

# « Inflation jurisprudentielle et inflation normative: quelle règle? Pour quelle inflation? »

**Mathieu Devinat<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Professeur titulaire, Université de Sherbrooke. Le présent texte constitue une version remaniée et enrichie de la conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le 23 février 2016. Il en a emprunté le style et le ton. Je tiens à remercier la professeure Alexandra Popovici pour ses commentaires pertinents à l'égard d'une version antérieure de ce texte.

Apparu au cours des années 1970 et toujours d'actualité, le débat sur l'inflation normative a surtout orienté son attention vers l'accumulation des normes législatives et réglementaires<sup>2</sup>. Curieusement, la polémique sur l'inflation des normes n'a pas focalisé son attention sur la jurisprudence, ce qui explique qu'elle a largement échappé aux critiques parfois sévères dont la législation a fait l'objet. La question qu'on nous propose d'aborder consiste à envisager si les constats formulés à l'endroit de la multiplication des lois sont transposables à l'égard de la jurisprudence. En d'autres termes, pouvons-nous — à l'égard des décisions judiciaires — prétendre que leur accumulation est susceptible d'engendrer une inflation de règles qui aurait, par une espèce d'effet domino, un impact sur l'effectivité ou la lisibilité du droit, voire même sur l'accès à la justice, comme cela semble être le cas pour les lois ?

Dans le contexte d'une réflexion générale sur l'inflation normative, il pourrait être en effet tentant de présenter l'accumulation de décisions jurisprudentielles comme une contribution directe à la multiplication des règles dans un système juridique. À la manière des lois qui s'empilent pour former un mille-feuille législatif peu digeste et compréhensible, les décisions judiciaires — et plus particulièrement celles des plus hautes juridictions — contribueraient au trop-plein de normes qui caractérisent et accablent les systèmes juridiques contemporains<sup>3</sup>. Envisagé sous cet angle, notre propos aurait pu reproduire celui retenu par la professeure

---

<sup>2</sup> Jean Carbonnier avait décrit, avec son talent habituel, la raison d'être de ce recours systématique aux lois à titre de « remède » aux différents maux sociaux : « À peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède; et la loi [et non pas le juge] est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage pour un gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique. » (Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 276).

<sup>3</sup> H. Patrick GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 261, 264, l'auteur présente, en la dénonçant, la croissance de règles particulières (« enormous mass of particular rules ») comme un phénomène qui est directement rattaché à l'émergence d'une conception nationale et étatique du droit dans les sociétés occidentales.

Mistrale Goudreau sur l'inflation législative<sup>4</sup>, en quantifiant le nombre de décisions des plus hautes juridictions, pour en déduire une accumulation de normes et ensuite aborder les difficultés liées à leur rédaction et à la question de leur lisibilité. Mais ce serait un raisonnement qui reposerait sur une préconception de la jurisprudence fondée sur une analogie avec la législation, *comme si* chaque décision était porteuse de norme nouvelle. En présentant nos réflexions sur la question, nous avons préféré prendre le contre-pied de ce rapprochement entre l'inflation normative produite par les lois et celle prétendument entraînée par la jurisprudence. Et pour l'aborder, il nous est apparu utile d'en présenter deux facettes distinctes, mais liées, à savoir, dans un premier temps : qu'est-ce qu'on entend par la « règle jurisprudentielle » qui serait à la source d'une inflation normative ? Et, dans un second temps, en quoi l'accumulation de telles règles contribuerait-elle ou non à l'inflation normative dénoncée par certains auteurs ?

### **I : Quelle règle ?**

Les appellations utilisées pour désigner l'apport normatif des décisions judiciaires sont nombreuses, et elles varient d'un système juridique à l'autre. En common law, on les désigne comme des « common law rules », des « principes », la « ratio decidendi » d'une décision ou comme des « rules in *Rylands v. Fletcher* »<sup>5</sup>, tandis qu'en droit civil, on évoquera tantôt la « jurisprudence », l'« arrêt de principe », la « règle jurisprudentielle » ou simplement le « précédent » pour décrire l'apport normatif d'un arrêt ou

---

<sup>4</sup> Mistrale GOUDREAU, « Inflation législative et droit d'auteur au Canada, dans le présent », dans le présent numéro spécial.

<sup>5</sup> Sur ces différentes appellations, voir : Brian SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans William Twining (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 8, à la page 9 : « What may be called general theoretical propositions of the common law, which are the stuff of legal argument and justification, take a variety of forms. Sometimes they are said to state *doctrines* of the common law (the doctrine of offer and acceptance), sometimes *principles* or *general principles* (the principle of *volenti non fit injuria*), sometimes *rules* (the rule in *Rylands v. Fletcher*), sometimes *definitions* (the definition of conversion), and this is by no means an exclusive list of diversity which is recognized more generously in the language of lawyers than in the writing of legal philosophers ».

d'une série de décisions. Dans tous les cas, l'effet produit serait sensiblement le même : le juriste aurait l'obligation d'en tenir compte dans la description du droit et de s'y soumettre, au même titre que la loi. Cette parenté entre les deux sources de droit leur donne un air de famille qui semble autoriser leur rapprochement. Pourtant, ces deux sources de « règles » obéissent à des logiques qui les distinguent, autant sur le plan de leur fondement, que sur celui de leur forme.

Sur le plan de leur fondement : avant d'envisager une quelconque inflation normative d'origine jurisprudentielle, il faut déjà adhérer à une certaine conception du rôle de la jurisprudence, et probablement aussi à une conception de son statut, à titre de source de droit. Que l'on soit dans un contexte de common law ou de droit civil, il est vrai que les décisions judiciaires exercent une influence sur le comportement des juristes. Étant créée et appliquée par des juges, la jurisprudence oriente inévitablement la mise en œuvre du droit ; en cela, elle a une fonction « normative »<sup>6</sup>. En retour, et que l'on raisonne à partir de l'un ou l'autre des systèmes juridiques présents, force est d'admettre qu'aucune norme législative ou constitutionnelle n'encadre le pouvoir d'émettre des normes par les juridictions judiciaires. Formellement, elles ont le pouvoir, inhérent pour certaines cours<sup>7</sup>, de trancher les litiges, mais aucune d'entre elles n'a reçu une compétence déléguée d'élaborer des règles de droit à portée générale et abstraite. Parce que les juges exercent une « autorité » et non un « pouvoir », la normativité de la jurisprudence s'inscrit essentiellement dans un rapport entre ceux qui créent la norme jurisprudentielle et ceux qui y obéissent. Dans ce type de rapport, les seconds, ceux qui obéissent,

---

<sup>6</sup> La notion de « fonction normative » retenue ici correspond à celle décrite par Paul Amselek, qui décrit les normes comme des « outils mentaux », des « contenus de pensée auxquels est impartie la vocation instrumentale de donner la mesure du possible, d'indiquer la marge ou degré de possibilité de l'avoir lieu de certaines choses en fonction de certaines circonstances » (Paul AMSELEK, « Les fonctions normatives ou catégories modales », dans *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 53). Comme nous pourrions le voir plus loin, la jurisprudence est rarement à la source de règles indépendantes ou autonomes, dans la mesure où elle impose une certaine lecture ou compréhension des autres règles (constitutionnelles, légales, réglementaires ou jurisprudentielles), un peu comme le font les définitions légales.

<sup>7</sup> Art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867.

jouent un rôle déterminant, car « [c']est [...] dans l'âme de ceux qui obéissent que réside la condition nécessaire et le foyer central de l'autorité, que ce soit celle du chef, ou d'un objet ou d'une idée. »<sup>8</sup>

L'impact normatif de la jurisprudence repose sur son autorité, donc sur un phénomène psychologique qui s'appuie sur une tradition, une manière de faire, ou une pratique<sup>9</sup>. Pour cette raison, son influence varie souvent d'un juriste à l'autre, d'une époque à l'autre, d'une communauté à l'autre. La multiplication de décisions n'entraîne donc pas automatiquement une accumulation de « règles » comme c'est le cas pour les lois édictées dans les différents ordres juridiques. C'est avec d'infinies nuances que le rapprochement peut être fait avec l'inflation normative causée par les lois, et c'est d'autant plus vrai lorsqu'on envisage les règles jurisprudentielles à partir de leur manière « d'exister », en tant que norme.

En effet, les règles jurisprudentielles sont différentes des règles légales en raison de leur forme. On peut difficilement parler, dans l'abstrait, de « règles jurisprudentielles », de « common law rules », de « jurisprudence » comme s'il s'agissait d'*atomes* normatifs aux contours bien définis, bien au contraire. Elles se distinguent de leurs homologues légales sur trois plans qui seront abordés tour à tour : 1) leur caractère obligatoire est soit limité, soit complètement nié ; 2) leur support d'expression est indéterminé et flou, et peut-être inexistant ; 3) leur mode de création est controversé.

---

<sup>8</sup> Maurice MARSAL, *L'autorité*, Coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., p. 13.

<sup>9</sup> Qui se rapproche du concept de règle secondaire tel que décrit dans *The Concept of Law*, de H.L.A. Hart : « For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is *shown* in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons and their advisers. » (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 98).

## ***Le caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle***

À la différence des lois, qui deviennent exécutoires dès leur entrée en vigueur<sup>10</sup>, les règles jurisprudentielles ne font pas l'objet d'un mode officiel ou reconnu de mise en œuvre. Pour cette raison, les discours doctrinal et jurisprudentiel prennent rarement la peine d'expliquer ou de décrire à quel moment une règle jurisprudentielle deviendrait « obligatoire » et en vertu de quel principe elle devrait être considérée comme telle. En droit civil, cette lacune s'explique probablement par une théorie des sources qui exclut la jurisprudence de ce panthéon dans lequel trônent la législation, la Constitution et, pour certains, les coutumes<sup>11</sup>. La question de savoir si les précédents judiciaires de la Cour d'appel ou de la Cour suprême du Canada sont obligatoires auprès des juges de première instance fait l'objet d'un flou artistique auprès de la communauté juridique. Alors que tous admettent que les décisions judiciaires jouent un rôle concret dans le raisonnement juridique, certains juristes prétendent qu'elle ne peut être considérée comme obligatoire en raison de la méthodologie applicable dans la tradition de droit civil, tandis que d'autres s'appuient sur certains passages dans les motifs des décisions judiciaires pour en affirmer la portée contraignante, mais *en pratique* seulement<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Sur cette question, voir : Richard TREMBLAY, *L'entrée en vigueur des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1997; Pierre-André COTE, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *L'interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009, aux pages 108 et suiv.

<sup>11</sup> Il faut admettre que la « théorie des sources du droit » est surtout alimentée par la doctrine française. Au Québec, elle ne semble pas avoir obtenu la faveur de la communauté juridique, du moins dans sa version profondément légicentriste française. Sur cette question, voir : John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, aux pages 112 et suiv. Voir cependant : Pierre AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966) XLIV *Revue du Barreau Canadien* 417, dans lequel l'auteur raisonne à partir du principe suivant lequel le droit québécois, en tant que système de « droit civil », aurait la législation comme « source fondamentale » et unique de droit.

<sup>12</sup> Pour une description de ces deux manières de concevoir le rôle de la jurisprudence en droit civil québécois, voir : Mathieu DEVINAT, « La jurisprudence en droit civil : la mise en intrigue d'une controverse », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté / Essays in honour of Pierre-André Côté*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, p. 283.

On peut observer une même ambivalence au sujet du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle en common law. Les directives liées au *stare decisis* entraînent en effet une « obligation » de suivre les précédents. Mais celle-ci s'articule de manière différente si l'on envisage leur portée sur le plan horizontal, selon laquelle une cour devrait suivre un précédent d'une cour de même hiérarchie, et sur le plan vertical, qui oblige les tribunaux inférieurs à suivre les décisions des cours qui lui sont hiérarchiquement supérieures. À l'échelle de l'histoire de la common law, qui s'étend sur plusieurs siècles, la dimension horizontale ou temporelle du *stare decisis* a été considérée comme étant absolument « obligatoire » pendant une courte période de temps seulement, de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup> jusque vers les années 1960, sous l'impulsion de la Chambres des Lords, précisément parce que les tribunaux se sont donnés la capacité d'effectuer des revirements<sup>14</sup>.

Aujourd'hui, seul le volet vertical peut être considéré comme attribuant une portée « absolument » obligatoire des précédents en common law. Mais encore, le caractère obligatoire d'une loi ne peut se comparer avec celle d'une décision : le juge de common law dispose de plusieurs techniques qui l'autorisent à restreindre la portée d'un précédent provenant d'une cour d'appel ou de la Cour suprême. Que ce soit par le

---

<sup>13</sup> Le caractère obligatoire des précédents pour les tribunaux de même hiérarchie a été affirmé dans les décisions suivantes : *London Tramways v. London County Council*, [1898] A.C. 375 et *Stuart c. Bank of Montreal*, [1909] 41 S.C.R. 516.

<sup>14</sup> *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234. En droit canadien, l'affirmation de la possibilité de s'écarter d'une décision antérieure a plutôt été formulée dans les motifs de jugements de la Cour suprême du Canada, voir : *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, j. Cartwright, p. 601.

biais de la technique des distinctions (« distinguishing »)<sup>15</sup> ou de la caractérisation d'un principe comme étant un *obiter dictum* (non obligatoire) plutôt qu'une *ratio decidendi* (obligatoire), le juge peut légitimement limiter la portée d'un arrêt antérieur, même s'il provient d'une juridiction judiciaire de hiérarchie supérieure<sup>16</sup>.

Bien entendu, un juge ne pourrait écarter un tel précédent sur la base d'un simple désaccord sur son bien-fondé. Outre le refus de suivre une décision rendue *per incuriam*<sup>17</sup>, qui a rarement été appliquée, le juge « doit » en principe suivre un précédent, même lorsque ce dernier a fait l'objet de critiques. Dans l'affaire *Craig*<sup>18</sup>, par exemple, la CSC a reproché à la Cour canadienne de l'impôt sa décision de suivre une décision de la

<sup>15</sup> En matière constitutionnelle, la technique des distinctions a été récemment légitimée par la CSC dans une décision étonnante, l'arrêt *Carter c. Canada (P.G.)*, 2015 CSC 5 (ci-après « Carter »). Voir en particulier le par. 44 : « La doctrine selon laquelle les tribunaux d'instance inférieure doivent suivre les décisions des juridictions supérieures est un principe fondamental de notre système juridique. Elle confère une certitude tout en permettant l'évolution ordonnée et progressive du droit. Cependant, le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne » (Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72 (CanLII), [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42). » (Nos soulèvements). Sans remettre en question le caractère obligatoire du volet hiérarchique du *stare decisis*, l'arrêt *Carter* met un formidable outil entre les mains des plaideurs qui disposaient déjà de la technique du *distinguishing* pour écarter les précédents en raison d'une différence fondée sur les faits du litige, et qui peuvent dorénavant remettre en question des précédents « vieilliss » ou anciens, celui qui était contesté dans l'affaire étant l'affaire *Sue Rodriguez*, qui avait un peu plus de 20 ans... seulement.

<sup>16</sup> Il est vrai que ces méthodes sont parfois décriées au motif qu'elles agissent à titre de « subterfuges » pour éviter d'appliquer une décision avec laquelle les juges sont en désaccord, voir : Wolfgang Friedmann, « *Stare decisis* at Common Law and under the Civil code of Quebec », (1953) 31 *R. du B. can.* 723, 748 : « worse than the self-inflicted disability of the highest court to correct itself is the devious effect of forcing the highest as well as the lower courts into subterfuges. The many qualifications of *stare decisis* which have been outlined in this paper provide some scope for judicial law reform. But the uncertainties as well as the inevitable hypocrisies of this method of evading rather than departing from precedent scarcely increase the respect for law ».

<sup>17</sup> Exception applicable lorsque la décision antérieure a été rendue « par inadvertance », c'est-à-dire sans tenir compte d'un précédent applicable. Même si cette exception a été reconnue (*R. c. Georges*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 278), elle est rarement évoquée par les juges.

<sup>18</sup> *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43 (ci-après « Craig »).



Cour d'appel fédérale, l'arrêt *Gunn*<sup>19</sup> rendu en 2009, alors que celle-ci était elle-même contraire à une décision antérieure de la Cour suprême du Canada, l'arrêt *Moldowan*<sup>20</sup>, rendu en 1977. Il est vrai qu'au cours des trente ans qui ont suivi l'arrêt *Moldowan*, ce dernier a fait l'objet de critiques de la part de la magistrature, du milieu doctrinal et de la profession juridique. En 2006, dans l'affaire *Gunn*, la Cour d'appel fédérale avait finalement remis en question une partie de la décision au motif que la règle jurisprudentielle formulée par le juge Dickson à l'époque ne cadrerait plus avec la méthode « moderne » d'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* énoncée par la Cour suprême en 1999 en matière fiscale<sup>21</sup>. Compte tenu des critiques formulées à l'endroit de l'arrêt *Moldowan* et de l'évolution des techniques d'interprétation adoptées par la Cour suprême du Canada, est-ce que la Cour canadienne de l'impôt pouvait s'autoriser à suivre la décision de la Cour d'appel fédérale et en plus se sentir liée par le précédent de la Cour suprême ? La réponse de la Cour, dans ce cas, a été limpide : « Il ne fait aucun doute que l'interprétation du par. 13(1) faite par le juge Dickson dans *Moldowan* est un précédent ayant force obligatoire pour la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. »<sup>22</sup> Dans ce cas, malgré le désaccord de la Cour d'appel et (on peut le présumer) de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard du raisonnement du juge Dickson dans *Moldowan*, « la cour d'appel en l'espèce se devait d'exposer dans ses motifs ce qu'elle considérait problématique dans *Moldowan*, comme elle l'avait fait dans *Gunn*, au lieu de l'écarter. »<sup>23</sup>

L'affirmation du caractère obligatoire de certaines décisions judiciaires ne doit pas, en retour, laisser l'impression que le juriste est « enfermé » dans une formulation arrêtée du droit. À la différence de la loi, pour laquelle «

---

<sup>19</sup> 2009 CCI 617 (CanLII).

<sup>20</sup> *Moldowan c. La Reine*, 1977 CanLII 5 (CSC), [1978] 1 R.C.S. 480.

<sup>21</sup> Voir *Craig*, aux par. 11 et suiv.

<sup>22</sup> *Craig*, au par. 19.

<sup>23</sup> *Craig*, au par. 21

la force obligatoire [...] n'appartient qu'à [sa] formule »<sup>24</sup>, le support d'expression de la règle jurisprudentielle est rarement établi sous une forme écrite définie. En cela, l'expression des règles jurisprudentielles est souvent indéterminée et incertaine, certains diraient même qu'elle n'existe pas, ce qui affaiblit d'autant tout rapprochement avec la règle légale.

### ***L'expression de la règle jurisprudentielle***

Un élément qui caractérise la règle jurisprudentielle se trouve dans son expression qui est rarement formulée sous une forme arrêtée. Parce que cette règle ne bénéficie pas d'un support d'expression déterminé, le juge doit toujours extraire par lui-même le principe énoncé dans une décision antérieure, pour ensuite livrer sa propre version de l'état du droit. Et cette activité n'est pas sans avoir des répercussions sur l'évolution de la règle, car la nouvelle rédaction de celle-ci s'insère dans une décision qui sera considérée par les juges qui auront à traiter de la même question, elle est donc susceptible de diriger son évolution.

En effet, la CSC peut retenir des formulations précises pour décrire le droit, comme elle la fait dans l'arrêt *Carter*<sup>25</sup>, cela n'empêche pas que cette formulation sera suivie d'un processus de réception ou d'interprétation de la décision qui va probablement donner lieu à une reformulation de ce qui sera considéré comme étant « la » règle applicable. Et ce ne sera probablement qu'à la suite de plusieurs reformulations que l'on pourra

---

<sup>24</sup> François GÉNY, *Méthodes et sources en droit privé positif*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1954, p. 218.

<sup>25</sup> Voir le par. 44 de la décision *Carter* reproduit à la note 15. Il est vrai que l'on trouve un style de rédaction dans les motifs de la Cour suprême du Canada, entre autres, qui consiste à formuler des propositions de droit sous une forme analogue à un texte de loi. À titre d'exemple, dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 634 et s., la juge McLachlin a exposé quelles seront les nouvelles règles de recevabilité et d'utilisation de preuves reliées au comportement sexuel du plaignant en matière de viol sous une forme qui reproduit le style des textes de loi.

voir émerger une formule plus ou moins fixe qui résumera ce qui a été dit. En d'autres termes, la norme créée par le juge ne bénéficie pas d'une formulation définitive : elle « apparaît » et « évolue » à la suite d'un processus de sélection d'information effectuée par les juristes. Pour cette raison peut-être, la common law est souvent décrite comme une source « non écrite » du droit, ce qui est curieux compte tenu du fait qu'elle provient de décisions judiciaires qui sont rédigées et publiées. André Morel décrit de manière très juste la dimension « non écrite » de la common law en ces termes :

[L]a Common law est un droit non écrit, un droit d'origine entièrement judiciaire et qui est en état de création continue par l'action des tribunaux qui disent le droit en même temps qu'ils l'interprètent et qu'ils l'appliquent. Les règles de la Common law ne sont donc jamais exprimées en des formulations arrêtées à la manière d'un texte législatif. Disséminées dans des milliers de décisions judiciaires, on ne peut concevoir de les codifier, car ce serait en changer non seulement la forme, mais la nature même<sup>26</sup>.

Est-ce que l'on pourrait dire la même chose en droit civil ? Est-ce que l'on pourrait affirmer, par exemple, que les principes reconnus par la jurisprudence au Québec — que ce soit ceux de la bonne foi, de l'abus de droit ou des troubles de voisinage — bénéficiaient d'une formulation arrêtée avant d'avoir été codifiés ? Je ne le crois pas. Il est révélateur que même un principe aujourd'hui considéré comme fondamental comme celui de l'abus de droit ait fait l'objet, aussi récemment qu'en 1990, de longues hésitations avant qu'il soit reconnu comme faisant partie du système juridique<sup>27</sup>. Là où les juges ont dû consacrer plusieurs affirmations pour en affirmer l'existence, un seul trait de plume du législateur aurait suffi<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> André MOREL, « La langue d'acculturation juridique au Québec depuis 1970 », (1990) 24 *R.J.T.* 99, 100.

<sup>27</sup> *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, 1990 CanLII 58 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 122.

<sup>28</sup> Voir les art. 6 et 7 du *Code civil du Québec*.

Dans ce contexte, l'accumulation de décisions sert à « polir » la formulation d'une règle en émergence et non à en multiplier le nombre ou à contribuer à leur inflation. Ce qui m'amène à la 3<sup>e</sup> caractéristique des règles jurisprudentielles qui est liée à leur mode de création et à leur portée, questions qui sont franchement controversées.

### ***Le mode de création de la règle jurisprudentielle***

Parfois, les questions les plus simples posées à l'égard des lois deviennent presque insolubles pour les règles jurisprudentielles. Par exemple, à quel moment naît une règle jurisprudentielle en droit civil ou en common law ? Pour une règle législative, on a qu'à identifier la date de son entrée en vigueur, de sa sanction ou de sa prise d'effet, mais pour une règle jurisprudentielle, il n'existe aucun repère reconnu. Parce qu'il n'existe aucun mode officiel « d'adoption » ou « d'édiction » de la règle jurisprudentielle, le juriste ne peut que spéculer lorsqu'il est confronté aux questions suivantes, pourtant fondamentales : qui a compétence pour émettre ou abroger ce type de règle ? Quel est l'effet dans le temps d'une règle jurisprudentielle ou de common law ? Une règle nouvelle peut-elle faire revivre les situations juridiques éteintes par prescription ? Peut-elle — au contraire — être strictement prospective ? Le droit exprimé par les juges peut-il être considéré comme de droit nouveau ou au contraire, doit-il être présumé avoir toujours existé ? L'absence de réponses fournies par le droit positif explique que le juriste doit puiser dans les nombreuses théories du droit qui lui offriront des vues souvent

divergentes sur le rôle du juge et de son apport normatif en droit<sup>29</sup>. De toute évidence, la règle jurisprudentielle obéit à une logique différente de celle que l'on connaît pour son homologue légale, ce qui nous permet de montrer, dans une seconde partie, en quoi l'inflation jurisprudentielle n'entraîne pas nécessairement une inflation de norme.

## **II - Quelle inflation ?**

Même si on admet que la jurisprudence puisse avoir un « caractère » normatif, son impact sur le droit reste très variable. En réalité, l'on doit distinguer parmi l'ensemble des décisions rendues par les différentes juridictions judiciaires celles qui disposent d'une charge normative, de celles qui n'en ont pas. En effet, la vaste majorité des décisions judiciaires, qui forme ce que l'on peut catégoriser comme étant le *contentieux*<sup>30</sup>, n'intéresse pas les juristes, tout simplement parce qu'elles n'ont aucune valeur particulière, sauf pour les parties bien entendu.

---

<sup>29</sup> Il est révélateur que la CSC a fait appel à la théorie déclaratoire de Blackstone dans la décision Canada (Procureur général) c. Hislop, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10, pour en souligner la portée explicative limitée, aux par. 85-86 : « La théorie déclaratoire de Blackstone n'a pas échappé à la critique jusqu'à ce jour. Auteurs et tribunaux ont fait valoir que l'ordre judiciaire remplit une fonction législative légitime. Les juges ne font pas que dire le droit; ils l'élaborent également. Selon ses critiques, la théorie de Blackstone ne représente qu'une fiction, car les juges créent le droit, en particulier dans les ressorts de common law. Voir, p. ex., lord Reid, « The Judge as Law Maker » (1972-1973), 12 J.S.P.T.L. 22, et il faut se garder de faire un principe absolu de cette fiction. Cela dit, ce constat n'exige pas l'abandon total de la théorie déclaratoire de Blackstone. Les critiques dont elle fait l'objet visent seulement le cas où le tribunal établit de nouveaux principes ou règles de droit, et non celui où il applique le droit existant. Lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle juridique existante à un nouvel ensemble de faits, la théorie déclaratoire de Blackstone demeure valable et la réparation est nécessairement rétroactive. ».

<sup>30</sup> Sur la distinction entre le contentieux et la « jurisprudence », voir : Philippe JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.1989.chr.149* ; Pascal ANCEL, « Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la « doctrine » pour la recherche juridique empirique », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 1.

Reste alors les décisions de la CSC, celles qui proviennent des juridictions d'appel et certaines, plus rares, de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec qui « font jurisprudence ». Pour cette petite minorité de décisions, se pose la question de leur contribution au phénomène de l'inflation normative. Est-ce que l'on peut dire, à leur égard, que leur multiplication entraîne nécessairement une croissance dans la quantité de normes ? Il me semble que non.

L'impact des décisions ayant une valeur normative est probablement à l'opposé de l'inflation provoquée par des lois, car celles-ci contribuent, le plus souvent, à la clarification et à la simplification du droit. Pour prendre un exemple récent, avant que la décision *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*<sup>31</sup> n'ait été rendue, on pouvait prétendre qu'il existait plusieurs lectures de l'article 976 du *Code civil du Québec* : pour faire court, il y en avait une qui admettait l'existence d'un régime de responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage et une autre qui le niait<sup>32</sup>. Sans vouloir nier la valeur de la seconde interprétation, on peut considérer que la décision de la CSC a permis de clarifier, peut-être une fois pour toutes dans l'esprit de certains<sup>33</sup>, la portée qu'il convenait d'attribuer à cet article du Code civil. Dans ce cas, il serait déformant, il me semble, de caractériser cette règle jurisprudentielle comme établissant une « nouvelle » règle. Au contraire, on pourrait conclure qu'elle a contribué à un phénomène inverse, celui de la déflation des normes que l'on pouvait dégager du texte du Code civil. À tout le moins, elle montre que l'action de la jurisprudence sur le droit n'est pas toujours d'en augmenter la complexité, mais qu'elle permet aussi d'en simplifier le contenu ou de le stabiliser, notamment sur des points controversés. Cet

---

<sup>31</sup> [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64.

<sup>32</sup> Les deux « écoles » sont présentées dans la décision *Gourdeau c. Letellier De St-Just*, 2002 CanLII 41118 (QC CA), aux par. 36 et suiv.

<sup>33</sup> Sur la question de savoir si la jurisprudence peut mettre fin aux controverses, et sur le rôle de la doctrine dans cette caractérisation, voir : Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Thèse de doctorat, Aix-en-Provence, 1999, aux pages 330 et suiv.

impact de la jurisprudence s'explique en grande partie parce que les règles jurisprudentielles « font corps » avec les normes qu'elles appliquent, en confirmant ou en infirmant une interprétation donnée.

Il existe tout de même une certaine catégorie de décisions qui produit un phénomène inverse : les arrêts de revirement<sup>34</sup>, qui remplacent une règle par une autre, ou les décisions qui introduisent une exception là où l'on croyait être en présence d'un principe général<sup>35</sup>. En droit des biens, par exemple, sur une question posée relativement à la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*<sup>36</sup>, la Cour d'appel du Québec a quelque peu ébranlé l'édifice conceptuel de l'emphytéose<sup>37</sup> et contredit ce qui s'avérait être une espèce de lieu commun doctrinal, à savoir que parmi les prérogatives transmises à l'emphytéote<sup>38</sup>, se trouve le droit d'accession (art. 948 C.c.Q.) qui le rend propriétaire superficiaire des constructions bâties pendant la durée de l'emphytéose. En ne reconnaissant pas à ce dernier le statut de propriétaire de ces immeubles, mais seulement d'emphytéote, l'interprétation de la CAQ entre en contradiction avec ce qui a été enseigné bon an mal an dans plusieurs facultés de droit depuis l'adoption du *Code civil du Québec*<sup>39</sup>. Dans ces cas, relativement rares, l'arrêt de la CSC ou de la Cour d'appel provoque une remise en question dans le domaine concerné, il soulève une interrogation sur ses ramifications éventuelles, il obscurcit parfois profondément tout un secteur du droit, mais on ne peut pas dire qu'il provoque une « inflation »

---

<sup>34</sup> Par exemple, la décision *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, qui a établi l'inconstitutionnalité de la distinction entre les personnes qui forment une union conjugale avec une personne de sexe différent et avec une personne du même sexe, renversant la décision *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513.

<sup>35</sup> La décision *Carter* pourrait faire partie de cette catégorie de décisions.

<sup>36</sup> Chapitre D-15.1, Lois codifiées du Québec.

<sup>37</sup> 4053532 *Canada inc. c. Ville de Longueuil*, 2013 QCCA 1428. Pour mémoire, l'objet principal d'une emphytéose est d'attribuer à l'emphytéote tous les avantages que l'on peut tirer d'un immeuble, pendant un certain temps, à charge pour lui d'y faire des constructions ouvrages ou plantations qui en augmentent la valeur de façon durable (art. 1195 C.c.Q.).

<sup>38</sup> Que le législateur a décrit comme étant « tous les droits attachés à la qualité de propriétaire » (art. 1200 C.c.Q.).

<sup>39</sup> Voir les textes de doctrine cités dans 4053532 *Canada inc. c. Ville de Longueuil*, 2013 QCCA 1428, aux par. 43 et suiv.

de normes nouvelles : si inflation il y a, ce serait plutôt sur le plan des questions qu'il soulève!

### **Conclusion**

Même si la multiplication des décisions judiciaires n'engendre pas directement une inflation des normes, le phénomène présente tout de même un intérêt dans le cadre d'une réflexion sur l'inflation normative. En effet, il se peut que cette accumulation de décisions judiciaires soit le reflet d'une multiplication des lois. Il s'agirait alors d'un effet second de l'inflation législative, et non la cause d'une inflation normative. En retour, pour comprendre ou mesurer l'impact de l'inflation jurisprudentielle, il serait déformant selon nous d'assimiler cette croissance à celle provoquée par les lois. Et pour reprendre le titre de la série de conférences : si en matière de législation, on peut dire que les normes sont énormes, en matière de jurisprudence, l'analogie avec la loi devrait plutôt rimer avec prudence.