

L'inconstitutionnalité des pouvoirs du protonotaire spécial

Serge Bouchard, Marie-Michèle Lavigne and Pascal Renaud

Volume 22, Number 2, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042443ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042443ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bouchard, S., Lavigne, M.-M. & Renaud, P. (1981). L'inconstitutionnalité des pouvoirs du protonotaire spécial. *Les Cahiers de droit*, 22(2), 429–454. <https://doi.org/10.7202/042443ar>

Article abstract

The office of special prothonotary was created in 1975 by an amendment to the Code of Civil Procedure. The main purpose of the change was to ease the administration of justice before the courts. For this reason, the special prothonotary received many assignments which were reserved until then to a judge sitting in chambers and even to the court itself.

Such transfer of duties and powers may conflict with section 96 of the BNA Act, which acts as a bar to prevent the withdrawal of judicial functions from a superior, county or district court.

This paper deals with the interferences between various sections of the Code of Civil Procedure and section 96 of the BNA Act.

The first part of the paper deals with the approach adopted by the courts. The true test, according to the case-law, is to determine the nature of the function involved. Since only judicial functions are protected by section 96, it is *intra vires* the Legislature of Quebec to confer on a board or tribunal administrative or ministerial powers.

If the transfer involves judicial functions, the courts will use the test adopted by the Privy Council in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works* and by Sir Lyman Duff in *In re Adoption Act*, and examine whether the transferee is analogous to a superior, district or county court.

The courts will also have to apply the « 1867 statute books test » : was the particular function conferred to the prothonotary before 1867 ?

If the results of each of the two tests are affirmative, then the function is one protected by section 96 of the BNA Act and its transfer is *ultra vires* the provincial Legislature.

If the results are negative, the courts will examine if the provisions involved have the effect of vesting in the special prothonotary the powers of a superior court judge. If the courts conclude that it is so, then, the assignment is *ultra vires* the powers of the provincial Legislature.

The second part deals with each of the assignments transferred to the special prothonotary. These are threefold in nature:

1. Actions by default to appear or by default to plead under article 195 C.C.P. ;
2. Jurisdiction under article 44.1(1) C.C.P. ;
3. Interlocutory or incidental proceedings, contested or not, but, if so, with the consent of the parties.

The paper concludes that most of the provisions dealing with the duties and powers of the special prothonotary are unconstitutional

L'inconstitutionnalité des pouvoirs du protonotaire spécial

Serge BOUCHARD *
Marie-Michèle LAVIGNE **
Pascal RENAULD ***

The office of special prothonotary was created in 1975 by an amendment to the Code of Civil Procedure. The main purpose of the change was to ease the administration of justice before the courts. For this reason, the special prothonotary received many assignments which were reserved until then to a judge sitting in chambers and even to the court itself.

Such transfer of duties and powers may conflict with section 96 of the BNA Act, which acts as a bar to prevent the withdrawal of judicial functions from a superior, county or district court.

This paper deals with the interferences between various sections of the Code of Civil Procedure and section 96 of the BNA Act.

The first part of the paper deals with the approach adopted by the courts. The true test, according to the case-law, is to determine the nature of the function involved. Since only judicial functions are protected by section 96, it is intra vires the Legislature of Quebec to confer on a board or tribunal administrative or ministerial powers.

If the transfer involves judicial functions, the courts will use the test adopted by the Privy Council in Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works and by Sir Lyman Duff in In re Adoption Act, and examine whether the transferee is analogous to a superior, district or county court.

The courts will also have to apply the « 1867 statute books test »: was the particular function conferred to the prothonotary before 1867?

If the results of each of the two tests are affirmative, then the function is one protected by section 96 of the BNA Act and its transfer is ultra vires the provincial Legislature.

* LL.L., LL.B., Ottawa.

** LL.L., Montréal.

*** LL.B., Québec.

If the results are negative, the courts will examine if the provisions involved have the effect of vesting in the special prothonotary the powers of a superior court judge. If the courts conclude that it is so, then, the assignment is ultra vires the powers of the provincial Legislature.

The second part deals with each of the assignments transferred to the special prothonotary. These are threefold in nature :

1. *Actions by default to appear or by default to plead under article 195 C.C.P. ;*
2. *Jurisdiction under article 44.1(1) C.C.P. ;*
3. *Interlocutory or incidental proceedings, contested or not, but, if so, with the consent of the parties.*

The paper concludes that most of the provisions dealing with the duties and powers of the special prothonotary are unconstitutional.

	<i>Pages</i>
Introduction	431
1. L'article 96 de l'AANB et son interprétation jurisprudentielle	432
1.1. La qualification des fonctions exercées par le protonotaire spécial	432
1.1.1. La nécessité de qualifier	432
1.1.2. Incidence de la qualification de l'organisme sur la qualification de certains pouvoirs	433
1.1.3. Les critères de qualification	434
1.1.3.1. Le critère de la personne exerçant le pouvoir	434
1.1.3.2. Le critère de la procédure	435
1.1.3.3. Le critère du fondement de la décision	435
1.1.3.4. Le critère de l'effet de la décision	435
1.1.3.5. Le critère de la décision ferme	436
1.1.4. Conclusion sur la qualification	437
1.2. Les différentes méthodes d'interprétation de l'article 96	438
1.2.1. Les trois méthodes d'interprétation de l'article 96	438
1.2.2. Méthode d'interprétation des pouvoirs du protonotaire spécial	439
1.2.3. Conclusion sur la méthode d'interprétation	442
2. Analyse des pouvoirs du protonotaire spécial	443
2.1. Classification des pouvoirs du protonotaire spécial	443
2.2. La procédure devant le protonotaire de la Cour supérieure en 1867	444
2.3. Étude comparative	446
2.3.1. Les pouvoirs en vertu de l'article 195 C.P.C.	446
2.3.2. Les pouvoirs sous l'article 44.1 al.1 C.P.C.	448
2.3.2.1. Réunion d'actions	448
2.3.2.2. Cautionnement	449

	<i>Pages</i>
2.3.2.3. Assignation selon 282 C.P.C.	449
2.3.2.4. Production des pièces	449
2.3.2.5. Examen médical	450
2.3.2.6. Requête pour précisions	450
2.3.2.7. Requête pour amender	450
2.3.2.8. Substitution de procureur	451
2.3.2.9. Nomination d'un praticien	451
2.3.2.10. Requête pour être relevé du défaut	451
2.3.2.11. Requête pour cesser d'occuper	452
2.3.3. Les pouvoirs selon l'article 44.1 al. 2 C.P.C.	452
2.3.3.1. Incidents et interlocutoires non contestés	452
2.3.3.2. Incidents et interlocutoires déferés avec l'accord des parties	453
2.4. Conclusion quant aux pouvoirs du protonotaire spécial	453
Conclusion	454

Introduction

La fonction du protonotaire spécial a été créée en 1975 afin d'améliorer l'administration de la justice devant nos tribunaux de droit commun¹. On accorda à cette fonction des pouvoirs auparavant réservés au juge en chambre et, parfois même, au tribunal.

Nous examinerons dans cet article, les attributions exclusives du protonotaire spécial susceptibles d'entrer en conflit avec l'article 96 de l'AANB². En vertu de cette disposition, le Gouvernement fédéral nomme les juges des cours supérieures, de district et de comté établies par les provinces. Ces dernières ont compétence pour créer et administrer les tribunaux selon l'article 92(14). D'autre part, seul Ottawa a l'autorité pour nommer les juges des cours de juridiction supérieure.

Dans le cas du protonotaire spécial, le problème constitutionnel se pose comme suit: l'Assemblée nationale peut-elle lui accorder des attributions semblables au type de juridiction exercée par une cour visée à l'article 96 de l'AANB?

1. Remarquons que cet officier judiciaire fut introduit d'abord sous la désignation de « protonotaire désigné ou protonotaire adjoint désigné » en 1972 par L.Q. 1972, c. 70, art. 10, et L.Q. 1975, c. 83, L.Q. 1977, c. 73.

2. L'article 96 de l'AANB se lit comme suit:
« Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick. »

Nous n'examinerons que les fonctions exclusivement attribuées au protonotaire spécial. Ces attributions se divisent en trois catégories :

1. les actions par défaut de comparaître ou *ex parte* sous l'article 195 C.P.C. ;
2. la juridiction sous 44.1 al. 1 C.P.C. ;
3. la juridiction de consentement entre les parties dans les cas de procédures interlocutoires ou incidentes selon le deuxième alinéa de 44.1 C.P.C.

Notre article se divisera en deux grands chapitres. Il était important de cerner, dans un premier temps, l'approche des tribunaux lorsque confrontés à l'application de l'article 96 de l'AANB. Le second chapitre appliquera les principes précédemment établis à l'étude de la constitutionnalité des pouvoirs du protonotaire spécial.

1. L'article 96 de l'AANB et son interprétation jurisprudentielle

1.1. La qualification des fonctions exercées par le protonotaire spécial

1.1.1. La nécessité de qualifier

Il est bien établi en jurisprudence³ que l'article 96 ne s'applique qu'à un organisme ou un tribunal exerçant des fonctions judiciaires. Le Conseil privé, en 1948, était clair à ce sujet. En présence d'un organisme administratif, (ceci incluant les officiers de justice, comme nous le verrons), le tribunal devra au préalable vérifier s'il exerce des fonctions judiciaires.

«The question for determination has been stated as a double one. And so logically it is. For it should first be asked whether the appellant board when it makes an order under sec. 5(e) of the Act is exercising judicial power. If it is not, then it is not a court at all and cannot be a "Superior, District or County Court," or a court analogous thereto.»⁴

La Cour suprême du Canada a confirmé cette approche dernièrement dans l'affaire *P. G. Québec v. Farrah*⁵ où le juge en chef Laskin distingue entre les fonctions administratives et judiciaires du Tribunal des transports :

3. *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Work Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055 ; [1949] A.C. 134 ; 3 Olmsted 557.

4. *Supra*, note 3, p. 565 dans Olmsted, et *Dupont v. Inglis*, [1958] R.C.S. 535, p. 541.

5. [1978] 2 R.C.S. 638.

« Ni l'alinéa 58b), ni l'article 56 n'impliquent de fonction que l'on peut qualifier de "judiciaire" aux fins de l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ; par contre, c'est manifestement le cas de l'alinéa 58a). »⁶

Aucun des critères de qualification utilisés n'a de valeur déterminante à lui seul. Relevée dans la loi, la présence d'un de ces critères n'assure pas que le juge conclura à l'exercice de fonctions judiciaires. De plus, il est important de noter les très sérieuses réserves qu'ont les tribunaux à naviguer dans les méandres de la qualification de la fonction attaquée. Les nombreuses difficultés qu'entraîne la qualification poussent souvent nos tribunaux à refuser d'examiner la question en ignorant tout simplement ce critère⁷.

1.1.2. Incidence de la qualification de l'organisme sur la qualification de certains pouvoirs

Il fut un temps où la tendance jurisprudentielle était à l'effet de qualifier les pouvoirs d'un organisme par rapport à sa nature propre. Si l'organisme visé exerçait des fonctions judiciaires et était présidé par des personnes nommées par les provinces, on déclarait l'inconstitutionnalité selon l'article 96 de l'AANB. Cette position trouve son fondement dans l'arrêt *Toronto Corp. v. York Corp.*⁸ Le Conseil privé décida qu'un organisme administratif provincial n'était pas valablement constitué pour recevoir des attributs judiciaires ; ceux-ci étant réservés aux organismes présidés par une personne nommée sous l'empire de l'article 96 de l'AANB. Cette interprétation a été critiquée par le juge en chef de la Cour suprême du Canada, Bora Laskin, en ces termes :

« When *Toronto v. York* was before the Ontario Court of Appeal ([1937] O.R. 177) [1937] 1 D.L.R. 175, Rowell C.J.O. reviewed the existing authorities and lent emphasis to the view that a provincial tribunal may not be empowered "to determine purely judicial questions such as are normally determined by Courts of Justice" and that it was ultra vires the provincial legislature to confer on such a board "judicial fonctions". The Privy Council gave its imprimatur to this view, although a decade later in the John East case it was made clear that *Toronto c. York* had proceeded on a consideration of only the first of the two relevant questions under s. 96 and had, indeed, assumed that the exercise of a "judicial power" was sufficient to raise the ban of s. 96. »⁹

Tout récemment, le juge en chef réitéra sans équivoque, son opinion :

« Il fut un temps où l'on pouvait interposer l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique pour faire obstacle à un organisme administratif pour la seule

6. *Supra*, note 5, à la page 644.

7. *Attorney-General for Ontario and Display Service Ltd v. Victoria Medical Building Ltd*, opinions distinctes des juges Kerwin et Judson, [1960] R.C.S. 32, p. 37.

8. [1938] A.C. 415 ; 3 Olmsted 266.

9. B. LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, 4^e éd., par A. S. Abel, Toronto, Butterworths, 1973, p. 785.

raison qu'il avait des attributions judiciaires. Ces temps sont révolus. *Toronto v. York*, qui avait élevé une barrière contre les tribunaux administratifs provinciaux pour ce motif, a été sévèrement restreint par *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd*. Dans cet arrêt, le Conseil privé fit remarquer que la question de la portée de l'article 96 n'est pas définitivement réglée si l'on reconnaît à un tribunal administratif provincial un pouvoir judiciaire, car il faut alors se demander si cette juridiction correspond à celle d'une cour supérieure, de comté ou de district. Cette Cour a adopté et précisé ce critère en retenant, comme dans *A.E. Dupont c. Inglis*, qu'il faut faire une distinction entre la nature du tribunal et le type de pouvoir judiciaire qu'il exerce, le cas échéant. »¹⁰

C'est à bon droit que nous pouvons donc dire que l'article 96 vise certains pouvoirs judiciaires. Un organisme provincial pourra toutefois recevoir, dans une certaine limite¹¹, des attributions judiciaires.

1.1.3. Les critères de qualification

Pour les besoins de cette étude, nous utiliserons la jurisprudence des provinces de common law qui ont eu à interpréter l'article 96 de la constitution relativement au *Master*. Ce dernier correspond à peu de chose près, à notre protonotaire spécial. Le plus élevé des officiers de justice des cours supérieures de common law exerce des fonctions administratives et judiciaires. Le Gouvernement de chaque province le nomme¹².

1.1.3.1. Le critère de la personne exerçant le pouvoir

La jurisprudence¹³ minoritaire était à l'effet que les *Masters* n'étaient que des officiers de justice qu'on ne pouvait soumettre à la règle de l'article 96. Les arrêts plus récents n'ont pas retenu cette interprétation¹⁴.

Les tribunaux utiliseront plutôt les différentes méthodes d'interprétation expliquées plus loin¹⁵.

10. *Supra*, note 5, p. 642.

11. Voir la partie 2.

12. J. INFANTE, *Le Protonotaire de la Cour supérieure du Québec et le Master de la Cour suprême de l'Ontario : une étude comparative*, Faculté de droit, Université Laval, Québec, décembre 1975.

13. *Regina Ex. Rel. McGuire v. Bukett*, (1891) 21 O.R. 163, *Ice Dominion Provident Benevolent and Endowment Association*, (1894) 25 O.R. 619; *Polson Iron Works Ltd v. Munns*, (1915) 24 D.L.R. 18 et Gilles PÉPIN dans *Les Tribunaux administratifs et la constitution*, Montréal, P.U.M., 1969, p. 242 et ss.

14. *Colonial Investment Loan Co. v. Grady*, (1915) 24 D.L.R. 176. *C. Huebert Ltd v. Sharman*, [1950] 2 D.L.R. 344, *Display Service Ltd v. Victoria Medical Building Ltd*, [1960] R.C.S. 32.

15. G. PÉPIN, *supra*, note 13, p. 251.

1.1.3.2. Le critère de la procédure

Un pouvoir judiciaire est généralement exercé dans le cadre d'une procédure contradictoire : « *a dispute between the parties* »¹⁶. La procédure suivie doit s'assimiler à celle d'une action en justice¹⁷. C'est à l'intérieur de ce cadre que le protonotaire spécial exerce ses fonctions. Il suffit de lire, pour s'en convaincre, l'article 44.1 C.P.C. qui établit sa juridiction même sur des procédures contestées. On procède devant le protonotaire spécial de la même façon que devant le juge ou le tribunal. L'article 195 C.P.C. décrit notamment que les dispositions des articles 280 à 331 C.P.C. s'appliquent aux enquêtes présidées par le protonotaire spécial.

Il forcera les témoins à comparaître. Il condamnera pour outrage au tribunal le témoin qui, sans raison valable, refuse de répondre ou refuse de produire des documents¹⁸. Il devra respecter la règle *audi alteram partem*¹⁹. Saisi d'un litige par requête ou action, de la même façon qu'un juge, la même procédure s'appliquera à l'enquête et audition devant lui. Son jugement aura la même force exécutoire que celle d'un jugement émanant du tribunal.

1.1.3.3. Le critère du fondement de la décision

La décision dite judiciaire se caractérise également par le fait qu'elle ne crée pas de droit, elle ne fait que déclarer des droits préexistants. Cette décision doit reposer sur les principes du droit ou sur la loi²⁰.

En n'appliquant que ce critère, on peut facilement qualifier les décisions du protonotaire spécial de judiciaires.

1.1.3.4. Le critère de l'effet de la décision

L'effet produit par la décision sur les droits des parties influe sur la qualification de la décision rendue.

Dans l'arrêt *Polson Iron Works Ltd*²¹, qui traite du pouvoir du *Master in chambers*²² de rejeter un plaidoyer avant enquête, le juge en chef Harvey déclare que ce pouvoir ne saurait être inconstitutionnel parce que, entre autres

16. *Supra*, note 4, p. 538.

17. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Précis de contentieux administratif*, Montréal, Thémis, 1977, p. 89 et ss.

18. 313 C.P.C.

19. 5 C.P.C.; P.E. AUDET, « La juridiction du protonotaire spécial en vertu du Code de Procédure », (1980) 40 *R. du B.* 179, p. 187.

20. *Giroux v. Maheux*, [1947] B.R. 163, p. 168.

21. *Supra*, note 12.

22. Par opposition au *Master in open court*.

motifs, le *Master*, dans l'exercice de son pouvoir décisionnel, « *is not trying the rights of the parties.* »²³

Lorsque le protonotaire spécial juge des litiges en vertu de l'article 195 C.P.C., sa décision affecte les droits des parties comme si le tribunal en avait été saisi. Le critère de l'effet de la décision colle bien à l'article 195 C.P.C.

Ce même critère appliqué à l'article 44.1 C.P.C. ne conduit pas d'emblée à la même conclusion. En effet, les décisions prises en vertu de cette disposition ne portent que sur des questions de « procédure accessoire » devant faciliter l'audition de la cause. Le protonotaire spécial ne statue ni sur le fond du litige, ni sur les droits en cause. Le tribunal par son jugement final aura le loisir de modifier la décision de ce dernier, par exemple, en rendant des jugements différents sur deux causes d'actions antérieurement réunies ou encore en rejetant comme non pertinents des amendements précédemment permis.

Vu de cette façon, les décisions rendues en vertu de l'article 44.1 C.P.C. ne viseraient qu'à faciliter l'administration de la justice et ne pourraient être qualifiées de judiciaires. Elles seraient donc exclues du champ d'application de l'article 96. Le lecteur doit cependant noter que dans une situation donnée, les tribunaux mettant plus d'emphasis sur un autre critère de qualification, décideront alors que la fonction exercée est, dans un tel cas, judiciaire.

1.1.3.5. Le critère de la décision ferme

À l'instar d'une cour de justice, l'exercice d'un pouvoir judiciaire implique une prise de position ayant force exécutoire par opposition aux simples pouvoirs de recommandation et de rédaction d'un rapport qui n'ont qu'un aspect suggestif. Ce critère a souvent eu une importance capitale en jurisprudence²⁴.

L'arrêt *Display Service Co. Ltd*²⁵ a créé une certaine confusion quant à l'application de ce critère. En effet, le juge Judson a semblé vouloir utiliser le critère de la décision finale non pas pour qualifier le pouvoir exercé par le *Master* mais pour en contrôler l'admissibilité sous l'article 96. D'ailleurs, voici comment il s'exprima :

« Nevertheless, it is my opinion that the judgment under appeal is well founded and that this legislation is in conflict with the appointing power under s. 96 of the British North America Act, and I reach this conclusion for two reasons — the

23. *Supra*, note 12, p. 22. Cependant, selon les faits en litige, il semble que le juge Harvey ait mal appliqué le principe. Voir aussi G. PÉPIN, *supra*, note 13, p. 244.

24. *Dupont v. Inglis*, *supra*, note 4; *Display Service Co. Ltd v. Victoria Medical Building Ltd*, *supra*, note 9; *Zacks v. Zacks*, [1973] R.C.S. 891.

25. *Supra*, note 22 (pour les faits, voir *infra*, note 44).

nature of the jurisdiction which is conferred upon the Master and the fact that he is given the power of final adjudication in these matters, subject to the usual right of appeal to the Court of Appeal as from a single judge. »²⁶

Cependant, il nous semble qu'il aurait été suffisant de dire que le pouvoir exercé était judiciaire et ensuite d'appliquer le second aspect du test tel qu'établi dans l'affaire *Labour Relations*²⁷. Il est également important de vérifier si le pouvoir qu'a le juge ou le tribunal de réviser les décisions du protonotaire spécial rendues sous 44.1 a pour effet de leur soustraire leur caractère de décisions finales.

Selon nous, ce pouvoir de révision ne modifie en rien la nature du pouvoir conféré au protonotaire spécial, ce dernier étant investi d'une compétence originairement dévolue à un tribunal. Cela ne signifie pas que la Cour supérieure n'a plus juridiction dans les cas de 44.1 C.P.C.²⁸

Cependant, à partir du moment où le protonotaire spécial exerce ces attributions, sa juridiction devient exclusive jusqu'au moment où il rend sa décision ou défère le dossier selon l'article 45 C.P.C.²⁹ De plus, on peut parler d'une adjudication finale par le protonotaire spécial puisque la révision n'est pas automatique mais bien une discrétion exercée par le juge ou le tribunal³⁰. Somme toute, à l'égard de ce critère, les décisions du protonotaire spécial peuvent être qualifiées de judiciaires.

1.1.4. Conclusion sur la qualification

Appliquant les différents critères ci-haut énumérés, nous croyons que les fonctions exercées conformément à l'article 195 sont de nature judiciaire. La solution n'est plus aussi simple lorsqu'on aborde la qualification des pouvoirs dévolus à l'article 44.1 al. 1 et 2.

Il est difficile de définir l'importance réelle d'une décision rendue sur une procédure interlocutoire ou incidente puisqu'il s'agit de moyens permettant de faciliter ou d'accélérer l'audition. En se basant sur le critère de l'effet de la décision sur les droits des parties, un tribunal pourrait ne pas qualifier ce pouvoir de judiciaire. Comme exprimé précédemment, l'importance à attribuer à chacun de ces critères n'est pas déterminée. Nous croyons que les pouvoirs décrits aux paragraphes 1 et 2 de l'article 44.1 peuvent être qualifiés de

26. *Supra*, note 7, p. 42. C'est nous qui soulignons.

27. *Supra*, note 3.

28. J. ANCTIL, « Le superprotonotaire à l'article 44a du Code de Procédure Civile », (1976) 7 *R.D.U.S.* 179, p. 180.

29. P.E. AUDET, *supra*, note 19, p. 207-208.

30. *Supra*, note 7, opinion du juge en chef Kerwin, p. 39 et opinion du juge Judson, pp. 45-46.

judiciaires et soumis au contrôle de l'article 96 de l'AANB sous réserve, cependant, des hésitations exposées plus haut.

1.2. Les différentes méthodes d'interprétation de l'article 96

1.2.1. Les trois méthodes d'interprétation de l'article 96

Vu l'obscurité de l'article 96 de l'AANB, les tribunaux ont été amenés à créer des méthodes d'interprétation définies par les auteurs comme suit :³¹

- a) Selon la *théorie particulariste* ou historique, on conclut à l'inconstitutionnalité de certaines fonctions judiciaires du protonotaire spécial lorsqu'il exerce des fonctions qui appartenaient, en 1867, à une cour visée par l'article 96.
- b) Selon la *théorie fonctionnaliste*, on se demande si les fonctions judiciaires exercées par le protonotaire spécial font partie des attributions normales d'une cour de justice supérieure selon l'article 96 de l'AANB.
- c) Selon la *théorie globaliste*, on tente de découvrir si l'ensemble des fonctions judiciaires attribuées au protonotaire spécial change sa nature à un point tel qu'il se métamorphose en une cour de juridiction supérieure au sens de l'article 96.

Malheureusement, les tribunaux ont appliqué ces trois théories avec grande confusion et peu de cohérence³². C'est pourquoi, certains auteurs³³ ont préféré parler de deux tendances bien distinctes :

1. La méthode d'interprétation large de l'article 96 de l'AANB dite fonctionnaliste ;
2. La méthode d'interprétation stricte de l'article 96 de l'AANB dite globaliste.

Pour les fins de notre exposé, nous préférons exposer la jurisprudence propre à chacune des trois théories.

31. J. WILLIS, « Sect. 96 and the BNAA », (1940) 18 *R. du B. Can.* 517 ; G. PÉPIN, *supra*, note 12, p. 110 ; R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, vol. 2, Québec, P.U.L., 1974, p. 1123 ; J. DESLAURIERS, « La Cour Provinciale et l'article 96 », (1977) *C. de D.* 881.

32. R. DUSSAULT, *supra*, note 31, p. 1124.

33. Principalement G. PÉPIN, *supra*, note 12 et R. DUSSAULT, *supra*, note 31.

1.2.2. Méthode d'interprétation des pouvoirs du protonotaire spécial

Examinons la jurisprudence applicable au protonotaire spécial et au *Master* des cours supérieures des provinces de common law. Cette analyse permettra de vérifier quelle théorie est généralement appliquée à ces officiers de justice et quelle approche nos tribunaux ont adoptée pour déterminer la constitutionnalité de leurs pouvoirs.

À notre connaissance, aucun arrêt québécois n'a abordé le problème de la constitutionnalité des pouvoirs du protonotaire spécial³⁴. Pourtant, dans les provinces de common law, cette juridiction a souvent été contestée.

L'affaire *Colonial Investment and Loan Co. v. Grady*³⁵ est la première cause à se prononcer véritablement sur le sujet puisque avant ce temps, la jurisprudence était à l'effet que l'article 96 de l'AANB ne visait pas les officiers de justice³⁶. Le juge Stuart décida que les dispositions de la loi, concernant des procédures hypothécaires, donnaient entière discrétion au *Master* pour exercer certains pouvoirs judiciaires appartenant à un juge d'une cour visée par l'article 96 de l'AANB et les jugea inconstitutionnelles.

« It seems to me that it is impossible to avoid the conclusion that by such legislation the Master was constituted in effect a Judge of the Supreme Court, with a jurisdiction limited, indeed, to its extent, but not in its content ; that is, limited to a certain very important branch of litigation, but practically unlimited within that sphere, and subject only, with respect to his final judgment, to an appeal to the Appellate Division in the same way as a final judgment of any ordinary Judge of the Supreme Court. »³⁷

Cependant, le juge ajoutait que ces considérations ne s'appliquaient pas dans les cas ordinaires des règles de pratique³⁸ de la Cour :

« This view does not, of course, touch the question of the position of the Masters under the ordinary rules of Court, with regard to which very different consideration would apply ».³⁹

Il est important de noter que cette distinction n'a pas été retenue par les tribunaux⁴⁰. Le juge Stuart a appliqué la théorie fonctionnaliste en examinant

34. J. ANCTIL, dans un article de doctrine, a soulevé le problème : *supra*, note 28, p. 281.

35. *Supra*, note 14.

36. *Supra*, note 12.

37. *Supra*, note 35, p. 179.

38. Les règles de pratique en common law sont l'équivalent de notre *Code de procédure civile*. Voir *Supreme Court of Ontario, Rules of Practice*, R.R.P. 1970, règl. 545.

39. *Supra*, note 35, p. 179.

40. Voir la critique de G. PÉPIN, *supra*, note 13, p. 246.

la nature de la discrétion exercée par le *Master*. Celle-ci équivalait, selon lui, à l'exercice de la juridiction d'un juge d'une cour visée par l'article 96.

Dans l'affaire *C. Huebert Ltd v. Sharman*⁴¹, il fut décidé que la province du Manitoba ne pouvait permettre aux juges des cours de comté de déléguer à des « arbitres en chambres » leurs pouvoirs judiciaires en matière de privilèges issus du *Mechanics' Lien Act*. La Cour d'appel a appliqué la question-test développée par Sir L. Duff dans *In re Adoption Act*⁴² et *Labour Relations*⁴³ :

« The question for solution here is the same as in these two cases. That question is: Does the jurisdiction conferred on the Referee by the order made by the County Court Judge under s. 56 (of Mechanics' Lien Act) broadly conform to the type of jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts? »⁴⁴

Il est important de noter qu'une réponse affirmative à cette question entraîne la constitutionnalité de la fonction visée. Cependant, une réponse négative ne veut pas dire que les pouvoirs de l'organisme visé sont nécessairement inconstitutionnels. Il s'agira d'abord de vérifier si les fonctions exercées par l'organisme en question sont de nature judiciaire et deuxièmement, si l'organisme s'est effectivement métamorphosé en une cour visée par l'article 96⁴⁵.

Les juges de la Cour d'appel ont appliqué la méthode fonctionnaliste en disant qu'il y avait exercice, par des personnes désignées par la province, d'une juridiction analogue à celle exercée en 1867 par un juge d'une cour visée par l'article 96.

La Cour suprême du Canada a eu à se prononcer sur un problème similaire dans l'affaire *Display Service Co. Ltd v. Victoria Medical Building Ltd*⁴⁶. *Display Service* avait obtenu un privilège suite à un jugement rendu par le *Master* en vertu d'une disposition du *Mechanics' Lien Act*. La Loi prévoyait qu'à la demande d'une des parties, l'affaire devait être réglée par un juge de la Cour suprême de l'Ontario⁴⁷.

Le juge en chef Kerwin, tel qu'il était alors, après avoir noté que le privilège de l'entrepreneur était inexistant en common law en 1867, régla le

41. (1950) 2 D.L.R. 344.

42. [1938] R.C.S. 348.

43. *Supra*, note 3.

44. *Supra*, note 41, p. 346-347.

45. Ceci est conforme au test adopté par le Conseil privé dans *Labour Relations*, 3 Olmsted 557, p. 561, à savoir : « The question is, therefore, a double one — a) whether the appellant board exercises judicial power and — b) if so, whether in that exercise it is a tribunal analogous to a Superior Court, District or County Court ». Voir aussi G. PÉPIN, *supra*, note 13, p. 192.

46. *Supra*, note 7.

47. La High Court de l'Ontario est la division de première instance de la Supreme Court de l'Ontario.

litige en appliquant la question-test de Sir L. Duff dans *In re Adoption Act*⁴⁸. Répondant par la négative à la question, il conclut que le *Master* exerçait alors les pouvoirs d'une cour de juridiction supérieure au moment de la confédération⁴⁹.

Le juge Judson et quatre de ses confrères ont accepté ce critère pour déclarer inconstitutionnel l'article 56 du *Mechanics' Lien Act*. Cependant, ils ont ajouté un second critère : le pouvoir « *of final adjudication* »⁵⁰. En effet, le juge Judson démontra que le *Master* avait le droit de rendre des décisions finales sujettes à l'appel et que sa juridiction ne se limitait pas à la simple présentation d'un rapport au juge comme dans le cas de l'arbitre⁵¹. Quant à ce deuxième point, nous vous référons à ce qui a été écrit précédemment à l'effet que ce critère est inutile et ne devrait servir qu'à qualifier la fonction exercée par le *Master*.

La Cour suprême du Canada a clairement indiqué son intention d'appliquer la théorie fonctionnaliste au *Master*, et de considérer l'article 96 comme protégeant les attributions des cours de justice supérieures. À cet effet, le juge Judson déclarait :

« Section 96 operates as a limiting factor. If this were not so, there would be nothing to prevent the withdrawal of any judicial function from a s. 96 appointee and its assignment to the Master ».⁵²

D'ailleurs, le juge en chef Laskin dans l'affaire *P.G. Québec v. Farrah*⁵³ vient de réitérer cette opinion. La jurisprudence a suivi cet arrêt clé de la Cour suprême⁵⁴. D'ailleurs on peut s'interroger : est-ce que la théorie globaliste peut s'appliquer au cas du protonotaire spécial? L'arrêt le plus récent à avoir appliqué cette théorie, soit l'arrêt *Tomko v. Labour Relations Board*^{54a} en établi, par la voix du juge en chef, certains modes d'application :

« Le principe sur lequel on s'est fondé dans l'arrêt Tremblay est celui que l'on peut tirer de l'arrêt John East, où l'on souligne bien la nature de la Commission des relations de travail, un organisme non judiciaire mais spécialisé ayant le

48. *Supra*, note 42.

49. Cependant, voir nos commentaires quant à l'application de cette question-test, note 45.

50. *Display Service Co. Ltd v. Victoria Medical Building Co.*, *supra*, note 7, p. 42.

51. Le *referee* a des fonctions spéciales dans les tribunaux de common law.

52. *Supra*, note 7, p. 43.

53. *Supra*, note 5, p. 642-643 ; « Le juge Rand qui a rendu le jugement de cette Cour dans l'affaire Dupont, faisait remarquer que si le pouvoir judiciaire en cause n'est pas de ceux qui appartiennent exclusivement aux cours visées à l'art. 96, il peut être attribué à un tribunal provincial de quelque nature qu'il soit. »

54. *Schrier v. Bernstein*, (1962) 33 D.L.R. (2d) 305 ; *Zacks v. Zacks*, *supra*, note 24, *Lucy v. Interbuild Development Ltd*, (1975) 48 D.L.R. (3rd) 150.

54a [1977] 1 R.C.S. 112, p. 124.

pouvoir, limité et discrétionnaire, d'accorder les redressements nécessaires pour faire respecter les principes de la législation ».

... « À mon avis, le même principe s'applique en l'espèce à l'égard du pouvoir additionnel jugé nécessaire pour permettre à l'organisme administratif de faire cesser les grèves et lock-out illégaux en exerçant un pouvoir de redressement qui consiste à provoquer ou forcer un règlement du litige qui a mené à l'activité illégale ou à faire cesser cette activité de façon péremptoire par un ordre provisoire de ne pas faire. »

Il semble acquis qu'il faut restreindre l'application de la théorie globaliste à des organismes non judiciaires, ou administratifs.

Comme nous l'expliquons ci-bas, le protonotaire d'avant 1867 n'avait qu'une vocation administrative contrairement, nous semble-t-il, au protonotaire spécial qui, lui, est un personnage à fonction essentiellement judiciaire. Nous ne pouvons soutenir que ce dernier ait une vocation non judiciaire.

Partant, la théorie globaliste recevant une application heureuse dans les cas d'organisme non judiciaire, nous avons préféré, pour les fins de notre étude, la mettre en veilleuse au profit d'une approche mieux adaptée à la nature de la fonction du protonotaire spécial.

1.2.3. Conclusion sur la méthode d'interprétation

Après un rapide survol de la jurisprudence relative à l'article 96 de l'AANB, il faut s'interroger sur la méthode d'analyse que nous utiliserons dans la partie 2 de notre article.

La jurisprudence actuelle veut que la vérification de la constitutionnalité des fonctions du protonotaire spécial se fasse par cas d'espèce et non par une analyse globale. En premier lieu on doit s'appliquer à qualifier la fonction ou le pouvoir exercé. Nous avons vu que l'article 96 ne vise que les fonctions judiciaires de l'organisme de quelque nature qu'il soit. Ensuite, il faut vérifier si le pouvoir judiciaire accordé au protonotaire spécial existait avant 1867 et s'il était confié à une institution non visée par l'article 96⁵⁵. Cette méthode, tout en s'identifiant à la méthode particulariste, n'en possède toutefois pas les limites. La méthode particulariste a des limites trop évidentes, notamment, lorsque la fonction judiciaire n'existait pas avant 1867 ou est impossible à déterminer. Cette étape s'inspire des arrêts *In re Adoption Act*⁵⁶ et *Dupont*⁵⁷ qui ont adopté le critère historique complété d'autres motifs. Si, à ce stade, nous découvrons que la fonction judiciaire en litige existait avant 1867 et

55. LASKIN, dans son volume « Canadian Constitutional Law », *supra*, note 9, appelle ce test : « 1867 Statute book test ». Voir aussi G. PÉPIN, *supra*, note 12, p. 252.

56. *Supra*, note 43, p. 420.

57. *Supra*, note 4, p. 540 et ss.

appartenait à une institution non visée par l'article 96, elle sera considérée constitutionnelle. Sinon, il faut passer à la troisième étape, à savoir : choisir entre la méthode d'interprétation large de l'article 96 (fonctionnaliste) ou la méthode d'interprétation stricte de l'article 96 (globaliste). L'étude de la jurisprudence a clairement démontré que dans les cas de pouvoirs judiciaires attribués au *Master*, on appliquait la méthode fonctionnaliste.

2. Analyse des pouvoirs du protonotaire spécial

D'après l'analyse jurisprudentielle et étant donné la méthode choisie précédemment⁵⁸, le lecteur ne sera pas surpris de la démarche que nous allons maintenant entreprendre. Nous nous appliquerons, ici, à comparer les attributions du protonotaire d'avant la confédération à celles exercées aujourd'hui par le protonotaire spécial. De cette comparaison, nous tirerons les conclusions quant à la constitutionnalité des fonctions du protonotaire spécial.

2.1. Classification des pouvoirs du protonotaire spécial

Le protonotaire avait, avant 1973⁵⁹, le pouvoir de rendre jugement, selon l'article 194 C.P.C. dans les actions *ex parte* et par défaut y énumérées. C'est en modifiant l'article 195 C.P.C. que le législateur a accordé au protonotaire spécial la juridiction pour statuer sur toutes les causes *ex parte* et par défaut autres que celles décrites à 194 C.P.C., hormis les actions en séparation de corps ou en annulation de mariage. Ainsi, en matière de jugement par défaut de comparaître et d'*ex parte*, on a accordé des pouvoirs qui étaient autrefois dévolus exclusivement au tribunal⁶⁰.

L'article 44.1(1) C.P.C. établit que le protonotaire spécial peut statuer sur toute demande contestée ou non portant sur la réunion d'actions, le cautionnement, l'assignation d'un témoin selon 282 C.P.C., la production ou le rejet de pièces, l'examen médical, les précisions, amendement et substitution de procureur, la nomination d'un praticien et la requête pour être relevé du défaut ou pour cesser d'occuper. Ainsi, dans les cas de réunion d'actions, de 168(7) et (8) C.P.C., amendement, nomination d'un praticien, requête pour être relevé du défaut de comparaître et de celle pour

58. *Supra*, conclusions de la partie 1.

59. L.Q. 1972, c. 70, art. 10, pour le protonotaire et le protonotaire adjoint désigné, et L.Q. 1977, c. 73, art. 7, pour le protonotaire spécial.

60. *Supra*, note 29, p. 280 et ss.

61. *Supra*, note 28, p. 281.

cesser d'occuper, le protonotaire spécial hérite de pouvoirs qui appartenaient autrefois au tribunal⁶¹. Il va sans dire que le tribunal conserve quand même sa juridiction quant à ces matières⁶².

Pour ce qui est des pouvoirs décrits à l'alinéa 2 de 44.1 C.P.C., le protonotaire spécial aura à les exercer au gré du bon vouloir des parties. En effet, selon le libellé de ce paragraphe, toute procédure interlocutoire et incidente contestée peut être présentée au protonotaire spécial du consentement des parties. Ainsi, des décisions sur des moyens tels que les requêtes pour rejet de défense, exception déclinatoire, mandat d'amener, annulation de saisie avant jugement ont déjà été rendues par le protonotaire spécial à Québec⁶³.

Le dernier alinéa de 44.1 C.P.C. prévoit dans tous les cas, la révision, par le juge ou le tribunal dans les dix (10) jours de la décision du protonotaire spécial. Nous considérons que l'existence de ce pouvoir n'a pas de véritable incidence sur le problème constitutionnel⁶⁴.

2.2. La procédure devant le protonotaire de la Cour supérieure en 1867

Brossons sommairement un tableau général du déroulement d'une action en première instance en 1867⁶⁵.

Comme aujourd'hui, une action commençait par un bref émis au nom du Souverain et délivré par le protonotaire (anciens 43-44-45 C.P.C.). Après comparution, les parties soumettaient les exceptions préliminaires (anciens 107 et ss. C.P.C.). Une fois les exceptions jugées, il y avait contestation au mérite, réponse et réplique si nécessaire (anciens 136 et ss. C.P.C.). Une cause pouvait alors être entendue devant le tribunal ou le juge et le jury. Dans les causes qui n'avaient pas à être entendues par un juge et un jury, l'une ou l'autre des parties pouvait inscrire pour enquête⁶⁶. Cependant, en vertu de l'ancien article 243 C.P.C., une ou l'autre des parties pouvait, au cours des procédures écrites, demander d'inscrire pour *audition au mérite*

62. *Supra*, note 28, p. 280.

63. *Supra*, note 19.

64. *Supra*, chapitre sur la « qualification des pouvoirs du protonotaire spécial ».

65. Il est important de rappeler au lecteur que le *Code de procédure civile* a été adopté le 21 juin 1867 et mis en vigueur le 28 juin 1867, soit quelques semaines avant l'adoption de l'AANB. L'ancien texte codifiait alors tout le droit procédurier de l'époque tel que commenté dans le *Rapport des commissaires sur le C.P.Q.* (1866).

66. Remarquons qu'à l'époque l'enquête et l'audition étaient des procédures séparées (ancien 234 C.P.C.). Il y avait d'abord inscription pour enquête, une fois la preuve close, il fallait inscrire pour audition au mérite (ancien 468 C.P.C.)

immédiatement après enquête (ce qu'on connaît aujourd'hui comme étant : enquête et audition). Dans ce cas, on procédait exclusivement devant le tribunal.

Dans tous les cas, il existait deux modes d'enquête : soit par notes des témoignages prises par le juge (ancien 263 C.P.C.), soit l'enquête écrite au long devant le juge ou protonotaire (ancien 284 C.P.C.). Enfin, la cause était prise en délibéré par le tribunal et jugement était rendu à l'*audience* (ancien 469 C.P.C.).

Outre les pouvoirs de pure administration tels que : l'émission du bref d'assignation, bref de saisie, taxation et assermentation de témoins, le protonotaire possédait un certain pouvoir décisionnel en cours d'instance. Nous constaterons cependant que ce pouvoir était plus que restreint.

Le protonotaire détenait une juridiction bien précise sur les causes par défaut et *ex parte*. Il exerçait également un pouvoir supplétif en cas d'absence du juge dans le district, pouvoir que nous connaissons aujourd'hui. Nonobstant ces facultés, force nous est de constater que le rôle joué par ce personnage était limité à celui d'officier de justice. Les cas où le protonotaire rendait jugement étaient rares. Les seules possibilités qui lui étaient reconnues, correspondent aux pouvoirs identiques qu'il exerce aujourd'hui en vertu des articles 192 et 194 C.P.C., c'est-à-dire dans les actions fondées sur un effet de commerce, un écrit sous seing privé et même un acte authentique si le défendeur est en défaut de comparaître ou de plaider⁶⁷.

67. Voici le texte des articles pertinents du Code de 1867 :

89. Dans toute action fondée sur lettre de change, billet négociable, cédule, chèque, écrit ou acte sous seing privé, si le défendeur est en défaut de comparaître ou de plaider, jugement peut être rendu hors du terme sur une demande par écrit du demandeur à cet effet, et sans qu'il soit nécessaire de prouver les signatures apposées sur tels documents, (ou de faire aucune autre preuve).

90. Le jugement peut aussi être rendu de la même manière, si l'action est fondée sur un acte authentique.

91. Dans toute action fondée sur convention verbale pour le paiement d'une somme fixe de deniers, ou sur compte en détail, ou pour effets vendus et livrés, ou pour deniers prêtés, jugement peut être également rendu de suite, en produisant avec l'inscription pour jugement une déposition duement assermentée devant un juge, le protonotaire, ou un commissaire de la Cour supérieure, du demandeur ou de l'un des demandeurs, ou de toute autre personne digne de foi, lors même qu'elle ne pourrait être témoin compétent sur contestation, constatant que le montant réclamé est dû, à la connaissance du déposant, par le défendeur au demandeur.

92. Dans tous les cas ci-dessus, sur inscription de la cause pour jugement, le protonotaire, en vacance, rédige un jugement au nom du tribunal conformément à la demande et à ce qui paraît dû, et ce jugement est censé rendu par le tribunal et est enregistré en conséquence. Tel jugement ne peut cependant pas être rendu et enregistré contre un défendeur absent et assigné comme tel.

93. Le demandeur peut, se désister du jugement ainsi obtenu, en tout temps avant qu'il soit exécuté, et sur production au greffe de tel désistement par écrit, procéder en la forme

L'ancien article 96 C.P.C. permettait aussi au protonotaire de rédiger un jugement conforme à la confession de jugement déposée par la partie défenderesse. Enfin, restait la juridiction supplétive en cas d'absence du juge⁶⁸.

Telles étaient les seules dispositions, aux termes du Code de 1867, donnant droit au protonotaire de rendre jugement. C'est sans réserve que nous pouvons affirmer que l'article 194 C.P.C. est constitutionnel puisque conforme au « *1867 Statute book test* »⁶⁹. Il en va tout autrement de l'article 195 C.P.C.

2.3. Étude comparative⁷⁰

2.3.1. Les pouvoirs en vertu de l'article 195 C.P.C.

L'ancien article 418 C.P.C. stipulait que toute autre cause par défaut de plaider devait être inscrite pour « preuve et audition » devant le tribunal ou pour enquête seulement devant le protonotaire. Cet article était issu des articles 317-318 C.P.C. originant eux-mêmes des articles 16, 98, 99 et 113 des S.R.B.C.⁷¹ Ces articles stipulaient que :

317. Lorsque la partie défenderesse ne comparait pas ou ne répond pas à l'action, la partie demanderesse, dans les causes *autres* que celles mentionnées aux articles 89, 90, 91, peut inscrire sa cause pour *procéder à l'enquête*, en terme ou hors du terme, si telle enquête est nécessaire, et la *preuve* se fait alors devant un juge, ou *devant le protonotaire* qui doit faire prêter serment aux témoins, prendre notes de leur témoignage et faire toutes autres choses relatives à l'enquête qu'un juge du tribunal est tenu de faire.

Avis de l'inscription doit être donné, au moins un jour entier avant de procéder à l'enquête, au défendeur forcé de plaider, et il lui est loisible de transquestionner les témoins, et de faire telles objections qu'il croit convenables et dont le protonotaire doit prendre notes; il ne peut néanmoins y produire aucun témoin.

L'enquête *ex parte* peut avoir lieu en tout temps, excepté entre le neuf juillet et le premier de septembre.

318. Toute preuve offerte par la partie demanderesse est produite et demeure au dossier, de même que si la partie défenderesse avait comparu et contesté.

ordinaire de même que si jugement n'avait pas été rendu, en en supportant néanmoins les frais.

143. Dans le cas de forclusion du défendeur de plaider, le demandeur peut procéder *ex parte*, et s'il y a lieu, procéder à jugement conformément aux dispositions contenues dans les articles 89, 90, 91, 92 et 93.

68. Ancien article 465, semblable à l'article 39 du *Code de procédure civile* actuel.

69. *Supra*, note 55, et l'opinion de G. PÉPIN, *supra*, note 13, p. 253-254.

70. En application du *Statute book test*, *supra*, note 55.

71. *Statuts Révisés du Bas-Canada*, 1861, c. 83.

Ces deux articles sont les seuls formant la sous-section 8 intitulée « De l'enquête ex parte » de la section III du chapitre VI elle-même titrée « Des enquêtes ». On ne peut pas, à notre avis, comprendre les pouvoirs dévolus au protonotaire en vertu des anciens articles 317-318 C.P.C. sans lire certaines dispositions de la sous-section 5 de la section III libellée « De l'enquête écrite au long ». Les articles pertinents de la sous-section 5 sont :

284. Du consentement par écrit de toutes les parties dans la cause, et sujet aux frais et honoraires additionnels à être fixés de temps à autre par tarif, l'enquête peut être prise par écrit, suivant les dispositions ci-après, soit devant un juge, ou devant le protonotaire, qui, dans ce cas, peut exercer tous les pouvoirs du juge, *sauf quant aux objections qui doivent être réservées pour la décision de ce dernier.*

Aux cas où le juge ne pourrait se rendre en cour, le jour fixé pour telles enquêtes, le protonotaire peut y présider, et exerce en ce cas tous les pouvoirs du juge, *sauf quant aux objections faites par l'une ou l'autre partie, lesquelles objections doivent être prises par écrit et réservées pour le jugement du tribunal à l'audition finale de la cause.*

285. Du consentement des parties l'enquête peut être faite à tout jour juridique pendant le terme ou la vacance, *devant le protonotaire* ou quelqu'un par lui commis à cet effet.

Au commencement de la déposition, il est fait mention du nom de celui qui préside à l'enquête, de la désignation des parties, des nom, prénom, âge, qualité ou occupation et domicile du témoin, du serment par lui fait.

En résumé, la situation avant 1867 était la suivante :

1) Dans les causes par défaut et *ex parte* des anciens articles 89, 90, 91⁷², le protonotaire tenait l'enquête et rendait jugement.

2) Dans toutes les autres actions par défaut de comparaître ou *ex parte*, le protonotaire avait le pouvoir de présider l'enquête seulement. La preuve était versée au dossier. Le protonotaire n'avait aucun pouvoir de décider même sur les objections à la preuve. Tous les incidents survenant à l'enquête devaient être décidés par le tribunal selon l'ancien article 319.

319. Toute demande relativement à quelqu'incident de l'enquête peut se faire par *requête* sommaire contenant succinctement l'objet et les motifs de la demande.

Enfin, une fois la preuve déposée, c'est le tribunal qui rendait jugement selon l'ancien article 469 C.P.C.

469. Dans toute cause contestée, ainsi que dans celles auxquelles il n'est pas pourvu dans les articles 89, 90, 91, 92 et 96, le jugement doit être *prononcé à l'audience.*

Le tribunal peut, durant le terme, fixer des jours en dehors du terme pour y rendre jugement dans les causes qui ont été mises en délibéré.

72. Comparables aux articles 192-194 C.P.C. actuels, *supra*, note 67.

3) Dans toutes les causes contestées, avec le consentement des parties, on pouvait procéder à l'enquête seulement devant le protonotaire. Or, l'article 195 C.P.C. stipule que :

195. Une action autre que celles qui sont visées dans l'article 194 est inscrite pour enquête et audition devant le tribunal ou, s'il ne s'agit pas d'une demande en séparation de corps ou en annulation de mariage, devant le protonotaire spécial.

L'enquête est régie par les dispositions des articles 280 à 331, sauf que le défendeur forclo de plaider ne peut produire aucun témoin.

La différence réside essentiellement dans le fait que le législateur emploie les mots « enquête et audition » à l'article 195 C.P.C. alors que sous l'ancien code, seul le mot « enquête » apparaissait au fil des articles. Ainsi, nous pouvons conclure sans réserve que le protonotaire spécial n'a aucun pouvoir, en regard de l'article 96 de l'AANB, pour rendre jugement dans les causes par défaut de comparaître et *ex parte* autrement qu'en vertu de l'article 194 C.P.C.⁷³. En effet, en 1867, les attributions de l'article 195 C.P.C. étaient dévolues *exclusivement* au tribunal. Le protonotaire spécial avait seulement le pouvoir de tenir enquête. Ainsi, aujourd'hui, il serait manifestement inconstitutionnel pour le protonotaire spécial de rendre jugement dans une affaire de dation en paiement *ex parte*. Ceci équivaldrait à établir une « mini Cour supérieure dont les juges seraient nommés par la province. »

2.3.2. Les pouvoirs sous l'article 44.1 al. 1 C.P.C.

2.3.2.1. Réunion d'actions

Les articles 270 à 273 C.P.C. ont été inspirés de certaines dispositions du *Code de procédure civile* de la Louisiane, introduites dans notre droit par les articles 291 et ss. C.P.C. de 1897. La réunion d'actions était un concept inconnu en procédure avant 1867.

La décision rendue en matière de réunion d'actions était, jusqu'aux amendements de 1972 et 1977⁷⁴, exclusivement attribuée au tribunal. Même si ce pouvoir n'existait pas en 1867, il est probable qu'il aurait appartenu à la Cour supérieure et non au protonotaire d'où il semble qu'il soit *ultra vires* des pouvoirs de la province d'accorder cette fonction à un officier de justice nommé par cette dernière. À notre avis, qu'il y ait contestation ou non en la

73. *Supra*, note 13, p. 83.

74. *Supra*, note 12, p. 280.

matière, la décision ne peut être rendue par le protonotaire spécial. Il faut cependant émettre une réserve quant à la qualification de ce pouvoir⁷⁵.

2.3.2.2. Cautionnement

Les articles 65, 152 et 525 originent des articles 128 et 517 de l'ancien Code. Le cautionnement faisait partie des moyens d'exception préliminaire qui étaient contestés devant le juge par écrit ou parfois par requête sommaire devant le tribunal.

Hormis la discussion possible quant au caractère judiciaire d'une décision sur ce point, ces pouvoirs étaient autrefois dévolus exclusivement au tribunal, ils seraient donc inconstitutionnels.

2.3.2.3. Assignation selon 282 C.P.C.

Les articles 246 à 248 de l'ancien Code étaient rédigés comme suit :

246. Toute personne, résidant dans le Haut-Canada, peut être contrainte à comparaître comme témoin, *si le tribunal ou le juge* le trouve nécessaire, pourvu qu'il n'y ait pas action pendante pour la même cause dans le Haut-Canada.
247. L'assignation, dans le cas de l'article qui précède, *ne peut être faite sans un ordre spécial rendu par le tribunal ou par le juge*, s'il le croit nécessaire, et mention de cet ordre doit être faite sur le bref de subpoena.
248. La signification du bref de subpoena est faite dans le Bas-Canada par un huissier de la juridiction où se trouve le témoin, ou suivant les dispositions de l'article 461, et dans le Haut-Canada par toute personne quelconque, qui doit en donner un rapport sous serment.

Sous réserve de la qualification de ce pouvoir, il nous semble que cette attribution appartenait exclusivement à la Cour supérieure avant 1867.

2.3.2.4. Production des pièces

Les articles 80, 117, 147 et 168(8) C.P.C. sont issus des dispositions 99 à 106 et 148 de l'ancien Code. Somme toute, c'est encore le tribunal qui avait la mainmise sur la « production des pièces ». Encore une fois, à notre humble avis, cela entraîne l'inconstitutionnalité de ce pouvoir car le protonotaire spécial exerce, sans nul doute, une attribution accordée au tribunal en 1867.

75. Comme nous l'avons vu au chapitre de la qualification, il est difficile de déclarer que nous sommes incontestablement en présence d'un pouvoir pouvant être qualifié de judiciaire.

2.3.2.5. Examen médical

Les articles 399 et 399.1 n'existaient pas en 1867. Ce pouvoir pourrait en être un relatif à un incident à l'enquête tombant sous le coup de l'ancien article 319 C.P.C.⁷⁶, s'excluant ainsi de la compétence du protonotaire spécial. Si on se réfère aux dispositions générales relatives aux expertises contenues dans l'ancien Code, on lit :

321. Avant de faire droit sur le mérite de la cause, le tribunal, s'il est nécessaire, peut ordonner une instruction extraordinaire dans les cas ci-après mentionnés, soit avant, pendant, ou après l'enquête.
322. Lorsque le fait contesté entre les parties ne peut être vérifié que par la visite de l'objet ou des lieux, ou encore lorsque la preuve faite de part et d'autre est contradictoire, ou lorsque la nature du litige le requiert, *le tribunal peut*, d'office ou sur réquisition de l'une des parties, ordonner que les faits soient constatés par experts et gens à ce connaissant. Le jugement qui l'ordonne doit énoncer clairement et distinctement les choses à vérifier.

On peut certes comparer aisément un rapport médical à un rapport d'expert. Or, avant 1867, c'est au tribunal que revenait le pouvoir de décider d'une expertise. Ces arguments nous convainquent que le tribunal aurait eu ce pouvoir en 1867 et de ce fait, le protonotaire ne peut l'exercer aujourd'hui.

2.3.2.6. Requête pour précisions

L'article 168(7) nous vient des anciens articles 99 à 106. Cette requête était à l'époque un moyen préliminaire relevant de la juridiction du tribunal. Sous réserve de la qualification de ce pouvoir, nous croyons qu'il est *ultra vires* des pouvoirs du protonotaire spécial.

2.3.2.7. Requête pour amender

Il s'agit des articles 199 et 207 correspondant aux anciens articles 53 et 117 et qui se lisent comme suit :

53. Le bref d'assignation et la déclaration signifiés au défendeur et produits au greffe peuvent être amendés ou changés *avec la permission du tribunal* ; mais l'amendement ne peut être permis s'il change la nature de la demande.
117. Après l'exception à la forme, de même qu'en tout autre temps avant jugement, le demandeur peut, *avec la permission du tribunal*, amender tant le bref d'assignation que la demande en payant les frais fixés par le tribunal.

76. *Supra*, partie 2.3.1.

Un long commentaire est-il nécessaire? C'est encore le tribunal qui avait juridiction et le législateur québécois ne peut transférer un tel pouvoir à un officier de justice qu'il nomme et ce, au mépris de la frontière de l'article 96⁷⁷.

2.3.2.8. Substitution de procureur

Ce pouvoir tel que prévu à l'article 253 C.P.C. n'existait pas avant 1867. Cependant, considérant le caractère purement administratif de ce pouvoir, nous sommes portés à en admettre la constitutionnalité.

2.3.2.9. Nomination d'un praticien

L'article 425 C.P.C. tire ses origines des articles 321 à 340 de l'ancien Code⁷⁸. Comme nous pouvons le constater à la lecture des articles ci-bas cités, le tribunal avait juridiction pour ces matières. Nous devons conclure à l'inconstitutionnalité de cette juridiction du protonotaire spécial.

325. Si les experts ne sont pas convenus par les parties, *le tribunal* fixe un jour auquel les parties doivent comparaître, *soit devant le tribunal ou le juge*, pour procéder à la nomination; et à défaut de tel ordre, il est loisible à une partie d'assigner l'autre à comparaître ainsi sous un délai raisonnable pour procéder à telle nomination.

326. Les parties sont tenues de comparaître au jour fixé, et si alors, elles ne peuvent convenir des trois experts, le juge les nomme pour elles.
En cas de récusation jugée valable, il est nommé d'autres en la manière ci-dessus prescrite.

340. Lorsqu'il s'agit de reddition ou règlement de compte, ou de matières qui exigent des calculs, et dans les matières de séparation de biens, partage de communauté, ou de succession, *le tribunal peut renvoyer la cause* à une ou à plusieurs personnes versées dans telles matières, et ces personnes sont assujetties aux règles prescrites ci-dessus relativement aux experts.

2.3.2.10. Requête pour être relevé du défaut selon 151 et 185 C.P.C.

Citons les articles 87 et 140 de l'ancien Code portant sur ce sujet :

87. Nonobstant l'enregistrement de ce défaut, le défendeur peut, en tout temps avant jugement, sur demande spéciale et en montrant cause suffisante, en être relevé sous telle condition que *le tribunal impose*.

77. *Supra*, note 30, opinion du juge Judson.

78. *Supra*, partie 2.3.2.5., pour références aux articles 321-322.

140. Après l'expiration de ces délais, la partie en défaut de produire est de plein droit forclosée de le faire sans le consentement de la partie adverse, ou la permission du tribunal.

C'est encore le tribunal qui portait la charge de relever une partie de son défaut et nul doute ne subsiste quant à l'incidence d'une telle décision sur les droits des parties. Comment soutenir plus longtemps la constitutionnalité de ce pouvoir du protonotaire spécial ?

2.3.2.11. Requête pour cesser d'occuper

Il s'agit ici des mêmes dispositions que dans le cas de substitution de procureur sous l'ancien Code. Considérant le caractère purement administratif de ce pouvoir, il pourrait, à notre avis, être aujourd'hui, déclaré constitutionnel.

2.3.3. Les pouvoirs selon l'article 44.1 al. 2

Depuis le début de la partie 2., une impression de plus en plus certaine se dégage : le protonotaire de 1867 n'avait que très peu de pouvoirs décisionnels. Il n'est pas l'objet de la présente section de vérifier tous les interlocutoires et incidents qui peuvent survenir durant le procès et dans lesquels le protonotaire serait susceptible d'exercer sa juridiction ⁷⁹.

Pour notre part, la majorité des décisions susceptibles d'être rendues en application de l'article 44.1(2) C.P.C. nous apparaissent comme des décisions à caractère judiciaire qui doivent, pour être constitutionnelles, résister au test d'analyse de l'article 96 de l'AANB.

L'article 44.1(2) prévoit deux possibilités : les incidents et interlocutoires non contestés et les incidents et interlocutoires contestés où la juridiction s'applique avec l'accord des parties.

2.3.3.1. Incidents et interlocutoires non contestés

Comme nous l'avons signalé précédemment ⁸⁰, les pouvoirs du protonotaire n'étaient pas aussi étendus en 1867. Notamment, l'ancien article 319 stipulait que les incidents au cours de l'enquête devaient être déférés au tribunal. Sous réserve de la qualification de certains pouvoirs, nous sommes portés à croire que cette juridiction du protonotaire spécial est présumée constitutionnelle.

79. *Supra*, note 19.

80. Section 2.3.1. et l'article 319 du Code de 1867 y cité.

2.3.3.2. Incidents et interlocutoires contestés mais déférés au protonotaire spécial de l'accord des parties

Le seul pouvoir que possédait le protonotaire avant 1867 était de présider l'enquête dans une cause contestée. Comment l'accord des parties peut-il bonifier une disposition par ailleurs inconstitutionnelle? Encore une fois, le tribunal s'est vu dépouillé d'une de ses attributions essentielles.

2.4. Conclusion quant aux pouvoirs du protonotaire spécial

On peut conclure de tout ce qui précède que :

- Les pouvoirs du protonotaire spécial sous l'article 195 C.P.C. sont manifestement inconstitutionnels car le protonotaire avant 1867 n'avait pas de tels pouvoirs.
- Les pouvoirs dévolus sous 44.1, que ce soit en vertu du premier ou second alinéa, sont inconstitutionnels sauf dans les trois hypothèses suivantes :
 - 1) Si le protonotaire spécial se limite à tenir l'enquête sans audition ni jugement.
 - 2) Si les divers moyens invoqués sont incidents ou interlocutoires rattachés à une cause *ex parte* dans une action de nature de celles décrites aux anciens articles 88, 89, 90, 91 et 143 du C.P.C.⁸¹
 - 3) Si la décision rendue peut être qualifiée d'administrative.

La méthode utilisée ici fut celle développée dans la première partie conformément à l'analyse jurisprudentielle. Lorsque le pouvoir en cause appartenait en 1867 au tribunal, nous avons appliqué le test d'analyse de la méthode fonctionnaliste, c'est-à-dire une fonction exercée par une cour visée par l'article 96. Bien entendu, on aurait pu obtenir une conclusion différente en appliquant la méthode globaliste. Cependant, cette méthode n'est pas retenue par la jurisprudence relative au *Master* et aux officiers de justice en général. L'approche globaliste nous aurait entraînés, nous semble-t-il, sur une fausse piste. En effet, comme notre étude tente de le démontrer, le

81. Cette hypothèse réfère à des cas de notre article 194 C.P.C. qui est lui-même constitutionnel. Il nous semble possible d'imaginer des situations où des procédures interlocutoires surviennent dans une cause *ex parte* selon 194 et que le protonotaire spécial, devant rendre jugement, pourrait prétendre y trouver sa juridiction. La discussion semble académique mais ce serait à notre avis, les seuls cas admissibles en regard des principes constitutionnels.

protonotaire spécial subtilise une juridiction antérieurement exclusive au tribunal. L'ensemble de la juridiction du protonotaire spécial n'a pas à être scruté puisque chacun des pouvoirs, par sa nature propre, nous ramène de lui-même vers les pouvoirs d'une cour supérieure. Il n'y avait donc pas, à notre humble avis, grande utilité à étudier globalement la fonction du protonotaire spécial.

Conclusion

Au terme de notre étude nous tirons deux conclusions. Premièrement, il nous faut constater que bien peu d'éléments militent en faveur de la constitutionnalité des pouvoirs exercés par le protonotaire spécial. Selon notre opinion, il n'existe que deux échappatoires à l'inconstitutionnalité de ces pouvoirs ; la possibilité de qualifier certaines fonctions de purement administratives et l'application du test de *final adjudication* au niveau de l'admissibilité à l'article 96 de l'AANB tel que présenté par le juge Judson dans l'arrêt *Victoria Building*⁸².

La deuxième conclusion porte sur l'interprétation que les tribunaux ont donnée à l'article 96 de l'AANB. D'un simple pouvoir de nomination des juges, cet article est devenu la base de la répartition des compétences judiciaires entre les organismes provinciaux et ceux présidés par une personne nommée par l'autorité centrale. Cette répartition repose sur des théories d'interprétation de l'article 96 de l'AANB qui sont inconciliables, obscures et d'application pratique ardue. D'une part, la théorie fonctionnaliste peut amener à une impasse en ce qu'elle empêche le développement des tribunaux administratifs provinciaux. D'autre part, la théorie globaliste, tout en ayant l'effet inverse, reste difficilement applicable car les critères sur lesquels elle se base sont trop vastes et imprécis. Il est plus facile de justifier ces théories par des considérations d'ordre politique que par des principes empiriques. Ces théories ont d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques par les auteurs.

Face à ces développements jurisprudentiels, nous sommes dans l'incertitude quant à l'application de l'article 96 de l'AANB. Nous croyons qu'en ces temps de remise en question de la constitution canadienne, il est primordial de se pencher sur la vocation législative de l'article 96 de l'AANB. D'ailleurs, ce point a fait l'accord des dix provinces canadiennes lors de la conférence sur la constitution canadienne de novembre 80.

82. *Supra*, note 7. Selon le juge Judson, ce critère ne servirait pas à qualifier le pouvoir mais bien à déterminer s'il peut être compris dans les pouvoirs de l'article 96 de l'AANB. Une décision judiciaire qui ne serait pas finale serait donc exclue de l'application de l'article 96 de l'AANB.