

## Les Cahiers de droit

# Pour une Cour d'appel

Patrick H. Glenn



Volume 31, Number 2, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043022ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043022ar>

[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 note

Glenn, P. H. (1990). Pour une Cour d'appel. *Les Cahiers de droit*, 31(2), 537–550.  
<https://doi.org/10.7202/043022ar>

Article abstract

Judicial inflation is a well-known phenomenon. In addition to the traditional causes of the situation the author raises an intellectual principle : that of overloaded courts. This element makes it possible to analyze the situation with greater accuracy and to recommend a solution to the problem.

## Pour une Cour d'appel

---

Patrick H. GLENN \*

*Le phénomène de l'inflation judiciaire est bien connu. Au-delà des causes traditionnelles de cet état, l'auteur fait état d'un principe d'inspiration intellectuelle : celui de la surcharge des cours. Cette approche permet d'analyser plus justement la situation et de proposer une solution au problème.*

---

*Judicial inflation is a well-known phenomenon. In addition to the traditional causes of the situation the author raises an intellectual principle : that of overloaded courts. This element makes it possible to analyze the situation with greater accuracy and to recommend a solution to the problem.*

---

	<i>Pages</i>
<b>1. Le principe de la surcharge des cours</b> .....	538
1.1. Les sources du principe de la surcharge des cours .....	538
1.2. Les effets du principe de la surcharge des cours .....	541
<b>2. La recherche d'une solution au problème de surcharge</b> .....	545
2.1. La réduction des appels .....	545
2.2. L'augmentation des appels .....	547
<b>Conclusion</b> .....	549

---

\* Titulaire de la chaire Peter M. Laing, Faculté de droit, Institut de droit comparé Université McGill.

Il est évident que nous sommes confrontés à un problème majeur d'encombrement de nos cours, et que ce problème dépasse, et de loin, les limites d'une seule juridiction. Les analyses que l'on entend le plus souvent de ce problème sont axées sur les *causes* du problème, et sont donc représentatives des analyses causales des phénomènes. L'encombrement serait ainsi causé par la croissance de la population, ou par celle du nombre d'avocats, ou par la bureaucratisation de la société, ou par l'impact de la science et de la technologie. Les causes étant ainsi mieux comprises, on pourrait mieux agir pour régler le problème, soit en agissant sur la cause (qui serait toujours sensible aux agissements humains), soit en agissant en fonction de la cause (il y aurait alors, par exemple, un accroissement des cours correspondant à un accroissement de la population). Je ne veux pas minimiser l'importance de cette analyse causale du problème, et j'y reviendrai, mais je pense que d'autres analyses sont possibles. Notamment je veux explorer la possibilité qu'il existe plutôt un principe d'inspiration intellectuelle — que j'appellerai *le principe de la surcharge des cours* — qui explique mieux que toute cause matérielle notre situation actuelle, et qui pourrait influencer nos recherches d'une solution. Quelques remarques donc, d'abord sur le principe de la surcharge des cours, et ensuite sur la recherche d'une solution.

## 1. Le principe de la surcharge des cours

Le principe de la surcharge des cours serait un principe d'inspiration intellectuelle. Il y aura lieu de chercher d'abord les sources intellectuelles du principe, avant de se tourner vers ses effets, au Québec et ailleurs dans le monde.

### 1.1. Les sources du principe de la surcharge des cours

On discute actuellement la question de savoir si, et dans quelle mesure, le *Code civil du Québec* est assujéti à la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup>. Cette question en suppose une autre, qui est celle de savoir si le droit du Code civil est le produit de l'action gouvernementale. J'ai moi-même essayé de distinguer à cet égard entre la codification, qui est sans doute une action gouvernementale, et le droit qui est codifié, pouvant fort bien exister avant et après la codification dans la même forme et donc ne pas dépendre de l'action gouvernementale<sup>2</sup>. La codification ne serait que déclaratoire du

---

1. Voir, sous la direction de C. FORTIN, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988.

2. H. Patrick GLENN, « L'article 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés: la réparation convenable et juste », dans C. FORTIN, *supra*, note 1, p. 75 à 86.

droit. La continuité du contenu intellectuel du droit aurait donc une importance capitale pour le contrôle judiciaire. L'exemple que j'ai cité était l'article 1053 du Code civil actuel, dont les antécédents historiques sont importants, je crois, pour la question de la surcharge des cours.

L'article 1053 n'est pas l'invention des codificateurs de 1866. Ils ont sans doute trouvé leur inspiration dans l'article 1382 du *Code civil* français. Avant le *Code civil* français, cependant, il y avait aussi Pothier, et avant Pothier il y avait Grotius, dont la contribution à notre droit est trop souvent sous-estimée. Selon Michel Villey, le regretté philosophe français du droit, Grotius n'a pas lui-même inventé le contenu de notre article 1053<sup>3</sup>. Il l'aurait plutôt puisé d'une autre source, tout en le transformant en règle judiciaire de caractère moderne, et ce serait dans cette transformation effectuée par Grotius que nous trouvons à la fois les origines de notre article 1053 et aussi d'autres principes plus larges de notre droit actuel.

Selon Michel Villey, Grotius aurait pris la règle que toute personne est responsable du dommage causé par sa faute à autrui non pas du droit romain mais de la morale stoïcienne. En ce faisant, il a non seulement articulé une règle de droit, mais il a aussi radicalement transformé notre conception même du droit, et cela de trois façons différentes. D'abord la conception du droit adoptée par Grotius était une conception suffisamment large pour englober ce qui n'existait auparavant qu'en tant que principe moral. Le droit ne serait plus articulé en fonction de situations concrètes et spécifiques, mais s'étendrait à l'avenir au comportement humain en général et aux principes généraux de la moralité. Ensuite, le droit dont il s'agirait à l'avenir serait un droit rationnel ; des principes moraux ayant maintenant force de droit découleraient des conséquences rationnellement déductibles (ceci, avant Descartes), de sorte que la raison humaine, et non plus la nature des choses, serait le moteur principal dans le fonctionnement du droit. En troisième et dernier lieu, la généralisation de cette règle de morale en règle de droit permettrait de dire, non plus que le droit précisait des devoirs juridiques qui existeraient dans des situations concrètes et spécifiques, mais plutôt des *droits* qui existeraient en tout temps et dont la protection serait assurée par le droit. Ainsi le rôle du droit est devenu très large, le droit est devenu rationnel, et l'instrument principal du droit est devenu — le développement devait prendre quelques siècles — le droit subjectif.

Dans la mesure où l'article 1053 constitue notre droit, les fondements philosophiques de l'article 1053 constituent les fondements philosophiques de notre droit. Nous avons reçu l'article, et nécessairement aussi les principes

---

3. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrétien, 1975, p. 621-630.

qui l'entourent. Quelle est l'importance de ces principes pour la surcharge des tribunaux ? Dans la mesure où le droit s'étend à la moralité, le rôle du droit, et donc des tribunaux, devient nécessairement plus large. Dans la mesure où les droits subjectifs existent au bénéfice de chaque individu, la sanction de la violation de ces droits doit être à la disposition du titulaire des droits, et ainsi l'action en justice devient nécessairement aussi un droit. Et dans la mesure où la décision judiciaire est vue comme le simple exercice de la raison humaine, mettant en application des règles qui précèdent la situation à laquelle elles s'appliquent, l'appel s'impose pour corriger éventuellement le mauvais fonctionnement de la raison humaine. La décision correcte remplace la recherche du juste comme objectif du juriste. Je ne reprendrai pas la critique de Villey, qui est très vive, de cette construction de Grotius. Il suffit de constater, je crois, l'importance de l'œuvre de Grotius pour la question de la surcharge des cours.

En effet, étant donné ces perspectives intellectuelles sur le droit, comment les cours peuvent-elles ne pas être surchargées ? Devenus juges de la quasi-totalité de la conduite humaine et donc de tout différend, qui doit être jugé selon des principes moraux incorporés dans le droit ; devant sanctionner toute violation de droits, qui *pré-existent* à la déclaration du juge ; et devant dire le droit selon les critères d'une rationalité définitive, quel groupe, nécessairement restreint, de juges peut satisfaire aux demandes d'une société même des moins litigieuses ? Si le droit est ainsi, les cours sont nécessairement surchargées — c'est le principe de la surcharge des cours — et les exceptions sont le produit d'accidents de l'histoire, de circonstances exceptionnelles touchant aux cours particulières, ou d'une réception incomplète du rationalisme de Grotius. Ainsi le taux de litiges a chuté de façon radicale au vingtième siècle à cause de deux guerres mondiales et d'une dépression incontrôlée, mais il a retrouvé une progression constante, comme on verra, depuis le rétablissement de la paix et de la prospérité. Quelques cours particulières ont connu des périodes de répit pour des raisons précises — touchant souvent à leur statut et à leur crédibilité au sein de la population. C'était le cas des tribunaux établis par les Anglais au Québec entre 1763 et 1774<sup>4</sup>, de la Cour suprême du Canada entre 1875 et 1900<sup>5</sup>, et de la Cour fédérale du Canada depuis sa réforme en 1970<sup>6</sup>. La réception de Grotius a été moins complète

---

4. Voir A. MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 : Une forme de résistance passive » (1960) *R. du B.* 53.

5. Voir J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada* [:] *History of the Institution*, Toronto, The Osgoode Society, 1985, ch. 2.

6. Voir récemment, en faveur de l'abolition de la Cour, la déclaration du procureur général de la Colombie-Britannique publiée sous le titre « Time to Merge Federal Court with Superior Courts: B.C. A.G. », *The Lawyers Weekly*, le 1<sup>er</sup> septembre 1989, p. 27.

dans les pays de common law — où le maintien du système de formes d'action a empêché la reconnaissance du droit d'agir en justice, au moins jusqu'au début du dix-neuvième siècle, et où l'instauration des cours d'appel a dû attendre le milieu du dix-neuvième siècle. Le Québec a hérité de cette tradition judiciaire plutôt hostile à l'appel — on le voit toujours dans les conditions restrictives de l'appel et dans le caractère de l'appel (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>7</sup>. Nous avons donc une conception du droit qui est liée directement à la pensée de Grotius, mais un système judiciaire qui résiste, pour des raisons largement historiques, à l'expansion du droit et à l'accroissement correspondant du rôle des tribunaux. Dans la mesure où la common law a cependant abandonné les formes d'action d'autrefois et a admis le droit d'agir en justice, la résistance du système judiciaire de la common law n'a plus de fondement dans le droit lui-même. On peut donc envisager que la common law, et plus évidemment le droit du Québec, suive le modèle européen d'expansion du rôle du droit et du rôle des tribunaux. À cet égard, il faut regarder de plus près les effets de ce principe de la surcharge des cours.

## 1.2. Les effets du principe de la surcharge des cours

J'ai déjà fait référence à certaines causes matérielles qui sont souvent citées pour expliquer la surcharge des cours. Pour être plus précis, les causes les plus souvent citées seraient le développement de l'aide juridique, le mouvement général d'accès aux tribunaux, y compris la croissance du nombre d'avocats, l'éducation de la population en matière de droits, la multiplication des lois, et finalement la complexité de la vie urbaine et technologique<sup>8</sup>. Il est impossible d'examiner chacune de ces causes pour essayer de mesurer leur effet individuel, mais il faut souligner dans quelle mesure elles sont compatibles avec les inspirations intellectuelles du principe de la surcharge des cours. Puisque les droits existent, il faut qu'on les enseigne et, puisque les droits doivent être respectés, il faut que l'accès aux tribunaux soit large et que les avocats soient suffisamment nombreux pour répondre aux appels de la population. Les lois doivent multiplier les droits, car le droit s'exprime en termes de droits subjectifs, et seuls les droits commandent le respect dans une société complexe. Les causes matérielles de notre sujet

---

7. Voir, pour la réception des conceptions anglaises de l'appel en droit québécois, A. POPOVICI, « Phénoménologie de l'appel » (1972) 7 *R.J.T.* 445.

8. Voir A. GRISSEL, « La surcharge des cours de justice et les remèdes à cette situation », *Rapport général présenté au X<sup>e</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, manuscrit, 1978, p. 7-10; M. NICHOLS, « Une proportion inquiétante d'appels est logée par pure complaisance », *Le Monde juridique*, Novembre 1987, p. 10.

jouent sans aucun doute un rôle important, mais elles ne représentent pas nécessairement des facteurs neutres qui seraient sans rapport avec notre conception du droit.

Quoiqu'il en soit, la surcharge s'est développée très rapidement pendant les trente dernières années. Il faut distinguer, cependant, entre la surcharge au niveau des tribunaux et cours de première instance, et la surcharge au niveau des cours d'appel. La surcharge de litiges au niveau de la première instance est bien connue et la question des délais judiciaires en première instance a été l'objet de maintes études et beaucoup d'efforts de réforme, notamment en ce qui concerne la Cour supérieure siégeant à Montréal<sup>9</sup>. La surcharge au niveau des cours d'appel est moins connue et a été moins étudiée, mais je dirais que le problème est plus grave au niveau des cours d'appel qu'au niveau de la première instance, pour une raison très simple. Les cours d'appel vont sentir l'effet d'une hausse générale dans le nombre de litiges soumis à notre système judiciaire. Dans la mesure où la masse de litiges augmente, il y aura donc tendance à une augmentation de litiges objet d'appel. Mais il y a aussi un autre facteur d'importance dans la croissance des litiges devant une cour d'appel, qui est celui d'une hausse dans le pourcentage de litiges en première instance qui deviennent objet d'appel. Dans la mesure où l'appel a été conçu restrictivement, comme dans la common law et au Québec, il y a donc des possibilités d'expansion du fardeau de litiges au niveau de la cour d'appel par un relâchement des conditions de l'appel. Ce développement suivrait la logique de la pensée de Grotius, car l'existence de critères pré-établis de justice, notamment sous forme de droits subjectifs, commande l'existence d'un système plus ou moins ouvert de révision des décisions de première instance. C'était déjà la tradition de l'ancien droit français, où l'appel restait possible pendant trente ans après la décision de première instance<sup>10</sup>. Depuis ce temps, le droit d'appel s'est rétréci un peu en Europe, tout en restant très largement ouvert en comparaison avec ce qu'il est dans les pays de common law et au Québec.

Si on prend la France comme exemple de l'Europe, il faut noter d'abord que les effectifs des cours d'appel sont beaucoup plus considérables qu'au Québec. Avec plus de mille juges d'appel et une population aux alentours de 50 millions, la même proportion de juges par rapport à la population, transposée au Québec, nous donnerait une centaine de juges d'appel. C'est

---

9. Voir, pour les réformes récentes au niveau de la Cour supérieure du Québec siégeant à Montréal, le rapport de l'honorable Alan B. GOLD, *Rapport sur les activités de la Cour supérieure du Québec*, 1987-1988.

10. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, p. 218, citant Glasson, Tissier et Morel, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., t. III, n<sup>o</sup> 871.

dire comment l'appel est ouvert en France malgré l'abolition de l'appel de trente ans. Ce qui est intéressant en France, c'est que, même avec un appel si ouvert, le taux de croissance des appels dans les dernières années dépasse de loin la croissance de litiges en première instance. Depuis 1971 le taux de croissance des appels est de 50 % supérieur au taux de croissance des litiges en première instance<sup>11</sup>, et le lot d'affaires restant à juger au niveau des cours d'appel a passé d'environ 100,000 en 1971 à plus de 300,000 en 1983. Ce triplement dans le déficit des causes a eu lieu malgré une hausse de 25 % dans le nombre de juges et une hausse de 100 % dans leur productivité<sup>12</sup>. Dans le système d'appel ouvert, la croissance dans le taux d'appel n'est pas directement liée à la croissance des litiges en première instance (car rien n'oblige l'appel), ni à un élargissement des conditions de l'appel, mais elle résulte en grande partie de ce que l'on peut appeler la psychologie des plaideurs et leurs avocats et leur volonté de faire appel, comme mesure prévue par le système judiciaire.

En Europe le volume d'appels devient ainsi remarquable, mais on ne peut pas dire qu'il y a eu des changements importants dans la tradition judiciaire. Toute la question est de savoir si la tradition peut supporter le volume, et j'y reviendrai. Dans les juridictions de common law les effets du principe de la surcharge des cours se présentent de façon plus dramatique, car le volume d'appels met directement en cause la tradition restrictive de la common law en matière d'appel. La situation la plus frappante est celle qui existe aux États-Unis. Au niveau fédéral le professeur Carrington a pu constater en 1969 que la quantité d'appels avait doublé entre 1960 et 1966<sup>13</sup>, et ce taux de croissance s'est largement maintenu dans les années qui ont suivi, de sorte que le juge Posner a pu conclure récemment que les appels s'étaient multipliés par huit entre 1960 et 1983<sup>14</sup>. Encore une fois, ce taux de croissance dépasse le taux de croissance des litiges en première instance<sup>15</sup>. D'où les pressions aux États-Unis pour la création au niveau fédéral d'une nouvelle cour d'appel intermédiaire<sup>16</sup>. Au niveau des États, la situation est très diversifiée mais un phénomène majeur est évident — la multiplication, surtout depuis les années soixantes, des cours intermédiaires d'appel comme

11. E. TAILHADES, *La modernisation de la justice* [:] *Rapport au premier ministre*, Paris, La documentation française, 1985, p. 36.

12. *Id.*, p. 246, 254, 257.

13. Paul D. CARRINGTON, « Crowded Dockets and the Courts of Appeals: The Threat to the Function of Review and the National Law », (1969), *Harv. L. Rev.* 542, p. 543.

14. R. POSNER, *The Federal Courts* [:] *Crisis and Reform*, Cambridge, Harvard U. Press, 1985, p. 91.

15. CARRINGTON, *supra*, note 13, p. 543.

16. Voir notamment T.E. BAKER et D.D. McFARLAND, « The Need for a New National Court » (1987) 100 *Harv. L. Rev.* 1400; POSNER, *supra*, note 14, p. 162 s.



moyen d'alléger le fardeau d'appels au niveau des cours suprêmes des États<sup>17</sup>. La surcharge a donc mené directement à des changements de structure au niveau des États.

Si l'on prend la Cour d'appel de l'Ontario comme exemple, le même phénomène se présente dans une certaine mesure dans les provinces de common law au Canada. Ainsi entre 1968 et 1986 le nombre d'appels réglés par la Cour d'appel a augmenté de 925 à 1,544<sup>18</sup>, et l'on a vu la création de la Cour divisionnaire, composée de juges de la Haute Cour, qui fonctionne comme une cour intermédiaire d'appel. Encore une fois, la surcharge a mené à un certain changement de structure, pour accommoder une quantité croissante d'appels.

Aux États-Unis et dans une certaine mesure au Canada, on voit donc l'appel devenir plus disponible et plus fréquent. On recherche de plus en plus la décision correcte. Il est incontestable aussi, je crois, que le droit joue un rôle de plus en plus large aux États-Unis et dans les provinces canadiennes de common law, et que le langage des droits subjectifs devient de plus en plus commun. En Angleterre, par contre, où il n'existe qu'une seule cour d'appel, on continue à nier l'existence de droits subjectifs<sup>19</sup>. Il serait tout à fait conforme aux enseignements des historiens du droit aux États-Unis, qui ont montré la grande influence dans ce pays de la doctrine européenne, de conclure que le droit des États-Unis, dans ses concepts et dans ses grandes structures, se civilise rapidement, et que les provinces de common law sont fortement influencées par cette tendance. On perçoit la pensée de Grotius, implicite dans l'article 1053 du Code civil, dans le rôle grandissant du droit, dans le langage des droits subjectifs et dans la recherche de la solution correcte. La surcharge des cours en est la conséquence, et mène au résultat remarquable que les cours d'appel se multiplient, à plusieurs niveaux, un peu plus d'un siècle après leur création initiale en Angleterre, et malgré la tradition hostile de la common law.

Au Québec, où la pensée de Grotius se trouve implantée dans le droit positif, on peut s'attendre à ce que la croissance des appels soit importante, même avec les restrictions actuelles sur le droit d'appel. Et en effet, surtout avec l'abolition du cautionnement pour l'appel dans les années soixante, la

---

17. Voir R.A. KAGAN, B. CARTWRIGHT, L.M. FRIEDMAN et S. WHEELER, «The Evolution of State Supreme Courts» (1978) 76 *Mich. L. Rev.* 961.

18. L'honorable T.G. ZUBER, *Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour Ontario, 1987, p. 116.

19. F.H. LAWSON, «“Das Subjektive Recht” in the English Law of Torts» dans *Selected Essays*, 1977, vol. 1, p. 176, 179, 182; G. SAMUEL, «“Le droit subjectif” and English Law» (1987) 46 *C.L.J.* 264, p. 267, 286.

quantité d'appels a triplé entre les années soixante et les années soixante-dix, pour atteindre une certaine stabilité depuis dix ans. Ainsi le principe de la surcharge a enlevé l'une des conditions restrictives de l'appel, et la quantité d'appels a par la suite augmenté rapidement. On parle actuellement d'une quantité d'appels qui seraient frivoles ou logés par pure complaisance, mais il est plutôt dans la logique de la pensée de Grotius que le plaideur perdant loge un appel. Si on ne fait pas appel, comment savoir si la décision rendue en première instance est correcte ? Le jugement de première instance devient, dans cette perspective, une simple condition préalable de l'appel.

Les juridictions ayant hérité de la tradition judiciaire de la common law se trouvent donc confrontées aux mêmes phénomènes que les juridictions de tradition civiliste, ce qui nous oblige à considérer des remèdes possibles à ce problème.

## **2. La recherche d'une solution au problème de surcharge**

Puisque le principe de la surcharge des cours est un principe qui découle d'une certaine conception du droit, il n'est pas facile de régler le problème de la surcharge par des changements de structure judiciaire. Il est tentant pourtant de l'essayer et deux méthodes sont possibles : soit la réduction, ou même l'élimination, des appels ; soit l'augmentation des appels par l'augmentation du nombre des juges et des cours d'appel.

### **2.1. La réduction des appels**

L'hypothèse la plus radicale serait la réduction des appels à zéro, par l'élimination des cours d'appel. Cette solution a été préconisée récemment par un disciple de l'analyse économique du droit. Selon son argument, il n'y a pas de plaintes au sujet de la qualité de la justice en première instance là où l'appel n'existe pas ; on pourrait donc l'éliminer entièrement, surtout si en l'éliminant on redistribuait les salaires des juges d'appel, et les frais des appels, comme salaire aux juges de première instance, pour ainsi améliorer la qualité de justice en première instance<sup>20</sup>. Cet argument peut séduire à première vue, mais il est, je crois, d'une naïveté remarquable qui met plus en cause l'analyse économique du droit que l'existence des cours d'appel. L'argument est naïf, car il ignore le principe de la surcharge des cours et les pressions historiques pour la multiplication des appels par les plaideurs et leurs avocats. Personne ne se plaint de la qualité de la justice en général, à

---

20. G. TULLOCK, *Trials on Trial, The Pure Theory of Legal Procedure*, New York, Columbia University Press, 1980, p. 162-165.

condition que la décision dans son cas soit correcte. L'analyse économique du droit est donc trop ignorante... du droit, pour nous offrir une solution satisfaisante au problème de surcharge.

Il y aurait d'autres arguments, cependant, qui militent en faveur de l'abolition des cours d'appel. Celui qui est peut-être le plus intéressant a été soulevé récemment en Angleterre par Louis Blom-Cooper<sup>21</sup>, qui constate l'existence d'une règle, qu'il qualifie d'immuable, à l'effet que c'est toujours un appelant sur trois qui a gain de cause devant la cour d'appel. Le taux de réussite gravite toujours autour de 33% (et les chiffres sont à peu près les mêmes pour la Cour d'appel du Québec), parce qu'un taux de réussite plus élevé serait trop destructif de la confiance du grand public dans les tribunaux de première instance, tandis qu'un taux moins élevé mettrait en cause l'existence de la cour d'appel elle-même. La fonction de la cour d'appel serait donc surtout de justifier sa propre existence et l'existence des autres cours. Michel Foucault aurait raison en disant que les cours d'appel sont au cœur de la légalité bourgeoise, sans justification plus profonde<sup>22</sup>. Encore une fois, cependant, cette analyse déconstructive est trop méfiante... du droit. Il serait bien surprenant que les activités d'une cour d'appel ne justifient pas, dans une certaine mesure, son existence et, à l'intérieur de la masse de décisions renversées ou maintenues, il serait bien surprenant de ne pas en trouver qui méritent leur sort. S'il faut rechercher la décision correcte, il faut des cours d'appel, et les écarter pour des raisons en fin de compte simplistes aurait pour effet de créer plus de problèmes que d'en résoudre. D'ailleurs, l'expérience aux États-Unis nous montre que, si le taux d'appel monte suffisamment haut, le taux de réussite diminue radicalement, et la règle fatidique de un sur trois ne jouerait donc que dans un champ statistique déterminé<sup>23</sup>.

Il n'empêche qu'une diminution moins radicale du taux d'appel pourrait être envisagée. Les efforts dans ce sens se font surtout en Europe, puisque c'est là où la surcharge d'appels est devenue écrasante. Comment réduire le taux d'appel dans de telles circonstances, où la pensée de Grotius a eu tellement d'effet déjà sur les structures? Selon M. Perrot, c'est surtout par un processus de « valorisation » du jugement de première instance que l'on tente actuellement de « tarir l'envie et l'intérêt des plaideurs de porter leur litige devant un juge d'appel »<sup>24</sup>. Comment valoriser le jugement de première

21. L. BLOM-COOPER, « The Changing Nature of the Appellate Process », (1983), 3 C.J.Q. 295.

22. M. FOUCAULT, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-77*, 1980, ch. I, cité dans B. FITZPATRICK, « Is it Simple to be a Marxist in Legal Anthropology » (1985) 48 *Mod. L. Rev.* 472, p. 476.

23. POSNER, *supra*, note 15, p. 91.

24. R. PERROT, « L'appel et l'Europe », *G.P.* 27-29 décembre 1987, p. 23, 24. Pour M. Perrot, en ce qui concerne la quantité d'appels, « ... la psychologie des plaideurs y a sa part, plus encore peut-être que les structures institutionnelles ».

instance? En limitant les appels pour ce que nous appellerions des jugements interlocutoires, en fixant, là où elle n'existe pas déjà, une valeur minimale pour l'appel *de plano*, (en calculant le montant non pas en fonction de la demande initiale mais en fonction de la valeur de l'objet du litige en appel), en rendant plus rigoureux les délais pour l'appel (cinq jours en Espagne), en insistant sur l'autorisation du juge pour que l'appel soit permis, en rendant obligatoire la motivation de l'appel (*tantum devolutum, quantum appellatum*, encore une fois), et en limitant l'effet suspensif de l'appel, surtout par l'octroi plus fréquent de l'exécution provisoire accompagnée d'un système de garanties.

Que dire de ces idées qui sont nouvelles et prometteuses en Europe, sinon qu'elles représentent, avec les nuances qui s'imposent, le droit actuel du Québec. Elles ont comme effet de limiter la quantité d'appels qui autrement seraient logés dans une juridiction où le rôle du droit est conçu de façon large, où le droit s'exprime en termes de droits subjectifs et où la notion de la décision correcte est largement admise. Veut-on cependant ainsi limiter la quantité d'appels? La création d'une cour intermédiaire d'appel ou d'une Cour suprême du Québec, si elle est souhaitable, entraînerait, semble-t-il, une augmentation dans le nombre d'appels.

## 2.2. L'augmentation des appels

Il n'est pas évident que la création d'un nouveau niveau d'appel aurait comme effet une augmentation dans le nombre d'appels. On pourrait concevoir une répartition entre deux niveaux d'appel d'une quantité d'appels limitée à celle qui existe actuellement. Cependant, l'existence de deux niveaux d'appel semble avoir un effet inéluctable sur la quantité d'appels, du moins dans le cas où il existerait un troisième niveau encore, comme c'est le cas au Canada ou même aux États-Unis (du moins pour les matières constitutionnelles). Ce phénomène s'explique si l'on regarde de plus près le fonctionnement de ces deux niveaux. C'est l'expérience américaine qui cette fois est la plus instructive.

Il faut rappeler à cet égard que le droit des États-Unis s'est civilisé rapidement à partir de 1850. Le langage des droits et le rôle du droit se sont répandus très largement, et si la notion d'une décision *correcte* est maintenant dénigrée plus souvent que louée aux États-Unis, il n'empêche que l'on recherche avec autant de vigueur une décision en sa faveur, et partout où les structures le permettent. La croissance des cours intermédiaires d'appel est la réponse structurelle à cette recherche de la décision favorable. L'appel est cependant soumis, à peu de choses près, aux mêmes restrictions qu'au Québec, de sorte que s'il y a augmentation dans le nombre d'appels, il n'y a

que la psychologie des plaideurs et l'effet du double degré de juridiction d'appel, sur cette psychologie, pour expliquer l'augmentation. C'est ce qui semble être la meilleure explication.

Deux phénomènes quantitatifs semblent prédominer si l'on regarde les cours d'appel au niveau des États aux États-Unis. D'abord la création de deux niveaux d'appel a eu comme effet d'augmenter la quantité d'appels, malgré les limitations sur l'appel qui ont pu être retenues, de sorte que la surcharge d'appels au niveau de la cour intermédiaire d'appel est pire que celle qui existait avant sa création<sup>25</sup>. Deuxièmement, si la quantité d'appels entendus par la Cour suprême de l'État a diminué, surtout à cause de la discrétion accordée à la Cour pour constituer son rôle, il n'est pas du tout clair que la surcharge de travail au niveau de ces cours a diminué. Il y aurait deux explications à cela. D'abord, on n'a pas pu, en beaucoup de cas, éliminer l'appel *de plano* à cette Cour pour des causes importantes<sup>26</sup> et, deuxièmement, la quantité de requêtes pour permission de faire appel à cette cour est tellement importante que la Cour doit passer beaucoup de temps sur ces requêtes. Il y aurait tant de requêtes parce que les jugements de la Cour intermédiaire d'appel sont souvent vus comme des jugements d'une cour... intermédiaire<sup>27</sup>.

- 
25. J.A. STOOKEY, « Creating an Intermediate Court of Appeals: Workload and Policymaking Consequences », dans Philip L. Dubois, *The Analysis of Judicial Reform*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1982, p. 153, 154, avec les références; Hon. Richard S. BROWN, « Allocation of Cases in a Two-Tiered Appellate Structure: The Wisconsin Experience and Beyond », (1985) 68 *Marquette L.R.* 189 (avec 12 juges, la Cour d'appel de Wisconsin devrait entendre 1,200 causes par an mais en 1983 en a décidé 2,284). M. Baar attribue la croissance des appels au niveau de la cour d'appel intermédiaire à un processus de dévalorisation des jugements de première instance dans les états, de sorte que la décision de première instance ne devient qu'une condition préalable à la saisie d'une cour d'appel. Voir C. BAAR, « The Zuber Report: The Decline and Fall of Court Reform in Ontario », (1988), 8 *Windsor Yb. Acc. to Justice* 105, p. 123. Le processus semble suivre celui de l'Europe. Voir la discussion *supra* concernant le besoin de valoriser les jugements de première instance en Europe.
26. Voir P. CARRINGTON, D. MEADOR, M. ROSENBERG, *Justice on Appeal*, St. Paul, West Publishing, 1976, p. 135, 136.
27. Voir surtout KAGAN *et al*, *supra*, note 17, p. 999, 1000, indiquant une dernière étape dans le développement des cours d'appel des états qui serait celle d'une Cour suprême ayant une large discrétion quant à son rôle, une quantité réduite de décisions à rendre sur le fond, mais une surcharge de travail très importante découlant de la quantité de requêtes pour permission d'appeler; BROWN, *supra*, note 25, p. 190, 191. Ainsi dès les années soixante-dix la Cour suprême de la Californie recevait quelques 4 000 requêtes par an, ce qui constituerait son « problème principal ». Voir R.A. FRANK, « La Cour suprême de la Californie », (1978) *Rev. int. dr. comp.* 111, p. 113, 119. En Louisiane le nombre de requêtes a triplé de quelques 400 dans les années soixante à plus de 1 200 dans les années soixante-dix; voir M.E. BARHAM, « La Cour suprême de Louisiane », (1978) *Rev. int. dr. comp.* 121, p. 125.

La création des cours d'appel intermédiaires aux États-Unis a eu également, sans doute, des effets qualitatifs, mais ces effets sont beaucoup plus difficiles à mesurer. Selon l'étude la plus poussée sur la question aux États-Unis, les décisions des cours suprêmes des États sont devenues plus axées sur le droit public, plus longues et plus libérales dans la citation des sources de droit. Elles comportent aussi plus de dissidences<sup>28</sup>. Sont-elles de meilleures décisions ? Les auteurs de l'étude rejettent cette conclusion et ils ont peut-être raison de le faire. Un jugement donné peut être meilleur qu'un autre, mais il semble très difficile de dire qu'un style de jugement est meilleur que d'autres styles. Le changement dans le style des jugements signifie plutôt un changement dans le rôle de la Cour, et alors la nature de débat s'élargit considérablement. Il me semble impossible de dire, cependant, qu'une quantité réduite de jugements longs et comportant plusieurs dissidences, d'une cour reconnue elle-même comme source de droit, contribue à la stabilité du droit. Je dirais que c'est plutôt l'inverse qui est le cas. Plus les questions tranchées sont larges, plus les distinctions deviennent possibles ; plus il existe de dissidences, plus il est possible que la cour change sa politique ; plus la cour fait le droit, plus grande est la possibilité qu'elle le refasse. Le principe de la surcharge des cours, qui existe déjà grâce à la pensée de Grotius, devient ici lié à l'idée de la common law que les juges eux-mêmes sont des sources de droit. Qui peut résister à la tentation de faire appel à une source de droit pour avoir une décision correcte sur une question de droits subjectifs ? Il n'est pas clair que le droit est bien servi par la multiplication des cours d'appel. C'était déjà la conclusion d'Antonio Perreault, président de la *Revue du Barreau* du Québec en 1941, quand il a écrit, au sujet du double système d'appels qui existait déjà au Québec au dix-neuvième siècle et au début du vingtième :

Pour ne pas amoindrir les effets de la jurisprudence et permettre aux avocats et aux justiciables de savoir où ils en sont quant à l'interprétation de nos lois, ne multiplions pas les tribunaux d'appel. Quel fouillis que certaines décisions sous l'ancien régime<sup>29</sup>.

## Conclusion

Le principe de la surcharge des cours veut dire que nos cours seront surchargés jusqu'à ce que les fondements intellectuels de ce principe s'épuisent. Ce n'est pas pour demain. L'expérience de l'Europe nous enseigne de ne pas abandonner les restrictions actuelles sur la possibilité de faire appel. L'expérience américaine nous enseigne que l'expansion des structures est vite rattrapée par la surcharge. Pourquoi donc multiplier les niveaux d'appel ? Le travail des

28. Voir KAGAN, CARTWRIGHT, FRIEDMAN et WHEELER, *supra*, note 17, p. 990, 991, 997.

29. A. PERREULT, « Tribunaux d'appel », (1941) 1 *R. du B.* 235, p. 238.

juges n'est pas amoindri ; la qualité des décisions n'est pas améliorée ; et le droit que nous recherchons n'est pas plus clair. Nous devons donc appuyer, moralement et financièrement, les juges et les cours que nous avons. L'économie n'est pas le seul domaine où il faut résister à l'inflation.