Sous la direction de
l'honorable J. Michel Doyon

L'INFORMATION ET LA DOCUMENTATION JURIDIQUES AU QUÉBEC, DU MANUSCRIT À L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

Colloque du lieutenant-gouverneur du Québec

Barreau du Québec

ÉDITIONS YVON BLAIS

Mat. 42914596

Entre l'oralité et l'écriture : les opinions des juges et la jurisprudence publiée au Québec, 1764-1867

Michel Morin*

Introduction

De nos jours, dans la majorité, voire dans la totalité des pays occidentaux, le texte intégral des jugements est disponible en ligne. Pour les juristes, le défi ne consiste pas à trouver l'information, mais à développer une stratégie permettant de repérer des documents dans l'immense masse de résultats potentiellement pertinents. Avant l'informatisation de la jurisprudence, seules les décisions jugées dignes d'intérêt par les éditeurs de recueils étaient facilement accessibles, même si des décisions inédites, par définition difficiles à débusquer, pouvaient présenter un grand intérêt[1]. Au Québec, il a fallu attendre le début du XIX[e] siècle pour que paraissent des

* Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal.

1. Voir par exemple Michel MORIN, « Un document inédit sur la portée territoriale de la Proclamation royale : les notes des juges de la Cour suprême dans l'affaire *R.* c. *Bonhomme* », (1995) 26 *Revue générale de droit* 557-564 ; Yvon DUPLESSIS, Jean HÉTU et Lise VÉZINA, *Jurisprudence inédite du droit de l'environnement : le texte intégral de plus de 160 jugements relatifs à la législation fédérale, provinciale et municipale*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1993 ; Yvon DUPLESSIS et Jean HÉTU, *Jurisprudence inédite du droit municipal : relative au Code municipal et à la Loi sur les cités et villes, 1970-1984*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1986 ; Michel MORIN, « L'impact de la transaction sur l'évaluation des dommages subis par la caution, le codébiteur solidaire ou d'autres personnes intéressées », (1988) 19 *R.G.D.* 557-564, 618 ; posséder une collection de jugements inédits constituait un avantage stratégique pour un contentieux : Adrian POPOVICI, « Notes sur l'état inadéquat des recueils de jurisprudence au Québec », (1972) 32-2 *R. du B.* 82-100, 94.

ouvrages regroupant des jugements, mais ils sont demeurés clairsemés jusqu'en 1850[2].

À partir de ce moment, diverses publications ont assuré la diffusion régulière de la jurisprudence[3]. Cette évolution correspond à une transformation de la culture juridique, car les professionnels privilégient de plus en plus les règles écrites et les interprétations techniques, par opposition à une approche fondée sur des principes généraux tempérés par des préoccupations morales[4]. Dans cette perspective, la jurisprudence québécoise doit devenir accessible et prévisible. Toutefois, les avocats et les juges ont bien davantage recours à la doctrine et la jurisprudence française et anglaise, au moins jusqu'à la fin du XIXe siècle. Contrairement aux décisions locales, cette documentation est facile à consulter dès le XVIIIe siècle[5].

2. Dans les colonies voisines, la publication régulière de recueils débute en 1823 dans le Haut-Canada, en 1836 au Nouveau-Brunswick et en 1853 en Nouvelle-Écosse : Philip GIRARD, Jim PHILLIPS et R. Blake BROWN, *A History of Law in Canada*, 1, coll. Osgoode Society for Canadian Legal History, Toronto, Published for The Osgoode Society for Canadian Legal History by University of Toronto Press, 2018, p. 484-487.
3. Raymonde CRÊTE, Sylvio NORMAND et Thomas COPELAND, « Law Reporting in Nineteenth Century Quebec », (1995) 16 *J. Legal Hist.* 147 ; Eric WHAN, Tamara MYERS et Peter GOSSAGE, « Stating the Case: Law Reporting in In Nineteenth Quebec », dans Donald FYSON, Colin M. COATES et Kathryn HARVEY, *Class, Gender and the Law in Eighteenth-and Nineteenth-Century Quebec, Sources and Perspectives*, Montréal, Montreal History Group, 1993, p. 55-79 ; Guy TANGUAY et Daniel BOYER, « Annals of Quebec Case Law Reporting », (1994) 19-5 *Canadian Law Libraries/Bibliothèques de droit canadiennes* 186-193.
4. Sylvio NORMAND, « Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIXe siècle », dans Bjarne MELKEVIK, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, PUL, 1998, p. 221-235.
5. Michel MORIN, « Blackstone et le bijuridisme québécois de la Proclamation royale de 1763 au Code civil du Bas Canada », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Un juriste sans frontières : Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 585-632 ; Sylvio NORMAND, « Les débuts de la littérature juridique québécoise, 1767-1840 », dans G. Blaine BAKER et Donald FYSON, *Quebec and the Canadas*, XI, coll. Essays in the History of Canadian Law, Toronto, University of Toronto Press, 2013, p. 96-130, à la p. 100 ; Sylvio NORMAND, « La littérature du droit comme élément structurant du champ juridique québécois : une perspective historique », dans Ysolde GENDREAU, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 1-29 ; André MOREL, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas Canada (1866-1890) », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, coll. Journées Maximilien-Caron, nº 1992, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 49-63.

Jusqu'au milieu du XXe siècle, les juges doivent exposer oralement leur opinion lors du prononcé du jugement. Celle-ci n'est ni inscrite dans les registres de la cour ni déposée dans le dossier officiel. Pour préserver cette information, il faut obtenir les notes du discours prononcé par le juge ou encore transcrire ce qu'il a dit[6]. Pour les praticiens, ces explications orales ont évidemment une très grande importance, car elles leur permettent de connaître la règle ou l'interprétation sur laquelle repose la décision.

Le jugement proprement dit énonce simplement les noms et qualité des parties, la nature de la demande, les moyens de droit invoqués en défense, les décisions interlocutoires pertinentes et l'issue du litige (plus exactement, le dispositif). Ces quelques paragraphes ne donnent aucun renseignement sur les preuves, la jurisprudence ou la doctrine invoquées par les avocats ou analysées par les juges, ni même sur les différentes dispositions législatives invoquées. Seule l'opinion des juges, tirée de leurs présentations orales, permet de dégager le raisonnement de la cour[7]. Au Canada, il est d'usage de qualifier cette opinion de « motifs », alors qu'en France, ceux-ci font partie de l'arrêt[8]. C'est pourquoi nous utiliserons ce terme dans le contexte français et « opinion » ou « raisonnement des juges » dans le contexte québécois[9].

Avant la publication régulière de recueils, la connaissance de la jurisprudence dépend de renseignements oraux et de notes manuscrites. À cet égard, la culture des praticiens est orale ; toutefois, même avant la codification, les textes ayant force de loi et la jurisprudence de France ou d'Angleterre constituent

6. R. CRÊTE, S. NORMAND et T. COPELAND, préc., note 3, 152-153 et 161-162.
7. Sylvio NORMAND, « Profil des périodiques juridiques québécois au XIXe siècle », (1993) 34-1 *C. de D.* 153-182, 159-190 ; Raymonde CRÊTE, « Aspects méthodologiques de la jurisprudence en droit commercial à la fin du XIXe siècle », (1993) 34-1 *C. de D.* 219-255, 229-230.
8. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-19, art. 26.
9. Au Québec, un arrêt comprend une ou plusieurs opinions : *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 388-389.

les instruments de travail quotidiens des juristes[10]. Ainsi, en 1853, Maximilien Bibaud déplore l'importance excessive que les praticiens ont accordée au cours des décennies précédentes à un commentateur de la Coutume de Paris, notamment parce que celui-ci analysait de nombreux arrêts rendus avant 1789[11] :

> [...] par une mauvaise habitude mêlée d'inattention, le commentaire barbarement verbeux de M. de Ferière [...] est venu à passer entre les juges et les avocats pour être aussi loi que le texte [de la Coutume de Paris], sans doute parce qu'il est imprimé dans le même volume et est devenu le *Vade Mecum* des chicaniers.

En réalité, ce ne sont pas les sources du droit civil qui donnent un caractère oral au système juridique québécois, mais plutôt les interactions en salle d'audience et la tendance des juges à prononcer des allocutions plus ou moins improvisées, par opposition à certaines dissertations fouillées dont un juge fait la lecture au moment où le jugement est rendu. L'objet du présent texte est de montrer que ces deux types de motivation ont coexisté au Québec depuis la Conquête jusqu'au moment où des recueils de jurisprudence sont publiés régulièrement. Cette diversité perdure jusqu'en 1867, car les jugements publiés comprennent des observations faites oralement et des notes soigneusement rédigées. Par la suite, ces dernières sont de plus en plus valorisées, mais il faut attendre jusqu'au XX[e] siècle pour qu'elles deviennent la norme en Cour d'appel, plusieurs

10. Sur cette question, voir les opinions différentes de David HOWES, « La domestication de la pensée juridique québécoise », (1989) 13-1 *Anthropologie et Sociétés* 103-125 ; David HOWES, « The Origin and Demise of Quebec Legal Education (or Hercules Unbound) », (1989) 38-1 *U.N.B.L.J.* 127-156 ; David Howes, « De l'oralité à la lettre de la loi », (1996) 32 *Droit et Société* 27-49. Donald FYSON, « Les historiens du Québec face au droit », (2000) 34 *Revue juridique Thémis* 295-328, 312-313 ; Michel MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit français et du droit anglais sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada », (2000) 60 *R. du B.* 247-386, 269-272 ; Eric REITER, « Imported Books, Imported Ideas: Reading European Jurisprudence in Mid-Nineteenth-Century Quebec », (2004) 22-3 *Law and History Review* 446-492.

11. Maximilien BIBAUD, *Essai de logique judiciaire*, Montréal, De Montigny, 1853, p. 50 ; voir Claude-Joseph FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, Paris, Henry Charpentier, 1714.

décennies après la codification du droit civil et la montée du positivisme juridique au Québec. Bien que cette question déborde le cadre temporel de notre recherche, on peut avancer l'hypothèse que la rédaction de notes soigneusement rédigées augmente graduellement après la publication régulière des recueils de jurisprudence et la professionnalisation de la magistrature, même si elle dépend avant tout de la manière dont chaque juge conçoit ses responsabilités professionnelles.

On pourrait croire que la tradition de droit civil n'a pas connu de tels problèmes. Pourtant, antérieurement à 1790, les arrêts inscrits dans les registres des cours d'appel françaises ne fournissent pas le raisonnement des juges. Les motifs doivent être déduits des procédures, des mémoires et des débats tenus pendant le délibéré. Comme en Angleterre, des renseignements transmis oralement sont conservés dans des notes ou des compilations d'arrêts dont la connaissance est indispensable aux praticiens. En revanche, les arrêts du Conseil souverain de la Nouvelle-France semblent avoir été mieux motivés, tout comme les décisions de l'intendant (I).

Historiquement, l'oralité des motifs est l'une des caractéristiques distinctives de la tradition de common law. En Angleterre, jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, de nombreux manuscrits contiennent la transcription ou le compte rendu des discours prononcés au moment où les juges annoncent la décision de la cour. Ils font concurrence aux versions publiées dans les recueils, parce que ceux-ci sont souvent peu fiables. Dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord, les opinions des juges sont également prises en note par des praticiens, même si elles n'ont pas été publiées avant le XX[e] siècle.

Au Québec, après la Conquête, la situation est semblable, quoique pendant plusieurs décennies, la petite taille de la communauté juridique facilite la diffusion de l'information. Par la suite, deux recueils paraissent avant 1840, mais ils ne répondent guère aux besoins des praticiens (II). En 1845, une

première tentative de publier à la fois des jugements et des textes de doctrine tourne court après trois ans. De 1851 à 1867, l'octroi d'une subvention gouvernementale permet d'assurer la publication régulière d'un recueil qui voit un concurrent sérieux apparaître en 1857. Ces publications permettent de constater qu'un grand nombre d'opinions publiées à cette époque ont un caractère oral qui n'a jamais totalement disparu de notre système judiciaire (III).

I- La diffusion des motifs de jugement en France et en Nouvelle-France, antérieurement à 1789

En principe, sous l'Ancien régime, les jugements ne sont pas motivés. Les éditeurs de recueils (appelés « arrêtistes ») doivent spéculer sur le raisonnement des juges, à moins qu'ils n'aient connaissance des discussions tenues pendant le délibéré (A). En Nouvelle-France, le problème se pose différemment. Les arrêts du Conseil souverain sont tout aussi laconiques que ceux des cours d'appel françaises (appelées à l'époque « parlements » ou « cours souveraines »). En l'absence d'imprimerie, ils ne semblent pas avoir été diffusés par des particuliers (B).

A. *Le rôle des arrêtistes français sous l'Ancien Régime*

En règle générale, les arrêtistes peuvent débusquer les motifs des jugements qui n'ont pas fait l'objet d'une publicité ordonnée par la cour (1). Leurs publications mettent au jour une jurisprudence qui, lorsqu'elle est constante, a force de loi (2).

1. *Le caractère occulte des motifs non publiés*

Depuis le Moyen Âge, la diffusion des arrêts obéit à des règles strictes. Des ordonnances royales interdisent de violer le secret du délibéré[12]. Le contenu d'un arrêt peut être

12. Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », (2004) 82-2 *R.H.D.* 223-239, 229-230.

communiqué uniquement aux magistrats, aux parties ou à leurs procureurs et, avec l'autorisation de la cour, à un autre avocat[13]. Jusqu'en 1790, les arrêts ne contiennent pas de constatations de fait et n'énoncent pas les règles de droit sur lesquelles ils sont fondés[14]. Cet usage est censé protéger les juges contre les critiques et les interférences du pouvoir royal[15].

Une cour souveraine peut cependant rendre un « arrêt de règlement ». En général, celui-ci constitue un règlement au sens moderne du terme, car il porte sur des questions administratives locales, en l'absence de législation royale[16]. Certains de ces arrêts sont cependant pris à l'occasion d'un litige afin de clarifier un point douteux ou de combler une lacune. Dans l'un et l'autre cas, ils sont transmis aux juridictions subalternes pour y être transcrits dans les registres et publiés oralement dans des lieux publics ; en outre, une version manuscrite ou imprimée de l'arrêt est affichée, généralement à différents endroits[17]. Ce sont, en quelque sorte, des interprétations auxquelles une cour souveraine donne force de loi[18]. Les autres arrêts ne peuvent

13. Jean HILAIRE et Christian BLOCH, « Connaissance des décisions de justice et origine de la jurisprudence », dans John H. BAKER, *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1989, p. 47-68, aux p. 58-59 ; Véronique DEMARS-SION, « Les recueils d'arrêts et les dictionnaires ou répertoires de jurisprudence à l'épreuve des mariages à la Gaulmine », dans Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2005, p. 289-316, à la p. 293.
14. Serge DAUCHY, « Introduction », dans Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, Paris, Mémoire du Droit, 2005, p. 9-20, aux p. 18-19 ; V. DEMARS-SION, préc., note 13, aux p. 298-299.
15. S. DAUCHY et V. DEMARS-SION, préc., note 12, 234.
16. André-Marie-Jean-Jacques DUPIN, « De la jurisprudence des arrêts », dans *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Paris, Joubert, 1835, p. 477-559, aux p. 481-482.
17. Philippe PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe siècle*, Paris, P.U.F., 1999, p. 372 et 385-392.
18. Jean-Paul ANDRIEUX, *Histoire de la jurisprudence, Les avatars du droit prétorien*, Paris, Vuibert, 2012, p. 156-157 ; Michel PETITJEAN, « Regard sur l'arrestographie bourguignonne », dans Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, Paris, Mémoire du Droit, 2005, p. 91-104, à la p. 102 ; V. DEMARS-SION, préc., note 13, à la p. 306 ;

être imprimés individuellement sans l'autorisation de la cour, mais les arrêtistes semblent échapper à cette interdiction[19].

Au XVI^e et au XVII^e siècles, la plupart des arrêts sont remis aux parties par le greffier. Toutefois, certains arrêts peuvent être prononcés lors d'une audience publique solennelle. Si l'un d'eux énonce un point de droit, le président indique oralement ce qu'il faut en retenir. En 1634, J. Bouguier indique qu'un tel arrêt « doit servir de règle à l'advenir »[20]. Lors de ces audiences, les magistrats des différentes chambres portent une toge rouge, d'où l'appellation « arrêt en robes rouges » ; l'expression « arrêts généraux » est aussi employée. De tels arrêts peuvent être imprimés[21]. Toutefois, des explications orales demeurent nécessaires pour bien en saisir le sens. Elles sont prises en note par les avocats présents, même si les discours des présidents ne sont pas toujours très pertinents[22]. Au surplus, ces décisions seront considérées comme des arrêts de règlement si elles sont transmises aux juridictions subalternes pour enregistrement, publication et affichage[23]. Quoi qu'il en soit, elles disparaissent après l'adoption de l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667[24].

Philippe PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle Dimension et doctrine*, Paris, P.U.F., 1997, p. 19, 116-119 et 448-475.

19. J.-P. ANDRIEUX, préc., note 18, p. 191 ; P. PAYEN, préc., note 17, p. 469 (exception pour les arrêtistes) ; Jacques POUMARÈDE, « Les arrêtistes toulousains », dans Jacques POUMARÈDE et Jack TOMAS, *Les parlements de province, Pouvoirs, justice et société du XVI^e au XVIII^e siècles*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 1996, p. 369-391, à la p. 373 ; J. HILAIRE et C. BLOCH, préc., note 13, à la p. 50 ; Philippe GODDING, « Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen-âge à la fin du 18^e siècle », dans Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978, p. 37-67, à la p. 65.
20. Cité par J.-P. ANDRIEUX, préc., note 18, p. 159.
21. *Id.*, p. 158 ; M. PETITJEAN, préc., note 18, aux p. 92 et 101-102.
22. P. PAYEN, préc., note 17, p. 349-352 ; Serge DAUCHY, « Les recueils privés de "jurisprudence" aux Temps Modernes », dans Alain WIJFELLS, *Case Law in the Making, The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports*, 1, Berlin, Duncker & Humboldt, 1997, p. 237-247, aux p. 242-243 ; J. POUMARÈDE, préc., note 19, aux p. 371-372.
23. P. PAYEN, préc., note 17, p. 352-353.
24. J.-P. ANDRIEUX, préc., note 18, p. 160 ; P. PAYEN, préc., note 17, p. 352.

2. *L'importance primordiale de la jurisprudence*

Même s'ils ne bénéficient pas de la même publicité, les arrêts ordinaires présentent aussi un grand intérêt pour les praticiens. En effet, au XVI^e siècle, une soixantaine de coutumes applicables dans autant de régions distinctes sont mises par écrit (p. ex., la « Coutume de Paris », la « Coutume de Normandie », la « Coutume de Bourgogne »)[25]. Avant cette rédaction, un jugement déterminait souvent le contenu de la règle coutumière non écrite. Par la suite, les tribunaux font de même pour les « usages ». Ceux-ci viennent compléter les dispositions d'une coutume, clarifier leur signification ou établir leur désuétude. Ils sont assimilés à une règle de droit[26]. De nombreuses décisions interprètent aussi les ordonnances royales ou clarifient les règles du droit des obligations ou des contrats, lesquelles ne sont pas contenues dans un texte qui a force de loi[27]. À cette époque, l'imprimerie et l'édition juridiques se développent considérablement en France. Les commentateurs des différentes coutumes résument les arrêts dont ils ont connaissance dans des ouvrages ou des recueils (il arrive d'ailleurs qu'un auteur soit aussi un arrêtiste). Toutefois, sauf s'ils rapportent un arrêt de règlement, ils sont souvent mal renseignés sur les dates, le dispositif ou les questions en litige d'un arrêt[28].

La plupart du temps, les motifs qui ont convaincu les magistrats demeurent secrets. Les auteurs tentent néanmoins de reconstituer le raisonnement de ces derniers en procédant

25. Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, p. 137-139 et 157-159.
26. Michel MORIN, « Entre fidélité et rupture : la tradition en droit civil québécois », dans Brigitte LEFEBVRE et Benoît MOORE, *Les grandes valeurs*, coll. Les grands classiques du droit civil, Montréal, Éditions Thémis, 2020, p. 163-191, aux p. 174-175 ; J. HILAIRE et C. BLOCH, préc., note 13, aux p. 65-66.
27. Géraldine CAZALS, *L'arrestographie flammande, jurisprudence et littérature juridique à la fin de l'Ancien Régime (1668-1789)*, Genève, Droz, 2018, p. 259-260 ; J. HILAIRE et C. BLOCH, préc., note 13, aux p. 66-67.
28. M. PETITJEAN, préc., note 18, à la p. 100 ; J. HILAIRE et C. BLOCH, préc., note 13, à la p. 68 ; P. GODDING, préc., note 19, aux p. 63-64.

dans bien des cas à une analyse doctrinale[29]. Les greffiers reproduisent souvent l'argumentation d'une des parties avec le dispositif de l'arrêt[30]. Les éditeurs qui ont plaidé une affaire avec succès placent eux aussi leur mémoire avant le texte de l'arrêt. Il est cependant loin d'être certain que les juges aient été convaincus par ces exposés[31]. Ainsi, les recueils les plus autorisés sont préparés par des magistrats qui ont participé aux jugements ou consulté des collègues l'ayant fait. Certains révèlent même les partages des voix lorsque la décision n'est pas unanime, ainsi que les arguments qui ont convaincu la majorité des juges. Ces compilations sont destinées à leur usage personnel, mais elles finissent par être publiées, souvent après leur mort ; dans d'autres cas, ces renseignements confidentiels sont transmis à l'éditeur par les magistrats ou leurs héritiers[32]. Plusieurs de ces manuscrits ont même été découverts au XX^e^ et au XXI^e^ siècles[33].

Pour les magistrats, comme pour les praticiens, il est impossible de connaître la portée d'un arrêt si l'on ignore les motifs qui ont emporté la décision des juges, ce qui oblige à consulter les recueils d'arrêts, publiés ou non[34]. Dans un opuscule rédigé pour la première fois en 1812 qui a exercé une certaine influence au Québec, l'avocat Dupin résume un débat tenu à Metz en 1763 à propos de l'autorité reconnue à la jurisprudence[35]. Après la présentation d'arguments favorables puis défavorables, un « avis de conciliation » recueille

29. Jean HILAIRE, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts », dans Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e^-XVIII^e^ siècles)*, Paris, Mémoire du Droit, 2005, p. 21-39, aux p. 29-31.
30. P. GODDING, préc., note 19, aux p. 59-60.
31. J. HILAIRE, préc., note 29, aux p. 27-28 ; M. PETITJEAN, préc., note 18, à la p. 101 ; S. DAUCHY, préc., note 22, à la p. 245 ; P. GODDING, préc., note 19, à la p. 64.
32. G. CAZALS, préc., note 27, p. 250-251 ; S. DAUCHY, préc., note 14, aux p. 11-13 ; J. HILAIRE, préc., note 29, aux p. 22-26 ; P. GODDING, préc., note 19, aux p. 62-63.
33. G. CAZALS, préc., note 27, p. 24.
34. *Id.*, p. 250-251 ; J. HILAIRE, préc., note 29, aux p. 28-29 ; S. DAUCHY et V. DEMARS-SION, préc., note 12, p. 237-238.
35. A.-M.-J.-J. DUPIN, préc., note 16, aux p. 486-503 ; M. BIBAUD, préc., note 11, p. 67.

l'unanimité des suffrages[36]. Dupin approuve manifestement le raisonnement de l'auteur de cet avis. Celui-ci campe le débat de la manière suivante[37] :

> La jurisprudence des *arrêts* a autant de force qu'une loi précise ; on ne la trouve que chez les arrêtistes ; il est donc de la plus grande importance pour un avocat de faire une étude réfléchie de leurs compilations.

Il établit cependant les distinctions suivantes[38] :

> La loi établit une règle générale, abstraction faite de toutes les circonstances. Un *arrêt*, qui ne détermine le droit que d'après le fait, ne règle que les intérêts de ceux entre lesquels il prononce ; dès que les cours ne statuent rien par forme de règlement, elles annoncent simplement qu'elles ont jugé une discussion particulière soumise à leur autorité et à leurs lumières.
>
> On s'était flatté autrefois, en généralisant les décisions de certains *arrêts notables*, de faire cesser toute variété et toute incertitude dans l'administration de la justice. C'était le but des *arrêts* prononcés *en robe rouge*. On sentit bientôt combien il était dangereux d'ériger une décision juste pour une espèce, en une règle générale et commune à toutes les autres. Les cours furent obligées de reprendre la liberté nécessaire de juger différemment les mêmes points de droit, selon la diversité des circonstances.
>
> Elles ne décident donc plus uniformément que par les *règlemens généraux*, annoncés avec le caractère et l'autorité des lois, d'après la permission du souverain qui leur assure ce caractère [...].

D'un autre côté, une suite ininterrompue de décisions peut avoir force de loi[39] :

> Ce ne sont jamais quelques arrêts particuliers qu'il faut suivre ; la jurisprudence constante et fixée par des arrêts tous semblables, établit seule des règles générales. Elle seule peut interdire la discussion de problèmes déjà résolus. [...] C'est cette

36. A.-M.-J.-J. DUPIN, préc., note 16, à la p. 486.
37. *Id.*, à la p. 495.
38. *Id.*, aux p. 497-498.
39. *Id.*, à la p. 500.

> jurisprudence qui a par elle-même force de loi [...]. Le juge et le jurisconsulte éclairés savent bien distinguer des arrêts, lors même que les espèces offrent assez de parité pour établir des préjugés dont on peut tirer avantage : ils ne dissimulent pas que le préjugé n'est qu'un exemple et non pas une raison.

L'auteur tempère cette affirmation en précisant qu'une jurisprudence constante peut être renversée. Il s'en explique ainsi[40] :

> C'est une imprudence, une témérité dangereuse d'innover sans de puissans motifs ; mais ce serait aussi une pusillanimité bien nuisible aux progrès des lumières, de vouer à l'usage une soumission aveugle et servile, de redouter une prudente réforme, lorsque les inconvéniens en démontrent la nécessité, et de vouloir maintenir les abus, parce que l'ancienneté leur a donné une sorte de consécration.

Cette opposition entre le simple « préjugé » et la jurisprudence constante fait consensus au XVIII[e] siècle[41]. Comme dans la tradition de common law, un simple précédent – un « préjugé » – est toujours susceptible d'être distingué par ceux qui ont accès aux véritables motifs de la décision. Les manuscrits et les recueils ont dans ce contexte une importance capitale. Comme l'explique Ferrière[42] :

> Enfin, dans les Arrêts qui se rendent à l'ordinaire sur les raisons alléguées par les Parties, on ne voit point les motifs de leurs décisions, comme on le voit dans les Arrêts de règlemens. Cela fait qu'on n'en peut faire avec certitude une juste application à d'autres espèces, quoiqu'elles paroissent semblables ; car le motif étant l'âme d'un Jugement, se servir d'un arrêt sans en rapporter le motif c'est se servir d'un corps sans âme. Aussi les Arrêts ne sont que des conjectures de droit, dont les Praticiens de mauvaise foi se servent pour renverser les principes, & éluder les dispositions des Loix ; & pour surprendre les Juges, ils objectent souvent des exemples qui n'ont pas beaucoup de rapport au fait dont il est question.

40. *Id.*, à la p. 501.
41. J.-P. ANDRIEUX, préc., note 18, p. 165-166 ; J. HILAIRE, préc., note 29, aux p. 22 et 32-35 ; V. DEMARS-SION, préc., note 13 ; P. PAYEN, préc., note 18, p. 451-453.
42. Claude-Joseph FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, II, Paris, Veuve Savoye, 1771, p. 101, vol. « Jurisprudence des Arrests » ; voir aussi J. HILAIRE, préc., note 29, à la p. 28, note 23.

L'importance de la motivation est reconnue dans le cas des pourvois en cassation formés auprès du Conseil du roi à l'encontre des arrêts des cours souveraines. Dans cette hypothèse, le Conseil peut s'adresser au procureur du roi de la cour qui a rendu l'arrêt attaqué, afin que celui-ci produise des motifs qui, par hypothèse, ne peuvent se trouver au dossier[43].

Le décret sur l'organisation judiciaire du 16 août 1790 inaugure une nouvelle ère. Dorénavant, les jugements devront mentionner les noms et qualité des parties, les « questions de fait et de droit qui constituent le procès », le « résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement », ainsi que le dispositif[44]. Les jugements peuvent désormais être publiés et analysés par tous. Cela fait dire à Dupin : les « compilateurs n'en sont plus réduits à chercher péniblement, à deviner même quelles ont pu être les raisons de décider ; ils les trouvent écrites dans les arrêts »[45]. Par ailleurs, l'article 5 du Code civil de 1804 interdit aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises », abolissant ainsi les arrêts de règlement.

Depuis lors et jusqu'à nos jours, la notion de jurisprudence constante demeure pertinente[46]. En outre, l'extrême brièveté des arrêts de la Cour de cassation rend nécessaire la consultation d'autres éléments du dossier, comme le rapport d'un conseiller ou du procureur général. La portée de la décision doit être clarifiée par une note que les éditeurs de recueils

43. J.-P. ANDRIEUX, préc., note 18, p. 167 ; Jean-Louis HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 30.
44. Titre V, art. 15, cité par J.-P. ANDRIEUX, préc., note 18, p. 169-170.
45. A.-M.-J.-J. DUPIN, préc., note 16, à la p. 506.
46. Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOST et Jean-Louis HALPERIN, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020, p. 151-152 ; J.-P. ANDRIEUX, préc., note 18, p. 225-226 ; A.-M.-J.-J. DUPIN, préc., note 16, aux p. 542-549.

joignent à l'arrêt. Celui-ci tient en quelques paragraphes et apparaît en premier lieu. La note qui suit analyse les questions de fait et de droit, les arguments des parties et l'état de la jurisprudence et de la doctrine[47]. Par rapport à l'Ancien Régime, l'ordre de présentation a changé, mais l'analyse doctrinale des arrêtistes ou des auteurs de notes demeure indispensable à la compréhension du raisonnement juridique. De ce point de vue, les motifs des arrêts français ne sauraient se comparer aux opinions des juges de common law.

B. *La motivation des arrêts et des décisions en Nouvelle-France*

À compter de 1663, la Nouvelle-France est dotée d'un Conseil souverain (renommé Conseil supérieur en 1703) chargé d'entendre les pourvois formés à l'encontre des jugements des juridictions royales, du tribunal d'amirauté (créé en 1717) et de l'officialité, c'est-à-dire le tribunal de l'évêque[48]. Pour sa part, l'intendant assume de nombreuses responsabilités pour l'ensemble de la colonie. Elles incluent les questions financières, la réglementation locale et l'administration de la justice. À ce dernier titre, il préside les délibérations du Conseil souverain, en plus de juger en première instance les affaires qui lui semblent requérir son attention, notamment les litiges entre les censitaires et leurs seigneurs ou entre commerçants[49].

La profession d'avocat, avec le monopole de la représentation qui s'y rattache, n'est pas reconnue officiellement, bien que les huissiers, les notaires ou même les particuliers (y inclus les épouses) puissent agir devant les tribunaux pour le

47. Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La Doctrine*, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2004, p. 95-109 et 190-191 ; Philippe JESTAZ, *Doctrine et jurisprudence : une liaison de 25 siècles*, coll. Conférences Albert-Mayrand, nº 4, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 10 et 20-25 ; Frédéric ZÉNATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.
48. David GILLES, *Essais d'histoire du droit, De la Nouvelle-France à la Province de Québec*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 114-122.
49. *Id.*, p. 107-115.

compte d'autrui, s'ils ont reçu une procuration à cet effet[50]. L'enseignement du droit se limite aux cours hebdomadaires, puis bihebdomadaires offerts de 1733 à 1758 par le procureur du roi, Louis-Guillaume Verrier, à une poignée d'étudiants[51]. Les magistrats du roi (juges ou procureurs) qui détiennent une formation juridique approfondie ont étudié le droit en France. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'ils sont envoyés dans la colonie. Les autres magistrats ont acquis leurs connaissances dans le cadre d'activités professionnelles diverses : c'est le cas de la majorité des membres du Conseil souverain.

Pendant une quarantaine d'années, le Conseil adopte de nombreux règlements, tout comme l'intendant, jusqu'à ce que ce dernier monopolise ce pouvoir normatif. Les membres du Conseil n'ont jamais siégé en robes rouges, car ils ne portaient pas de vêtements distinctifs, mais, jusqu'à la fin du Régime français, ils ont pris des arrêts de règlement à l'occasion de procès, bien que très rarement dans le domaine du droit privé[52]. Ces arrêts ont été enregistrés, publiés et affichés au

50. Alexandra HAVRYLYSHYN, « Practising Law in the "Lawyerless Colony" of New France », dans Lyndsay CAMPBELL, Ted McCOY et Mélanie MÉTHOT, *Canada's Legal Past*, Calgary, University of Calgary Press, 2020, p. 115-148 ; Jean-Philippe GARNEAU, « Devenir porte-parole durant l'ère des révolutions : le lent et (parfois) difficile parcours des avocats du Québec colonial », *Criminocorpus* 2016, par. 4-11, en ligne : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/3391> (consulté le 19 février 2021) ; D. GILLES, préc., note 48, p. 124 ; J. Michel DOYON, *Les avocats et le Barreau, une histoire...*, Corporation de services du Barreau du Québec, 2009, p. 9-20 ; John Alexander DICKINSON, *Justice et justiciables, La procédure civile à la Prévôté de Québec*, 1661-1759, Québec, Presses de l'Université Laval, 1982, p. 84-85.
51. Éric WENZEL, « "Afin que ceux qui aspirent aux charges de judicature puissent être instruits" – Le procureur général Verrier et la formation des officiers de justice en Nouvelle-France : Une adaptation juridique ? », dans Éric WENZEL et Éric DE MARI, *Adapter le droit et rendre la justice aux colonies – Thémis outre-mer (XVIe-XIXe siècle)*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2015, p. 67-78 ; Claude VACHON, « Verrier, Louis-Guillaume », *Dictionnaire biographique du Canada*, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/verrier_louis_guillaume_3F.html>.
52. Serge DAUCHY, « Stratégies coloniales et instruments judiciaires en Nouvelle-France (1663-1703) », dans Bernard DURAND et Martine FABRE, *Le juge et l'outre-mer, Phinée le devin ou les leçons du passé*, 1, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2005, p. 207-225, à la p. 223 ; Élise FRELON, *Les pouvoirs du Conseil souverain de la Nouvelle France dans l'édiction de la norme, 1663-1760*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 113-119 ; J. DELALANDE, *Le Conseil souverain de la Nouvelle-France*, Québec, Ls-A. Proulx, 1926, p. 130-133.

siège des juridictions inférieures[53]. L'intendant adopte des textes de même nature, mais ce ne sont pas des arrêts. C'est d'ailleurs à lui qu'on doit la plupart des adaptations du droit métropolitain, dont la majeure partie provient de la Coutume de Paris et des ordonnances royales, au contexte colonial[54]. Pour interpréter ces textes, les juristes doivent consulter la doctrine et la jurisprudence du Parlement de Paris[55]. Tout cela pour dire que, hormis les arrêts de règlement, la jurisprudence du Conseil souverain ne semble pas avoir été colligée ou invoquée devant celui-ci. Quant aux textes enregistrés et publiés, ils semblent avoir été très mal connus[56].

Avec la Conquête, l'imprimerie et les journaux font leur apparition au Québec. En 1775, après que l'*Acte de Québec* a remis en vigueur le droit privé de l'ancienne colonie française, François-Joseph Cugnet, un élève de Verrier, publie quatre ouvrages sur le droit de la Nouvelle-France, dont un opuscule contenant des extraits des registres du Conseil supérieur et de l'Intendance. Celui-ci ne contient aucun arrêt pouvant faire jurisprudence[57]. En 1801, la Chambre des députés du Bas-Canada prie le gouverneur de choisir les « Édits, Arrêts et Déclarations des Rois de France, ainsi que des Ordonnances des Intendants, et Arrêts portant réglements du Conseil

53. Raymond DU BOIS CAHALL, *The Sovereign Council of New France, A Study in Canadian Constitutional History*, Clark, New Jersey, LawBook Exchange, 2005, p. 181-183 (initialement publié en 1915).
54. D. GILLES, préc., note 48, p. 152-227.
55. M. MORIN, préc., note 5, à la p. 585.
56. Sylvio NORMAND, « François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France », (2002) 1 *Cahiers aixois des droits de l'outre-mer français* 127-145, 140.
57. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, Appendice II, No. 2 [*Acte de Québec*] ; François-Joseph CUGNET, *Extraits des edits, declarations, ordonnances et reglemens de Sa Majesté très chrétienne des reglemens et jugemens des gouverneurs generaux et intendans concernans la justice, et des reglemens et ordonnances de police rendues par les intendans faisans partie de la legislature en force en la colonie du Canada aujourd'hui province de Québec tirés des regî tres [sic] du Conseil supérieur et de ceux d'intendance*, Québec, Guillaume Brown, 1775.

Supérieur, qu'il seroit utile de publier »[58]. En 1803, un premier volume réunit les édits et ordonnances du roi[59]. En 1806, le second volume présente les « ordonnances des intendants et arrêts portant règlements du Conseil supérieur », ainsi que les commissions des gouverneurs, intendants ou autres officiers civils et de justice[60]. Les règlements des intendants sont bien distingués des jugements que celui-ci a rendus.

Pour ce qui concerne le Conseil souverain, plusieurs textes sont de véritables règlements applicables à toute la colonie. À titre d'illustration, mentionnons le *Règlement pour l'enregistrement des Boussolles des Arpenteurs*[61] ou l'*Ordonnance portant défense de passer ni chasser sur les terres ensemencées*[62]. Malgré un titre parfois trompeur, d'autres arrêts ne visent que les parties au litige[63]. Il en va ainsi de l'*Arrêt qui ordonne le payement des Lots et Ventes, sans remise*[64] ou de l'*Arrêt qui permet la vente des immeubles sur trois simples publications et affiches pour éviter les frais d'un décret*[65]. Enfin, le Conseil édicte de véritables arrêts de règlement. Dans cette hypothèse, après avoir disposé du pourvoi, il énonce la règle qui devra être suivie à l'avenir. Il ordonne également que l'arrêt soit publié et enregistré au greffe des juridictions royales de Québec, Trois-Rivières et Montréal.

À titre d'illustration, après avoir annulé la nomination d'un cotuteur, le Conseil précise que les plaintes des pupilles

58. BAS-CANADA, *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'état du roi, concernant le Canada*, Québec, P.E. Desbarats, 1803, 6e page avant le début de la numérotation.
59. BAS-CANADA, préc., note 58.
60. BAS-CANADA, *Ordonnances des intendants et arrêts portant règlements du Conseil supérieur de Québec : avec les commissions des gouverneurs et intendants agissant sous l'autorité des rois de France, et les commissions des autres officiers civils et de justice en Canada divisés en cinq chapitres, et rangés dans chaque chapitre par ordre chronologique*, Québec, P.E. Desbarats, 1806.
61. *Id.*, p. 139.
62. *Id.*, p. 148.
63. É. FRÊLON, préc., note 52, p. 22 ; de même, certains arrêts publiés par Cugnet ne contiennent pas de règlement : S. NORMAND, préc., note 56, 140.
64. BAS-CANADA, préc., note 60, p. 160.
65. *Id.*, p. 284.

n'autorisent pas le substitut du procureur du roi à demander immédiatement la destitution d'un tuteur. Il doit plutôt faire convoquer une assemblée de parents qui lui permettra éventuellement d'agir ; les juges doivent également s'assurer que cette procédure a été suivie[66]. Le titre d'un autre arrêt de règlement parle de lui-même : *Arrêt qui enjoint à tous huissiers que lorsque les parties à qui ils feront des significations, entendront faire dans l'instant quelques réponses, de transcrire en entier les dites réponses*[67]. Cela étant dit, il faut noter que la plupart de ces textes portent sur des questions locales ou très particulières (comme la transcription des réponses faites à un huissier).

En 1824, Joseph-François Perrault publie des extraits des jugements de la prévôté de Québec (la juridiction royale de première instance dans cette ville sous le Régime français), afin de faire ressortir l'efficacité et la relative simplicité des procédures à cette époque[68]. La même année, il répète l'opération pour le Conseil supérieur. Là encore, il associe celui-ci à une sorte d'âge d'or[69] :

> Tout le monde y trouvait son compte, et particulièrement le commerce qui ne peut souffrir de délai dans ses opérations, comme il en souffre de nos jours par l'introduction des termes [c.-à-d. des sessions judiciaires]. [...]
>
> Le mode de procéder alors étoit simple, la jurisprudence uniforme et les frais bien modiques ; choses qui méritent la plus sérieuse attention de la part des législateurs dans la formation des cours de justice.
>
> Le conseil supérieur étoit composé de gens de loi et présidé par un intendant qui étoit choisi parmi les gens les plus éminents dans cette profession.

66. BAS-CANADA, « Arrêt qui règle les formes de destitution des Tuteurs, du 27e Février, 1741 », dans *Ordonnances des intendants et arrêts portant règlements du Conseil supérieur de Québec : avec les commissions des gouverneurs et intendants agissant sous l'autorité des rois de France, et les commissions des autres officiers civils et de justice en Canada divisés en cinq chapitres, et rangés dans chaque chapitre par ordre chronologique*, Québec, P.E. Desbarats, 1806, p. 202-204.
67. BAS-CANADA, préc., note 60, p. 238.
68. Joseph-François PERRAULT, *Extraits ou précédents tirés des régistres de la Prévosté de Québec*, Québec, Thomas Cary, 1824, p. III-V ; S. NORMAND, préc., note 5, à la p. 119.
69. Joseph-François PERRAULT, *Extraits ou précédents tirés des arrests tirés des régistres du Conseil supérieur de Québec*, Québec, Thomas Cary, 1824, p. V.

Comme le recueil de 1806, l'ouvrage de Perrault combine des arrêts ordinaires et des arrêts de règlement qui doivent être enregistrés au greffe des juridictions de première instance ; il existe d'ailleurs un recoupement entre ces deux recueils. Par ailleurs, il n'éprouve aucune difficulté à saisir le raisonnement juridique des arrêts[70] :

> Ils sont tous si bien motivés que je n'ai pas cru devoir y faire aucun commentaire et que j'ai préféré les soumettre purement et simplement à vos lumières et à votre sagacité.

La lecture d'arrêts publiés en 1806 ou d'extraits retenus par Perrault permet de tirer la même conclusion. Contrairement à ce qu'affirment les auteurs français, il ne semble pas que des motifs additionnels doivent être recherchés pour bien saisir le sens de ces décisions, peut-être parce qu'elles portent sur des questions très circonscrites.

Quoi qu'il en soit, une version beaucoup plus complète des édits, ordonnances, jugements et commissions de Nouvelle-France est publiée de 1854 à 1856[71]. En général, les questions concernant le droit immobilier, le régime seigneurial ou le droit de la famille prédominent. Là encore, les règlements édictés par l'intendant sont distingués des jugements rendus par celui-ci. Pour leur part, les arrêts du Conseil souverain sont de nature

70. *Id.*, p. III.
71. CANADA-UNI, *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du conseil d'État du roi concernant le Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1854 ; CANADA-UNI, *Arrêts et règlements du Conseil supérieur de Québec, et ordonnances et jugements des intendants du Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1855 ; CANADA-UNI, *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada précédé des commissions des dits gouverneurs et intendants et des différents officiers civils et de justice*, Québec, E.R. Fréchette, 1856.

diverse : règlements proprement dits, arrêts de règlement pris à l'occasion d'un litige, et arrêts ordinaires qui lient simplement les parties. À compter de 1885, le gouvernement entreprend de publier intégralement les registres du Conseil souverain, mais le dernier volume se termine avec l'année 1716[72]. Le projet est abandonné par la suite. À cette époque, ces arrêts ne présentent plus qu'un intérêt historique.

* * *

En France, antérieurement à 1789, les arrêts ne fournissent pas de raisonnement juridique, sans aucun doute pour éviter que la Justice du roi donne prise aux critiques. Pour les praticiens, il importe au plus haut point de connaître les motifs qui ont emporté la décision des magistrats, même si ceux-ci demeurent en principe confidentiels. Les juges qui ont participé au délibéré sont bien placés pour rédiger un compte rendu qui restitue le raisonnement de la cour et constituer leur propre recueil. Ils peuvent également communiquer les renseignements pertinents oralement à un juriste qui prépare une compilation d'arrêts. Par la suite, ces recueils sont fréquemment publiés. Les motifs se déduisent donc des propos échangés durant le délibéré. À l'origine, ils ont un caractère oral. Évidemment, ils doivent être consignés par écrit pour ne pas tomber dans l'oubli ou subir de grossières déformations.

Les auteurs affirment que, sans cette motivation, il leur est impossible de bien cerner la portée d'un arrêt isolé – ce qu'ils appellent un « préjugé ». En revanche, une jurisprudence constante permet de faire abstraction des particularités de chaque espèce en dégageant les conditions d'application d'une solution prétorienne. Par ailleurs, les cours souveraines peuvent décider de donner un caractère général à une solution et de publiciser leur décision ; ces arrêts de règlements sont

72. QUÉBEC, *Jugements et délibérations du Conseil souverain de la Nouvelle-France*, Québec, Imprimerie A. Côté, 1885, 6 vol., 1885-1891.

alors enregistrés, publiés et affichés au greffe des juridictions subalternes.

En Nouvelle-France, le Conseil souverain rend aussi des arrêts ordinaires et des arrêts de règlement, en plus de prendre de véritables règlements au cours des premières décennies de son existence. Il est concurrencé par l'intendant qui peut tout aussi bien édicter des règlements que rendre des jugements. Pour les questions d'interprétation, les praticiens utilisent principalement la doctrine et la jurisprudence française ou parisienne (dans le cas de la Coutume de Paris). En l'absence d'imprimerie, la jurisprudence locale semble jouer un rôle très limité, peut-être en raison du fait que de nombreux problèmes sont réglés par voie de règlement. Compte tenu du faible nombre de juges siégeant dans la colonie, il est possible que la diffusion des décisions importantes a été assurée de manière informelle au sein de la petite communauté juridique locale. Au XIX^{e} siècle, plusieurs arrêts ou jugements datant du Régime français sont publiés. Le raisonnement juridique y est apparent et il ne paraît pas indispensable de retrouver les motifs pour comprendre ces décisions. Sous le Régime britannique, les motifs oraux vont cependant avoir une importance capitale, comme nous allons maintenant le constater.

II- La diffusion des motifs de jugement au Québec sous le Régime britannique

En Angleterre et dans les colonies britanniques, les jugements sont rendus publiquement. En effet, la publicité des audiences semble avoir été acceptée depuis des temps immémoriaux, au moins devant les cours supérieures. Lorsque les juges tranchent un point de droit, ils expliquent leur décision dans un discours individuel prononcé en même temps que celui de leur collègue. Avec le temps, des résumés ou des comptes rendus manuscrits sont publiés par des éditeurs privés (A). Au Québec, au cours de la période qui sépare la Proclamation royale de 1763 de l'Acte constitutionnel de 1791,

les juges procèdent de la même manière (B). Deux recueils de jurisprudence paraissent en 1811 et en 1834, mais ils sont loin de répondre aux besoins, à une époque où les tribunaux peinent à produire une jurisprudence stable et prévisible (C).

A. *La publication des opinions en Angleterre et dans les colonies britanniques*

Au Moyen Âge, antérieurement à la tenue d'un procès, les juges anglais rendent régulièrement des jugements sur des questions de procédure ou sur des points de droit. Ils exposent oralement les raisons qui justifient l'acceptation ou le rejet des arguments présentés par les avocats. Ces explications sont prises en note avec un résumé de l'affaire, puis rassemblées sur une base annuelle. Au XV^e^ et au XVI^e^ siècles, certains de ces manuscrits sont publiés sous le titre *Yearbook*[73].

À cette époque, les cours royales siègent à Londres, mais leurs juges visitent chaque année les différents comtés de l'Angleterre afin d'y présider des procès devant jury, en matière civile comme en matière pénale[74]. Au XVI^e^ siècle, lorsqu'ils sont de retour dans la capitale, certains avocats s'opposent à l'inscription du verdict dans le registre de la cour, en exigeant qu'il soit modifié ou rejeté. Si leurs arguments sont jugés sérieux, une audience solennelle des 12 juges des cours royales, ou encore des juges de l'une de ces cours, est convoquée pour en débattre. Après un délibéré qui peut durer plusieurs mois, voire des années, les juges annoncent leur décision lors d'une nouvelle audience. La majorité d'entre eux détermine quel dispositif sera inscrit dans le registre de la cour. À cette occasion, chaque juge prononce un discours dans lequel il donne son opinion sur les arguments des avocats. Le cas échéant, il exprime sa dissidence ou son désaccord avec ses collègues.

73. John BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 188-192.
74. Les renseignements contenus dans ce paragraphe et le suivant proviennent de : *Id.*, p. 192-195.

Vu l'importance de ces audiences, des juristes prennent rapidement des notes et compilent leurs différents comptes rendus. Ces recueils manuscrits circulent et sont utilisés par les praticiens. Des éditeurs en publient certains à titre privé, donnant ainsi leur nom à ces ouvrages. Ceux-ci peuvent contenir de vagues souvenirs jetés sur le papier, des manuscrits divers attribués à un même personnage célèbre décédé depuis longtemps (sans trop se préoccuper de la vraisemblance de cette supposition) ou un mélange de notes prises à l'audience agrémenté d'opinions personnelles. D'autres manuscrits contiennent cependant une transcription fidèle des discours des avocats et des juges. Dans certains cas, des versions divergentes d'une même décision circulent.

Il faut attendre la deuxième moitié du XVIII^e^ siècle pour que la qualité des recueils de jurisprudence s'améliore de manière significative, notamment parce que certains juges commencent à rédiger leur discours et à remettre leurs notes à l'éditeur. Malgré cela, les avocats et les juges ont toujours recours à des manuscrits qu'ils considèrent comme fiables[75]. Dans les colonies américaines, des manuscrits des opinions des juges circulent aussi, mais aucun recueil n'est publié avant la fin de la Guerre d'indépendance[76]. En 1865, un Conseil des recueils de jurisprudence (*Council of Law Reporting*) est créé en Angleterre, afin d'assurer l'exactitude des propos attribués à un juge. Les recueils ont alors un caractère authentique qu'ils n'avaient pas auparavant. Mais les manuscrits anciens continuent de refaire surface par la suite, même au

75. W. H. BRYSON, « Law Reporting and Legal Records in Virginia, 1607-1800 », dans John H. BAKER, *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1989, p. 319-335 ; James OLDHAM, « The indispensability of manuscript case notes to eighteenth-century barristers and judges », dans Anthony MUSSON et Chantal STEBBINGS, *Making Legal History, Approaches and Methodologies*, Cambridge, Cambridge Univeristy Press, 2012, p. 30-51.
76. Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, Oxford University Press, 2019, p. 308 ; W. H. BRYSON, préc., note 75.

XXIe siècle. Cela peut avoir pour effet de remettre en question la signification d'un jugement rendu il y a plus de deux siècles[77].

B. L'oralité des motifs au Québec, 1764-1791

Sous le Régime britannique, le système judiciaire du Québec diffère notablement de celui qui prévalait en Nouvelle-France, car il est fortement inspiré du modèle des autres colonies de l'Empire. Ainsi, jusqu'en 1843, un comité du Conseil exécutif dont plusieurs membres n'ont pas de formation juridique constitue la Cour d'appel. Celle-ci est présidée par un juge en chef qui exerce le plus souvent une influence déterminante sur l'issue du pourvoi[78]. Par ailleurs, en première instance comme en appel, les jugements sont prononcés oralement, généralement le dernier jour de la session judiciaire, en présence d'avocats ayant plaidé différentes affaires. Jusqu'en 1787, la petite communauté d'avocats québécoise compte une vingtaine de membres œuvrant dans deux districts judiciaires, celui de Montréal et celui de Québec (celui de Trois-Rivières est créé en 1790)[79]. En 1851, on dénombre 273 avocats[80]. Il semble très probable que, pendant une assez longue période, sans doute jusqu'au début du XIXe siècle, les avocats signalent à leurs confrères absents de l'audience les jugements importants rendus au cours de celle-ci.

Les avocats formés en Angleterre ou dans les autres colonies britanniques comprennent l'utilité de noter les

77. T. T. ARVIND et Christian R. BURSET, « A New Report of Entick v. Carrington (1765) » (2020), en ligne : <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3529420> ; Mark LEEMING, « Lawyers'uses of history, from Entick v. Carrington to Smethurst v. Commissioner of Police », (2020) 49 *Australian Bar Review* 199-226.
78. Yves-Marie MORISSETTE, « Aspects historiques et analytiques de l'appel en matière civile », (2014) 59-3 *R.D. McGill* 481-556 ; Luc HUPPÉ, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007 ; Louise RENAUD, « La Cour d'appel à l'aube de l'union (1839-1849) », (1973) 3 *R.J.T.* 465-520.
79. Michel MORIN, « Le rôle des avocats et des notaires dans la reconnaissance du principe démocratique (1763-1791) », dans J. Michel DOYON, *Les avocats, la société et la politique au Québec, 1763-1867*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 173-199, aux p. 179-182.
80. S. NORMAND, préc., note 7, 177.

discours des juges. Dans les ouvrages qu'il publie en 1775 et dans ses manuscrits, François-Joseph Cugnet, qui a été nommé traducteur officiel du Conseil de la Province de Québec en 1768, commente la jurisprudence coloniale[81]. Un manuscrit critiquant les motifs donnés oralement par la Cour des plaidoyers communs a également survécu[82]. En 1786, le futur juge en chef du Québec, William Hey, assiste à Londres au prononcé d'un jugement dans une affaire en provenance de cette province. Il prend alors en note le discours de lord Grantly[83]. En décembre, l'un des premiers discours qu'il prononce afin de motiver un arrêt de sa cour est transcrit par un avocat qui se trouve à être l'intimé dans cette affaire[84]. Des notes de ce genre, ou encore des « cahiers de précédents », constituent un outil de travail commun pour les avocats formés dans la tradition de common law[85]. Parfois, un avocat londonien résume à l'intention de son client de Québec l'opinion des membres du Comité judiciaire du Conseil privé[86]. Malheureusement, il semble que de tels documents soient rares, à moins qu'ils ne soient enfouis dans les archives. Nous ignorons à partir de quel moment les francophones commencent à en rédiger.

De 1778 à 1786, en l'absence du juge en chef Livius, trois juges de la Cour des plaidoyers communs exercent les fonctions de juge en chef. Peu après l'arrivée de son successeur William Hey, le Conseil législatif tient une enquête sur l'administration de la justice, au cours de laquelle les décisions contradictoires entre les districts de Québec et Montréal sont exposées au

81. S. NORMAND, préc., note 56.
82. Murray GREENWOOD et Barry WRIGHT (dir.), *Canadian State Trials, Law, Politics and Security Measures, 1608-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 1996, p. 627 (Appendix E).
83. L. F. S. UPTON (dir.), *The Diary and Selected Papers of Chief Justice William Smith 1784-1793*, II, Toronto, Champlain Society, 1965, p. 98.
84. *Id.*, p. 208-211.
85. G. Blaine BAKER, « Musings and Silences of Chief Justice William Osgoode: Digest Marginalia about the Reception of Imperial Law », (2017) 54 *Osg.H.L.J.* 741-756, 766.
86. Voir la lettre résumant *McClure* c. *Shepherd*, [1787] Stuart's Report 75-76, note b) (C.J.C.P.).

grand jour, tout comme les dysfonctionnements de la Cour d'appel[87]. Les avocats semblent bien conscients du fait que les jugements sont hautement imprévisibles. Une ordonnance proposée initialement par Hey tente d'atténuer ces difficultés. Elle prescrit notamment ce qui suit[88] :

> Et que lorsque l'opinion ou le jugement de la cour des plaidoiers comuns sera prononcé sur une loi, un usage ou une coutume de la province, ils seront également établis dans les journaux ou regîtres de la dite cour, afin que la cour d'apel puisse conaître le vrai principe, sur lequel l'opinion ou jugement est apuié, et sur toutes opinions qu'une partie trouvera être à son préjudice, elle aura la liberté d'y mettre ses exceptions qui seront conservés dans les journaux. [...]
>
> Qu'il soit en outre statué par la dite autorité que, dans toutes les causes décidées dans la cour provinciale d'apel, dont il peut être interjetté apel à sa majesté dans son conseil privé, lorsque son opinion ou jugement sera prononcé sur quelques loix, coutumes et usages de la province, ils seront de la même maniére, et pour les même raisons ci-dessus mentionées, établis dans les regîtres pour y avoir recours et les assurer.

Cette nouvelle manière de procéder permet de comprendre le raisonnement des juges à la simple lecture des registres[89].

87. Evelyn KOLISH, *Nationalismes et Conflits de Droits : Le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Ville Lasalle, Hurtubise HMH, 1994, p. 63-75 ; Hilda NEATBY, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1937, p. 113-118.
88. Arthur G. DOUGHTY, « Ordonnance qui continue pour un tems limité une ordonance passée dans la vingt-cinquiéme année du régne de sa majesté, intitulée, "Ordonance qui régie les formes de procéder dans les cours civiles de judicature, et qui établit les proçès par jurés dans les afaires de comerce, et d'injures personelles qui doivent être compenées en domages ;" avec tels autres réglemens qui sont convenables et nécessaires, 27 Geo III, c. 4 (1787) », dans *Rapport concernant les Travaux des Archives publiques pour les années 1914 et 1915*, Ottawa, J. de L. Taché, 1917, à la p. Appendice C, 195.
89. Voir BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC (VIEUX-MONTRÉAL), *Registres des procès-verbaux d'audience, vol. 2 – 26 septembre 1782-10 janvier 1791, Fonds Cour d'appel pour le Bas-Canada, 1791-1849*, Cote TP7,S2,SS5,SSS11.

À la même époque, certaines critiques apparaissent dans les journaux[90]. Par exemple, Junius souligne les errements de la jurisprudence[91] :

> The act of the legislature of 1787, obliging the judges to state the law whereon they should found their judgments, has occasioned a diversity of opinions between the courts of common pleas and court of appeals; for in a famous case decided at Quebec, according to the code marchand, on a mortgage executed by a debtor to a creditor, the court of appeals determined as follows : "That neither the ordinance du commerce of March, 1673, commonly called the code marchand, nor the declaration of 18th of November, 1702, appears ever to have [*sic*] registered in the records of the sovereign council, nor therefore could have been in legal and general use and practice prior to the conquest – and since the conquest has been sometimes admitted to be law, and at other times denied, as well in the courts of common pleas as by the court of appeals, without any act or ordinance of the provincial legislature concerning the same." – The judgment of the common pleas was in consequence reversed with costs.

Junius ajoute que l'affaire a été portée en appel au Comité judiciaire du Conseil privé, mais que, par la suite, les juges des plaidoyers communs ont refusé de se conformer aux arrêts de la Cour d'appel portant sur cette question. Dans une autre lettre, il donne des précisions sur les fluctuations de la jurisprudence de 1777 à 1785, en précisant que l'issue des pourvois en cour d'appel semble dépendre de la présence d'une majorité de conseillers canadiens ou anglais[92]. Cela étant dit, les journaux ou les opuscules de l'époque font rarement référence aux opinions des juges dans des affaires particulières, par opposition aux comptes rendus de procès[93].

90. SWIFT, « Mr. Moore », *Quebec Herald* (30 mars 1789).
91. JUNIUS, « Letter I – To the Editor of the Quebec Herald », *Quebec Herald* (13 avril 1789).
92. JUNIUS, « Letter II – To the Editor of the Quebec Herald », *Quebec Herald* (20 avril 1789).
93. J.-P. GARNEAU, préc., note 50, par. 31-41 ; Sylvio NORMAND, « La publication de procès et la constitution d'une opinion publique au Québec / Bas-Canada », (2011) 42 *R.D. Ottawa* 1-27 ; voir aussi la condamnation de Thomas Taylor pour outrage au tribunal dans : *Gazette de Montréal* (17 septembre 1790) ; Lyndsay CAMPBELL,

C. *La publication intermittente de la jurisprudence (1791-1840)*

La motivation écrite des jugements ne survit pas à l'adoption de l'*Acte constitutionnel de 1791*[94]. Le changement semble dû à la loi de 1794 sur l'organisation judiciaire[95]. Celle-ci modifie le fonctionnement de la Cour d'appel, en empirant la situation. En effet, la Cour est toujours composée de cinq membres du Conseil exécutif, à l'exception des juges du district judiciaire d'où origine l'appel. Des membres honoraires non rémunérés sont nommés par la suite au Conseil exécutif. Ils sont convoqués au besoin afin de venir en aide aux membres ordinaires, notamment pour participer aux audiences de la Cour d'appel[96].

Le principal problème provient du fait qu'en plus du juge en chef de la province, la loi prévoit qu'un juge en chef résidant à Montréal présidera la Cour du banc du roi[97]. En pratique, le juge en chef de Montréal préside la Cour d'appel lorsque les appels proviennent de Québec, et le juge en chef de la province occupe cette fonction lorsqu'ils proviennent de Montréal[98]. Il en résulte souvent une jurisprudence contradictoire[99].

« Trial Pamphlets and Newspaper Accounts », dans Lyndsay CAMPBELL, Ted McCOY et Mélanie MÉTHOT, *Canada's Legal Past*, Calgary, University of Calgary Press, 2020, p. 45-50.

94. *An Act to repeal certain Parts of an Act, passed in the fourteenth Year of his Majesty's Reign, intituled, An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, in North America; and to make further Provision for the Government of the said Province*, 1791 (G.-B.), 31 Geo. III, c. 31, reproduit dans L.R.C. 1985, Appendice II, No. 3 [*Acte constitutionnel*].
95. *Acte qui divise la Province du Bas-Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines Loix y mentionnées*, S.B.C. 1794, 34 Geo. III, c. 6 ; cependant, les règles de procédure maintenues en vigueur auraient pu inclure la motivation des jugements (voir l'art. 29).
96. Arthur G. DOUGHTY et Ducan MACARTHUR (dir.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1791-1818*, 2, Ottawa, J. de L. Taché, 1915, p. 175 et 484.
97. *Acte qui divise la Province du Bas-Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines Loix y mentionnées*, préc., note 95, art. 22.
98. A. G. DOUGHTY et D. MACARTHUR (dir.), préc., note 96, p. 138, note 2.
99. L. RENAUD, préc., note 78, 480 et 491.

Les conflits entre les juges en chef deviennent un sujet de scandale[100].

Pour ce qui concerne la motivation des jugements, William Osgoode, le successeur de William Hey, n'en a laissé pratiquement aucune, si ce n'est quelques opinions sommaires[101]. Par la suite, les journaux publient à l'occasion des décisions controversées portant sur l'application du droit français ou du droit anglais en matière civile[102]. Dans ce contexte tendu, la publication de documents officiels du Régime français dont il a été question ci-dessus permet de clarifier et de rendre facilement accessibles les règles suivies antérieurement à la Conquête.

En 1807, la nomination de Jonathan Sewell au poste de juge en chef de la province va doter le Bas-Canada d'un juriste consciencieux qui maîtrise bien les subtilités du droit français, bien qu'il soit initialement un farouche partisan de l'assimilation des francophones. Il conserve les notes qu'il livre à l'audience. La même année, à Montréal, James Reid devient juge puîné de la Cour du banc du roi de Montréal, puis juge en chef de cette cour en 1825. Ses archives personnelles semblent comprendre un grand nombre d'opinions qui auraient été prononcées en rendant jugement[103].

En 1811, le greffier de la Cour du banc du roi de Québec, George Pyke, publie un bref recueil de 77 pages comprenant

100. E. KOLISH, préc., note 87, p. 155 ; L. RENAUD, préc., note 78, 480 ; voir p. ex. « Quebec, December 28, 1807 », *Quebec Mercury* (28 décembre 1807), p. 415 ; Amury GIROD, *Notes diverses sur le Bas-Canada*, Village Debartzch, J.-P. Boucher-Belleville, 1835, p. 33.
101. G. B. BAKER, préc., note 85, 758.
102. Jean-Pierre WALLOT, « Plaintes contre l'administration de la justice (1807) », (1965) 19 *R.H.A.F.* 551-560 ; Jean-Pierre WALLOT, « Plaintes contre l'administration de la justice (1807) (suite) », (1966) 20 *R.H.A.F.* 29-43 ; Jean-Pierre WALLOT, « Plaintes contre l'administration de la justice (1807) (suite) », (1966) 20 *R.H.A.F.* 281-290 ; Jean-Pierre WALLOT, « Plaintes contre l'administration de la justice (1807) (fin) », (1966) 20 *R.H.A.F.* 366-379.
103. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *James Reid collection, 1802-1839*.

des opinions en langue anglaise des juges de cette Cour prononcées l'année précédente[104]. Peut-être espère-t-il diminuer les tensions entre les partisans de l'anglicisation et les défenseurs du droit français, qui sont alors particulièrement aiguës. Par la suite, l'absence de recueils de jurisprudence est régulièrement décriée[105]. En 1834, George O'Kill Stuart, un avocat anglophone qui gagnera ultérieurement le respect de la communauté juridique et de l'électorat en étant élu député d'une circonscription de la région de Québec, publie un recueil de décisions rendues depuis une trentaine d'années. Cet ouvrage compte plus de 600 pages. Il explique ainsi sa démarche[106] :

> The dangers to which parties must every where be subjected from the want of reports of judicial decisions, are peculiarly aggravated under a system derived from such various sources as is the law of Lower Canada. Feeling this inconvenience, I was early induced to direct my attention to the collection of the more important cases, and as they increased in number, I was led to believe that the publication of them might not be without use to the profession. I was encouraged to publish them by several of my friends in the profession, and was further induced to make the attempt by the offer which the Honorable the Chief Justice of the Province, Mr. Sewell, was pleased to make, in the most obliging manner, to afford me access to his original minutes. With this aid, and with the cordial co-operation of several members of the profession, I trust, that it will be found that the judgments are reported with strict accuracy as to the chief grounds and substance of them.

* * *

104. George PYKE, *Cases argued and determined in the Court of King's Bench, for the District of Quebec, in the Province of Lower-Canada, in Hilary term, in the fiftieth year of the reign of George III*, Montréal, 1811.
105. E. KOLISH, préc., note 87 ; voir p. ex. « Revision and Printing of the Laws », *Montreal Gazette* (12 février 1831) (député Bédard).
106. George O'Kill STUART, *Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench and in the provincial Court of Appeals of Lower Canada with a few of the more important cases in the Court of Vice-Admiralty, and on appeals from Lower Canada before the Lords of the Privy Council*, Québec, Neilson & Cowan, 1835, p. [i].

En Angleterre, les opinions prononcées par les juges sont soigneusement conservées et, dans certains cas, publiées. Au XVIII[e] siècle, les avocats continuent de citer ces manuscrits devant les tribunaux, parfois de préférence à certains recueils jugés peu fiables. Dans les colonies britanniques, les praticiens préparent également des manuscrits qui leur permettent de retracer les précédents pertinents ou les opinions des juges. Au Québec, après la Conquête, un système semblable existe. La jurisprudence est diffusée par la communauté juridique et, exceptionnellement, par les journaux. Au XIX[e] siècle, deux recueils de jurisprudence tentent de répondre aux besoins des praticiens. Beaucoup de décisions importantes demeurent néanmoins inédites. Comme sous l'Ancien Régime, le recueil George O'Kill Stuart comprend les notes d'un avocat présent au moment où des juges ont lu leur opinion ou celles qui ont effectivement été lues. Les avocats ne vont pas tarder à réclamer la mise en place d'un système plus structuré de publication, mais ils devront attendre jusqu'en 1850 avant d'avoir gain de cause.

III- La publication régulière des jugements, 1840-1867

En 1840, l'*Acte d'Union* inaugure une période pendant laquelle de nombreuses réformes seront effectuées, surtout après 1849[107]. Initialement, les critiques dirigées contre l'administration de la justice au cours de la période précédente persistent. Après la réforme judiciaire de 1843, un premier périodique tente de répondre à la demande des praticiens qui réclament des recueils de jurisprudence (A). L'expérience se solde par un échec, sans doute en raison de la faible motivation de la plupart des décisions qui figurent dans ce périodique et du manque de collaboration des juges (B). En 1850, l'octroi d'une subvention gouvernementale permet de publier régulièrement les décisions bas-canadiennes, mais les rivalités entre Québec et

107. *An Act to reunite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., c. 35, reproduit dans L.R.C. 1985, Appendice II, No. 4 [*Acte constitutionnel*].

Montréal, ainsi que le travail parfois approximatif des éditeurs, suscitent des critiques. Un recueil concurrent apparaît. Dans tout ceci, il est possible de distinguer les opinions qui ont un caractère oral de celles qui ont été rédigées à l'avance en vue de leur publication (C).

A. *La revendication d'une jurisprudence motivée et publiée*

En 1842, un comité de l'Association du Barreau de Montréal est chargé d'étudier le problème des délais judiciaires en matière civile, sur proposition de « Mr. Lafontaine »[108]. Il s'agit très vraisemblablement du député et futur co-premier ministre Louis-Hippolyte La Fontaine. Dans son rapport, le comité analyse la situation dans le district de Montréal, où un poste de juge est vacant depuis trois ans et où un autre juge est souvent incapable de siéger en raison de son âge avancé[109]. Nombre de causes sont donc « tenues en délibéré, non seulement depuis des mois, mais même depuis des années », à tel point que certaines sessions, aucune cause n'est plaidée[110]. En outre, certains juges sont colériques et tiennent des propos offensants[111]. Le comité insiste également sur la nécessité de garantir l'indépendance judiciaire des juges et de leur assurer une retraite convenable[112].

Comme si ces problèmes ne suffisaient pas, le comité critique aussi le « peu de fixité » de la jurisprudence, en proposant la solution idoine[113] :

> Les décisions varient si souvent qu'on est pour ainsi dire sans jurisprudence. Cet inconvénient est depuis longtemps senti. Le moyen d'y remédier, dans l'opinion de votre Comité, serait que les juges fussent obligés d'incorporer dans leurs jugements mêmes les moyens ou motifs de leur décision.
>
> Alors nous aurions un corps de jurisprudence dont nous sentons vivement le besoin, tant dans l'intérêt du public que dans l'intérêt de ceux qui se destinent à l'étude des lois.
>
> Nous devons encore signaler comme un grief le vice reconnu de la constitution de la Cour d'Appel [...].

Comme on peut le constater, ces critiques ne sont pas nouvelles. Toutefois, le 19 septembre 1842, La Fontaine devient procureur général du Bas-Canada et chef du gouvernement, un poste qu'il occupera pendant 14 mois, jusqu'à ce qu'il démissionne en raison d'un conflit avec le nouveau gouverneur[114]. Il ne perd pas de temps pour réformer l'administration de la justice. En 1843, une loi pourvoit à l'indépendance des juges de la Cour du banc du roi[115]. Une autre loi décrète que seuls les juges de la Cour du banc du roi pourront constituer la Cour d'appel, même s'ils siègent principalement en première instance dans le district où ils sont affectés ; par voie de conséquence, ils ne peuvent entendre un appel en provenance de celui-ci[116]. Comme par le passé, il y a deux juges en chef. Le juge en chef du Bas-Canada est nommé soit dans le district de Québec, soit dans celui de Montréal ; le deuxième juge en chef est affecté à l'autre district. Si le premier ne peut pas présider la Cour d'appel, il est remplacé par son collègue[117]. Le risque de décisions contradictoires en fonction du district d'où provient

108. ASSOCIATION DU BARREAU DE MONTRÉAL, *Rapport sur l'état de l'administration de la justice*, Montréal, Louis Perrault, 1842, p. 3.
109. *Id.*, p. 6-7.
110. *Id.*, p. 9.
111. *Id.*, p. 12.
112. *Id.*, p. 17-19.
113. *Id.*, p. 13.

114. Les renseignements biographiques sont tirés de : Jacques MONET, « La Fontaine, Louis-Hippolyte », *Dictionnaire biographique du Canada*, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/la_fontaine_louis_hippolyte_9F.html>.
115. *Acte pour rendre indépendants de la couronne, les juges de la cour du Banc du Roi de la partie de cette province ci-devant le Bas-Canada*, S.P.C. 1843, 7 Vict., c. 15.
116. *Acte pour établir une meilleure Cour d'Appel dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1843, 7 Vict., c. 15, art. 7.
117. *Id.*, art. 5.

l'appel demeure bien réel, ce que les journaux contemporains ne manquent pas de relever[118].

La loi exige que chaque arrêt de la Cour contienne « l'exposition sommaire des points de fait et de droit, et des motifs sur lesquels il sera fondé », en plus de préciser les noms des juges majoritaires et dissidents[119]. Il faut bien comprendre que cette règle vise uniquement le texte de l'arrêt inscrit dans le registre de la nouvelle cour, par opposition aux opinions des juges prononcées oralement. En première instance, les jugements de la Cour du banc de la reine susceptibles d'appel doivent contenir les mêmes renseignements[120].

En 1845, deux avocats de Québec, Siméon Lelièvre et François-Réal Angers, fondent la *Revue de législation et de jurisprudence*[121]. Dès le deuxième numéro, Louis O. Le Tourneux et Joseph U. Beaudry, en deviennent les rédacteurs ; ils résident à Montréal où la revue est imprimée. Lelièvre et Angers sont qualifiés de « Rédacteurs-Correspondants » ; ils œuvrent à Québec[122]. Beaudry quitte le navire dès le huitième numéro[123]. L'année suivante, Lelièvre et Angers sont devenus « Rédacteurs et propriétaires » ; il n'est plus question de Le Tourneux[124]. La revue est alors imprimée à Québec, jusqu'à sa dernière parution.

Ce périodique contient aussi bien des articles de doctrine que des jugements. Dès le premier numéro, un auteur

118. L. RENAUD, préc., note 78, 474 et 478 ; voir aussi M. BIBAUD, préc., note 11, p. 96-98.
119. *Acte pour établir une meilleure Cour d'Appel dans le Bas-Canada*, préc., note 116, art. 15.
120. *Acte pour abroger certains Actes et Ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la Justice dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1843, 7 Vict., c. 17, art. 7.
121. R. CRÊTE, S. NORMAND et T. COPELAND, préc., note 3, 152-153.
122. Voir la page couverture de : « Revue de législation et de jurisprudence (vol. 1, nº 2) » (1845), en ligne : <https://www.canadiana.ca/view/oocihm.8_04905_2/2?r=0&s=1>.
123. « Revue de législation et de jurisprudence (vol. 1, nº 8) » (1845), en ligne : <https://www.canadiana.ca/view/oocihm.8_04905_8/2?r=0&s=1>.
124. « Revue de législation et de jurisprudence (vol. 2, nos 1-2) » (1846), en ligne : <https://www.canadiana.ca/view/oocihm.8_04905_12/2?r=0&s=1>.

réclame la publication de la jurisprudence bas-canadienne. À son avis, les notes des avocats qui circulent parmi les membres du Barreau ne peuvent se comparer aux recueils de jurisprudence, car ceux-ci fournissent un rapport fidèle des faits, des procédures et du raisonnement des juges. Pour leur part, les praticiens notent simplement les jugements dont ils ont connaissance en décrivant brièvement le point de droit, le numéro de dossier et l'intitulé de la cause[125]. Les articles de journaux sont encore moins utiles pour les juristes[126]. Toutefois, à une époque que nous ne pouvons préciser, certains journaux commencent à publier les opinions des juges[127]. Par ailleurs, l'auteur espère que la publication régulière des jugements ait une influence salutaire sur les juges, en les forçant à mieux motiver leurs décisions, ce qui contribuerait à l'élaboration d'une jurisprudence solide[128].

L'auteur envisage trois manières d'atteindre cet objectif : l'initiative privée, les subventions gouvernementales ou l'obligation imposée aux juges de préparer des notes aux fins de publication (*notes of the Judgments rendered*). Le marché bas-canadien est cependant trop restreint pour qu'un tel projet soit commercialement viable[129]. Pour leur part, les juges de la Cour du banc du roi sont trop occupés pour préparer des notes. Mieux vaut imposer une redevance sur les actes de procédure afin de rémunérer un rapporteur (*reporter*). Celui-ci devra résumer les procédures et les arguments des parties afin de présenter l'opinion des juges et la décision de manière claire et intelligible[130].

Un autre auteur souligne que les « jugements doivent être une propriété commune et publique, où chacun de nous a droit

125. ANONYME, « Law Reports », (1845) 1-1 *R. de L. et de J.* 9-13, 9.
126. *Id.*, 10-11.
127. *Reporters note. [...] Exparte Gould*, [1857] L.C.J. 263 (C.S.) (opinion initialement publiée dans le *Montreal Herald* après le 20-05-1854).
128. ANONYME, préc., note 125, 11.
129. *Id.*, 11-12 ; en 1832, la publication d'un ouvrage de 900 pages sur le droit civil engendre des pertes substantielles : S. NORMAND, préc., note 5, à la p. 102.
130. ANONYME, préc., note 125, 12-13.

de venir chercher des enseignements, comme d'y exercer sa censure ou son approbation »[131]. Il suggère lui aussi d'imposer des redevances servant à rémunérer un ou deux rapporteurs. À son avis, la publication régulière de jugements est une entreprise qui va « bien audelà des forces et des moyens d'un seul individu, qui ne peut pas même obtenir les renseignemens désirés, qui se voit refuser l'accès des procédures, et qui d'ailleurs ne saurait dévouer spécialement tout son temps et toute son intelligence à une tâche rude et ingrate »[132]. Effectivement, la *Revue de législation et de jurisprudence* cesse ces activités en 1848.

En 1844, l'importance de la jurisprudence inédite est bien illustrée par une affaire où la Cour du banc du roi doit choisir entre l'interprétation retenue dans le district de Québec (où siège la Cour) et celle qui prévaut à Montréal. Les trois juges majoritaires se rallient à cette dernière, mais le juge Bédard exprime sa dissidence dans une dissertation fouillée, et défend la position acceptée jusque-là par ses collègues de Québec. En 1836, dans une affaire en provenance de Montréal, la Cour d'appel avait apparemment tranché la question, sous la présidence du juge en chef Sewell. Le juge Bédard explique la suite des évènements dans le district de Québec, en première instance[133] :

> Cette décision fut invoquée subséquemment auprès du même juge en chef Sewell en 1837, cause de Maltès et Gagnon. La question fut de nouveau agitée et discutée, et le juge en chef Sewell, après un examen sérieux des nouvelles autorités qui lui furent soumises, reconnut l'erreur de sa décision en Appel, et signa, avec connaissance de cause, et à ma connaissance personnelle, le jugement dans la cause de Maltès et Gagnon, accordant à la femme ses gains de survie contre son mari encore vivant en vertu d'une stipulation énoncée dans les mêmes termes que celle qu'invoque la défenderesse. La jurisprudence n'a point alors varié sur ce point dans notre tribunal jusqu'à l'époque de la résignation de ce savant jurisconsulte.

131. ANONYME, « De la publicité des jugemens », (1845) 1-10-11 *R. de L. et de J.* 401-402, 402.
132. *Id.*
133. *Mercier* c. *Blanchet*, [1844] 1 *R. de L. et de J.* 122, 136 ; voir aussi p. 125 (j. Rolland) (B.R.).

Il est remarquable de constater que les décisions pertinentes sont désignées par le nom des parties et l'année où elles ont été rendues, sans plus de précision, et qu'elles sont connues grâce à la mémoire d'un juge. Tout comme la motivation des jugements avant 1843, la publication de la jurisprudence est devenue un besoin criant à cette époque.

B. Les lacunes de la Revue de législation et de jurisprudence

Les éditeurs de la *Revue de législation et de jurisprudence* tentent de répondre aux besoins de leurs lecteurs en publiant ou en résumant des jugements anciens dont les motifs excèdent rarement quelques lignes[134]. Font exception à cette règle deux opinions fouillées rédigées, l'une par le juge en chef Sewell, l'autre par le juge en chef Reid[135]. Les éditeurs publient aussi par tranches un index des jugements rendus par la Cour du banc du roi de Québec de 1808 à 1822, qui demeure cependant très sommaire[136]. Par ailleurs, plusieurs décisions

134. Voir p. ex. *Sanguinet* c. *Lecuyer*, [1832] 1 *R. de L. et de J.* 230 (B.R.) ; *Cowan* c. *Turgeon*, [1832] 1 *R. de L. et de J.* 230 (B.R.) ; *R.* c. *Fabrique de la Pointe-aux-Trembles*, [1832] 2 *R. de L. et de J.* 53 (B.R.) ; *Jones* c. *Hart*, [1832] 2 *R. de L. et de J.* 58 (B.R.) ; *Blanchet* c. *Martin*, [1833] 3 *R. de L. et de J.* 73 (B.R.).
135. *Bowen* c. *Ayer*, [1836] 2 *R. de L. et de J.* 102, 103-119 (C.A.B.-C.) ; *Newton* c. *Roi*, [1833] 3 *R. de L. et de J.* 93, 93-98 (C.A.B.-C.).
136. « Analytical Index to Cases determined in the Court of King's Bench for the District of Quebec,-from 1808 to 1822 », (1845) 1 *R. de L. et de J.* 345-354, 377-381, 503-510 ; « Analytical Index to Cases determined in the Court of King's Bench for the District of Quebec,-from 1808 to 1822 », (1846) 2 *R. de L. et de J.* 27-33, 123-125, 205-209, 276-281, 332-337, 437-441, 469-473 ; « Analytical Index to Cases determined in the Court of King's Bench for the District of Quebec,-from 1808 to 1822 », (1847) 3 *R. de L. et de J.* 38-40, 70-72, 195-200, 303-308, 347-360, 390-393 et 471-477 ; voir aussi « Analytical Index of Commercial Decisions », (1846) 2 *R. de L. et de J.* 73-80.

ou articles proviennent de l'étranger, comme les articles d'ailleurs[137].

Le contenu des décisions publiées est très variable. Plusieurs jugements comportent uniquement quelques paragraphes tirés des registres de la cour ; aucun n'excède deux pages imprimées. Dans d'autres affaires, les motifs oraux font quelques lignes et demeurent très sommaires ; parfois ils sont attribués à la cour (« *per curiam* »), sans que l'on connaisse le nom des juges qui siègent à cette occasion[138]. Il arrive que les explications d'un juge s'étendent sur quelques pages[139]. Dans le cas d'un arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé, les éditeurs ont obtenu les notes sténographiques de l'opinion prononcée par Lord Brougham[140]. Pour les causes présentant un grand intérêt, ils résument les procédures ou les mémoires, en reproduisant parfois ceux-ci, en tout ou en partie[141]. L'un

137. Voir p. ex. *Walspabb* c. *Spottiswoode*, [1846] 2 *R. de L. et de J.* 33 (Cour de l'Échiquier (Angl)) ; *Hill* c. *Bigge*, [1843] 1 *Revue de législation et de jurisprudence* 76 (C.J.C.P.) ; *Smith* c. *Treat*, [1845] 2 *R. de L. et de J.* 91 (Maine District).
138. Voir p. ex. *McKillip* c. *Kauntz*, [1845] 1 *R. de L. et de J.* 152 (C.A.B.-C.) ; *Chabot* c. *Divers opposans*, [1846] 1 *R. de L. et de J.* 224 (B.R.) ; *Methot* c. *Sylvain*, [1847] 2 *R. de L. et de J.* 210 (B.R.) ; *Glass* c. *Joseph*, [1847] 3 *R. de L. et de J.* 22 (B.R.) ; *Compagnie d'Assurance du Canada* c. *Freeman*, [1847] 3 *R. de L. et de J.* 85 (B.R.) ; *Supervisor of Cullers* c. *Gagon*, [1847] 3 *R. de L. et de J.* 241 (C.A.B.-C.) ; *Gugy* c. *Chouinard*, [1848] 3 *R. de L. et de J.* 308, 328 (après de longs extraits des mémoires) (C.A.B.-C.).
139. Voir p. ex. *Marquet* c. *Marcil*, [1845] 1 *R. de L. et de J.* 140, 143-146 (j. en chef Vallières de Saint-Réal) (B.R.) ; *Desbarats* c. *Laterièrre*, [1846] 1 *R. de L. et de J.* 415, 465-469 (j. en chef Vallières de Saint-Réal) (C.A.B.-C.) ; *Hamilton* c. *Plenderleath*, [1846] 2 *R. de L. et de J.* 1, 2-13 (j. Bowen) (C.A.B.-C.) ; *Banque de la cité* c. *Saurin*, [1847] 2 *R. de L. et de J.* 48, 49-50 (j. Stuart) et 50-51 (j. Bédard) (B.R.).
140. *Tobin* c. *Murison*, [1845] 2 *Revue de législation et de jurisprudence* 200, 200-205 (C.J.C.P.) ; pour une brève mention d'un arrêt, sans motifs, voir *Perry* c. *Gugy*, [s.d.] 2 *Revue de législation et de jurisprudence* 327 (C.J.C.P.) ; parfois la source des motifs n'est pas précisée : *St-Louis* c. *Gadioux*, [1841] 3 *R. de L. et de J.* 329 (C.J.C.P.) ; *Chandler* c. *Attorney-General*, [1835] 3 *R. de L. et de J.* 371 (C.J.C.P.) ; *Hutchinson* c. *Gillespie*, [1844] 3 *R. de L. et de J.* 371 (C.J.C.P.).
141. Voir p. ex. *Bender* c. *Jacobs*, [1846] 1 *R. de L. et de J.* 321, 322-326 (mémoire de l'appelant) et 327-331 (mémoire de l'intimée) (C.A.B.-C.) ; *Desbarats* c. *Laterièrre*, préc., note 139, 417-446 (mémoire de l'appelant) et 446-464 (mémoire de l'intimé) ; *Comte* c. *Cure et Marguillers de la paroisse de St. Edouard*, [1847] 2 *R. de L. et de J.* 126, 127-160 (mémoire de l'appelant) et 160-163 (extraits du mémoire de l'intimé) (C.A.B.-C.) ; *Gugy* c. *Chouinard*, préc., note 138, 309-322 (extraits du mémoire de l'appelant et 323-327 (extrait du mémoire de l'intimé).

d'eux comprend même un arrêt du Parlement de Paris de 1571 rendu « en robes rouges »[142].

L'absence de réelle motivation demeure un problème. « L.H.L » – sans aucun doute Louis-Hippolyte La Fontaine, qui est revenu à la pratique du droit avec son retour dans l'opposition à la Chambre des députés – transcrit les clauses pertinentes d'un contrat afin de bien « faire connaître tous les points de la contestation ». En effet, la Cour du banc de la reine n'a « pas inséré dans son jugement les *motifs* de sa décision, bien que la loi l'exige »[143]. Elle s'est plutôt contentée de déclarer « mal fondées » les exceptions et défenses du défendeur avant de le condamner à payer le total des montants prévus dans cinq billets différents, sans plus d'explications[144]. Dans une autre affaire, une formulation semblable appelle les commentaires suivants[145] :

> Mais le juge-en-chef Rolland, en prononçant la décision de la cour, a donné à entendre que la cour adoptait les deux premières propositions du demandeur [...]. Quant aux trois autres questions soulevées par le demandeur lors de l'audition de la cause au mérite, le juge-en-chef dit que la cour ne prononçait aucune opinion sur ces questions ; qu'il serait toujours temps de le faire, lorsqu'elles se présenteraient dans une autre instance.

Ainsi, dans la plupart des cas, pour comprendre le jugement ou les brèves explications de la cour, il faut connaître les questions en litige et les arguments des avocats. Néanmoins, certains juges remettent des notes fouillées « à l'appui de la décision de la cour »[146]. Dans d'autres cas, les

142. *Desbarats* c. *Laterièrre*, préc., note 139, 446.
143. *Beaudry* c. *Bareillle*, [1845] 1 *R. de L. et de J.* 33, 40 (B.R.) ; un article du même auteur correspond au profil de La Fontaine : L.H.L., « Des contrats de mariage des commerçants dans le Bas-Canada », (1845) 1-1 *R. de L. et de J.* 24-26.
144. *Beaudry* c. *Bareillle*, préc., note 143, 40.
145. *Larivé* c. *Fontaine*, [1847] 3 *R. de L. et de J.* 33, 37 (B.R.).
146. Voir p. ex. *Dill* c. *Compagnie d'assurance de Québec*, [1844] 1 *R. de L. et de J.* 113, 113 (B.R.) ; *Laurent* c. *Stevenson*, [1845] 1 *R. de L. et de J.* 190, 190 (j. McCord) (C. des Com.) ; *Vinet* c. *Gauvin*, [1845] 1 *R. de L. et de J.* 237, 237 (j. Mondelet) (C. des Com.).

éditeurs reproduisent en substance ce qui a été dit par un juge dissident[147]. Ou encore, ils expliquent que le juge en chef Stuart « en prononçant ce jugement, l'accompagna d'une argumentation vigoureuse qu'il n'est pas en notre pouvoir de reproduire, et dont nous ne pouvons donner qu'un résumé très incomplet »[148]. Plus loin, ce magistrat fit « l'historique de la jurisprudence française sur la question du douaire, et compulsa une foule d'arrêts et de citations à l'appui de sa proposition » ; on lit aussi que le juge Bowen « concourut dans le jugement et s'exprima dans le même sens », sans autre précision[149]. L'opinion du juge Rolland est rédigée à la troisième personne du singulier, comme s'il s'agissait de la transcription de son argumentation orale[150]. En revanche, l'opinion du juge Bédard semble reproduire des notes écrites, car il s'exprime à la première personne du singulier[151]. Néanmoins, cette distinction peut être trompeuse. En effet, ce qui ressemble à une dissertation rédigée à l'avance débute par l'avertissement suivant : « [e]n prononçant le jugement suivant, le Juge-en-Chef Rolland s'est exprimé à peu près en ces termes »[152].

En somme, il est difficile de distinguer entre les notes préparées à l'avance, la transcription intégrale des explications accompagnant le jugement et les résumés composés par les éditeurs. Parfois, leur opinion est présentée à tort comme un jugement. Ainsi, une affaire de 1840 comprend un intitulé ainsi que le numéro du dossier, la formulation d'une question générale, la réponse donnée par la jurisprudence, « les autorités sur lesquelles s'appuient » celle-ci et la conclusion qui suit[153] :

> La Cour du Banc du Roi (depuis, de la *Reine*) à Québec a constamment jugé depuis 1837 que ces principes de jurisprudence et du droit ancien n'ont reçu aucune atteinte par le statut provincial de la 9e George IV, ch. 20, et qu'au contraire ils devaient continuer de recevoir leur application [...]

147. *Ferguson* c. *Cairns*, [1845] 1 *R. de L. et de J.* 89, 92 (B.R.).
148. *Mercier* c. *Blanchet*, préc., note 133, 123.
149. *Id.*, 125.
150. *Id.*, 125-130.
151. *Id.*, 130-140.
152. *Douglas* c. *Dupré*, [1844] 2 *R. de L. et de J.* 229, 241-254 (C.A.B.-C.).
153. *Ex parte Cantin et Dion*, [1840] 1 *R. de L. et de J.* 42, 44 (B.R.).

Il s'agit donc de la conclusion tirée par les éditeurs, qui ne veulent pas non plus être les témoins muets des causes qu'ils publient. À cet égard, ils ne peuvent s'empêcher de protester[154] :

> Nous ne croyons pas devoir transmettre au public cette décision importante et nouvelle, sans l'accompagner de quelques observations destinées, non pas à dénoncer une erreur, mais à soumettre une question grave à la discussion des hommes de loi. Nous nous apercevons que l'humble tâche que nous avons entreprise, nous impose une responsabilité plus grande que nous l'avions pensé d'abord : en reproduisant les décisions des cours de justice, nous entrevoyons le danger qu'il y a de les donner sous la forme d'axiômes de droit et sans commentaire ; et de contribuer par là à substituer à la philosophie du droit la jurisprudence routinière des *précédents*. Dans l'appréciation des arrêts ainsi livrés au public, nous ne devons pas taire notre propre conviction, et surtout ne pas tenir compte des doutes et des opinions des légistes les plus éclairés, que nous invitons à une tâche bien au-dessus de nos forces.

Dans l'ensemble, la *Revue de législation et de jurisprudence* n'arrive pas à présenter de manière satisfaisante les jugements qu'elle publie. En outre, les éditeurs n'ont pas suffisamment de décisions à leur disposition pour bien remplir leurs numéros, sans doute parce que leurs activités professionnelles ne leur permettent pas d'assister régulièrement aux sessions judiciaires, surtout lorsque celles-ci se tiennent à Montréal, où ils n'ont plus de collaborateurs depuis 1846. Une fois de plus, La Fontaine va s'attaquer à ce problème.

C. *L'apparition d'un recueil officiel en 1850*

De retour au pouvoir en 1848, La Fontaine pilote la réforme du système judiciaire. La Cour du banc de la reine

154. L. et A., « [Note des éditeurs] », (1845) 1 *R. de L. et de J.* 225-229, 225.

exercera dorénavant la compétence d'appel en matière civile, bien que ses juges doivent aussi présider des procès criminels ; comme auparavant, ils sont tenus de motiver leurs arrêts[155]. La Cour supérieure est créée au même moment. Elle exerce la compétence de première instance en matière civile, sauf pour certaines causes de moindre importance, et doit motiver elle aussi ses jugements[156]. L'année suivante, un fonds auquel doivent contribuer les avocats et les juges permet de « subvenir aux frais de la compilation et publication des décisions des tribunaux du Bas-Canada, et au paiement d'un salaire convenable à la personne ou aux personnes » affectées à cette tâche[157].

En 1850, un nouveau recueil intitulé *Lower Canada Reports / Décisions des tribunaux du Bas-Canada* voit le jour. Il est publié jusqu'en 1866, probablement mensuellement[158]. Les éditeurs doivent rassembler la documentation nécessaire à la bonne compréhension du jugement. Lelièvre et Angers sont nommés à ce poste, sans doute pour les dédommager des pertes occasionnées par la publication de la *Revue de législation et de jurisprudence*[159]. Ils s'adjoignent deux « collaborateurs » montréalais, « MM. Beaudry et Fleet » ; en 1855, ce dernier sera remplacé par un certain Robertson[160]. Dans les cinq premiers volumes, la présentation des jugements est plus soignée, mais leur contenu présente la même variété

155. *Acte pour établir une cour ayant juridiction en appel et en matières criminelles*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 37, art. 17.
156. *Acte pour amender les lois relatives aux cours de jurisdiction civile en première instance, dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 38, art. 36.
157. *Acte pour assigner des salaires fixes et annuels à certains officiers de justice dans le Bas-Canada, et pour créer un fonds spécial des salaires, honoraires, émoluments et bénéfices pécuniaires attachés à leurs charges*, S.P.C. 1850, 13-14 Vict., c. 37, art. 13.
158. S. NORMAND, préc., note 7, 179.
159. « Rapporteurs Judiciaires », *L'ordre social* (28 novembre 1850), p. 775.
160. « Page couverture », dans *Lower Canada Reports – Décisions des tribunaux du Bas-Canada*, 1, Québec, E. Fréchette, 1851 ; « Page couverture », dans *Lower Canada Reports – Décisions des tribunaux du Bas-Canada*, 5, Québec, Desbarats et Derbishire, 1855.

et les mêmes imprécisions que la publication précédente[161]. Certaines opinions sont traduites en français[162]. Cela conduit à s'interroger sur la langue d'origine des propos qui sont reproduits « en substance » ou paraphrasés par l'éditeur, sans que l'on puisse exclure qu'ils aient été prononcés par un juge parfaitement bilingue[163]. Par ailleurs, un avocat interrompt la lecture de l'opinion d'un juge afin de faire valoir à nouveau un argument[164] ! Comme par le passé, on trouve dans cette publication des notes ou des jugements qui ont été rendus quelques années auparavant[165].

Les juges eux-mêmes ont une attitude assez cavalière à l'égard de leurs opinions. Occasionnellement, lors de l'audience pendant laquelle un jugement est rendu, les juges qui n'ont pas entendu la cause font savoir qu'ils approuvent un jugement, soit parce qu'ils sont présents, soit parce qu'ils ont demandé à un autre juge de signaler ce fait[166]. En 1852, le juge Charles Mondelet déclare que la version française d'une loi n'a aucune valeur officielle. Un avocat demande alors s'il s'agit de l'opinion de la cour. Le juge Day répond ce qui suit[167] :

> The judgment was given in a few words, and does not touch that point, my learned brother had a perfect right to say what he did

161. Nous avons lu un grand nombre de décisions publiées à cette époque : Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1.
162. *Larue* c. *Dubord*, [1850] 1 D.T.B.-C. 31, 36, note 2) (j. Meredith) (C.S.) ; *Dionne* c. *Methot*, [1850] 1 D.T.B.-C. 295, 297 (j. Meredith) (C.S.).
163. *Gugy* c. *Chouinard*, [1851] 1 D.T.B.-C. 50, 57 (j. en chef Stuart) (B.R.) ; *Seers* c. *Banque du Peuple*, [1850] 1 D.T.B.-C. 125, 128 (j. Day) (C.S.).
164. *Langlois* c. *Martel*, [1852] 2 D.T.B.-C. 36, 47 (C.S.).
165. P. ex. : *Jones* c. *Lemesurier*, [1840] 2 D.T.B.-C. 170, note (1) (C.A.B.-C.) ; *Major* c. *Baby*, [1851] 4 D.T.B.-C. 126 (C.S.) ; *Hart* c. *Molson*, [1851] 4 D.T.B.-C. 127 (C.S.) ; *Bro* c. *Pruneau*, [1851] 4 D.T.B.-C. 140 (C.S.) ; *Duvernay* c. *Dessaules*, [1851] 4 D.T.B.-C. 142 (B.R.) ; *Cuvillier* c. *Munro*, [1848] 4 D.T.B.-C. 146 (B.R.) ; *Scott* c. *Hescroff*, [1852] 5 D.T.B.-C. 271 (B.R.).
166. *Bank of British North America* c. *Taylor*, [1851] 1 D.T.B.-C. 399, 400 (j. Vanfelson) (C.S.) ; *Chabot* c. *Sewell*, [1851] 1 D.T.B.-C. 31, 466 (référence à l'opinion du j. en chef Stuart, qui est absent et n'a pas entendu la cause) (B.R.).
167. *Archambault* c. *Roy*, [1851] 2 D.T.B.-C. 25, 29 (C.S.).

> say, but in this, as in all other cases, the opinions pronounced by individual judges, apart from the judgment itself, are not binding on the Court.

Les éditeurs annoncent à l'occasion qu'une opinion sera publiée ultérieurement sans qu'on en trouve la trace, ou encore ils publient une opinion dissidente après plusieurs autres jugements[168]. Dans une affaire où le pourvoi est rejeté en raison du partage des voix des quatre juges de la Cour du banc de la reine, le juge Aylwin lit le projet de jugement que le juge en chef Stuart avait préparé avant son décès subit[169]. Un juge qui a gardé le silence pendant le prononcé du jugement communique même ses « raisons » aux éditeurs[170]. Au cours des décennies suivantes, lorsqu'une affaire est portée devant le Comité judiciaire du Conseil privé, certains juges versent parfois au dossier une opinion écrite dont personne n'a eu connaissance lorsque le jugement a été rendu. Le Comité judiciaire ne manque pas de souligner que cette pratique est totalement inacceptable[171].

En 1884, James Kirby décrit la situation qui prévalait en 1854. La jurisprudence publiée tient alors en neuf ouvrages, y inclus les quatre volumes des *Décisions des tribunaux du Bas-Canada* parus depuis 1850, avec la conséquence suivante :

> [...] the decisions of the Courts of this Province existed almost exclusively in the note-books of a few gentlemen who made such memoranda of judgments as their engagements permitted, and citations were necessarily made, not from printed reports but from occasional jottings, with references to the files of the Court.

168. *Girard* c. *Blais*, [1851] 2 D.T.B.-C. 87, 89, note 2) (j. Duval) (C.S.) ; *Moffatt* c. *Bouthillier*, [1855] 5 D.T.B.-C. 235, 305 (j. Aylwin) (B.R.).
169. *Russell* c. *Fisher*, [1854] 4 D.T.B.-C. 237, 259 (B.R.).
170. *Casey* c. *Goldsmid*, [1854] 4 D.T.B.-C. 107, 118 note 1) (j. Panet) (B.R.).
171. *Brown* c. *Gugy*, [1864] 5 Canadian Reports, Appeal Cases 40, 65 (C.J.C.P.) ; *Richer* c. *Voyer*, [1873] 7 Canadian Reports, Appeal Cases 82, 106 (C.J.C.P.) ; *Rolland* c. *Cassidy*, [1888] 9 Canadian Reports, Appeal Cases 430, 439 (C.J.C.P.).

Pour sa part, la communauté juridique montréalaise estime que la jurisprudence de son district est sous-représentée dans les *Décisions des tribunaux du Bas-Canada*. En 1854, Thomas Kennedy Ramsay et L.S. Morin lancent donc les *Montreal Condensed Reports / Précis des décisions des tribunaux du district de Montréal*, dont un seul volume paraît[172]. En 1857, en dépit de l'échec subi trois ans plus tôt, un groupe d'avocats montréalais revient à la charge et fonde le *Lower Canada Jurist*, qui sera publié jusqu'en 1891. Malgré des tentatives répétées, il ne sera jamais subventionné[173]. Dans les deux premiers volumes, ils reproduisent des documents historiques[174]. Ils publient également des décisions rendues il y a plusieurs années de cela[175].

Dans leur préface, les éditeurs critiquent le travail de Lelièvre et Angers, éditeurs des *Lower Canada Reports / Décisions des tribunaux du Bas-Canada*, même si ceux-ci ont embauché des collaborateurs montréalais[176] :

> The law was defective in not providing for the revision by the Judges of the reported cases before publication, and the reports had accordingly no authority with the Courts. It was also complained, that the publication was only at great and irregular intervals; and the Montreal bar complained, that very few of the decisions of their Courts appeared at all in the publication.

En 1855, un comité montréalais avait recommandé qu'il y ait un rapporteur et un rapporteur adjoint dans chaque district.

172. T. K. RAMSAY et L. S. MORIN (dir.), *Montreal Condensed Reports / Précis des décisions des tribunaux du district de Montréal*, 1re éd., Montréal, Périard, 1854 ; le nom des premiers éditeurs provient de T. K. RAMSAY, *Montreal Condensed Reports / Précis des décisions des tribunaux du district de Montréal*, 2e éd., Montréal, Périard, 1884, p. iii.
173. S. NORMAND, préc., note 7, 171.
174. [Frances MASERES], « A View of the Civil Government and Administration of Justice in the Province of Canada While It Was Subject to the Crown of France », (1857) 1-[Appendice] *Lower Canada Jurist* 1-40 ; « Appendix to Wilcox vs. Wilcox », (1858) 2 *Lower Canada Jurist* i-xl.
175. *Rochon* c. *Leduc*, [1850] 1 L.C.J. 252 (C.S.) ; P. R. LAFENAYE, « Causes décidées avant la fondation de ce recueil », (1857) 1 *Lower Canada Jurist* 266-277 (12 décisions rendues de 1845 à 1856).
176. « Preface to the First Volume », (1857) 1 *Lower Canada Jurist* v-viii, vi.

Ceux-ci seraient choisis par les juges de Montréal ou de Québec afin d'assurer les fonctions suivantes[177] :

> [...] to report as well the substance of such of the oral decisions of the courts in the district to which it shall belong as shall be of general importance, as to report also such decisions as may be delivered in writing; and it shall further be his duty, without any unnecessary delay, to cause such reports to be fairly entered in a book, and to submit the same for the inspection and approval of the judge pronouncing the judgment of the court, and, in case of dissent, for the inspection and approval also of the dissenting judge.

Cela confirme que certaines opinions sont exposées oralement, tandis que d'autres sont couchées sur le papier. La demande du Barreau montréalais n'ayant pas été acceptée, les éditeurs du *Lower Canada Jurist* ont constitué une équipe de 13 avocats montréalais chargés de réunir les documents nécessaires à la compréhension d'une affaire et tous les éléments afférents au jugement. Ils affirment avoir reçu de nombreux encouragements de la magistrature et de leurs confrères. Ils précisent[178] :

> They take this opportunity of stating, that the Judges have always freely communicated their notes of the judgments pronounced by them; and most of the reports of cases in Appeal have been prepared from manuscripts obligingly furnished to the Editors by the members of the Court of Appeals. For all this they beg to tender their grateful thanks.

À plusieurs reprises, les éditeurs soulignent la bonne collaboration des juges[179]. À cet égard, il est instructif de comparer deux versions d'un même arrêt, *Lambert* c. *Gauvreau*. Lelièvre et Angers reproduisent l'opinion du juge en chef

177. *Id.*, vii.
178. *Id.*, viii.
179. P. ex. *Wilcox* c. *Wilcox*, [1857] 2 L.C.J. 1, 38 (B.R.) ; *Stuart* c. *Blair*, [1850] 2 L.C.J. 134, 134 (C.S.).

La Fontaine et, en français, ce que le juge Aylwin aurait déclaré, « en substance »[180]. Leur concurrent montréalais publie l'opinion du juge en chef, qui semble identique dans les deux recueils[181]. Toutefois, celle du juge Aylwin est rédigée en anglais et diffère considérablement de la version rédigée en français[182]. Celle du juge Caron est publiée uniquement dans le *Lower Canada Jurist* ; elle débute de la manière suivante[183] :

> Il ne m'est pas nécessaire de lire les notes que j'ai préparées sur la première partie du Jugement qui déclare le testamént [*sic*] mauvais comme ayant été fait suivant la forme Française [*sic*]. En conséquence, je bornerai mes notes à la seconde partie.

Selon toute vraisemblance, quelqu'un note mot à mot les paroles prononcées lorsque le jugement est rendu. Les reproches adressés à Lelièvre et Angers, qui sont moins exhaustifs et rigoureux, semblent donc justifiés, bien que nous n'ayons pas examiné d'autres causes pour confirmer cela. Cependant, des problèmes du même genre ont été relevés pour 11 décisions différentes publiées dans divers périodiques de 1875 à 1900[184]. Par ailleurs, les notes des juges ne font pas partie du dossier. Il est très rare d'en trouver un exemplaire dans les archives. Les cahiers de juges Sewell et Reid sont bien connus, mais nous en avons retracé un seul autre, celui du juge René-Édouard Caron, de la Cour du banc de la reine[185]. Plusieurs de ces notes sont reproduites intégralement dans les *Décisions des tribunaux du Bas-Canada*[186]. En revanche, de telles opinions ont de bonnes

180. *Lambert* c. *Gauvreau*, [1857] 7 D.T.B.-C. 277, 281-302 (j. en chef La Fontaine) et 303-305 (j. Aylwin) (B.R.).
181. *Lambert* c. *Gauvreau*, [1857] 1 L.C.J. 172, 206-219 (B.R.).
182. *Id.*, 219-221.
183. *Id.*, 221-223.
184. R. CRÊTE, préc., note 7, 228-231 ; comme cette autrice, nous appelons à des recherches additionnelles sur cette question.
185. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC (QUÉBEC), *Livres de délibéré (ou notes de délibéré), 1856-1858, Fonds René-Édouard Caron*, Cote P-26\5, 3e vol.
186. P. ex., comp. Id., fos 156-176 ; *Lawrence* c. *Stuart*, [1856] 6 D.T.B.-C. 294, 297-307 (B.R.).

chances d'être reproduites dans un mémoire ou un dossier d'appel[187].

De manière générale, de 1850 à 1867, certains juges se démarquent en rédigeant de véritables dissertations juridiques, plutôt que des notes plus ou moins sommaires, comme Louis-Hippolyte La Fontaine (nommé juge en chef de la Cour du banc de la reine en 1853), Thomas Aylwin, William Badgley, William Meredith[188]. Les opinions de La Fontaine constituent dans une certaine mesure un tournant, car elles se suffisent à elles-mêmes. En effet, il y présente clairement les procédures, les arguments des parties, les autorités pertinentes et le raisonnement qui conduit à sa décision. Assez souvent, il s'exprime au nom de tous ses collègues. D'autres juges formulent des opinions moins bien articulées, par exemple René-Édouard Caron, Lewis-Thomas Drummond, Jean-François Duval, Jean-Roch Rolland, Joseph-Rémi Vallières de Saint-Réal ou le juge en chef James Stuart.

L'époque où la plupart des membres de la magistrature méconnaissaient le droit d'origine française semble révolue[189], notamment parce que depuis l'avènement du gouvernement responsable, environ la moitié des juges sont francophones[190]. Néanmoins, avant 1837, les opinions de Sewell et Reid sont fort bien étayées, tandis que celles des juges Bowen, Foucher, Gale, Kerr, Pyke, Rolland, Uniacke ne sont pas passées à l'histoire,

187. Eric REITER, « Family Defamation in the Quebec Civil Courts: The View from the Archives », dans Lyndsay CAMPBELL, Ted McCOY et Mélanie MÉTHOT, *Canada's Legal Past*, Calgary, University of Calgary Press, 2020, p. 11-29, aux p. 15-16 ; Catharine MACMILLAN, « Empire's Law : Archives and the Judicial Committee of the Privy Council », dans Lyndsay CAMPBELL, Ted McCOY et Mélanie MÉTHOT, *Canada's Legal Past*, Calgary, University of Calgary Press, 2020, p. 103-113 ; JUDICIAL COMMITTEE OT THE PRIVY COUNCIL, « Rules issued by the Judicial Committee, directing Judges of the Courts in the Colonies and Foreign Settlements of the Crown to give their Reasons in writing for the Judgment appealed from, and to transmit the same with the Record [1845] », dans Frank SAFFORD et George WHEELER, *The practice of the Privy Council in judicial matters*, London, Sweet & Maxwell, 1901, p. 140-141.
188. Pour ce qui suit, voir M. MORIN, préc., note 161 ; M. MORIN, préc., note 10.
189. E. KOLISH, préc., note 87, p. 143-159.
190. L. RENAUD, préc., note 78, 486-487.

peut-être faute d'avoir été publiées (en supposant qu'ils aient fait connaître une opinion, car ils n'y étaient pas obligés). Tout cela pour dire que certains juges sont plus à l'aise à l'écrit. Les motifs de leurs collègues se ressentent d'une culture professionnelle orale qui perdure au moins jusqu'au début du XX^{e} siècle ; il suffit pour s'en convaincre de parcourir les recueils d'arrêts de la Cour du banc de la reine au tournant du siècle. En outre, le penchant pour l'oralité n'a certainement pas disparu au XXI^{e} siècle.

En terminant, il convient de rappeler qu'au milieu du XIX^{e} siècle, l'opinion d'un juge est toujours exposée oralement, peu importe qu'elle ait été soigneusement rédigée à l'avance ou qu'elle ait un caractère plus spontané. L'exemple de la Cour seigneuriale illustre à merveille la lourdeur du processus. Celle-ci doit régler un certain nombre de questions controversées par le biais d'une procédure analogue au renvoi[191]. Le gouvernement sollicite l'opinion de cette cour, qui est composée des juges de la Cour du banc de la reine et de la Cour supérieure. Ceux-ci siègent de manière discontinue à compter du 22 février 1855, jusqu'à ce qu'ils fassent connaître leurs réponses lors d'une audience qui débute le 6 mars 1856[192]. Ce jour-là, le juge en chef La Fontaine « commence préalablement la lecture de ses observations », qu'il termine le lendemain. Le juge en chef de la Cour supérieure, Edward Bowen, fait de même. Le 8 mars, les juges Aylwin et Caron lisent leurs notes, tandis que le juge Mondelet commence la lecture des siennes. Le 10 mars, il les termine, suivi des juges Duval et Day, mais le juge Smith ne peut conclure avant la levée de l'audience.

Le 11 mars, les juges Badgley et Meredith prennent en pitié les avocats, puisque le registre indique ce qui suit[193] :

191. *Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1854-55, sess. 1, 18 Vict., c. 3, art. 16.
192. Les renseignements qui suivent sont tirés de : BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC (VIEUX-MONTRÉAL), *Registre des procès-verbaux d'audience, vol. 11 – 1er juillet 1855-30 mai 1860, Fonds Cour du Banc de la Reine*, Cote TP9,S2,SS5,SSS11, f^{os} 47 et 77-78.
193. *Id.*, f^{o} 78.

> L'Honorable juge Smith termine la lecture de ses observations et les Honorables juges Badgley et Meredith lisent les leurs en les résumant.

La Cour fournit ensuite ses réponses aux questions qui lui ont été posées, afin qu'elles soient transcrites dans les registres. Il n'en va pas de même des « observations » des juges. Celles-ci sont publiées par les soins de Lelièvre et Angers. Celles du juge en chef La Fontaine occupent un volume entier, qui compte 432 pages[194]. Les observations des autres juges sont regroupées dans le volume B, qui totalise 320 pages[195].

De manière générale, les opinions manuscrites inédites conservent encore leur importance à cette époque, comme en fait foi ce commentaire du juge en chef La Fontaine[196] :

> J'en étais déjà venu à cette conclusion, lorsqu'on a porté à ma connaissance une cause dans laquelle la même question avait été soulevée devant la ci-devant Cour du Banc du Roi du district de Montréal. C'est la cause de Ruiter et autres, contre May et autres, jugée à Montréal (1) le 19 octobre 1824, dans le même sens que je viens d'exprimer, et le jugement a été confirmé en Cour d'Appel, le 20 janvier, 1825. (2) Ni l'un ni l'autre de ces jugements n'est motivé, le premier se bornant à dire que l'action est déboutée, et l'autre que le jugement, dont était appel, est confirmé. Néanmoins j'ai eu l'avantage de me procurer l'opinion de M. le juge Reid ; je le dois à l'obligeance de son neveu, M. Taylor ; et avec sa permission, je la transcris ici.

194. Siméon LELIÈVRE et François-Réal ANGERS (dir.), *Questions seigneuriales : compilation contenant l'Acte seigneurial de 1854, l'Amendement à l'Acte seigneurial de 1855, les questions soumises par le Procureur-Général du Bas-Canada, les contre-questions soumises par divers seigneurs, les procédés et décisions de la Cour spéciale constituée sous l'autorité de l'Acte seigneurial de 1854, les plaidoyers et les mémoires des avocats, et les observations des juges, etc.*, A, Lelièvre et Angers, 1856.
195. Siméon LELIÈVRE et François-Réal ANGERS (dir.), *Questions seigneuriales : compilation contenant l'Acte seigneurial de 1854, l'Amendement à l'Acte seigneurial de 1855, les questions soumises par le Procureur-Général du Bas-Canada, les contre-questions soumises par divers seigneurs, les procédés et décisions de la Cour spéciale constituée sous l'autorité de l'Acte seigneurial de 1854, les plaidoyers et les mémoires des avocats, et les observations des juges, etc.*, B, Lelièvre et Angers, 1856.
196. *Lambert* c. *Gauvreau*, préc., note 180, 299 ; voir l'opinion du j. Reid, p. 300-302.

La distinction entre le jugement officiel et les notes des juges subsiste d'ailleurs jusqu'à la fin du XIX[e] siècle[197]. Indirectement, le *Code de procédure civile* y fait allusion, en exigeant qu'une majorité de juges soient présents lorsque le jugement est prononcé[198].

* * *

Pour ce qui concerne la jurisprudence, l'*Acte d'Union* et le gouvernement responsable permettent de remédier aux pires abus du régime antérieur. Initialement, les critiques déplorent l'absence de motivation et les contradictions de la jurisprudence. Par la suite, la Cour d'appel est réorganisée à deux reprises. En 1849, elle est dotée de juges qui sont affectés de manière permanente à l'audition des appels en matière civile. Depuis 1843, le texte des jugements inscrits dans les registres doit être motivé, mais les juges continuent de livrer une opinion orale qui est parfois rédigée à l'avance. La *Revue de législation et de jurisprudence* (1845-1848) présente alors des éléments d'information diversifiés selon le type d'affaires et les renseignements disponibles : procédures, mémoires des parties, jugement du registre, opinion prise en note par un praticien, dissertation écrite, ou résumé des éditeurs. Ce périodique publie également des décisions anciennes, parfois rendues il y a plus de 20 ans. Dans l'ensemble, la présentation des affaires laisse à désirer.

Les éditeurs de cette revue, qui œuvrent à Québec, sont nommés « rapporteurs » officiels en 1850. Grâce à une subvention gouvernementale, ils publient régulièrement les *Décisions des tribunaux du Bas-Canada*. La communauté juridique montréalaise déplore toutefois que les éditeurs retiennent peu de décisions provenant de leur district et que les opinions attribuées aux juges n'aient pas été vérifiées par ceux-ci. En réaction, des avocats de cette ville fondent en 1857 le

197. R. CRÈTE, S. NORMAND et T. COPELAND, préc., note 3, 162.
198. M. MORIN, préc., note 10, 279-280.

Lower Canada Jurist, qui paraîtra jusqu'en 1891 et qui profite de la collaboration des juges. En effet, ceux-ci remettent les notes lues lorsqu'un jugement a été rendu. Plusieurs d'entre elles, très fouillées, sont rédigées à l'avance, souvent par des juges anglophones, mais la plupart ont un caractère sommaire que l'on peut attribuer au caractère oral des plaidoiries et de la prononciation du jugement.

Conclusion

La soif de précédents est aussi ancienne en France qu'en Angleterre. Les plaideurs et les juges valorisent ceux-ci au plus haut point, dans la mesure où le raisonnement qui sous-tend la décision est accessible, afin qu'ils puissent faire les distinctions qui s'imposent. En France, sous l'Ancien Régime, les motifs découlent des discussions ou des votes tenus lors des délibérés. Ils sont connus grâce aux indiscrétions de certains magistrats ou aux déductions d'avocats qui ont plaidé la cause. Avec le temps, les comptes rendus écrits que ceux-ci rédigent sont publiés par des arrêtistes. Il faut attendre la Révolution française pour que les jugements comportent des motifs, mais ceux-ci sont si laconiques que la doctrine doit reconstituer le contexte d'une affaire et le raisonnement des juges. À tout le moins, celui-ci a un caractère non écrit, voire oral.

En Angleterre, les juges exposent oralement leur raisonnement. Ces opinions sont prises en note et compilées. Certains de ces manuscrits sont publiés, mais ceux qui demeurent inédits ont aussi une grande autorité. Avec le temps, la remise de notes écrites à l'éditeur améliore grandement la fiabilité des recueils de jurisprudence. Dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord, des manuscrits de ce genre existent, mais ils ne sont pas publiés. Au XVIII^{e} siècle, il en va de même au Québec. Les recueils de jurisprudence apparaissent graduellement au XIX^{e} siècle, jusqu'à ce qu'ils soient publiés régulièrement à compter de 1851. On y trouve des jugements non motivés (avant 1843), d'autres qui tiennent en quelques

paragraphes, la transcription d'opinions orales de quelques paragraphes ou de quelques pages, et des dissertations fouillées.

Cette diversité est présente jusqu'en 1867, mais rien ne permet de penser qu'elle disparaît du jour au lendemain[199]. En 1892, le gouvernement québécois accorde au Barreau de la Province de Québec une subvention annuelle afin que celui-ci produise un recueil officiel des décisions des divers tribunaux québécois[200]. Considérés comme officiels parce qu'ils assurent la publication des opinions des juges, ces ouvrages paraîtront sans interruption jusqu'en 1974[201]. Néanmoins, il faut attendre jusqu'en 1954 pour qu'un arrêt de la Cour du banc de la reine puisse être déposé au greffe sans qu'une audience soit tenue pour le prononcer[202]. De nos jours, il est encore possible de rendre un jugement à l'audience et d'en dresser un procès-verbal, ou encore d'en obtenir la transcription[203]. La Cour suprême du Canada dispose aussi de certains pourvois oralement, en entérinant l'opinion d'un juge de la Cour d'appel ou en annonçant que les motifs de jugement suivront[204].

À l'heure actuelle, les jugements rendus à l'audience sont généralement assez courts et les questions à trancher demeurent simples. Néanmoins, ils témoignent d'une époque où le raisonnement des juges était communiqué oralement aux parties, même si le jugement inscrit dans les registres contenait des motifs qui exposaient sommairement les faits de la cause et la règle de droit applicable. Paradoxalement, dans la tradition de droit civil comme dans celle de common law, s'il devient nécessaire de déterminer dans quelle mesure un précédent est susceptible de s'appliquer dans un contexte factuel différent,

199. R. CRÊTE, S. NORMAND et T. COPELAND, préc., note 3.
200. S. NORMAND, préc., note 7, 172.
201. G. TANGUAY et D. BOYER, préc., note 3, 187-188.
202. M. MORIN, préc., note 10, 279-280.
203. *Code de procédure civile*, préc., note 9, art. 334 et 387.
204. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, préc., note 8, art. 26 ; voir p. ex. *R.* c. *Waterman*, 2021 CSC 5 (arrêt rendu oralement) ; *R.* c. *Chouhan*, CSC (n° à venir) (2020), en ligne : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/18497/index.do> (consulté le 6 février 2021) (motifs à suivre).

le syllogisme judiciaire ne se suffit pas à lui-même. En effet, pour répondre à une telle question, il est indispensable de comprendre le raisonnement des juges. En définitive, par-delà les traditions et les époques, l'analogie juridique échappe à la formalisation et donne à la « jurisprudence des arrêts » son caractère fuyant et insaisissable.

* * *

DEUXIÈME PARTIE

De la Confédération à la Révolution tranquille