

La réaction de la doctrine à la création judiciaire en droit pénal

André Jodouin

Volume 21, numéro 2, 1980

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042388ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042388ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Jodouin, A. (1980). La réaction de la doctrine à la création judiciaire en droit pénal. *Les Cahiers de droit*, 21(2), 347–366. <https://doi.org/10.7202/042388ar>

Résumé de l'article

This article is a survey of the attitudes of legal writers concerning judicial creation. A number of articles, studies and case comments in the areas of mens rea, duress and drunkenness are canvassed in order to determine their authors' views on the legitimacy of the rules established by courts in the above areas. Judicial creation often involves departures from traditional legal reasoning; the attitude of legal writers towards these departures is also studied. Finally, it is sought to establish the views of the *doctrine* on the characteristics and qualities which judicial creation should present.

A number of points emerge from the study : attitudes towards judicial creation are generally favorable. The legitimacy of the creative role is most often taken for granted. As regards judicial reasoning, departures from stare decisis are generally seen as valid ; less unanimity is reached on departures from traditional rules of construction. There does not appear to be any perceptible difference between the attitudes of common law and civilian writers on judicial creation except on the point of rules of construction, where civilians seem somewhat more inclined to traditional views. In all cases, it was found difficult to determine the philosophical perspectives of the writers although these would normally be expected to have a strong bearing on the issue of judicial creativity.

La réaction de la doctrine à la création judiciaire en droit pénal

André JODOUIN*

This article is a survey of the attitudes of legal writers concerning judicial creation. A number of articles, studies and case comments in the areas of mens rea, duress and drunkenness are canvassed in order to determine their authors' views on the legitimacy of the rules established by courts in the above areas. Judicial creation often involves departures from traditional legal reasoning; the attitude of legal writers towards these departures is also studied. Finally, it is sought to establish the views of the doctrine on the characteristics and qualities which judicial creation should present.

A number of points emerge from the study: attitudes towards judicial creation are generally favorable. The legitimacy of the creative role is most often taken for granted. As regards judicial reasoning, departures from stare decisis are generally seen as valid; less unanimity is reached on departures from traditional rules of construction. There does not appear to be any perceptible difference between the attitudes of common law and civilian writers on judicial creation except on the point of rules of construction, where civilians seem somewhat more inclined to traditional views. In all cases, it was found difficult to determine the philosophical perspectives of the writers although these would normally be expected to have a strong bearing on the issue of judicial creativity.

	Pages
Introduction	348
1. La légitimité du rôle créateur des juges	350
2. Les caractéristiques de la création judiciaire des règles	358
Conclusion	365

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.
(1980) 21 *Les Cahiers de Droit* 347

Il y a plus à faire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses, et plus de livres sur les livres que sur autre sujet : nous ne faisons que nous entre-gloser.

MONTAIGNE, *Essais*,
Livre 3,
Chapitre troisième.

Introduction

Le thème de notre essai, malgré cette réflexion caustique de Montaigne, n'est pas dénué d'importance. D'une part, la fonction judiciaire n'est pas définie par des textes ; elle repose plutôt sur une tradition dont les juges eux-mêmes sont les auteurs et qui reflète, notamment, leur perception de ce que la société attend d'eux¹. Le fait pour la doctrine de reconnaître la légitimité de la création du droit par les juges peut ainsi servir de caution morale à un rôle créateur plus important. Dans cette perspective systémique, la doctrine n'est pas étrangère au fait de la création judiciaire ; elle en est elle-même en partie responsable et à ce titre, peut devenir objet légitime d'étude.

D'autre part, la modification de la perception du rôle des tribunaux soulève des questions nouvelles concernant les moyens et les limites de la création judiciaire. La doctrine doit être prête à envisager ces questions². Enfin, l'élargissement des bases du raisonnement juridique qui accompagne le phénomène de la création judiciaire fait de la doctrine un haut lieu de l'élaboration des principes, à condition pour elle de bien jauger la nature des besoins qu'elle doit satisfaire.

Le phénomène de la création judiciaire s'analyse de façon différente suivant l'idée qu'on se fait du droit. Selon les uns, le pouvoir créateur du juge est limité aux seuls cas de silence de la loi ou d'absence de précédent ; les règles jurisprudentielles sont alors perçues essentiellement comme des effets de l'interprétation et les divergences entre les juges comme la preuve que les tribunaux ne sont pas infaillibles dans leur recherche de la « bonne » règle de droit³.

-
1. P. WEILER, « Two Models of Judicial Decision-Making », (1968) 46 *Can. Bar Rev.* 406, p. 407 et 408. « Sociological theory tells us that the position of judge in any society carries with it a set of shared expectations about the type of conduct that is appropriate to that position... Once the choice is made, [quant au modèle d'activité judiciaire] the expectations that are connected with this one role must be shared by at least a substantial majority of the participants within the system in order that it have some institutional stability. Finally, the institutional position of the judge is reciprocally connected with society's wishes about how they should behave in their decision-making capacity. »
 2. Voir à ce sujet la conférence de M. le juge Brian DICKSON, « The Role and Function of Judges », (1980) XIV, *The Law Society of Upper Canada Gazette*, 138 ; voir en particulier, pp. 166-167.
 3. Voir Chitty, R.M. WILLES, « Sniping at the Judiciary », (1968) 16 *Chitty's Law Journal* 74.

D'autres, au contraire, insistent sur le rôle « politique » des tribunaux et partent du principe que les règles de droit ont rarement une force contraignante à l'égard d'un cas d'espèce. Le juge en arrive à sa décision à partir de motifs extra-juridiques qui peuvent être d'ordre sociologique, politique (au sens, bien entendu, le plus large du terme), voire psychologique⁴. Cette perception conduit à étudier les facteurs extra-juridiques de la décision.

Certains, enfin, reconnaissent l'universalité du phénomène de la création judiciaire mais tentent de le situer dans un cadre normatif. La définition du rôle du tribunal, dans une telle perspective, implique un jugement sur la légitimité ou l'opportunité pour la Cour d'élaborer le droit. C'est une question de juste mesure.

Il est un domaine en droit pénal où personne ne conteste l'existence de règles judiciaires : c'est celui de la *mens rea*. Cependant, les opinions varient quant à la nature de ces règles. Certains les voient comme de simples effets d'interprétation des textes législatifs⁵. D'autres les reconnaissent comme de véritables règles de droit, dont l'autorité égale celle de la loi elle-même. La première question est donc de savoir quel rôle les auteurs attribuent au pouvoir judiciaire dans la création du droit. À cet effet, nous tenterons de relever dans des études, des exposés et des commentaires d'arrêt, certaines indications permettant de connaître l'opinion de la doctrine quant à la portée légitime de la création judiciaire.

L'exercice par les juges d'un large pouvoir créateur de droit implique l'élargissement des bases du raisonnement juridique. Si la fonction première du tribunal est de régler des conflits par l'application objective de normes existantes, son raisonnement servira à mettre en valeur la nature purement déclaratoire⁶ du jugement, en affirmant le caractère objectif et contraignant des règles qui conduisent à sa conclusion. Si, au contraire, le tribunal doit en premier lieu considérer l'effet de sa décision sur l'état du droit, ses justifications serviront à montrer le bien-fondé de la règle selon la perspective des buts du droit et des objectifs de la société.

L'attitude de la doctrine au sujet du raisonnement judiciaire sera révélatrice de sa conception du rôle des tribunaux. Plus la doctrine insistera sur l'importance pour les tribunaux de respecter, dans leur élaboration du droit, les balises traditionnelles du raisonnement, moins pourra-t-on dire qu'elle est favorable à la création de règles.

4. Voir entre autres, S.R. PECK, « The Supreme Court of Canada, 1958-1966: A Search for Policy Through Scalogram Analysis », (1967) 45 *Can. Bar Rev.* 666; G. ADAMS et P.J. CAVALLUZZO, « The Supreme Court of Canada. A Biographical Study », (1969) 7 *Osgoode Hall L.J.* 61.

5. Voir le jugement dissident de M. le juge Pigeon dans *R. c. Drybones*, (1970) R.C.S. 282.

6. Au sens du *jus dicere*.

Le thème en droit pénal qui a suscité à la fois la plus grande activité créatrice des juges et les plus vives réactions de la doctrine est celui de la *mens rea*. Au cours des trente dernières années, la Cour suprême du Canada a souvent eu l'occasion de se prononcer sur divers aspects de cette question, soit sur l'universalité du principe lui-même, soit sur sa portée comme élément d'une infraction ou comme moteur d'une défense particulière. Nous étudierons donc la réaction de la doctrine aux solutions judiciaires dans les domaines de la *mens rea*. S'agissant des défenses, nous nous limiterons à deux d'entre elles, celle dite d'ivresse, qui est une pure création judiciaire et la contrainte, qui est codifiée à l'article 17 du *Code criminel*.

1. La légitimité du rôle créateur des juges

Selon le professeur Paul Weiler, la tâche que confie la société aux juges détermine la structure du processus judiciaire; celle-ci influe sur la façon dont les tribunaux s'acquittent de cette tâche; les moyens d'action du tribunal dictent les domaines où les juges peuvent apporter des solutions appropriées⁷. Il convient donc de se demander dans quelle mesure la tâche du juge consiste à régler les litiges et dans quelle mesure son rôle est de formuler des règles pour l'avenir.

Pour Weiler, le rôle créateur des juges doit s'exercer dans certains domaines seulement et suivant certaines techniques⁸. Il faut laisser au législateur la réforme en profondeur du droit.

Le législateur a accès aux compétences techniques nécessaires à cette entreprise et le processus politique est plus apte à réaliser l'équilibre des intérêts sociaux en jeu. Les tribunaux, par contre, doivent constamment adapter les principes du droit aux besoins de l'heure, émonder du droit les règles archaïques et harmoniser les règles entre elles sous la domination des principes. Les caractéristiques du domaine juridique où la création judiciaire se produit influenceront donc sur sa légitimité. Le droit pénal constitue un domaine de prédilection pour cette activité⁹. Le silence législatif sur des questions fondamentales¹⁰, le mode de rédaction des lois pénales qui entraîne le recours aux « règles » d'interprétation, l'application moins rigoureuse en droit pénal du *stare decisis*¹¹ appellent ou devraient appeler le juge à collaborer à la tâche législative.

7. P. WEILER, *supra*, note 1, 409.

8. P. WEILER, *In the Last Resort*, Toronto, Carswell 1974, pp. 45ss. Voir aussi, P. WEILER, « The Supreme Court of Canada and the Doctrines of Mens Rea », (1971) 49 *Can. Bar Rev.* p. 280 et ss.

9. P. WEILER, *supra*, note 8, p. 283.

10. *Ibid.*

11. M.R. MACGUIGAN, « Precedent and Policy in the Supreme Court », (1967) 45 *R. du B. can.* 627, à la page 648.

La Cour suprême, à quelques reprises, a dû décider dans quelle mesure un comportement incriminé par un texte de loi ou un règlement devait avoir une qualité morale permettant une justification ou une excuse. Ces décisions revenaient à déterminer le régime de la responsabilité pénale. Mais un tel choix doit-il être fait par le législateur ou le juge ?

Selon Weiler, la question de l'existence de la *mens rea* est une de celles qui remplissent le mieux les conditions qu'il estime favorable à la création de règles par les juges. De plus, dans ce domaine, la légitimité de la création judiciaire est assurée par la loi elle-même. Non seulement donc la création judiciaire est-elle légitime en matière de *mens rea*, mais les tribunaux ont dans ce domaine l'obligation d'articuler des règles nouvelles¹² sans attendre l'action législative. Cette obligation se fonde notamment sur l'article 7(3) du *Code criminel* qui maintient en droit pénal canadien les « règles et principes » de la *common law*. Weiler estime donc que les tribunaux peuvent légitimement créer le droit dans le domaine de la *mens rea*.

Tous les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point ou du moins ne manifestent pas une certitude aussi grande que celle du professeur Weiler.

Ainsi, dans sa critique du livre de Weiler¹³, le professeur Louise Arbour soulève justement cette question. Elle signale la position de la Commission canadienne de réforme du droit qui a préconisé une solution législative à ce problème¹⁴. Commentant l'arrêt *Hill*¹⁵ où la Cour suprême a décidé que le délit de fuite prévu par le *Ontario Highway Traffic Act* constituait une infraction de responsabilité stricte, elle observe :

...had the offence been properly identified by the legislature, the Court might have addressed itself more adequately to the real legal issue raised by the case — that is, the availability of a defence of mistake of fact against a strict liability offence.¹⁶

Donc, pour des raisons d'opportunité, sinon de légitimité, le choix du régime de responsabilité pénale devrait être fait par le législateur.

Dans un commentaire sur le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada portant sur la responsabilité stricte¹⁷, Mme Côté-Harper et M. Côté écrivent à ce sujet :

12. P. WEILER, *supra*, note 8, p. 102. Voir à ce sujet la démonstration que fait M. le professeur E. Ratushny du peu de reconnaissance judiciaire du principe « nul n'est tenu de s'incriminer soi-même ». E. RATUSHNY, *Self-Incrimination*, Toronto, Carswell, 1979, en particulier, chapitre 2.
13. L. ARBOUR, « The Oracle of the Criminal Code », (1975) 13 *Osgoode Hall L.J.* 315 (critique du chapitre 4 du livre de Weiler).
14. *Id.*, pp. 316-317.
15. (1974) 14 C.C.C. (2d) 505.
16. *Supra*, note 13, p. 317.
17. *Études sur la responsabilité stricte*, Commission de réforme du droit, Ottawa, Information Canada, 1974.

... la création d'une « infraction réglementaire » ou d'un « crime véritable » n'est pas clairement définie par les auteurs comme étant judiciaire ou parlementaire.¹⁸

La conclusion de ces auteurs traduit une attitude favorable à la légitimité de la création judiciaire en ce qui regarde un domaine du régime de responsabilité pénale, celui des défenses. À cet égard, ils écrivent :

... le législateur pourrait laisser au pouvoir judiciaire une marge d'interprétation et d'appréciation de cette défense en utilisant le « processus de balance » que l'on retrouve en *common law*.¹⁹

Les professeurs Fortin et Viau dans un article intitulé, de façon significative « La réforme de la responsabilité pénale par la Cour suprême du Canada »²⁰ reconnaissent l'ampleur des règles créées récemment par notre plus haut tribunal dans l'arrêt *R. v. Corporation municipale de la ville de Sault Ste-Marie*²¹. La Cour suprême, écrivent-ils :

a marqué sa volonté de mettre un peu d'ordre dans cette partie du droit...

de façon à

mettre fin aux applications abusives de la responsabilité sans faute...

L'innovation apportée par la Cour suprême consiste à insérer entre ces deux régimes [le régime de droit commun fondé sur un élément moral et le régime de la responsabilité sans faute] un régime de compromis...²²

Les auteurs rappellent que la responsabilité sans faute est « davantage la création des tribunaux que celle du Législateur »²³ et que la Cour suprême « vient de mettre un terme à la prolifération judiciaire de la responsabilité sans faute... »²⁴ Sans prendre expressément position sur la légitimité de la création des nouvelles règles, les professeurs Fortin et Viau les approuvent clairement dans leur ensemble.

Dans un article commentant l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le professeur Allan C. Hutchinson aborde directement la question des attributions respectives des tribunaux et du Parlement²⁵. Signalant que la Cour suprême s'est elle-même posé cette question dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le professeur Hutchinson estime que la position de la Cour suprême « is likely to receive general approval », mais que « the rationale relied upon by the Court is not

18. G. CÔTÉ-HARPER & R. CÔTÉ, « Commentaires sur la responsabilité stricte », (1975) 16 C. de D. 905, p. 906.

19. *Id.*, p. 917.

20. (1979) 39 R. du B. p. 526.

21. (1978) 2 R.C.S. 1299.

22. *Supra*, note 20, p. 526.

23. *Id.*, p. 555.

24. *Id.*, p. 556.

25. « Sault Ste. Marie, Mens Rea and the Halfway House : Public Welfare Offences Get a Home of their Own », (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 415.

entirely convincing or adequate »²⁶. La Cour suprême avait justifié son réaménagement des régimes de responsabilité pénale par le fait que les notions de responsabilité sans faute et d'infractions protégeant l'intérêt public (*welfare offences*) étaient d'origine judiciaire et non législative. Le professeur Hutchinson est d'avis que la création de règles par le juge se justifie pour d'autres raisons.

D'une part, il revient au législateur de créer une politique d'ensemble qui réponde aux besoins sociaux à une époque donnée; d'autre part, il revient aux tribunaux d'intégrer ce système de politique criminelle à la structure du droit et de veiller à son application équitable aux cas d'espèce. Les politiques législatives tiendront compte de ces attributions différentes en présumant que les tribunaux appliqueront les doctrines traditionnelles aux règles nouvelles. Il semble donc opportun de laisser aux tribunaux le développement de ces doctrines²⁷.

Les changements mettant en cause un système entier ne sont pas, selon le professeur Hutchinson, du ressort des tribunaux. Or, toute la question des infractions réglementaires pose un problème fondamental de qualification. Elles ne devraient donc pas relever de la justice criminelle et rien ne sert de vouloir les intégrer à la théorie du droit pénal. Elles sont essentiellement de nature administrative. Cependant, « such a decisive move could only be made by the legislature »²⁸.

L'observation du professeur Hutchinson à l'effet que la position de la Cour suprême relative à la création de règles de droit rencontrerait l'approbation générale ne tient pas compte de l'attitude de MM. Mewett et Manning, auteurs du traité « *Criminal Law* »²⁹. Ces derniers critiquent en particulier l'analyse que fait le professeur Weiler de l'arrêt *Beaver*. Celui-ci, expliquent-ils, a qualifié de « myth and rhetoric » le processus de recherche de l'intention législative dans lequel s'engagent les tribunaux alors qu'ils devraient exposer les arguments susceptibles de justifier leurs décisions sur les plans théorique et concret³⁰. Cette analyse, prétendent MM. Mewett et Manning, est tout à fait théorique et ne reconnaît pas que les procès ont pour but de régler des litiges en les soumettant à un arbitre impartial :

They are not, nor should they be, excuses for introducing into the realm of law-making mere jurisprudential discussion.³¹

26. *Id.*, pp. 430-431.

27. *Id.*, p. 431.

28. *Id.*, p. 426.

29. A.W. MEWETT & M. MANNING, *Criminal Law*, Toronto, Butterworths, 1978.

30. P. WEILER, *supra*, note 8, 315.

31. MEWETT and MANNING, *supra*, note 29, p. 115.

La position de Mewett et Manning semble donc hostile à la création judiciaire au sens fort. La conception du tribunal comme arbitre des conflits entre justiciables appelle le recours à des règles existantes plutôt que la création de règles nouvelles. En tout état de cause, leur commentaire, même s'il laisse place à une certaine création, refuse à cette création les moyens que d'autres auteurs, ainsi que nous allons voir, estiment essentiels à son succès.

Dans un article publié à l'occasion du centenaire de la Cour suprême, le professeur Weiler décrit de la façon suivante l'attitude des universitaires au sujet de la création judiciaire :

Our judges should make some law, but not too much. How much is too much is left up to judicial discretion.³²

Il ajoute :

The judges may be pardoned for finding this not terribly helpful.³³

Weiler pose ainsi la question des limites de la création judiciaire. Cette question apparaîtra cruciale en ce qui regarde la défense de contrainte.

La plupart des défenses traditionnelles en droit pénal font appel au principe de la *mens rea* et, partant, appartiennent à un domaine propre à susciter la création judiciaire. La défense de contrainte est prévue à l'article 17 du *Code criminel* qui la déclare irrecevable pour certaines infractions et l'assujettit, pour les autres, à certaines conditions. Les arrêts de la Cour suprême ont porté sur l'ampleur des restrictions que l'article 17 a apportées à la défense telle qu'elle existait en common law.

Dans un article de 1971³⁴, dont certains éléments ont été repris dans le chapitre 4 de son ouvrage sur la Cour suprême³⁵, le professeur Weiler préconise au sujet même de ce moyen de défense l'exercice par les tribunaux d'un rôle créateur très étendu.

La défense de contrainte, écrit-il « ... is given a somewhat detailed definition in the Code which thus may be taken to have frozen the process of common law development in fixed language whose limits the courts must respect »³⁶. La question se pose alors, compte tenu de l'obligation du tribunal de respecter le texte de la loi, de définir la marge de liberté laissée par le législateur pour la création judiciaire de règles.

Durant les trente dernières années, la défense de contrainte a fait l'objet de deux arrêts importants de la part de la Cour suprême. Le premier de ces

32. P. WEILER, « Of Judges and Scholars : Reflections in a Centennial Year », (1975) 53 *Can. Bar Rev.* 563.

33. *Id.*, p. 567.

34. *Id.*, *supra*, note 8.

35. *Id.*, *supra*, note 8.

36. *Id.*, *supra*, note 8, p. 344.

arrêts³⁷ porte sur une des conditions d'exercice de la défense, celle qui exige l'imminence de la mise en exécution des menaces et la présence continue de celui qui les profère. La Cour suprême a jugé que des menaces proférées lors d'une émeute dans une prison par un prisonnier à l'endroit d'un autre prisonnier, alors que le second était isolé dans sa cellule, ne pouvait excuser la commission par ce dernier d'un acte criminel.

Le professeur Weiler conteste à la fois ce résultat et le mode de raisonnement employé par la Cour suprême pour y arriver. Selon lui,

... the principle of *mens rea* required that the Court take a more creative view of its function in order to do justice to *Carker*.³⁸

L'article 17 du *Code criminel* a été rédigé «... at a time when legal appreciation of the significance of this type of defence was substantially underdeveloped... »³⁹ Il appartenait donc au tribunal de recourir à l'article 7 pour réconcilier la règle en matière de contrainte avec le principe de la *mens rea*. Même dans le contexte d'une règle codifiée, la création judiciaire demeurerait un procédé légitime.

Le professeur Arbour conteste la critique que fait Weiler de l'arrêt *Carker*⁴⁰. Elle attache plus d'importance que Weiler au fait que la défense de contrainte a été codifiée à l'article 17. Elle voit dans cette codification une limite législative au principe de la *mens rea*, limite que la Cour se doit de respecter. Cette prémisse la conduit à manifester son scepticisme quant à la validité d'une interprétation permettant un résultat différent, interprétation qui serait trop distante du sens littéral du libellé de l'article 17.

On décèle dans les observations du professeur Arbour une condamnation implicite du second point de l'argument de Weiler, à savoir que la création judiciaire est légitime dans la mesure où elle s'inscrit dans la logique des principes. Voyant dans le fait de la codification et dans le libellé de l'article 17 une limitation au principe de la *mens rea*, le professeur Arbour semble conclure à un rôle beaucoup plus modeste de la Cour suprême en ce qui concerne la défense de contrainte.

Le professeur Arbour reprend ce thème dans un commentaire de l'arrêt *Paquette v. R.*⁴¹ où la Cour suprême a de nouveau statué sur la défense de contrainte⁴². Il s'agissait, dans cet arrêt, de décider dans quelle mesure l'article 17 avait écarté la défense de contrainte en matière de meurtre. La Cour suprême avait déjà statué sur cette question dans une affaire ana-

37. *Regina c. Carter*, (1967) 2 C.C.C. 190.

38. P. WEILER, *supra*, note 8, p. 110.

39. *Id.*, p. 344.

40. L. ARBOUR, *supra*, note 13.

41. (1977) 39 C.R.N.S. 257.

42. « La Cour suprême sans contrainte », (1977) 39 C.R.N.S. 264.

logue⁴³. L'arrêt *Paquette* renverse la règle de l'arrêt *Dunbar* et décide que l'irrecevabilité de la défense de contrainte en matière de meurtre ne s'adresse qu'à l'auteur principal du meurtre.

Selon ce même auteur, la décision de la Cour suprême est critiquable à plusieurs égards, entre autres parce que le tribunal n'a pas justifié son recours aux principes généraux de la *mens rea*, à l'encontre de l'article 17 qui semblait exclure un tel recours⁴⁴.

Encore une fois, la logique de l'interprétation constitue pour le professeur Arbour une limite au pouvoir des tribunaux de créer des règles. Cependant, l'arrêt *Paquette*, en plus de son interprétation controversée de l'article 17, a renversé deux arrêts antérieurs de la Cour suprême, l'arrêt *Dunbar*, où le tribunal, dans des circonstances difficiles à distinguer de l'affaire *Paquette*, avait conclu à un dispositif différent et l'arrêt *Carker*, qui avait statué sur le caractère exhaustif de l'article 17. Le commentaire du professeur Arbour ne critique pas le fait du renversement de l'arrêt *Dunbar*, sinon pour regretter l'absence d'explications qui auraient dû l'accompagner. Quant à la qualification de l'article 17 par l'arrêt *Carker*, Madame Arbour déclare que le juge Martland « la distingue aisément »⁴⁵.

Il semble donc que pour cet auteur, la création judiciaire ne soit pas limitée par la règle du *stare decisis*.

Mewett et Manning signalent, sans commentaire, que « the case clearly overrules Dunbar... » mais proposent une « alternative *ratio decidendi* » où ce résultat est moins apparent⁴⁶. Par ailleurs, dans leur exposé des régimes de responsabilité pénale, ils proposent une interprétation de la responsabilité stricte qui laisserait place à une défense de diligence raisonnable « unless precedent demands the opposite conclusion... »⁴⁷

La question qui pourrait le mieux révéler l'attitude de la doctrine en ce qui regarde la reconnaissance de la règle du précédent comme limite de la création judiciaire est celle de la défense dite d'ivresse. Cette défense qui, en réalité, n'est que la prise en considération de l'incapacité de l'accusé, à cause de son ivresse, d'avoir l'intention requise pour une infraction donnée, est une création de la jurisprudence anglaise du début du siècle. Sa forme actuelle lui a été donnée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. v. George*⁴⁸. Selon cet arrêt, la défense n'est recevable qu'à l'encontre d'infractions qui

43. *Dunbar v. The King*, 67 C.C.C. 20.

44. L. ARBOUR, *supra*, note 42, 278.

45. *Id.*, p. 278.

46. *Supra*, note 29, p. 297.

47. *Id.*, p. 135. Ce commentaire est antérieur à la décision de la Cour suprême dans *Sault Ste-Marie*.

48. 1960 R.C.S. 871.

nécessitent une intention « spécifique », par opposition à l'intention « générale ». La règle formulée par l'arrêt *George* a été réitérée par la Cour suprême dans l'arrêt *Leary*, malgré une dissidence très étoffée de monsieur le juge Dickson⁴⁹.

Cette règle fondée sur la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique a été fortement critiquée par la doctrine. Dans quelle mesure, étant donné la désapprobation générale manifestée par la doctrine sur cette question, a-t-on préconisé sa réforme par voie judiciaire? La doctrine croit-elle, au contraire, que la règle formulée dans l'arrêt *George* et par la suite dans l'arrêt *Leary* constitue une limite à la création d'une règle nouvelle?

Pour Weiler, la solution serait de considérer l'ivresse comme une défense particulière. Selon cet auteur,

There are no insuperable legal roadblocks in the way of judicial creation of such a doctrine.⁵⁰

Étant donné le silence de la loi sur la question, étant donné que les tribunaux ont déjà modifié l'état du droit sur la pertinence de l'ivresse (irrecevabilité de l'ivresse en common law traditionnelle ; recevabilité à certaines conditions depuis *Beard v. D.P.P.*)⁵¹, les raisons pour ne pas donner effet au principe de la *mens rea* doivent être des raisons pragmatiques de politique criminelle.

Ce sont ces raisons pragmatiques de politique criminelle qui justifient la Cour suprême, selon le professeur Louise Viau⁵², de réaffirmer la règle dans l'arrêt *Leary*⁵³. Le professeur Viau n'envisage pas directement l'aspect *stare decisis* du problème. Elle signale cependant

... une volonté des tribunaux d'assurer la protection du public, sans pour autant brimer plus qu'il n'en faut l'accusé, là où le législateur, par son mutisme, leur laisse carte blanche.⁵⁴

Dans un commentaire sur l'arrêt *Leary*, le professeur Graham Parker, glosant sur la dissidence du juge Dickson, écrit que ce dernier « ... wants us to scrap the specific intent rule... », ce qui équivaut au remplacement d'une règle judiciaire par une autre règle judiciaire⁵⁵. L'approbation de cette

49. (1977) 37 C.R.N.S. 60.

50. P. WEILER, *supra*, note 8, p. 108.

51. 1920 A.C. 479.

52. L. VIAU, « La solution du droit positif en matière d'intoxication volontaire : un compromis indéfendable? », (1978) 38 R. du B. 101.

53. R. v. *Leary*, 1978, 1 R.C.S. 29.

54. L. VIAU, *supra*, note 52, p. 113.

55. G. PARKER, « Criminal Law — Mens Rea — General Principles — Intoxication as a Defence », (1977) 55 Can. Bar Rev. 691.

solution manifestée par le professeur Parker (« so be it ! ») ne laisse entrevoir aucune difficulté résultant de la règle du *stare decisis*⁵⁶.

Enfin, le professeur Gerard Ferguson, dans un article sur les rapports entre le principe de la *mens rea* et la défense d'ivresse⁵⁷, après avoir écrit que « the fatal blow to the adoption of the wider rule in *Beard* may well have been served by the unfortunate decision of the *Queen v. George* »⁵⁸, conclut néanmoins que les tribunaux doivent adopter cette règle plus nuancée⁵⁹.

2. Les caractéristiques de la création judiciaire des règles

La création de règles implique nécessairement un élargissement des bases du raisonnement judiciaire. L'attitude de la doctrine à ce sujet sera significative. Dans quelle mesure les auteurs reconnaissent-ils l'exclusivité des autorités traditionnelles et dans quelle mesure admettent-ils le recours à des sources nouvelles ?

Par ailleurs, selon certains, la création judiciaire n'est pas un phénomène nouveau puisque les tribunaux l'ont toujours pratiquée de façon déguisée⁶⁰. Cependant, le processus étant maintenant plus conscient, on peut se demander quelles qualités cette création doit manifester. Qu'est-ce que la doctrine en droit pénal attend de la création judiciaire du droit ?

La première chose qui frappe chez les spécialistes qui ont commenté les règles créées par la Cour suprême en matière de *mens rea* est leur attitude au sujet des modes traditionnels de raisonnement judiciaire. Le professeur Paul Weiler, partant de l'inévitabilité de la création judiciaire, écrit :

... We shall naturally prefer a style of legal reasoning which appraises the fitness of the rules that are available and anticipates the policy results of the one that is selected.⁶¹

Cet examen du bien-fondé des règles en vue de l'établissement d'une politique doit être tempéré par l'adhérence du juge au principe. L'importance du principe réside dans le fait « ... that it points to the adoption of a legal rule because it embodies the values and social policies which ought to influence the direction in which the Courts take our law »⁶². Ces principes se dégagent d'une série de « policy judgments already embodied in existing legal

56. *Id.*, p. 705.

57. G.A. FERGUSON, « Mens Rea Evaluated in Terms of the Essential Elements of a Crime, Specific Intent, and Drunkenness », (1970-71) 4 *Ottawa L. Rev.* 356.

58. *Id.*, p. 379.

59. *Id.*, p. 388.

60. Voir, entre autres, M. MACGUIGAN, *supra*, note 11, voir notamment, p. 659.

61. P. WEILER, *supra*, note 8, p. 62.

62. *Id.*, p. 50.

standards ». L'articulation du principe permet au tribunal de justifier une nouvelle règle de droit. Elle permet également de réviser une règle existante qui ne respecterait pas l'orientation du droit qu'indique le principe⁶³.

Cette façon de raisonner implique nécessairement une plus grande liberté du tribunal en ce qui regarde les autorités traditionnelles. Les auteurs qui sont favorables au modèle créateur marqueront généralement leur approbation de l'emploi par le tribunal d'un raisonnement qui prend ses distances des sources traditionnelles ; ils critiqueront l'adhésion irréfléchie au précédent et à la lettre de la loi.

Ainsi, le professeur Weiler critique très fortement l'utilisation faite par la Cour suprême des sources juridiques. Par exemple, en ce qui regarde la défense d'ivresse,

The Court treated its own precedents as irrelevant while viewing the English case as something akin to Holy Writ. If the latter is exaggerated, the analogy to a statutory enactment is not. A passage from *Beard* is extracted, out of context, and treated as an exhaustive statement of the common law defence, to be interpreted in accordance with the specific language used.⁶⁴

Quant à l'intégration au raisonnement de sources extérieures, il écrit :

Our court never cites American or Australian precedents in this area, does not feel bound by lower court Canadian decisions, nor by English decisions.⁶⁵

Et plus loin,

The court never uses Canadian periodical writings, only twice refers to American texts and really uses only two English texts, *Williams' on Criminal Law* and Turner's edition of Kenny. These it uses as it does precedents, as the source of an authoritative passage stating a rule, not as a reference for the authority of a rule which it states itself...⁶⁶

Traitant de la question des sources, le professeur Hutchinson signale avec satisfaction que la Cour suprême, pour en arriver à sa décision dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, a attaché une importance considérable à des décisions de tribunaux inférieurs. De même, le tribunal a eu recours à des arrêts provenant d'autres pays du Commonwealth. Le professeur Hutchinson estime que cette pratique est bénéfique à condition de ne pas employer les autorités étrangères

... to give technical validity and support to a solution favoured by a Canadian court. Such insecurity stands in the way of a fully matured and individual model of judicial

63. *Id.*, p. 51.

64. *Id.*, p. 341.

65. *Id.*, p. 351.

66. *Id.*, p. 352. La critique du professeur Weiler s'appliquerait avec beaucoup moins de pertinence aux opinions de certains des juges qui composent la Cour suprême à l'heure actuelle, notamment le juge Dickson dont l'opinion dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* comporte une trentaine de références à la doctrine.

philosophy being developed by the Supreme Court to fit the needs and special interests of Canada, as opposed to depending on a largely uncritical distillation of foreign models of judicial activity.⁶⁷

Le professeur Hutchinson, sans être d'accord avec les arguments de la Cour suprême, signale l'utilisation par le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* des arguments de politique criminelle :

... the Court proceeded to a consideration of the various competing interests and values at play in the area of « public welfare offences ». ⁶⁸

Par contre, le professeur Hutchinson critique le traitement par la Cour suprême des précédents judiciaires. Ainsi, écrit-il :

Although the Court claimed to rely upon and follow « an increasing and impressive stream of authority » in arriving at this decision to establish a defence of due diligence, its handling of those authorities leaves much to be desired and falls short of the standards expected of a system's highest appellate court.⁶⁹

Il reproche notamment à la Cour suprême ses efforts pour distinguer cinq de ses arrêts antérieurs « which might with more integrity have been simply overruled » ⁷⁰. S'agissant de l'emploi par le tribunal des autorités anglaises, il écrit :

... the reserved enthusiasm of a small number of law lords in *Sweet v. Parsley* cannot be taken to represent the prevailing view of the judicial establishment, and any reliance by the Court on such patently obiter statements is ill-founded.⁷¹

Un des obstacles à la décision de la Cour suprême dans *Sault Ste-Marie* réside dans le principe exprimé dans l'arrêt *Woolmington* qui exige la preuve hors de tout doute raisonnable d'une infraction criminelle. Hutchinson reproche à la Cour suprême de ne pas avoir apporté une réponse de principe à cette objection et de l'avoir éludée par « a series of tortuous manoeuvres to make a valid yet basically unsound interpretation of the decision in *Woolmington* » ⁷². Le danger de cette attitude est qu'elle « merely invites harsh criticism and plays into the hands of the opponents of a creative and socially responsive Supreme Court of Canada » ⁷³.

L'attitude de Hutchinson au sujet du raisonnement judiciaire se résume par l'évaluation suivante :

Although the Court's reasoning is strained and far from being entirely satisfactory, there is little to be gained from any protracted discussion of whether there was a

67. A.C. HUTCHINSON, *supra*, note 25, p. 422.

68. *Id.*, p. 426.

69. *Id.*, p. 419.

70. *Id.*, p. 420.

71. *Id.*, p. 422.

72. *Id.*, p. 434.

73. *Id.*, p. 435.

sufficient precedential base on which the Court could rest its decision. While the Court might traditionally be considered still to be bound technically by its own earlier decisions, it seems to be agreed on most sides that the Court can and will refuse to follow and, if need be, depart from prior decisions when the appropriate circumstances present themselves and compelling considerations of policy so dictate;

Although the Supreme Court's past devotion was to precedent, its future commitment must surely be to policy.⁷⁴

Le commentaire de l'arrêt *Paquette* par le professeur Arbour traduit une certaine impatience quant aux modes traditionnels de jugement :

... on serait porté à croire que « la majesté du common law » consiste à trouver un précédent récent de la Chambre des lords et à en appliquer automatiquement le dispositif.⁷⁵

De même, le professeur Arbour ne reproche aucunement à la Cour suprême de ne pas avoir respecté son propre précédent, celui de l'arrêt *Dunbar*. Cependant, elle estime que ce procédé méritait une explication et que celle-ci a fait défaut⁷⁶.

Par contre, elle signale que l'interprétation de l'article « se heurte à certaines règles qu'on aurait pu croire applicables à l'interprétation d'un code »⁷⁷. À cet égard, Madame Arbour, citant le cours donné par L.-P. Pigeon aux conseillers juridiques du Gouvernement du Québec, rappelle la règle voulant que les dispositions d'une loi s'interprètent les unes en regard des autres, et cette autre à l'effet qu'un même mot doit toujours se rapporter à la même notion. Elle fait allusion un peu plus loin à la règle de la spécificité⁷⁸ pour ensuite faire l'histoire législative de l'actuel article 17.

Cet auteur semble donc admettre que la création judiciaire peut s'affranchir de la règle du précédent, tout en soutenant que le raisonnement juridique doit respecter les règles traditionnelles de l'interprétation des lois. Rappelons à cet égard que Weiler qualifie de « myth and rhetoric » la recherche de l'intention législative, objet principal des arguments d'interprétation.

L'article du professeur Ferguson illustre bien comment les règles traditionnelles du raisonnement juridique nuisent au développement harmonieux des principes. Ainsi, la distinction intention générale — intention spécifique de l'arrêt *George*

74. *Id.*, p. 422-423.

75. L. ARBOUR, *supra*, note 42, p. 265.

76. *Id.*, p. 271.

77. *Ibid.*

78. *Id.*, p. 273.

... is seriously undermining the moral and ethical foundations of criminal liability in some cases, and requiring courts of necessity to confuse and twist the notion of intention in order to do justice in other cases.⁷⁹

Le professeur Graham Parker critique l'arrêt *Leary* dans une perspective favorable à la création judiciaire. Il regrette la sujétion de la Cour suprême à l'autorité de la Chambre des Lords⁸⁰. Le professeur Parker cherche à expliquer pourquoi les règles de la défense d'ivresse formulées d'abord dans l'arrêt *Beard* ont été transformées par les arrêts subséquents. Il ressort de ses explications que le raisonnement juridique se confine trop souvent à des considérations étroites :

The accumulated wisdom is exclusively legal wisdom culled from the case-law. More precise definitions are difficult because the law is pre-occupied with attempts to reconcile past and present decisions. If a difficulty occurs, a firm rule is preferable to an ambiguous one, even if it is a narrow rule which is exclusively legal in outlook. If the law cannot be made more accurate, but certainly is deemed essential, a legal fiction is called for.⁸¹

Le professeur Parker, traitant des sources doctrinales qu'utilise la Cour suprême, critique le recours quasi exclusif à des ouvrages qui sont des

... carefully researched and written books of technical law. The word « technical » is used pejoratively because these authors seem to be intent on *le vice anglais* of reconciling cases and trying to fit a vast array of fact-situations and cases to a set of rules or doctrines.⁸²

La véritable création judiciaire nécessite la prise en considération de sources nouvelles telles « the notion of social defence, community morality and deterrence »⁸³.

Quelles qualités la doctrine espère-t-elle retrouver dans les règles juridiques créées par des tribunaux libérés des entraves qu'impose le modèle traditionnel de fidélité au précédent et de respect de la règle littérale d'interprétation? Elle suggère (expressément ou implicitement) un certain nombre de qualités à la création judiciaire de règles. D'abord, selon certains auteurs, cette création doit être consciente. Ainsi, le professeur Weiler signale que :

... the court never seems to realize, consciously, that it has an independent law-making role to play in this whole area.

79. G. A. FERGUSON, *supra*, note 57, pp. 387-388.

80. G. PARKER, *supra*, note 57, p. 691.

81. *Id.*, p. 697.

82. *Id.*, p. 694.

83. *Id.*, p. 697.

It is obvious that the court is making policy in this area, and that judicial attitudes are significantly affecting the policies that result. However, the court never expresses awareness of these facts. Only rarely does it speak of section 7(2) and the preservation of the common law, or the failure of the legislature (especially outside the Code) to speak to the issues of *mens rea*. It does not draw the inference that these gaps necessarily require that it plays a collaborative role in developing our criminal law.⁸⁴

Cette situation cependant est en voie de s'améliorer. Le professeur Hutchinson constate que :

There now seems to be a growing awareness of the need to become more reflective, and there appears to be a greater readiness to develop a keener and more conscious appreciation of « the policies and principles embedded beneath the surface of the rules ». Although the doctrinal and theoretical discussion of the place, if any, of absolute liability in the general scheme of criminal liability is by no means as full or as extensive as it might be, the decision in *Sault Ste. Marie* nevertheless marks a further, if small, step forward in this incipient and enlightened trend. Whatever other failings the decision might have, it merits warm praise in this particular context.⁸⁵

Enfin, question beaucoup plus délicate, est-il possible de déceler les valeurs que la doctrine pénale estime fondamentales et qui motivent son appréciation de la création de règles par les tribunaux ? Certaines indications (mais si peu concluantes !) apparaissent dans les textes que nous avons étudiés.

Pour les uns, la règle doit présenter, en premier lieu, un caractère de certitude et d'objectivité.

Ainsi, lit-on chez le professeur Hutchinson, au sujet des critères proposés par l'arrêt *Sault Ste-Marie* pour distinguer entre les régimes de responsabilité stricte et absolue la critique suivante :

By relying on such a loose and imprecise test, the judge's outlook and sense of social justice will continue to be a decisive, if an unavowed, consideration in the categorization process and, as such, will remain a very real obstacle to the accurate prediction of the degree of liability required in any particular offence.⁸⁶

Les professeurs Fortin et Viau au sujet des mêmes critères, critiquent l'arrêt *Pierce Fisheries* :

Pour ces raisons, l'approche adoptée par l'arrêt *Pierce Fisheries* a marqué un recul par rapport aux solutions retenues par les arrêts *Beaver* et *King* qui déterminent l'intention du Législateur, non pas à partir d'une invérifiable intuition, mais bien d'après les critères objectifs — qualification procédurale et peine — indiqués par le texte d'incrimination.⁸⁷

84. P. WEILER, *supra*, note 8, p. 353.

85. A.C. HUTCHINSON, *supra*, note 26, pp. 424-425.

86. *Id.*, p. 442.

87. J. FORTIN et L. VIAU, *supra*, note 20, p. 532.

L'arrêt *Sault Ste-Marie* est critiqué pour les mêmes raisons mais le retour de la Cour suprême à des critères objectifs dans les arrêts *Chapin* et *Prue* est salué avec satisfaction⁸⁸.

De même, l'interprétation par la Cour suprême des expressions « cause » et « permet » donne lieu à une règle qui, selon le professeur Hutchinson, ne résiste pas à l'analyse logique :

In effect, the Court decided that the offence in question warranted a defence of due diligence and proceeded to construct and articulate a scheme that would meet this purpose. Such an expedient and result-oriented process of reasoning is not conducive to a clear authoritative statement of legal principles intended to dispel the doubt and confusion that previously existed.⁸⁹

Le professeur Arbour, dans sa critique de l'arrêt *Paquette*, tout en se réjouissant du résultat apparemment plus équitable de la solution trouvée par la Cour suprême, regrette l'irrationalité de la décision :

Il est cependant trop facile de conclure que la logique et l'harmonie des principes généraux du droit ont été à juste titre sacrifiées.⁹⁰

D'autres insistent sur le caractère « raisonnable » que doivent présenter les règles. Ainsi, la solution apportée par la Cour suprême au conflit entre les thèses subjectives et objectives de la responsabilité pénale en matière d'ivresse favorise la thèse objective. Cette position, incompatible avec la logique du principe de la *mens rea*, est défendue par le professeur Viau :

La recherche de la justice exige parfois que l'on s'écarte de la logique. C'est du moins ce qui ressort du compromis adopté par les tribunaux entre l'intérêt public et l'intérêt de l'accusé et qui rend celui-ci fort défendable.⁹¹

Au sujet de la même question, celle de la défense d'ivresse, le professeur Ferguson adopte un point de vue différent. « The restriction of drunkenness to specific intent », écrit-il « is in opposition to any rational and ethical foundation of criminal liability »⁹². Cette perception du fondement moral de la responsabilité criminelle conduit le professeur Ferguson à affirmer la priorité du principe de la *mens rea* à l'encontre de la perception sociale de la culpabilité du délinquant ivre :

What bothers all fair and just men is the fact that a drunk man is acquitted, yet in the eyes of the public, he is more blameworthy than the sober man who makes a reasonable mistake. I do not dispute the obvious difference in culpability between the drunk and sober man. However, I strenuously suggest that it is not the courts' duty to initiate a policy of punishing drunk men by convicting them of intentional crimes when no intent exists.⁹³

88. *Id.*, p. 532.

89. A.C. HUTCHINSON, *supra*, note 25, p. 443.

90. L. ARBOUR, *supra*, note 42, p. 280.

91. L. VIAU, *supra*, note 52, p. 113.

92. G.A. FERGUSON, *supra*, note 57, pp. 384-385.

93. *Id.*, p. 385.

Pour le professeur Paul Weiler, ces différentes valeurs ne s'opposent pas. Comme nous l'avons vu, la position du professeur Weiler assujettit la création judiciaire au respect des principes du droit. Ce respect des principes devient donc la qualité dominante de la création des règles. Le résultat, selon Weiler, concilie toutes les valeurs qu'affirme la doctrine :

I believe that legal argument in terms of principle is not only a necessary avenue towards a better quality of legal justice, it is the primary source of the stability and predictability of a legal order.⁹⁴

Conclusion

Notre essai sur la réaction de la doctrine à la création judiciaire du droit ne nous livre que des conclusions incomplètes.

D'abord, nous avons restreint notre étude de la doctrine à certains domaines du droit pénal, ce qui risque de donner une impression fautive de la production doctrinale. L'échantillon choisi ne permet sans doute pas de qualifier, sans risque d'erreur, l'appréciation que font les auteurs de la création des règles par les tribunaux.

De plus, à l'exception du travail du professeur Weiler, les études citées ne visaient pas directement le sujet de notre essai. À force de lire entre les lignes et d'interpréter, on risque de trahir la pensée des auteurs dont les préoccupations étaient principalement de débrouiller l'écheveau des règles, non de qualifier le phénomène de la création judiciaire.

Dans son compte rendu du livre de Paul Weiler, le professeur Louise Arbour écrit que ses commentaires critiques risquent de perpétuer le mythe que les juristes de formation civiliste sont hostiles au phénomène de la création. Notre essai nous a convaincu au moins qu'il s'agit bien là d'un mythe. Les juristes de formation civiliste semblent reconnaître, autant que leurs collègues de common law, la réalité de la création judiciaire de règles, et n'en contestent pas plus que ces derniers la légitimité. Tout au plus, certains d'entre eux voient-ils dans le texte législatif une limite plus absolue à cette création, et dans les règles d'interprétation un guide plus sûr pour déceler l'intention législative.

Il reste nombre de questions auxquelles nous n'avons pu répondre. La première en importance nous semble être celle des prémisses philosophiques de la doctrine canadienne en droit pénal. Peut-être serait-il possible d'éclairer ces prémisses en soumettant nos collègues à la suprême indignité d'études par scalogrammes ou d'analyses des sources citées. En attendant, il ne serait pas inutile que la doctrine s'engage un peu plus dans cette voie, celle d'annoncer la couleur philosophique de sa propre création.

94. P. WEILER, *supra*, note 8, p. 53.

Dans la mesure où la doctrine est en voie de devenir un facteur de plus en plus important dans la création judiciaire, cette démarche pourrait avoir des répercussions jusque dans la règle de droit elle-même.