Daniel Jutras, «La résiliation unilatérale ou les joies de l'exégèse» (2002) 81 R. du B. can. 153.

⁴² 2008 QCCA 544, J.E. 2008-742.

contrat de rente à la lumière de l'analyse historique et juridique du contrat de rente en droit civil de Me Luc Plamondon⁴³.

Finalement, la doctrine demeure importante par sa capacité de critiquer l'état du droit actuel, notamment l'interprétation qui a été faite par les tribunaux des dispositions du nouveau Code civil ou d'une loi. La doctrine interpelle alors le législateur ou, à tout le moins, les légistes, ce qui peut provoquer à l'occasion chez eux le désir d'une intervention législative afin de corriger le tir. Prenons par exemple l'harmonisation du droit fédéral au droit civil québécois à la suite des articles et travaux de nombreux professeurs québécois, dont André Morel⁴⁴. Il faut cependant reconnaître que sur l'orientation des politiques, les groupes de pression sont plus efficaces que la doctrine.

Cette critique du droit retiendra aussi l'attention des praticiens et des tribunaux. Des revirements jurisprudentiels peuvent alors se produire. À titre d'illustration, il est intéressant de souligner l'arrêt tout récent de notre Cour *De Montigny, succession c. Brossard, succession*⁴⁵ où, se ralliant à la théorie soutenue par Daniel Gardner⁴⁶, Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin⁴⁷, la Cour rejette la règle énoncée par elle avant la réforme du Code civil en matière de réclamation pour frais funéraires.

En résumé, l'influence de la doctrine est non négligeable au Québec et s'est accrue de façon notoire depuis la professionnalisation de l'enseignement dans les facultés de droit.

VII. Les défis de la doctrine

Cela dit, qu'en est-il de l'avenir de la doctrine ? Il m'apparaît qu'il dépend de la réponse qui sera donnée aux défis suivants auxquels elle fait face actuellement.

Premier défi : la prolifération des outils électroniques de recherche qui, à ce jour, n'est pas aussi favorable à la diffusion de la doctrine qu'à la jurisprudence, ce qui rend moins facile l'accessibilité à la première et favorise l'utilisation de la deuxième. Cela tient au fait que les jugements sont désormais préparés sur des formats qui rendent facile leur versement dans les banques électroniques et qu'aucun droit d'auteur n'est reconnu aux juges qui les ont écrits. On peut désormais par Internet avoir accès, en quelques secondes et souvent sans frais, à tous les arrêts de la Cour suprême du Canada (la banque LEXUM), à toutes les décisions des tribunaux

⁴³ Luc Plamondon, «L'arrêt *Thibault* et le contrat de rente» (2007) 52 R.D. McGill 339.

⁴⁴ Voir notamment les écrits du professeur André Morel publiés dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Recueils d'études, Ottawa, Justice Canada, 1997.

⁴⁵ *De Montigny (Succession de) c. Brossard (Succession de)*, 2008 QCCA 1577, JE 2008-1736.

⁴⁶ Daniel Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux para. 465 et suivants.

⁴⁷ *Supra* note 16.

québécois (la banque Décisions du Québec de SOQUIJ) et même à tous les jugements du reste du Canada (les banques nationales de CanLII). La situation est différente avec la doctrine, mais je constate que cela est en voie de changer. Ainsi, depuis la fin de 2007, SOQUIJ diffuse, par le biais de sa Banque Doctrine, les textes intégraux des revues des facultés de droit québécoises et de l'Université d'Ottawa. Des fiches informatiques facilitant la recherche sont aussi disponibles pour les années antérieures. L'accès à cette banque n'est cependant pas gratuit. Quant aux traités et monographies, je note que le site REJB rend disponible à ses utilisateurs, essentiellement les membres du Barreau, le texte de certains ouvrages, dont *Les obligations*⁴⁸. La diffusion électronique entraînera-t-elle une perte des droits d'auteur et la disparition d'un incitatif à écrire un traité ? Les éditeurs électroniques et les usagers devront trouver des réponses satisfaisantes pour les auteurs.

Deuxième défi : la disparition possible des traités et monographies sous format livre. Alors que les grandes encyclopédies sous version papier disparaissent, remplacées par des encyclopédies en ligne⁴⁹, peut-on croire en l'avenir des traités de droit avec couverture rigide, surtout si une version est désormais accessible électroniquement ? Le salut de la doctrine passe-t-il par l'Internet ? Si oui, les auteurs sont-ils prêts pour ce virage ? On peut penser, par exemple, à la pression du marché pour une mise à jour presque quotidienne des traités et monographies. Par ailleurs, l'obstacle des frais d'impression et de distribution associés à un ouvrage écrit disparaissant, risque-t-on d'être témoins d'une explosion de la doctrine ? Comment s'assurer d'un filtrage permettant d'exclure ce qui n'aurait pas été publié au motif d'un contenu non suffisamment de qualité ? Y-a-t-il là un danger pour la crédibilité de la doctrine ?

Troisième défi : le désir du praticien de trouver, toujours plus vite, la solution au cas en litige, ce qui l'incite à rechercher ce que j'appellerais le «prêt-à-porter juridique», soit une décision qui s'appliquerait au cas dont il est saisi. La recherche d'une solution concrète au différend qui oppose les parties amène certains avocats à écarter la doctrine puisqu'elle donne rarement une réponse précise à leur cas. La mode actuelle n'est plus au questionnement et à la synthèse, mais à la confection, parfois désordonnée, de cahiers de sources contenant un maximum de décisions pouvant se rapprocher de notre affaire, sous un aspect ou un autre. Malheureusement, dans beaucoup de cas, cette masse jurisprudentielle ne permet pas de constater d'incohérences ou, à tout le moins, une palette de réponses. Malheureusement, dans beaucoup de cas, cette masse jurisprudentielle ne permet de constater qu'incohérences ou, il faut réaffirmer que la consultation de la doctrine fournirait aux avocats une méthode de raisonnement qui leur permettrait de concevoir une réponse dans le cas qui les occupe et d'écarter les décisions contraires à ce raisonnement.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Stéphane Baillargeon, «Encyclopédies en mutation : le salut passe-t-il par Internet ?» *Le Devoir [de Montréal]* (14 mai 2008) A1.

Un quatrième défi réside dans l'accélération des changements sociaux et la nécessité de modifications constantes aux normes légales qui en résulte. Ainsi, j'ai grandi à une période où l'autorité paternelle était absolue d'un point de vue juridique, la mère et les enfants y étant soumis. À l'adolescence, j'ai vu cette règle remplacée par l'égalité entre les époux dans la direction de la famille. Lorsque je suis devenu père à mon tour, les enfants avaient cessé d'être des objets de droit pour devenir des sujets de droit envers lesquels les parents avaient des obligations. L'encadrement juridique des rapports familiaux a aussi été radicalement transformé par l'accessibilité facile au divorce, l'abolition de l'obligation alimentaire des grands-parents envers leurs petits-enfants, la possibilité de mariage entre personnes de même sexe, l'adoption internationale, etc. Les règles juridiques connaissent régulièrement des modifications importantes reflétant une évolution rapide dans les mœurs et coutumes sociétales. Il n'en va pas autrement dans le droit des contrats où le concept de la bonne foi supplante de plus en plus celui de l'exécution stricte du pacte convenu. Les tribunaux ne peuvent donc demeurer longuement en marge de la mouvance sociétale. Les précédents sont écartés ou simplement oubliés, même si parfois la règle n'a pas changé. La Cour suprême du Canada ne cite désormais que très peu les arrêts prononcés par elle il y a plus de vingt ans, ne semblant pas trouver dans ses arrêts «anciens» des motifs qui justifieraient une nouvelle décision. La jurisprudence se régénère rapidement. En pareil contexte, les ouvrages de doctrine ont-ils encore une place, en particulier les traités ? À moins d'être mis à jours périodiquement comme certaines encyclopédies électroniques, ils deviennent rapidement obsolètes, car les principaux éléments d'analyse et de commentaires au moment de la rédaction, la loi et la jurisprudence alors existantes, disparaissent, emportés par des vagues successives de modifications ou de revirements jurisprudentiels.

Cinquième défi : le rôle de plus en plus restreint du Code civil dans les rapports sociaux. Le droit est de plus en plus éclaté, sectoriel, polymorphe. La spécialisation est à l'ordre du jour et le généraliste apparaît comme une espèce en voie de disparition. Certains se battent pour faire du droit du travail un droit autonome, détaché, du droit civil. D'autres font de même pour le droit fiscal, le droit social, le droit de la concurrence, le droit de l'environnement. La recherche d'une compréhension civiliste de l'ensemble des rapports sociaux est-elle encore pertinente ?

Sixième défi : la disparition d'une culture juridique. La spécialisation et le côté éphémère du droit positif semblent alors se conjuguer pour rendre sans intérêt le droit romain, le droit canon, les ouvrages anciens comme *Le droit civil canadien* de Pierre-Basile Mignault⁵⁰, le *Traité de droit civil du Québec* de Gérard Trudel, Léon Faribeault et autres⁵¹, et les grands traités de droit civil français. Pourtant, sans une culture juridique, on ne peut faire de la doctrine de qualité.

⁵⁰ Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, Montréal, Whiteford & Théoret, 1895–1916.

⁵¹ Gérard Trudel *et al.*, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942–57.

Septième et dernier défi : le nouveau rôle du droit et, par voie de conséquence, du juge. Dans une société où le droit met l'accent sur les droits et libertés de chacun et où les intérêts sociaux divergents sont de plus en plus nombreux, on constate un manque d'homogénéité quant aux attentes et objectifs de la collectivité. Incapable de rallier tout le monde derrière des règles précises de portée générale, le législateur se contente alors d'une norme flexible, permettant une gamme de solutions. En pareille situation, la décision judiciaire risque de devenir l'élaboration du compromis du jour, lequel peut découler plus d'une appréciation d'études sociologiques ou économiques que du raisonnement juridique. La doctrine juridique paraît alors moins utile comme autorité dans l'élaboration du jugement.

Conclusion

En conclusion, la doctrine au Québec s'est enrichie considérablement depuis quarante ans. Elle a joué une influence considérable dans l'élaboration du nouveau Code civil et elle a acquis le respect des tribunaux supérieurs. La doctrine québécoise, si elle n'est pas une véritable source de droit, demeure un centre d'influence sur l'élaboration et l'application du droit. L'avenir nous dira si la situation actuelle représente son apogée.
