

Les Cahiers de droit



La demande en justice. Sa structure, son amendement, au siècle dernier et en 1960

Gérard Lemay

Volume 4, Number 3, April 1961

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004142ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004142ar>

[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 article

Lemay, G. (1961). La demande en justice. Sa structure, son amendement, au siècle dernier et en 1960. *Les Cahiers de droit*, 4(3), 75–113.
<https://doi.org/10.7202/1004142ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1961

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/>

LA DEMANDE EN JUSTICE

SA STRUCTURE, SON AMENDEMENT, AU SIÈCLE DERNIER ET EN 1960

GERARD LEMAY, J.D.

Doter notre patrimoine doctrinaire... d'un traité de procédure civile, traité que, sur les bancs mêmes de la Faculté de Droit, les avocats et les juges... anciens et nouveaux, n'ont cessé d'appeler de tous leurs vœux, depuis un siècle près:

enrichir, au moins à l'égal des autres, un parent pauvre de notre droit, n'ayant guère pour tout actif que

...quelques exposés de doctrine, remontant aux temps déjà anciens où les juges n'étaient pas constamment sous pression.

...de rares synthèses jurisprudentielles, par ailleurs fort utiles.

...une critique des arrêts, qu'en plus d'un milieu l'on voudrait plus abondante.

tel est l'intrépide projet que concevait, il y a quelques années, un professeur de procédure civile de l'Université de Montréal, Me Philippe Ferland, c.r., avocat au Barreau de la ville fondée par Maisonneuve.

S'engager seul dans une pareille entreprise eut, sans doute, été d'une inqualifiable témérité: la forêt était trop dense, les sentiers battus trop peu nombreux et sans raccordement, les "plaqués"... trop recouverts de lierre ou de pousses nouvelles.

Aussi, eut-il la pensée géniale d'adopter la formule... coopérative. Sans trop de peine... c'est peut-être forcer un peu la vérité, il réussit à rallier une bonne centaine de coopérateurs... triés dans tous les districts judiciaires. Il leur fournit boussole et autres instruments de travail et leur laissa le choix du sujet et toute discrétion dans leurs recherches et travaux.

Tonifiés par son exemple... elles ne se comptent plus ses réalisations, ceux-ci, il y a trois ans environ, se mettaient à l'ouvrage.

Les résultats de cette croisade, chers auditeurs, vous avez déjà pu les toucher du doigt, les palper, en bénéficier même. Nos revues,

Texte d'une causerie prononcée devant les Etudes juridiques, au Palais de Justice, à Québec, le 23 janvier 1961, par le juge Gérard LeMay, de la Cour de Magistrat, professeur agrégé de procédure civile théorique à la Faculté de Droit de l'Université Laval. Le conférencier a été présenté par Me Engène Rivard, C.R., professeur à la Faculté de Droit de Laval et remercié par Me Gilles LaHaye, secrétaire des Etudes juridiques.

la Revue Légale, la Revue du Barreau, McGill Law Journal, en effet, ont déjà publié les tranches complétées. Pour ne mentionner que quelques études, citons en particulier celle du regretté Doyen de McGill, feu W. C. Meredith, sur "l'examen au préalable", celle de Me A. M. Watt, c.r., de Montréal également, sur "l'instruction", et celle de Me Ths-Ls Bergeron, c.r., de Roberval, sur "les exceptions préliminaires". Plusieurs autres sont encore sur le métier et, vraisemblablement, seront publiées à courte échéance.

Québec ne pouvait rester indifférent à une entreprise intéressant à un si haut point l'intérêt commun. Dans quelques mois, l'étude sur "l'inscription en droit" de M. le Juge R. R. Alley, à qui j'ai eu le périlleux honneur de succéder à la chaire de procédure civile de la Faculté de Droit de Laval, sera reproduite dans la Revue Légale qui, en passant, a bien voulu se charger de publier toutes les études complétées.

Il est également de notoriété que plusieurs autres québécois fourniront aussi de généreuses et enrichissantes contributions.

L'élan des coopérateurs, il faut l'admettre, a été ralenti par les travaux de refonte, entrepris l'été dernier par la Commission, présidée par l'ancien doyen de la Faculté de Droit de Laval, l'Honorable Garon Pratte, juge de la Cour d'Appel.

Autre fait bien évident, celui-là aussi, Me Ferland, dans son grand désir de voir accomplie... la grande œuvre de sa vie, a sollicité la collaboration de personnes remplies bien plus de... bonne volonté que de science, comme c'est le cas de celui qui a le privilège de disserter devant vous, en ce moment.

Enrégimenté dans cette croisade, et ayant le choix d'un sujet... il en restait encore en juin 1958, j'entrepris l'étude de

"l'amendement de la demande".

Rien ne soulageant autant qu'une bonne confession,... je dois admettre que je n'étais pas tout à fait désintéressé. Chaque année, ayant à essayer d'expliquer aux étudiants la portée de 522 P.C., qui prohibe l'amendement changeant

"la nature de la demande".

je me devais de leur citer, en marge de cette restriction particulière remontant à 1867, ces commentaires du Juge en chef Lamothe de la Cour d'Appel, dans l'arrêt de 1920, Barone —vs— Grand Trunk:

"La nature de la demande, qu'est-ce donc? — Nulle part, on en trouve de "définition précise", (1)

(1) Barone —vs— Grand Trunk Rly, 22 R.P. — 277

et ceux du juge Barclay, du même tribunal, en 1940, dans l'arrêt
Dionne —vs— United Auto Parts :

"the Court has frequently considered what is meant by this phrase.

" — la nature de la demande" — "

"and it must be admitted that the jurisprudence is not uniform. etc". (2)

Fasciné en quelque sorte par ce défi, je retroussai mes manches...
bien loin de m'attendre que les recherches entreprises me conduiraient
fatalement à examiner la structure même de

"la demande... en justice"

avant comme après les Réformes entreprises en Angleterre au début du
siècle, à la suite d'une première, puis d'une deuxième Commission
Royale chargées, disons-le, d'

"humaniser la procédure".

Superflu d'ajouter que... plus d'une fois, j'ai été tenté de tout
abandonner. Une pensée, recueillie au cours des recherches, m'a si puis-
samment tonifié que j'ai continué. C'est celle que, l'incomparable
commentateur du droit anglais qu'a été Sir W. Blackstone, empruntait
à un auteur ancien et citait à la fin d'un exposé de 150 pages environ
sur les anciennes actions personnelles et réelles. Cette longue disser-
tation, qui date de 1862, avait comme *objet*, doit-il être remarqué, non
pas les "onze" sortes ou "species" d'action qui, à cause de leur usage
plus fréquent, devaient résister jusqu'aux actes de Judicature de
1873-75, mais cette pléiade de "old forms", ou "proper remedies only",
qui avaient eux-mêmes survécu après l'ouragan de 1833, abolissant à lui
seul, au seul chapitre des actions "réelles ou mixtes", une bonne soixan-
taine d'actions (3)

"known by fantastic name, half latin, half Norman-French",

suyant l'expression même d'Odger dans la préface de la première
édition de "Pleading and Practice", de 1892.

Cette pensée de Sir W. Blackstone... de peur d'en gâter la saveur,
je vous la livre dans son texte original :

"Whoever considers how great a *coherence* there is between the several parts

"of the law, and how much the reason of one case opens and depends upon

"that of another, will, I presume, be far from thinking

" — any of the old learning useless — "

"which will so much conduce to the perfect understanding of the

" — modern — ". (4)

Cette pensée du grand commentateur anglais, elle m'a même
donné... la témérité de pousser encore plus loin, et de m'aventurer dans
l'étude comparative du droit ancien et moderne dans les milieux d'ori-
gine et d'inspiration de nos disciplines de

" la demande",

et de

"l'amendement".

(2) Dionne —vs— United Auto Parts, 69 B.R. — 582.

(3) 3 et 4 William 4, ch. 27, art. 36 —

(4) Commentaires des lois d'Angleterre, 1862 — Vol. 3 — p. 273 —

Cette étude sur
 "la demande en justice et son amendement".
 commencée par celle de
 "l'amendement de la demande",

j'ai même eu l'audace de ne la pas terminer sans... suggestions, que je laisserai à votre sérieuse méditation, et à celle surtout des Commissaires chargés de refondre notre bon vieux code.

Assez longue,... comme bien l'on pense, je me bornerai, ce soir, à vous en fournir les lignes majeures, les gros plans.

DONNEES GENERALES —

Et tout d'abord,... ne serait-ce que pour rafraîchir certaines notions acquises sur les bancs mêmes de la Faculté de Droit, quelques *données très générales*.

Il n'y a pas lieu, évidemment, de nous arrêter longtemps à la définition de la "demande en justice" civile, qui n'est rien d'autre, au fond, que l'exercice même du droit d'action corrélatif à tout droit, conféré par le code civil ou la loi, et expressément reconnu par l'article 3 du code de procédure, proclamant de façon non équivoque que, par le fait même qu'un droit existe, il existe aussi un recours pour le faire valoir.

Il n'est pas davantage nécessaire de faire une halte bien longue, pour nous rappeler ce qu'est "l'amendement".

Amender une procédure, comme le rappelait de façon si simple, mais si lapidaire, feu le Juge Martineau, c'est la formuler

"comme d'abord l'on aurait dû".

Autrement dit, et c'est toujours le même Juge qui parle, amender une procédure,

"c'est la rectifier, afin que, dans sa forme dernière, elle représente plus fidèlement la vérité des faits du litige". (5)

ORIGINE —

L'origine de nos principales disciplines de la demande, comme celles de l'amendement, n'est pas douteuse.

Les premières sont d'inspiration française, et ce n'est pas fausser la vérité que d'affirmer qu'elles sont la décalque des règles en vigueur en France au moment de leur transplantation. Ainsi qu'on l'a écrit quelque part, "elles se perdent dans la nuit des temps".

(5) 1954 — 14 Rev. du B. p. 203, art. Me P. Ferland —

L'article 113 P.C., par exemple, qui, d'une part,

oblige le demandeur à conclure expressément au remède... approprié au mal que fait voir la demande — mal qui, bien souvent, ne correspond pas hélas à celui dont il veut se plaindre, mais le devrait —

et d'autre part,

— enferme le juge dans la sphère des conclusions prises par le demandeur. —
on le *retrouve* dans l'Ordonnance de 1667, du Grand Roi Louis XIV.

Il en est de même de l'article 123, qui exige du plaideur qu'il expose les causes de sa demande dans le bref d'assignation, ou dans une déclaration annexée.

C'est dans la procédure civile du Châtelet, édition 1787, de Pigeau, qu'en substance, l'on retrouve par ailleurs, ainsi que l'indique, entre autres, Me P. Ferland dans son code annoté de 1959, les dispositions de l'article 191, qui permettent de saper par la base toute ou partie de la demande, si les faits invoqués ne tournent pas juridiquement rond avec le remède réclamé dans les conclusions.

Le principe permettant de faire

"comme d'abord l'on aurait dû",

c'est, par contre, au droit anglais qu'il a été emprunté.

Pas plus en 1785, ⁽⁶⁾ — date de son incorporation dans nos lois de procédure, — qu'en 1849 ⁽⁷⁾ et 1861 ⁽⁸⁾, — dates des modifications subies, — est-il à remarquer immédiatement, les dispositions qui permettaient l'amendement ne comportaient de *restriction particulière*. C'est le code de 1867 qui nous a valu la restriction de 53 P.C. :

"l'amendement ne peut être fait ni permis s'il change la nature de la demande".

A ce sujet, aucun doute non plus; les Codificateurs ont en effet écrit en marge de cet article 53 C.P.C. — l'article 52 de leur projet — :

"L'article 52 reproduisant une disposition de nos statuts exprimée

" — généralement — "

"l'amendement suggéré

" — tend à la restreindre — "

"dans les limites conformes à la raison et qui étaient indubitablement dans l'esprit du législateur".

Que cette consécration de l'immutabilité de la demande, qu'aucun texte positif de nos règles de procédure ne reconnaissait jusque là, ait été d'inspiration anglaise, l'on serait mal venu d'en douter; ce sont

(6) 1785, 25 Geo. III — ch. 2, s. 3 —

(7) 1849, 12 Vict. — ch. 38, No. 86 —

(8) 1861, S.R.B.C. — ch. 83 —

les Codificateurs eux-mêmes qui en ont fait l'inéluctable démonstration. A la suite de l'article 52 du projet, ils ont indiqué: Powell, p. 188. Comme on le sait, Powell est un auteur anglais qui, en 1856 et 1859, a écrit un compendium sur un sujet bien particulier du droit de la Grande-Bretagne : "On Evidence".

Qu'en 1897, les Commissaires de la Refonte se soient, par ailleurs, également inspirés du droit anglais pour nous conserver intacte la restriction de 53 C.P.C. est un autre truisme. Ils ont eux-mêmes écrit, en marge de l'article 522 P.C., — 524 de leur projet —

"L'article 524 contient la seule restriction apportée au pouvoir d'amender, savoir que la nature de la demande ne peut être changée. En Angleterre et dans plusieurs pays de droit anglais, le pouvoir d'amender semble illimité; mais les décisions" —

ils n'en ont indiqué aucune —

"tentent à le maintenir dans les limites que nous lui avons assignées dans le projet". (9)

LA DEMANDE EN JUSTICE EN ANGLETERRE, AU 19^e SIECLE —

Ces prémisses posées, il nous incombe maintenant de fixer, le plus sommairement possible, les "contrastes" que présente l'évolution du droit anglais au *siècle dernier*, au titre de la demande... en justice et de son amendement. Ceux qu'offre le droit français moderne par rapport à l'ancien, nous aurons aussi l'occasion de les considérer d'un peu plus près.

Et pour nous placer un peu dans l'ambiance: des témoignages de contemporains. Tout d'abord, celui du Comte de Franqueville qui, en 1893, terminait un ouvrage intitulé :

"Le système judiciaire de la Grande-Bretagne"

par cette appréciation :

"Ce qui frappe le plus vivement peut-être dans le spectacle qu'offre aujourd'hui la justice britannique, c'est l'extraordinaire contraste entre le passé et le présent: "contraste entre le caractère des hommes, contraste entre le caractère des lois "et de la jurisprudence".

Et de préciser l'auteur :

"je ne remonte pas aux siècles déjà lointains et je ne fais allusion ni aux sinistres bourreaux que les Tudors décoraient du nom de juges, ni aux serviles laquais placés sur le banc par les Stuarts";

—
"je parle de temps plus récents, où la civilisation était déjà avancée et les mœurs notablement adoucies.

(9) 4^e Rapport des Comm., C.P. annoté, P. Ferland, 1959 — p. 347 et 338 et s.

Et voici qui intéresse plus particulièrement notre sujet :

"Dans la première partie de notre siècle"...

c'est en 1893 que ces lignes ont été écrites, l'on s'en souvient,

"la procédure civile était *barbare*". —

Il ajoutait aussi, il est vrai :

"la procédure criminelle était *sauvage*, et la loi pénale *abominable*".

Et de continuer toujours le Comte :

"M. Gladstone était déjà membre du Parlement quand le législateur punissait de mort le vol d'un mouton. l'instruction était secrète. l'accusé ne pouvait connaître ni les dépositions des témoins entendus par le Juge, ni l'acte d'accusation... etc".

Cette vitriolique condamnation du passé, Franqueville la terminait par les réjouissantes exclamations :

"Depuis lors, quels changements, et ce qui est plus merveilleux encore, combien ils ont été rapides" ! —

Evidemment, le ton n'est pas le même chez les auteurs anglais de l'époque. Et à ce propos, revenons aux commentaires mêmes de Sir W. Blackstone, qui nous apprennent que le système anglais de demande en justice était originairement axé sur la conception que les Romains avaient d'un tel recours.

"The Roman introduced, pretty early, *set forms* for actions and suits in their law, after the example of the Greek; and made it a rule that

" — each injury — "

"should be redressed by its

" — proper remedy only — "

Et de continuer Sir W. Blackstone :

"And in the same manner, our Bracton, speaking of the original writs upon which all our actions were formerly founded, declares them to be

" — fixed and immutable — "

"unless by the authority of parliament".

Après avoir exposé que toutes les législatures d'Europe avaient trouvé

"expedient to fall into the
" — same or similar method — "

il terminait cet exposé général :

"With us in England the *several* suits, or remedial instruments of justice have always been from the subject of them distinguished in three kinds: actions personal, real and mixed".

Le mot "*several*", doit-on remarquer d'abord, n'était évidemment pas de trop, ainsi qu'en témoigne son exposé de 150 pages sur les inextricables divisions et subdivisions des actions personnelles, réelles et mixtes... pourtant déjà amputées en 1833 d'une bonne soixantaine de "*old forms*" ou "*proper remedies*"

"obsolete, antiquated and little understood",

suivant les termes mêmes d'un journal de l'époque, rapportés dans Halsbury's, Law of England.

Et toujours au chapitre du volte-face du droit anglais, à son système plusieurs fois séculaire d'actions, il convient de se rappeler que si l'abolition, en 1833, des plus féodales des "old forms" ou des — "proper remedies, one and only" — a été décrétée par les dispositions de l'article 36, du ch. 27 de 3 et 4 William 4, c'est sur la recommandation expresse d'une Commission Royale chargée, en 1828, d'

"humaniser la procédure".

Au même titre de cette évolution dans le domaine des actions, il est à noter, en outre, que c'est sur les recommandations d'une autre Commission Royale que le bouleversement s'est continué en 1860, par les dispositions de 23 et 24 Victoria, ch. 126. Moins spectaculaire que la précédente, l'abolition des "Old Forms" n'a pas été moins conséquente.

Quant aux "onze" species d'actions qu'avaient laissé subsister ces deux grands vents de 1833 et 1860 de la Réforme, ce sont les actes de Judicature qui, en 1873-75, devaient les abolir, coupant par là toutes les dernières racines de l'ancien système que Blackstone, en 1862 décrivait ainsi :

"There is hardly a possible injury that can be offered either to the person or property of another, for which the party injured may not find a

" — remedy properly and singularly — "

"adapted to his own particular grievance".

Les juges, avait-il écrit auparavant, sont nommés

"to administer and not to prescribe the remedy". (4)

Et, maintenant, un autre témoignage, celui d'Odger dans la première édition d'une oeuvre, ... sans doute une des plus populaires depuis. Des "Old Forms" ou "proper remedies only", il a fait, en 1892, une description si réaliste que tous les ouvrages subséquents, portant son nom, la reproduisent à peu près intégralement. Dans l'édition de 1957, par exemple, c'est à la page 172 qu'on la trouve.

"Forms of action" are in fact abolished"

commençait-il —

"It is now no longer necessary to state either on the writ or on the pleadings whether the plaintiff is suing

" — in trespass or on the case, in detinue or in trover — "

"This is a most important alteration",

ajoutait-il. Puis, en maître, il fixait, de façon on ne peut plus lapidaire, les traits de l'ancien système :

"Formerly, everything turned

" — on the form of action — "

"in which the plaintiff elected to sue".

Ce gros plan, cette ligne majeure, ce principe sur lequel était axé l'ancien système... sept fois séculaire des actions, il le précisait ainsi:

"If he sued on a money count and it turned out that there was a special contract, he was non-suited and "had to pay the costs of the first action before "he could bring another on the special contract.

"Again, if he sued on trespass and trespass did not lie, the plaintiff was non-suited although trover or detinue would lie".

Ces propos... ne sont pas ceux de Jules Verne... et ce n'est pas du système québécois de demande au 20^e siècle dont il est question.

Toujours en... 1892, et toujours au sujet du système des actions de l'ancien droit anglais, Odger continuait:

"in all the old reports

" — the form of action — "

"is usually stated in capitals. And the Court never decided that no action lay "on such a set of facts; but only that the action did not lie in *that*

" — form — "

Après l'énumération des sept "species" d'action *personnelles*, des trois "sortes" d'actions *réelles* et de l'action *mixte*, qui avaient réussi à survivre jusqu'aux actes de Judicature de 1873-75, il ajoutait:

"And in some cases, it was only by a costly process of elimination that a "plaintiff could ascertain for certain what his

" — proper remedy — "

"was".

Puis, il démontrait aussi les avantages d'un pareil système:

"This strictness had undoubted advantages. It taught barristers to be precise.

"And to this day it affords one of the best means of testing a point of law.

"Ask a lawyer of the old school whether an action would lie, if one guest "at a shooting party shot another by accident through the hedge, there being

"no negligence on the part, of either, and he — the lawyer of the old school —

"will approach the question by asking himself, would trespass lie ? — or

"must the injured man sue in the case? " —

Avec une pointe d'humour, il terminait cet exposé :

"But it was clearly

" — bad — "

"for the suitors, who

" — deserve some consideration — ",

"and it has accordingly been abolished".

En quelques traits, on ne peut plus réalistes, il décrivait, ensuite, le nouveau système

"Each party now *states* the facts on which he relies; and the Court will *declare* "the law arising upon the facts pleaded".

Le remède approprié... c'était dorénavant le tribunal qui devait le prescrire ! —

L'AMENDEMENT EN ANGLETERRE, AU 19^e SIECLE —

Au titre de l'amendement... l'évolution a été tout aussi radicale. Là aussi... le changement, ça été d'un pôle à l'autre qu'il s'est produit... toujours comme résultat et conséquence des deux Commissions Royales de 1828 et de 1850, chargées d'indiquer les voies et moyens aptes à... humaniser la procédure.

Pour s'en convaincre, il n'est pas nécessaire de considérer ce que, sur le sujet, nous apprennent Philipps, Starkie, Taylor, que Powell, dans la préface de son compendium de 1886, reconnaît comme ses maîtres, ou encore Chitty, ou Lush; ce compendium, celui de 1856 comme celui de 1859 nous renseignent parfaitement sur le sujet.

Le compendium de 1856, celui en apparence indiqué par les Codificateurs atteste par exemple que :

en 1828, une disposition de Lord Tenterden's Act, 9 Geo IV. ch. 15. permettait les amendements... de concordance entre les diverses pièces de la contestation.

—
en 1833, le chapitre 42 du statut impérial 3 et 4 William 4. autorisait l'amendement

“ — not material to the merits of the case — ”. —

D'après cet incomparable historien de notre droit judiciaire qu'a été le Juge Bruneau, ce serait cette disposition que la Codification aurait transplantée dans notre droit par l'article 53 C.P.C., qui, depuis 1867, prohibe l'amendement changeant.

“la nature de la demande”. (10)

Mais, il y a bien davantage... dans ce compendium de 1856. L'on y trouve, par exemple, les dispositions du Common Law Procedure Act dont le préambule affirme que

“the power of amendment now vested in the Courts and the judge, thereof is insufficient to enable them to prevent

“ — the failure of justice — ”

“by reason of mistakes and objection of form”.

L'on y voit aussi que le C.L.P.A. a été adopté en 1852 et modifié en 1854 et que les disciplines nouvelles autorisent tout amendement nécessaire à la détermination de la

“ — real controversy — ” (11)

entre les parties, que cet amendement soit ou non

“material to the merits of the case — ”.

L'on constate, en outre, que d'office le tribunal pouvait, dorénavant, décréter tout tel amendement.

(10) 1921. *Standard Realities* —vs— *Steel*, 23 R.P. — 111 — p. 125

(11) 15 et 16 Vict. — ch. 76, sect. 222 — et
17 et 18 Vict. — ch. 125, sect. 96 —

Autrement dit, l'on y apprend que c'est depuis lors,... depuis 1852, que tout dans une demande en justice... parties, intérêt, qualité, cause d'action non exclue, peut être changé.

Voici d'ailleurs,... pour rassurer nos hésitations, ce que, sur le sujet, le Juge Byles écrivait en 1860 :

"Various statutes have from time to time for more than 500 years",

j'ai lu et relu... et c'est bien 500 ans qui est écrit; d'ailleurs le contexte prouve que ce n'est pas 5, ni 50, mais bien 500 :

"from 14 Ed. III, ch. 16. downwards, been passed to facilitate amendments",

mais, de continuer le Juge :

"the strict and almost perverse construction which the judges put upon them rendered them nearly abortive".

Après cette surprenante affirmation, il entonnait ensuite ce réjouissant alléluia :

"But now, a totally different principle prevails. Every amendment is to be made which is necessary for the determining the

"— real question in controversy —"

"between the parties". (12)

Veut-on se renseigner davantage sur la portée des dispositions nouvelles... celles de 1852, au titre de l'amendement, rien de plus facile; le compendium Powell de 1856,... celui-là même auquel ont expressément référé les Codificateurs, semble-t-il, nous en fournit les explications suivantes, empruntées au Juge Maule, dans l'arrêt Wilkin —vs— Reed de 1854. Il est cité à la page 192 de Powell, 1856.

Après avoir rappelé que les dispositions de 3 & 4 William 4, ch. 42... dont se sont inspirés nos Codificateurs pour soumettre la restriction particulière de 53 C.P.C., permettaient l'amendement

"only in matters not material to the merits of the case".

ce juge de la Cour d'Appel d'Angleterre disait dans ses notes que le Common Law Procedure Act, régissant depuis 1852 les disciplines de l'amendement, autorisait le juge à faire... "to make", dit le texte :

"such amendments as may be necessary for the purpose of determining in the existing suit

"— the real question in controversy —"

"between the parties".

Poussant plus loin sa dissertation, le Juge ajoutait :

"now what is the real question in controversy, is a matter of fact, and that matter of fact is to be decided by the judge".

Puis il continuait ensuite :

"The framers of the C.L.P.A. intended to extend the powers of amendment given by 3 & 4 William 4 and which only applied to matters not material to the merits; and they provided for the determination of the real matter in issue in the suit; for there may be and often are cases where the real matter is, by some mistake or oversight, not raised by the pleadings".

(12) 1860, St. Losky —vs— Green — 9 C.B.n.s. — 375;
30 L.J.C.P. — 19; 127 R.R. — 684 —

Après cette affirmation... de 1854, qui, en 1960, n'a rien perdu de son actualité, le Juge continue :

"Now, under the new act, in such cases, that may be put upon the record which was not put upon the record before, but which must be shown to the satisfaction of the judge to exist".

Si l'on poursuit la lecture de cet arrêt... toujours dans Powell 1856, p. 192 et 193, l'on constate que dans la cause dont il s'agissait, la Cour d'Appel, après cette mise au point, confirmait le jugement de première instance qui avait refusé l'amendement, parce que celui-ci aurait eu pour conséquence d'autoriser un débat totalement différent de celui que les parties

"hoped and intended to try".

En d'autres termes, ce haut tribunal anglais, tout en affirmant clairement la portée bienfaisante des mesures nouvelles, édictées en 1852, reconnaissait que celles-ci ne constituaient pas

"a blanket protection",

suivant une expression recueillie quelque part, permettant aux parties d'effectuer... à la dernière minute, et souvent en désespoir de cause, un "volte-face" complet,

" — a complete change of front — "

Mais... avant de faire un pas de plus dans nos recherches sur le droit statutaire ou jurisprudentiel anglais du siècle dernier, il n'est pas superflu de nous rappeler qu'en 1854, le système du "proper remedy only", en vertu duquel tout tournait

"in the form of action the plaintiff elected to sue".

n'avait pas encore vécu. Sa longue agonie devait durer jusqu'en 1873-75, comme le rappelait Odger.

Pour peu que l'on examine les dernières réformes de l'époque victorienne, au double titre de l'amendement et des pouvoirs des tribunaux, en la matière, et la jurisprudence des arrêts de la même époque, l'on obtient... une toute autre perspective que celle aperçue par les Commissaires de la Refonte de notre code en 1897, et dont témoignent leurs commentaires en marge de l'article 522 P.C., 1er paragraphe, — qui n'est rien plus, rien de moins que la mesure de 53 C.P.C. —

L'article 53 C.P.C. décrétrait, l'on s'en souvient, que

"l'amendement ne peut être permis s'il change la nature de la demande".

L'article 522 P.C., notre article actuel, stipule au premier paragraphe :

"nul amendement ne peut être fait ni permis s'il change la nature de la demande".

Si ce n'est pas blanc bonnet, c'est bonnet blanc.

Ces commentaires, l'on s'en rappelle également pour les avoir déjà notés, sont les suivants :

"L'article 524" — devenu 522. 1er paragraphe dans le code — "contient la seule restriction apportée au pouvoir d'amender, savoir que la nature de la demande ne peut être changée".

Et, continuaient ces commentaires de leur 4ème Rapport :

"En Angleterre et dans plusieurs pays de droit anglais, le pouvoir d'amender *semble* illimité: mais les décisions tendent à la maintenir dans les limites que nous lui avons assignées dans le projet". (9)

Il importe de remarquer, in limine, que, contrairement à ce qu'avaient fait les Codificateurs, les Commissaires n'ont pas indiqué Powell ou d'autres auteurs anglais après cette affirmation. Les autorités, sur lesquelles ils ont dû baser leur opinion, leur appréciation des tendances jurisprudentielles anglaises d'avant la Refonte, ne sont pas mentionnées.

A leur décharge, il faut bien admettre que ce n'est pas le seul cas... d'affirmation gratuite dont ont été et continuent d'être témoins nos tribunaux. Eux-mêmes, dans certains cas, n'ont pas toujours la précaution d'appuyer certains exposés, d'ordre général, de références appropriées. Comme preuve de cette dernière affirmation, l'on n'a qu'à consulter cet arrêt de 1862... antérieur au code de 1867, et, partant, à la restriction: "l'amendement ne peut être permis s'il change la nature de la demande".

Cette décision dans la cause Lamb —vs— Mann, rendue à l'unanimité par les Juges qui composaient le Banc de la Cour d'Appel, est ainsi conçue

"The Court were unanimous in the opinion that amendment which changed
" — the nature of the action — "
"or introduced a
" — new cause of action — "
"could not be entertained".

Et sans plus de précision,... dans les recueils qui le rapportent tout au moins, l'arrêt continue :

"This principle is reasonable".
"Both in England and in Louisiana".
"it was adopted and it was also to be found in our "jurisprudence". (13)

Cet arrêt unanime du plus haut tribunal de la province,... rendu alors que le travail de codification de nos lois de procédure était déjà sur le métier depuis un an au moins,... a bien d'autres titres à une plus attentive considération de notre part.

En substance, ce jugement décidait, en effet, que nonobstant les *termes généraux* et non limitatifs des dispositions des années 1785, 1849 et 1861, — reconnaissant que l'on pouvait, dans le cours de l'instance,

"faire comme d'abord l'on aurait dû"

sa procédure,

"la rectifier afin que, dans sa forme dernière, elle représente plus fidèlement
"la vérité des faits du litige" —

(13) 1862, Lamb —vs— Mann, L.C.J. Vol. VI — p. 287 —

il fallait, néanmoins, ne permettre l'amendement que s'il ne changeait pas

" la nature de la demande".

Cette *restriction particulière*, la Cour d'Appel l'adoptait en l'espèce, pour trois motifs, est-il à remarquer d'abord :

1) — la restriction *existait* dans notre jurisprudence,

2) — elle était conforme à

" — la raison — ",

3) — elle était aussi *en ligne* avec la jurisprudence de

" — la Grande-Bretagne — "

et de la Louisiane.

Or, l'on sait déjà, qu'en Grande-Bretagne, la disposition de 1833, autorisant l'amendement

"not material to the merits of the case".

le préambule du C.L.P.A. de 1852 l'avait trouvée :

"insufficient to prevent the failure of justice"

et que le législateur l'avait mise au rancart pour la remplacer par une autre, à l'effet que

"material or not to the merits of the case".

l'amendement nécessaire à la détermination de la

"real controversy"

devait, *ex justitia*, être permis, voire même, imposé d'office par le tribunal. Mais,... n'insistons pas, et revenons-en aux analogies que présentent la comparaison de cet arrêt et le rapport des Codificateurs en marge de 52 de leur projet, devenu l'article 53 C.P.C.

La restriction est indéniablement la *même* dans l'arrêt et dans le projet. Bien plus, les motifs de l'un... sont, guère s'en faut, les motifs de l'autre.

L'arrêt trouve cette restriction particulière conforme à

" — la raison — ",

et le rapport de même; les Codificateurs ont écrit,

"l'amendement suggéré tend à le" — le pouvoir d'amender — "restreindre dans les limites conformes à

" — la raison — ".

L'arrêt, en outre, avait dit, en parlant de la restriction :

":elle est conforme à la jurisprudence anglaise de la *Grande-Bretagne*, et de la *Louisiane*",

et, pour leur part, les Codificateurs ont ajouté à cette première partie de leur affirmation :

"elles étaient" — ces limites — "indubitablement dans l'esprit du législateur".

Cette partie de notre dissertation, comment la laisser sans remarquer, au moins... qu'il aurait été plus exact de dire:

ces restrictions.... elles *avaient* été, au lieu de
ces restrictions.... elles *étaient* dans l'esprit du législateur ! —

Mais,... quoi qu'il en soit, ne peut-on pas raisonnablement conclure que les Codificateurs, somme toute, n'ont fait qu'épouser la conception formaliste, dont témoigne l'arrêt de 1862 que nous venons de voir. Car à cette époque... il y avait une telle chose que le "*formalisme*" en procédure ! Et, comment résister à la tentation d'évoquer ici cette page unique de notre histoire judiciaire, écrite en 1921, par le Juge Bruneau, dans l'arrêt *Standard Realities —vs— Steel* — (10)

"Avant et sous l'ancien code de procédure, la jurisprudence nous fournit relativement peu d'arrêts sur la question pourtant si pratique, et maintenant d'occurrence quotidienne, de la recevabilité des amendements des différents actes de "procédure".

Et il continuait :

"Plusieurs raisons peuvent être données. La principale, cependant, provient de la "*règle fondamentale*" de l'ancien système de procédure".

Le Juge Bruneau, qui, comme entrée en matière, avait rappelé à ses lecteurs le rigorisme des "*certa verba*" du droit romain, la fatalité des inexactitudes de la demande, poursuivait:

"Pratiquant sous l'empire de la maxime que
" — la forme emporte le fond — "
"les anciens avocats s'adonnaient autant à l'étude des lois de la procédure qu'au droit civil lui-même. Aussi apportaient-ils beaucoup de soin et d'attention dans la rédaction de toutes leurs procédures. —
"On ne pouvait être bon avocat, si on n'était pas bon procédurier.
"Tous les avocats étaient certains d'avance que leur adversaire examinerait au
" — microscope — "
"la forme de la procédure, et qu'il serait très difficile d'obtenir la permission d'amender et dans tous les cas,... qu'ils auraient à payer des
" — épices arbitraires — "

Après avoir conseillé la lecture de l'arrêt *Mercure —vs— Munsey*, dans lequel il citait des exemples de ce formalisme obtu, il ajoutait, référant à des arrêts particuliers:

"il fallait amender la déclaration si elle alléguait un bail notarié du
" — 23 février — "
"au lieu du
" — 22 février — "

—
"La permission d'amender était refusée pour substituer le véritable
" — numéro — "
"de la cause à celui erronément porté sur l'endos d'une opposition".

Si, comme conclut le Juge Bruneau lui-même, l'on a là une idée "du formalisme exagérée de l'époque, il faut bien admettre.... à la décharge de nos devanciers, que cette conception de la justice n'était pas générale. Il ne manque pas, en effet, d'arrêts antérieurs à la codification... où l'on ait affiché une toute autre conception; cette dé-

cision de 1853, par exemple, rendue par les Juges Day, Smith et Mondelet, citée dans le texte du même recueil qui la rapporte :

“Dans l'espèce d'une poursuite contre un officier de douane pour saisie illégale, et pour intenter laquelle le statut a fixé un *délai de trois mois*, le demandeur qui a omis un

“ — allégué essentiel — ”.

“peut obtenir, *après l'expiration des trois mois*, la permission de l'amender en “payant les frais”.

Les notes du Juge Day sont particulièrement révélatrices: retons ce passage, en marge de la prescription acquise au moment de la demande d'amendement,... demande à laquelle, à cette époque, l'on reconnaissait, comme aujourd'hui, la même vertu de rétroactivité.

Après avoir dit, qu'à première vue la Cour avait décidé de refuser l'amendement pour le motif de la prescription, invoquée par la défense, le Juge Day déclarait que la Cour en était venue à la conclusion de s'en tenir à la

“ — règle générale — ”.

“These short prescriptions are never regarded with judicial favor”.

concluait-il,

“and unless there is something positive in the law which *compells* us to say that we cannot extend the right to amend, we shall not be inclined to refuse it. We see no reason why the declaration should not be amended here, as in any “other case”. (14)

Cette conception qui nous a valu la mesure restrictive de 53 C.P.C.,... conception que Sir F. Lemieux devait fustiguer à deux reprises, disant d'elle qu'elle avait été

“cause de déni de justice et de perte de droits sérieux” (15)

un simple coup d'oeil sur la jurisprudence des arrêts rendus dans la période qui a suivi immédiatement la codification, permet de conclure... qu'elle était loin d'être le “consensus omnium”.

Ainsi cet arrêt de la C.S. de 1882, dans lequel le Juge Torrance décidait :

“The allowance of amendments to the writ and declaration is not subject to a “fixed rule. The Court in its discretion, will grant or refuse permission to “amend, as may best tend to the furtherance of justice”. (16)

Et cet arrêt de 1881, en particulier, dans lequel Sir A. A. Dorion, alors juge en chef de ce tribunal, différant d'opinion avec ses collègues sur le principe de la recevabilité de l'amendement, faisait sien, sans aucune

(14) Bressler —vs— Bell — 1853 — 4 L.C.R. — 101 —

(15) 52 C.S. — 421, Simard —vs— Three Rivers Annex — 1917
18 C.S. — 388, Bourdon —vs— Bradshaw — 1900

(16) 1882 — Seery —vs— St. Lawrence Grain. Etc., 5 R.L. — 403

hésitation, ce credo de Lord Justice Bramwell, exprimé dans l'arrêt Tildesley —vs— Harper... que nous aurons l'occasion de revoir:

"As a general rule leave to amend *ought not* to be refused unless the Court is satisfied that the party applying is acting

" — mala fide — "

"or that by his

" — blunder — "

"has done some injury to the other side, which cannot be compensated by

" — payment of cost or otherwise — ". (17)

Pour décevante que soit cette comparaison, celle-ci n'est pourtant rien, si l'on s'arrête aux recommandations de 1882, faites par la Commission de Codification des Statuts, au chapitre des réformes judiciaires et du code de procédure civile.

Ce rapport, que Me Philippe Ferland, c.r., pour l'immense avantage de la profession et des justiciables, a su tirer des oubliettes et mettre en lumière dans sa récente et inestimable contribution à l'avancement de la science du droit et de la procédure, — le code de procédure civile annoté de 1959, — ce rapport dont il ne reste que quatre exemplaires, en définitive, proposait l'abolition de toutes limites à la recevabilité de l'amendement.

Grâce à l'extrême obligeance de Me J. C. Bonenfant... qui, es-qualité, aussi connue que ses incomparables talents, en possède une copie, voyons d'un peu plus près le texte même la proposition de l'Honorable T. J. J. Loranger, juge de la Cour Supérieure :

"Toute pièce de procédure est susceptible d'amendement en tout état de cause, même après la plaidoirie et pendant le délibéré qui, sur demande spéciale, peut être rayé à cette fin, si la Cour trouve que cet amendement est nécessaire pour rendre justice à la partie et la relever d'une erreur ou d'une omission commise par elle-même, ses procureurs et avocats et les officiers ministériels, sauf toutes adjudications à l'égard des nouvelles plaidoiries écrites ou orales et relatives aux frais, lesquels seront à la discrétion du tribunal, qui en usera pour sauvegarder les intérêts de l'autre partie et l'empêcher de souffrir de l'amendement ainsi permis". (Art. 174, p. 106 et 7).

Avant de fermer cette longue... parenthèse, il convient, tout au moins, croyons-nous, de confirmer le jugement de Me Ferland, qui dans son code annoté de 1959, *classait* dans

"le moins bon et le mauvais"

l'article 53 C.P.C. ! —

Revenons-en maintenant, si vous le voulez bien, au contexte législatif et jurisprudentiel anglais qui intéresse la seconde partie de cette étude: celui de la période comprise entre la publication de notre code en 1867 et les travaux de refonte, commencés aux environs de 1893.

(17) 1881 — Sénéchal —vs— Cie d'Imprimerie, 2 D.C.A. — 57 et 4 L.N. — 414 —

Nous laisserons de côté tout ce que, sur le sujet, peuvent nous apprendre les ouvrages de l'époque, ceux de Roscoe's 1879, ou de Taylor's 1887, ou encore les ouvrages de la même période sur le droit judiciaire ontarien ou américain... de ce côté là aussi les Commissaires de la Refonte de 1897 disent avoir observé.

La Revue Légale, qui a bien voulu se charger de reproduire cette étude au complet... dans ses prochains numéros, offrira, à ceux que ces sujets pourraient intéresser, le résultat des recherches entreprises.

De l'évolution des mesures de recevabilité de l'amendement, nous ne retiendrons que les traits les plus saillants, et ce, pour les motifs qui viennent d'être indiqués.

Tout d'abord... un mot d'explication. Les règles de l'amendement, comme celles des pouvoirs des tribunaux en la matière, ce n'est plus dans le C.L.P.A. ou même les Actes de Judicature de 1873-75 qu'on les trouve, mais dans des

"Orders of the Court",

soit de la Cour Suprême — l'équivalente de notre Cour Supérieure — soit de la Cour d'Appel.

La raison est fort simple. Depuis 1853, les règles de "*procédure*" et de "*pratique*" sont l'oeuvre des tribunaux eux-mêmes... et non plus celle du législateur, qui, sans grand doute, a réalisé que ceux-ci étaient beaucoup plus près des justiciables qu'il ne l'était lui-même.

Quoi qu'il en soit, ce sont les tribunaux anglais qui, depuis lors. 1853, font à leur niveau respectif leurs propres règles de "*procédure*" et de "*pratique*".

Mais, avant de laisser le C.L.P.A. de 1852-54, une dernière mention digne de notre attention: l'article 50 qui édictait

"where issue is joined on demurer. the Court *shall* proceed and give judgment according as the very right of the cause. and matter in law shall appear unto them, *without regarding any imperfection, omission. defect in or lack of form; /* and no judgment shall be *arrested, stayed or reversed* for any imperfection. *omission. defect in or lack of form*".

Il y aurait évidemment fort à dire sur l'élargissement de la mesure de recevabilité de l'amendement et des pouvoirs des tribunaux et la matière, par les amendements de 1854 et 1860 au C.L.P.A. Pour les motifs déjà indiqués, nous passons cependant... à pieds joints, pour faire une brève halte aux "Orders of the Court", émis sous l'autorité des Actes de Judicature de 1873-75.

Les dix règles de la Cour Suprême... Cour Supérieure chez-nous, on les trouve toutes citées dans les éditions d'Arcbold's 1879, d'Odger 1892, et de Powell 1892, entre autres. Les règles 1 et 6 de cet Order No. XXVII méritent une mention particulière.

La règle No. 1 se lisait ainsi:

"The Court or Judge may, at any stage of the proceedings allow either party
"to *alter* his statement of claim, or defence or reply, etc..

et je passe ici cette partie de la règle qui devait être retranchée en 1883.

"and all such amendments shall be made as may be necessary for the purpose
"of determining the real question in controversy between the parties".

Quant à la règle No. 6, de 1873, elle se lisait ainsi :

"In all cases not provided for by the preceeding rules of this Order, application
"for leave to amend *any pleading* may be made by either party to the Court
"of Judge in Chambers, / or to the Judge *at the trial* of the action, and such
"amendment may be allowed upon such terms as to costs or otherwise as may
"seem just".

Ces règles, ces dix règles de l'Order XXVII, n'étaient évidemment pas les seules en vigueur à partir de 1873; maintes autres permettaient l'amendement

— " as of course — "

i.e., sans la permission du tribunal.

Maintes autres, aussi, autorisaient l'amendement dans les cas de

"misjoinder or nonjoinder"

des parties demanderesse ou défenderesse. La règle 1 de l'Order 16 permettait à une Cour ou à un juge

"on such terms as may appear just, to order the name of any plaintiff or de-
"fendant improperly joined to be struck out".

La règle 2 de ce même Order, par ailleurs, donnait à la Cour ou au juge, — dans les cas où l'action avait été commencée au nom d'une personne qui n'était pas le véritable demandeur, ou dans les cas où il était douteux que l'action ait été instituée au nom de la bonne personne, — le pouvoir d'ordonner

"any person or persons to be substituted or added as plaintiff, or plaintiffs".

Nos recherches, si nous les poussons un peu plus loin, nous font découvrir que la Cour d'Appel, — Her Majesty's Court of Appeal, — établie en 1873, se voyait, dès sa création, investie des mêmes pouvoirs que la "Supreme Court". Dès lors, elle pouvait, elle aussi, faire ses règles de "*procédure*" et de "*pratique*". L'article 5 de l'Order 58, par exemple, décrétait que

"The Court of Appeal has all the power and duties as to

" — amendments — "

"and otherwise of the Court of first instance".

L'on apprend, par ailleurs, qu'en 1876, ⁽¹⁸⁾ il était devenu possible d'amender le "*bref*" d'assignation lui-même. Un arrêt est cité, qui permet l'amendement d'un

" — writ of summons — "

plus de douze mois après la date de son émission.

(18) — Archbold's — 1879 — p. 493 —

Non moins révélateur s'avère l'examen de l'Order 28 de 1883 des règles de la "Supreme Court".

Les diverses règles d'amendement édictées en 1873, 1875 et 1876... *oeuvre, non pas du législateur, mais des tribunaux eux-mêmes*, ne pouvant faire plus larges les facilités de "faire comme d'abord l'on aurait dû", l'on s'est à peu près contenté, en 1883, de les disséquer, préciser et émonder de façon à les rendre plus faciles d'application. Il convient cependant de nous arrêter à une disposition particulière... nouvelle celle-là, et élargissant encore la faculté d'amender. C'est la règle 12, qui confère aux tribunaux et aux juges le pouvoir de décréter

" — d'office — "

les amendements nécessaires à la détermination de la

" — real controversy — ".

Elle se lit ainsi :

"The Court or a Judge *may at any time*, and on such terms as to costs or otherwise as the Court or Judge may think just, *amend* any defect or error in any proceedings, and all necessary amendments shall be made for the purpose of determining

" — the real question — "

"or

" — issue — "

"raised by or depending on the proceeding". (19)

Est-il besoin d'ajouter que cette règle est extraite d'un contexte qui ne rapetissait pas les autres mesures de recevabilité de l'amendement, édictées par les tribunaux sous l'empire des Judicature Acts de 1873-75, et que... tout comme alors, le législateur, par une disposition expresse, reconnaissait que les tribunaux d'Appel possédaient exactement les mêmes pouvoirs que la Cour de première instance — Supreme Court —, et en particulier

" — as to amendment — ". (20)

En bref... tout comme l'avaient fait avant eux les Orders de 1873-75... également l'oeuvre des tribunaux et non du législateur, ceux de 1883, de façon indéniable, établissaient, entre autres, que

" — la forme comme le fond — "

d'une demande en justice pouvait être changés ou amendés, pourvu que par là... devait préciser la jurisprudence, l'on ne cause pas à l'adversaire

" — une injustice — ",

c'est-à-dire un préjudice irréparable pour une adjudication en frais, ou autrement.

(19) — Powell, 1892 — p. 218 —

(20) — Powell, 1892 — p. 546 et s. —

Les Commissaires de la Refonte de notre Code avaient donc bien raison d'affirmer, en marge de 522 P.C., que les pouvoirs d'amender étaient *sans limites* en Angleterre... et dans plusieurs pays de droit anglais, puisque, comme l'on vient de le constater, les réformes de l'époque victorienne ont converti en infiniment gros, des infiniment petits. Sans farder la vérité... l'on peut, en effet, raisonnablement dire qu'

alors qu'au tout début du second quart du siècle dernier, seuls les amendements de concordance entre les pièces d'un même dossier étaient permisibles... tout dans une demande, la cause d'action non exceptée, était devenu changeable par amendement, dans les premières années du dernier quart de ce même siècle.

et que,

si avant la réforme les tribunaux ne pouvaient imposer d'office aucun espèce d'amendement, celle-ci leur a permis graduellement d'employer, proprio motu, la même mesure de recevabilité de l'amendement que les parties elles-mêmes, et ce, comme dans le cas précédent, à n'importe quelle phase de l'instance, et à tous les degrés de la hiérarchie judiciaire.

En marge de ces changements radicaux, il y a lieu d'admettre, par ailleurs, que, malgré leur importance, ils n'ont été en quelque sorte, que le *ressac* d'une vague de fond beaucoup plus en profondeur, qui a emporté toute l'ancienne structure des actions... vieille de sept siècles pour la remplacer par une autre, toute simple celle-là, axée sur une conception diamétralement opposé à celle de l'ancienne. *Autrefois*, en effet, tout, dans une instance tournait

"on the form of action the plaintiff elected to sue",

aujourd'hui,... c'est-à-dire depuis un siècle environ, tout tourne

"on the real controversy"

entre les parties.

Fait également notoire: dans un geste de confiance à l'endroit des tribunaux, le législateur est allé jusqu'à leur déléguer ses pouvoirs de légiférer en matière de procédure et de pratique.

Vraiment,... sur ce point, les Commissaires de 1897 sont demeurés... en deça de la vérité.

En est-il ainsi de cette dernière partie de leurs commentaires se lisant :

"mais les décisions tendent à le maintenir" — le pouvoir d'amender — "dans les limites que nous lui avons assignées dans le projet" ? —

Cette dernière affirmation,... qui semble bien avoir été *l'unique motif* pour lequel ils nous ont conservé la restriction de 53 C.P.C.

"l'amendement ne peut être fait ni permis s'il change
" — la nature de la demande — "

comment se concilie-t-elle avec le contexte jurisprudentiel anglais de l'époque qui a précédé la Refonte ?

Ce contexte... l'étude que publiera la Revue Légale l'examine abondamment. Aussi nous bornerons-nous, ce soir, à considérer les seuls arrêts que cite l'édition Powell, de 1892.

L'on se souvient que les Commissaires n'ont appuyé cette affirmation d'aucune autorité,... alors que les Codificateurs avaient indiqué un ouvrage contemporain de ce même auteur comme source de leur inspiration.

Une réflexion cependant... en marge de ce que déjà l'on sait sur l'attitude des tribunaux. Puisque, depuis 1853, ce sont les tribunaux anglais qui, à leur propre niveau respectif, font les diverses règles de procédure... celles de l'amendement comprises, il serait bien étonnant que ceux-ci, après avoir édicté eux-mêmes des règles aussi "illimitées", suivant l'expression des Commissaires, les aient ensuite restreintes dans leur application dans les limites de 1833

— expressément jugées insuffisantes "to prevent the failure of justice" par le préambule du C.L.P.A. de 1852. —

limites qui, conjuguées avec certaines autres disciplines, celle du "proper remedy only", par exemple, avaient faire dire à certains juges anglais de l'époque que la justice était devenue

" — a wild justice — ", (21)

et que la conception prévalant alors constituait

" a whole disgrace in the English Law". (22)

Quoi qu'il en soit de cette... considération, examinons d'un peu plus près les arrêts que cite l'édition Powell de 1892.

Les arrêts... les seuls que mentionne cet ouvrage sont au nombre de six. Comme il s'agit d'un compendium, ils n'y sont pas analysés: les auteurs Cutler & Cagney se content d'en extraire la note dominante qu'ils énoncent par un trait, une phrase, ou deux à peine. Un seul arrêt est plus longuement décrit. De ces six arrêts, les trois premiers sont ceux de

"Newby —vs— Sharpe" — 1878 —

"Tildesley —vs— Harper" — 1878 —

"Steward —vs— North Metropolitan" — 1886. —

Ce sont ceux qui, avec celui d'Australian Steam Navigation —vs— Smith, 1889, intéressent plus particulièrement notre sujet, le premier parce que dans ce cas l'amendement aurait été refusé sous le prétexte apparent qu'il changeait

"the whole nature of the action",

et les trois autres... pour les motifs que nous verrons.

(21) — 1852, 1 Smith's L.C. — 86; The Jurist, Vol. 3 pt. 1 n.s.; II Ech. C. — 36 —

(22) — 1825, 4 B. & C. — 445; 3 L.J. (a.s.) K.B. — 263; 1834 C. & P. — 580 —

L'arrêt *Newby —vs— Sharpe* de 1878 en est un de la Cour d'Appel (Chancery Division). Cet arrêt, on le retrouve également dans les éditions de 1898, 1911 et 1921 de Powell's, de même que dans Roscoe's 1879 et même dans Halsbury 1940.

A analysé en détail... dans l'étude "la demande en justice et son amendement", que doit publier la Revue Légale, nous n'en retiendrons que quelques traits.

Ce serait le "contorsionner" au point de le rendre méconnaissable que de lui faire dire qu'il consacre le principe

"la nature de la demande ne peut être changée par amendement".

Seul, un des trois juges qui formaient alors le banc, Lord Justice Thesiger, a émis l'opinion que l'amendement qui changeait

"the whole nature of the action".

...sans, par ailleurs, préciser ce qu'il entendait par là, ne pouvait être permis.

Le jugement de la Cour ne s'est pas prononcé sur la question d'amendement, celle-ci n'ayant fait l'objet que d'un obiter dictum; elle est coiffée de ce petit mot bien connu en anglais comme en français.

"SEMBLE".

Le jugement lui-même... se lit ainsi :

"Judgment must be entered for the Defendant for that

- 1) — there had been no *eviction*, the removal of the plaintiff's cartridges being only a trespass; and,
- 2) — there had been no breach of covenant by the defendant, for the covenant to keep the premises in proper condition for storing cartridges only referred to their physical condition; and that the grant of liberty to store cartridges there did not import a warranty of the legality of so storing them, nor did anything in the lease bind the Defendant to procure licences to make the storage legal.

Si ce n'est pas là un jugement sur le fond même du litige... dépouillé de toute considération sur l'amendement, il y a lieu de reviser nos notions sur les jugements !

Quoi qu'il en soit, laissons... ce *mirage* et arrêtons-nous à l'autre arrêt, le second mentionné par Powell's 1892: *Tildesley —vs— Harper*... avec lequel nous avons déjà fait sommairement connaissance... pour en avoir recueilli un extrait dans la dissidence de Sir A.A. Dorion dans l'arrêt québécois, *Sénéchal —vs— Cie d'Imprimerie*. ⁽¹⁷⁾

Cet arrêt vedette, non seulement en Angleterre, mais en Ontario, on le retrouve dans tous les traités anciens et nouveaux des grands maîtres anglais. Taylor, par exemple, lui consacre une section entière de son édition de 1887 — ⁽²³⁾ — et fait de même dans celle de 1931 — ⁽²⁴⁾ — . Halsbury's lui accorde une attention analogue. ⁽²⁵⁾

(23) — Taylor's — 1887 — Vol. 1, p. 1 —

(24) — Taylor's — 1931 — no. 40 —

(25) — Halsbury's — 2ème édit. Vol. 26 sous le No. 90, p. 55 et 56 et Vol. 25, sous le No. 425, p. 256.

Enfin, en 1958, la Cour d'Appel d'Angleterre, s'inspirant de ce phare doctrinaire, en reconnaissait la perpétuelle luminosité. (26)

Les notes de Lord Justice Bramwell... que salue en ces termes l'ouvrage "Judge and Jurist in the Reign of Queen Victoria" : (26a)

"to the three judges of the golden age, Bramwell, Blackburn and Willes, greatness cannot be denied, etc.."

pour sa part, avait eu ceci à dire sur la recevabilité de l'amendement :

"In my opinion, the Defendant ought to have been allowed to amend his statement of defence. I have had much to do in Chambers with applications for leave to amend, and I may perhaps be allowed to say that this humble branch of learning is very familiar to me. My practice has always been to give leave to amend unless I have been satisfied that the party applying was acting mala fide, or that, by his blunder, he had done some injury to his opponent which could not be compensated for by costs or otherwise" —

"It is quite right that the rules of the Court should be observed and that a party should be fined for his mistake, but the fine should be measured by the loss to the other side, and not by the importance of the stake between the parties".

Cette règle, en parfait accord avec les fins supérieures de la justice, son collègue, Lord Thesiger, avec qui nous avons fait connaissance par l'arrêt Newby —vs— Sharpe, en démontrait, de façon lapidaire, la nécessité :

"The object of the rules of the Court, as to pleadings, is to obtain a correct issue between the parties, and when an error has been made, it is not intended that the party making it should be, "mulcted" in the loss of the trial".

Onze ans plus tard, en 1889, le Conseil Privé, qui rejetait un amendement fait dans le seul but de permettre de soulever — a purely technical objection, — reconnaissait la continuelle actualité de cette règle. Rendait alors jugement pour la Cour, Lord Justice Bramwell écrivait :

"Their Lordships are strong advocates for amendment whenever it can be done without injustice to the other side, and even where they have been put to certain expense and delay, yet if they can be compensated for that in any way it seems to their Lordships that an amendment ought to be allowed for the purpose of raising the real question between the parties".

Cet arrêt, *Australian Steam Navigation —vs— Smith*, est également un des six jugements cités dans Powell's, 1892.

Steward —vs— North Metropolitan est le troisième arrêt mentionné dans Powell's 1892. Ce jugement de 1886,... dont la Cour Ontarienne reconnaissait le bien fondé en 1946 dans l'arrêt Slatery —vs— Ottawa Electric, (27) mérite une mention particulière. Dans cette cause, Lord Esher M.R., après avoir reconnu qu'il ne pouvait

(26) — All. Eng. Law Rep. — 1958 — Vol. 3 — p. 540 —

(26a) — 1959 — C.H.S. Fifoot, the Hamlyn Lectures, 11th. series —

(27) — S.C. French, 1957, Practice & Procedure in Ontario, vo: Amendments of Pleadings 127 — 133 —

y avoir injustice pour l'adversaire si le préjudice que l'amendement lui causait, pouvait, en toute justice, être compensé en frais, développait ainsi sa pensée :

Two propositions are well established :

"First that although it may be that the plaintiff was lax or forgetful in not putting his pleading in the form in which it *should have been originally*, if any harm arising from that can be compensated for by costs, there is no reason for not allowing him to repair the error;

"Secondly, if owing to the mistake of the plaintiff there has been an *injury* to the defendant, or such a change in his position that he cannot get justice done, then such amendment ought not to be allowed".

N'est-ce pas que l'on y perd . . . son latin, si l'on essaie de concilier tout ce contexte législatif et jurisprudentiel anglais de l'époque comprise entre la codification de notre code et les travaux de refonte commencés en 1893, avec ces commentaires des Commissaires :

"mais les décisions" — d'Angleterre et de plusieurs pays de droit anglais — "tendent à le maintenir" — le pouvoir d'amender — "dans les limites que nous lui avons assignées dans le projet", i.e.,
"la nature de la demande ne peut être changée par amendement" ? —

Dans l'édition de 1957, d'Odger's, l'on trouve en exergue ce jugement de 1907 :

"Although a Court cannot conduct its business without a code of procedure, the relation of the rules of practice to the work of justice is intended to be that of a

handmaid rather than mistress;

"and the Court ought not to be so far bound and tied by the rules, which are after all only intended as general rules of procedure, as to be compelled to do what will cause *injustice* in the particular case" (28)

En vous citant l'extrait de ce jugement... n'ayez crainte, je ne veux pas, par là, entamer une autre dissertation sur l'évolution du droit anglais depuis la Refonte de notre code en 1897; l'étude que publiera la Revue Légale... le fait d'ailleurs.

Mon intention n'est autre que m'en inspirer, pour conclure ce long exposé sur le droit anglais.

Avant la Réforme, les disciplines établies pour faire valoir un "droit" ou le défendre jouaient le rôle prépondérant, celui de "mistress", dans la décision d'un litige n'intéressant que l'ordre particulier; la forme l'emportait alors sur le fond. La Réforme a renversé les rôles et rétabli la hiérarchie des valeurs. En pareil cas, depuis lors, le rôle de "mistress" est tenu par le droit, et celui de "handmaid", par les disciplines; le fond l'emporte sur la forme.

Et puisque... nous avons promis de ne pas conclure sans aussi considérer les grands traits du système français et québécois de demande et d'amendement, dans son contexte ancien... et nouveau pour celui-là du moins, procédons, si vous le voulez bien.

EN FRANCE,

— d'où nous vient l'ensemble des règles de notre système de demande en justice. —

Le droit judiciaire de ce pays n'a pas emprunté au droit romain son inextricable classification des actions, selon un disciple de Poncet, Jocotton.

La seule division des actions, qu'il ait jamais reconnue, est celle que Foignet appelle "summa divisio actionum" — Droit Romain, 1ère édition — 1931, p. 322 — la division essentielle qui varie suivant la nature du droit réclamé et la nature de l'objet demandé: les actions personnelles, réelles ou mixtes / mobilières et immobilières et leurs variantes. (29)

Comparé à celui fait par le droit judiciaire anglais d'avant la Réforme, — (30) — l'emprunt a été peu considérable. En définitive cependant, et en dépit de cette différence de quantité, le droit français, tout comme le droit anglais, n'a-t-il pas adopté lui... aussi le système même du

"proper remedy... only" ? —

L'opinion de Blackstone, à ce sujet, permet de le croire.

"The Roman introduced pretty early set forms for actions and suits in their law, after the example of the Greek, and made it a rule that each injury should be redressed by its

"proper remedy only".

Selon cet incomparable commentateur du droit anglais

"all the modern legislatures in Europe

"have found it expedient...

"to fall into

"the same or a similar method".

Pour peu que l'on s'arrête aux disciplines établies pour faire valoir son droit, l'on peut difficilement admettre que la France ait fait exception et qu'elle n'ait pas, elle aussi, adopté un système de demande analogue à celui que la Réforme du droit anglais a si ouvertement répudié.

En substance, ces disciplines veulent que par ses "conclusions"... chez-nous c'est l'action qui, pour le demandeur, tient lieu de cet acte de procédure.... celui qui poursuit "expose au tribunal et la demande et les motifs sur lesquels celle-ci est fondée".

Il ne peut se contenter d'exposer les faits sur lesquels il s'appuie, pour laisser ensuite le tribunal décider du remède ou de la sanction appropriée.

(29) — Les Actions Civiles — 1847 — p. 3, No. 5 Me M. A. Jocotton —

(30) — Commentaries of the Law of England (1862) Vol. 3 — p. 123 et s.

Ce remède, cette sanction qu'il désire obtenir, il a l'impérieuse obligation de l'indiquer expressément au tribunal, tout en lui demandant de sanctionner ce choix et de lui donner force exécutoire.

Il est superflu d'ajouter que le remède, ainsi précisé et demandé, doit correspondre à celui prescrit ou prévu, de façon explicite ou implicite, par la disposition générale ou particulière du Code civil, ou de la loi sur laquelle la demande est elle-même basée.

Cette triple correspondance, entre

- le mal dont on se plaint,
- le remède demandé, et
- le remède prescrit par le code ou la loi,

doit, à tout prix, exister, sans quoi toute faille est fatale.

Le tribunal, par ailleurs, est lui-même lié par les "conclusions"; il ne peut statuer ni "infra", ni "ultra petita", sans s'exposer à voir sa décision réformée ou cassée. Bref, comme le disent encore Cuche & Vincent, "le Juge est un quelque sorte enfermé lui aussi, dans le lien d'instance tel que les parties l'on façonné". (31)

Cette théorie de l'immutabilité du litige, au niveau des parties et du tribunal, le droit judiciaire français, — qui y a toujours cru, mais y a apporté des tempéraments considérables — l'a adoptée parce qu'il la croyait plus conciliable que toute autre avec la liberté des individus, avec l'intérêt privé qui, somme toute, est seul généralement en jeu dans un litige civil.

Sur les mérites respectifs de cette théorie, à laquelle le droit anglais a souscrit pendant... sept siècles, et sur ceux de la théorie opposée, que, par étapes prudentes et expérimentales, il a adoptés au siècle dernier, je n'aurai évidemment pas l'audace de m'aventurer... Mes préférences vont, toutefois, sans hésitation, au système axé sur la conception voulant que, dans une instance, le "droit", le plus précieux des biens... soit le Souverain, et non, les règles établies pour assurer et perpétuer son règne.

Pour revenir aux "contrastes" que fait voir l'examen du droit français ancien et moderne sur la théorie de l'immutabilité de la demande, empruntons à Cuche & Vincent quelques considérations sur les "conclusions", au sens français du mot.

Après avoir exposé que "l'échange des premières conclusions fait venir l'affaire — dont il s'agit — à l'audience de liaison de l'instance", et qu'"elle — l'affaire en question — est ensuite instruite pendant un certain temps sous la juridiction du juge délégué", ils ajoutent:

"mais au cours de cette instruction des incidents ont pu surgir qui ont donné lieu à l'échange de nouvelles conclusions" (No. 325).

(31) — Précis Dalloz, Proc. Civile & Com. — 1957 — No. 283 à 288 b —

Au nombre de ces incidents, ils énumèrent plus précisément
 "les incidents provenant de la *modification*, soit des *prétentions* des parties,
 soit du personnel du procès (No. 488).

Aucun doute possible... les "conclusions" primitives peuvent être
 modifiées par la suite au cours de l'instance, — en appel même — si
 l'on s'en rapporte à leur interprétation du décret-loi de 1935 sur la
 prohibition des *demandes nouvelles*", appuyée par les arrêts cités:

"Ne pourra être considérée comme *nouvelle* la demande procédant directement
 "de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur
 "des *causes* ou des *motifs* différents".

"Désormais la demande nouvelle est celle qui change les parties, leur qualité,
 "ou l'objet de la réclamation".

"En revanche, un simple changement de *cause* ou de *motif* ne confère pas, au
 "sens de l'article 464, le caractère nouveau à une demande".

"Ainsi, il est actuellement possible, dans une instance d'*appel*, de fonder son
 "action sur l'article 1384, alors que l'on avait invoqué 1382. / de *plaider*
 "sur la *responsabilité contractuelle*, alors que le premier débat avait été institué
 "sur la *responsabilité délictuelle*".

"Sans doute faut-il que cette *demande nouvelle*, par sa cause ou ses motifs,
 "procède directement de la demande originaire et tende aux mêmes fins".

"Mais il est incontestable que, depuis 1935, la distinction entre *demande nou-*
velle et *moyen nouveau*" —

— permis devant les juges du premier degré et d'appel, sont seule-
 ment prohibés en cassation, No. 288 —

"a perdu beaucoup de sa netteté et, il faut l'avouer, de son intérêt pratique".
 No. 435.

Si l'on tient compte, en outre, que les "*demandes nouvelles*" peu-
 vent être admises dans quatre ou cinq cas particuliers... et aussi de l'é-
 largissement de ce décret-loi en 1944,... l'on en a, certes, plus qu'il en
 faut pour conclure que, là aussi, le système de la "seule bonne pilule" a
 évolué assez radicalement.

AU PAYS DE QUEBEC...

— en Amérique du Nord...

et

— au 20ème siècle...

ainsi que le rappelait avec tant d'à-propos Me Charles Laurendeau, c.r. —
 (32)

Quelques exemples nous permettront de mieux voir les "contras-
 tes" recherchés.

1er exemple —

A la suite d'un accident, survenu entre le véhicule de "A" et celui de "B",
 une action en dommages est prise par "A", qui tient celui-ci responsable à cause

de certaines fautes qu'il lui reproche. A l'instruction, ou avant, "A" apprend, qu'en fait, le véhicule de "B" n'était pas conduit par ce dernier, mais par "C", son chauffeur, alors et là dans l'exercice de ses fonctions.

Que "B" ait été au volant de son véhicule lors de l'accident, ou que celui-ci ait alors été conduit par son préposé dans l'exercice de ses fonctions, est-il à remarquer, le recours de "A" contre "B" existe quand même, pourvu évidemment qu'une faute soit prouvée. Là n'est cependant pas le problème. — Dans le premier cas, l'action repose sur 1053 C.C., dans l'autre sur 1054 C.C. — Dans un cas comme dans l'autre, l'action qui complète à "A" est *personnelle*; elle est également *quasi-délictuelle*, puisqu'elle a sa source dans une obligation de ce nom. —

Fait important à noter également, la prescription n'a pas encore fait son oeuvre au moment de cette découverte et de l'amendement projeté.

Dans de telles circonstances, l'amendement tenté par le demandeur pour alléguer ce qu'il vient de découvrir sera-t-il reçu ? —

D'après un jugement majoritaire de la Cour d'Appel, — qui, il y a moins de dix ans, se prononçait sur des faits substantiellement identiques, — l'amendement change le lien de droit entre les parties et, partant, la nature de la demande, avec la conséquence qu'il ne peut être reçu et que l'action doit être rejetée.

Vrai, cependant, qu'à côté de ce jugement qui fait école, l'on trouve une dissidence puissamment motivée et plus d'une expression d'opinion à l'effet que l'on ne change pas la nature de la demande, si celle-ci, après comme avant l'amendement, demeure *personnelle*, réelle ou mixte suivant le cas, et si, par-dessus le marché, elle continue d'avoir son origine à une source commune.

2ème exemple —

Action en dommages pour inexécution de contrat. Tous les faits matériels nécessaires au maintien de l'action sont prouvés, y compris les dommages réclamés. Dans le délibéré, le Tribunal s'aperçoit que le demandeur a omis de conclure à l'annulation ou résiliation du contrat en question et qu'aucune demande d'amendement n'a été faite.

Lié qu'il est par les conclusions boiteuses de la demande, i.e., ne pouvant adju-ger *ultra petita* (art. 113 P.C.) il ne pourra condamner le défendeur à payer les dommages prouvés, et se verra forcé de rejeter l'action, que le droit même d'action soit prescrit ou non.

3ème exemple —

"A" et "B" font ensemble un contrat de société en vue de certaines opérations forestières. L'entreprise périclité après un certain temps et "A", qui se rend compte que son associé "B" s'en désintéresse, après mise en demeure de faire dresser un bilan par un technicien, engage un C.A. qui procède à cette opération, puis de ses propres deniers, paie en entier les dettes de la société. Le contrat de société prévoyant partage égal dans les profits comme dans les pertes, "A" réclame de "B" la moitié du montant ainsi payé. "B" ayant fait la sourde oreille, "A", alléguant en substance ces faits, prend action contre "B" et lui réclame ce montant, \$4,000.00 environ.

Outre certains autres faits, qui n'ont guère d'importance sur les conclusions à tirer de cet exemple, "B" plaide en substance qu'aucune réclamation ne peut être faite par un associé à son co-associé, tant et aussi longtemps que le compte de chacun n'a pas été établi à l'amiable, ou par une action "pro socio". Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il demande le renvoi de l'action. Cette prétention de droit, il faut le reconnaître, est conforme à la loi et à la jurisprudence.

Ainsi que l'aurait voulu le Tribunal, qui a eu à trancher ce litige, il aurait sûrement été plus équitable et juste de suspendre le jugement sur cette action jusqu'à ce que les parties aient volontairement ou judiciairement établi leurs comptes respectifs, pour ensuite, décider du mérite de l'action.

Le Tribunal eut-il adopté ce procédé qu'il aurait, sans grand doute, outrepassé ses pouvoirs. L'action a, en conséquence, été rejetée avec dépens.

Ces trois exemples... pris au hasard et empruntés, non à l'histoire ancienne — le dernier est un de novembre 1960, ⁽³³⁾ — mais à celle d'un peu tous les jours, témoigne de façon éloquente de l'importance respective du droit et de la procédure... et aussi de la somme des pouvoirs accordés aux tribunaux!

Notre droit judiciaire, décalque de celui de la France dans plus d'une institution et, en particulier, dans notre système de demande en justice, proclame hautement, à l'article 3, qu'il n'y a pas de droit sans action corrélatrice. À l'exemple de son modèle, il ne fait pas au plaideur l'obligation de chercher, dans une classification dédaléenne des actions, le remède approprié au mal dont il se plaint. Les divisions et subdivisions de ses actions sont celles du contexte d'emprunt.

Cependant... en dépit de cette réjouissance annonce d'un tout premier article de notre code, malgré cet emprunt minime à la classification romaine des actions... notre système de demande en justice n'a rien de bien prometteur pour le plaideur, si on en examine un tant soit peu les disciplines et si l'on s'arrête ensuite au caractère, pour le moins janséniste, de notre mesure de recevabilité de l'amendement de la demande, comme à la pauvreté des pouvoirs accordés aux tribunaux.

Notre Système de Demande... en justice —

Eu substance, et à l'exemple de son modèle français, il exige que le demandeur

expose les faits substantiels qui donnent ouverture au remède légal demandé.

— précise expressément ce remède... qui doit nécessairement découler juridiquement d'eux, et

— conclue, non moins expressément, à l'application par le tribunal de ce remède approprié.

C'est dans ce syllogisme d'ordre juridique que le tribunal est enfermé. Pour juger, il ne peut sortir de cette sphère... même si le débat a pris plus tard une orientation différente, sans l'opposition in limine du défendeur — arrêt majoritaire de 1959 de la Cour d'Appel. ⁽³⁴⁾

Comme en France, le tribunal est lié par les conclusions — au sens québécois du terme. — Il ne peut statuer "ultra petita".

Somme toute, pour obtenir du tribunal le remède approprié à son mal véritable, il faut le triple concordance dont il a été question au cours de l'examen sommaire du système français de demande.

(33) — 1960 — Barry —vs— Bureau, cause non rapportée.
C.S.Q. 87 — 390 —

Si celle-ci n'existe pas, le plaideur n'a qu'à se reprendre... si son droit n'est pas prescrit — il l'est généralement — et si, après avoir payé les frais de son échec, il a encore les moyens pécuniaires de se payer

“another day in Court” —

En bref, notre système de demande, — même sans l'entrave... incompatible avec une pleine mesure de justice qu'est la mesure de 522 P.C., 1er parag. — n'est rien d'autre que le système du

“proper remedy... only”,

dont le droit anglais du siècle dernier disait qu'il constituait

“a great disgrace in the English law”, (22)

et qu'il rendait la justice

“a wild justice”. (21)

Sans doute, un tel système n'a pas que des inconvénients. Ainsi, par exemple, comme le rappelait Odger, en marge du système des “Old Forms” ou du “proper remedy” — l'un n'est que l'aboutissement logique de l'autre —

“it teaches barristers to be precise, and it affords one of the best means of testing a point of law”,

mais, dans son contexte humain d'application, il est, — toujours suivant le même auteur, —

“clearly bad for the suitors”,

qui, après tout...

“deserve some consideration” ! —

Notre Mesure de Recevabilité de l'Amendement —

— que nous a valu la conception ultra formaliste de l'époque de la codification, / et que nous a conservée l'impardonnable erreur d'appréciation des Commissaires de 1897 sur l'orientation de la jurisprudence des arrêts anglais de leur temps —

La nature de la demande... celle qu'elle fait voir, et non celle que l'on a voulu constituer,... on ne peut pas la changer par amendement. Aucun amendement de ce genre ne peut être fait, ni permis, décrète expressément le 1er paragraphe de 522 P.C.

Cette règle, qu'on l'interprète comme signifiant que tout changement est possible pourvu que l'action demeure

personnelle, réelle ou mixte,

—

mobilière ou immobilière,

—

pétitoire ou possessoire,

suivant le cas, / ou qu'elle veuille que l'on ne puisse faire “comme d'abord l'on aurait dû” si, par là, l'on change les éléments de la demande :

“les parties, leur qualité, l'objet ou la cause”,

est, sans doute, d'un rigorisme inégalé sur notre planète au 20ème siècle.

Pour donner le fond de ma pensée, elle est, suivant l'expression recueillie dans la bouche même d'un de nos plus grands civilistes de l'époque contemporaine, — que, pour plus d'un motif j'estime préférable de ne pas nommer, —

“d'un formalisme étrange”.

L'Amendement et les Pouvoirs de nos Tribunaux —

Les pouvoirs que, proprio motu, nos tribunaux peuvent exercer dans le domaine de l'amendement, par rapport à ceux des tribunaux anglais en la matière, ne se comparent guère, tellement les “contrastes” sont frappants. Les premiers sont des infiniment petits, les autres des infiniment gros.

Tous les amendements nécessaires à la détermination de la “real question in controversy between the parties”, les tribunaux anglais du premier comme du dernier degré, à toutes les phases de l'instance, peuvent les décréter d'office, depuis la Réforme... ce sont eux qui, par ailleurs, à leur niveau respectif, et depuis lors, légifèrent en matière de procédure et pratique.

Outre certains tempéraments qui, depuis la Refonte du code, permettent à nos tribunaux d'ordonner, par exemple, une nouvelle signification de l'action au cas d'irrégularité de la première, la mise en cause d'une partie dont la présence est nécessaire, / ceux-ci peuvent, en définitive, exercer d'office, en matière d'amendement, les mêmes pouvoirs que les tribunaux anglais au temps où, selon le Comte de Franqueville, la procédure était encore “barbare”. Proprio motu, ils ne peuvent guère imposer, en effet que les amendements dits de concordance et ceux jugés nécessaires pour remédier aux défauts de forme ne causant pas de préjudice.

Les “contrastes” sont non moins frappants à un autre point de vue: notre Cour d'Appel ne possède aucun pouvoir d'amendement. Elle doit s'accommoder de la mesure de 522 P.C. pour apprécier si, oui ou non, le tribunal de première instance a erré en se prononçant sur la recevabilité ou l'irrecevabilité de l'amendement. De plus, pour elle le litige, tel qu'il a été soumis au tribunal de première instance, doit demeurer dans le statu quo; elle n'y peut rien changer d'office.

Sur ce sujet, laissons la parole à un Juge de la Cour Suprême, reconnu par la profondeur de sa science juridique:

“Your Superior Court under your new code possesses liberal power of amendment”.

Mais, ajoutait-il alors... c'était en 1922,

“your Court of Appeal, so far as I am aware, still lacks these powers”.

Pour appuyer la suggestion qu'il devait faire plus tard, il continuait;

“Necessity for amendments of pleadings, not apparent at the trial sometimes develops when the legal issues have been thoroughly threshed out in the Appellate Court”.

Faute de pareil pouvoir, poursuivait toujours le Juge, la Cour d'Appel n'a pas d'autre solution que de renvoyer les parties devant la Cour Supérieure pour que, dans l'exercice des pouvoirs qui sont siens, celle-ci ordonne l'amendement

"in order that justice may be done".

Il serait à-propos, concluait-il, que dans l'intérêt d'une saine, effective et économique administration de la justice, votre Cour d'Appel soit

"clothed with the same powers of amendment as the Superior Court possessed".

Ces pouvoirs, elle pourrait les exercer,

"in its discretion, when the ends of justice require it and upon such terms as will protect the interests of all parties to the litigation". (35)

Hon. Mr. Justice Anglin of the Supreme Court —

C'était là nous rappeler, de façon on ne peut plus délicate, une carence de notre droit judiciaire...

Est-il besoin d'ajouter que cette *lacune* elle existe encore ! —

Et enfin, comme si ce n'était pas déjà suffisant... un dernier "contraste" et — certes pas le moindre — : la disparité dans la mesure de recevabilité de l'amendement de la demande en justice aux divers niveaux des tribunaux appelés à trancher les litiges québécois.

La Cour Suprême du pays, qui, en certains cas, a juridiction sur les litiges du Québec, n'est pas liée par les dispositions surannées et moyenâgeuses de 522 P.C., 1er parag., ainsi que le sont nos tribunaux provinciaux : la Cour Supérieure et la Cour d'Appel. L'*arrêt Russell —vs— Lefrançois*, de 1882, l'a démontré de façon non équivoque.

Elle peut d'office imposer tout amendement nécessaire à la détermination du mérite même de la cause, de la "real controversy", (vide réf. sous 522 P.C.)

Les pouvoirs qu'elle possède en la matière, depuis 1880, sont ceux des tribunaux d'Angleterre depuis la Réforme.

Sans autre commentaire... on peut pour le moins se demander comment un pareil état de chose se concilie avec ce que le Juge Anglin appelait

"the ends of justice" ? —

CES COMPARAISONS...

sans doute elles établissent que,

- au pays de Québec.
- en Amérique du Nord.
- dans la dernière partie du vingtième siècle.

(35) — *Stare Decises & Other Subjects* — Causerie devant l'Assoc. du Jeune Barreau, 2 février 1922 —

pour faire valoir en justice un droit d'ordre strictement civil, l'on est encore astreint à des disciplines et à une méthode à l'honneur au moyen-âge, voire même au temps des Romains et des Grecs, alors que, tout autour de nous, et

même près le tribunal qui, sur les litiges les plus importants, a le dernier mot à dire,

ce système, celui du

"proper remedy... only",

voulant que tout dans une demande tourne

"in the form of action the plaintiff elected to sue",

c'est depuis un siècle près qu'il est devenu objet de musée.

Cet état de chose... auquel, sans doute, n'est pas étrangère l'erreur d'appréciation des Commissaires de la Refonte sur la portée de la Réforme en Angleterre, ne fait cependant voir qu'un aspect de notre droit judiciaire... fait aussi de la jurisprudence des arrêts.

De ce côté...

il est pauvre notre patrimoine doctrinaire — quelques rares arrêts du temps où les juges n'étaient pas toujours sous pression constante, quelques synthèses, par ailleurs précieuses, et une critique des arrêts qu'en plus d'un milieu l'on aimerait considérable...

elle est plus réjouissante la perspective. Quoi que l'on puisse par ailleurs penser de cette initiative, nos tribunaux n'ont pas attendu le consentement du législateur pour "humaniser" un peu notre système de demande.

Pour peu que l'on observe de ce côté, l'on constate que, s'ils sont encore nombreux, les arrêts qui interprètent simplement nos disciplines de demande en justice, selon la lettre et l'esprit de la loi, il n'en manque pas d'autres, par ailleurs, qui, pour parvenir à décider de l'enjeu véritable, la "real controversy", n'ont pas hésité à forcer la consigne, à la contorsionner... au point de la rendre souvent méconnaissable, lorsque, tout simplement, ils ne l'ont pas ignorée.

Au surplus, il n'est pas rare de trouver, dans un même arrêt, des opinions qui, sur le rôle respectif de la procédure et du fond dans une instance, diffèrent comme le jour et la nuit. Ainsi, tout récemment, — l'arrêt est de 1959 — l'on peut voir juxtaposées une opinion majoritaire à l'effet, somme toute, que tout dans une instance tourne autour de la

"form of action in which the plaintiff elected to sue".

et une double dissidence, puissamment motivée, à l'effet qu'en procédure, "lorsque l'intérêt privé est seul en jeu, rien n'est sacramentel". (34)

Malgré la vertu réconfortante de cette poussée non conformiste,

voulant que la procédure ne soit sacramentelle que si elle intéresse l'ordre public,

34) — 1959 B.R. — 715 — Létourneau —vs— Lessard —

il faut bien admettre que deux écoles — il y en a deux dans presque tout notre système de demande — c'est trop.

Pareille dualité n'a rien de rassurant pour le plaideur, l'avocat et le juge; les "montagnes russes" de la jurisprudence de nos arrêts en la matière donnent toujours un peu le vertige.

"Misera est servitus ubi jus est vagum aut incertum"

rappelait ce vieil axiome latin que Broom traduisait:

"Obedience to law becomes a hardship when that law is unsettled or doubtful".
(36)

Même si, en l'espèce, il ne s'agit pas de la loi proprement dite, n'est-ce pas que, dans notre contexte, l'on peut en dire autant de notre droit jurisprudentiel? —

Et Pour Cette Raison Aussi...

il est grandement temps que, dans notre procédure, les règles et la méthode établies pour faire valoir un droit, reprennent leur place véritable. La "procédure", comme le disait si bien Me T. L. Bergeron, c.r., dans un lumineux exposé sur les exceptions préliminaires, "doit viser

"à la protection des droits et non pas à leur négation". (37)

Non pas évidemment qu'il faille lui dénier un caractère disciplinaire. Elle est gardienne du droit... ou du fond, et comme disait l'autre,

"rien ne dure, même qui a du fond, qui n'a pas de forme"...

Sans l'ombre d'un doute, elle doit être une discipline, mais, comme le préconise Me Bergeron, une discipline qui ne soit pas telle qu'elle puisse, lorsque, bien entendu l'ordre ou l'intérêt public est hors question, tenir en échec le droit qu'elle a précisément pour mission de protéger. Autrement dit, ce n'est pas la perte d'un procès qu'il faille, en telle occurrence, punir une lèse-majesté à la procédure, quelque irrévérencieuse qu'elle soit et que la cause de celle-ci réside dans l'erreur ou même l'ignorance.

Sa fonction propre, son rôle véritable de "handmaid" et non de "mistress", elle le remplira si, comme le dit toujours Me Bergeron, elle est

"claire et souple, accessible aux excuses valables".

Et Pour Finir...

par où l'on a commencé, une dernière considération sur notre mesure de 522 P.C.

(36) — 1854 — Broom's Legal Maxims, No. 111 —

(37) — 1959 — Etude Critique des Exc. Prél. —
Me T. L. Bergeron. 19 R.B. — p. 49 à p. 67 in fine —

Son "nunc dimittit", ce n'est pas d'hier que nos tribunaux l'ont prononcé.

"Pour ma part, je ne verrais pas grand inconvénient à ce que la loi permette
"de changer la nature de l'action".

disait, en 1922, le Juge Dorion dans la cause Barone —vs— Grand Trunk Rly. (1)

En 1934, le Juge Stein, dans Bellavance —vs— Pelletier, faisant siennes les paroles du Juge Dorion, ajoutait:

"In some of the States... it is held to be within the power of the Court before
"trial, to allow the plaintiff to insert in his complaint a new and distinct
"cause of action, etc". (38)

Tout récemment encore, en 1955, Me Jean Martineau, c.r., alors Juge de la Cour d'Appel, en termes non équivoques, exprimait clairement sa pensée dans Dupuis —vs— Derosa:

"Il ne fait aucun doute que la plus grande latitude doit être donnée aux par-
"ties d'amender leurs procédures, afin qu'elles puissent exercer pleinement
"leurs droits" —

et continuait ce juriste:

"je crois que, sur ce point, le code de procédure civile n'est pas assez large et
"qu'il devrait être permis à une partie d'amender.

"en tout temps, de façon à ce que justice complète lui soit rendue, même si cet
"amendement changeait la nature de son action, / pourvu, bien entendu, que
"tel amendement ne fasse pas revivre un droit déjà prescrit".

Il enchérissait même:

"il serait utile que les Cours puissent ordonner tel amendement proprio motu".
(39)

SUGGESTIONS...

Elles sont nombreuses les suggestions qui, depuis le courageux et réaliste projet de 1882 du Juge Loranger, ont été faites en marge d'une discipline ou l'autre de notre système de demande... et, en particulier, de celle qui a trait à l'amendement. A ce niveau, et dans leur ordre chronologique, nos recueils mentionnent entre autres les suivantes faites par :

- le Juge Dorion, en 1922 — (40)
- le Juge Stein, en 1934 — (38)
- le Juge Surveyer, en 1944 — (41)
- Me Charles Laurendeau, en 1947 — (32)
- le Juge Tyndale, en 1952 — (42)
- Me P. Ferland, en 1954 — (43)
- le Juge Martineau, en 1955 — (39)
- Me P. Ferland, en 1959 — (44)

(38) — 1934 — Bellavance —vs— Pelletier — 38 R.P. — 157 —

(39) — 1955 — Dupuis —vs— Derosa — 1955 B.R. — 413. à la p. 417 —

(40) — 1920 — Barone —vs— Grand Trunk Rly. 24 R.P. — 65

(41) — 1944 — 4 R.B. — 112 —

(42) — 1952 — 12 R.B. — 210 —

(43) — 1954 — 14 R.B. — 202 —

(44) — C.P. Annoté 1959 — Me P. Ferland, p. X —

C'est à deux mains qu'il faut souscrire à ces recommandations, qui, si elles étaient accueillies par le législateur, permettraient, somme toute, que d'une part,

- à toutes les phases de l'instance,
- à tous les échelons de la hiérarchie judiciaire,
- sans risquer d'être "mulcted in the loss of the trial"
- l'on puisse faire "comme d'abord l'on aurait dû",
- lorsque l'injustice que, par là, l'on cause à l'adversaire se résume à un préjudice de "frais... ou de délai".

et que, d'autre part,

- en première instance comme en Appel,
- nos tribunaux puissent, proprio motu,
- imposer tout amendement nécessaire à la détermination de la "real controversy between the parties".

S'il est avéré que les tribunaux n'existent pas

"for the sake of discipline, but for the sake of deciding matters in controversy" — Bowen J. (45)

s'il est vrai, selon le lapidaire credo du Juge E. Rinfret, que la justice "n'est pas affaire de technicalité ou surprise", (46)

seul un régime d'amendement, ainsi conçu, serait vraiment compatible avec la mesure de justice... la plus pleine possible... due à tous ceux qui sollicitent l'intervention judiciaire.

Bien plus...

— et c'est en toute déférence pour un système qui n'a pas que des défauts,

... sans doute a-t-il, comme le chauffage au bois ou la carriole, correspondu aux besoins de son époque, mais, comme eux aussi, il ne cadre plus dans notre contexte québécois actuel.

que je continue dans la voie des suggestions ! —

Si l'on ne veut plus d'un système où, somme toute, tout tourne

"in the form of action the plaintiff elected to sue",

mais d'un autre, axé sur la souveraineté de la

"real controversy",

sur la procédure, sans doute, faudra-t-il rompre, de façon particulière et précise, avec bien des disciplines de notre droit judiciaire. Sans doute

(45) Cropper vs Smith. The Judicature Act of Ontario, 1898, by Holmsted & Langton, p. 500 et s.

(46) — 1958 — Poulin —vs— Laliberté — 1953 B.R. — 8 —

(47) — S.C. French — cité à (27), règle No 183 —

faudra-t-il aussi, et pour plus de précaution, transplanter in toto, textuellement même, une disposition du genre de la suivante, empruntée au droit ontarien moderne :

"A proceeding shall not be defeated by any formal objection, but all necessary amendments shall be made, upon proper terms as to costs or otherwise, to secure the advancement of justice, the determining the real matter in dispute, and the giving of judgment according to the very right and justice of the case...! (47)

Cependant,... si l'on veut, qu'à l'avenir, l'on puisse exercer un droit d'ordre privé, sans être tenu —

sous peine de se voir — avec dépens — refuser l'intervention judiciaire demandée —

- a) — d'abord, de bien diagnostiquer son mal et de trouver le remède approprié.
- b) — et, ensuite, de faire part de ses trouvailles au tribunal.
- c) — et, d'abondant, de lui demander de prescrire le remède que l'on a jugé approprié.

...c'est ça au fond le système du "proper remedy... only" combiné avec 113 P.C., ... c'est ce dernier article même qu'il faut ne pas mettre à la base de notre futur système et, à tout prix, proscrire.

Partisan de la théorie voulant que le droit, que par la demande... en justice l'on exerce, ne puisse être tenu en échec que par un "pair", un égal, ou un supérieur, — le droit correspondant de l'adversaire ou l'intérêt même de la société, — c'est avec enthousiasme que je sous-crirais au système de demande beaucoup moins perfectionniste... beaucoup moins "emmitoufflé", voulant que les parties n'aient qu'à énoncer

"the facts on which they rely",

et qu'elles laissent le tribunal

declare the law arising from the facts pleaded",

en bref, à un système qui rétablirait dans leur rôle respectif la

"mistress" — et la "handmaid".

Et maintenant que le législateur,... par un amendement encore tout récent à 2224 C.C.,

— et, auquel n'est sans doute pas étrangère la féconde, enrichissante et réaliste étude

"Amendement — Demande Incidente et Prescription", du Juge Bertrand — (48)

je ne verrais pas la moindre objection à ce qu'après les mots

"droit et recours",

du texte amendé, les suivants soient ajoutés:

"que le poursuivent... hoped and intended to try".

À ces conditions, semble-t-il, et c'est là ma respectueuse soumission, notre système de demande ne serait plus un vêtement trop étroit, ni trop étranglant pour le sujet à couvrir, suivant l'expression humoristique de l'avocat américain, Clarence Darrow,

"Law should be like clothes... It should be made to fit the people they are 'meant to serve'. (49)

Pour éviter,

au justiciable de demain, l'obligation de porter... pendant un siècle... un vêtement qui ne l'habille pas comme il conviendrait, le remède approprié, le "proper remedy", serait bien, semble-t-il, de changer de tailleur, comme l'a fait le droit anglais au siècle dernier.

En attendant que cette solution idéale... impensable à un moment où les tribunaux ne suffisent pas à abattre la besogne quotidienne,... pourquoi ne pas envisager une autre solution? — Pourquoi, par exemple, ne pas confier à un organisme permanent et, disons-le tout de suite de peur de l'oublier,... adéquatement rémunéré,... formé de représentants du Barreau, du corps professoral et de la Magistrature, le soin d'aviser le législateur sur les corrections à apporter au vêtement ? —

La dépense des fonds publics, occasionnée par une pareille mesure, serait... et c'est encore là une soumission respectueuse... raisonnablement justifiée.