

De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise

S. Axel-Luc Hountohotegbè

Volume 60, numéro 2, January 2015

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1029208ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1029208ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (imprimé)
1920-6356 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Hountohotegbè, S. A. (2015). De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 60(2), 215–252. <https://doi.org/10.7202/1029208ar>

Résumé de l'article

La nature réelle du droit de la procédure civile du Québec est un sujet de controverse à la fois sémantique et conceptuel, tant en ce qui concerne les opinions doctrinales que les positions jurisprudentielles à ce sujet. L'évolution du droit, les changements de paradigme qui s'y opèrent, ainsi que les réformes récentes que connaît en particulier la procédure civile du Québec, et qui se sont concrétisées par l'adoption d'un nouveau *Code de procédure civile*, sont l'occasion d'une réflexion de fond sur la filiation du droit procédural québécois.

Le présent texte explore l'hypothèse de la résurgence de la filiation romano-germanique de la procédure civile du Québec à partir de l'analyse des péripéties historiques du droit de la province et des réformes qu'elle a connues. En effet, la fondation de la Nouvelle-France explique la filiation directe entre son droit et celui de la famille romano-germanique, puis la Conquête de la Nouvelle-France par l'Empire britannique explique la longue domination des concepts de common law dans la procédure civile du Québec. Il apparaît pourtant que dès le lendemain de la Conquête, la longue marche pour l'affirmation de sa filiation spécifique était entamée. L'étude des réformes les plus récentes que connaît la procédure civile du Québec, notamment l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, laisse éclore la résurgence de sa filiation romano-germanique au-delà de sa mixité communément admise. Ainsi, le nouveau *Code de procédure civile* du Québec tendrait à consacrer l'autonomie, les liens étroits et l'attachement à la tradition civiliste et à la filiation romano-germanique du droit de la procédure civile du Québec.

DE L'OMBRE À LA LUMIÈRE : L'HYPOTHÈSE DE LA RENAISSANCE DE LA FILIATION ROMANO- GERMANIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE QUÉBÉCOISE

*S. Axel-Luc Hountohotegbè**

La nature réelle du droit de la procédure civile du Québec est un sujet de controverse à la fois sémantique et conceptuel, tant en ce qui concerne les opinions doctrinales que les positions jurisprudentielles à ce sujet. L'évolution du droit, les changements de paradigme qui s'y opèrent, ainsi que les réformes récentes que connaît en particulier la procédure civile du Québec, et qui se sont concrétisées par l'adoption d'un nouveau *Code de procédure civile*, sont l'occasion d'une réflexion de fond sur la filiation du droit procédural québécois.

Le présent texte explore l'hypothèse de la résurgence de la filiation romano-germanique de la procédure civile du Québec à partir de l'analyse des péripéties historiques du droit de la province et des réformes qu'elle a connues. En effet, la fondation de la Nouvelle-France explique la filiation directe entre son droit et celui de la famille romano-germanique, puis la Conquête de la Nouvelle-France par l'Empire britannique explique la longue domination des concepts de common law dans la procédure civile du Québec. Il apparaît pourtant que dès le lendemain de la Conquête, la longue marche pour l'affirmation de sa filiation spécifique était entamée. L'étude des réformes les plus récentes que connaît la procédure civile du Québec, notamment l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, laisse éclore la résurgence de sa filiation romano-germanique au-delà de sa mixité communément admise. Ainsi, le nouveau *Code de procédure civile* du Québec tendrait à consacrer l'autonomie, les liens étroits et l'attachement à la tradition civiliste et à la filiation romano-germanique du droit de la procédure civile du Québec.

The true nature of the law of civil procedure in Québec sparks controversy both at the semantic and conceptual levels, be it from a doctrinal or jurisprudential point of view. The evolution of the law, the paradigm shifts within it, and the recent reforms to civil procedure in particular—effectuated by the adoption of a new *Code of civil procedure*—present an opportunity to reflect on its filiation.

This article will explore the resurgence of Québec civil procedure's Romano-Germanic filiation by analyzing the historical development of the province's law and the reforms it has undergone. On the one hand, the founding of New France explains the direct line between its law and the Romano-Germanic legal family. On the other hand, Britain's conquest of New France explains the long dominance of common law principles in Québec civil procedure. Nevertheless, the long march toward the affirmation of its specific filiation began on the very heels of this conquest. Québec civil procedure's most recent reforms—notably the adoption of the new *Code of civil procedure*—suggest a resurgence of its Romano-Germanic filiation, beyond the law's generally-recognized mixity. Indeed, the new *Code of civil procedure* seems to enshrine autonomy, strong ties and an attachment to the civil law tradition and the Romano-Germanic filiation of the law of civil procedure in Québec.

* S. Axel-Luc Hountohotegbè est doctorant et chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il est aussi consultant indépendant au Conseil de la magistrature du Québec. Son domaine de spécialisation concerne la procédure civile, l'accès à la justice et les modes de prévention et règlement des différends (PRD). M. Hountohotegbè a un double cursus universitaire, en France et au Canada. L'auteur remercie I. Amélie Sagnon pour sa relecture minutieuse et ses commentaires critiques et avisés des versions antérieures du texte. Il lui est redevable pour sa précieuse assistance. Il tient également à témoigner sa reconnaissance au professeur Jean-François Roberge pour ses conseils tout au long de la rédaction de cet article.

Introduction	217
I. La procédure civile québécoise : d'une filiation romano-germanique à la domination de la common law	220
<i>A. La filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise</i>	220
1. Une brève présentation du système de droit romano-germanique	221
2. L'origine romano-germanique de la procédure civile québécoise	225
<i>B. L'influence de la common law en procédure civile québécoise</i>	227
1. Un aperçu de la common law	227
2. La prégnante présence de concepts de common law en procédure civile québécoise	231
II. La procédure civile québécoise : la résurgence de son appartenance à la tradition romano-germanique	233
<i>A. La procédure civile québécoise avant et après la première codification : entre consolidation de la domination coloniale et pragmatisme des réformes</i>	233
1. Le caractère involontaire de la mixité de la procédure civile québécoise	234
2. Le pragmatisme des réformes de la procédure à partir de la première codification	236
<i>B. L'affirmation actuelle de l'appartenance de la procédure civile québécoise à la famille romano-germanique</i>	240
1. La consécration jurisprudentielle de la nature civiliste de la procédure civile québécoise	240
2. L'esprit de la nouvelle procédure civile québécoise : la disposition préliminaire et les principes directeurs du nouveau <i>Code de procédure civile</i>	245
Conclusion	250

Introduction

La procédure civile québécoise a subi des changements importants, portés par plusieurs réformes de fond, depuis le *Code de procédure civile* de 1867. Il est possible de relever, sans être exhaustif, l'accroissement des pouvoirs d'intervention du juge, la réduction des coûts de règlement judiciaire des litiges, l'évolution du rôle et des fonctions des magistrats qui ne sont plus limités à leur rôle d'adjudication, mais pratiquent également le règlement à l'amiable, ainsi que l'élargissement du concept d'accès à la justice. Quels sont les ressorts qui guident ces réformes? Quelle philosophie les sous-tend? Est-il possible de déduire de l'évolution de la procédure civile du Québec l'affirmation d'une identité propre au-delà de la mixité généralement affirmée? L'analyse de l'évolution historique de la procédure civile du Québec permet de suggérer que ses réformes successives sont le résultat inévitable d'un monde en mouvement, mais aussi de la volonté d'affirmation de certaines valeurs, notamment l'appartenance à la tradition des droits romano-germaniques. Cet article aborde cette filiation romano-germanique à la lumière du contexte historique canadien. Il existe plusieurs grandes traditions juridiques dans le monde et nous explorerons la procédure civile québécoise en nous référant essentiellement aux systèmes relevant de la tradition de la common law et à ceux relevant de la tradition romano-germanique.

Qu'est-ce qu'une tradition juridique? Des auteurs de droit comparé célebres circonscrivent ainsi l'expression : « [d]'un point de vue conceptuel, une tradition juridique se définit comme l'ensemble des façons de penser, d'appliquer, d'enseigner le droit, historiquement conditionnées et profondément ancrées dans la mentalité juridique » [note omise]¹. Ou encore, pour établir un parallèle avec la culture, nous pourrions affirmer que la tradition juridique c'est ce qui reste quand le juriste a tout oublié². La tradition juridique serait donc ce fond commun, ce patrimoine propre à une société sur lequel elle s'appuie pour concevoir son droit, pour la transmission du savoir juridique à ses juristes et pour sa mise en œuvre. Elle est ce socle qui, malgré les évolutions que pourraient connaître une société et son droit, fera que cette société continuera de produire son droit en conservant les fondements de la culture juridique à laquelle elle appartient.

¹ Voir Antonio Gambaro, Rodolfo Sacco et Louis Vogel, *Traité de droit comparé : le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011 à la p 46.

² La citation exacte attribuée à l'homme politique et écrivain français Édouard Herriot est : « La culture, déclare un pédagogue japonais, c'est ce qui demeure dans l'homme, lorsqu'il a tout oublié » (Édouard Herriot, *Notes et maximes inédits*, Paris, Hachette, 1961 à la p 46).

La tradition juridique est à l'image d'un système autopoïétique³ : à la fois sensible aux interactions avec son environnement et dotée de la capacité de se reproduire et de maintenir les éléments fondamentaux propres à sa nature.

Il faut toutefois relativiser, ainsi que le soulignent les auteurs de droit comparé, l'antagonisme entre les systèmes et traditions juridiques⁴. Il existe plusieurs convergences, notamment entre les systèmes de common law et les systèmes romano-germaniques⁵. Les oppositions entre les deux familles de systèmes, qui sont réelles, se trouveraient davantage dans les fondements « conceptuels, didactiques et explicatifs nécessaires à la connaissance du droit que [dans] le contenu des règles »⁶ et les buts poursuivis, tant par les règles que par les systèmes. Autrement dit, les objectifs poursuivis par les systèmes juridiques relevant de la common law sont sensiblement les mêmes que ceux des systèmes de droit romano-germaniques, mais prennent des chemins différents. Les deux types de systèmes visent la régulation pacifique des relations sociales et des conflits par les règles de droit.

À la suite de ces précisions, il faut s'interroger : à quelle tradition juridique le droit civil substantiel québécois appartient-il? Il n'est plus contesté que le droit substantiel incarné par le *Code civil du Québec* soit d'inspiration civiliste. La doctrine canadienne est majoritairement en accord avec cette idée⁷. Les auteurs, en admettant des influences diverses,

³ Le substantif autopoïétique provient du concept « autopoïèse », formé du grec *auto* (soi-même ou pour soi) et *poiësis* (création ou production). Il a été inventé par Humberto Maturana et Francisco Varela, deux chercheurs chiliens. Le concept désigne la propriété d'autocréation, ou d'autoproduction d'un système par lui-même (voir FG Varela, HR Maturana et R Uribe, « Autopoiesis: The Organization of Living Systems, its Characterization and a Model (1974) 5: 4 BioSystems 187).

⁴ Voir Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, Manuel, Paris, LGDJ, 2007 au para 10.

⁵ Voir Jean-Louis Baudouin, « Mixed Jurisdictions: A Model for the XXIst Century? », (2003) 63 La L Rev 993 à la p 994 [Baudouin, « Mixed Jurisdictions »]; Gambaro, Sacco et Vogel, *supra* note 1 à la p 14. Sur les critiques évoquées par les auteurs sur l'opposition entre common law et systèmes romanistes, voir les notes de bas de page 24 et 25, qui citent les travaux remettant en cause la dichotomie ou l'opposition, comme l'affirme René David, entre les deux systèmes.

⁶ Voir *ibid* à la p 14.

⁷ Voir Louise Langevin et Denise Pratte, « Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française » dans H Patrick Glenn, dir, *Droit québécois et Droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 63 aux pp 63–64; JEC Brierley, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec » dans Jean Benoist, Jean-Yves Cherot et Philippe Delebecque, dir, *La Formation du droit national dans les pays de droit mixte : les systèmes juridiques de Common law et de Droit civil*,

notamment celle du droit anglais, ne remettent pas en cause l'appartenance du « droit commun » québécois, s'incarnant dans le *Code civil du Québec*, à la famille civiliste.

La même interrogation se pose au niveau de l'administration et de la pratique judiciaire. À quelle tradition juridique la procédure civile québécoise appartient-elle? La réponse à cette question est plus controversée que dans le cas du droit substantiel. Il apparaît une certaine difficulté à apporter une réponse tranchée à l'interrogation sur les véritables fondements et sur la tradition de rattachement de la procédure civile québécoise, tant dans la doctrine⁸ que dans la jurisprudence, sans se borner à des affirmations dogmatiques ou performatives. La présente réflexion, adoptant une perspective historique, analyse l'évolution de la procédure civile québécoise depuis son origine jusqu'au nouveau *Code de procédure civile*⁹ et soumet l'hypothèse d'une renaissance de la filiation romano-germanique de celle-ci.

La procédure civile québécoise est généralement qualifiée de droit mixte pour rappeler ses origines en lien avec la tradition des droits romano-germaniques et la grande influence de la common law qu'elle a subie¹⁰. Il apparaît incontestable, en effet, en raison des circonstances historiques de la naissance de la nation canadienne, que la procédure civile du Québec ait été imprégnée de concepts de common law (I). Le propos n'est point de rejeter ce fait ou de le contester, la mixité de la procédure civile québécoise est une évidence. Cependant, cette branche du droit nous apparaît, dans son évolution, plus attirée vers ses racines romano-germaniques que

Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 103 aux pp 115–16; Baudouin, « Mixed Jurisdictions », *supra* note 5 à la p 993.

⁸ D'aucuns expliquent cette difficulté à rattacher clairement la procédure, notamment le droit processuel, au fait qu'il n'exhalerait « pas les mêmes parfums identitaires que le droit substantiel » (voir Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54 : 2 RD McGill 273 à la p 275; Pierre Azard, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec » (1966) 44 R du B can 417 à la p 417).

⁹ Voir PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec, 2014 (sanctionné le 21 février 2014), LQ 2014, c 1[*Nouveau Cpc*]. Le nouveau Cpc devrait entrer en vigueur au début de l'année 2016.

¹⁰ Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 276; Adrian Popovici, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit » (2009) 54 : 2 RD McGill 223 à la p 227 [Popovici, « Libres propos »]; Baudouin, « Mixed Jurisdictions », *supra* note 5 à la p 998; Jean-Maurice Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986 [Brisson, *La formation d'un droit mixte*]; Jean-Maurice Brisson, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux » dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 93 à la p 93 [Brisson, « La procédure civile au Québec »]; Noël Jean Mazen, « Le juge civil québécois : approche comparative d'un système de droit mixte » (1982) 34: 2 RIDC 375 à la p 375.

par une hybridation totale entre le droit civil et la common law. Partant de cette prémisse, la résurgence des fondements romano-germaniques de la procédure civile québécoise peut être soumise comme hypothèse de réflexion (II). L'analyse du nouveau *Code de procédure civile*, l'une des manifestations les plus récentes du phénomène, donne un peu plus de corps à l'hypothèse.

I. La procédure civile québécoise : d'une filiation romano-germanique à la domination de la common law

À l'époque contemporaine, est-il exact de soutenir la filiation romano-germanique de la procédure civile du Québec? C'est la question majeure à laquelle la première partie de la présente étude va tenter d'apporter des éléments de réponse. Affirmer la filiation civiliste de la procédure civile québécoise, loin d'être une hérésie, est confortée par son analyse historique et celle de ses fondements. Il est avéré qu'avant la signature du traité de Paris de 1763¹¹, la Nouvelle-France « connaissait un système judiciaire calqué sur celui de la France [note omise] »¹² (A). La Conquête, la prise en main, puis l'administration de la province par la nouvelle puissance coloniale anglaise ont entraîné une domination des principes de common law (B) substitués aux principes civilistes en procédure civile québécoise et dont les effets se ressentent encore aujourd'hui.

A. La filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise

Le présent article adopte une démarche qui consiste à remonter aux sources des institutions pour comprendre leur fonctionnement véritable et leur évolution actuelle. S'interroger sur la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise impose alors de préciser les concepts de système, de tradition ou de famille de droit romano-germanique (1), notamment à travers quelques-uns de ses éléments caractéristiques, puis de démontrer les liens originels que la procédure civile du Québec entretient avec cette tradition juridique (2).

¹¹ *Traité définitif de paix et d'amitié entre Sa Majesté Britannique, le Roi T. Chrétien et le Roi d'Espagne*, 10 février 1763, 1 Rec TA 104 aux pp 108–09 [*Traité de Paris*]. Ce traité est la conséquence de la défaite des armées françaises face aux armées anglaises. À la suite de cette défaite et du traité de Paris, la France et son monarque de l'époque, Louis XV, renonçaient aux possessions françaises d'Amérique situées au nord des Grands Lacs au profit de l'Angleterre. Ces territoires comprenaient notamment les territoires de la Nouvelle-France.

¹² Voir Mazen, *supra* note 10 à la p 375; Édith Deleury et Christine Tourigny, « L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la province de Québec » dans Glenn, *Droit québécois et Droit français*, *supra* note 7 aux pp 191–94.

1. Une brève présentation du système de droit romano-germanique

La famille des systèmes d'origine romano-germanique est-elle une famille homogène? Sans ambiguïté, il faut répondre par la négative. Par exemple, les systèmes juridiques français, allemand, belge et italien, qui appartiennent tous à la famille de droits romano-germaniques, ne sont point identiques. Le droit comparé démontre qu'il existe des différences saisissantes dans les solutions consacrées par les différentes branches du droit de pays relevant de la famille romano-germanique¹³. Tel est le cas pour le droit des obligations en France et en Allemagne en ce qui concerne le transfert de propriété. Ce transfert s'opère par le simple échange des volontés en droit français, alors qu'en droit allemand, il exige la *traditio* ou tout acte réel ayant le même objet¹⁴. En réalité, les systèmes juridiques nationaux sont en perpétuelle évolution¹⁵. De plus, l'évolution de chaque société lui est propre et lui fera consacrer des solutions nouvelles plus en phase avec ses valeurs dominantes à une époque donnée. Une telle évolution, toutefois, n'est pas forcément assez drastique pour considérer qu'un système juridique a cessé d'appartenir à sa tradition juridique d'origine.

Quelle est la valeur de la classification des droits en systèmes ou familles? Cette question offre l'occasion d'une mise en garde. La classification des droits de pays divers en familles de droit n'est pas une vérité révélée ou une réalité immuable. Sa valeur essentielle est didactique et explicative de la conception, de l'évolution et de la transformation du phénomène juridique dans un espace géographique donné ainsi que le souligne un comparatiste renommé¹⁶. Autrement dit, sa valeur principale est théorique. À ce titre, elle peut toujours être critiquée, contestée, sans pour autant perdre son caractère scientifique et continuer à remplir sa principale fonction de grille d'analyse et d'explication des manifestations du phénomène juridique.

Toutefois, au-delà de la diversité des droits classés dans la famille romano-germanique et du caractère abstrait de la démarche de classification des droits, il demeure qu'ils présentent des éléments constants et qu'ils recèlent des caractéristiques fondamentales communes¹⁷. Ces der-

¹³ Voir René David et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 2002 au para 17; Cuniberti, *supra* note 4 au para 93; Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2009 aux pp 7–8.

¹⁴ Voir Cuniberti, *supra* note 4 au para 93.

¹⁵ Les contingences historiques leurs auront fait conserver dans des proportions variables le droit romain, le droit canonique ou les coutumes dont ils tirent leurs sources.

¹⁶ Voir David et Jauffret-Spinozi, *supra* note 13 au para 16; Gambaro, Sacco et Vogel, *supra* note 1 à la p 15. Voir aussi Cuniberti, *supra* note 4 au para 10.

¹⁷ Voir David et Jauffret-Spinozi, *supra* note 13 au para 15 (ces auteurs abordent les éléments du droit en tant que science et citent, à cet égard, l'œuvre de Roscoe Pound).

nières constituent une sorte de socle commun auquel il convient de s'attacher quand vient le moment de dresser le portrait-robot d'une tradition juridique ou d'une famille de droits.

Qu'est-ce que la famille de droits romano-germaniques ou systèmes romano-germaniques? Ces expressions désignent les systèmes juridiques qui tirent leur origine du droit développé, il y a plusieurs siècles, en Europe continentale avant de s'étendre au reste du monde¹⁸. Le berceau spatio-temporel de cette famille de droits se situe entre le sud du Jutland et l'ouest de la frontière orientale du Saint Empire romain au XIII^e siècle¹⁹. Les systèmes de droit actuels relevant de la famille romano-germanique ont en commun qu'ils découlent du droit romain et du droit canonique, qui se sont mêlés à diverses coutumes locales²⁰. Pour marquer le rôle majeur des juristes allemands dans la redécouverte de ce droit, René David, qui est le premier auteur à avoir établi les critères de classification des familles de droit, a consacré l'expression « romano-germanique »²¹. De nombreux traités et ouvrages ont été dédiés à présenter les éléments topiques de cette famille de droit.

Pour les besoins de cet article et pour ne pas alourdir le propos, seulement trois éléments distinctifs ont été extraits. Il s'agit du caractère savant de cette tradition juridique, du rôle et des objectifs assignés à la règle de droit et de la primauté de la loi comme source formelle du droit.

Tout d'abord, l'expression « droit savant »²² revient avec une certaine constance lorsqu'est évoquée la famille romano-germanique. L'épithète de

¹⁸ Il est possible d'identifier une parenté entre les systèmes de droits romano-germaniques et le droit de plusieurs régions du monde en dehors du continent européen lui-même. C'est le cas en Asie où des pays comme la Turquie, le Japon, la Thaïlande, la Corée du Sud, entre autres, ont des systèmes juridiques présentant des similarités avec les droits de la famille romano-germanique. Le constat est également valable en Amérique latine où des pays tels le Mexique, le Pérou et le Guatemala, par exemple, ont conservé quelques institutions issues de la famille romano-germanique apportées par la puissance coloniale antérieure. Enfin on peut citer aussi, sur le continent africain, le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali et le Sénégal, dont les systèmes juridiques s'apparentent explicitement à ceux des pays de tradition romano-germanique (voir *ibid* au para 55).

¹⁹ Voir Gambaro, Sacco et Vogel, *supra* note 1 à la p 11; David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 26; Fromont, *supra* note 13 à la p 19. Certains auteurs datent la genèse du système romano-germanique plus tôt soit à partir du XI^e siècle (voir Cuniberti, *supra* note 4 aux para 58, 60).

²⁰ Voir David Gilles, *Thémis et Dikè: introduction aux fondements philosophiques du droit*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012 aux pp 41 et s, 76 et s; David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 17.

²¹ *Ibid* à la p 17. Voir aussi Gambaro, Sacco et Vogel, *supra* note 1 aux pp 11–12.

²² Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 aux para 26, 27, 29; Gambaro, Sacco et Vogel, *supra* note 1 à la p 193 et s; Jean Bart, *Histoire du droit privé: de la chute de*

droit savant accolée à la tradition romano-germanique traduit sa genèse dans les universités italiennes²³ et allemandes²⁴ à la suite de la dislocation de l'Empire romain et de son droit²⁵. Dans ces systèmes, le droit est généralement conçu comme une science dont le but premier n'est pas sa réalisation concrète ou ses implications pratiques. Les professeurs d'université vont, à partir du XIII^e siècle, redécouvrir le droit romain et, notamment, les compilations de Justinien²⁶. Malgré le raffinement remarquable pour l'époque atteint par ce droit, il ne constitue qu'une matière brute que les professeurs vont s'atteler à organiser, améliorer, renouveler et systématiser. La réalisation de cette tâche est d'abord destinée à son enseignement universitaire. Ce n'est que plusieurs siècles plus tard qu'il deviendra le droit positif dans le sens actuel de droit en vigueur et concrètement appliqué²⁷. De ces liens originels étroits avec l'univers de la science juridique, la tradition romano-germanique conserve un goût non dissimulé pour l'abstraction et la conceptualisation de la règle juridique.

Ensuite, la famille romano-germanique est souvent caractérisée par le rôle et les objectifs attribués à la règle de droit²⁸. Découlant d'une conception scientifique du droit, la réalisation concrète de celui-ci, qui s'incarne dans les règles juridiques, ne peut être réduite à un simple énoncé destiné à apporter une solution juridique à une casuistique conflictuelle de la vie

l'Empire romain au XIX^e siècle, Paris, Montchrestien, 1998 à la p 127. D'autres auteurs soulèvent l'influence de l'enseignement universitaire sur l'évolution du droit romain (voir notamment Fromont, *supra* note 13 à la p 7).

- ²³ La plus renommée est l'université de Bologne, mais il est possible de citer également les universités de Modène, de Padoue ou encore de Sienne, conçues sur le même modèle que celle de Bologne. Sur le rôle fondateur joué par les universités italiennes dans la genèse de la famille de droits romano-germaniques, voir Gambaro, Sacco et Vogel, *supra* note 1 à la p 195, nn 85 et s.
- ²⁴ Voir *ibid.* Parmi les universités allemandes ayant participé à la construction du droit savant, les plus célèbres sont les universités de Heidelberg, de Cologne, d'Erfurt, de Leipzig, de Rostock, de Fribourg-en-Brigau et de Tübingen.
- ²⁵ Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 27.
- ²⁶ Il s'agit du Codex, du Digeste, des Institutes et des Nouvelles.
- ²⁷ Le droit étudié dans les universités à cette époque est d'ailleurs très différent du droit appliqué concrètement pour régir les relations sociales (voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 29).
- ²⁸ Le rôle de la règle de droit dans les systèmes juridiques romano-germaniques est particulièrement caractéristique de cette famille de droit pour certains, qui affirment : « [i]l importe, pour comprendre ce qui fait l'unité de la famille, de se placer à un autre point de vue encore: celui de la manière dont est conçue la règle de droit. [...] Partout la règle de droit se présente, est caractérisée, analysée, de la même manière, dans les pays de la famille romano-germanique » (voir *ibid* au para 69).

quotidienne des acteurs sociaux²⁹. La règle de droit y revendique un niveau d'abstraction supérieur. Elle aspire en permanence à un équilibre fragile entre l'énonciation de principes de justice, de morale et de normes de conduite et l'outil de résolution de cas concrets. Cet équilibre est recherché, car la règle de droit vise la justice, l'érection de principes de conduite et la mise en œuvre concrète de l'ensemble par les praticiens. Dans cette tradition juridique, la règle de droit idéale n'est ni trop précise, pour permettre d'englober un grand nombre de situations, ni trop vague, pour ne pas risquer de manquer au minimum de sécurité juridique qui peut être attendue d'elle.

Enfin, la famille romano-germanique est souvent distinguée par la prépondérance accordée à la loi comme source du droit et à la codification des règles de droit. Cette spécificité est liée aux deux précédentes. La primauté attachée à la loi dans les systèmes de droits romano-germaniques, bien que des nuances puissent être apportées selon les pays considérés, est réelle³⁰. La loi, sans être la source exclusive du droit, est communément considérée comme la source reine. Cela s'explique par l'idée que la loi est l'instrument d'expression du juste. Les lois inspirées des règles de droit empruntent aux qualités attachées à celles-ci. Une telle conception entraîne une attirance prononcée pour la codification des règles de droit. La codification dans le sens entendu ici n'est pas véritablement assimilable à la compilation de textes telle celle réalisée par Justinien³¹. La codification est ici conceptualisation, abstraction, organisation, méthode, cohérence et structuration du droit. Elle est articulation logique et scientifique appuyée sur la raison triomphante des différentes matières du droit. La codification permettait le dépassement des vieilles coutumes et leurs archaïsmes³², tout comme aujourd'hui, elle permettrait les évolutions sociétales majeures et le surpassement des usages obsolètes. La codification est aussi notamment la fin de la dislocation et de l'éparpillement du droit. Elle possède indissolublement une vertu de consolidation et d'amélioration de l'accès au droit en vigueur.

Ainsi, voici résumées et expliquées quelques-unes des caractéristiques fondamentales du droit romano-germanique mis en œuvre en Europe continentale vers la fin du XVI^e siècle. Dans leur volonté d'expansion, les

²⁹ Les auteurs précisent cependant qu'il ne faudrait pas considérer que les droits de la famille romano-germanique sont des « [...] systèmes élaborés par des théoriciens, où les réalités de la vie seraient sacrifiées dans la recherche d'une construction parfaitement logique » (voir *ibid* au para 70).

³⁰ Voir *ibid* au para 76.

³¹ Voir Jean-Louis Bergel, « Les méthodes de codification dans les pays de droit mixte », dans Benoist, Cherot et Delebecque, *supra* note 7, 21 aux pp 22–23.

³² Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 47.

puissances coloniales telles la France ont exporté la tradition romano-germanique dans leurs possessions hors de leur métropole.

2. L'origine romano-germanique de la procédure civile québécoise

Quelle est l'origine de la procédure civile québécoise? Le droit n'est pas le produit d'une génération spontanée. Il s'agit plutôt d'une complexe combinaison de l'évolution sociale, des croyances et des valeurs morales dominantes de l'époque examinée. Une analyse rapide et récente de la procédure civile québécoise actuelle, notamment de la technique procesuelle et procédurale, ou encore de la pratique professionnelle des juristes³³, sème des doutes sur son origine³⁴. Découle-t-elle de la famille de droits romano-germaniques ou de la common law? Tenter d'identifier et de circonscrire l'origine de la procédure civile du Québec nécessite de remonter à la création de la Nouvelle-France.

Comment étaient organisés la justice et le système judiciaire lors de la création de la colonie? Il n'est pas utile de refaire ici l'histoire de la Nouvelle-France et de la Conquête, puisque cela éloignerait l'étude de ses objectifs principaux. Il est plus adéquat de faire quelques rappels de moments historiques nécessaires à la démonstration et à l'établissement de l'origine civiliste de la procédure civile de la province. Il convient, dans un souci méthodologique, de délimiter temporellement l'ère à examiner. La période de référence part de 1534 pour s'arrêter à 1763, date de la signature du traité de Paris³⁵. Elle débute avec l'arrivée des premiers colons et finit avec la signature du traité cédant le Canada français à l'Empire britannique. Il convient d'analyser brièvement les institutions en vigueur et le système juridique mis en place à cette époque pour se convaincre de l'origine de la procédure civile québécoise.

Il est possible de dater les prémises de la procédure civile québécoise vers 1534, moment de l'arrivée des premiers pionniers, navigateurs envoyés par le roi François 1^{er}, souverain du royaume de France à ce moment³⁶. Plusieurs colonies sont créées successivement, d'abord des comptoirs commerciaux, puis des terres de peuplement sous le règne des rois Louis XIII et XIV³⁷. Pendant la même période, l'administration judiciaire

³³ Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 285; Popovici, « Libres propos », *supra* note 10 à la p 225.

³⁴ Voir Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 à la p 93.

³⁵ Voir *Traité de Paris*, *supra* note 11.

³⁶ Voir Fromont, *supra* note 13 à la p 158.

³⁷ Voir Edmond Lareau, *Histoire du droit canadien : depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t 1, *Domination française*, Montréal : LGDJ, A Périard, 1888, aux pp 8–20; Fromont, *supra* note 13 à la p 158.

des possessions semble, selon les auteurs, partagée entre les compagnies de marchands et un gouverneur, nommé par le roi³⁸, comme c'est le cas pour la majeure partie des prérogatives royales concernant le gouvernement de la colonie³⁹. Vers 1663, Louis XIV décide de la reprise en main du Canada français par le royaume de France⁴⁰. À partir de ce moment, sur le plan du système judiciaire, ce qui n'était pas encore appelé Québec mais Nouvelle-France ou Canada français, a été d'abord soumis à la Coutume de Paris⁴¹, car il s'agissait d'une province du royaume de France. La Coutume de Paris s'apparentait plus à un code civil⁴² qu'au *Code de procédure civile* du point de vue normatif, car elle contenait essentiellement des dispositions de droit substantiel relatives au droit des personnes et de la famille, au droit des biens, aux suretés et procédures de recouvrement des créances et aux baux ruraux.

Le cadre législatif de la Nouvelle-France s'est étoffé quatre années plus tard avec l'*Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*⁴³ du mois d'avril 1667. L'*Ordonnance de 1667* est une véritable codification de la justice civile. Elle introduit les premières règles sur la hiérarchie des juridictions qui existaient à l'époque; elle établit et simplifie les actions et les procédures devant les tribunaux; elle règle et précise le cadre de la discipline des magistrats. Ce texte est véritablement le texte fondateur de la procédure civile québécoise et peut être justement qualifié d'ancêtre du *Code de procédure civile* puisqu'il constitue la transposition des règles applicables en France dans la colonie.

³⁸ Voir Pierre-Basile Mignault, « L'administration de la justice sous la domination française » (1879) R Can 105 aux pp 106–107.

³⁹ Voir Deleury et Tourigny, *supra* note 12 à la p 192; Lareau, *supra* note 37 aux pp 8–20.

⁴⁰ Voir Deleury et Tourigny, *supra* note 12 à la p 192; Mignault, *supra* note 38 à la p 108.

⁴¹ « *Loi coutumière de la prévôté et du vicomté de Paris*, rédigée en 1510, révisée en 1580, et introduite en Nouvelle-France par la Compagnie Des Cent-Associés en 1627. En 1664, en vertu de l'édit royal créant la Compagnie Des Indes Occidentales, la coutume de Paris devient l'unique code de loi de la colonie » (voir « Coutume de Paris » dans *Encyclopédie canadienne*, par Historica Canada, en ligne : <www.thecanadianencyclopedia.com>).

⁴² Voir Yves F Zoltvany, « Esquisse de la Coutume de Paris » (1971) 25 : 3 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 365. L'auteur décrit ainsi la Coutume de Paris : « [L]a Coutume de la Prévôté et Vicomte de Paris. Code civil de la Nouvelle-France depuis plus d'un siècle, il régissait des domaines aussi importants que l'organisation de la famille, la transmission des biens, les actions pour recouvrement de dettes et la tenure des terres » (à la p 365).

⁴³ En France, elle est connue sous la dénomination de l'*Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye*. Elle forme avec l'ordonnance criminelle de 1670, le *Code Louis* qui a réformé la justice civile et criminelle en France (voir *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye au mois d'Avril 1667*, Paris, 1667 [*Ordonnance de 1667*]; *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye au mois d'Avoust 1670. Pour les matières criminelles*, Paris, 1670).

Ainsi que le démontrent ces étapes saillantes de l'évolution historique de la procédure civile du Québec avant la Conquête, affirmer sa filiation civiliste est loin d'être une hérésie. Il est avéré qu'avant la signature du traité de Paris⁴⁴ de 1763, la Nouvelle-France « connaissait un système judiciaire calqué sur celui de la France » [note omise]⁴⁵ et donc avec la même origine romano-germanique. Cet état de fait va littéralement changer à partir de la rétrocession de la colonie à la puissance anglaise.

B. L'influence de la common law en procédure civile québécoise

Se pourrait-il que la procédure civile de la province de Québec soit un îlot intact de droit romano-germanique dans un océan de droit anglo-saxon? Il faut admettre que la réponse la plus évidente à la question paraît être négative. Nombre de juristes et de praticiens québécois ont appris et adopté les réflexes des systèmes relevant de la common law⁴⁶. La procédure civile du Québec est donc au mieux qualifiée par la doctrine majoritaire de droit mixte⁴⁷, sinon assimilée par plus d'un praticien au système de droit anglo-saxon⁴⁸. Pour bien saisir la situation, il convient de donner un aperçu du système de common law (1) avant de démontrer la profonde pénétration de la procédure civile du Québec par les concepts de common law (2).

1. Un aperçu de la common law

Qu'est-ce que la common law? La common law⁴⁹ désigne la famille de droit dont les racines se retrouvent en Angleterre du temps des rois nor-

⁴⁴ Voir *Traité de Paris*, *supra* note 11.

⁴⁵ Voir Deleury et Tourigny, *supra* note 12 aux pp 192–93; Mazen, *supra* note 10 à la p 375.

⁴⁶ Voir les constats à ce sujet de Jutras, *supra* note 8 aux pp 285–86. Voir aussi Popovici, « Libres propos », *supra* note 10 à la p 225.

⁴⁷ Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 273; Baudouin, « Mixed Jurisdictions », *supra* note 5 à la p 994; Popovici, « Libres propos », *supra* note 10 à la p 227; Mazen, *supra* note 10 à la p 375. Voir aussi Benoist, Cherot et Delebecque, *supra* note 7 à la p 7.

⁴⁸ Voir Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 à la p 93, citant Maurice Tancelin, « Introduction », dans Frederik P Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code Civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, 1 aux pp 25, 27; Jean-Louis Baudouin, « Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse » (1966) 44 : 3 R du B can 391 à la p 403 [Baudouin, « Code civil québécois »].

⁴⁹ Il existe quelques controverses doctrinales à propos du genre grammatical de l'expression « common law ». Certains auteurs penchent pour le genre masculin (voir par ex Pierre Legrand, « Pour le *common law* » (1992) 44 : 4 RIDC 941 aux pp 942–47; Cuniberti, *supra* note 4 au para 151, n 2) et d'autres pour le genre féminin (voir par ex David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 214). Pour notre part, nous retenons le genre féminin car, d'une part, c'est la forme la plus couramment employée de

mands, c'est-à-dire vers 1066. Elle s'est formée dans l'espace européen anglo-saxon d'origine⁵⁰ pour s'étendre, en même temps que l'Empire britannique, au reste du monde⁵¹. L'expression « common law » désignait à l'origine le droit commun à l'ensemble du royaume d'Angleterre suite à l'unification du droit applicable dans les juridictions seigneuriales et royales, en remplacement des coutumes locales⁵². Tenter en quelques lignes de caractériser la famille des droits de common law n'est pas chose aisée, car il s'agit d'une tradition juridique à la fois riche et complexe. Toutefois, compte tenu des objectifs du présent article, nous discuterons quelques éléments caractéristiques des systèmes de common law. Les trois traits distinctifs de la famille de common law suivants ont été retenus : la place dominante qu'y occupent les règles procédurales et leur respect, la finalité qui y est attachée à la règle de droit et le rôle fondamental qu'y joue la jurisprudence. Ces trois éléments ne peuvent pas être exempts du reproche que leur choix pourrait paraître arbitraire. Il n'en demeure pas moins qu'ils représentent, sans en avoir le monopole, des traits distinctifs des systèmes de common law.

La common law est d'abord une tradition juridique dans laquelle la procédure occupe une place primordiale⁵³. Les auteurs de droit comparé exposent longuement comment la procédure est à la genèse de la common law et de quelle manière elle a contribué à la former puis à la formater, à telle enseigne que ses institutions en sont aujourd'hui encore profondément imprégnées⁵⁴. Pour comprendre la grande place qu'occupe la procédure en common law, il faut savoir que c'est une tradition à l'origine bâtie sur des *writs*⁵⁵. Pour chaque *writ* était prévue une procédure particulière

l'expression en français et, d'autre part, il correspondrait à l'origine de l'expression « common law » (la *commune ley*), dans le jargon normand utilisé à l'époque de formation de la common law.

⁵⁰ Voir Cuniberti, *supra* note 4 au para 158 et s. Il s'agit du royaume d'Angleterre après la Conquête du trône par Guillaume de Normandie qui deviendra Guillaume le Conquérant.

⁵¹ Elle part de l'Angleterre et du Royaume-Uni pour atteindre l'Amérique du Nord, l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou encore l'Asie avec l'Inde.

⁵² Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 220; Cuniberti, *supra* note 4 au para 165.

⁵³ Voir Donald Poirier, « La common law : une culture, une histoire et un droit procédural » dans Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir., *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 2008, 25 à la p 35; Antoine J Bullier, *La common law*, 3^e éd, Paris, Dalloz, 2012 aux pp 12–13; Cuniberti, *supra* note 4 aux para 164, 166.

⁵⁴ Voir Poirier, *supra* note 53 aux pp 35–40; Bullier, *supra* note 53 aux pp 12–13; Cuniberti, *supra* note 4 au para 166; David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 224.

⁵⁵ La notion de « *writ* » pourrait être traduite en français et en procédure civile du Québec par celle de bref. Le bref est un document contenant un ordre. C'est l'acte par lequel

obligatoire dont le non-respect entraînait irrémédiablement l'échec de l'action⁵⁶. Aussi, l'absence de procédure prévue équivalait à une absence d'action. Cet état d'esprit est corroboré par l'expression suivante : « *remedies precede rights* »⁵⁷. L'importance des procédures et le formalisme imposé commandaient une démarche processuelle pragmatique. Les règles de procédure civile devaient essentiellement permettre de déterminer les questions que soulevait la situation factuelle conflictuelle qui serait soumise au jury composant la cour⁵⁸. En peu de mots, la bataille en common law est d'abord une bataille de procédure : la procédure prime⁵⁹.

La common law se singularise aussi par le rôle et les objectifs de la règle de droit. Si elle est d'origine législative, l'intervention du législateur est parcimonieuse⁶⁰ : ce dernier se veut économe d'initiatives dans la production normative. Si la règle de droit est le produit de l'activité de la jurisprudence, elle est factuelle et casuistique. Dans l'un et l'autre cas, la règle de droit n'est pas un énoncé général à mi-chemin entre une proposition impérative et une déclaration de principe moral posant une norme de conduite. La règle de droit de la common law n'est pas la contribution à une construction conceptuelle abstraite et ordonnée d'où on extraira des conséquences pratiques à l'occasion de leur application par les tribunaux et les cours de justice. Elle est la clé qui permettra de trouver une solution particulière à un problème concret⁶¹. Pour cette raison, la règle de droit en common law s'efforce d'être la plus précise possible. Elle n'hésite pas à énumérer les cas particuliers qu'elle entend régir. Il n'est pas rare de voir, au début d'une loi, des définitions précisant le sens qu'il convient de donner aux règles de droit contenues dans le texte ou l'acception à avoir de certains de ses termes. Dans cette tradition, la règle de droit a une finalité pratique, des objectifs concrets et, finalement, la casuistique y occupe une

« une autorité ou une personne dûment autorisée par la loi, telle un tribunal judiciaire, un juge ou un officier de justice, enjoint à une autre personne de faire quelque chose conformément aux conditions spécifiées » (Michel Filion, *Dictionnaire encyclopédique du Droit québécois*, CD-ROM : Gaudet, 2014, *sub verbo* « bref ». Voir aussi David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 224; Poirier, *supra* note 53 aux pp 35–36).

⁵⁶ Voir Cuniberti, *supra* note 4 au para 164.

⁵⁷ Voir *ibid.*

⁵⁸ Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 226.

⁵⁹ Voir Poirier, *supra* note 53 à la p 35 et s; Cuniberti, *supra* note 4 au para 166; Bullier, *supra* note 53 aux pp 12–13; David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 224.

⁶⁰ Encore qu'il soit possible de noter une évolution de cette règle dans les temps présents, car l'inflation législative gagne également les systèmes de common law (voir Fromont, *supra* note 13 à la p 94; David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 298).

⁶¹ Voir *ibid.* au para 268; Cuniberti, *supra* note 4 au para 200; Poirier, *supra* note 53 aux pp 82–83, qui évoque l'« énoncé du droit au cas par cas » avec le souci constant d'octroyer une portée pratique aux règles de droit dégagées par la jurisprudence.

place prépondérante⁶². Cela affecte sans conteste la jurisprudence, tout en y expliquant son rôle fondamental.

Ainsi qu'il vient d'être invoqué, la common law est caractérisée par la place prédominante qui y est octroyée à la jurisprudence. Celle-ci est la source de principe du droit dans les systèmes de common law. Autrement dit, ce sont les décisions des tribunaux et des cours de justice qui y font essentiellement le droit. Dans cette tradition, les tribunaux occupent une place qui est loin d'être celle d'interprètes des lois adoptées par le législateur. Ils ne se reconnaissent pas uniquement le rôle d'appliquer la règle de droit adoptée par le législateur, mais une fonction qui va plus loin, celle de la dégager des situations factuelles qu'elle aura à connaître. Il en découle un rôle fondateur accolé au précédent, appelé *stare decisis*⁶³. Le principe du respect du précédent, dans un système judiciaire à l'échelle d'un pays démocratique fondé sur le principe de la primauté du droit, peut être résumé en quelques propositions : 1) les décisions rendues par la plus haute juridiction d'un pays donné constituent des précédents qui doivent être suivis par toutes les autres juridictions de ce pays; 2) les décisions rendues par une juridiction de recours ou d'appel constituent des précédents que doivent suivre les juridictions hiérarchiquement inférieures; 3) les décisions rendues par des juridictions hiérarchiquement de même niveau, sans constituer, rigoureusement parlant, des précédents l'une pour l'autre, ont une valeur de persuasion et seront généralement suivies par les autres juridictions de même niveau⁶⁴. Dans les pays de common law, la jurisprudence jouit donc d'un statut bien supérieur à celui des parlements dans la tradition romano-germanique en tant que source du droit. À tout le moins, le pouvoir judiciaire n'est pas inférieur au pouvoir exécutif ou au pouvoir législatif⁶⁵.

Sans prétendre à l'exhaustivité, ces trois éléments caractéristiques de la common law succinctement présentés laissent percevoir que, dans ses principes et dans sa technique, c'est une famille de droit assez différente des systèmes civilistes. C'est pourtant une introduction en bloc et quasiment sans adaptation de ces concepts qui s'est produite dans la procédure civile du Québec à la suite de la substitution de la puissance anglaise à la puissance française à partir de 1763⁶⁶.

⁶² Voir *ibid.*

⁶³ Voir *ibid* à la p 48 et s; David et Jauffret-Spinozi, *supra* note 13 au para 287.

⁶⁴ Voir *ibid* au para 288.

⁶⁵ Voir *ibid* au para 283.

⁶⁶ Voir *Traité de Paris*, *supra* note 11.

2. La prégnante présence de concepts de common law en procédure civile québécoise

L'immersion dans les dédales de la procédure civile du Québec ne laisse aucun doute : elle est tout irriguée de concepts et de règles de common law. La doctrine l'a relevé et analysé sous plusieurs angles⁶⁷, il n'est alors pas indispensable de passer ici en revue l'ensemble des concepts et pratiques de common law incorporés dans la procédure civile de l'ex-Bas-Canada. Dans le cadre du présent article, il sera suffisant d'en évoquer quelques-uns parmi les plus typiques.

Tout d'abord, l'un des traits caractéristiques de la procédure civile du Québec, qui laissera songeur le juriste formé dans un système de droit civil « pur » et bien au fait du fonctionnement de celui-ci, est le pouvoir de création et d'adoption de règles de pratique par les tribunaux civils québécois. Les règles de pratique⁶⁸ peuvent être définies comme des règles de procédure ou de preuve adoptées et édictées par la majorité des juges de chaque cour de la province en vue de suppléer les carences des dispositions législatives ou de les préciser⁶⁹. Par l'étude du mécanisme du pouvoir d'adopter des règles de pratique, l'empire de la common law en procédure civile sera analysé sous l'angle de la reconnaissance même de ce pouvoir, d'une part, et sous celui des conséquences de l'exercice concret de ce pouvoir, d'autre part.

Accorder aux juges le pouvoir d'adopter par voie réglementaire des dispositions, quand bien même il s'agirait de dispositions procédurales, est peu envisageable dans un système judiciaire civiliste « pur ». Le juge n'y est ni détenteur du pouvoir législatif, ni même législateur délégué. La reconnaissance de cette faculté aux juges, qui remonte au Canada français, ne s'est pas faite sans contestation⁷⁰. Par exemple, des membres de la Chambre d'assemblée ont vainement tenté d'obtenir la destitution des juges en chef du district de Québec⁷¹ et de Montréal⁷², auteurs de règles de pratique similaires à un code de procédure civile, les accusant de faire

⁶⁷ Voir Baudouin, « Code civil québécois », *supra* note 48 à la p 403; Baudouin, « Mixed Jurisdictions », *supra* note 5 à la p 1000; Mazen, *supra* note 10 à la p 375; Deleury et Tourigny, *supra* note 12 à la p 191.

⁶⁸ La traduction anglaise de cette expression est « *rule of practice* ».

⁶⁹ Voir Filion, *supra* note 55, *sub verbo* « règle de pratique ».

⁷⁰ Voir Brisson, *La formation d'un droit mixte*, *supra* note 10 à la p 60 et s.

⁷¹ Jonathan Sewell, juge en chef de la Cour du banc du roi de Québec de 1808 à 1838. Il s'agissait des règles de pratique adoptées par le juge en chef Sewell en 1809 (voir *ibid* à la p 59 et s).

⁷² Il s'agissait des règles de pratique adoptées par le juge en chef de la Cour du banc du roi de Montréal James Monk en 1811 (voir *ibid* aux pp 60–61).

œuvre de législateur⁷³. L'octroi aux juges d'un quasi-pouvoir de légiférer en procédure civile peut être perçu comme une prérogative exorbitante dans un système romano-germanique, mais point dans la tradition de common law. Les cours y participent pleinement à la création et à la production du droit. La jurisprudence y est même, parmi les sources formelles du droit, la première. Dans un tel contexte, il n'y a rien d'excessif à octroyer aux cours le pouvoir d'édicter, en complément de la législation ou pour pallier à ses lacunes, les règles processuelles qui devront être suivies devant elles. Peut-être même sont-elles mieux outillées que quiconque pour le faire. C'est toutefois une manière de procéder peu répandue dans les systèmes de droit romano-germaniques.

L'exercice même du pouvoir d'établir des règles de pratique dans un premier temps n'est pas sans conséquence sur la pénétration de la procédure civile du Québec par la common law. Il ne fait que renforcer la présence de concepts de common law en procédure civile québécoise, notamment en raison du fait que les règles adoptées alors relèvent majoritairement du droit anglais⁷⁴. Par exemple, l'importation de règles de common law, avec les *writs* et les *forms of actions*, donne lieu à un formalisme exacerbé caractéristique de cette tradition juridique. Dans les systèmes de common law, le formalisme a été longtemps perçu comme une garantie de protection des droits. C'est ce qu'exprime l'adage « *remedies precede rights* »⁷⁵ ainsi qu'il a été précédemment évoqué⁷⁶.

Ensuite, outre le pouvoir d'adopter des règles de pratique, l'organisation judiciaire et les pouvoirs des tribunaux au Québec reflètent aussi l'influence de la common law sur la procédure civile québécoise. Une illustration de ce constat est la pratique du contrôle de constitutionnalité des lois par les tribunaux québécois. Généralement, dans les systèmes de droit romano-germaniques, le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas permis aux juridictions de droit commun⁷⁷. Il est souvent institué une juridiction d'exception chargée tout particulièrement du contrôle de constitutionnalité des lois à cause du caractère exceptionnel que revêt cette mission. En effet, la censure d'une loi pour inconstitutionnalité s'apparente à la limitation et à la sanction du pouvoir législatif dans les actes qu'il est habilité à prendre. Il faut l'admettre, mais l'entourer de précautions pour cette raison. Or, au Québec, ainsi que c'est le cas dans

⁷³ Voir *ibid.*; Deleury et Tourigny, *supra* note 12 à la p 204.

⁷⁴ Voir *ibid.*

⁷⁵ Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 224; Brisson, *La formation d'un droit mixte*, *supra* note 10 à la p 42.

⁷⁶ Voir nos développements sur cette question à la partie I-B-1 ci-dessus.

⁷⁷ Voir Cuniberti, *supra* note 4 au para 101.

les systèmes de common law, tout juge peut se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi.

Bien qu'il faille reconnaître la prégnante présence des concepts de common law dans la procédure civile québécoise, il est permis d'affirmer, sinon de suggérer, une nouvelle hypothèse sur l'évolution de cette branche du droit. Malgré la présence de règles de common law en procédure civile québécoise et nonobstant la multiplicité des concepts de droit anglais qui imprègnent la matière, une analyse approfondie et actuelle de l'évolution de celle-ci permet d'identifier nombre d'éléments qui démontrent la permanence et même l'accentuation, assimilable à une renaissance, de ses caractéristiques romano-germaniques. Un fameux auteur de droit comparé affirme : « [c]'est une vue superficielle et fautive, en effet, de voir dans le droit, simplement, un ensemble de normes. Le droit peut bien se concrétiser, à une époque et dans un pays donné, dans un certain nombre de règles. Le phénomène juridique, pourtant, est plus complexe »⁷⁸. L'évolution de la procédure civile du Québec semble corroborer cette affirmation.

II. La procédure civile québécoise : la résurgence de son appartenance à la tradition romano-germanique

L'hypothèse suggérée est que l'hybridation qu'a longtemps connue la procédure civile québécoise paraît aujourd'hui en recul. D'une mixité avec la prédominance de la common law, s'établit de nos jours une mixité avec prééminence de sa filiation civiliste. Plusieurs facteurs pourraient expliquer ce mouvement de balancier. Il faut relever, et ce n'est pas le moindre des éléments explicatifs, le caractère involontaire, voire contraint, à l'origine de la mixité de la procédure civile en vigueur dans la province (A). De fait, le système judiciaire québécois semble de mieux en mieux assumer, au fil des différentes réformes, sa proximité avec les droits de la famille romano-germanique (B).

A. *La procédure civile québécoise avant et après la première codification : entre consolidation de la domination coloniale et pragmatisme des réformes*

La mixité de la procédure civile du Québec n'a point été choisie ou voulue par les Québécois. Elle résulte des vicissitudes de l'histoire⁷⁹. Parti d'un projet d'assimilation totale du droit du Canada français par la common law, on a abouti, face à l'échec du projet d'origine, à une mixité subie

⁷⁸ Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 15.

⁷⁹ Voir Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10.

plutôt que désirée (1). Si cette mixité a perduré et demeure encore en partie, c'est essentiellement par pragmatisme (2), les circonstances historiques et politiques n'ayant pas toujours été favorables à une affirmation trop brutale de l'identité propre du droit québécois.

1. Le caractère involontaire de la mixité de la procédure civile québécoise

Que signifie la notion de droit mixte? Il faut d'abord préciser cette notion avant d'en cerner les contours au Québec. Les auteurs définissent de manière générale un droit mixte comme « un droit ayant subi l'influence de plusieurs systèmes juridiques par suite du phénomène du transfert ou de la réception d'un ou plusieurs droits »⁸⁰. Plus précisément :

[I]l s'agit d'un Droit dont les institutions émanent de systèmes juridiques différents et résultent de l'application cumulative, ou de l'interaction de techniques qui appartiennent ou se rattachent à ces systèmes. Il n'est pas suffisant que deux systèmes juridiques différents coexistent dans le territoire d'un seul État; encore faut-il qu'un système agisse sur l'autre, et inversement. Cela est, en effet nécessaire, pour que naisse un véritable Droit mixte⁸¹.

Tel que la doctrine l'a fréquemment discuté, la procédure civile du Québec correspond à cette définition de la notion de droit mixte⁸². Il n'est pas utile de remettre ici en cause cette qualification. Il est plus pertinent d'en relever les causes et l'origine, ce qui permettra d'en expliquer certaines évolutions et caractéristiques actuelles.

L'introduction des principes de common law dans le droit du Québec, autant en droit substantiel qu'en procédure civile, peut être datée sans trop de mal autour des années 1760 avec la Conquête anglaise et la volonté de mainmise de la puissance conquérante sur les institutions de la province. Il y avait manifestement une volonté de donner une coloration britannique au nouveau territoire de l'empire du même nom. Ce dessein s'est concrétisé par la Proclamation royale⁸³ du Roi George III du 7 octobre 1763 ordonnant aux gouverneurs des colonies, dont le Québec faisait partie, d'y créer et d'y établir des juridictions où s'appliquerait le droit anglais⁸⁴. Le projet était ni plus ni moins de tenter de substituer, aux règles

⁸⁰ Voir Benoist, Cherot et Delebecque, *supra* note 7 à la p 7.

⁸¹ Voir Robert Garron, « Le droit mixte : notion et fonction », dans Benoist, Cherot et Delebecque, *supra* note 7 à la p 11.

⁸² Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 273; Popovici, « Libres propos », *supra* note 10 à la p 227; Baudouin, « Mixed Jurisdictions », *supra* note 5 à la p 994; Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10; Mazen, *supra* note 10 à la p 375.

⁸³ *Proclamation royale, 1763* (R-U), Geo III.

⁸⁴ Voir Deleury et Tourigny, *supra* note 12 à la p 196; Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 à la p 94.

de fond et de procédure d'origine romano-germanique alors en vigueur dans la province, le droit anglais en bloc dans le but de favoriser l'immigration britannique dans la province⁸⁵. La réalisation de ce dessein durera environ une dizaine d'années.

Après les protestations des habitants de la province et des tractations avec le pouvoir anglais, l'*Acte de Québec*⁸⁶ a été adopté en 1774⁸⁷. Cet acte, censé calmer la grogne et le mécontentement des Canadiens français, rétablissait le droit civil français en vigueur dans la colonie antérieurement à la Conquête uniquement en matière de droit privé⁸⁸. Cependant, il semble que les autorités législatives coloniales, en admettant provisoirement de s'auto-restreindre en matière de fond du droit privé dans la province, ont porté immédiatement et de manière intense leurs ardeurs sur la procédure civile. Cela a été d'une importance cruciale pour l'évolution de la procédure civile de la province. Celle-ci s'est vue massivement envahie de concepts et de règles de droit anglais⁸⁹. À partir de 1777, de nombreuses lois ont été adoptées pour rendre applicables en procédure civile québécoise nombre de concepts et d'institutions parmi les plus caractéristiques du droit anglais⁹⁰. De cette période jusqu'à la veille de la première codification des règles de la procédure civile du Québec, on perçoit un activisme législatif accru de la puissance coloniale anglaise pour phagocytter les anciennes lois de procédure civile d'origine romano-germanique, notamment l'*Ordonnance de 1667*⁹¹. Le législateur de l'époque a été épaulé dans son œuvre par les hauts cadres du système judiciaire, notamment les magistrats⁹², qui étaient pour la majorité envoyés de la métropole ou qui y avait été formés⁹³.

⁸⁵ Voir *ibid* à la p 95.

⁸⁶ (R-U), 14 Geo III, c 83, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 2.

⁸⁷ Voir Deleury et Tourigny, *supra* note 12, à la p 194 et s (notamment à la p 198).

⁸⁸ Voir Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 à la p 95.

⁸⁹ Voir *ibid* aux pp 93, 97–98; Deleury et Tourigny, *supra* note 12 à la p 200; Brierley, *supra* note 7 aux pp 107–108.

⁹⁰ Les auteurs évoquent : le système des *writs*, le procès par jury, le régime d'autorisation préalable à l'émission du bref d'assignation, l'introduction des règles du droit anglais en matière de preuve en droit commercial, etc. (voir Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 aux pp 97–98; Brisson, *La formation d'un droit mixte*, *supra* note 10 à la p 45).

⁹¹ *Supra* note 43.

⁹² Voir Brisson, « La procédure civile au Québec » *supra* note 10 à la p 99; Brisson, *La formation d'un droit mixte*, *supra* note 10 à la p 58 et s.

⁹³ Voir Mazen, *supra* note 10 à la p 376. Aussi, les auteurs relèvent qu'il était courant que les magistrats exerçant leurs fonctions au sein des juridictions québécoises à l'époque

Des auteurs affirment que : « [c]'est au cours de cette période cependant que l'influence de la procédure anglaise devint prédominante [...] »⁹⁴. Tandis que le professeur Jean-Maurice Brisson soutient que durant cette période qui a duré un peu moins d'un siècle, près de 150 lois « vont être adoptées qui [...] vont avoir pour effet de réduire de manière significative la part de l'Ordonnance de 1667 dans la réglementation de la matière »⁹⁵. Ces éléments participent à l'affirmation du caractère non volontaire, voire imposé, de la mixité de la procédure civile et plus généralement du droit civil du Québec.

C'est sur ce terreau peu favorable à l'affirmation de sa filiation d'origine qu'ont pris naissance la première codification et les réformes subséquentes de la procédure civile du Québec. Il ne faut pas perdre de vue ce contexte. Il convient de l'intégrer à toute analyse concernant l'évolution de la procédure civile québécoise et tout particulièrement à l'étude de sa qualification de droit mixte. En effet, les réformes de la procédure civile depuis la première codification du droit québécois n'ont pas fait table rase.

2. Le pragmatisme des réformes de la procédure à partir de la première codification

Longtemps, les réformes en matière de procédure civile québécoise ont recherché le consensus en essayant d'agrèger des concepts disparates et des institutions aux fonctionnements différents, provenant de la famille romano-germanique et de la common law. Il ne s'agissait pas d'affirmer ou de revendiquer leurs racines romano-germaniques. Jamais l'ambition n'a été de faire table rase des institutions de la common law qui y ont été insérées ou de débarrasser la procédure civile du Québec en quelques traits de plumes des concepts de droit anglais qui y ont été importés.

C'est la ligne de conduite qui a guidé, par exemple, les travaux de la première commission de codification de la procédure civile du Bas-Canada. Les commissaires, au moment de la rédaction du premier *Code de procédure civile*, n'ont semble-t-il pas envisagé sérieusement de bouleverser les règles de la procédure civile québécoise telles qu'elles existaient alors pour les rapprocher vigoureusement des systèmes romano-germaniques. Les codificateurs ont maintenu la mixité des règles de procédure civile de la province, justifiant leur choix parfois par la croyance en

ne comprenaient pas la langue française ou ne connaissaient que peu le droit civil (voir Deleury et Tourigny, *supra* note 12 à la p 198).

⁹⁴ Voir *ibid* à la p 203.

⁹⁵ Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 à la p 98.

la « supériorité du système judiciaire bas-canadien »⁹⁶ et, d'autres fois, par l'étendue de leur mandat⁹⁷, qui n'était pas de rédiger un « code de procédure nouveau », mais plutôt de constater le droit réellement en force et d'exposer la procédure civile telle qu'elle paraissait être à l'époque de la codification. Ainsi, le projet ne semble pas avoir été de doter la province d'un code de procédure civile conforme à la filiation civiliste de son droit⁹⁸. L'esprit de compromis parfois bancal et le pragmatisme l'ont emporté sur toute autre forme de considérations lors de la rédaction du *Code de procédure civile* ainsi que le confirment ces propos :

[l]es codificateurs auraient-ils réussi à “rattacher l'exercice [*sic*] des lois empruntées à l'Angleterre ou des lois coutumières à une pratique exclusivement anglaise ou française” qu'ils eussent par là “jeté [la] perturbation dans nos tribunaux”. Il fallait plutôt leur “savoir gré, concluait Doutre, de n'avoir manifesté que des semblants de préférence pour un système ou pour un autre” [note omise]⁹⁹.

Quelques années après la première codification de la procédure civile, pour faire face aux critiques du système judiciaire, la réforme de la matière est envisagée. Le juge Thomas-Jean-Jacques Loranger, par le biais de la Commission de codification des statuts, se voit confier par l'Assemblée législative la responsabilité de mener la réflexion sur l'état de la justice québécoise, puis de proposer un projet de réforme de la procédure et de l'appareil judiciaire qui prendra la forme d'une refonte du *Code de procédure civile*¹⁰⁰. Le juge Loranger décèdera sans être allé au bout de sa mission. En 1885, c'est au tour d'un nouveau comité¹⁰¹ institué à l'initiative du gouvernement de prendre le relai des réformes à apporter à la procédure civile. Celui-ci dépose un rapport en 1888 dont le point central est une refonte du *Code de procédure civile* afin de simplifier l'exercice

⁹⁶ Voir Sylvio Normand, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840–1965) » (1999) 40 : 1 C de D 13 à la p 17.

⁹⁷ Voir l'Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, S Prov C 1857 (20 Vict), c 43, art V–VI; Brisson, *La formation d'un droit mixte*, *supra* note 10 à la p 157 et s.

⁹⁸ Voir *ibid* à la p 154 : « [l]es Commissaires, expliquent-ils en effet, ne se sont pas crus appelés à rédiger un code de procédure nouveau, mais se bornant à remplir les exigences du statut, ils ont exposé la procédure telle qu'elle paraît être actuellement, se contentant de suggérer les dispositions [...] » (citant Huitième rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada en matières civiles, Ottawa, GE Desbarats, 1866 à la p viii). Voir aussi *ibid* aux pp 155–60.

⁹⁹ Voir *ibid* à la p 162, citant Gonzalve Doutre, *Les lois de la procédure civile*, t 1, Montréal, Eusèbe Sénécal, 1867.

¹⁰⁰ Voir Normand, *supra* note 96 à la p 20.

¹⁰¹ Ce comité est composé du juge Louis-Amable Jetté et des avocats Léon Lorrain et William Alexander Weir (voir *ibid* à la p 22).

des recours devant les juridictions¹⁰². Le rapport n'est suivi d'aucune action immédiate.

En 1894 survient une nouvelle initiative gouvernementale, la formation d'une autre commission¹⁰³ avec un mandat plus clair cette fois de procéder à la révision du *Code de procédure civile* de 1867¹⁰⁴. Le nouveau *Code de procédure civile* entre en vigueur en 1897¹⁰⁵. Malgré l'intérêt des réformes proposées par les différentes commissions ou comités, il faut relever qu'elles sont essentiellement techniques. Elles visent la réorganisation des tribunaux ou la célérité des procédures, mais s'attachent peu aux fondements mêmes de la procédure civile en vigueur dans la province ou à l'esprit de celle-ci¹⁰⁶. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* de 1897, il semble encore que les codificateurs n'entendent point révolutionner les principes fondamentaux du système¹⁰⁷. À ce moment-là, et dans les années qui suivirent, on semble plutôt avoir choisi d'apporter des modifications par petites touches sans s'attaquer aux fondations de l'édifice.

Les années passent et les critiques refont surface à l'encontre du système judiciaire. L'exécutif de l'époque, de concert avec le législateur, met en branle une réforme visant à améliorer l'accès à la justice à travers une « révision générale » du *Code de procédure civile* en 1945¹⁰⁸. Les mêmes processus que ceux des réformes précédentes sont mis en œuvre avec la formation d'une commission avec à sa tête l'avocat Auguste Désilets, appuyé par l'avocat Gérard Trudel. À peine deux ans plus tard, la commission Désilets-Trudel rend ses travaux sous la forme d'un avant-projet de *Code de procédure civile* qui tarde toutefois à être transformé en un véritable projet de loi. Les choses n'évoluent vraiment qu'en 1959 lorsque le gouvernement confie à une nouvelle commission, présidée par le juge Garon Pratte, la mission de réviser le *Code de procédure civile*¹⁰⁹.

¹⁰² Voir *ibid.*

¹⁰³ Cette commission comprend le procureur général Thomas-Chase Casgrain et deux magistrats, les honorables Jules-Ernest LaRue et Charles Peers Davidson (voir *ibid.*).

¹⁰⁴ Voir Normand, *supra* note 96 à la p 22.

¹⁰⁵ Voir *Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, SQ 1897, c 48.

¹⁰⁶ Voir Normand, *supra* note 96 aux pp 20–22.

¹⁰⁷ Voir *ibid.* à la p 23. L'auteur relève assez nettement les réticences du législateur à « bouleverser les institutions, même s'il est conscient des nombreuses faiblesses du système ».

¹⁰⁸ Voir la *Loi pour améliorer le Code de procédure civile*, LQ 1945, c 69, préambule. Voir aussi Normand, *supra* note 96 à la p 26.

¹⁰⁹ Voir *ibid.* aux pp 26–27. Sont également membres de cette commission le juge George S. Challies et l'avocat Albert Leblanc.

En 1960 est rédigé un projet de *Code de procédure civile* qui reprend les principales recommandations et propositions du rapport de la commission présidée par le juge Garon Pratte¹¹⁰. Le projet de loi est adopté et entre en vigueur en tant que *Code de procédure civile* en 1965¹¹¹. Ici, une nouvelle fois, plutôt que de rupture, il s'agit encore de conciliation des positions des divers acteurs du système et de tentatives plus ou moins réussies de coordonner des concepts de famille de droit différentes, combinées aux premières intégrations des besoins des justiciables.

Un auteur relève fort justement que « [l]e Code s'inscrit franchement dans la continuité des institutions et demeure fidèle aux traits dominants de la culture juridique »¹¹². On pourrait toutefois être tenté de s'interroger sur la nature de cette culture juridique. Celle-ci n'a en effet jamais été précisément définie et les différentes commissions ne se sont pas vraiment penchées sur cette question. Le souci de corrections techniques, d'améliorations pratiques et de solutions utilitaristes surplombe largement la volonté d'insuffler une âme, d'affirmer des principes ou d'y faire clairement émerger la filiation de la procédure civile québécoise. C'est en cela qu'il convient de relever le pragmatisme des réformes de la procédure à partir de la première codification de ses règles. Tant dans le code de 1867¹¹³ que dans celui qui lui a succédé en 1897¹¹⁴, ou encore dans celui de 1965¹¹⁵, les codificateurs évitent d'y affirmer trop fermement l'appartenance à une famille juridique par crainte d'en bouleverser les fondements ou même certaines règles pourtant décriées.

¹¹⁰ Voir Normand, *supra* note 96 à la p 27.

¹¹¹ Voir *ibid*, à la p 24 et s.

¹¹² Voir *ibid* à la p 29.

¹¹³ Le professeur Sylvio Normand soutient en effet que les travaux des codificateurs du *Code de procédure civile* de 1867 « [r]éflètent donc un droit judiciaire où se confondent les traditions françaises et anglaises. Les commissaires, en respectant les pratiques de leur époque, ont peut-être cherché à éviter le chaos qu'aurait provoqué une redéfinition brutale du droit judiciaire [note omise] » (*ibid* aux pp 18–19).

¹¹⁴ Voir Normand, *supra* note 96 à la p 22.

¹¹⁵ Les propos du professeur Sylvio Normand démontrent le souci de pragmatisme qui a guidé les travaux des codificateurs du *Code de procédure civile* de 1965 :

Le Code donne bel et bien lieu à une réécriture et à une rénovation. Toutefois, le droit judiciaire malgré sa nouvelle configuration ne rompt pas pour autant avec le passé. Le changement a pour but d'adapter le droit à une société profondément transformée depuis le tournant du siècle. Il ne cherche pas pour autant à liquider la procédure en vigueur. Agir autrement aurait risqué de créer de la confusion, comme ne manquent pas de le mentionner les commissaires : « Nos institutions procédurales sont déjà trop enracinées dans notre vie juridique pour qu'il soit possible d'en faire table rase » [note omise] (*ibid* aux pp 28–29).

Toutefois, avec le code de 1965 plus qu'avec ses devanciers commence, peut-être sans que cela ne soit encore ouvertement affirmé, la résurgence d'une culture normative civiliste¹¹⁶. Le modèle de common law d'un juge comme simple arbitre d'une procédure strictement accusatoire est de moins en moins admis et l'on s'accorde maintenant pour accroître ses pouvoirs¹¹⁷. La figure du juge devrait également être perçue comme le protecteur des faibles contre les forts et celui qui a le pouvoir de rééquilibrer les excès, entre autres, du formalisme. Les premières tentatives de cantonnement du formalisme exacerbé typique de la culture juridique de la common law sont réalisées. Il n'en reste pas moins que ces éléments d'affirmation de la culture normative civiliste sont encore, dans ce code, éparpillés et noyés sous une foule de réaménagements techniques et submergés par l'objectif de rendre une justice rapide, à moindre coût et accessible.

B. L'affirmation actuelle de l'appartenance de la procédure civile québécoise à la famille romano-germanique

Le nouveau *Code de procédure civile*¹¹⁸, sanctionné le 21 février 2014, opère-t-il une révolution du point de vue de l'organisation judiciaire et de l'affirmation de la tradition juridique dont la procédure civile du Québec tire sa filiation? Si on admet que toutes les révolutions ne se réalisent pas dans le bruit et la fureur, il est possible de répondre positivement à la question. La pondération impose néanmoins de reconnaître sans ambiguïté que le nouveau *Code de procédure civile* ne révolutionne pas l'organisation judiciaire québécoise. Il faut même admettre qu'il conserve un métissage certain entre common law et droit civil au niveau procédural. Cependant, il apparaît sous un certain jour que la nouvelle procédure civile québécoise qu'il incarne concrétise un ancrage affirmé dans la famille des droits romano-germaniques par l'esprit qui se dégage de ses dispositions les plus emblématiques (2). Cette résurgence de l'appartenance de la procédure civile du Québec aux systèmes de droit romano-germaniques a été précédée par la reconnaissance jurisprudentielle récente de la nature civiliste de la procédure civile du Québec (1).

1. La consécration jurisprudentielle de la nature civiliste de la procédure civile québécoise

La plus haute juridiction canadienne, la Cour suprême du Canada, a joué un rôle de première importance dans l'expansion de concepts de

¹¹⁶ Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 289.

¹¹⁷ Voir *ibid* à la p 283.

¹¹⁸ *Nouveau Cpc*, *supra* note 9.

common law dans le droit du Québec au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle¹¹⁹. À ce titre, les décisions dans lesquelles la Cour suprême paraît reconnaître les spécificités du droit civil de la province relèvent d'un poids non négligeable. Il faut les scruter avec attention, soupeser chaque phrase et décortiquer chaque mot pour en extraire l'essence et comprendre la vision de la cour sur ces nouvelles tendances, tant sur le droit substantiel que procédural du Québec.

Pour les auteurs, c'est semble-t-il à l'entame des années 1990 que se produit le tournant au niveau de la Cour suprême du Canada et que cette dernière met un frein à une tendance d'unification qui ressemblait à s'y méprendre à une forme d'assimilation du droit civil par la common law¹²⁰. L'équivoque n'a plus lieu d'être quelques années plus tard, soit en 2001. Dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc*¹²¹, le Juge LeBel, s'exprimant au nom de la majorité, affirme en effet que : « [...] les tribunaux québécois dont le mode d'organisation a été profondément influencé par l'organisation judiciaire britannique et ses traditions constitutionnelles et juridiques appliquent le droit processuel du Québec »¹²². Il y a dans cette phrase la reconnaissance que malgré la grande influence des concepts de common law en procédure civile, à cause des raisons historiques analysées précédemment dans le présent article, le fond du droit et la procédure civile du Québec ne relèvent pas de la common law. Quelques paragraphes plus loin, le propos se veut encore plus précis et appuie la tradition civiliste de la procédure civile québécoise :

D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur¹²³.

Dans cette décision, la juridiction suprême reconnaît explicitement la primauté en droit québécois du législateur, tant pour le fond que pour les

¹¹⁹ Voir notamment Pierre-Gabriel Jobin, « La Cour suprême et la réforme du Code civil » (2000) 79 R du B can 27 aux pp 42–43 [Jobin, « La Cour suprême et la réforme du Code civil »]; Baudouin, « Code civil québécois », *supra* note 48 aux pp 406–08. Voir cependant H Patrick Glenn, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil » (2001) 80 R du B can 151; Adrian Popovici, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil » (2000) 34 RJT 607 à la p 612, qui semblent relativiser ce dessein de la Cour suprême.

¹²⁰ Voir par ex Popovici, « Libres propos », *supra* note 10 aux pp 227–28.

¹²¹ 2001 CSC 51, [2001] 2 RCS 743 [*Lac d'Amiante*].

¹²² *Ibid* au para 31.

¹²³ *Ibid* au para 35.

questions de procédure¹²⁴, une des caractéristiques des droits de la famille romano-germanique. En conclusion de ce point, le Juge LeBel estime que : « [b]ien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste »¹²⁵. Ces propos traduisent et consacrent la reconnaissance de la nature civiliste de la procédure civile québécoise, à tout le moins sa filiation découlant de la tradition des droits de la famille romano-germanique.

Au fond, et cela participe de notre hypothèse, c'est le recul de la mixité du droit québécois et la résurgence de sa filiation romano-germanique que la jurisprudence la plus significative du pays admet dans des termes on ne peut plus explicites. L'année suivant la décision *Lac d'Amiante*, la Cour suprême, abandonnant un peu plus l'approche « [d']uniformisation systématique du droit québécois avec la common law »¹²⁶ par laquelle elle s'était durant de longues années illustrée, consacre ce qu'il n'est pas excessif de qualifier de principe d'autonomie du droit québécois. En effet, se prononçant en 2002 dans un autre arrêt illustre¹²⁷, les juges L'Heureux-Dubé et LeBel scellent au nom de la Cour suprême le principe suivant lequel le droit civil québécois fondé sur le *Code civil du Québec* se suffit à lui-même. Le litige portait alors sur une question de responsabilité dans un conflit opposant un conseiller municipal de la ville de Repentigny à des résidents de cette même localité. Contrairement à sa position antérieure dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*¹²⁸, la cour reconnaît qu'il n'y a pas besoin, dans les actions intentées contre une autorité publique, d'identifier une règle de common law publique rendant le droit civil applicable à la poursuite en cause¹²⁹.

Les deux arrêts de la Cour suprême cités confirment l'autonomie du droit québécois, une autonomie qui n'est plus une autonomie relative (c'est-à-dire une autonomie implicite, tolérée) mais reconnue par la plus haute institution juridictionnelle du pays. Cette autonomie fondée sur le *Code civil du Québec* entérine la primauté du législateur provincial et de la loi comme source première du droit au Québec. Du même coup, il s'agit de la reconnaissance du rôle, des objectifs et de la fonction de la codification dans un système civiliste. Ces éléments participent de la longue marche vers la résurgence des racines romano-germaniques du droit du

¹²⁴ *Ibid* aux para 37–38 : « La loi prime [en procédure civile québécoise] ».

¹²⁵ *Ibid* au para 39.

¹²⁶ Voir Jobin, « La Cour suprême et la réforme du Code civil », *supra* note 119 aux pp 42–43; Popovici, « Libres propos », *supra* note 10 à la p 227.

¹²⁷ Voir *Prud'homme c Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 RCS 663 [*Prud'homme*].

¹²⁸ [1989] 1 RCS 705 à la p 721, 94 NR 1.

¹²⁹ *Prud'homme*, *supra* note 127 au para 27.

Québec. Si une telle affirmation porte moins à débat en ce qui a trait au fond du droit et au *Code civil du Québec*¹³⁰, elle est loin d'être une évidence, ou en tout cas unanimement admise, en ce qui concerne la procédure civile du Québec.

Pour illustrer cette idée, nous avons analysé un arrêt récent dans lequel la Cour suprême se prononce sur la question du privilège du secret des sources des journalistes. Cet arrêt ne manque pas de semer le doute et pourrait sonner comme une réminiscence des vieux réflexes d'uniformisation du droit civil et de la common law au détriment du premier. Il rappelle combien est fragile et controversée la véritable nature de la procédure civile du Québec. Sous un certain jour, l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*¹³¹ de la Cour suprême du Canada pourrait sembler atténuer l'importance à accorder à l'autonomie du droit québécois. Aussi, si l'on adopte une lecture de l'arrêt peu favorable à cette autonomie, on ne manquera pas de souligner plusieurs éléments allant dans ce sens. De première part, l'arrêt *Globe and Mail* insiste tout particulièrement sur la mixité du droit de la procédure civile du Québec¹³². On comprend que la cour entend préserver la place qu'y occupe la common law, peut-être au détriment de la véritable nature de la procédure civile du Québec et de son autonomie. De seconde part, les juges de la juridiction suprême canadienne affirment et pointent le caractère incomplet du droit civil codifié du Québec. Ils insistent alors sur la nécessité de pallier les lacunes qu'il recèle¹³³. De troisième part, tout en reconnaissant le caractère controversé de cette question tant au niveau de la doctrine que de la jurisprudence, le juge LeBel, au nom de la Cour suprême, admet expressément l'importation de principes juridiques de la common law dans le droit civil substantiel et dans la procédure civile pour combler les lacunes du droit civil du Québec. Pour n'en relever que quelques-uns, ces éléments pourraient marquer un recul par rapport aux décisions *Lac d'Amiante* et *Prud'homme*¹³⁴ en ce qui a trait à l'origine, à la nature profondément civiliste et à l'autonomie du droit du Québec.

Une autre lecture de l'arrêt *Globe and Mail*, tout aussi pertinente et valable, est cependant envisageable. Cette autre analyse se veut plus favorable à l'autonomie du droit québécois. Elle retient premièrement que l'arrêt *Globe and Mail* peut être lu comme un arrêt d'espèce et que, soucieux de protéger la « liberté de la presse » et le travail des journalistes

¹³⁰ Voir Langevin et Pratte, *supra* note 7 à la p 64.

¹³¹ 2010 CSC 41, [2010] 2 RCS 592 [*Globe and Mail*].

¹³² *Ibid* aux para 27–28, 30, 40, 45.

¹³³ *Ibid* aux para 31, 42, 45–46, 53.

¹³⁴ *Supra* note 127.

d'investigation, les juges de la Cour suprême ont estimé adéquat de faire appel au principe de common law « fondé sur le test de Wigmore »¹³⁵ afin de reconnaître le privilège du secret des sources des journalistes. Au fond, aux yeux des hauts magistrats, dans le cas qui leur était soumis, il importait certainement plus de trouver la juste protection, le meilleur équilibre entre les droits et les intérêts alors en conflits que d'affirmer l'autonomie du droit du Québec et sa nature profondément civiliste ou sa filiation romano-germanique¹³⁶. Deuxièmement, cet arrêt peut également être lu comme un arrêt qui marque la volonté de la Cour suprême d'affirmer un peu plus sa fonction de cour régulatrice. En effet, il transparaît des termes de l'arrêt la volonté de la cour de ne pas perdre la main et de garder le pouvoir de faire appel aux principes qu'elle estime appropriés pour régler les cas qui lui sont soumis¹³⁷. Troisièmement, ce que cet arrêt souligne, moins qu'un revirement jurisprudentiel au regard des arrêts *Lac d'Amiante* et *Prud'homme* en ce qui concerne la nature civiliste de la procédure civile du Québec, c'est l'absence de cloisonnement étanche entre le droit de la procédure civile du Québec et la common law. Il relève les interférences nécessaires et les influences mutuelles et bénéfiques que les rapports entre ces deux systèmes juridiques créent¹³⁸. La nature et la tradition civilistes du droit substantiel et de la procédure civile du Québec y sont réaffirmées plus d'une fois¹³⁹. Finalement, l'affirmation du rôle résiduel de la common law comme source supplétive dans le système de droit du Québec est l'élément décisif qui était l'absence de revirement jurisprudentiel. Cet élément soutient également le fait que la Cour suprême ne remet pas en cause la reconnaissance de l'autonomie du droit québécois affirmée par les arrêts *Lac d'Amiante* et *Prud'homme*¹⁴⁰.

À cause des difficultés conceptuelles portant sur la nature de la procédure civile du Québec, la reconnaissance formelle des éléments caractéristiques des droits romano-germaniques de celle-ci, tels la primauté de la loi, la nature civiliste ou encore l'importance de la codification des règles essentielles, par la Cour suprême dans les trois décisions précitées devrait être analysée comme une consécration de l'essence romano-germanique de la procédure civile du Québec¹⁴¹. Pour ne retenir qu'un point, on peut mentionner par exemple, toute proportion gardée, l'importance de la codi-

¹³⁵ *Ibid* au para 53.

¹³⁶ Voir *ibid* aux para 53–54.

¹³⁷ Voir *ibid*.

¹³⁸ Voir *ibid* aux para 40, 45.

¹³⁹ Voir *ibid* aux para 29–30.

¹⁴⁰ Voir *ibid* aux para 28, 45.

¹⁴¹ Voir *ibid* aux para 28–30, 45; *Lac d'Amiante*, *supra* note 121 au para 35; *Prud'homme*, *supra* note 127 aux para 27–28.

fication dans la tradition romano-germanique. Il est notoire qu'elle y symbolise la synthèse écrite conceptuellement ordonnée de l'esprit, des principes et des règles en vigueur dans des matières du droit d'un pays donné et dont la fonction est d'en rendre la connaissance plus aisée pour tous. La Cour suprême, reconnaissant formellement l'importance de la codification de la procédure civile du Québec en des termes non équivoques, notamment lorsqu'elle affirme le caractère écrit, codifié et la tradition civiliste de sa procédure civile¹⁴², corrobore l'idée d'un recul des contestations portant sur l'origine de celle-ci¹⁴³.

L'esprit de la nouvelle procédure civile du Québec, qui s'incarne dans le nouveau *Code de procédure civile*, appuie l'hypothèse de la résurgence de l'essence civiliste de la procédure civile de la province, à l'image de son droit substantiel.

2. L'esprit de la nouvelle procédure civile québécoise : la disposition préliminaire et les principes directeurs du nouveau *Code de procédure civile*

À ce stade de la démonstration, il est grandement temps de rechercher, dans les mutations actuelles du droit civil en général et de la procédure civile en particulier, des éléments et des faits qui confirment ou infirment l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise. Après plusieurs réformes et modifications, le *Code de procédure civile* actuel devrait être remplacé au début de l'année 2016 par ce qui constitue pour l'instant la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*¹⁴⁴. Point n'est l'ambition de la présente étude de prophétiser sur la fortune que connaîtra le nouvel instrument juridique. De plus, au moment où le texte n'était encore qu'un projet de loi, il a connu plusieurs réaménagements. Ces raisons incitent à la prudence sur les leçons à tirer et sur l'analyse à faire de ses dispositions. Ces réserves faites, la version sanctionnée du nouveau *Code de procédure civile*, malgré quelques amputations¹⁴⁵, n'a pas transformé radicalement la version du projet de loi n° 28 rendue publique.

Il est possible de faire l'analyse d'un instrument législatif aussi important qu'un code de plusieurs manières. L'exégète pourrait, par exemple, s'attacher à faire une analyse article par article, alors que d'autres, plus

¹⁴² Voir *Lac d'Amiante*, *supra* note 121 au para 39.

¹⁴³ Voir Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10.

¹⁴⁴ *Nouveau Cpc*, *supra* note 9.

¹⁴⁵ On peut citer par exemple la suppression de la disposition qui permettait à des parties en conflit de prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit, sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public.

structuralistes, s'attacheraient à son architecture, à son découpage, en un mot, à sa structure. La méthode qui a la faveur de cet article, notamment à cause des réserves évoquées précédemment, consiste à saisir son « esprit » par une analyse sommaire des dispositions-clés du texte et d'en sonder l'essence pour capter le caractère propre qui semble s'en dégager. Nous tenterons de circonscrire l'esprit qui se dégage de la nouvelle procédure civile du Québec à travers l'étude d'une de ses innovations, soit sa disposition préliminaire¹⁴⁶, et de quelques autres dispositions-clés qui participent de l'affermissement de celui-ci.

Avant de s'attaquer au contenu de ce qui est exprimé dans la disposition préliminaire, il paraît nécessaire de clarifier sa valeur juridique. Il semble y avoir un consensus assez large dans la doctrine pour retenir que la disposition préliminaire d'un code a la même valeur juridique que les autres dispositions de ce code¹⁴⁷. On aurait donc doublement tort de croire que la disposition préliminaire d'un code a une valeur inférieure à celle des autres articles et, pour cette raison, d'avoir une considération moindre pour elle. Tout d'abord, sa formulation souvent générale, porteuse plus de principes que de commandements ou de prohibitions, ne devrait pas empêcher de déceler et de reconnaître sa valeur normative. Norme axiologique dans le jardin des magistrats, il rentre dans les prérogatives des juges de la concrétiser en révélant sa véritable portée par l'interprétation audacieuse qu'ils sauront en faire. C'est encore par leur pouvoir d'interprétation qu'ils lui conféreront une véritable valeur juridique en lui reconnaissant sa force obligatoire. Tel l'artiste-sculpteur d'un bloc de marbre qui extirpe, façonne, puis finalement crée un chef-d'œuvre à partir d'une matière à l'état brut. Ensuite, sa place stratégique et symbolique au début du code et le fait qu'elle a souvent une fonction d'affirmation de valeurs ou de réitération de principes font de la disposition préliminaire une mine d'indices quant à l'esprit que le législateur a entendu insuffler à l'instrument auquel elle sert de porte d'entrée et de boussole.

Ces éléments précisés, regardons-la de plus près. La disposition préliminaire du nouveau *Code de procédure civile* du Québec comporte trois paragraphes. Le premier paragraphe est ainsi rédigé :

Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du

¹⁴⁶ Le *Code de procédure civile* actuellement en vigueur ne comporte pas de disposition préliminaire et aucun de ses devanciers n'en comportait non plus.

¹⁴⁷ Voir Alain-François Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec » (1999) 44 RD McGill 539 aux pp 553–54, citant notamment l'ouvrage de référence de Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 1^{ère} éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, *sub verbo* « préliminaire ».

droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui¹⁴⁸.

À la lecture de cet extrait, force est de constater qu'il emprunte une phraséologie d'une proximité manifeste, quoiqu'un peu plus longue, à celle du paragraphe équivalent de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. Il vise, au premier abord, à préciser à grand trait le champ d'application du nouveau *Code de procédure civile*. Dans le même élan, comme cela a été inauguré par le *Code civil du Québec* et analysé par la doctrine¹⁴⁹, ce premier paragraphe vise à faire du nouveau *Code de procédure civile* un instrument à égalité avec la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵⁰, le *Code civil du Québec* et la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵¹ en tant qu'instrument juridique majeur de l'ordonnancement législatif du Québec. Ce faisant, le législateur entend faire du nouveau *Code de procédure civile*, à l'instar des trois autres instruments majeurs de l'ordonnancement juridique du Québec précédemment cités et en complémentarité avec eux, l'un des pivots du système de régulation sociale au Québec. Un tel dessein convainc et force le juriste spécialiste de la procédure civile à s'attarder sur les traits caractéristiques du nouveau *Code de procédure civile* et à ne pas minimiser ce qu'il tend à affirmer au niveau de la culture juridique, notamment un ancrage dans la famille civiliste.

La suite de la disposition préliminaire n'est pas moins intéressante. Voici ses termes :

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties

¹⁴⁸ *Nouveau Cpc*, *supra* note 9, disposition préliminaire, al 21. L'existence d'une disposition préliminaire n'est pas en soi caractéristique des pratiques législatives des systèmes romano-germaniques. Tous les pays se rattachant à cette tradition juridique n'adoptent pas au fronton de leur code une disposition préliminaire, bien que nombreux sont ceux qui y recourent ou insèrent des textes assimilables sous des vocables comme « partie générale », « disposition générale », « disposition liminaire », ou « disposition introductive » (voir Bisson, *supra* note 147 aux pp 542–45).

¹⁴⁹ Voir *ibid* aux pp 555–56.

¹⁵⁰ RLRQ, c C–12.

¹⁵¹ (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n°5.

dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice¹⁵².

Ce deuxième paragraphe, quant à lui, tant dans le style utilisé que dans le fond, emprunte aux productions législatives et normatives de tradition romano-germanique. Outre l'ouverture aux modes de prévention et de règlement des différends et la réaffirmation du principe de proportionnalité, il codifie et assigne au code un objectif de justice, soit la recherche du juste au sens de valeur morale dans des termes qui ne laissent que peu de place aux hésitations. Le législateur affirme ainsi solennellement : « [l]e Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, *empreints d'esprit de justice* et favorisant la participation des personnes » [nos italiques]. La recherche du juste et l'affirmation de principes ou valeurs morales sont une approche qu'il n'est pas excessif de qualifier de caractéristique de la tradition romano-germanique, but plus ou moins affiché, souvent en filigrane, mais toujours en point de mire de l'œuvre de codification dans cette tradition juridique. Les pays de la famille de droits romano-germaniques ont, entre autres, pour caractéristique le fait que les normes juridiques sont conçues « [...] comme étant des règles de conduite, étroitement liées à des préoccupations de justice et de morale »¹⁵³. Elles doivent participer à régler des conflits réels que les justiciables soumettent au système judiciaire, mais jamais elles ne doivent se dérober de l'objectif de poursuite du juste et des buts vertueux de la règle de droit.

Le dernier extrait de la disposition préliminaire parachève le tout dans les mots que voici :

Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet¹⁵⁴.

Ce troisième paragraphe finit d'ébranler tout scepticisme. Il ne laisse plus guère de place à l'interrogation pas plus sur la filiation réelle que sur l'appartenance profonde de la procédure civile du Québec à la « tradition civiliste ». Toutefois, compte tenu de l'histoire de celle-ci, il n'est pas innocent que le législateur ait éprouvé la nécessité de l'affirmer solennellement dans une disposition préliminaire au début du nouveau *Code de procédure civile* du Québec. Il faut y voir une volonté qui ne veut plus se dissimuler d'inscrire la nouvelle procédure civile québécoise dans la tradition

¹⁵² *Nouveau Cpc*, *supra* note 9, disposition préliminaire, al 2.

¹⁵³ David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 au para 17. Voir aussi Cuniberti, *supra* note 4 au para 95.

¹⁵⁴ *Nouveau Cpc*, *supra* note 9, disposition préliminaire, al 3.

juridique qui l'a engendrée sans renier les apports et les rapports qu'elle entretient et continuera d'entretenir avec d'autres traditions juridiques qui l'ont enrichie et l'enrichiront sans doute encore longtemps. Il faut également comprendre à la lecture de ce dernier paragraphe de la disposition préliminaire que le nouveau *Code de procédure civile*, conformément à la volonté du législateur provincial, constitue le droit résiduaire *es* procédure civile. Voilà ce qui en est pour la disposition préliminaire. Mais la seule disposition préliminaire, tout en apportant des indices précieux quant à la réalité de nos jours, et avec moins d'hésitation qu'autrefois, de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise et de son fort attachement à cette tradition juridique, n'en détient pas l'exclusivité. D'autres dispositions portent cet élan de la nouvelle procédure civile québécoise. Il convient en quelques mots de les aborder. Il faut garder en mémoire l'esprit des codes des systèmes romano-germaniques, puisqu'il permet de percevoir à quel point la nouvelle procédure civile québécoise se rapproche de cette tradition.

Cet esprit de la codification relevé précédemment, dont s'inspire en partie le nouveau *Code de procédure civile* du Québec, est celui de l'affirmation de normes axiologiques à côté de règles juridiques au sens strict. Cette posture législative diffère fondamentalement de celle des systèmes de common law, où les lois sont remarquables par leur précision chirurgicale, mécanique bien huilée dont le souci est l'exactitude technique et l'effet pratique, et sont souvent reprises des décisions des magistrats¹⁵⁵. De cette manière de procéder s'éloigne encore le nouveau *Code de procédure civile* du Québec. Il faut noter, à titre d'illustration, la disparition des articles consacrés à la définition de notions ou concepts, comme c'était le cas par le passé¹⁵⁶. Aussi, un survol du Chapitre III du Livre I du Titre II du nouveau *Code de procédure civile* renforce le sentiment de rapprochement dans le style rédactionnel, mais aussi sur le fond, avec la tradition de codification civiliste. L'intitulé de ce chapitre, « Les principes directeurs de la procédure », est lui-même révélateur des buts du texte, soit de poser les fondements, énoncer la philosophie et donner une âme au nouveau *Code de procédure civile*. S'il fallait ressortir quelques articles pour illustrer ce constat, nous pourrions retenir l'article 18 qui réaffirme, en le renforçant, le principe de proportionnalité. Dans la même veine, il y a l'article 20 qui prône une coopération accrue entre les parties. Certains ironiseraient presque sur sa formulation promouvant l'entraide mutuelle

¹⁵⁵ Voir Cuniberti, *supra* note 4 au para 200; Bergel, *supra* note 31 à la p 25, citant Christopher Jenkins, dans Sir William Dale, dir, *British and French Statutory Drafting: The proceedings of the Franco-British Conference of 7 and 8 April 1986*, Londres (R-U), Institute of Advanced Legal Studies (University of London), 1987, 72.

¹⁵⁶ Voir art 4 Cpc.

entre litigants. Il est encore possible de souligner l'article 25 au Chapitre IV du même titre qui confirme le recul du formalisme exacerbé d'antan et réaffirme la suprématie du fond sur la forme dans une procédure judiciaire dont l'objectif affiché est la recherche du juste.

Il faut le dire, certes sans excès et avec modestie, mais non sans conviction et toute proportion gardée : la nouvelle procédure civile du Québec tente d'affirmer et d'assumer ses racines romano-germaniques. C'est une excellente chose; il ne faudrait pas l'interpréter comme un repli sur soi ou un réflexe de protection défensif et craintif contre toute interaction avec d'autres systèmes juridiques. Le nouvel esprit de la procédure civile du Québec devrait au contraire être analysé comme une meilleure connaissance de sa filiation, de sa nature, de ses caractéristiques propres, de ses fondements et de ses véritables ressorts. Ce nouvel état d'esprit, loin de la conduire vers un repli sur soi, vers un enfermement stérile ou vers un rejet des systèmes juridiques différents, lui permettra de mieux s'enrichir à leur contact sans risquer une excessive dilution de ses principes fondamentaux ou de perdre son âme.

Conclusion

Dans un ultime élan destiné à synthétiser le propos du présent article, il faut retenir qu'il part d'un constat, qu'il anticipe et souhaite un succès, et enfin qu'il garde un espoir.

Le constat, c'est celui de la nature controversée de la procédure civile du Québec. Certains y voient une procédure judiciaire de common law¹⁵⁷ là où d'autres, plus nombreux, y voient un droit mixte¹⁵⁸ fait d'un mélange de concepts de common law et de droit civil. À l'heure actuelle, une telle incertitude ne peut être que dommageable pour l'évolution de la matière et son épanouissement. Il était alors utile pour comprendre la controverse, mais aussi pour appréhender la véritable portée des mutations qui s'y déroulent, d'effectuer une lecture historique de l'évolution de la procédure civile québécoise. En effet, pour employer une métaphore, l'histoire de la procédure du Québec est comme un puzzle géant dont il faut reconstituer les pièces dans le bon ordre pour déceler tous les sens de l'image qu'on peut en avoir aujourd'hui.

¹⁵⁷ Voir Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 à la p 93; Baudouin, « Code civil québécois », *supra* note 48 à la p 403.

¹⁵⁸ Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 273; Baudouin, « Mixed Jurisdictions », *supra* note 5 à la p 994; Popovici, « Libres propos », *supra* note 10 à la p 223; Mazen, *supra* note 10 à la p 375. Voir aussi Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10; Brierley, *supra* note 7.

Le succès, c'est ce qu'il convient de souhaiter au nouveau *Code de procédure civile* du Québec malgré les imperfections propres à toute œuvre humaine qu'il ne manquera pas de comporter. Le succès serait qu'on accorde à sa disposition préliminaire toute l'attention qu'elle mérite et que les principes directeurs de la procédure civile qu'elle tente de faire émerger soient reçus avec une bienveillance non feinte. Le succès serait que les tribunaux de la province, et même la plus haute juridiction du Canada, fassent preuve de hardiesse et participent aussi à l'affermissement de la nature romano-germanique de la procédure civile tel qu'esquissé par le nouveau *Code de procédure civile*.

Le propos porte en lui l'espérance d'un changement de la culture professionnelle trop teintée de réflexes typiques de « *common lawyers* »¹⁵⁹ des juristes québécois, pour reprendre les mots d'un auteur. La vision des praticiens, notamment des avocats, influe véritablement sur l'évolution de la procédure civile. Ainsi, si ceux-ci continuent à se croire ou à propager une culture de « *common lawyers* », le système pourra continuer à manquer de cohérence. La renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile du Québec passe par un changement de mentalité de tous les acteurs du système de justice civile. Ces réflexes acquis par les juristes professionnels sont ceux que leur formation leur a inculqués, ou à tout le moins auxquels elle les a prédestinés.

Quand le professeur Jean-Maurice Brisson rappelle que : « [...] la procédure civile a connu, au cours des quelques quatre-vingt-dix années qui ont suivi l'Acte de Québec jusqu'à l'adoption du premier Code, un processus d'hybridation important, sans commune mesure avec celui — beaucoup moins significatif — qu'a pu subir, pendant la même période, le droit privé substantif [note omise] »¹⁶⁰, la tentation n'est-elle pas grande aujourd'hui de faire le constat inverse, soit celui d'une renaissance/revendication de ses racines romano-germaniques?

L'hypothèse du présent article est une résurgence des fondements romano-germaniques de la procédure civile québécoise. Toutefois, s'il s'agit d'un choix conscient, fondé sur une identité culturelle particulière ainsi qu'on peut raisonnablement le penser, la formation des juristes dans les universités québécoises devrait être repensée pour intégrer certains aspects critiques, théoriques de l'étude du droit, car le système romano-germanique s'est construit à partir d'un droit savant dans les universités européennes dont le souci premier n'était pas les implications pratiques¹⁶¹.

¹⁵⁹ Voir Jutras, *supra* note 8 à la p 288.

¹⁶⁰ Brisson, « La procédure civile au Québec », *supra* note 10 à la p 97.

¹⁶¹ Voir David et Jauffret-Spinosi, *supra* note 13 aux para 17, 26, 28–29; Gambaro, Sacco et Vogel, *supra* note 1 à la p 193 et s; Fromont, *supra* note 13 à la p 7.

Sans remettre en cause la formation des étudiants sur la résolution de cas concrets, il importe de leur faire acquérir les réflexes qui sont à la base du système romano-germanique, à savoir les idéaux de justice et les valeurs morales qui doivent sous-tendre les normes notamment à travers une appréhension critique de leur contenu. L'enseignant en droit aura eu plus d'une fois l'occasion de lire le désarroi et la perplexité dans les yeux de ses étudiants quand, comme cela peut arriver, on énonce un principe de droit qui ne trouve pas de fondement direct dans un article du *Code civil* ou du *Code de procédure civile*. Tout le droit ne se trouve bien heureusement pas enfermé dans les codes de lois et il est nécessaire d'en faire prendre conscience aux étudiants en même temps que de cultiver leur vision critique des lois. Des évolutions sont possibles dans la formation des juristes au Québec et, pour ce qui fait l'intérêt du présent texte, notamment pour que les cours de procédure civile dans les facultés de droit ne soient plus réduits à des cours de techniques processuelles, mais revêtissent plutôt les habits d'un véritable enseignement incluant de la théorie générale de la procédure civile¹⁶². Mais certainement s'agit-il là d'une nouvelle question bien plus vaste que l'objet du présent article.

¹⁶² Il convient aujourd'hui, par exemple, d'actualiser la conception de la procédure civile en ne la limitant pas seulement au droit processuel mais en y intégrant, entre autres, les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ou modes de prévention et de règlement des différends (PRD). Pour ce qui relève du droit judiciaire, une étude contemporaine de la matière devrait s'intéresser aux fondements théoriques du droit processuel. Elle comprendrait notamment la théorie de l'action en justice, qui s'intéresse à la définition de l'action en justice et à sa distinction d'avec la demande en justice qui lui sert de véhicule procédural. Elle prendrait également en compte la théorie générale des défenses en justice, qui porte, par exemple, sur les exceptions de procédure et les fins de non recevoir et la distinction entre ces deux catégories de moyens de défense en justice.