

LA DOCTRINE, UNE OBLIGATION ?

Sébastien GRAMMOND

Volume 118, Number 2, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043453ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043453ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

GRAMMOND, S. (2016). LA DOCTRINE, UNE OBLIGATION ? *Revue du notariat*, 118(2), 311–327. <https://doi.org/10.7202/1043453ar>

LA DOCTRINE, UNE OBLIGATION ?

Sébastien GRAMMOND*

INTRODUCTION	313
1. L'objet de la doctrine	313
2. Le créancier de la doctrine	319
3. Le débiteur de la doctrine.	322
4. La cause de la doctrine	325
CONCLUSION	327

* Professeur titulaire à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Il y enseigne notamment le droit des obligations.

INTRODUCTION

Le thème du colloque célébrant le 40^e anniversaire du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, la responsabilité de la doctrine, invite à penser la doctrine en fonction des catégories du droit civil, notamment le concept d'obligation. Sans vouloir susciter de débat... doctrinal, on peut affirmer que s'il y a une responsabilité, il doit bien y avoir une obligation sous-jacente. Une obligation, on le sait, comporte un objet, une cause, un créancier et un débiteur (art. 1371 C.c.Q.). J'examinerai donc comment chacune de ces quatre composantes permet d'éclairer le concept même de doctrine et la responsabilité, notamment celle des universitaires, à son égard.

On me pardonnera l'aspect quelque peu facétieux et parfois provocateur du propos, qui paraît traiter à la légère de ce qui constitue, au fond, une question épistémologique fondamentale. Si le lecteur juge que j'échoue à offrir une contribution originale à l'avancement des connaissances, j'espère avoir au moins démontré que les concepts (doctrinaux ?) du droit civil peuvent être mis à profit pour stimuler la réflexion sur un sujet qui, pourrait-on croire, est plutôt éloigné de leur domaine d'application habituel.

1. L'objet de la doctrine

S'interroger sur l'objet de la doctrine nous conduit instinctivement à tenter d'en formuler une **définition**. L'entreprise peut paraître futile, puisque nous avons tous une idée intuitive de ce qu'est la doctrine. Le *Dictionnaire de droit privé* en donne une définition assez générale : « [e]nsemble des opinions exprimées dans les ouvrages destinés à exposer ou à interpréter le droit »¹. Le professeur Popovici va même plus loin, en affirmant que la doctrine est « tout écrit de juriste hormis les jugements »². Une telle définition paraît vaste, trop vaste peut-être. Elle recouvre une gamme d'ouvrages qui

1. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 113-114.

2. ADRIAN POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. xxxiii.

irait du *Code de procédure civile* annoté à un ouvrage comme *Quebec Civil Law*³. (J'ai même osé dire que les grands arrêts, c'est de la doctrine⁴ !)

Derrière ces définitions larges, se profile déjà la controverse. Les auteurs du *Dictionnaire* ont ajouté la remarque suivante :

Il existe différentes conceptions du rôle de la doctrine. Certains lui assignent une fonction de description du droit, alors que d'autres la voient comme susceptible de fournir la base d'une systématisation du droit, ou encore comme permettant la mise en adéquation du droit à une société donnée. D'autres encore voient la doctrine comme ayant une dimension plus spéculative, s'étendant jusqu'à des ambitions littéraires ou philosophiques.⁵

En réalité, définir, c'est exclure. On aura remarqué que les définitions citées plus haut excluent, dans un cas, les écrits des non-juristes et, dans l'autre, les ouvrages qui visent autre chose qu'« exposer ou interpréter le droit ». Définir la doctrine, c'est la distinguer de la non-doctrine.

Curieusement, cette distinction entre la doctrine et la non-doctrine a été entretenue tant par les partisans que par les adversaires de la doctrine. Selon les professeurs Jestaz et Jamin, le concept de doctrine aurait été façonné par les juristes français du début du XX^e siècle afin de défendre l'autonomie de leur discipline face aux sciences sociales⁶. Il s'est donc développé, tant en France qu'au Québec, un idéal de la doctrine en tant que discours fondé sur des catégories et des concepts exclusivement juridiques et qui a pour objet l'« état du droit », c'est-à-dire le contenu et la structure du système juridique tel qu'il existe « objectivement ». En ce sens, la doctrine adopte un « point de vue interne » au système juridique⁷. Elle produit un savoir immédiatement utilisable par les juristes et qui n'est pas corrompu par des concepts ou des méthodes qui seraient étrangers au droit.

3. John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

4. Sébastien GRAMMOND, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », dans Benoit MOORE (dir.), *Les grands arrêts*, coll. « Les grands classiques du droit civil », Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 3, à la p. 24.

5. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 1, p. 113-114.

6. Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

7. Voir, à ce sujet, Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », (2002) 50 *Droit et société* 103.

De l'autre côté de la clôture, le concept de doctrine est employé pour dévaloriser une production intellectuelle qui se limiterait à la « simple » description de l'état du droit et qui se bornerait à en vérifier la cohérence interne. De ce point de vue, la doctrine n'aurait pas su s'enrichir des concepts et des méthodes des sciences sociales, qui permettent de jeter un regard externe sur le droit et de comprendre comment celui-ci est lié à d'autres sphères de l'activité sociale. Depuis le rapport Arthurs⁸, les professeurs de droit sont de plus en plus fermement incités à délaisser la « simple » doctrine pour s'engager dans des projets interdisciplinaires qui seraient, dit-on, davantage valorisés au moment de la promotion et davantage susceptibles d'être subventionnés.

Peut-on tracer, sur ces bases, une frontière nette entre doctrine et non-doctrine ? Rien n'est moins certain. Il est difficile d'entreprendre une recherche adoptant un point de vue externe sur le droit sans définir minimalement la composante du système juridique qui fait l'objet de l'étude. Par exemple, dans un texte que j'ai écrit en collaboration avec une anthropologue au sujet des obstacles que le processus judiciaire pose à l'affirmation identitaire de certains groupes autochtones, il a bien fallu décrire sommairement la disposition constitutionnelle en cause et l'interprétation que la Cour suprême lui a donnée⁹. Les éditeurs de la revue ont placé cette description dans un encadré, sans doute pour que ce concentré de doctrine ne déborde pas sur le reste du texte, qui, manifestement, se veut non doctrinal. À l'inverse, un bon ouvrage de doctrine tiendra compte des savoirs issus d'autres disciplines, même si l'objectif demeure la présentation de l'état du droit¹⁰. Il n'y aurait donc pas, en réalité, de doctrine ou de non-doctrine pure. Tout au plus pourrait-on parler de degrés : par exemple, tel ouvrage est davantage doctrinal que tel autre¹¹. On comprend alors le malaise des tribunaux auxquels on

8. GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, *Le droit et le savoir. Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

9. Sébastien GRAMMOND, Isabelle LANTAGNE et Natacha GAGNÉ, « Aux marges de la classification officielle : les groupes autochtones sans statut devant les tribunaux canadiens », (2012) 81 *Droit et société* 321.

10. Par exemple, Louise LANGEVIN et Nathalie DES ROSIERS, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, consacrent près de 80 pages de leur ouvrage à un tour d'horizon des recherches dans des disciplines comme la psychologie, la criminologie, la psychiatrie et le travail social.

11. Ces controverses autour de la définition de la doctrine ont conduit Sylvio Normand à lui préférer l'expression « littérature du droit », qui, selon lui, serait plus (à suivre...)

demande parfois d'admettre en preuve une expertise produite par un juriste. S'agit-il de doctrine, voire d'une plaidoirie déguisée, ce qui entraînerait son rejet par le tribunal¹² ? Ou est-ce plutôt de la non-doctrine, dès lors admissible en preuve¹³ ? La ligne n'est pas facile à tracer¹⁴.

S'il est difficile de délimiter le territoire de la doctrine, peut-on procéder d'une autre manière, en décrivant l'idéal qu'elle poursuit ? Cet idéal, c'est l'**ambition doctrinale**. L'auteur de doctrine n'est pas un simple perroquet. Comme si le droit brut était un matériau informe, l'auteur cherche à faire apparaître la cohérence du système, à dégager des principes généraux et des logiques sous-jacentes et à proposer des concepts explicatifs. Brierley et Macdonald disaient de la doctrine :

It has a puzzle-solving or explicative function. It also provides a critical perspective on judicial decisions, legislative provisions, and customary practices. It elaborates the logical and ideological infrastructure of the law, making foundational concepts manifest. And it examines the evolution of legal rules, and explores their projection into new circumstances.¹⁵

Cette clarification conceptuelle serait même une mission spécifique de la doctrine, tout particulièrement dans les pays de droit civil. Le rôle de la doctrine serait de jeter un éclairage sur le droit en tant que construction intellectuelle normative et de proposer des concepts abstraits qui permettent de le systématiser¹⁶. Ce rôle

(...suite)

englobante : Sylvio NORMAND, « La littérature du droit comme élément structurant », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *La doctrine et le développement du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 1.

12. *Fournier c. Lamonde*, 2004 CanLII 17901 (QC C.A.) ; *Québec (P.G.) c. IMTT-Québec inc.*, 2016 QCCS 849 ; voir aussi *Brine c. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.*, 2016 CSC 9.

13. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374 (preuve de la pratique notariale) ; *Droit de la famille – 102866*, [2010] R.J.Q. 2259 (C.A.), par. 39-44 (preuve de faits législatifs relatifs au mariage et à l'union de fait) ; en statuant sur l'appel, la Cour suprême a parlé de ces expertises, mais n'a pas abordé la question de leur admissibilité : *Québec (P.G.) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61 ; *Buffalo c. Canada*, [2001] 2 C.N.L.R. 353 (C.F., 1^{re} inst.) (preuve de nature historique).

14. J'ai moi-même agi à titre d'expert dans une affaire de droit des autochtones et le juge a tranché la poire en deux, jugeant inadmissible une partie seulement de mon rapport : *Daniels c. Canada*, 2013 CF 6, par. 170-174.

15. J.E.C. BRIERLEY (dir.), préc., note 3, p. 127.

16. Anne-Françoise DEBRUCHE, « La tradition romaniste : une espèce menacée ? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait », (2015) 56-1 C. de D. 3.

prééminent exigerait des tribunaux – fussent-ils suprêmes – qu'ils s'inclinent devant l'autorité de la doctrine en matière de conceptualisation du droit. Renonçant à donner un énoncé définitif des conditions de l'action en enrichissement injustifié, le juge Beetz – qui avait auparavant été professeur – avait ainsi déclaré : « c'est plutôt à la doctrine qu'il appartient de clarifier systématiquement ces difficultés »¹⁷.

C'est la faiblesse ou l'absence de cette ambition qui expliquerait qu'un code annoté (comme ceux de la collection « Alter Ego ») n'est pas véritablement considéré comme de la doctrine¹⁸. Il s'agit plutôt d'une compilation ou d'un outil de référence fort utile au praticien, mais qui ne propose aucune systématisation, aucune analyse des concepts de base et aucun esprit critique. Un ouvrage qui, dans un texte suivi, ne ferait que résumer le contenu des règles du code et de la jurisprudence qui les a interprétées, se distinguerait peu du code annoté et n'aurait qu'une faible ambition doctrinale.

À l'exact opposé se trouverait le livre de Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique*¹⁹, qui, au-delà d'une simple description du droit, cherche à élaborer une nouvelle notion de base, absente du texte du Code de l'époque²⁰, mais qui permettait pourtant d'expliquer et de synthétiser les décisions rendues par les tribunaux. Cet ouvrage a eu une influence profonde sur notre façon de penser le droit des obligations. Il a d'ailleurs influé sur la rédaction du *Code civil du Québec*, qui, sans proposer de définition canonique de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat, utilise fréquemment ces concepts ou leurs avatars²¹.

Pourtant, cette ambition de la doctrine juridique n'est pas si spécifique que l'on pourrait croire. La sociologie, pour ne citer que cet exemple, poursuit des ambitions explicatives semblables. Il y a donc un autre facteur distinctif. C'est que la doctrine est considérée, explicitement ou implicitement, comme une **source du droit**. Elle

17. *Cie immobilière Viger ltée c. Lauréat Giguère inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 77.

18. Pierre J. DALPHOND, « La doctrine a-t-elle un avenir au Québec ? », (2008) 53 R.D. McGill 517, 520-521.

19. Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989.

20. *Code civil du Bas Canada ; Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41.

21. Voir, par exemple, les articles 2037, 2038, 2100 et 2289 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

participe à la construction de son objet²², ce qui la distingue en général du discours des sciences sociales. Contrairement à de telles sciences, la doctrine est normative, soit simplement en offrant une systématisation qui fait implicitement apparaître ce qui est déviant, soit en proposant directement des changements ou des inflexions ou en critiquant ouvertement la législation ou les décisions des tribunaux. L'auteur qui affirme qu'il ne fait que constater l'état du droit ne peut être comparé au chimiste qui décrit l'état d'un mélange. En cette matière, décrire, c'est prescrire. Décrire l'état du droit, c'est non seulement communiquer le résultat d'une observation, c'est aussi affirmer que les praticiens devraient appliquer les règles que l'on décrit. À preuve, contrairement au sociologue, l'auteur de doctrine souhaite être cité par les tribunaux²³ !

Est-ce que la participation à cette construction condamne la doctrine à s'encarcaner servilement dans le moule d'un droit dont elle devrait obligatoirement refléter l'« état », tel un ouvrier qui doit suivre le plan établi par quelqu'un d'autre ? Ceux qui refusent de se plier à une telle exigence doivent-ils être repoussés dans le domaine de la « non-doctrine » ? Je ne le crois pas. Le caractère éclaté de la doctrine actuelle n'est que le reflet d'un droit qui s'éloigne graduellement de la vision positiviste d'un ensemble de règles déterminées ou déterminables (pour reprendre les termes de l'article 1373 C.c.Q.). Par exemple, en droit constitutionnel, la Cour suprême fonde de plus en plus ses décisions sur une analyse de la structure globale des institutions politiques canadiennes et des principes et valeurs politiques qui les sous-tendent²⁴. La présence de ce genre de raisonnement dans les décisions judiciaires invite les auteurs de doctrine à envisager un éventail plus large de sources et à s'intéresser aux perspectives issues d'autres disciplines, puisque la Cour suprême

22. Comme le disaient Brierley et Macdonald, la doctrine « is actually constitutive of the law it purports to display » : J.E.C. BRIERLEY (dir.), préc., note 3, p. 127 ; voir aussi S. NORMAND, « La littérature du droit comme élément structurant », dans Y. GENDREAU (dir.), préc., note 11, p. 1 ; J. CHEVALLIER, préc., note 7.

23. Il existe même des études quantitatives sur ce type de citations : Peter McCORMICK, « The Judges and the Journals: Citation of Periodical Literature by the Supreme Court of Canada, 1985-2004 », (2004) 83 R. du B. can. 633 ; Peter McCORMICK, « Do Judges Read Books, Too? Academic Citations by the Lamer Court, 1991-96 », (1998) 9-2 S.C. Law Rev. 463 ; Vaughan BLACK et Nicholas RICHTER, « Did She Mention My Name?: Citation of Academic Authority by the Supreme Court of Canada, 1985-1990 », (1993) 16 Dalhousie L.J. 377.

24. Voir notamment les deux récents avis consultatifs portant sur la formule de modification de la Constitution : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433 ; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

elle-même s'y intéresse²⁵. De la même manière, dans la récente décision de la Cour d'appel concernant la maternité de substitution, le juge Morissette affirme que le droit positif doit « sans cesse s'ajuster en tablant sur les transformations de la société et les avancées du savoir scientifique »²⁶. Pour assurer cet ajustement, il cite abondamment la doctrine qui s'est penchée sur la question et qui puise à la source des autres disciplines. Le droit des autochtones offre sans doute le plus bel exemple de l'ouverture de la doctrine aux savoirs « extrinsèques ». Ainsi, le professeur Jean-Paul Lacasse, dans son ouvrage *Les Innus et le territoire*, propose une analyse du droit innu et confronte ensuite celui-ci au droit canadien²⁷. Au nom de quel principe devrait-on nier le caractère de doctrine à ce livre²⁸ ?

Ainsi, si l'on admet que le droit n'est pas imperméable à l'histoire, à la politique ou à la morale, on ne doit pas se surprendre que la doctrine montre aujourd'hui le droit comme l'aboutissement d'une histoire, comme le produit de forces sociales et politiques ou comme le résultat d'une réflexion morale.

2. Le créancier de la doctrine

Pour qui fait-on de la doctrine ? À quelles fins utilise-t-on la doctrine ? Ce sont des questions importantes, notamment lorsqu'on envisage l'obligation ou la responsabilité de la doctrine. Peut-être par effet de solidarité, on ressent une obligation plus grande envers ceux que l'on reconnaît comme étant nos semblables.

Ainsi, une certaine vision négative de la doctrine est fondée sur l'idée que celle-ci serait avant tout destinée aux praticiens du droit, juges, avocats, notaires et autres officiers publics, qui en seraient en quelque sorte les créanciers privilégiés. Ce sont eux qui utilisent les sources de droit, doctrine y comprise, et qui les appliquent à des cas concrets. C'est particulièrement vrai de ce qu'on pourrait appeler la doctrine « pratique » ou « prête-à-porter »²⁹, comme les codes

25. C'est ce que j'ai modestement tenté de faire dans Sébastien GRAMMOND, « Compact is Back: The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation », (2016) 53 *Osgoode Hall L.J.* 799.

26. *Adoption* – 1445, 2014 QCCA 1162, par. 70.

27. Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004.

28. D'autant plus qu'il a déjà été cité par un tribunal : *Première Nation de Betsiamites c. Canada (P.G.)*, [2005] R.J.Q. 1745, par. 124 (C.S.).

29. L'expression est de P.J. DALPHOND, préc., note 18, 527.

annotés, les manuels du praticien ou le JurisClasseur, qui semblent répondre au désir de cette clientèle d'obtenir des réponses immédiatement applicables aux cas concrets dont elle est saisie. Pour le professeur de droit, l'intensité de l'obligation de faire ce type de doctrine serait inversement proportionnelle à la distance entre le créancier de la doctrine et le monde universitaire. C'est un peu comme si les milieux de pratique détenaient une hypothèque sur la doctrine, qui ferait de celle-ci un actif peu attrayant pour les universitaires.

Mais c'est là une vision étriquée des usages de la doctrine. Celle-ci a d'autres créanciers. Ainsi, la doctrine soutient également l'enseignement du droit et, il faut bien l'admettre, les étudiants constituent un marché captif de choix pour la doctrine. De nombreux ouvrages de doctrine sont d'ailleurs issus d'un enseignement ou ont été conçus pour soutenir l'enseignement. C'est d'ailleurs le cas de plusieurs « grands traités » qui, périodiquement mis à jour, sont utiles tant aux étudiants qu'aux praticiens. C'est, pour nous les professeurs, une occasion de transmettre des principes généraux, des concepts de base et d'autres éléments du système juridique qui, comme le rappelait le juge Beetz dans l'extrait cité plus haut, découlent de la doctrine plutôt que des sources primaires³⁰.

En fait, une doctrine de qualité répond simultanément aux attentes des diverses composantes de l'auditoire juridique. Elle s'adresse à toutes les dimensions du juriste ou à toutes les espèces de juriste, non seulement celui qui monnaye le fruit de sa pensée, mais aussi celui qui étudie, celui qui juge ou qui décide, celui qui réforme, celui qui réfléchit. J'entends ici la doctrine dans son sens collectif, car il est évident qu'un auteur à lui seul ne peut pas toujours répondre à une commande aussi exigeante. L'obligation de la doctrine possède des modalités complexes.

La doctrine s'adresse-t-elle seulement aux juristes ? Est-ce que toutes les communications destinées aux non-juristes, que l'on appelle parfois « information juridique », constituent de la non-doctrine ? Je ne le crois pas. Les ouvrages de vulgarisation, les sites Internet grand public³¹, les blogues³², les lettres ouvertes,

30. *Cie immobilière Viger ltée c. Lauréat Giguère inc.*, préc., note 17.

31. Je pense notamment à Éducaloi : [en ligne], <www.educaloi.qc.ca> (28 septembre 2016).

32. Voir, par exemple, Paul DALY, « Administrative Law Matters », [en ligne], <www.administrativelawmatters.com> (21 juin 2016), et Léonid SIROTA, « Double Aspect », [en ligne], <doubleaspectblog.wordpress.com> (21 juin 2016).

Wikipedia, les ouvrages ou les cours dits « de service » pour les autres disciplines, les ouvrages visant un auditoire multidisciplinaire, sont aussi de la doctrine, même s'ils sont souvent considérés comme un art mineur, indigne de l'attention et des efforts des professeurs de droit. En effet, de tels types de communication portent sur l'« état du droit ». Les objectifs d'explication, de faire apparaître les logiques sous-jacentes, les grands principes, les évolutions, sont tout autant pertinents pour les non-juristes. Évidemment, la rédaction de tels ouvrages doit éviter un langage trop hermétique ou les raccourcis qui supposent chez le lecteur une maîtrise préalable des concepts juridiques. Il peut être nécessaire de fournir davantage d'explications au sujet de certaines notions de base³³. Il appartient aux auteurs de doctrine de saisir les attentes de chaque auditoire et de ne pas pécher par excès de positivisme envers des auditoires qui seraient prêts à en entendre beaucoup plus.

À l'inverse, il arrive parfois que la doctrine semble se parler à elle-même, lorsque l'abstraction et la spéculation la détachent des préoccupations de quelque auditoire potentiel que ce soit. Doit-on s'inquiéter de cette confusion apparente entre créancier et débiteur, qui conduirait à l'extinction de l'obligation et de la responsabilité ? Ce sont pourtant de telles explorations qui, à long terme, assurent la vitalité et le renouvellement de la doctrine. Certaines d'entre elles mèneront à des voies sans issue, mais d'autres ouvriront la voie à des avancées importantes³⁴. Il est impossible de les départager à l'avance.

En somme, la doctrine n'est pas utilisée seulement de manière lucrative par les cabinets d'avocat. Elle est plutôt un bien public. Les économistes affirment qu'un bien est public lorsque la consommation de celui-ci par une personne ne nuit pas à la consommation par une autre personne et lorsqu'il est impossible d'empêcher une personne de le consommer. L'usage de la doctrine par les milieux de pratique n'empêche pas d'autres auditoires d'en profiter. De plus, dans la grande majorité des cas, une fois un ouvrage de doctrine publié, il est impossible d'en restreindre la diffusion. Lorsqu'un bien est public, il s'ensuit généralement que le secteur privé ne devrait

33. L'ouvrage de J.-P. LACASSE, préc., note 27, fournit un exemple réussi de livre qui s'adresse autant à des juristes qu'à des non-juristes.

34. Au moment de prononcer la conférence qui sous-tend le présent texte, on apprenait que des scientifiques avaient réussi à observer le phénomène des ondes gravitationnelles, cent ans après qu'Einstein en eut prédit l'existence.

pas en assurer la production. Cela soulève donc la question du débiteur de la doctrine.

3. Le débiteur de la doctrine

À qui incombe l'obligation d'écrire de la doctrine ? Qui en est responsable ? Qui en est le débiteur ? Formulées ainsi, ces questions évoquent l'image de l'auteur solitaire qui s'isole dans son bureau faiblement éclairé pour coucher sur papier (ou sur un autre support...) le fruit de ses réflexions. Cependant, ces questions ont une dimension plus prosaïque : qui doit financer la doctrine ? Ainsi, le regretté Rod Macdonald m'avait un jour posé la question : les facultés de droit doivent-elles consacrer leurs ressources à produire de la doctrine ? L'écriture de la doctrine ne procède pas toujours d'une intention libérale. Au contraire, elle est souvent une activité rémunérée qui s'inscrit dans un contexte institutionnel. Au-delà des illusions, elle est à titre onéreux.

La question se pose en raison du rôle particulier des professeurs de droit dans l'écriture de la doctrine. Contrairement à la plupart des praticiens, les professeurs possèdent des compétences particulières en matière d'enseignement, ce qui suppose le développement d'habiletés de communication et de vulgarisation, et en matière de recherche, c'est-à-dire de production de nouvelles connaissances. Ces compétences permettent aux professeurs de produire une doctrine de haute qualité. De plus, les professeurs jouissent d'un degré élevé d'indépendance, ce qui permet d'assurer que leur production n'est pas systématiquement orientée en fonction des intérêts de ceux qui les paient.

Or, les professeurs d'université sont rémunérés principalement par des fonds publics. Leur activité devrait donc servir l'intérêt public et non des intérêts particuliers. L'intérêt public, à cet égard, est généralement associé au développement par les universitaires d'un savoir critique ou de connaissances fondamentales. La possibilité que les ressources consacrées à cette mission – qu'il s'agisse de ressources financières ou de la crédibilité découlant de l'indépendance – soient détournées en faveur d'intérêts privés éveille les soupçons, surtout lorsqu'une odeur de profit flotte autour de l'opération. Les controverses entourant la recherche pharmaceutique illustrent bien ce potentiel de conflit d'intérêts. Dans la mesure où la doctrine est écrite de manière à répondre aux besoins de la pratique privée, ne donnerait-elle pas lieu à un tel détournement ?

L'obligation des professeurs de droit à son égard serait-elle alors nulle, puisque contraire à l'ordre public ?

La réponse à de telles questions appelle certaines nuances et dépend entre autres de ce que l'on considère comme de la doctrine et de la non-doctrine. Il est évident que certains ouvrages juridiques sont principalement, voire exclusivement destinés à un auditoire professionnel. On pense évidemment aux codes annotés, aux ouvrages pratiques en matière de procédure ou de preuve civile³⁵, mais aussi à des textes portant sur des sujets qui sont peu susceptibles d'intéresser d'autres lecteurs que les praticiens de ces domaines, comme les droits sur les mutations immobilières³⁶ ou les appels d'offres des organismes publics³⁷. De manière générale, on peut affirmer que si les créanciers de ce genre de doctrine sont privés, son débiteur devrait lui aussi être privé, c'est-à-dire que les professeurs d'université ne devraient normalement pas consacrer leur temps de travail à l'écriture de tels ouvrages. De plus, il est fort possible que les praticiens soient mieux placés que les universitaires pour réaliser cette tâche, que ce soit en raison de leur connaissance intime des réalités en cause ou de leur capacité à colliger l'information nécessaire.

À l'opposé, et comme nous l'avons vu plus haut, certains ouvrages de doctrine s'adressent à un auditoire beaucoup plus large que les seuls praticiens privés. Les grands traités sont utilisés par les praticiens, il est vrai, mais aussi par les étudiants de premier cycle et des cycles supérieurs, les professeurs, les juges et autres décideurs, les fonctionnaires, etc., et pas nécessairement pour faire un profit. Dans cette mesure, il est difficile d'exclure la doctrine de la mission universitaire.

Quoi qu'il en soit, l'utilisation de la doctrine par les milieux de pratique privée ne rend pas *ipso facto* illégitime l'engagement des professeurs de droit envers celle-ci. L'amélioration de la pratique du droit par la doctrine peut profiter à l'ensemble de la communauté juridique. Je n'en donnerai qu'un exemple : l'ouvrage bien connu de

35. Par exemple, Denis FERLAND et Benoît ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., 2 vol., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015 ; Donald BÉCHARD, *Manuel de l'objection*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009.

36. Marie-Pier CAJOLET et Caroline MARION, *Les droits sur les mutations immobilières*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

37. André LANGLOIS, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005.

Pierre-André Côté³⁸ a eu une influence salubre sur la pratique des avocats et le discours des juges, en donnant aux praticiens une plus grande conscience de la nature de l'exercice interprétatif auquel ils se livrent quotidiennement et en favorisant une plus grande rigueur dans l'argumentation. Par ailleurs, même dans les cas où la doctrine est utilisée par des praticiens privés, elle peut soutenir la défense des droits de personnes vulnérables, par exemple en droit du travail ou en droit de la famille, et contribue à sa façon à l'un des volets de la mission universitaire, le service à la communauté.

En réalité, la controverse entourant le rôle des universitaires dans la production de la doctrine est liée à la distinction – et à l'établissement d'une hiérarchie implicite – entre les missions d'enseignement et de recherche : celle-ci viserait la production de nouvelles connaissances, alors que l'enseignement ne viserait « que » la transmission de connaissances existantes. L'opposition ou la complémentarité entre la recherche et l'enseignement soulèvent des débats sans fin dans le monde universitaire. Il est possible que dans une discipline comme le droit, la distinction entre les deux ne soit pas toujours aussi nette qu'on voudrait le croire. Certains traités, surtout ceux qui sont utilisés à des fins d'enseignement, pourraient être qualifiés davantage d'outil pédagogique que de projet de recherche, puisque le but premier de leur auteur n'est pas la production de connaissances, mais plutôt la synthèse et la présentation de connaissances existantes. Considérée sous cet angle, la doctrine n'en est pas moins au cœur de la mission universitaire.

Bref, même si elle peut parfois être « recueillie et mise en récipient » (art. 913 C.c.Q.) à des fins lucratives, la doctrine demeure un bien public qui n'est « pas susceptible d'appropriation », ce qui justifie le rôle des professeurs de droit dans sa production.

Or, si la doctrine est un bien public, quel est le rôle des bailleurs de fonds de la recherche à son égard ? En sont-ils des débiteurs solidaires ? À l'intérieur des limites imposées par ses documents constitutifs, chaque organisme subventionnaire est évidemment libre de définir ses priorités et de privilégier certains types de production, telle la Fondation du Barreau du Québec qui subventionne les ouvrages « utiles, voire essentiels, aux professionnels du

38. Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.

droit »³⁹. La situation est quelque peu différente à l'égard des universités ou des agences subventionnaires de la recherche. Celles-ci devraient normalement accepter l'importance de la diversité de la recherche. L'initiative individuelle et le non-conformisme font partie de l'ADN universitaire. Bien que la situation de la recherche au sein des facultés de droit il y a trente ans ait pu justifier la promotion active de la recherche interdisciplinaire et de la recherche de terrain, l'évolution depuis cette époque justifie, à mon avis, que l'on voie d'un œil plus favorable des projets qui visent à proposer de nouvelles synthèses des connaissances existantes, de nouvelles façons de conceptualiser l'« état du droit ». Si de tels projets constituent de la doctrine selon la définition la plus étroite du terme, ils ont aussi le potentiel de produire de nouvelles connaissances et de répondre à la définition classique de la recherche. Peut-être est-il nécessaire de créer une catégorie spéciale afin de tenir compte de la particularité disciplinaire. À titre d'exemple, le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada vient de lancer un concours pour des subventions de « synthèse des connaissances » au sujet des peuples autochtones⁴⁰. Étendre ce genre de subvention au domaine du droit permettrait de reconnaître la place de la doctrine dans l'édifice du savoir.

4. La cause de la doctrine

S'interroger sur la cause de la doctrine, c'est chercher l'explication ultime de la responsabilité à son égard. Peut-être cette réflexion permettra-t-elle de comprendre pourquoi les professeurs de droit résistent toujours aux sirènes des sciences sociales et continuent en nombre important à se consacrer à différents types de production doctrinale.

On peut évidemment envisager des causes subjectives, des causes psychologiques... la doctrine ferait-elle partie de la nature profonde du juriste ? Demeurons cependant sur le terrain plus stable de la cause objective et envisageons la question sur le plan institutionnel. La cause de la doctrine réside sans doute en grande

39. FONDATION DU BARREAU DU QUÉBEC, « Le progrès par la recherche, c'est l'affaire de tous », [en ligne], <www.fondationdubarreau.qc.ca> (27 juin 2016).

40. CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES, « Subventions de synthèse des connaissances », [en ligne], <www.sshrc-crsh.gc.ca/funding-financement/programs-programmes/ksg_aboriginal_peoples-ssc_peuples_autochtones-fra.aspx> (27 juin 2016).

partie dans son caractère de bien public, que j'ai évoqué plus haut. La doctrine est un bien public parce que, comme d'autres types de connaissances, elle est utilisée par une grande variété d'acteurs sociaux. De plus, et c'est ce qui en fait la spécificité, la doctrine possède une force normative, puisqu'elle est considérée comme une source secondaire du droit.

Or, on ne peut laisser aux forces du marché la production des biens publics. En fait, la doctrine est une conversation au sujet des règles qui nous gouvernent, des règles qui sont à la fois source de stabilité et source de justice. S'engager dans la conversation et assurer la diversité des points de vue exprimés ne peut qu'être profitable à la société. À cet égard, les professeurs de droit seraient les fiduciaires du savoir doctrinal, c'est-à-dire que, par le fait de l'acceptation de leur charge (art. 1260 C.c.Q.), ils s'obligent « à conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation » (art. 1306 C.c.Q.).

Au Québec, ce rôle de fiduciaire prend une dimension particulière. Dans la mesure où la tradition de droit civil serait l'un des trois éléments majeurs (avec la langue et la culture) qui définissent la « société distincte »⁴¹, les professeurs de droit se retrouvent chargés du lourd fardeau d'assurer la pérennité de la spécificité québécoise. Le concept même de doctrine et le phénomène qu'il représente sont d'ailleurs typiques des systèmes de droit civil, alors que dans les ressorts de common law, le juge occupe une position dominante. Néanmoins, cette mission (si vous l'acceptez...) ne met pas à l'écart l'esprit critique et la diversité des points de vue. La vitalité d'une tradition juridique peut difficilement s'accommoder de la pensée unique et de l'absence de débats.

En fait, la protection de la tradition civiliste n'est que l'une des missions que la doctrine peut accepter. Il y en a bien d'autres. La doctrine peut chercher à rendre le droit plus juste. Elle peut tenter d'adapter le droit aux nouvelles réalités sociales, par exemple en matière de technologies de l'information. La promotion de l'efficacité économique est une autre mission envisageable, notamment en droit des affaires. Enfin, comme c'est souvent le cas du travail des

41. HISTORICA CANADA, « Accord de Charlottetown : document », [en ligne], <www.encyclopediecanadienne.ca/fr/article/accord-de-charlottetown-document> (4 juillet 2016), texte juridique ajoutant l'article 2(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

universitaires, la doctrine peut se donner pour mission de développer une meilleure connaissance de son objet.

Lorsque la doctrine épouse une cause, il ne s'ensuit pas qu'elle cesse d'être objective. Évidemment, l'auteur de doctrine doit faire preuve d'honnêteté et respecter les données que sont les sources primaires, loi et jurisprudence, mais on ne saurait évacuer la part d'interprétation et de critique qui préside à l'écriture de la doctrine. Ce serait appauvrir la doctrine que d'exiger qu'elle soit sans cause. L'important est qu'elle ne se laisse pas « mettre en récipient » et qu'elle préserve son indépendance.

CONCLUSION

Les bons ouvrages de doctrine ne comportent pas de conclusion. Néanmoins, on me permettra de rappeler au lecteur une idée maîtresse du présent texte : l'impossibilité de catégoriser la production intellectuelle d'une manière rigide. Il s'ensuit que classer les écrits juridiques dans les catégories « doctrine » et « non-doctrine » est une entreprise stérile, surtout lorsque l'objectif est d'accoler une étiquette à autrui afin de mieux s'en distancer. C'est d'autant plus vrai que, comme je l'ai mentionné plus haut, la diversité de la doctrine reflète le dépassement des conceptions positivistes du droit et la diversité du champ juridique lui-même. Il est bien préférable, à mon avis, d'admettre qu'il y a une ambition doctrinale dans le cœur de chaque juriste, qui s'exprime de diverses manières et qui peut prendre une part plus ou moins grande dans sa production intellectuelle. C'est ainsi que les professeurs de droit offriront à la communauté juridique et à la société en général une doctrine qui sera un véritable bien public.