

LE RÔLE LÉGISLATIF DU POUVOIR JUDICIAIRE

Jules Deschênes

Volume 5, 1974

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1110821ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19410>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Deschênes, J. (1974). LE RÔLE LÉGISLATIF DU POUVOIR JUDICIAIRE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 5, 1–25. <https://doi.org/10.17118/11143/19410>

LE RÔLE LÉGISLATIF DU POUVOIR JUDICIAIRE

* *par* JULES DESCHÊNES

Juge en chef de la Cour Supérieure

PLAN

I	Introduction	3
II	Le rôle judiciaire du pouvoir législatif	3
III	Le rôle législatif du pouvoir judiciaire	4
	1° En droit anglais	5
	a) admissibilité des confessions	5
	b) probation	6
	2° En droit français	7
	a) abus des droits	7
	b) responsabilité du fait des choses	8
	3° En droit canadien	10
	a) droit de la preuve: le oui-dire	10
	b) droit civil	11
	i- amendement et prescription	12
	ii- erreur médicale et prescription	13
	iii- code de la route	13
	iv- responsabilité du fait des choses	14
	v- transport onéreux de passagers	15
	vi- clause compromissoire	15

* Étude de base pour une causerie prononcée devant la Chambre de Commerce du district de Montréal par l'Honorable Jules Deschênes, Juge en chef de la Cour Supérieure du Québec, le 29 octobre 1974.

L'auteur exprime ses remerciements à Messieurs les Professeurs Jean-Charles Bonenfant, de l'Université Laval et Paul Crépeau de l'Université McGill, Monsieur Guy Frégault, sous-ministre des affaires culturelles du Québec et le bibliothécaire du Parlement canadien et les membres de son personnel qui l'ont aidé dans certains aspects du travail de recherche nécessité par cette étude.

c) droit constitutionnel	17
i- droits minéraux sous-marins	17
ii- commerce interprovincial	18
iii-droit de poursuite du citoyen	18
d) droit public	19
i- libertés civiles	19
ii- déclaration canadienne des droits	19
e) droit international privé	20
i- immunité de l'Etat étranger	20
IV Conclusion	22

I

INTRODUCTION

Voilà plus de deux siècles que Montesquieu donnait sa forme définitive à la distinction classique entre les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire; et c'est en examinant "la constitution d'Angleterre" qu'il écrivait¹:

"Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire: car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutrice, le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur."

Mais ces trois piliers de l'édifice social, s'ils sont indépendants l'un de l'autre et tous trois essentiels à son équilibre, ne sont pas étrangers l'un à l'autre; leurs relations toutefois se meuvent sur des plans différents.

Dans notre régime, les membres de l'Exécutif sont puisés à même ceux du Législatif: on se fermerait les yeux à la réalité si, malgré leurs fonctions différentes, on voulait nier l'osmose quotidienne qui intervient entre eux et qui réfléchit sur l'action gouvernementale.

Il n'en va pas de même du judiciaire dans ses relations avec les deux autres pouvoirs. Ses membres sont choisis en dehors des chambres élues, ils sont entourés de garanties qui visent à assurer leur sécurité et leur indépendance et l'on s'attend qu'ils n'entretiennent avec les autres pouvoirs que les relations que commande la civilité.

II

LE RÔLE JUDICIAIRE DU POUVOIR LÉGISLATIF

Cependant il arrive au pouvoir législatif de se revêtir des attributs du pouvoir judiciaire, en particulier quand il croit que les privilèges de la Chambre ont été violés. Celle-ci agit alors véritablement comme tribunal lorsqu'elle châtie l'outrage dont elle a été victime.

On peut retracer l'origine de ce pouvoir dans la conception médiévale du Parlement comme une Haute Cour de Justice et dans l'incapacité des hommes d'état de l'époque de se représenter l'autorité constitutionnelle sous une autre forme que celle d'une Cour de justice.

1 De l'esprit des lois, Livre XI, chapitre VI.

Durant les trois siècles qui ont commencé avec le règne d'Élisabeth I, on dénombre plus de 1,000 cas où le Parlement anglais a exercé ce pouvoir judiciaire. Au 20^e siècle, deux éditeurs de journaux ont seuls fait l'objet de cette sollicitude particulière du Législateur et ils s'en sont tirés avec une réprimande².

Au Canada, on relève de nombreux exemples de l'exercice de ce pouvoir répressif par les chambres élues avant la Confédération, à la suite d'un assaut sur l'orateur, de défaut par des officiers rapporteurs d'élections et d'incidents divers³.

Depuis la Confédération, le Parlement fédéral paraît n'avoir fait que l'usage le plus restreint de ce pouvoir, si même il y a jamais eu recours. Il en est de même des législatures provinciales. Au Québec, il faut remonter, sauf erreur, au début du siècle pour rencontrer une couple d'exemples de l'exercice de ce pouvoir judiciaire par les législateurs élus: l'arrestation d'Olivar Asselin en 1909 sur ordre de l'Orateur et sa condamnation à quinze jours d'emprisonnement par la Cour des sessions de la paix⁴; l'arrestation de John H. Roberts en 1922, suite à un mandat émis par l'Assemblée législative, et son emprisonnement pendant un an en vertu d'une loi spéciale votée par la Législature⁵.

III

LE RÔLE LÉGISLATIF DU POUVOIR JUDICIAIRE

Par contre, les Tribunaux ont été amenés, au cours des années, à exercer une intense activité de nature proprement législative et il faut pardonner l'étonnement de l'observateur qui découvre l'ampleur de ce rôle des tribunaux.

Peut-être est-on moins porté à se surprendre de cette découverte si l'on s'intéresse au rôle des tribunaux dans les pays de *common law*;

2 *Erskine May*, "The Law, Privileges, Proceedings And Usage Of Parliament", 18^e édition, London 1971.

3 *Bourinot*, "Parliamentary procedure and practice in the Dominion of Canada", 3^e édition, 1903, page 159.

4 *Rumilly*, "Histoire de la Province de Québec", volume XIV, pages 52 à 55.

5 Journaux de l'Assemblée législative de la Province de Québec, seconde session de 1922, volume LVII, pages 26-27, 32 à 38, 49-50, 60, 119, etc.;

Rumilly, "Histoire de la Province de Québec", volume XXVI, pages 158 à 192;

Loi amendant les Statuts Refondus, 1909, et pourvoyant à l'emprisonnement de John H. Roberts, 13 Geo. V, chap. 18.

pourtant elle ne s'impose pas avec moins d'évidence dans les pays de droit civil. Au Québec, nous vivons au confluent de ces deux courants et nos tribunaux en ont subi de part et d'autre l'influence pour créer un système de plus en plus original dans lequel on ne saurait surestimer le rôle créateur du juge. C'est d'ailleurs le Législateur lui-même, conscient de la possibilité de ses faiblesses, qui lui en a fait le devoir en édictant, à l'article II du Code civil, que "le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi."

À notre époque de prolixité législative et réglementaire, le silence de la loi constitue un rare événement; son insuffisance, toutefois, se rencontre; son obscurité, hélas, embarrasse trop souvent. Dans chacun de ces cas, le juge tient du Code lui-même le mandat clair et impérieux de se substituer à la carence du Législateur et, en toute vérité, de dire la loi.

1° En droit anglais.

Dans les juridictions de common law, le juge a joué ce rôle de tout temps. Il suffira de citer deux exemples de cette activité créatrice dans le domaine du droit criminel, dont nous avons hérité.

a) Admissibilité des confessions.

On sait d'abord combien, dans l'antiquité et au Moyen-Âge, on faisait bon marché de la liberté et de l'intégrité mentales et physiques de l'individu de qui on voulait obtenir un aveu. La torture constituait alors un moyen d'action privilégié qui possédait ses spécialistes et, malheureusement aussi, ses victimes. Elle ne fut jamais d'usage courant en Angleterre; le dernier exemple qu'on en relève se situe vers l'année 1640. En France, elle ne disparut qu'avec la royauté.

Chez nous, l'ordonnance criminelle française de 1670 était applicable et son Titre XIX réglementait en détails la question et la torture.

Durant le siècle qui précéda le changement de régime, on peut encore relever dans les registres qui ont survécu une trentaine de cas de torture, dont le dernier en 1758⁶. Il ne faut pas s'étonner que nos ancêtres aient accepté avec soulagement l'introduction des lois criminelles anglaises avec la conquête.

6 *Raymond Boyer*, "Les crimes et les châtiments au Canada français", 1967, Cercle du Livre de France, pages 254 à 264.

André Lachance, "Le Bourreau au Canada sous le régime français", Société historique de Québec, Cahier numéro 18, pages 33 et 34.

C'est à cette époque que les Tribunaux anglais commencèrent d'énoncer la règle moderne de l'inadmissibilité d'une confession, si elle a été obtenue par suite de la crainte d'un dommage ou l'espoir d'un avantage de la part d'une personne en autorité⁷. Puis en vint l'expression classique par Lord Sumner parlant pour le Comité judiciaire du Conseil Privé en 1914⁸.

La Cour Suprême du Canada a clarifié une partie de cette théorie qui était demeurée obscure en décidant, en 1968, qu'un accusé, interrogé sur voir-dire, peut être questionné sur la vérité des faits consignés dans sa déclaration⁹.

Enfin, deux ans plus tard, la Cour Suprême supprimait une difficulté permanente avec laquelle se trouvaient aux prises les juges du procès et elle décidait que la doctrine s'applique à toute déclaration faite par un accusé, peu importe qu'elle paraisse incriminante ou justificative¹⁰.

Ces garanties qui entourent aujourd'hui la réception en preuve d'une déclaration d'un accusé et qui constituent un frein salutaire à l'enthousiasme des enquêteurs, c'est en vain qu'on les cherchera dans la loi: elles sont tout entières le résultat de l'action civilisatrice des Tribunaux.

b) probation.

De même en est-il dans le domaine de la punition. Nous sommes familiers aujourd'hui avec le système de probation, qui joint la suspension conditionnelle de la sentence à la surveillance du coupable durant une période déterminée. Mais il s'agit là d'une législation du 20e siècle qu'avaient rendue possible les efforts des tribunaux pour mitiger les rigueurs du droit criminel antérieur.

La probation dérive d'un effort des juridictions de *common law* et c'est en Angleterre et en Amérique du Nord qu'on en retrace l'histoire. Au cours des deux derniers siècles, on assiste à une humanisation graduelle du système répressif sous l'empire de considérations humanitaires. On vise à prévenir le crime par l'amélioration des conditions sociales. L'objectif de la politique criminelle devient la réhabilitation.

7 *R. vs Rudd*, 1775, 168 E.R. 160;
R. vs Warickshall, 1783, 168 E.R. 234.

8 *Ibrahim vs R.*, 1914 A.C. 599, à 609.

9 *DeClerq vs R.*, 1968 R.C.S. 902.

10 *Piché vs R.*, 1971 R.C.S. 23.

Mais longtemps avant les législateurs, ce sont les Tribunaux qui ont pris conscience de cette évolution sociale et qui ont adapté à des conceptions d'avant-garde les moyens d'action qu'ils possédaient. Ce sont eux qui ont inventé la suspension temporaire de la sentence en Angleterre puis, aux États-Unis, la suspension indéfinie; ce sont eux aussi qui ont perfectionné le système de l'engagement personnel de l'accusé, avec ou sans caution. Ces mesures nous paraissent aujourd'hui aller de soi; au siècle dernier, elles n'existaient pas et ce sont les tribunaux qui, par leur activité propre, ont préparé les esprits à la législation moderne en matière de probation: ils ont anticipé la loi.

2° En droit français.

Fort bien, dira-t-on peut-être; mais il n'en saurait être de même dans les pays de droit civil où la loi est fixée dans des codes qui constituent des monuments immuables. Certes le juge ne peut exercer là le même rôle créateur. — La vérité est tout autre. Traversons la Manche et nous constaterons, encore par deux exemples, que l'activité législative des Tribunaux n'a pas été moindre en France qu'en Angleterre.

a) abus des droits.

En matière de responsabilité, le droit civil est basé sur la notion de faute. Une fois le principe proclamé, il reste aux Tribunaux à l'appliquer aux exigences concrètes de la vie en société. C'est ainsi qu'est née la théorie de l'abus des droits, au milieu du siècle dernier: elle ne devait toutefois être baptisée que beaucoup plus tard.

C'est en 1855, en effet, qu'on en retrace la première application par la Cour d'Appel de Colmar¹¹. Un propriétaire avait élevé sur le toit de sa maison une fausse cheminée dans le but d'enlever la presque totalité du jour qui restait à la fenêtre de son voisin. La Cour déclara qu'il s'agissait d'une "action inspirée par la malveillance et accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion" et elle ordonna la démolition de l'ouvrage.

La théorie de l'abus des droits prit véritablement son essor au 20^e siècle. On n'a que l'embarras des exemples.

En 1914, la Cour de Chambéry réprima les agissements d'un propriétaire qui avait installé en face des fenêtres de son voisin un mannequin représentant un pendu d'aspect répugnant¹².

11 *Doerr vs Keller*, 2 mai 1885: D. 1856.2.9.

12 *Chambéry*, 21 juillet 1914, Gaz. Trib., 19 janvier 1916.

À la même époque – c'était à la veille de la première grande guerre – la société Clément-Bayard construisait des ballons dirigeables pour le compte du gouvernement français. Un individu, du nom prédestiné de Coquerel, se porta acquéreur d'une lisière de terrain voisine de l'endroit où était érigé le hangar de la société et, apparemment dans un effort pour se faire acheter son terrain à prix fort, décida de se montrer incommode. Il érigea, devant la sortie du hangar, une clôture de 16 mètres de hauteur sur laquelle il ajouta des tiges de fer pointues de 4 mètres. L'inévitable arriva: un jour, un ballon, en sortant du hangar, s'empala sur la clôture. Sur poursuite de l'industriel, la Cour de Cassation ordonna au voisin peu scrupuleux d'enlever les tiges de fer qui ornementaient sa clôture¹³.

Entre les deux guerres, deux individus faisaient fonctionner chez eux une bobine de Rhumkorff afin d'empêcher malicieusement leur voisin, un radiotechnicien, de présenter ses postes de T.S.F. à des clients. La Cour d'appel d'Amiens condamna les deux individus à 4,000 francs de dommages-intérêts et leur fit injonction de cesser leur manoeuvre déloyale¹⁴.

Plus récemment encore, la Cour de Cassation accueillit le recours d'un horticulteur dont les cultures d'oeillets avaient été dévorées par des lièvres qui venaient d'un terrain de chasse dont le locataire avait laissé négligemment les lièvres se multiplier au point d'en devenir nuisibles¹⁵.

On assiste ainsi à la reconnaissance jurisprudentielle de la théorie de la relativité des droits individuels: le droit de chacun est limité par le droit des autres et l'exercice anti-social d'un droit entraîne sanction.

b) responsabilité du fait des choses.

Peut-être encore plus spectaculaire fut le revirement jurisprudentiel dans l'interprétation de l'article 1384 C.N. qui rend le propriétaire responsable des choses qu'il a sous sa garde.

Pendant le siècle entier qui avait suivi l'entrée en vigueur du Code civil de 1806, personne ne s'était avisé de reconnaître à cet article une vertu particulière et l'on se contentait d'y voir une introduction de principe aux dispositions qui suivaient dans le même chapitre relativement aux immeubles et aux animaux.

13 *Coquerel vs Clément Bayard*, 3 août 1915: S. 1920.1.300.

14 *Duval vs Robillard et Piat*, 22 novembre 1932: Gazette du Palais, 1933.1.599.

15 *Gardet vs Dupont*, Gazette du Palais, 1936.1.840.

Mais la fin du 19^e siècle, avec son industrialisation accélérée et le progrès de la technique, amena les meilleurs esprits à s'interroger sur l'insuffisance de plus en plus flagrante de la loi, face au nombre grandissant d'accidents industriels et à l'accroissement de l'importance de la machine dans la vie quotidienne.

Dans le domaine industriel, le Parlement intervint d'autorité par la loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail. Pour le surplus, ce sont les Tribunaux qui investirent les textes vénérables du Code d'une nouvelle vocation, non sans peine cependant.

En 1896, la Chambre civile reconnaissait que l'article 1384 énonçait un principe général de responsabilité du fait des choses¹⁶. Salettes et Josserand en tirèrent la théorie du risque. Mais on se mit alors à discuter de la distinction entre le fait de l'homme et le fait de la chose de même que de la nature de la preuve pouvant conduire à l'exonération du gardien.

Sur le second point, on se mit vite d'accord sur la nécessité de la preuve d'un cas fortuit ou de l'intervention d'un élément étranger à la chose concernée.

Mais la première distinction devait faire l'objet d'un grand débat qui conduisit à de retentissants arrêts entre 1920 et 1930.

Dans quatre jugements successifs: trois rendus par la Chambre civile en 1920¹⁷, 1924¹⁸ et 1927¹⁹ et le quatrième par les Chambres réunies en 1930²⁰, la Cour de Cassation condamnait la distinction entre le fait de l'homme et celui de la chose et décidait que la présomption de l'article 1384 jouait contre le gardien de toutes les choses inanimées, que celles-ci aient agi sous la conduite de l'homme ou de leur chef propre. De ce coup, la Cour de Cassation étendait la présomption à l'automobile et créait un régime spécial de responsabilité en faveur de ses victimes.

Par le biais de cette interprétation, les Tribunaux français venaient de mettre la société française au diapason de l'ère de l'automobile et

16 *Oriolle, Guisnez et Cousin vs Veuve Teffaine*, 16 juin 1896: S. 1897.1.17.

17 *Compagnie française des tramways électriques et omnibus de Bordeaux vs Chemin de fer du Midi*, 16 novembre 1920, S. 1922.1.97.

18 *Époux Bessières vs Compagnie des voitures l'Abeille*, 29 juillet 1924, S. 1924.1.321.

19 *Veuve Jeand'heur vs Société Les Galeries Belfortaises*, 21 février 1927, S. 1927.1.137.

20 *Veuve Jeand'heur vs Société des Galeries Belfortaises*, 13 février 1930, S. 1930.1.121.

ils ont évité au Parlement l'obligation d'intervenir pour donner au public la protection qu'ailleurs une interprétation plus restrictive de la loi ne lui fournissait pas.

3° En droit canadien.

En présence de ces exemples, parmi beaucoup d'autres, les juges du Québec et du Canada ont également su frayer de nouvelles voies et ouvrir à la loi de nouvelles perspectives. On n'a que l'embarras du choix des exemples, car aucun domaine du droit n'a échappé à cette incessante recherche de solutions modernes compatibles avec les conditions changeantes de notre société.

a) droit de la preuve: le oui-dire.

On en trouve un exemple saisissant dans le droit de la preuve, en matière de oui-dire.

L'article 1204 de notre Code civil, qui exige la meilleure preuve, n'a pas d'équivalent dans le Code Napoléon et il est d'inspiration anglaise. Avant le 17^e siècle, la preuve de oui-dire était généralement admise en Angleterre. Mais dans un effort d'éviter que la recherche de la vérité ne s'égaré, on resserra la règle au cours du 17^e siècle et, au 18^e siècle, on accepta en principe l'exclusion du oui-dire. Le 19^e siècle vit cependant naître plusieurs exceptions à la règle, mais ces exceptions n'ont pas connu d'extension depuis 100 ans. Faut-il dire que le processus judiciaire en soit, pour autant, arrêté?

La question s'est posée en Angleterre devant la House of Lords en 1965²¹. Il s'agissait d'une poursuite pour conspiration, recel et fraude en matière d'automobiles volées, démantelées et reconstruites. La preuve attaquée consistait dans le témoignage des représentants des deux manufacturiers qui, dans onze cas pour l'un, dans six cas pour l'autre étaient venus témoigner des particularités de chaque voiture sur la base des dossiers microfilmés fournissant, sur la foi de renseignements consignés à l'usine par une foule d'employés les numéros de châssis, de moteur et de cylindrée de chacune des autos concernées.

À notre époque de grande industrie, de production de masse et de dossiers industriels anonymes, c'était la seule preuve et la meilleure preuve que la poursuite pût offrir. La Chambre des Lords se divisa trois contre deux sur la question de l'admissibilité de cette preuve.

21 *Myers vs Director of Public prosecutions*, 1965 A.C. 1001.

Les trois Lords majoritaires refusèrent d'adapter judiciairement la règle du ouï-dire aux conditions contemporaines et décidèrent que cette adaptation, pour désirable qu'elle fût, nécessitait l'intervention du Parlement. Les deux juges minoritaires auraient franchi le Rubicon et se sont plaints qu'en refusant d'évoluer avec son temps, la majorité succombait au "démon du formalisme qui tente l'intellect sous le couvert de la rigueur scientifique"²².

Mais la Cour Suprême du Canada devait venir aux prises avec le même problème dans une cause d'Alberta en 1970²³. Cette fois, il s'agissait d'un dossier d'hôpital contenant de nombreuses notes écrites par diverses infirmières qui n'avaient pas été entendues comme témoins. La Cour Suprême épousa alors les vues exprimées par la minorité dans la Chambre des Lords en 1965 et, jugeant qu'il y avait lieu d'adapter la règle de droit à notre époque, décida que ce dossier devait être reçu en preuve comme démonstration *prima facie* des faits qu'il relatait.

Cette question est revenue devant la Cour Suprême du Canada en 1973 dans un appel provenant de Montréal²⁴. La Cour a statué qu'il y avait lieu d'appliquer, en droit civil du Québec, la règle anglaise d'exclusion du ouï-dire ainsi que les exceptions qui y sont admises, sauf incompatibilité avec notre droit. Mais, chose intéressante, l'exception refusée par la Chambre des Lords en 1965 avait été acceptée par la Cour Suprême du Canada en 1970 pour l'Alberta. L'est-elle également pour le Québec? — C'est une question que la Cour Suprême n'avait pas besoin de décider dans le cadre de l'appel dont elle était saisie en 1973; mais on semble bien lire dans son jugement qu'elle considère cette éventualité avec sympathie.

On se trouve donc en présence d'une règle de preuve en plein devenir: c'est un exemple typique de l'oeuvre législative de nos Tribunaux.

b) droit civil.

Cette oeuvre se continue également dans notre droit civil par un paradoxe plus apparent que réel. En effet, justement parce que le Code civil énonce des principes généraux, il laisse aux Tribunaux la plus grande latitude dans l'interprétation qu'il importe de leur appliquer.

22 Cardozo, "The Nature of the Judicial Process", 1921, page 66: "... when the demon of formalism tempts the intellect with the lure of scientific order."

23 *Arès vs Venner*, 1970 R.C.S. 108.

24 *Royal Victoria Hospital vs Morrow*, 1974 R.C.S. 501.

Aussi faut-il peut-être savoir gré à la codification de 1866 d'avoir permis ce foisonnement d'exemples d'interventions législatives des Tribunaux. Nous pourrions, au surcroît, y constater la compénétration de l'influence des cours de justice et de celle de la Législature.

i- Amendement et prescription.

Ainsi on a assisté chez nous à une grande querelle durant plus d'un demi-siècle au sujet du droit d'ajouter, à une action pendante pour dommages à la suite de blessures corporelles, une réclamation additionnelle après que se fût écoulée la période d'un an correspondant au délai de prescription. La querelle a atteint son point culminant en 1960 lorsque deux bancs différents de la Cour d'appel ont rendu le même jour deux jugements en sens inverse sur la question²⁵.

Devant cette irréductible divergence d'opinions, la Cour d'appel, après avoir constaté "que ces deux arrêts marquent une étape qui, pour employer un euphémisme, est loin d'être heureuse"²⁶, mentionnait "la nécessité d'un amendement qui clarifiera une fois pour toutes la pensée du Législateur sur la question"²⁷.

Se produisirent alors deux interventions quasi-simultanées qui montrent bien l'étroite relation des processus législatif et judiciaire.

Le 18 mars 1960²⁸ la Législature modifiait l'article 2224 C.c. pour dire clairement que l'interruption de prescription, suite à l'institution d'une action, se continue jusqu'au jugement définitif.

Mais la question avait été plaidée en Cour Suprême du Canada deux semaines auparavant et, le 11 avril, celle-ci arrivait à la même solution pour l'analyse de la législation antérieure²⁹.

Cette fois-ci, les deux pouvoirs concernés avaient conjugué leurs efforts pour clarifier la règle de droit.

25 *Cité de Sherbrooke vs Fortin*, 1960 B.R. 110;
Marquis vs Lussier, 1960 B.R. 20.

26 Bissonnette, J., 1960 B.R. 110, à la page 127.

27 Rinfret, J., 1960 B.R. 20, à la page 54.

28 1959-60, chap. 98, art. 4.

29 *Marquis vs Lussier*, 1960 R.C.S. 442.

Il n'est pas sans intérêt de noter qu'en 1967 la Cour Suprême du Canada a adopté la même solution dans une affaire d'Alberta³⁰ et, ce faisant, a encore lancé le droit canadien sur une nouvelle voie en déclarant inapplicable à notre pays un jugement pertinent de la Cour d'appel d'Angleterre³¹.

ii- erreur médicale et prescription.

Il y a quelques mois à peine, nous étions tous témoins dans le même domaine de la spectaculaire mise au point par la Cour Suprême du Canada en matière de relations entre hôpital, médecin et patient. Depuis un jugement rendu par la Cour d'appel en 1900³², les milieux juridiques admettaient généralement la thèse de la responsabilité contractuelle et concluaient que le recours du patient en dommages-intérêts ne se prescrivait que par 30 ans.

En 1960, une femme subit des brûlures au cours de traitements de radiothérapie dans un grand hôpital de Montréal. De 1960 à 1965, l'hôpital tente d'y remédier au cours de huit interventions sous anesthésie générale. À la fin de juin 1965, on abandonne les efforts pour guérir la brûlure et la patiente poursuit en dommages en avril 1966. L'hôpital admet sa responsabilité, mais plaide prescription d'un an.

La Cour Supérieure et la Cour d'appel rejettent ce plaidoyer mais, le 12 juin 1974, par un arrêt qui résonne comme un coup de tonnerre dans un ciel sans nuage, la Cour Suprême du Canada renverse les tribunaux du Québec, décide que le recours de la patiente était soumis à une prescription d'un an à compter de la faute originale et, par voie de conséquence, rejette l'action contre l'hôpital³³. Il s'agit là d'une intervention judiciaire dont on ne saurait exagérer l'importance dans le domaine de la responsabilité médicale et hospitalière.

iii- Code de la Route.

Dans un autre ordre d'idée, peut-être plus prosaïque mais tout aussi pratique; qui d'entre nous n'a pas fait face à la difficulté que voici.

30 *Cahoon vs Franks*, 1967 R.C.S. 455.

31 *Brunsdon vs Humphrey*, 1884, 14 Q.B.D., 141.

32 *Griffith vs Harwood*, 9 B.R. 299.

33 *Hôpital Notre-Dame vs Patry*, 12 juin 1974.

Une voiture se dirige sur une route secondaire de campagne. Elle arrive à une intersection irrégulière avec la route principale, ordinairement en forme d'Y. Sur la branche où la voiture circule, les autorités ont érigé un signal d'arrêt auquel le Code de la Route³⁴ oblige le conducteur d'obtempérer. Toutefois le signal se trouve à une certaine distance de l'intersection proprement dite. Un arrêt au signal ne serait pas un arrêt utile; mais un arrêt à l'intersection ne serait pas au signal même. La loi ne répond pas avec précision au dilemme auquel le conducteur fait face.

La Cour Suprême du Canada vient de régler le problème le 28 juin 1974³⁵: l'automobiliste a l'obligation d'arrêter non pas au signal d'arrêt même, mais avant d'entrer dans l'intersection. C'est, dans son genre, un exemple typique de l'exercice du pouvoir législatif par un Tribunal judiciaire.

iv- Responsabilité du fait des choses

Dans un domaine beaucoup plus vaste, on a assisté chez nous, au tournant du siècle, à une véritable révolution dans le domaine de la responsabilité du fait des choses; mais l'évolution jurisprudentielle devait prendre une direction différente de celle qu'avaient adoptée les Tribunaux français sur le même sujet.

Durant le demi-siècle qui suivit l'entrée en vigueur du Code de 1866, on n'appliqua chez nous l'article 1054 C.c. qu'aux objets dont parlait l'article 1055. Mais, comme en France, les Tribunaux canadiens commencèrent alors de s'inquiéter de la situation nouvelle que créaient les développements techniques du vingtième siècle.

Dans le domaine industriel, la Législature intervint directement: Québec adoptait sa première loi des accidents du travail le 1er janvier 1910³⁶. Pour le surplus, il fallait adapter le droit civil aux nouvelles réalités sociales. C'est alors qu'on assista à l'un des plus remarquables revirements de notre jurisprudence, entre 1909 et 1922. Sans aller jusqu'à incorporer dans le droit du Québec la théorie du risque, les Tribunaux abandonnèrent la théorie classique jusqu'alors reçue: la Cour Suprême du Canada en 1909³⁷ et 1918³⁸, puis le Conseil Privé

34 1964 S.R.Q. chap. 231, art. 40 et 45.

35 *Dumesnil vs Sheehy*, 28 juin 1974.

36 9 Ed. VII, chap. 66.

37 *Shawinigan Carbide vs Doucet*, 1910, 42 R.C.S. 281.

38 *Norcross vs Gohier*, 1918, 56 R.C.S. 415.

en 1920³⁹ et 1922⁴⁰ découvrirent littéralement un nouveau sens et une nouvelle portée à l'article 1054 C.c. et ils décidèrent qu'il s'appliquait en général à toutes les choses qu'une personne peut avoir sous sa garde.

Mais — c'est là l'originalité du droit du Québec en la matière — ils retinrent la distinction entre le fait de la chose sous puissance humaine et le fait autonome de la chose, pour n'appliquer l'article 1054 que dans le second cas, renverser alors le fardeau de la preuve et permettre au gardien de s'exonérer par la démonstration qu'il avait apporté un soin raisonnable afin d'empêcher que le dommage ne survint.

Le texte de loi n'a jamais subi la moindre modification; et pourtant la volonté créatrice des tribunaux lui a donné une nouvelle vigueur et une extension socialement bénéfique.

v- Transport onéreux de passagers

Tout aussi éloquente fut l'intervention de la Cour d'appel en 1973 en matière de transport de passagers à titre onéreux. Malgré des critiques de plus en plus insistantes, on tenait chez nous que le recours du passager blessé ne reposait que sur une base délictuelle. En 1950⁴¹ la Cour d'appel exprimait sa sympathie pour la thèse de la relation contractuelle entre transporteur et passager, mais elle se déclarait incapable de la sanctionner et souhaitait l'intervention soit du législateur, soit de la Cour Suprême du Canada. Ni l'une ni l'autre ne vint.

En 1973⁴², dans une poursuite consécutive à l'écrasement d'un appareil d'Air Canada près de l'aéroport de Malton, on pouvait lire sous la plume de l'un des juges de la Cour d'appel que le temps était venu de donner le coup de barre nécessaire et que, sans attendre une hypothétique intervention extérieure, il y avait "lieu de reconnaître dorénavant au contrat de transport payant de voyageurs, dans le droit du Québec, la place qui lui appartient, avec toutes les conséquences qui peuvent légalement en découler".

vi- Clause compromissoire

Le pouvoir judiciaire ne pouvait guère aller plus loin dans son effort pour harmoniser la loi aux conditions de la société moderne.

39 *Quebec Railway Light Heat and Power vs Vandry*, 1920 A.C. 662.

40 *City of Montreal vs Watt and Scott*, 1922 A.C. 555.

41 *Desmeules vs Renaud*, 1950 B.R. 663.

42 *Surprenant vs Air Canada*, 1973 C.A. 107, aux pages 125 et 126.

Mais il est encore allé aussi loin en 1973 dans le domaine des clauses d'arbitrage, que l'on retrouve dans de si nombreux contrats d'entreprise.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Nouveau Code de Procédure Civile en 1966, la théorie en droit du Québec était bien fixée:

- a) d'une part était valable la clause par laquelle les parties acceptaient de soumettre leur différend à l'arbitrage d'un tiers, sans pour autant exclure le recours ultérieur aux Tribunaux de droit commun;
- b) mais était nulle comme contraire à l'ordre public la clause par laquelle les parties prévoient l'arbitrage final d'un différend et prétendaient exclure tout droit de regard des Tribunaux.

Toutefois voici que par un amendement sybillin au Code de procédure, le législateur québécois édicte, le 1er septembre 1966, que "la clause compromissoire doit être constatée par écrit" (article 951 C.p.).

Aussitôt s'engage et dure pendant sept ans une polémique relative à la portée de cette nouvelle disposition. Pour les uns, elle ne change rien à la doctrine antérieure; pour les autres, au contraire, elle légalise la convention que la loi frappait jusqu'alors de nullité.

La Cour d'appel intervint en 1973⁴³ et on y entend de nouveau le même souci de ne plus abandonner au seul législateur le soin d'assurer le progrès du droit du Québec:

(traduction)

"À ce point, les Tribunaux pourraient s'arrêter et continuer d'exprimer le vœu pieux que la législature dise, dans des textes clairs et concordants, que la clause compromissoire réelle est nulle ou qu'elle est valide. Cependant, eu égard aux circonstances actuelles, je suis d'opinion que les Tribunaux doivent accepter la responsabilité de décider de la validité d'une clause compromissoire réelle à la lumière

43 *Ville de Granby vs Désourdy Construction Limitée*, 1973 C.A. 971. Le texte original du passage cité de l'opinion de Monsieur le Juge Owen, page 983, se lit comme suit:

"At this stage the courts could sit back and continue to express the pious hope that the legislature will, by clear and concordant texts, provide either that a true clause compromissoire is null or that it is valid. However under conditions as they exist today I am of the opinion that the courts should accept the responsibility of pronouncing on the validity of a true clause compromissoire in the light of the existing texts. The Commissioners have said that this problem belongs to the legislator or to the judge. As the legislator has not provided a clear solution the courts should do so."

des textes existants. Les Commissaires ont dit que ce problème relève du législateur ou du juge. Comme le législateur n'a pas fourni de solution claire, les Tribunaux doivent le faire."

Les hommes d'affaires ne s'en sont peut-être pas assez rendu compte, mais il s'agit là d'une mini-révolution qui modifie le régime légal antérieurement en vigueur et qui leur permet dorénavant d'avoir recours aux clauses d'arbitrage avec beaucoup plus de liberté: ce fut le résultat de l'effort législatif des tribunaux.

c) Droit constitutionnel

C'est toutefois dans le domaine constitutionnel que cette influence des Tribunaux s'est probablement fait sentir de la façon la plus soutenue et la plus tangible.

La constitution canadienne tient d'abord dans l'Acte confédératif de 1867 et dans les quelque trente-trois lois, arrêtés en conseil et lettres patentes qui l'ont modifié ou qui l'affectent⁴⁴.

Cependant, bien peu au fait de la constitution canadienne serait celui qui prétendrait se satisfaire de ces textes légaux et qui ignorerait l'impressionnante jurisprudence qui, depuis un siècle, les a scrutés et interprétés et leur a insufflé cette vie en continuel devenir qui constitue l'âme et l'armature d'une nation.

Durant les quatre-vingt ans qui se sont écoulés entre 1873 et 1953, le Comité judiciaire du Conseil Privé a rendu au moins 172 décisions portant sur l'interprétation de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique et, essentiellement, le partage des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les législatures des provinces.⁴⁵

Bien que je n'aie pas tenté de les dénombrer, il est clair que les Tribunaux canadiens en ont rendu un nombre encore substantiellement plus élevé.

Au cours de la dernière décennie, les Tribunaux ont continué de façonner la constitution canadienne et d'adapter un texte centenaire à des réalités contemporaines dont les Pères de la Confédération ne pouvaient pas prévoir l'émergence.

i- Droits miniers sous-marins

Ainsi, en 1967, la Cour Suprême du Canada décidait à l'unanimité⁴⁶ que c'est le Canada, et non la province côtière – dans le cas

44 Voir 1970 S.R.C., appendice II, page 121.

45 Voir *Olmsted*, 1954, volume 1, page iii à xiv.

46 Reference re: *Offshore Mineral Rights*, 1967 R.C.S. 792.

donné, la Colombie-Britannique — qui, en exclusivité, a la propriété du lit de la mer territoriale, a le droit d'explorer et d'exploiter ce lit et a le droit d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles du plateau continental. Si l'on me pardonne le commentaire, il s'est agi là d'un effort extraordinaire d'adaptation de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique aux conditions modernes à la lumière de l'histoire, des traités et de la jurisprudence, où l'on a réellement perfectionné l'Acte confédératif.

ii- Commerce interprovincial

Plus récemment encore, ce qu'on est convenu d'appeler "la guerre des oeufs" amenait la Cour Suprême à se pencher sur le fonctionnement économique de la Confédération canadienne.⁴⁷

Similaire à divers autres plans provinciaux, le plan manitobain de mise en marché des oeufs produits à l'extérieur comme à l'intérieur du Manitoba permettait aux producteurs manitobains de restreindre la libre circulation des échanges commerciaux entre les provinces. La Cour Suprême du Canada a unanimement prononcé que ce plan allait à l'encontre de l'un des objets de la Confédération, qui est de faire du Canada une seule entité économique et qu'il constituait un empiètement sur le pouvoir exclusif du Parlement de légiférer en matière de réglementation du commerce (article 91.2 A.A.N.B.).

iii- Droit de poursuite du citoyen

Enfin, au début de 1974, la Cour Suprême du Canada était saisie du droit d'un citoyen de poursuivre pour faire déclarer *ultra vires* une loi publique fédérale, en l'occurrence la *Loi sur les langues officielles*⁴⁸.

Jusqu'alors, on exigeait du demandeur la preuve d'un intérêt et d'un préjudice particuliers. Mais en janvier 1974 la Cour Suprême décide, dans sa discrétion, que le temps est venu d'élargir les cadres de la loi et de permettre à tout citoyen d'attaquer la validité d'une loi du Parlement, sans montrer d'intérêt particulier. C'est de la législation en action, que la Cour Suprême justifie en exposant⁴⁹ :

47 *Procureur Général du Manitoba vs Manitoba Egg and Poultry Association*, 1971 R.C.S. 689.

48 1970 R.C.S. chap. 0-2.

49 *Thorson vs Attorney General of Canada* (no 2), 1974, 43 D.L.R. 3rd, page 1.

“Ce n’est pas le seul gaspillage allégué de deniers publics qui étayera la qualité pour agir, mais plutôt le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement, quand la question que soulève la conduite du Parlement est réglable par les voies de justice en tant que question de droit.”

d) Droit public

C’était là l’aboutissement logique du souci qu’a toujours manifesté la Cour Suprême d’assurer le respect des libertés individuelles et qui l’avait amenée dans les années ‘50, à tracer ce que j’appellerais la grande charte des libertés du citoyen dans notre pays.

i- Libertés civiles

Qu’on se rappelle l’affaire *Boucher* en 1951⁵⁰ relative au libelle séditieux; l’affaire *Saumur* en 1953⁵¹ relative aux libertés de parole, de presse et de religion; l’affaire de *l’Alliance des professeurs*, encore en 1953⁵², relative à la liberté d’association et au droit du citoyen d’être entendu avant d’être jugé; l’affaire *Birks* en 1955⁵³ relative aux fêtes d’obligation et à la liberté de religion; l’affaire *Chaput* encore en 1955⁵⁴ et encore relative à la liberté de religion; l’affaire *Switzman* en 1957⁵⁵ relative à la loi du cadenas; enfin l’affaire *Roncarelli* en 1959⁵⁶ qui a fixé les limites du pouvoir de l’exécutif vis-à-vis les citoyens: ces arrêts marquants du pouvoir judiciaire canadien ont été l’inspiration directe de la Déclaration canadienne des droits de 1960⁵⁷.

ii- Déclaration canadienne des droits

Depuis son adoption, cette loi a fait couler beaucoup d’encre et a formé l’objet d’une soixantaine de jugements rapportés. Couchée elle

50 *Aimé Boucher vs His Majesty the King*, 1951 R.C.S. 265.

51 *Laurier Saumur vs City of Quebec and The Attorney General for Quebec*, 1953, 2 R.C.S. 299.

52 *L’Alliance des professeurs Catholiques de Montréal vs The Labour Relations Board of Quebec and The Montreal Catholic School Commission*, 1953, 2 R.C.S. 140.

53 *Henri Birks & Sons (Montréal) Limited et al. vs The City of Montréal and The Attorney General of Quebec*, 1955 R.C.S. 799.

54 *Esymier Chaput vs Edmond Romain et al.*, 1955 R.C.S. 834.

55 *John Switzman vs Freda Elbling et Attorney General of the Province of Québec*, 1957 R.C.S. 285.

56 *Frank Roncarelli vs The Honourable Maurice Duplessis*, 1959 R.C.S. 121.

57 8-9 Eliz. II, chap. 44.

aussi en termes généraux, elle donne prise aux interprétations les plus diverses dont nous n'avons certes pas vu la fin. En guise d'illustration, il suffira de mentionner deux arrêts.

D'abord l'affaire *Drybones* en 1970⁵⁸ où, par une majorité de 6 à 3, la Cour Suprême du Canada a déclaré inopérante une disposition de la *Loi sur les Indiens* faisant une infraction pour un Indien d'être ivre hors d'une réserve, alors que ce ne le serait pas pour un autre citoyen canadien.

Puis l'affaire *Lavell* en 1973⁵⁹ où, par une majorité de 5 à 4, la Cour Suprême a refusé de déclarer inopérant un article de la même loi qui prescrit, pour les personnes de sexe féminin, une incapacité dont ne sont pas frappées les personnes de sexe masculin dans des circonstances identiques, i.e. le mariage avec un non-Indien.

Il est clair que le dernier mot n'est pas dit et que, par le jeu de l'interprétation de la Déclaration canadienne des droits, la jurisprudence réserve sans doute des surprises aux citoyens de notre pays. C'est ainsi que la loi est en continuel devenir.

e) Droit international privé

Mais avant de terminer ce tour d'horizon, sortons un moment de nos frontières et intéressons-nous au droit international privé du Québec. Voilà le domaine par excellence où les Tribunaux peuvent donner libre cours à leur esprit créateur. Alors que le droit international privé embrasse le champ entier des relations légales qui peuvent se nouer entre les sujets de droit, le Code civil y consacre trois articles de base: 6, 7 et 8 et le Code de procédure civile à peine plus: les articles 21, 178, 179 et 180.

i- L'immunité de l'État étranger

Par suite de cette extrême discrétion du législateur, les Tribunaux ont été contraints de construire un immense édifice jurisprudentiel d'une richesse et d'une complexité considérables qui, en dépit de ses imperfections, constitue l'un des plus beaux acquis de l'intelligence humaine. Parmi des douzaines d'exemples qu'il serait possible de tirer de cette intense activité créatrice des Tribunaux, j'en retiens un: la théorie de l'immunité des États étrangers devant les tribunaux canadiens.

58 *R. vs Drybones*, 1970 R.C.S. 282.

59 *Procureur Général du Canada vs Lavell et Isaac*, 1973, 38 D.L.R. 3rd, 481.

Jusqu'au début du vingtième siècle, on acceptait sans discussion qu'un État fût à l'abri de toute poursuite devant les Tribunaux d'un autre État: c'était l'époque de l'immunité absolue.

Toutefois avec l'entrée des gouvernements dans le domaine des activités commerciales courantes, on a commencé de s'interroger sur l'opportunité de persister à honorer cette doctrine et petit à petit s'est répandue la thèse de l'immunité relative: l'État étranger continuera de bénéficier de l'immunité en tout ce qui concerne ses actes de puissance publique (*jure imperii*), mais on lui refusera cette immunité en ce qui concerne ses actes de commerce (*jure gestionis*).

En 1962, le problème s'est posé en Cour Suprême du Canada à la suite de la saisie, à Halifax, de bateaux appartenant à la République de Cuba⁶⁰. Cependant la Cour Suprême s'est déclarée satisfaite que les navires étaient destinés à des fins gouvernementales et elle a réservé son opinion sur l'opportunité d'admettre l'introduction au Canada de la restriction qui commençait de recevoir crédit ailleurs.

L'Expo '67 devait permettre de rouvrir le débat. Au moins 7 poursuites furent logées en Cour Supérieure à Montréal contre la Grèce, le Congo et le Venezuela. Elles vinrent devant sept juges différents. Trois appliquèrent la théorie de l'immunité absolue de l'État étranger, deux autres se rangèrent à la théorie de l'immunité relative; les deux derniers, quoique sympathiques à l'immunité relative, ne purent l'appliquer faute de preuve.

Dans le cas du Congo, le premier juge rejeta l'action.⁶¹ Le demandeur, un architecte, porta l'affaire en appel.⁶²

Après une revue soignée de l'évolution des esprits sur la question, la Cour d'appel décida qu'il était temps de revoir les concepts traditionnels vu que ceux-ci, valables aux 18ième et 19ième siècles, ne correspondaient plus aux conditions modernes. La Cour d'appel jugea donc qu'il y avait lieu d'écarter la théorie de l'immunité absolue de l'État étranger en faveur de celle de l'immunité relative et qu'il incombait à l'État étranger d'apporter la preuve le justifiant de se réclamer du privilège de l'immunité.

Le Congo porta la cause en Cour Suprême du Canada qui, par une majorité de 7 à 2, cassa le jugement de la Cour d'appel⁶³.

60 *Flota Maritima Browning de Cuba vs S.S. Canadian Conqueror et al., and the Republic of Cuba*, 1962 R.C.S. 598.

61 1968 R.P. 6.

62 *Venne vs Gouvernement de la République démocratique du Congo*, 1969 B.R. 818.

63 *Gouvernement de la République démocratique du Congo vs Venne*, 1971 R.C.S. 999.

Contrairement aux juges de la Cour d'appel, ceux de la Cour Suprême virent dans le contrat entre l'architecte et le Congo un acte de puissance publique de la part de cet État; dès ce moment, la discussion sur la théorie de l'immunité devenait académique. Néanmoins les juges majoritaires laissèrent voir assez clairement qu'ils n'étaient pas impressionnés par la doctrine de l'immunité relative. Quant aux juges minoritaires, dont l'honorable Juge Laskin, maintenant Juge en chef du Canada, ils opinèrent, comme la Cour d'appel, que la théorie de l'immunité absolue était maintenant dépassée.

Le problème, dans cette cause, est né principalement de l'insuffisance de la preuve sur la nature exacte des relations entre les parties, ce qui a donné lieu à des conclusions différentes sur le fardeau et la portée de la preuve. Il faudra donc attendre qu'une cause mieux étoffée permette aux Tribunaux canadiens de faire carrément face au problème.

IV

CONCLUSION

Beaucoup d'autres exemples s'offriraient encore; mais le conseil de Montesquieu n'a rien perdu de son actualité⁶⁴:

“... il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu'on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser.”

Dès lors, pour nous en tenir aux seuls domaines qui font l'objet de cet exposé: en droit criminel, en droit de la preuve, en droit civil, en droit constitutionnel, en droit public, en droit international privé, les Tribunaux ont fait la démonstration depuis longtemps et l'apportent en 1974 qu'ils constituent un puissant instrument d'évolution dans notre société.

Leur rôle premier, il est vrai, consiste à appliquer la loi telle qu'elle existe et c'est là la tâche à laquelle ils consacrent quotidiennement le plus clair de leurs labeurs. Plus souvent qu'autrement, d'ailleurs, la règle de droit n'offre pas de doute et la difficulté consiste principalement à clarifier la situation de fait pour ensuite lui appliquer correctement les principes légaux pertinents.

Il arrive cependant que l'évolution des esprits ou des moeurs tend à créer un déséquilibre entre la loi et les faits, de sorte que la loi positive ne correspond plus aux aspirations ou aux convictions de la population dont elle doit pourtant régir les activités. C'est alors que

64 Op. cit., Livre XI, chapitre XX.

les Tribunaux doivent assumer, avec une audace réfléchie, le redoutable fardeau d'adapter la loi aux nouvelles réalités sociales qui se manifestent.

Le professeur Arthur L. Corbin écrivait naguère:⁶⁵

(traduction)

“C'est la fonction des Tribunaux de préserver l'équilibre entre les théories et les moeurs par un rajeunissement constant et par l'infusion continuelle d'un nouveau contenu. C'est de la législation judiciaire, et le juge légifère à son péril. Toutefois c'est la nécessité et l'obligation d'ainsi légiférer qui confèrent à la magistrature son éminente dignité; et aucun juge courageux et honnête ne se dérobe à ce devoir ni ne craint ce péril.”

L'antiquité se plaisait à représenter la justice sous les traits d'une déesse aux yeux bandés; mais l'allégorie ne répond qu'en partie à la vérité de l'institution.

Que la justice soit fermée à la crainte comme à la faveur, aux préjugés comme aux avantages: soit. Mais qu'elle s'isole de la société pour laquelle elle existe, qu'elle s'enferme dans ses palais et qu'elle se refuse au contact du milieu qu'elle dessert: non pas.

Au contraire, il faut que le juge se montre attentif aux mouvements de la société dont il fait partie intégrante, afin que la justice qu'il rend ne détonne pas dans le contexte où il agit.

Évidemment, comme tout être humain le juge est faillible. De par ses fonctions et les garanties qui l'entourent, il occupe néanmoins une position privilégiée qui lui permet de se rendre compte avec plus de détachement de l'état des esprits et de discerner la direction qu'il importe d'imprimer à la règle de droit afin que celle-ci atteigne son but: assurer le bien-être de la société et des citoyens.

Autrement l'on restreint le juge au rôle d'automate; on lui demande d'appliquer sans discernement une règle fixe, de ne pas s'embarrasser de considérations sociales et de s'en tenir à la technique du droit.

65 29 Yale Law Journal, 767 à la page 771. Le texte original du passage cité se lit comme suit:

“ It is the function of our courts, to keep the doctrines up to date with the *mores* by continual restatement and by giving them a continually new content. This is judicial legislation, and the judge legislates at his peril. Nevertheless, it is the necessity and duty of such legislation that gives to judicial office its highest honor; and no brave and honest judge shirks the duty or fears the peril. ”

Il s'agit là d'une conception singulièrement étriquée du pouvoir judiciaire. Ses défenseurs, s'il fallait que les juges la partagent, en deviendraient d'ailleurs les premières victimes et, en peu de temps, les critiques les plus virulents.

Il n'y a pas de doute, en effet, que les concepts légaux dont nous avons hérité ont été influencés par les circonstances sociales, économiques et politiques des milieux où ils furent façonnés. Dès lors si le juge de 1974 refuse de tenir compte de ces mêmes circonstances aujourd'hui et agit comme si l'actuelle société, avec ses vertus et ses vices, n'existait pas, il ne fait que déplacer et aggraver le problème, car il basera son analyse et ses conclusions sur des règles reflétant des circonstances d'une autre époque et il divorcera la loi de la réalité. Dès lors, comme l'écrivait avec justesse en 1972 Monsieur le Juge Hall, de la Cour Suprême du Canada⁶⁶ :

(traduction)

“Bien que la Cour en agissant de la sorte, n'introduise peut-être pas les politiques d'aujourd'hui dans la loi d'aujourd'hui, ce qu'elle fait en ignorant les facteurs sociaux et économiques – et c'est la conclusion inéluctable de cette attitude – c'est d'introduire les politiques d'hier dans la loi d'aujourd'hui. Or”, continue-t-il plus loin, “les lois reçoivent obéissance non parce qu'elles incarnent une certitude absolue ou parce qu'elles amènent à imaginer un groupe d'hommes occupés à appliquer mécaniquement un ensemble de règles fixes, mais parce qu'elles reflètent les meilleures aspirations et les meilleures valeurs de la communauté.”

Le pouvoir judiciaire ne fait pas qu'interpréter et appliquer la loi: il la moule à l'évolution de la société, tantôt pour l'accompagner, tantôt pour la redresser et, par cette action, il contribue à “satisfaire les demandes pressantes de justice sociale dans un univers en rapide transition”, suivant que l'enseigne à ses étudiants l'actuel président de

66 “Law Reform and the Judiciary's role”, 1972, 10 Osgoode Hall Law Journal, 399. Le texte original des passages cités aux pages 405 et 406 se lit comme suit:

“While it is true that the Court might not be introducing today's politics into today's law, what it does, by ignoring social and economic facts, and this is the ineluctable reality of such a posture, is introduce yesterday's politics into today's law.

...
Laws are obeyed not because they symbolize absolute certainty, or because they symbolize a body of men sitting and mechanically applying a body of fixed rule, but because they reflect the better aspirations and values of the community.”

l'office de revision du Code civil, Me Paul Crépeau.⁶⁷

Contrairement au législateur, le pouvoir judiciaire ne peut pas changer la lettre de la loi; mais il a le devoir, quand l'occasion s'en présente, de jouer un rôle législatif en insufflant dans la loi le nouvel esprit que commandent de nouvelles situations.

Après dix-neuf siècles, la parole de Paul de Tarse n'a rien perdu de son actualité: "La lettre tue, mais l'esprit vivifie"⁶⁸.

67 Notes inédites de cours à la faculté de droit de l'Université McGill, aimablement communiquées à l'auteur par Me Paul Crépeau. Le texte original du passage cité se lit comme suit: "to meet the growing and pressing demands of Social Justice in a evermore rapidly changing world."

68 2ième épître aux Corinthiens, chap. 3, verset 6.