

Les Cahiers de droit



Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 317 p., ISBN-2-89127-053-3.

Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 264 p., ISBN 2-89127-052-5.

Maurice Tancelin

Volume 28, Number 2, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042820ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042820ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Tancelin, M. (1987). Review of [Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 317 p., ISBN-2-89127-053-3. / Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 264 p., ISBN 2-89127-052-5.] *Les Cahiers de droit*, 28(2), 462–464.
<https://doi.org/10.7202/042820ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1987

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

de conduite injuste. Dans cette perspective, écrit-il, « la fonction principale des règles de juste conduite est ainsi de dire à chacun ce sur quoi il peut compter, quels objets matériels ou services il peut utiliser pour ses projets, et quel est le champ d'action qui lui est ouvert » (p. 44). Ces règles opèrent donc, non pas en « assignant directement certaines choses à des personnes désignées, mais en rendant possible de déduire, à partir de faits vérifiables, que telles et telles choses appartiennent à telle personne » (p. 44-45). À partir d'une telle vision des choses, on comprendra plus facilement qu'il en arrive par la suite à affirmer que la justice sociale n'est pas du ressort du droit et que toute tentative d'en faire un objectif légitime de cette discipline est condamnée à l'échec.

Le problème, considère Hayek, c'est que l'imagination publique a été conquise par cette notion de justice sociale, créant ainsi une incitation chez les gouvernants à poursuivre ce qui à ses yeux n'est qu'un fantôme dangereux susceptible de conduire au totalitarisme. La citation suivante résume clairement l'essentiel de sa pensée sur le sujet : « Parce que les peuples ont cru qu'ils pourraient ainsi réaliser quelque chose appelé "justice sociale", ils ont remis aux mains de leurs gouvernements des pouvoirs que les dirigeants ne peuvent maintenant refuser d'employer, pour satisfaire les revendications d'une foule toujours accrue d'intérêts particuliers qui ont appris à se servir du "sésame ouvre-toi !" de la justice sociale » (p. 81). On retrouve là évidemment une des affirmations majeures de la pensée néo-libérale.

Pour contrer une telle tendance et donner véritablement à chacun une chance égale, il faut revenir à l'ordre du marché. Malheureusement, la démonstration d'Hayek sur ce point n'est pas aussi explicite qu'on pourrait le souhaiter, et surtout ne répond pas de façon satisfaisante à certaines critiques sérieuses. On peut facilement objecter par exemple que le libéralisme tel que l'entend Hayek contribue lui-même à assurer le triomphe de certains intérêts particuliers. Conscient du problème, ce dernier consacre de fait une bonne partie

du reste de son volume à faire ressortir la nature réelle de l'ordre du marché.

Ultimement, Hayek en arrive à la conclusion qu'une bonne société en est une où les chances de tout membre pris au hasard sont vraisemblablement aussi grandes que possible, le rôle du droit étant d'ouvrir des chances et non de déterminer des résultats particuliers. Mais encore là, l'impression demeure qu'en limitant ainsi le rôle du droit, on ne fait qu'ouvrir la porte à des abus. Entre le libéralisme de Locke et l'absolutisme de Hobbes, un moyen terme n'est-il pas possible ? Le plus curieux est qu'à certains égards, la philosophie juridique néo-libérale de Hayek se rapproche étrangement de la philosophie juridique néo-marxiste de Roberto Unger, maître à penser du « *Critical Legal Studies Movement* », l'un et l'autre tendant à restreindre le rôle du droit issu de l'État. Mais n'a-t-on pas déjà dit que les extrêmes se touchent ?

Ivan BERNIER
Université Laval

LÉO DUCHARME, **Précis de la preuve**, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 317 p., ISBN-2-89127-053-3.

LÉO DUCHARME, **L'administration de la preuve**, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 264 p., ISBN 2-89127-052-5.

L'étude des règles de preuve sous le titre de « droit judiciaire » tend à faire oublier que la preuve est d'abord un problème de fond, c'est-à-dire de droit substantif, avant d'être un problème procédural. Dans la troisième édition de son *Précis de la preuve*, Léo Ducharme continue à dire : « Il y a deux sortes de règles de preuve : les règles de fond et les règles de procédure » (p. 2). C'est aux premières qu'est consacré ce précis. C'est aux secondes que l'auteur consacre un second volume intitulé *L'administration de la preuve*. Dans ce second volume l'auteur dit de façon plus exacte : « Dans la conception civiliste du droit de la preuve, on

distingue deux sortes de règles de preuve : les règles de fond et la règle d'administration » (p. 1, n° 1 ; c'est nous qui soulignons).

Les règles de fond sont celles qui conditionnent la reconnaissance judiciaire du droit : ce sont « les règles relatives à l'objet et à la charge de la preuve, à la nature, à la force probante et à la recevabilité des procédés de preuve »... « Par opposition aux règles de fond, les règles d'administration régissent la mise en œuvre, dans une action en justice, des différents procédés de preuve ».

La troisième édition du *Précis de la preuve* ne comporte pas de modifications majeures par rapport à l'édition précédente de 1982. Outre les mises à jour ponctuelles que l'on trouve habituellement dans une réédition, celle-ci comporte quelques développements nouveaux qui méritent d'être soulignés.

En matière d'aveu (p. 129, 130) l'auteur ajoute un développement sur la forme de l'aveu extrajudiciaire. La preuve au moyen du polygraphe a été jugée irrecevable. Il est heureux qu'il en soit ainsi car c'est de façon nettement abusive au point de vue scientifique que cette machine à enregistrer les réactions physiologiques des sujets auxquels on l'applique, a été dénommée et est connue vulgairement, au sens premier du terme, sous le nom de « détecteur de mensonge ». C'est entre guillemets qu'on aurait préféré que cet appareil médical fasse son entrée dans la littérature juridique car il est clair que l'appellation reçue est purement fantaisiste. C'est par un reste de mentalité magique remontant aux temps des ordales qu'on a pu songer à utiliser cette machine en matière de preuve. On sait à quel point les témoignages d'experts sont sujets à caution même quand il s'agit d'une simple analyse chimique. Ainsi en matière de détection de drogue dans les urines d'un athlète, codéine et morphine sont faciles à confondre parce qu'appartenant à la même classe. De l'analyse bio-chimique et physiologique à l'activité mentale et au jugement moral il y a encore quelques étapes à

franchir par les chercheurs, contrairement à ce que laisse croire la conception orwellienne accréditée par cette appellation aberrante du polygraphe, appareil par ailleurs fort utile en médecine. On aurait aimé que l'auteur dépasse la simple approbation du rejet de la preuve par polygraphe et en condamne plus énergiquement l'idée même, au nom des principes du droit comme activité à prétention scientifique.

Il y a si l'on peut dire un précédent à cette attitude regrettable, puisque l'on trouve une mention de cet appareil par son appellation reçue, sous la plume du juge Pigeon dans l'arrêt *Chartier c. Procureur général du Québec* (1979) 2 R.C.S. 475, page 497. À une époque où les tentatives de formalisation du droit sur la base de la logique binaire, vrai-faux, tendent à se faire une place sous forme de machines à faire des choses qu'on croyait réservées à l'homme, il faut dénoncer ces intrusions rampantes de l'univers de « 1984 » et remettre ces machines à leur place, celle de mécanismes sans esprit. Car il y a du totalitarisme au bout de la route si l'on n'y prend pas garde : cela n'est pas, autrement dit, une simple question de sémantique. Au-delà du vrai et du faux, il y a l'absurde, comme le démontre la soi-disant machine à détecter le mensonge.

C'est dans la troisième partie, essentielle, « La recevabilité des procédés de preuve » que l'on trouve les modifications les plus importantes de la nouvelle édition de ce *Précis de la preuve*. Outre le commentaire de l'article 457 C.P.C. tel que modifié par la *Loi portant réforme de la procédure en matière matrimoniale* (p. 145 et 146) l'auteur apporte des changements marqués à sa présentation de la matière du commencement de preuve par écrit, pour tenir compte de l'évolution considérable de la notion (p. 162 à 174). Il distingue quatre variétés de commencements de preuve par écrit : celui qui résulte d'un écrit au sens strict, celui résultant du témoignage de la partie adverse, celui résultant de simples témoignages et enfin celui qui résulte d'un aveu qualifié. Cette présentation est bien préférable à la

précédente qui opposait le commencement de preuve par écrit au sens strict et au sens large, deux notions floues qui englobaient l'une et l'autre la partie adverse. En somme, une systématisation nouvelle qui remplit mieux la fonction doctrinale de l'ouvrage.

Cet ouvrage permet aux étudiants en droit dès la première année de se doter des notions de base fondamentales dans ce domaine capital du droit, qui domine l'ensemble des branches du droit privé notamment mais non exclusivement. En réalité les notions élémentaires du droit de la preuve sont une partie essentielle d'un cours d'introduction au droit.

Le second ouvrage de Léo Ducharme *L'administration de la preuve* est naturellement présenté par son auteur comme un complément du précédent. Il en est la suite logique ou plutôt la dimension pratique complémentaire, appliquant les notions fondamentales exposées dans le premier volume. Le contenu de ce second ouvrage mérite bien quant à lui l'appellation de droit judiciaire ou de procédure civile, selon l'ancienne dénomination.

Il se divise en trois parties, principes directeurs, enquête, hors enquête. La justification de la subdivision de la première partie, principes directeurs, n'est guère convaincante dans son extrême brièveté (p. 7, n° 8). Le parallèle tracé entre notre droit et celui des pays de common law cache l'enjeu fondamental résultant de la différence de rôles du tribunal et de la loi en droit civil et en common law. La mention laconique du modèle anglais que l'on trouve plus loin (p. 21, n° 49) est insuffisante vu son caractère déterminant. Tant que ce problème là ne sera pas regardé en face par la doctrine, elle sera condamnée à rester à la surface des choses. C'est malheureusement ce qui s'est produit dans les trois premiers chapitres consacrés à la neutralité du juge, au principe du contradictoire et au caractère public de l'instruction, dont le traitement est rapide. En outre on ne voit pas ce qui justifie l'étude des deux questions développées, les immunités et le secret professionnel,

sous une rubrique du droit à l'information pleine et entière, distincte de celle du caractère public de l'administration de la justice.

Mais cet ouvrage appelle surtout un commentaire pour ce qu'on n'y trouve pas explicitement, l'administration des règles relatives aux présomptions. On constate leur absence aussi bien à la table des lois citées (articles 1238 à 1242 C.c.) qu'à l'index analytique. L'auteur tire ainsi les conclusions du débat sur l'autonomie de la preuve par présomption encore ouvert au début de la présente décennie. Un précis n'est certes pas la place appropriée pour ce genre de discussion théorique. Néanmoins le silence de l'auteur dans le second volume est éloquent : les présomptions se prouvent par écrit ou par témoin. Elles ne sont plus, pour la jurisprudence, un véritable mode de preuve au même titre que l'écrit ou le témoignage. Cette conclusion par préterition est à mettre en regard des explications que donne l'auteur à ce sujet dans la troisième partie de son premier volume. Est-ce que la conclusion ne pourrait pas également être tirée au niveau des règles de fond de la preuve : il ne subsisterait en réalité que trois modes de preuve, les présomptions étant devenues en pratique un mode subsidiaire ? Il nous semble que c'est le rôle de la doctrine de tirer les conséquences de l'application jurisprudentielle du droit législatif, plutôt que de maintenir artificiellement des règles devenues incompréhensibles.

M. TANCELIN
Université Laval

Sous la direction de Michel BASTARACHE, **Les droits linguistiques au Canada**, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1986, 576 p., ISBN 2-89073-586-9, 39,95 \$.

Voici sans doute la plus importante contribution de la doctrine à l'étude du droit linguistique au Canada depuis la parution des rapports des commissions Laurendeau-Dunton et