

LA DÉMARCHE
DU JUGE D'APPEL :
ART, SCIENCE
OU TECHNIQUE?

par **J. E. CÔTÉ**

Juge des cours d'appel
de l'Alberta, des Territoires du Nord-Ouest
et du Nunavut

© Conseil canadien de la magistrature
Numéro de catalogue : JU14-20/2009
ISBN : 978-0-662-06475-6

Conseil canadien de la magistrature
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0W8

Téléphone : (613) 288-1566
Télécopieur : (613) 288-1575
Courriel : info@cjcccm.gc.ca

Affiché à www.cjcccm.gc.ca

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	x
CHAPITRE 1 – INTRODUCTION	1
A. Public auquel s’adresse ce livre	1
B. Art, science ou technique?	2
C. Méthode ou philosophie	3
CHAPITRE 2 – CRÉATION DU DROIT	5
A. Les deux fonctions des cours d’appel	5
B. <i>Stare decisis</i>	7
C. Clarté de la jurisprudence	10
D. Justice naturelle	10
E. La création du droit, une question de pondération	11
1. Introduction	11
2. Droit jurisprudentiel	11
3. Mesure acceptable	12
4. Importance de la démarche	12
F. Conclusion	14
CHAPITRE 3 – JUSTICE POUR LES PARTIES	15
A. Légiférer à outrance	15
B. Motifs écrits	21
C. Normes de contrôle judiciaire	22
1. Introduction	22
2. Importance et justification	22
3. Problèmes reliés aux seconds appels	23
D. Appels fondés sur les faits	24
1. Qu’est-ce qu’une erreur manifeste et dominante?	24
(a) Question de fait non abordée	24
(b) Conclusions contradictoires	24
(c) Absence totale de preuve	24
(d) Preuve mal citée	25
(e) Erreurs de logique	25
2. La recherche et l’analyse de la preuve	25
3. Défaut de tirer des conclusions de fait en première instance	27
E. Nouveaux procès	27
1. Surprise injuste	28
2. Procédure inéquitable	28
3. Manquement aux règles de procédure	28
4. Inconduite d’une partie	29
5. Décisions erronées relatives à la preuve	29
6. Intervention des juges de première instance	30
7. Directives erronées au jury	30
F. Appels interjetés relativement à la peine	30
G. Appels interjetés relativement aux dommages-intérêts ou aux ordonnances alimentaires	31

H. La justice et la courtoisie	31
I. Requêtes en nouvelle audience	32
J. Questions non débattues	33
CHAPITRE 4 – EFFORT PERSONNEL DES JUGES D’APPEL	34
A. Charge de travail	34
B. Accessibilité	35
C. Répartition des causes	36
D. Tâches divergentes	36
E. Fonctions administratives	36
CHAPITRE 5 – EFFICACITÉ DES MÉTHODES DE TRAVAIL DES JUGES	38
A. Lecture des documents fournis par les avocats avant l’audience	38
1. La préparation, une étape essentielle	38
2. Moment opportun de prendre connaissance de la documentation	39
3. Lecture de la documentation	40
B. Rédaction rapide des jugements	40
1. Conseils pour la rédaction plus rapide des jugements	41
(a) Éliminer le travail inutile	41
(b) Se préparer avant l’audience	41
(c) Commencer sans tarder	41
(d) Poursuivre sur sa lancée	42
(e) Éviter la saisie inutile	43
2. Délais et règles	43
3. Risques	44
C. Paperasse	44
D. Gestion du temps	45
E. Prise de notes	45
F. Délégation aux personnes compétentes	46
G. Délégation aux adjoints judiciaires	48
CHAPITRE 6 – APPRENTISSAGE PERSONNEL DES JUGES D’APPEL	50
A. Raisons justifiant le recyclage	50
B. Qualités des juges d’appel	51
1. Patience	51
2. Esprit de coopération	51
3. Acuité	52
4. Capacité de rédiger	52
5. Habitudes de travail	52
6. Indépendance	53
7. Connaissances et expérience	53
8. Diversité	53
C. Droit et procédure en matière d’appel	54
D. Formation permanente	54
E. Maintien à jour des connaissances juridiques en général	56
F. Discours, écrits et enseignement	57
1. Avantages	57
2. Inconvénients	57
G. Évaluation personnelle	59

CHAPITRE 7 – COURTOISIE	60
A. Importance de la courtoisie	60
B. Ponctualité	61
C. Diligence	62
D. Comportement dans la salle d’audience	62
E. Questions aux avocats	63
F. Jugements	64
1. Traitement réservé aux parties	64
2. Traitement réservé aux avocats	65
3. Traitement réservé aux juges de première instance	65
4. Vérification des diverses versions	66
G. Interaction sociale avec les juges de première instance	66
H. Collègues	67
CHAPITRE 8 – COLLÉGIALITÉ	68
A. Introduction	68
1. Qu’est-ce que la collégialité?	68
2. Pourquoi la collégialité est-elle importante?	68
3. Dans quelles cours la collégialité est-elle tout particulièrement nécessaire?	69
B. Partage de la charge	69
C. Prise de décisions	70
1. Philosophie générale	70
2. Techniques particulières	71
3. Causes de mésententes	73
(a) Synthèse	73
(b) Idéalisme	73
(c) Pragmatisme	74
(d) Analyse	74
(e) Réalisme	74
D. Collégialité et rédaction de jugements	75
E. Projets de jugements d’autres juges	76
1. Approche générale	76
2. Promptitude	77
3. Attribution d’intentions	77
4. Diplomatie	77
F. Notes internes	79
G. Discussions à l’extérieur des locaux de la cour	80
H. Débats dans la salle d’audience	80
I. Réunions et administration du tribunal	80
J. Partage des ressources	82
K. Plan personnel	82
L. Menaces systémiques à la collégialité	83
M. Limites de la collégialité	84
1. Ouverture d’esprit	84
2. Intrigues	84
3. Pensée de groupe	85
4. Motifs concordants	85
N. Accessibilité	85

CHAPITRE 9 – CLARTÉ.....	86
A. Importance	86
B. Efficacité de la clarté.....	87
C. Rédaction d'écrits clairs.....	87
1. Sources d'aide.....	87
2. Méthode de base.....	88
3. Principes de rédaction	89
(a) Soyez concis.....	89
(b) Utilisez une langue simple.....	90
(c) Évitez les citations.....	90
(d) Utilisez la forme affirmative.....	90
(e) Recherchez la pureté.....	91
(f) Tenez-vous en à l'essentiel	92
(g) Relisez et révisez.....	92
4. Délais	93
5. Outils de travail.....	93
D. Allusions	93
E. Présentations types à éviter.....	94
F. Modifications apportées par les éditeurs	95
G. Textes mal rédigés.....	96
CHAPITRE 10 – DISSIDENCE	97
A. Raisons justifiant ou non la dissidence	97
1. Raisons justifiant la rédaction d'une opinion dissidente.....	97
2. Raisons ne justifiant pas la rédaction d'une opinion dissidente	99
3. Inconvénients des opinions dissidentes	99
B. Solutions de rechange à la dissidence.....	100
C. Rédaction de motifs dissidents	101
D. Dissidence continue.....	102
E. Opinions dissidentes eu égard à la peine.....	103
CHAPITRE 11 – INTERPRÉTATION DES JUGEMENTS RENDUS EN APPEL	104
A. Introduction	104
B. <i>Ratio decidendi</i> et <i>obiter dicta</i>	105
C. Compte de voix	105
D. Confirmation de motifs.....	106
E. Rejet de la demande d'autorisation	107
F. Causes mises en délibéré ou tranchées sur-le-champ (<i>ex tempore</i>)	107
G. Questions de fait et questions de droit	108
H. Recueils de jurisprudence	109
1. Modification des jugements par les éditeurs.....	109
2. Recueils officiels.....	110
3. Sommaires	110
4. Décisions non répertoriées	111

CHAPITRE 12 – SUPERVISION ET GESTION	112
A. Président de la formation	112
1. Droits	112
2. Responsabilités	113
3. Plaideurs non représentés par un avocat	114
B. Les juges en chef	115
1. Pouvoirs nécessaires	115
2. Travail difficile	116
3. Rapports avec le juge en chef	117
C. Juges administratifs	118
CHAPITRE 13 – CONFIDENTIALITÉ	119
A. Risques	119
B. Précautions à prendre avant de rendre un jugement	121
1. Ordinateurs et téléphones	121
2. Documents	122
3. Conversations	123
C. Après le prononcé du jugement	123
D. Employés et locaux	124
CHAPITRE 14 – REQUÊTES EXAMINÉES PAR UN JUGE SEUL	125
A. Règles de droit régissant les requêtes	125
B. Pouvoirs des juges siégeant seuls	126
C. Modalités de traitement des requêtes	126
1. Bon déroulement de l'appel	127
2. Entrave induite au travail des juges	128
3. Outils mis à la disposition des juges	128
4. Équité ou efficacité	128
D. Efficacité	129
E. Opportunité de donner des motifs exhaustifs	130
F. Participation du greffier	131
G. Erreurs à éviter	131
1. Mise en liberté sous caution	131
2. Sursis d'exécution	132
3. Autorisation d'interjeter appel	132
4. Délais	133
5. Prorogation du délai de dépôt de l'appel	133
6. Interventions	134
7. Appel du refus d'accorder l'autorisation	134
8. Mauvais choix de tribunal	134
9. Cautionnement pour dépens	134

CHAPITRE 15 – LA DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE ET LES JUGES D’APPEL	136
A. Conflit ou partialité comme motifs de récusation	136
1. Liens avec les juges de première instance	137
2. Prise de la décision et critères applicables	138
3. Repérage rapide des conflits	139
B. Délégation	139
C. Honnêteté et exactitude	139
D. Moment de prise de la décision	140
E. Décision fondée sur des questions ou de la jurisprudence non invoquées	140
F. Chasse aux causes ou aux sujets	141
G. Autres activités	141
CHAPITRE 16 – RAISONNEMENT SPÉCIEUX	142
A. Défaut de citer les arguments ou les arrêts contraires	143
B. Arguments dénaturés ou édulcorés	145
C. Justifications fabriquées de toutes pièces	146
D. Dépassement des limites	148
1. « Peu s’en faut »	148
2. Absence de limites	148
3. Absence de définition parfaite	149
4. Distinctions peu réalistes	150
E. Motifs flous	150
1. Dissimulation des lacunes	150
2. Simple déclaration	151
3. Abstraction	152
4. <i>Non sequitur</i>	152
5. Émotion	152
F. Ambiguïté	153
1. Moyen terme ambigu	153
2. Statistiques déficientes	154
G. Élargissement et rétrécissement des catégories	155
1. Recoupements	155
2. Règles ou philosophie	157
3. Distinctions inutiles	157
H. Formulation de la question inexacte	158
1. Simple question inexacte	158
2. Réponses sous-entendues et questions exclues	158
3. Sémantique	159
4. Manque de concordance entre la réponse et la question	159

I. Autres sophismes classiques.....	160
1. Distractions qui écartent du sujet.....	160
(a) Argument <i>tu quoque</i>	160
(b) Argument <i>ad hominem</i> (attaques personnelles).....	161
(c) Appels à l'indulgence.....	162
(d) Argument du bâton.....	162
2. Postulats de causalité.....	162
3. Pétition de principe.....	164
J. Inapplication.....	164
K. Analogies utilisées à mauvais escient.....	166
L. Abus de pouvoir.....	167
1. Appels voilés aux experts.....	167
2. La majorité, une autorité.....	168
3. Moyen terme.....	169
M. Réfutation des arguments spécieux.....	171
CHAPITRE 17 – ÉVALUATION DU TRAVAIL DES JUGES D'APPEL.....	172
A. La Cour suprême du Canada.....	172
1. Rôle procédural des juges d'appel.....	172
2. Nouvelle présentation de l'argumentation à la cour d'appel.....	173
3. La rédaction des jugements et la Cour suprême du Canada.....	173
4. Réflexion découlant de l'infirmité d'un jugement.....	173
5. Points de vue et continuité.....	175
B. Commentaires doctrinaux.....	175
C. Commentaires des médias.....	176
D. Groupes d'intérêt.....	176
E. Popularité en général.....	177
Annexe A – LA CHOSE LA PLUS IMPORTANTE, C'EST DE DÉMARRER : L'ART ET LA MANIÈRE DE RÉDIGER PROMPTEMENT SES JUGEMENTS.....	179
Annexe B – EXTRAITS DE TEXTES JURIDIQUES MAL ÉCRITS.....	185

PRÉFACE

– [...] *Monsieur, je ne trouve pas les mots pour vous remercier. Mais je ne serai pas ingrat avec vous. Et maintenant je dois filer voir mon cher garçon pour m’excuser du tort que je lui ai causé.*

– Le diadème de béryls

Pour maintes raisons, il ne convient pas dans un ouvrage comme celui-ci d’exposer tout simplement les opinions et les découvertes d’une seule personne, notamment parce que chacun acquiert ses opinions d’autrui, tout particulièrement de collègues et de prédécesseurs.

Les maîtres sont loin de recevoir de leurs élèves la reconnaissance qu’ils méritent réellement. Plus nos maîtres nous ouvrent l’esprit, moins nous sommes conscients des lacunes de nos connaissances ou de nos erreurs de raisonnement antérieures. Il en est ainsi tout particulièrement lorsque le maître joue un rôle officieux.

Les juges apprennent de tous les collègues qu’ils côtoient, et tous les juges ou protonotaires ont quelque chose à enseigner aux avocats qui comparaissent devant eux. J’ai reçu de certains collègues des conseils précis pendant l’écriture de ce livre, mais j’ai aussi beaucoup appris d’autres personnes au fil des ans.

C’est donc avec une vive appréhension que je nomme dans cette préface les personnes que je souhaite remercier, en espérant n’en oublier aucune.

Je tiens à remercier William Hurlburt, c.r., le protonotaire Hyndman, le très honorable juge en chef Cartwright et l’honorable juge Martland, qui ont été pour moi des sources d’inspiration au début de ma carrière. J’ai également été conseillé par d’autres de l’extérieur de l’Alberta, dont le juge en chef Bayda de la Saskatchewan.

Chacun de mes collègues a contribué à cet ouvrage, sciemment et directement ou simplement par son exemple. Je me permets d’en nommer quelques-uns : les juges en chef Fraser et Laycraft et les juges (et l’excellent protonotaire) Carole Conrad, Adelle Fruman, Michael Funduk, Robert Graesser, William Haddad, Constance Hunt, John McClung, Elizabeth McFadyen, Mary Moreau, Clifton O’Brien, Ellen Picard, William Sinclair, Frans Slatter, William Stevenson et Jack Watson. Je tiens également à souligner la contribution des registraires Lynn Varty et Danielle Umrysh.

J’ai pu compter sur le travail diligent de Melanie Hayes-Richards, Debra MacGregor, Andreea Bandol, Beth Millard et Linda Harmata, qui se sont appliquées à faire des recherches rapides et à proposer des révisions.

C’est sans doute mon adjointe, Marge Smith, qui m’a apporté l’aide la plus précieuse. Elle a dactylographié et relu le manuscrit à maintes reprises et a relevé d’innombrables erreurs, comme elle le fait d’ailleurs depuis vingt et un ans pour tous les jugements et documents que je rédige.

J’exprime mes plus sincères remerciements au Conseil canadien de la magistrature, qui a bien voulu m’apporter aide et soutien en vue de la publication de cet ouvrage qui ne saurait être rentable étant donné le public restreint auquel il s’adresse.

CHAPITRE 1 – INTRODUCTION

– [...] *Il traduit en ce moment mes petits ouvrages en français.*

– *Vos ouvrages?*

– *Oh, vous ne savez pas? s'écria-t-il en riant. Oui, j'ai commis plusieurs monographies. Elles concernent toutes des sujets techniques. En voici une par exemple : De la manière de distinguer les différentes sortes de cendres de tabac. [...] C'est une question qui surgit systématiquement dans les affaires criminelles, constituant parfois un indice d'une importance capitale. [...] Voici ma monographie sur la manière de relever les traces de pas [...]. Voilà également une curieuse petite étude sur l'influence des différents métiers sur la forme des mains [...]. C'est d'une grande portée pratique pour le policier scientifique – particulièrement en cas de corps non identifiés, ou pour découvrir les antécédents d'un criminel. Mais je vous barbe avec mon hobby.*

– *Le signe des quatre, chapitre 1*

A. PUBLIC AUQUEL S'ADRESSE CE LIVRE

Ce livre s'adresse aux personnes qui viennent d'être nommées à une cour d'appel, qu'elles aient siégé en première instance ou qu'elles aient exercé la profession d'avocat jusqu'à leur nomination. Il s'agit d'un manuel destiné aux nouveaux juges d'appel.

Certains juges semblent travailler avec plus d'acharnement que d'autres et en subissent le contrecoup. Il est peu probable que ce soit à cause de différences au chapitre des compétences ou même de l'expérience. Ainsi, certaines parties de ce livre pourraient être utiles à des juges qui siègent en appel depuis plusieurs années.

Les tribunaux de première instance ont également compétence pour connaître des appels en matière de poursuites sommaires. Ce livre pourrait donc être utile dans une certaine mesure aux juges de ces tribunaux.

Les juges de première instance siègent à titre intérimaire à la Cour d'appel de l'Alberta, à la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest et à la Cour d'appel du Nunavut. Il s'agit, selon leurs dires, d'une expérience instructive qui jette une lumière nouvelle sur leur travail en première instance. Ainsi, certains de ces juges souhaiteront peut-être jeter un coup d'œil à ce livre. De plus, les juges de première instance veulent généralement connaître les raisons précises pour lesquelles certains jugements sont confirmés en appel, alors que d'autres sont infirmés. Ce livre pourrait leur fournir des indices.

Au Canada, les cours d'appel comptent parmi leur effectif de nombreux stagiaires en droit (auxiliaires juridiques) et avocats-conseils à l'interne. Pour ces employés qui arrivent directement d'une faculté de droit (ou d'un cabinet d'avocats), le changement est radical. La façon de penser ou de faire des juges peut ne pas concorder avec la philosophie des écoles de droit. Ce livre pourrait donc faciliter l'adaptation des auxiliaires juridiques ou des avocats-conseils à leur milieu de travail.

B. ART, SCIENCE OU TECHNIQUE?

Le titre de ce livre pose la question de savoir si la démarche du juge d'appel est un art, une science ou une technique. Les compétences ou la formation n'interviennent pas nécessairement dans la pratique d'une science ou d'un art. La troisième possibilité, c'est la démarche technique.

Le travail des juges d'appel peut difficilement être assimilé à un art. En effet, les juges ne sont pas censés faire montre de subjectivité, d'individualisme ou même de trop de créativité. Dans les arts, l'innovation est généralement l'indication la plus manifeste du génie. Or, si tous les juges d'appel au Canada cherchaient à se distinguer et à innover, ils créeraient au Canada une situation d'anarchie qui, comme la Tour de Babel, ne pourrait subsister.

En fait, ce livre doit plutôt servir de guide utile. S'il était réellement assimilable à un art, le travail du juge d'appel serait principalement caractérisé par sa spécificité, et peut-être même par son atavisme. Ainsi, au moment d'atteindre l'âge de siéger en appel, il faudrait déjà avoir le talent artistique nécessaire. Dans ce contexte, ce livre pourrait fournir quelques renseignements précis sur le doigté ou le pinceau d'un artiste, sans plus; il serait donc plutôt inutile. Toutefois, le travail de rédaction de ce livre ne fait que confirmer que les juges d'appel n'ont pas la science infuse. Leur travail n'est pas assimilable à un art.

De nos jours, nous sommes portés à croire que tout ce qui est digne d'intérêt est une science. Marx a gagné la confiance de millions d'adeptes en soutenant avoir découvert les principes scientifiques régissant l'histoire et les « sciences » politiques. Pour les profanes, la médecine et la chirurgie auraient évolué, sur une période de soixante ou de soixante-dix ans, de méthodes empiriques à des vérités immuables, et ce, grâce à la science. Notons que cette perception ne reflète pas l'état antérieur ni actuel des choses. En effet, la médecine et la chirurgie relèvent davantage de la technique que de la science, puisque c'est en procédant par tâtonnements au fil de nombreuses années qu'il a été possible de distinguer les méthodes qui étaient efficaces des méthodes qui ne l'étaient pas. Ce n'est que beaucoup plus tard que la science arrive parfois à expliquer (du moins en partie) les raisons des réussites et des échecs. Pourtant, il y a pléthore de vérités indubitables en médecine et en chirurgie, des vérités qui ne reposent pas sur des principes scientifiques de base et qui ne peuvent être expliquées par les médecins et les chirurgiens. Nul ne sait pourquoi certains médicaments guérissent certaines maladies. Les principes scientifiques doivent s'appliquer de la même manière aux êtres humains et aux animaux, mais un traitement efficace pour l'humain peut avoir des conséquences graves pour l'animal, et vice-versa.

Il y a plus de trente-cinq ans, les chercheurs ont découvert un remède efficace contre les ulcères de l'estomac : des drogues qui diminuent les sécrétions d'acide gastrique. Pourtant, la science n'arrivait toujours pas à expliquer la cause des ulcères de l'estomac. Ce n'est que plus tard qu'un médecin a démontré que ces ulcères sont causés par certaines bactéries. Aujourd'hui, divers antibiotiques sont souvent utilisés comme traitement. Là encore, la démarche technique a permis de trouver des solutions avant même que la science ne comprenne.

Qu'est-ce qu'une technique? Il s'agit d'une méthode de travail élaborée par un groupe de personnes dans un domaine donné dans le but d'améliorer leurs produits et méthodes, des personnes qui mettent en commun leurs réussites et leurs échecs. Les théories et les points de vue adoptés dans d'autres domaines ne sont pas écartés systématiquement, mais ce sont les essais successifs et l'expérience qui caractérisent la démarche technique. Cette façon de procéder ressemble à la méthode utilisée par les universitaires, mais elle est beaucoup plus proche des méthodes appliquées par les chefs cuisiniers, les auteurs d'ouvrages documentaires, les rédacteurs de discours, les mécaniciens, les ébénistes et les géologues.

Comme les médecins et les chirurgiens, les juges et autres législateurs doivent devancer les scientifiques et tenter de trouver des solutions aux problèmes difficiles à comprendre, voire inintelligibles. Aucun de ces professionnels ne peut adopter une attitude passive en situation d'épidémie ou d'anarchie sociale, priant qu'un universitaire quelque part découvrira rapidement un remède à leurs maux. Lorsqu'il existe un danger réel, il est généralement préférable d'agir que de ne rien faire, et les essais par tâtonnements effectués au cours des siècles ont mené à la découverte des meilleures méthodes (ou du moins des méthodes les moins néfastes). L'histoire révèle que le commerce a souvent mené à la fondation de nations. Ainsi, les sciences sociales et physiques reposent souvent sur le travail des hommes et des femmes qui pratiquent une technique ou un métier.

D'ailleurs, certaines techniques engendrent des réussites qui leur sont propres. Nous connaissons la société qui nous a façonnés et dans laquelle nous avons grandi. Ne serait-ce que par habitude, nous suivons les règles qui nous sont imposées, malgré leurs imperfections. Toute solution raisonnable à un problème est préférable à l'absence totale de solution, et la solution proposée s'améliorera vraisemblablement à force d'utilisation, de modifications mineures et d'expérience. Il est parfois difficile de gérer certains microbes qui résistent aux antibiotiques, subissant des mutations pour se dérober. Il peut également en être ainsi pour certains inadaptés sociaux. Mais la grande majorité de la population s'efforce de s'adapter au système en place et de travailler en son sein. Ainsi, le droit, en tant que démarche technique, peut être plus efficace (en attendant les progrès scientifiques) que la médecine ou tout autre domaine d'ingénierie.

C. MÉTHODE OU PHILOSOPHIE

Ce livre a été rédigé par un seul juge, qui compte sans doute autant d'excentricités et de préférences personnelles que tout autre juge. Toutefois, l'auteur n'a pas mis au premier plan sa philosophie personnelle ou sociale ou ses opinions politiques générales eu égard à la plupart des questions abordées dans ce livre.

En fait, l'expérience démontre que les meilleurs juges d'appel communiquent des idées à leurs collègues et rendent des jugements qui ne constituent pas de simples corollaires (voire reproductions) de leurs opinions personnelles, sociales et politiques. Il est plus facile de travailler avec ces juges, de discuter avec eux, d'arriver à des compromis et de s'entendre avec eux. Il en est ainsi même si nos opinions divergent des leurs sur de nombreuses questions de nature partisane dont il est question dans les journaux tous les jours. Les bons juges ne sont ni des orateurs politiques ni même des philosophes politiques vêtus d'une toge. La démarche technique suivie par les juges contribue de façon particulière à l'élaboration des lois et à la correction des erreurs. Pour bien le comprendre, il faut avoir suivi une formation en droit ou avoir pratiqué le droit.

Par conséquent, l'auteur s'est employé à ne pas prendre position sur les questions sociales et politiques dont les juges entendent le plus souvent parler. Il n'a pas non plus examiné en profondeur la question du rôle que doivent jouer les juges au Canada aujourd'hui.

Comme elle est très complète, la table des matières permet de survoler rapidement les sujets qui sont abordés dans ce livre.

Quant aux sujets qui n'y sont pas abordés, mentionnons les questions de droit positif et de droit procédural (p. ex., les normes de contrôle judiciaire des décisions rendues par des tribunaux administratifs). Les questions de déontologie et de conflits d'intérêts touchant à la magistrature, l'indépendance judiciaire, l'inamovibilité des juges, les mesures disciplinaires, le choix de juges et leur nomination font l'objet d'un examen général. Ce livre mentionne peu ou pas le rôle des avocats, puisqu'il ne leur est pas destiné.

CHAPITRE 2 – CRÉATION DU DROIT

– [...] *En règle générale, lorsque j’ai reçu une quelconque indication sur le cours des événements, je suis en mesure de me repérer parmi des milliers de cas similaires qui me viennent en mémoire.*

– La ligue des rouquins

A. LES DEUX FONCTIONS DES COURS D’APPEL

Les juges et les législateurs américains n’ont pas oublié que les cours d’appel exercent deux fonctions distinctes. En fait, dans la plupart des États américains, les deux fonctions sont exercées par deux entités : une cour d’appel intermédiaire et la cour suprême de l’État. Dans les pays du Commonwealth, la distinction est faite moins souvent. Qu’en est-il au juste?

Il est notoire que les cours d’appel ont pour fonction de corriger les erreurs commises par les tribunaux inférieurs. Elles exercent cette fonction afin de prévenir toute injustice qui pourrait avoir été causée à la partie déboutée en première instance. C’est le sujet examiné dans le chapitre 3 ci-après.

Quelle est la seconde fonction des cours d’appel? Elles créent le droit. C’est le sujet qui sera traité dans le présent chapitre.

Prenons un exemple historique qui illustre la différence¹. Jusque vers les années 1840, les décisions de divers tribunaux anglais de première instance pouvaient être portées en appel à la Chambre de l’Échiquier. De là, les parties pouvaient se pourvoir en dernier ressort devant la Chambre des lords. Comme elle était chargée de statuer en dernier ressort, la Chambre des lords aurait dû jouer le rôle le plus important en matière de création du droit. Pourtant, elle n’exerçait pas ce rôle pour deux raisons.

La raison de moindre importance est que les appels étaient entendus et décidés par des membres de la Chambre des lords sans formation juridique. À un moment donné, ces membres étaient même majoritaires. Il en a été ainsi jusqu’à une époque avancée du dix-neuvième siècle. La Chambre des lords pouvait convoquer et consulter « tous les juges », mais elle n’était pas tenue de le faire. Même lorsqu’elle décidait de les consulter, elle pouvait s’écarter de l’opinion des juges (et elle l’a fait à l’occasion). C’est ainsi que les décisions des lords ont perdu de leur prestige.

Cependant, les lords ont peu participé à la création du droit, principalement parce que, pendant des générations, aucun recueil de jurisprudence digne de ce nom ne publiait leurs décisions. D’ailleurs, il s’agissait d’un outrage à la Chambre que de publier ses débats et procédures. Les décisions des lords revêtaient peut-être, en théorie, un caractère persuasif pour les tribunaux de juridiction inférieure, mais il était difficile d’en obtenir une copie utilisable.

¹ Exemple tiré de C.K. Allen, *Law in the Making*, 7^e éd. 1964, repr. 1978, p. 220 et suiv.

Ainsi, à toutes fins pratiques, la Chambre des lords ne faisait que corriger les erreurs, elle ne créait pas le droit. C'est donc la Chambre de l'Échiquier qui jouait le rôle le plus important dans la création du droit, et ses décisions étaient largement diffusées.

Au moment de son dépôt, le projet de loi intitulé *Judicature Act*² prévoyait l'abolition des appels à la Chambre des lords. Du point de vue de la correction des erreurs, c'était logique. L'exercice de cette fonction par deux paliers de tribunaux était coûteux en temps et en argent. Toutefois, une autre considération a primé. Il a été décidé qu'un deuxième appel était parfois nécessaire pour une autre raison : créer et établir le droit. La nouvelle loi³ reposait sur le principe que les lords n'entendraient que les appels dans lesquels il fallait créer le droit ou l'établir. C'est ainsi que l'ancien système a été remplacé par un régime diamétralement opposé.

Pendant des générations, aucun tribunal canadien ne faisait la distinction nette entre la correction des erreurs et la création du droit. Jusqu'à récemment, les poursuites au civil mettant en cause une somme de dix mille dollars pouvaient être portées en appel à la Cour suprême du Canada de plein droit, et de nombreuses l'ont été. Dans la pratique, les normes de contrôle judiciaire n'étaient pas très rigoureuses et les cours d'appel ne les appliquaient pas bien souvent. La Cour suprême du Canada n'a été mise sur pied que huit ans après la Confédération. À compter de sa création jusqu'en 1949, la Cour suprême servait principalement d'**alternative** au Conseil privé, qui était généralement saisi des appels interjetés directement des cours d'appel provinciales (exception faite des causes à caractère constitutionnel).

L'histoire façonne nos institutions. Dans le passé, l'accent a été mis sur la fonction de correction des erreurs des cours d'appel canadiennes et a passé sous silence leur fonction de création du droit ainsi que le caractère distinct de cette fonction. C'est principalement au fil des jugements rendus pour corriger des erreurs que les principes de droit ont été érigés et ont permis l'évolution du droit canadien, puisque la création du droit n'était pas considérée comme une fonction distincte.

La description traditionnelle des deux fonctions des cours d'appel est peut-être trop simple. En fait, les cours d'appel exercent une troisième fonction qui fait double emploi dans une certaine mesure. En effet, elles ont également pour rôle de favoriser la cohérence des résultats. Dans de nombreux domaines du droit, il peut ne pas y avoir un seul bon nombre ou une seule bonne pratique; un certain nombre de réponses peuvent être également raisonnables. Toutefois, il est généralement souhaitable que le résultat soit prévisible, et donc qu'il n'y ait qu'un seul résultat. Or, en droit moderne canadien, les normes de contrôle judiciaire ne favorisent pas l'uniformité (contrairement aux anciennes règles du Conseil privé), mais servent plutôt à valider les positions des juges de première instance et, ensuite, des cours d'appel. En cas d'autorisation d'appel donnée par Ottawa, la cour d'appel intermédiaire n'a plus qu'un rôle secondaire de correction des erreurs et, partant, ne dispose que de peu d'occasions de se prononcer sur le droit. Toutefois, la Cour suprême du Canada confirme que l'un des rôles légitimes des cours d'appel provinciales est de favoriser la cohérence des peines infligées en matière pénale dans la province⁴.

La distinction entre la correction des erreurs et la création du droit est fondamentale et devrait façonner de nombreux aspects du travail des juges d'appel, où qu'ils soient⁵. Cette distinction comporte de nombreux corollaires, dont les suivants.

² Vers 1874.

³ *Appellate Jurisdiction Act*.

⁴ Voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, p. 566-567 (par. 92).

⁵ Voir Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e éd., 2003, p. 600.

1. Les juges d'appel ne devraient pas se préoccuper d'une fonction au point d'oublier l'autre ou de l'exercer négligemment⁶.
2. Il peut y avoir conflit entre le désir de corriger une erreur dans l'immédiat et celui de créer le droit pour l'avenir. Le cas échéant, la cour ne peut exercer pleinement ses deux rôles dans un même appel. Voir la partie A du chapitre 3.
3. Parfois, la cour d'appel peut choisir les causes qu'elle examinera (p. ex., en accordant l'autorisation d'interjeter appel). Dans ce contexte, l'erreur défendable ne constitue ni le seul critère, ni le plus important. La nécessité de créer le droit, de l'établir ou d'en assurer la cohérence revêt généralement plus d'importance.
4. Lorsque ses ressources sont surchargées, la cour d'appel devrait déterminer quels appels feront l'objet d'un examen approfondi en fonction de la nécessité de créer le droit.
5. La cour d'appel devrait clairement indiquer dans ses jugements si elle se penche sur une erreur dans l'affaire dont elle est saisie ou si elle élabore les règles qui s'appliqueront dans l'avenir.
6. Dans les pays du Commonwealth, lorsque les cours de justice modifient le droit, leurs décisions ont uniquement un effet rétroactif (bien que certaines déclarations d'invalidité fondées sur la *Charte* aient uniquement un effet prospectif). Les tribunaux canadiens devraient envisager la possibilité de donner un effet prospectif aux modifications apportées au droit jurisprudentiel, ou du moins d'en retarder la mise en application pendant un certain temps⁷.

B. STARE DECISIS

Bien qu'essentielle, la jurisprudence n'est pas un sujet très à la mode au Canada à l'heure actuelle. Si le principe de *stare decisis* n'est pas appliqué, il n'existe pas de droit jurisprudentiel véritable (mais uniquement le droit d'origine législative). Le résultat diffère d'un endroit à l'autre et même d'une fois à l'autre. Même une loi peut être interprétée de maintes façons. Il y a au Canada plus de mille juges nommés par le gouvernement fédéral et autant de juges des cours provinciales et territoriales. En l'absence du principe de *stare decisis*, il y aurait quelque deux mille petits fiefs en droit : un dans chaque salle d'audience⁸. Dans l'ancien *Canon 20 of Judicial Ethics*, l'American Bar Association a insisté sur ce point⁹.

Si elles ne respectent pas le principe de *stare decisis*, les cours de justice ne créent pas de véritables règles de droit, et même la correction des erreurs est plus apparente que réelle. Les jugements revêtent un caractère très personnel et subjectif, voire arbitraire; c'est l'exercice du pouvoir au gré des caprices ou des personnalités.

Il ne suffit pas non plus qu'un précédent ait un caractère persuasif, puisque les articles, les ouvrages et les décisions des tribunaux étrangers sont également convaincants. Or, il serait absurde d'accorder

⁶ Un élément important de ce point est examiné plus à fond au chapitre 3, partie A, et un autre est abordé dans ce chapitre, à la partie D, ci-après.

⁷ Voir l'ouvrage américain : Witkin, *Manual on Appellate Court Opinions*, 1977, p. 195-196 (par. 101).

⁸ Voir *R. c. Crazybull* (1993) 141 A.R. 69, p. 72-73 (C.A.) (par. 20-21); *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] A.C. 1027, p. 1054, 1084, 1107, [1972] 1 All E.R. 801 (H.L.(E.)); Barak, *The Judge in a Democracy*, 2006, p. 161.

⁹ Aboli, puis remplacé en 1972 et 1990, le nouveau *Canon 3*, partie B(2), est beaucoup plus concis.

le même poids à un article publié dans la *Michigan Law Review* de 1927 et à un jugement de 2006 de la Cour suprême du Canada. Pire que les fiefs individuels, une telle démarche entraînerait le chaos.

Les juges d'une cour d'appel peuvent infirmer les décisions rendues en première instance et rendront vraisemblablement des décisions semblables dans des cas similaires. Ainsi, même d'un point de vue tout à fait réaliste et pragmatique qui ne laisse aucune place à la théorie, il faut reconnaître que les décisions rendues en appel revêtent un caractère plus probant que les autres décisions. Les règles de droit donnent une indication de la position qu'adopteront les juges¹⁰.

Que les commentateurs du milieu juridique soient ou non d'accord, la Cour suprême du Canada et les diverses cours d'appel canadiennes s'entendent sur le fait que leurs jugements sont d'application obligatoire par les tribunaux canadiens de juridiction inférieure. Les cours d'appel ont le pouvoir, la volonté manifeste ainsi que les moyens de faire respecter cette position. Par conséquent, la jurisprudence constitue une réalité dont l'existence ne peut être niée, tout comme le climat ou la gravité.

Les juges d'appel qui s'écartent de la jurisprudence établie manquent de vision; pourquoi croient-ils que d'autres feront ce qu'ils disent plutôt que ce qu'ils font eux-mêmes? Qui se sentira lié par leurs décisions si celles-ci ne sont pas d'application obligatoire?

Certains commentateurs du milieu universitaire (et lord Denning) ont contourné le problème en affirmant que le Royaume-Uni avait aboli la notion de jurisprudence; ils ont déclaré que la Chambre des lords avait décidé, en 1966, de ne plus être liée par la jurisprudence. Ils font semblant que le sujet est clos.

Comme l'a dit Pope, [TRADUCTION] « [u]n peu de science est chose dangereuse. Abstenez-vous de l'eau de la fontaine des Muses à moins d'en boire beaucoup. » En fait, cet avis de pratique de 1966 comporte des restrictions précises quant au moment et au lieu de son application, de même qu'au thème visé. Il y est précisé que la jurisprudence de la Chambre des lords doit être suivie, sauf dans des circonstances exceptionnelles¹¹.

Peu d'auteurs ont fait état de ce que la Chambre des lords a réellement fait depuis 1966¹². Elle ne peut pas tout simplement cesser progressivement d'appliquer l'une de ses décisions antérieures. La question fait l'objet d'un débat officiel, après qu'un avis a été donné aux parties intéressées¹³.

La Chambre des lords a infirmé ses décisions antérieures à quelques occasions seulement. Elle ne s'écarte jamais d'une position antérieure simplement parce qu'elle privilégie désormais un autre point de vue du droit¹⁴. En effet, les lords juges ont souvent déclaré qu'ils n'auraient pas adopté la même règle de droit si le problème se posait aujourd'hui. Pourtant, ils ont suivi le précédent et ne l'ont pas infirmé. Ils ont délimité un certain nombre de facteurs qui militent contre le prononcé d'un jugement qui s'écarterait de la jurisprudence établie. Au nombre de ces facteurs figurent le doute, l'antériorité du précédent et la mesure dans laquelle il est invoqué, notamment dans les affaires immobilières¹⁵.

¹⁰ Holmes, « Path of the Law » (1897) 10 Harv. L. Rev. 457, p. 458.

¹¹ Voir *Practice Direction*, [1966] 1 W.L.R. 1234, [1966] 3 All E.R. 77, [1966] 2 Ll. R. 151.

¹² Les causes sont examinées dans Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 3, p. 66-11 et suiv., et *Cassell c. Broome*, *supra*, p. 1054-1055 (A.C.).

¹³ La Cour d'appel de l'Alberta procède ainsi, exigeant l'autorisation expresse du tribunal précédent avant de procéder au réexamen d'une question : voir ses avis de pratique *Consolidated Practice Directions*, partie A. 3.

¹⁴ Voir *Horton c. Sadler*, [2006] U.K.H.L. 27, [2007] 1 A.C. 307.

¹⁵ D'autres facteurs sont énumérés dans Stevenson & Côté, *supra*. Voir aussi l'essai de Mason publié dans *A Matter of Judgment 1*, sous la direction de Sheard, Judicial Commission of New South Wales, 2003, p. 10.

Il incombe à chaque cour d'appel canadienne de décider si elle veut accorder autant de poids à la jurisprudence. Néanmoins, il est important que les juges se posent de telles questions et ne s'enlisent pas dans des pratiques irréfléchies ou contredisent inutilement des précédents bien établis¹⁶.

Les cours d'appel sont investies de l'important rôle d'établir le droit. Il est donc malheureux lorsqu'elles ne saisissent pas des occasions raisonnables de le faire. Sont pires encore les cas où une cour d'appel perturbe un domaine du droit jusque-là bien établi. Un tel comportement nuit à la société et ne devrait être adopté que dans des circonstances très rares et au soutien de causes très importantes. L'incertitude est pernicieuse. Les juges d'appel doivent s'employer à éliminer la malignité plutôt qu'à l'encourager.

L'incertitude fait obstacle au règlement des différends et entraîne des litiges inutiles. Toutefois, si la cour d'appel fait bien son travail, les litiges dont elle est saisie donneront lieu à des précédents qui permettront d'établir le droit et, partant, de réduire le nombre de litiges futurs¹⁷.

Les tribunaux ne favorisent pas une prise de position **quelconque** sur les plans politiques, sociaux ou économiques lorsqu'ils ne tranchent pas des règles de conduite contradictoires¹⁸. Les personnes opprimées ne se tourneront pas vers des tribunaux imprévisibles. Le droit, ce n'est pas l'exercice arbitraire et imprévisible du pouvoir. Sans droit, il n'y a point de justice. L'absence de lois nuit à l'épanouissement du commerce. En revanche, l'observation des lois à l'intérieur du pays et leur respect à l'étranger favorisent les investissements, l'agriculture, la science et le commerce et assurent la prospérité. De nombreux pays déplorent la perte de l'ordre et de la prospérité, une perte attribuable à l'absence de lois et de tribunaux indépendants; bon nombre tentent désormais de rebâtir un état de droit.

Quel que soit le domaine de vie intellectuelle, même un domaine aussi créatif et individuel que la poésie, il ne faut pas écarter du revers de la main les réalisations du passé.

Chaque nation, chaque race a non seulement en propre un génie créateur, mais aussi un esprit critique qui lui est particulier, et oublie plus facilement encore les défauts et les limites de ses habitudes critiques que ceux de son génie créateur.

* * *

Aucun poète, aucun artiste, dans quelque art que ce soit, n'a son sens complet par lui-même. Le comprendre, l'estimer, c'est estimer ses rapports avec les poètes et les artistes du passé.

* * *

L'ordre existant est complet avant que n'arrive l'œuvre nouvelle; pour que l'ordre subsiste après l'addition de l'élément nouveau, il faut que l'ordre existant tout entier soit changé, si peu que ce soit; et les rapports, les proportions, les valeurs de chaque œuvre d'art par rapport à l'ensemble sont ainsi rajustés; et c'est en ceci que l'ancien et le nouveau se conforment l'un à l'autre.

¹⁶ Cf. *Davis c. Johnson*, [1979] A.C. 264, p. 328, 336, 343-344, [1978] 1 All E.R. 841 (H.L.(E.)), et Barak (2002) 116 Harv. L. Rev. 19, p. 29-30.

¹⁷ Voir Posner, *op. cit. supra*, p. 554.

¹⁸ Voir Barak, *loc. cit. supra*, p. 30-31.

* * *

Le poète doit se rendre compte nettement du courant principal, lequel ne traverse pas invariablement les réputations les plus distinguées.

* * *

Quelqu'un a dit : « Les écrivains du passé sont loin de nous parce que nous en savons tellement plus qu'eux ». Précisément, et ils sont ce que nous savons.¹⁹

C. CLARTÉ DE LA JURISPRUDENCE

Il est question de ce sujet au chapitre 9, partie B.3(e).

D. JUSTICE NATURELLE

S'il confond ses deux fonctions distinctes de création du droit et de correction des erreurs ou s'il en oublie une, le tribunal peut porter atteinte aux règles de justice naturelle. Il doit accorder l'importance voulue à la procédure et au traitement équitable des parties, même lorsqu'il crée le droit. Il doit principalement éviter deux embûches.

Dans un premier temps, la cour d'appel doit se garder de fonder sa décision sur un point de droit eu égard auquel les parties n'ont pas eu la possibilité de faire des recherches ou de présenter des arguments. Que doit faire la cour d'appel si elle découvre une nouvelle question de droit (ou un important précédent non cité) une fois les plaidoiries terminées? Et si elle estime ne pas pouvoir mettre expressément de côté la question? Dans une telle situation, la cour devrait donner aux avocats la possibilité de présenter des observations écrites. (Dans de rares cas, il peut convenir de donner aux parties la possibilité de présenter à nouveau leurs plaidoiries.) La cour devrait agir ainsi pour les raisons suivantes :

- a) il peut exister des arguments ou des précédents jurisprudentiels à l'appui de la position contraire que la cour d'appel ne connaît pas ou dont elle a oublié l'existence;
- b) il s'agit d'un moyen plus sûr et plus juste d'arriver au même résultat;
- c) il existe des questions d'éthique et de procédure qui empêchent de soulever un point nouveau à une étape aussi avancée;
- d) certains obstacles empêchent le tribunal de fonder sa décision sur le point nouveau, en raison notamment des éléments de preuve que les avocats n'ont pas présentés auparavant à la cour d'appel puisque le point en cause n'était pas en litige;
- (e) d'autres questions n'ont pas été soulevées devant la cour d'appel²⁰.

¹⁹ Eliot, T.S., « La tradition et le talent individuel », dans *Essais choisis*, Éditions du Seuil, Paris.

²⁰ Voir les propos fermes tenus par le lord juge Bridge, dans *Goldsmith c. Sperrings* (CA) [1977] 1 W.L.R. 478, p. 508, [1977] 2 All E.R. 566, *autorisation refusée* (H.L.) [1977] 1 W.L.R. 509, et le discours prononcé par le lord Diplock dans *Hadmor Prod. c. Hamilton* (HL(E)) [1983] A.C. 191, p. 233, [1983] 1 All ER 104-2, p. 1056. Cf. *J-Sons c. N.M. Paterson & Sons* (2003) 180 Man. R. (2d) 178, 44 CPC (5th) 47 (C.A.), *autorisation refusée* [2004] 2 R.C.S. vi. Voir aussi Megarry (1978) 16 Alta. L. Rev. 406, p. 413 et suiv.

Dans un deuxième temps, soulignons que mêler la création du droit avec la correction des erreurs, c'est passer de la jurisprudence à la preuve. Généralement, la preuve doit être présentée à l'audience après assermentation ou autre déclaration solennelle semblable et contre-interrogatoire ou réplique, le cas échéant. (Les exceptions sont très rares.) La partie qui cite un article de journal qui contient des faits n'est pas assujettie à ces exigences et introduit en douce des éléments de preuve qui n'ont pas été vérifiés. Si elle cite de tels articles factuels, la cour d'appel est responsable de l'introduction en douce de ces éléments et elle ne donne pas aux parties la possibilité de contester sa démarche²¹.

La nécessité de donner avis de nouveaux arguments ou précédents décisifs et de permettre aux parties d'y répondre élimine ces embûches.

Bon nombre tiennent en haute estime le juge Cardozo qui avait élaboré d'avance dans son esprit un jugement sur la responsabilité délictuelle. Puis, un après-midi d'août, M^{me} Palsgraf a été victime d'un accident à la gare de Long Island. Le juge Cardozo a alors dévoilé son jugement élaboré d'avance dans l'appel interjeté dans cette affaire. Toutefois, d'autres juristes s'en inquiètent. Il y a certes la question des idées préconçues, mais il faut aussi se demander si M^{me} Palsgraf et la compagnie de chemin de fer ont réellement eu la possibilité de creuser les points de droit et de présenter des arguments s'y rapportant.

E. LA CRÉATION DU DROIT, UNE QUESTION DE PONDÉRATION

1. Introduction

Le soi-disant « activisme judiciaire » fait souvent l'objet de discussions aujourd'hui, surtout parmi les profanes. Je serai bref et j'essaierai de garder pour moi mes opinions d'ordre social et économique. En outre, j'omettrai certains des arguments les moins probants soulevés de part et d'autre.

2. Droit jurisprudentiel

Les juges canadiens peuvent créer le droit, en matière constitutionnelle et dans d'autres domaines; ils le font et devraient le faire. Voilà qui semble bien établi. Les raisons qui sous-tendent ce rôle des juges ont été examinées fréquemment dans la littérature.

Mais le vrai débat se situe ailleurs, car les critiques les plus virulentes de l'« activisme » ne visent pas la création du droit, mais bien la création trop rapide de règles de droit qui s'écartent beaucoup trop des règles qu'elles remplacent. Affirmer que les juges devraient créer de nouvelles règles de droit n'est pas une réponse à cette objection. En effet, ce n'est pas parce que notre garde-robe a besoin d'être renouvelée qu'il faut nécessairement suivre la mode, même la plus farfelue²².

²¹ Voir les causes citées dans Stevenson & Côté, *Alberta Civil Procedure Handbook 2008*, R. 530n., par. 6 (p. 577 n° 8).

²² Voir le chapitre 16, partie D sur les arguments de dépassement des limites.

3. Mesure acceptable²³

Reformulons la question pertinente : dans quelle mesure les tribunaux judiciaires doivent-ils créer le droit et quand vont-ils trop loin? La réponse est composée de cinq éléments :

- a) la philosophie des juges,
- b) ce qu'ils pensent de la loi en vigueur,
- c) les techniques professionnelles de création du droit,
- d) l'avis des juges sur l'état de l'opinion publique et son évolution future,
- e) les circonstances particulières applicables, par exemple s'il s'agit d'un sujet sur lequel le législateur se prononcera vraisemblablement dans un avenir prochain.

Les avocats et les juges peuvent tous parler de questions juridiques qui comportent des injustices, qui vont à l'encontre du but recherché, sur le plan social ou économique, et qui sont caduques, confuses ou arbitraires. S'il s'agit là de « droit législatif », tous ou presque conviendront que les tribunaux doivent entamer une réforme sans tarder. Sinon, il ne faut pas trop s'écarter de l'opinion publique courante ainsi que des valeurs et pratiques sociales.

Inversement, la plupart des avocats et des juges (peu importe leurs positions sociales ou économiques) nourrissent un projet d'ordre social ou économique qu'ils souhaiteraient voir se réaliser dans un millénaire hypothétique. Toutefois (s'ils sont le moins objectifs), ils doutent fort que leur projet devienne un jour une loi et ont le sentiment que la plupart des Canadiens le rejetteraient fermement. Il serait plutôt étonnant qu'un juge rédige un jugement fondé sur un tel projet de prédilection, notamment s'il ne s'agit pas d'un sujet traité dans un texte législatif. Il s'agirait sans doute d'un abus de son pouvoir judiciaire. Plus sérieusement, il aurait du mal à faire accepter un tel projet, ce qui entraînerait sans doute des tiraillements²⁴.

Dans le débat social et philosophique sur l'étendue du pouvoir des juges en matière de création du droit, je n'en dirai pas plus.

4. Importance de la démarche

Quoi qu'il en soit, le sujet n'est pas clos. En effet, les juges ne doivent jamais oublier les éléments techniques importants inhérents à la création du droit. Il importe peu que les juges soient portés à faire des changements radicaux dans certains domaines ou à ne pas modifier les règles en vigueur. Dans un cas comme dans l'autre, il convient de souligner que les lois comportant des éléments confus ou contradictoires ou créant de l'incertitude ne sont utiles à personne²⁵.

Ce n'est pas dire qu'il faut éviter toute réforme qui fait trop de bruit ou qui, selon certains, revêt un caractère douteux. Toutefois, il faut évaluer logiquement les avantages au regard des coûts (sociaux ou autres). Les coûts devraient être les plus bas qu'il est raisonnablement possible d'obtenir pour un avantage donné. En d'autres termes, à la lumière du but visé, il convient d'adopter la solution la moins onéreuse.

²³ Voir Barak, *loc. cit. supra*, p. 126-127; Barak, *The Judge in a Democracy*, 2006, chapitre 15.

²⁴ Voir Barak, *loc. cit. supra*, p. 51-53, 57, 59, 73, 86-88; Barak, *The Judge in a Democracy*, 2006, p. 102 à 108, 273; et l'essai de Beverley McLachlin, juge en chef du Canada, dans *A Matter of Judgment* 1, sous la direction de Sheard, Judicial Commission of New South Wales, 2003, surtout aux p. 14, 21 à 23.

²⁵ Voir *Michael, Abrahams, Sons & Co. c. Buckley*, [1924] 1 K.B. 903, 907; Barak, *loc. cit. supra*, p. 30-31.

D'ailleurs, bon nombre de réformes utiles n'ont pas été menées à bien en raison d'une mauvaise mise en application ou de failles superficielles. En matière de droit de propriété, le régime Torrens est un moyen merveilleux et il est réellement dommage que ce régime ne soit pas appliqué à plus large échelle. Or, comme Torrens n'était pas avocat, le premier rédacteur de son projet en Australie-Méridionale ne l'a pas bien compris et a mal rédigé le texte de loi. Sa reproduction depuis n'a fait que nuire à ce régime. Sa diffusion géographique n'avance plus qu'au pas. Si, dans les années 1850, un peu plus de temps avait été consacré à la recherche d'un meilleur rédacteur législatif, le résultat du point de vue mondial aurait été très différent.

C'est pourquoi un jugement qui vise à modifier l'état du droit devrait être planifié et rédigé avec soin. Il devrait répondre à des questions précises et énoncer des règles précises (même si celles-ci sont nouvelles et auront une incidence importante).

Certains juges sont tentés de rédiger un traité de droit dans leur jugement ou de faire des remarques incidentes. Il en résulte de la confusion et de l'inquiétude ainsi qu'une interprétation délibérément erronée du jugement. De tels jugements sèment la confusion chez les avocats qui tentent de conseiller leurs clients.

Pourquoi les juges rédigent-ils parfois des jugements trop généraux et vastes ou même à la limite inexacts? Je n'en suis pas certain, mais voici quelques facteurs qui peuvent y contribuer :

1. hâte ou impatience,
2. laisser-aller, imprévoyance ou manque d'imagination,
3. défaut d'établir les liens voulus entre le droit et les questions sociales ou économiques,
4. crainte de faire chavirer ou de freiner la réforme en faisant un compromis,
5. désir de laisser son nom dans l'histoire (de briller)²⁶,
6. désir de passer sous silence certaines des répercussions possibles de la réforme,
7. délégation de la rédaction à un auxiliaire juridique sans expérience,
8. oubli de la fonction de création du droit, et concentration sur la justice à rendre dans le cas à l'étude²⁷.

En outre, plus les déclarations sont générales, plus il est difficile de rédiger avec exactitude, clarté et prévoyance. Lorsque deux règles de droit (l'une plus ancienne et l'autre plus récente) qui s'opposent en partie sont bien pensées et élaborées, il est possible de les concilier dans des limites précises, notamment si l'une d'elles est élaborée par étapes. En revanche, si les deux règles sont rédigées à la hâte au dos d'une vieille enveloppe avec un crayon gras et sont énoncées rapidement en un après-midi, elles se chevaucheront et se feront mutuellement obstacle (nuisant ainsi à leur compréhension). Les gens impatientes ne tarderont pas à démolir l'une des règles, voire les deux. Aucun objectif n'aura été atteint. Il faut des données et des preuves d'ordre social, notamment, qui sont exactes pour créer de nouvelles règles générales²⁸.

²⁶ Voir Fowler, *A Dictionary of Modern English Usage*, 2^e éd., 1965, p. 498; Goldfarb & Raymond, *Clear Understandings*, Random House N.Y., 1982, repr. Goldenray 1988, p. 156.

²⁷ À cet égard, voir le chapitre 3, partie A.

²⁸ Voir Barak, *loc. cit. supra*, p. 32-33.

Les pathologistes ne voient que des cadavres. Ils n'examinent jamais de personnes vivantes. De plus, la plupart des cadavres qui leur sont amenés sont en piètre état. Qui plus est, les agents demandent rarement une autopsie lorsque la cause du décès est évidente. Ainsi, les pathologistes sont souvent aux prises avec des cas inhabituels ou déconcertants.

Il en est de même, dans une certaine mesure, pour les cours d'appel. Les juges d'appel sont rarement, voire jamais, saisis d'affaires portant sur une vente de maison typique ou même le congédiement d'un employé. Ils ont tendance à l'oublier et à élaborer des règles fondées sur les causes particulières et inhabituelles sur lesquelles ils se penchent. La coïncidence la plus isolée ou l'incident le plus bizarre peut faire l'objet d'un litige mémorable qui se rend jusqu'à Ottawa. (Nous avons tous étudié à la faculté de droit la règle se rapportant à deux chasseurs imprudents qui déchargent simultanément leur arme et tuent la même victime.) Il arrive même que les juges créent une nouvelle règle visant à éviter la répétition d'un événement tout à fait isolé. Par la suite, dans la vie courante, des mesures de précaution seront prises pour éviter cet événement passé isolé.

Dans le domaine médical, on dit : [TRADUCTION] « Quand vous entendez des bruits de sabots, imaginez des chevaux, pas des zèbres. » Les juges d'appel doivent veiller à ne pas rédiger des jugements qui empêcheront les zèbres de pénétrer dans l'étable.

Marx a dit : thèse + antithèse = synthèse. Chez les gens calmes de bonne foi qui sont pleins d'imagination, c'est souvent le cas. Parfois, une guerre ou un autre conflit épuise la population au point où tout s'arrête. Toutefois, bien souvent, l'élaboration rapide d'une thèse et d'une antithèse équivaut à un repli. Il finit par ne pas y avoir de synthèse et souvent pas de thèse non plus.

Les changements majeurs rendent bien des gens nerveux, surtout aujourd'hui au Canada. Il est préférable de rassurer les gens et de les amener à accepter le changement au moyen de simples étapes rassurantes. Il faut aussi leur donner l'impression qu'ils ont leur mot à dire et qu'ils ne sont pas impuissants.

Les psychologues nous disent que ce que les gens perçoivent comme un changement « trop rapide » ne l'est pas nécessairement. Certaines étapes ont simplement été brûlées.

La plupart des domaines du droit canadien ont évolué considérablement au cours des soixante dernières années. Pourtant, la plupart des changements n'ont pas semé la panique au sein de la population. Dans une démocratie, il y a toujours deux façons d'opérer une réforme du droit : la méthode diplomatique et professionnelle et la méthode peu sérieuse. La première connaîtra plus de succès que la deuxième, et ce, dix-neuf fois sur vingt.

E. CONCLUSION

Ce chapitre porte peut-être sur le rôle d'orientation des juges. Voici donc quelques postulats à examiner. En matière judiciaire, jouer un rôle d'orientation ne veut pas dire...

1. être innovateur;
2. imposer un point de vue social ou politique en particulier;
3. assumer un rôle de leadership politique ou pédagogique;
4. faire primer ses écrits et critiquer ceux des autres.

CHAPITRE 3 – JUSTICE POUR LES PARTIES

– [...] *Un grand cerveau et une organisation colossale se sont occupés de la disparition d'un seul homme. C'est, si vous voulez, écraser une noix avec un marteau-pilon : dépense d'énergie extravagante, [...].*

– *La vallée de la peur, Épilogue*

Le présent chapitre porte sur la correction des erreurs dans les jugements portés en appel. Il traite des circonstances dans lesquelles la cour d'appel doit intervenir, le cas échéant. D'abord et avant tout, il y est question des méthodes opportunes et inopportunes d'intervention par la cour d'appel.

A. LÉGIFÉRER À OUTRANCE

Examinons d'abord ce qui constitue aujourd'hui la plus grande difficulté rencontrée dans les jugements d'appel. L'exemple qui suit a été inventé de toutes pièces.

Le demandeur est un homme pauvre, mais honnête, un veuf qui est père de trois enfants. Il a intenté une action fondée et raisonnable pour homicide délictuel et blessures affligeantes contre l'installateur de chaudières, le défendeur. Il essaie depuis un certain nombre d'années de traduire en justice le défendeur négligent, mais ce dernier et son avocat procèdent avec lenteur, refusent de collaborer et entravent même le processus. Finalement, l'installateur de chaudières transmet au pauvre veuf sa réponse attendue depuis longtemps à divers éléments ayant fait l'objet d'une communication préalable. Relativement à chaque question de nature délicate, la partie défenderesse invoque un privilège. Dans son affidavit, l'installateur de chaudières fait des affirmations vagues et péremptoires et confirme sous serment des faits invraisemblables. Pour obtenir gain de cause lors du procès, le veuf doit se procurer les éléments de preuve qui ne lui ont pas été communiqués. Plutôt que de contre-interroger l'installateur de chaudières au sujet de son affidavit, l'avocat du veuf demande la production des éléments de preuve non fournis. Le protonotaire et le juge saisis de l'affaire ordonnent la production de la preuve. L'installateur de chaudières, un homme insaisissable, interjette appel, puis réussit à retarder l'audition de l'appel pendant un an ou deux. Les trois juges saisis de l'appel sont bien disposés à l'égard du pauvre veuf et commencent à se méfier de l'installateur de chaudières à l'esprit très tortueux. Ils rejettent l'appel et confirment l'ordonnance de production de la preuve.

L'un des juges accepte de rédiger le projet de jugement. L'installateur de chaudières a apporté de nombreux arguments démontrant les faits et il n'a pas été contre-interrogé au sujet des renseignements fournis dans son affidavit, qui n'a pas non plus été contesté. Les questions de fait sont complexes, certains des éléments de preuve sont volumineux, mais peu convaincants, et certains des arguments quant aux faits invoqués par l'installateur de chaudières sont difficiles à réfuter. Le juge devra-t-il se prononcer en faveur de l'installateur de chaudières insaisissable?

Devra-t-il plutôt rédiger un jugement comportant une analyse complexe des faits qui pourrait aller à l'encontre de la norme de contrôle applicable aux faits en appel? Le mémoire du pauvre veuf propose un raccourci légal. L'un des stagiaires en droit à la cour trouve d'autres précédents à l'appui de la position du veuf. Le juge rédige un jugement fondé sur cette jurisprudence et crée ainsi une nouvelle exception aux règles de droit en matière de privilège. La nouvelle exception donne aux arguments factuels avancés par l'installateur de chaudières un sens théorique, et le juge est satisfait. Les deux autres juges souscrivent au jugement, le signent et le déposent. Le pauvre veuf lésé obtient la production des documents manquants, une date d'audience, puis une offre de règlement généreuse. Les trois juges croient avoir rendu justice.

Quatre ans plus tard, la cour d'appel est saisie d'une autre affaire. Pendant une perquisition chez l'avocat d'un accusé, la police a saisi des déclarations récentes très confidentielles de témoins, les instructions de clients et des notes d'enquête. Les revendications manifestes de privilège de l'avocat ont été rejetées. La juge de la cour provinciale rend à l'audience de brefs motifs de décision. Elle déclare que la saisie n'est peut-être pas juste et laisse même entendre que la règle de droit est erronée. Toutefois, elle expose une exception juridique à la doctrine du privilège qui est générale, illogique et peu convaincante. Elle cite même un précédent à l'appui de cette exception. Malgré l'erreur dans la graphie de l'intitulé, il est facile de retrouver le précédent. Ce juge a paraphrasé avec justesse la *ratio decidendi*.

La formation de la cour qui instruit le nouvel appel est sur le point d'annuler cette thèse juridique illogique et injuste. Horrifiés, les juges constatent que l'affaire citée s'intitule *Pauvre veuf c. Installateur de chaudières insaisissable*, une cause qu'ils ont eux-mêmes tranchée.

Pourquoi est-ce arrivé?

Les juges sont des êtres humains qui veulent rendre justice dans chaque cause dont ils sont saisis. Les juges de **première instance** examinent les conclusions de fait qui peuvent raisonnablement être tirées à la lumière de la preuve et passent en revue les nombreuses règles de droit. Ils procèdent ainsi afin de déterminer s'il leur est possible de concilier une conclusion de fait acceptable avec une règle de droit établie et, partant, de rendre justice dans le cas qui les occupe. Si c'est possible, ils le font. Sinon, ils ne le font sans doute pas.

Les juges d'appel s'exposent à une tentation que les juges de première instance éprouvent rarement. En effet, ils peuvent créer une nouvelle règle de droit qui permettra de rendre justice dans l'affaire qui oppose les deux parties qui comparaissent devant eux. Si les parties ne leur citent pas une décision contraire rendue par la Cour suprême du Canada ou par la même cour d'appel, ils peuvent créer une règle de droit vraisemblable à cette fin. Il devient alors facile ou inutile de tirer des conclusions de fait précises. L'indignation morale face à une injustice particulière donne aussi aux juges l'envie d'énoncer de grands principes²⁹. De plus, les avocats ont souvent tendance à mettre l'accent sur les questions de droit plutôt que de fait. Il en est ainsi en partie à cause de la norme de contrôle en appel et en partie à cause de la recherche, par l'avocat qui a perdu en première instance, d'une justification personnelle plutôt que d'une victoire pour son client³⁰.

Dans *Pauvre veuf c. Installateur de chaudières insaisissable*, les trois juges d'appel ont mis fin à leur analyse dès qu'ils ont trouvé un moyen de venir en aide au pauvre veuf. Ils n'ont pas tenté d'imaginer les répercussions futures de la solution juridique qu'ils voulaient inventer ou légitimer sur toute une gamme de situations de fait différentes. Ils ne se sont même pas demandé s'ils pouvaient donner une réponse raisonnable à cette question. Si la nouvelle règle de droit est assez générale, il est fort possible que les juges ne pourront répondre à cette question.

²⁹ Voir Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, 1990, p. 104.

³⁰ Voir Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e éd., 2003, p. 575.

C'est un défaut courant chez les juges d'appel. Il y a longtemps, un rédacteur américain tenu en haute estime a démontré, très poliment, que les juges de la Cour suprême des États-Unis en étaient tous affligés³¹.

Un observateur au quotidien du lord juge Mathew a donné, dans les années 1890, cette description astucieuse du juge d'appel à prendre pour modèle :

[TRADUCTION]

Mathew [...] ne pouvait tolérer qu'une injustice soit faite, même au nom de la justice. Il était un excellent avocat, mais il était humaniste et défendait toujours l'opprimé. Il cherchait d'abord et avant tout à faire ressortir les faits de l'affaire. Une fois cet objectif atteint, il appliquait les règles de droit. Il était un trop bon avocat pour ne pas se conformer au droit, sachant — plus que tous — que les cas d'exception font de mauvais précédents. À défaut de toute autre solution, si un obstacle juridique empêchait le prononcé d'une décision sur le fond, il obligeait les parties à régler à l'amiable, et il avait l'autorité nécessaire pour le faire³².

Il faut parfois beaucoup de finesse, d'érudition, de recherches et de perspicacité pour redresser un tort sans confondre les règles de droit ni en détourner l'application. Parfois, c'est impossible.

Lorsqu'elle énonce un nouveau principe de droit, la cour légifère. Ces principes de droit sont d'application obligatoire, tant pour elle que pour tous les tribunaux de la province ou du territoire. Ainsi, la décision d'une cour d'appel de faire une déclaration de droit comporte certains risques, et les principes de droit qu'elle énonce peuvent avoir une incidence grave. Il est certes très difficile de s'en débarrasser par la suite.

Les ministres, députés fédéraux et députés provinciaux savent que le parlement ou l'assemblée législative de leur province a pour principale tâche de faire des lois. Cependant, les juges d'appel oublient parfois qu'ils ont eux aussi à légiférer et reviennent à des démarches de la pensée plus simples du temps où ils étaient juges de première instance ou même avocats.

Les cas d'exception ne sont pas les seuls qui font de mauvais précédents. Parfois, les émotions, la publicité ou même une mise en scène astucieuse par un éminent avocat peuvent donner aux juges la vague impression que les règles habituelles ne s'appliquent pas cette fois.

[TRADUCTION]

Les cas d'exception font de mauvais précédents. Les cas d'exception sont exceptionnels, non pas du fait de leur importance réelle quant à l'orientation du droit à venir, mais en raison d'un accident présentant un intérêt irrésistible immédiat qui met en jeu les sentiments et déforme le jugement. Ces intérêts immédiats exercent un genre de pression hydraulique qui rend douteux ce qui était clair, et sous laquelle même des principes de droit bien établis sont déformés³³.

³¹ Voir Davis, *Administrative Law Treatise*, tome 1, 1958.

³² Gilchrist Alexander, *After Court Hours*, 1950, p. 168. Cf. *Exp. Long* (1854) 24 L.T. (o.s.) 73.

³³ Holmes (motifs dissidents) dans *Northern Securs. Co. c. U.S.* (1903) 193 U.S. 197, p. 400-401.

Les trois juges saisis de l'appel dans *Pauvre veuf c. Installateur de chaudières insaisissable* avaient un problème de preuves ou de faits. Ils ne voulaient pas avoir à dire au veuf que son avocat n'avait pas procédé à un contre-interrogatoire ni présenté de preuves et qu'ils ne pouvaient rejeter la déposition assermentée non contestée de l'installateur de chaudières insaisissable. Contrariés par les délais antérieurs, ils ne voulaient pas non plus ordonner la tenue d'une nouvelle audience. Ils se sont donc accrochés à un fait non contesté qui faisait croître leur antipathie pour l'installateur de chaudières et ont appliqué des jugements spécieux et sans profondeur rendus par deux ou trois juges chargés d'examiner des requêtes. Ce faisant, ils ont créé une nouvelle règle générale de droit en se fondant sur un fait attachant.

Les juges d'appel ne se sont même pas demandé si ce fait unique, attachant dans la cause du veuf, serait également d'intérêt (ou même pertinent) dans d'autres causes. Ils n'ont pas non plus examiné la question de savoir si ce fait contrebalancerait toutes les raisons d'être de la doctrine du privilège, notamment dans toute une gamme de situations futures.

Dans le meilleur des cas, ces trois juges ont élaboré une règle de droit trop générale ou trop vague, qui constitue une exception trop générale ou vague à la doctrine du privilège. Pire, elle pourrait aussi être mal fondée ou inapplicable et n'aurait jamais dû être élaborée sous quelque forme. Ces trois juges ont tissé une toile dans laquelle sont pris les juges de la cour et l'ensemble de la province. Si les juges d'autres provinces ne sont pas vigilants ou sont saisis de causes attachantes, le mal se répandra. Les règles de droit en matière de privilège pourraient alors devenir contradictoires et imprévisibles. Se confier à son avocat deviendra une démarche risquée.

Voilà ce que le sort réserve aux juges qui motivent leurs décisions trop rapidement ou avec désinvolture, malgré la justesse apparente du résultat dans l'affaire en cause.

L'arrêt *Pauvre veuf c. Installateur de chaudières insaisissable* est une cause fictive, mais typique. Il est sans doute possible de trouver un exemple semblable dans de nombreux volumes récents des recueils de jurisprudence au Canada (mais peut-être pas autant dans les recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada, qui fait une plus large place à l'intérêt général qu'aux intérêts particuliers)³⁴.

Redresser une injustice dans une cause en ayant recours à une nouvelle règle juridique très générale peut être assimilé à brûler complètement un hôtel pour exterminer des souris : c'est une méthode onéreuse qui causera vraisemblablement des blessures et qui est absolument inutile. Une souricière de soixante-neuf cents aurait été tout aussi efficace.

³⁴ *Tilden Rent-a-Car Co. c. Clendenning* (1978), 18 O.R. (2d) 601, 83 D.L.R. (3d) 400 (C.A.). Il peut être soutenu que le jugement majoritaire a sacrifié les règles de droit générales bien établies aux résultats à court terme dans une cause. Un grand voyageur louait souvent des voitures de la même grande entreprise de location, mais ne s'était jamais donné la peine de lire les contrats qu'il signait. Il a loué de cette entreprise une voiture, a consommé de l'alcool et a heurté un poteau, causant des dommages à la voiture. Il a dû se soumettre à un alcootest, a été accusé de conduite avec facultés affaiblies, a reconnu sa culpabilité et a été déclaré coupable. Sur la page liminaire du contrat de location, il était expliqué clairement dans une case que, moyennant des frais supplémentaires modiques, l'intéressé ne serait pas tenu responsable des dommages causés à la voiture à moins de violation des conditions énoncées dans le contrat de location (ou deux autres circonstances). Le voyageur a payé les frais. À la fin du contrat, en petits caractères, il était formellement interdit à toute personne ayant consommé de l'alcool de conduire la voiture. De vagues éléments de preuve faisaient état de fausses indications possibles de la part d'employés relativement à la contrepartie visée par les frais supplémentaires modiques. Les juges majoritaires étaient bien disposés à l'égard du voyageur et estimaient faux le plaidoyer de culpabilité et la déclaration de culpabilité. Ils ont conclu que la clause portant sur la consommation d'alcool était à ce point bizarre que nul n'aurait pu s'attendre à la retrouver dans un contrat de location. Ils auraient pu fonder leur décision favorable au voyageur sur un certain nombre de faits; c'est d'ailleurs ce que le juge de première instance avait fait. Au lieu, les juges majoritaires ont invoqué quelques jugements dissidents rendus ailleurs il y avait plus de soixante ans pour énoncer une nouvelle règle de droit : le contrat signé ne lie pas les parties si l'une d'elles constate que l'autre ne l'a pas lu et si l'une des clauses est trop stricte ou inhabituelle. Les juges n'ont cité aucun des milliers de jugements allant dans le sens contraire, dont bon nombre était d'application obligatoire. Dans la mesure où elle n'a pas été oubliée, cette affaire pourrait avoir des répercussions sur la quasi-totalité des contrats signés.

Le lord Denning a tissé des toiles auxquelles il s'est lui-même pris plus d'une fois. Par exemple, en 1949, il a conclu à l'existence d'une règle de pratique bien établie, sanctionnée par la cour d'appel, selon laquelle les journaux ou autres périodiques ne pouvaient être tenus, lors des interrogatoires préalables, de divulguer leurs sources, sauf dans des circonstances particulières³⁵. Or, quatorze ans plus tard, il a statué que les journalistes ne jouissent d'aucun privilège eu égard à la protection de leurs sources, que les tribunaux peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire de ne pas les interroger au sujet de leurs sources journalistiques uniquement dans le cadre d'actions pour libelle et que, de toute façon, il ne s'agit pas d'une vraie règle. Il a déclaré qu'en common law, il n'y avait que trois arrêts de principe applicables; il en a fait état, sans toutefois mentionner le jugement de la cour d'appel auquel il avait lui-même participé dans *Georgius*. Il a ajouté que la jurisprudence était uniforme et a ordonné à un journaliste de divulguer ses sources³⁶. Dans l'action intentée en 1949, les presses de l'université Oxford étaient une maison d'édition réputée qui publiait le répertoire des membres du clergé, et la partie demanderesse dans cette affaire voulait obtenir les noms des « sources » afin de pouvoir intenter des poursuites contre les membres visés du clergé pour libelle nominal. En revanche, en 1963, les sources et le reportage de Mulholland faisaient état d'une menace sérieuse à la sécurité nationale et portaient sur d'autres comportements qui choquaient le sens moral du lord Denning.

Je donne un autre exemple se rapportant au lord Denning. En droit anglais, les lois régissant les tenances à bail commerciales interdisaient aux tribunaux de renouveler le bail [TRADUCTION] « s'il était raisonnable dans les circonstances que le propriétaire reprenne la possession de l'immeuble en vue de sa démolition ou de sa reconstruction ». Dans un premier temps, le lord juge Denning a pris part à un jugement dans lequel la cour d'appel a refusé d'appliquer ces règles de droit et a imposé un nouveau bail au motif que la démolition n'était ni l'objet immédiat ni l'objet principal³⁷. Dans ses motifs de jugement, le lord juge Denning a affirmé (en quelques lignes) que [TRADUCTION] « la démolition ou la reconstruction doit être l'objet immédiat et principal »³⁸. Par ailleurs, dans une autre affaire, il a tiré la même conclusion, insistant sur le fait que la reconstruction proposée par le locateur n'était pas radicale. Il a cité l'arrêt *Smart*, déclarant expressément que la *ratio* précisait la nécessité de reconstruction en tant qu'« objet principal » du locateur. Il a même mis en italiques ces deux mots. Dans cette deuxième cause, il a statué que la reconstruction n'était pas l'objet principal. Subsidiairement, il a jugé qu'il devait s'agir de la reconstruction d'une partie considérable de l'immeuble³⁹.

Or, dans une troisième affaire, le lord Denning était bien disposé à l'égard du locateur, et l'immeuble arrivait à la fin de sa durée économique. Il s'est donc prononcé en faveur du locateur. Il a affirmé que la décision rendue dans *Atkinson* était fondée sur l'achat récent de l'immeuble par le locateur et a calmement ajouté que ce précédent n'avait plus cours. [TRADUCTION] « Je crois que c'est aller trop loin que d'exiger que le travail de reconstruction soit l'objet principal. » Il a établi une distinction entre le cas dont il était saisi et l'affaire *Smart c. Hinckley*⁴⁰, puisque ce dernier jugement avait été rendu sous le régime d'une loi antérieure (malgré le libellé similaire)⁴¹.

³⁵ *Georgius c. Oxford University Press*, [1949] 1 K.B. 729, 1 All E.R. 342 (C.A.).

³⁶ *A.-G. c. Mulholland*, [1963] 2 Q.B. 477, 1 All E.R. 767, p. 770-772. Et en 1976, il a adopté un troisième point de vue lorsqu'il a été demandé à la cour d'ordonner à une chaîne de télévision de produire un film d'actualités non diffusé : *Senior c. Holdsworth*, [1976] Q.B. 23, p. 33, 34-35, [1975] 2 All E.R. 1009.

³⁷ La loi ne faisait pas état de ces critères.

³⁸ *J.W. Smart etc. c. Hinckley etc. Bldg. Socy.*, [1952] 2 All E.R. 846, p. 850 (C.A.).

³⁹ *Atkinson c. Jettison*, [1955] 3 All E.R. 340, p. 342 (C.A.).

⁴⁰ *Supra*.

⁴¹ *Fisher c. Taylor's Furnishing Stores*, [1956] 2 Q.B. 78, 2 All E.R. 78, p. 80 (C.A.).

Il faut plaindre les avocats anglais qui essaient de donner à leurs clients des conseils sur l'un ou l'autre de ces sujets ou encore les clients qui, se fiant au jugement le plus récent de la cour d'appel, avaient pris leurs dispositions en conséquence.

Il y a pléthore d'exemples de la sorte.

À une certaine époque, bon nombre de cours d'appel agissaient de manière diamétralement opposée. Elles rendaient de nombreux jugements laconiques, dans lesquels elles ne donnaient que quelques motifs et ne citaient à peu près aucune règle de droit. Quand elles en citaient, il s'agissait de principes restreints et circonspects ou bien établis. Le droit n'évoluait presque plus, s'étant même sclérosé dans de nombreux domaines. Les tribunaux n'énonçaient aucun principe à l'égard de certains sujets, et les recueils de jurisprudence ne contenaient qu'une foule de cas uniques. Les décisions des cours d'appel n'étaient que des squelettes. Les manuels devaient fournir les éléments manquants et tenter d'établir les liens nécessaires. Il est vrai que, ce faisant, les tribunaux ne légiféraient pas à outrance et évitaient les pièges, mais les conséquences étaient trop lourdes.

Les cours d'appel agissent rarement de la sorte aujourd'hui, et nous critiquons ces arrêts peu hardis rendus en appel autrefois. La société et la technologie évoluent, et nous en connaissons toujours plus au sujet du comportement humain et avons manifestement besoin de règles de droit susceptibles d'améliorations. Il y a aujourd'hui un plus grand nombre de juges de première instance qui ont besoin d'indications plus claires et uniformes que seules les cours d'appel peuvent leur donner.

Comment les cours d'appel peuvent-elles naviguer entre les écueils? Comment peuvent-elles favoriser l'évolution du droit, sans tendre de fâcheuses embûches aux tribunaux et parties futurs? Pour répondre à cette question, il faut passer en revue certaines des causes des embûches retrouvées dans les mauvais précédents.

1. Tendence à trop en faire pour arriver à un résultat juste ou favorable à une partie dans un appel donné. C'est parfois tout à fait impossible, notamment lorsque le problème réside dans le manque de preuves ou de ressources ou des irrégularités procédurales. Les cas d'exception font de mauvais précédents.
2. Tendence à examiner chaque appel sous l'angle d'une question de droit plutôt qu'une question de fait. Les stagiaires en droit, les avocats sans expérience et certains auteurs de doctrine ne voient que des questions de droit. Toutefois, les juges expérimentés savent qu'un examen attentif des faits permet de régler un litige, et les points de droit se règlent d'eux-mêmes. C'est pourquoi les juges d'appel ne doivent pas permettre aux avocats ou aux recherchistes, aux stagiaires en droit ou aux avocats de la cour de délimiter les questions à examiner.
3. Normes de contrôle judiciaire : bien souvent, elles empêchent les cours d'appel de jouer un rôle utile eu égard aux faits ou à la procédure et donnent aux juges d'appel l'envie de trouver une solution en manipulant le droit⁴².
4. Tendence à se prononcer trop rapidement, sans prendre le temps de bien réfléchir à tous les éléments en cause ni de faire appel à son imagination et à son expérience pour essayer de prévoir ce qui surviendra dans l'avenir.
5. Expérience insuffisante de la vie de famille, du commerce, des professions, des litiges et du gouvernement, notamment, pour reconnaître les règles qui seront efficaces et celles qui causeront préjudice ou gaspillage. Manque de connaissance du contexte dans lequel vivent les gens.

⁴² Voir ci-après les parties C et D.

6. Recherche insuffisante, application de précédents inopportuns et analyse incomplète⁴³.
7. Absence de sensibilisation au problème de la législation à outrance.
8. Vif désir de passer outre aux simples questions de fait et de s'attaquer plutôt aux questions de droit, énonçant de grands principes pour les générations futures. C'est donc dire chercher à en imposer.

La simple énumération des huit causes de la législation à outrance et des embûches laisse entrevoir quelques précautions à prendre pour presque chacune⁴⁴. J'en propose une autre.

Les auteurs devraient demander à tous les juges de la cour d'appel de faire des commentaires sur les projets de jugement qui créent vraisemblablement une nouvelle règle de droit. Ils devraient également exposer brièvement les principes généraux de droit qui y sont énoncés, comme s'ils rédigeaient un bref sommaire. Toutes les personnes à qui le projet de jugement est remis devraient réfléchir au contenu du bref sommaire et faire des commentaires à cet égard.

Les juges qui ne faisaient pas partie de la formation saisie de l'affaire devraient faire leur possible pour ne pas s'attarder au résultat ni à leur opinion à cet égard. C'est là l'affaire de la formation saisie de la cause. Au lieu, ils devraient concentrer leur attention sur les éléments suivants : Le nouveau principe de droit est-il clairement énoncé dans le projet de jugement? Sa portée est-elle définie? Comment s'appliquera-t-il dans l'avenir dans des circonstances très différentes? Ce principe peut-il causer un préjudice? Est-il trop vague ou manque-t-il de souplesse? Aura-t-il vraisemblablement un effet contre-productif? Causera-t-il des injustices dans d'autres situations?

Les juges d'appel qui ne diffusent pas leurs projets de jugement aux autres juges de la cour risquent de se faire des crocs-en-jambe.

B. MOTIFS ÉCRITS

Aucune conclusion n'est entièrement fiable jusqu'à ce qu'elle soit mise par écrit. La rédaction, étape par étape, des motifs à l'appui d'une conclusion possible constitue un exercice quasi obligatoire. S'ils ont du mal à motiver logiquement par écrit le résultat souhaité, les juges se retrouvent alors avec un résultat douteux. Il pourrait manquer une étape à leurs réflexions antérieures et discussions orales ou celles-ci pourraient comporter une faille.

Inversement, exposer un raisonnement par écrit donne confiance. Souvent, cette méthode stimule l'esprit et permet aux auteurs de trouver d'autres motifs à l'appui de leur conclusion possible⁴⁵.

Le raisonnement ainsi exposé par écrit peut parfois servir de projet de jugement. Bien souvent, toutefois, il comporte un trop grand nombre de fausses étapes, de détours et de digressions. Il est alors préférable et plus rapide de rédiger un autre jet qui s'inspire du raisonnement exposé, mais qui est organisé différemment.

⁴³ Voir le chapitre 16 sur le raisonnement spécieux et les choix incomplets.

⁴⁴ Voir aussi Megarry (1978) 16 Alta. L. Rev. 406, p. 411 et suiv.

⁴⁵ Voir Traynor (1957) 24 U. Chi. L. Rev. 211, p. 218.

C. NORMES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Introduction

Il est question dans cette partie des circonstances dans lesquelles la cour d'appel peut infirmer les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure. Plus précisément, la cour d'appel peut-elle tout simplement substituer à la décision rendue par la juridiction inférieure sa décision sur le fond? Doit-elle faire preuve de déférence à l'égard du juge ou du tribunal de première instance?

2. Importance et justification

Aujourd'hui, les Canadiens accordent beaucoup d'importance aux normes de contrôle judiciaire. Aux États-Unis, leur importance est reconnue depuis un bon moment. Dans un grand nombre de décisions récentes, les cours d'appel canadiennes ont conclu que l'erreur commise dans la décision contestée n'était pas assez grave (ou du genre nécessaire) pour justifier une intervention de leur part. Parfois, les juges d'appel donnent même à entendre qu'ils privilégient le point de vue contraire.

Toutefois, on peut établir une analogie entre la déférence dont la cour d'appel doit faire preuve à l'égard de la décision de première instance et le doute raisonnable : personne n'est contre, mais certains ont du mal à y croire, voire à l'appliquer.

Les juges d'appel doivent faire preuve d'une retenue morale et d'une honnêteté intellectuelle suffisantes pour appliquer la norme de contrôle, faute de quoi celle-ci ne sera que pure façade ou qu'un jeu. La cour d'appel invoquera la norme de contrôle pour rejeter un appel, mais n'en fera pas mention lorsqu'elle voudra y faire droit. Il est d'ailleurs possible de trouver quelques exemples (ou combinaison d'exemples) de ce type de situation dans les recueils de jurisprudence. Les juges d'appel peuvent éviter de tomber dans ce piège de deux façons.

D'abord, ils doivent bien comprendre pourquoi les cours d'appel font réellement montre de déférence à l'égard des décisions rendues en première instance. La raison principale **n'est pas** que les juges de première instance voient et entendent les parties et autres témoins et, partant, disposent de certains avantages au regard de la cour d'appel, bien que ce soit généralement vrai. En fait, il en est ainsi principalement parce que l'audition de la même question par un deuxième tribunal et le prononcé d'une autre décision représentent un gaspillage de temps précieux et d'argent et créent de l'incertitude. L'appel constitue alors un désavantage, sauf dans les cas manifestes et extrêmes. Voilà pourquoi il est nécessaire, selon la règle applicable, que l'erreur justifiant l'annulation soit simple et manifeste ou encore qu'il s'agisse d'une erreur de droit ou de principe.

Deuxièmement, les juges ne doivent jamais oublier la différence entre rendre justice dans un cas donné et créer le droit. Plus particulièrement, ils sont mieux placés uniquement pour créer le droit, élaborer un principe ou assurer la cohérence des indemnités accordées.

Il n'y a pas de bibliographie abondante. Au Canada, le livre fondateur est un ouvrage de Kerans⁴⁶. Tous les juges d'appel doivent le lire. L'arrêt-clé de la Cour suprême du Canada est *Housen c. Nikolaisen*⁴⁷. La Cour suprême aborde ce même sujet plusieurs fois par année.

⁴⁶ *Standards of Review Employed by Appellate Courts*, Juriliber, 1994. La deuxième édition est parue en 2006.

⁴⁷ [2002] 2 R.C.S. 235, 286 N.R. 1, 2002 CSC 33.

3. Problèmes reliés aux seconds appels

La simple logique ne permettra pas d'élaborer avec facilité ou infailibilité les règles régissant le second appel, c'est-à-dire du tribunal de première instance, à la cour d'appel intermédiaire, puis à la cour de dernier ressort. Certaines des règles à cet égard semblent raisonnables, voire inévitables, jusqu'à la lecture de décisions (souvent plus anciennes) allant dans le sens contraire.

Par exemple, le Comité judiciaire du Conseil privé et la Chambre des lords ont formulé des règles qui divergent des règles élaborées plus récemment par la Cour suprême du Canada. De temps à autre, le Conseil privé a affirmé devoir faire preuve de déférence à l'égard de la décision d'une cour d'appel (intermédiaire). Il a souvent déclaré devoir faire preuve d'une plus grande retenue dans le cas de conclusions de fait concordantes, c'est-à-dire de conclusions sur lesquelles s'entendent le tribunal de première instance et la cour d'appel intermédiaire. En matière de jurisprudence, la Cour suprême du Canada a donné à entendre dans des décisions récentes que la cour d'appel de dernier ressort n'est aucunement tenue de faire montre de déférence à l'égard des décisions de la cour d'appel intermédiaire, et que la confirmation par cette dernière du verdict initial ne renforce aucunement la première décision. En effet, la Cour suprême du Canada joue l'important rôle de surveiller l'application des normes de contrôle judiciaire par les cours intermédiaires et d'infirmes les décisions qui ne s'y conforment pas. Une telle règle n'est pas inévitable, puisque l'erreur dans l'application de la norme de contrôle judiciaire commise par la cour d'appel intermédiaire pourrait en principe constituer une erreur de droit, mais il ne s'agit pas d'une erreur de droit commun. Corriger une telle erreur est tout simplement assimilable à la correction des erreurs (justice pour les parties) et non à la création du droit.

Bien souvent, de telles observations ne revêtent qu'un intérêt théorique ou historique. Dans le cas d'une décision de la cour supérieure portée en appel à la cour d'appel locale, puis à la Cour suprême du Canada, les règles de révision judiciaire sont celles dictées par la Cour suprême du Canada aujourd'hui et non celles formulées par la Cour suprême ou le Conseil privé il y a soixante ou cent soixante ans.

Toutefois, une cour d'appel provinciale (ou un autre tribunal d'appel prévu par la loi) joue le rôle de deuxième cour d'appel. Par exemple, la décision du tribunal des poursuites sommaires ou d'une autre cour provinciale peut être portée en appel dans un premier temps à un juge de la cour supérieure et, dans un deuxième temps, à la cour d'appel provinciale. Il se peut aussi que la loi porte création d'un tribunal et d'un tribunal d'appel et prévoit ensuite la possibilité d'interjeter appel à la cour supérieure ou à la cour d'appel provinciale. Dans ce contexte, il est plus difficile de dire si les règles régissant la norme de contrôle judiciaire applicable sont celles énoncées par la Cour suprême du Canada ou formulées dans les décisions plus anciennes du Conseil privé. D'abord et avant tout, la Cour suprême du Canada est le tribunal d'appel de dernier ressort et a été mise sur pied principalement pour créer le droit. Or, la situation n'est pas aussi nette lorsque la cour d'appel provinciale constitue le deuxième palier d'appel.

D. APPELS FONDÉS SUR LES FAITS

1. Qu'est-ce qu'une erreur manifeste et dominante?

L'erreur de fait « dominante » s'entend de l'erreur qui a une incidence importante sur le résultat et n'est pas assimilable à une simple digression ou à un détail. Quant à l'erreur de fait « manifeste », il ne s'agit pas d'une simple appréciation discutable de la preuve. Des exemples d'erreurs manifestes sont donnés ci-après.

(a) Question de fait non abordée

Par exemple, le tribunal de première instance a conclu à l'incendie criminel parce que l'accusé avait un mobile et avait eu l'occasion de perpétrer le crime. Le tribunal n'a pas précisé si d'autres auraient eu l'occasion de commettre le crime, malgré la preuve en ce sens. Il s'agissait donc d'une question litigieuse et non d'une question théorique. L'exclusion de tout autre coupable peut transformer la conclusion possible ou probable en conclusion définitive (puisque'il n'y a pas d'autre coupable possible). Ainsi, c'est une erreur de fait évidente de conclure qu'une personne est coupable simplement parce qu'elle a eu l'occasion de perpétrer le crime et non parce qu'elle est la seule coupable possible.

(Il peut arriver, bien sûr, que les juges de première instance omettent de tirer une conclusion de fait parce qu'ils ont mal compris les règles de droit applicables et estiment que les faits manquants ne sont pas pertinents. Il s'agit d'une erreur de droit et peut très bien servir de fondement à une demande de réparation. Mais revenons au sujet à l'étude.)

(b) Conclusions contradictoires

Les juges de première instance organisent parfois leurs motifs de décision de telle sorte qu'il leur est facile de se contredire. Le plus souvent, ils tirent une série de conclusions de fait (ou de conclusions de fait apparentes) sans d'abord analyser les questions en litige. Les conclusions de fait prennent alors davantage la tournure d'un récit que d'un règlement de litiges.

Les juges peuvent aussi se contredire s'ils regroupent les faits autour de divers thèmes, mais qu'un fait se rapporte à plus d'un thème. Ils se trouvent alors à analyser le même fait deux fois, soit pour deux raisons distinctes, soit pour aucune raison particulière; et par hasard, les deux conclusions relatives au même fait sont plus ou moins contradictoires.

Si le fait en cause influe sur le résultat, il y a alors erreur manifeste et dominante.

(c) Absence totale de preuve

Le tribunal de première instance tire parfois une conclusion de fait, explicite ou implicite, sans avoir été saisi de preuves à l'appui. Il n'est pas question ici du poids à accorder à la preuve ni de sa crédibilité, mais bien de son existence au-delà d'une allusion très subtile.

Les appelants invoquent assez souvent ce moyen d'appel. Or, à la fin d'une instruction approfondie, les intimés sont généralement en mesure de signaler certains éléments de preuve dans le dossier d'appel qui étayent la conclusion de fait contestée. Dans le cas contraire, la cour d'appel aura une lourde tâche, car elle devra éprouver le dossier d'appel pour déterminer si de tels éléments existent réellement. Le plus souvent, ces éléments de preuve s'y trouvent, les intimés n'ayant pas cherché suffisamment.

Dans le cas d'un appel d'une requête accompagnée d'affidavits mais sans témoignages en direct, l'argument d'absence de preuve est souvent retenu. Les affidavits sont souvent succincts, voire insuffisants.

À l'occasion, la préclusion, une présomption ou une inférence admissible quant aux faits permettent au tribunal de se passer de preuves manquantes. Par exemple, en l'absence de la preuve privilégiée pour évaluer les dommages-intérêts, la cour peut utiliser une autre méthode et supposer que la perte serait la même.

(d) Preuve mal citée

Les juges de première instance citent mal la preuve plus souvent qu'on ne le croirait, peut-être parce qu'ils ne demandent que rarement la transcription intégrale, alors que celle-ci est remise aux cours d'appel. L'erreur est évidente lorsqu'ils semblent exposer, citer ou résumer la preuve, mais ne le font pas correctement et font de l'énoncé inexact leur conclusion de fait.

Par exemple, le tribunal de première instance conclut que la permanence était assurée à la station de pompage au moment de l'explosion. Or, selon la preuve présentée, la permanence aux heures en cause était assurée pendant la semaine, mais l'explosion a eu lieu le week-end. Ou encore, selon la preuve, la permanence était assurée au poste de contrôle au moment opportun, mais la station de pompage et le poste de contrôle ne se trouvent pas au même endroit. De plus, le seul témoin a déclaré que la permanence était assurée à la station de pompage chaque fois qu'il s'y est rendu, mais a admis par la suite qu'il n'y est pas allé le jour en cause.

Il va sans dire que, très souvent, les citations inexactes ne portent pas à conséquence. Il s'agit d'erreurs manifestes, mais non dominantes. Les tribunaux aux États-Unis parlent d'erreur sans conséquence.

(e) Erreurs de logique

Le tribunal de première instance commet une erreur manifeste et dominante⁴⁸ s'il tire une inférence de fait importante de certains éléments de preuve, mais qu'une telle inférence n'en découle pas logiquement et qu'il n'existe aucune autre preuve étayant ce fait.

Changer l'ordre chronologique de sorte que les causes surviennent plus tard que les effets constitue une autre erreur de logique. Il en est de même de l'ubiquité des personnes et des choses. Les erreurs de calcul et la double comptabilisation suffisent également⁴⁹.

2. La recherche et l'analyse de la preuve

La cour d'appel doit consacrer beaucoup de temps et d'efforts à la vérification, à la disposition et à l'analyse des éléments de preuve, à moins que les avocats ne lui transmettent ces renseignements, nécessaires à l'examen des questions en litige. Dans le cas d'un appel fondé sur le moyen prévu à la partie D.1 ci-dessus, la cour d'appel doit souvent vérifier tous les éléments de preuve.

La cour d'appel doit alors éplucher les cahiers d'appel au moins jusqu'à ce qu'elle retrouve certains renseignements. En général, il n'y a pas moyen d'éviter cette démarche. Toutefois, la cour peut au moins éviter le double emploi, principalement en retardant la lecture des éléments de preuve jusqu'à ce que les questions en litige soient circonscrites et que la liste des tâches et objectifs ait été dressée. Il peut donc être inutile de passer en revue autant d'éléments de preuve avant les plaidoiries.

⁴⁸ Il peut aussi s'agir d'une erreur de droit dans certaines circonstances, ce qui n'empêche pas la cour d'appel d'infirmar la décision pour ce motif.

⁴⁹ Voir plus loin le chapitre 16, partie I.2.

Si la recherche dans le dossier vise plusieurs sujets, que la preuve semble complexe ou que des calculs ou d'autres recherches sont nécessaires, il faut alors une meilleure préparation. La personne chargée de faire la recherche dans les éléments de preuve devra-t-elle consacrer du temps à ses notes plus tard, notamment pour les réorganiser? Le cas échéant, elle pourrait alors ne pas remarquer ou ne pas comprendre un élément de ses notes. Devra-t-elle faire taper ou trier à nouveau ses notes, au risque d'y introduire des erreurs? Paraphraser les témoignages est une tâche très délicate, et la paraphrase d'une paraphrase induit souvent en erreur. Les recherchistes auront alors à revoir leurs notes ambiguës contenues dans le cahier d'appel avant de les trier à nouveau.

Bref, il est périlleux et inefficace d'effectuer le travail en deux étapes. Il est préférable de prévoir le résultat attendu et d'organiser les résultats de la recherche en conséquence dès le départ. La personne chargée de faire la recherche dans le dossier devrait, avant de commencer, déterminer la méthode de tri et d'organisation des citations retrouvées.

Dans de telles situations, il faut à tout le moins des rubriques. Chaque rubrique devrait se trouver sur un bloc de feuilles distinct ou dans un fichier à l'ordinateur. Chaque élément de preuve pertinent devrait ensuite être résumé brièvement et cité, soit sur le bon bloc de feuilles ou sous la rubrique indiquée à l'ordinateur. Enfin, il conviendrait d'indiquer sur un dernier bloc de feuilles ou sous une dernière rubrique tous les éléments de preuve importants qui ne peuvent être classés sous l'une ou l'autre des rubriques existantes, au cas où une autre question devait être circonscrite plus tard.

La méthode la plus systématique comprend la préparation d'un simple diagramme contenant les éléments de preuve retrouvés dans le cahier d'appel. Le type de diagramme est choisi en fonction des faits et des questions en litige. Il peut s'agir, par exemple, d'un tableau des représentants d'une société, de leurs fonctions et de la durée de leur mandat, d'un croquis cartographique de la scène faisant état d'endroits et d'itinéraires ou de câbles électriques, ou encore d'un diagramme des sociétés affiliées et de leurs actionnaires respectifs.

Le plus utile est souvent le graphique chronologique (liste chronologique des événements), qui fait état d'événements, de contrats, d'échanges importants et de réunions, par exemple. Si l'appel porte sur les délais, les retards ou les objectifs prioritaires, il va sans dire que le graphique chronologique est essentiel, car il organise les événements dans leur ordre de survenance. Par exemple, une partie peut faire fortement allusion à l'existence d'un lien de causalité entre A et B. Or, si B est survenu avant A, A ne peut être la cause de B. Voilà une vérité éternelle et universelle.

Le graphique chronologique peut être utile d'autres manières également. Il peut servir de cadre à l'indexation et à l'organisation d'un grand nombre d'éléments de preuve, et notamment de documents (pièces). Contrairement à l'index par sujet, le graphique chronologique utilise des caractéristiques objectives, ce qui permet la compilation sans trop de renseignements de base. Presque tous les événements ou documents appartiennent sans équivoque à un endroit (date). Les erreurs de calcul se manifestent, et les liens entre deux documents ou événements deviennent alors évidents. Il est préférable de dresser un index alphabétique de faits objectifs (comme les noms de personnes ou les endroits) que de n'avoir aucune structure.

Parfois, il faut procéder à une analyse de la preuve sous un angle qui n'était pas prévisible au départ. Là encore, grâce au plan ou à l'index désormais périmé qui a été dressé antérieurement, il n'est généralement pas nécessaire plus tard de relire les cahiers d'appel, exception faite de quelques pages.

3. Défaut de tirer des conclusions de fait en première instance

Généralement, les règles de droit, les preuves contradictoires ou les observations des parties obligent le tribunal de première instance à tirer des conclusions de fait dans sa décision. Le défaut du tribunal de s'acquitter de son obligation à cet égard constitue un motif justifiant d'accueillir l'appel. Il pourrait même s'agir d'un motif de faire tenir un nouveau procès, à moins qu'il n'existe des éléments de preuve sur la question en litige et que les parties demandent à la cour d'appel de tirer elle-même la conclusion de fait qui s'impose, ou encore que la preuve dicte une seule réponse à la question.

Comment le tribunal de première instance peut-il omettre de tirer une conclusion de fait nécessaire? Eh bien, parfois les plaidoiries sont plutôt vagues et portent à confusion et la jurisprudence applicable n'a pas été citée. D'autres fois, les motifs de décision donnés en première instance sont ambigus, vagues ou filandreux. Ils peuvent donner l'impression que la conclusion de fait a été tirée; le tribunal avait peut-être même l'intention de le faire. Toutefois, une lecture attentive des motifs révèle l'absence de conclusion sur la question en cause.

Voir aussi la partie D.1(a) ci-dessus.

Nous avons déjà vu les problèmes que pose la rédaction de motifs de décision en deux parties distinctes, à savoir les questions de fait (ou le récit narratif) et les questions de droit⁵⁰. Il peut aussi manquer des conclusions de fait lorsque le tribunal procède de cette façon, notamment si les motifs font état des questions de droit après les questions de fait, comme l'exigent de nombreux formats types. Il est préférable, dans bien des cas, de rassembler les questions de fait et de droit.

Autrement, les éléments clés de chacune doivent être réitérés et appliqués mutuellement, pour chaque question en litige. Par exemple, l'examen d'un point de droit pourrait se terminer par la liste des critères factuels qui sont pertinents ou dominants en raison des règles de droit applicables. Le tribunal de première instance devrait alors appliquer les conclusions de fait à ces critères pour arriver au résultat.

Lorsque les recherches ont été faites par des stagiaires en droit, les règles de droit sont généralement bien énoncées. Toutefois, ces stagiaires relatent moins bien les faits et ne veulent généralement pas appliquer les règles de droit aux faits complexes. Par conséquent, dans les cas où les juges font rédiger leurs motifs de décision par des stagiaires (ou les rédigent eux-mêmes en se fondant sur les notes de service de stagiaires), ceux-ci peuvent fort bien ne pas comporter toutes les conclusions de fait nécessaires.

(Il va sans dire qu'une question en litige⁵¹ qui n'a pas été traitée du tout peut produire le même effet.)

E. NOUVEAUX PROCÈS

En ce qui a trait à la norme de contrôle judiciaire, les débats laissent souvent croire subtilement qu'une décision peut être infirmée pour deux motifs seulement : les erreurs de droit de fond ou les erreurs de fait (manifestes) de fond. Or, il n'en est rien. Les problèmes de procédure permettent également d'obtenir gain de cause en appel et entraînent la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, deux restrictions s'appliquent : la norme de contrôle commande la déférence et les erreurs ont causé un tort important ou une erreur judiciaire.

Des exemples de tels incidents survenus en première instance pouvant donner lieu à la tenue d'une nouvelle audience sont donnés ci-après.

⁵⁰ Partie D.1(b), ci-dessus.

⁵¹ Il en a été question ci-dessus, à la partie 1(a).

1. Surprise injuste

La nécessité d'informer chaque partie de la preuve présentée contre elle et de lui donner la possibilité d'y répondre constitue la première règle de justice naturelle, et cette règle s'applique tant aux tribunaux judiciaires qu'aux tribunaux administratifs. Par conséquent, la cour d'appel devrait infirmer la décision rendue en première instance qui repose sur une question que la partie déboutée ne pouvait raisonnablement prévoir ou sur un élément de preuve que celle-ci n'a pas eu la possibilité de réfuter.

Comment cela peut-il se produire dans une cour de justice? Le tribunal de première instance peut avoir fondé sa décision sur une question qui n'a pas été débattue ou avoir permis à la partie ayant obtenu gain de cause de modifier ses conclusions afin d'y soulever une nouvelle question à la dernière minute. Bien que les questions aient été débattues plus tôt, il se peut que la partie ayant obtenu gain de cause ait présenté des éléments de preuve inattendus que la partie déboutée n'a pu prévoir ni réfuter rapidement. Par exemple, les nouveaux éléments de preuve étaient peut-être importants, mais allaient à l'encontre des renseignements que la partie ayant obtenu gain de cause a présentés auparavant pendant la communication préalable.

2. Procédure inéquitable

Même en présence de deux procédures de rechange défendables ou raisonnables, le tribunal de première instance devrait appliquer les deux uniformément. Sa décision peut être portée en appel s'il permet systématiquement à la partie qui obtient gain de cause de suivre une démarche (comme utiliser des questions tendancieuses pendant l'interrogatoire principal), mais interdit à la partie déboutée de faire de même.

3. Manquement aux règles de procédure

Des centaines de règles de procédure régissent l'instruction de poursuites judiciaires. Certaines sont codifiées, dans les règles de la cour par exemple. De nombreuses autres, et notamment celles qui régissent la tenue d'un procès, ne le sont pas⁵². Quelle partie peut présenter son exposé préliminaire et à quel moment? Laquelle présente en premier lieu ses éléments de preuve? Qui peut mener un contre-interrogatoire et sur quels sujets? Qui peut obtenir la réouverture de sa preuve ou présenter une contre-preuve? Voilà des questions souvent assujetties à des principes jurisprudentiels.

Les manquements graves à ces règles peuvent justifier la tenue d'un nouveau procès, tant au civil qu'au pénal.

Les avocats d'appelants soutiennent souvent qu'aucune des erreurs commises n'est assez grave pour justifier à elle seule l'annulation du procès, mais « prises cumulativement », ces erreurs constituent un motif suffisant. Il s'agit généralement d'un argument peu convaincant. Toutefois, dans les cas où les appelants peuvent faire la preuve de plusieurs manquements ayant fait obstacle à une même étape, ayant empêché ensemble la présentation d'éléments de preuve importants ou ayant porté atteinte au même droit, l'effet cumulatif de ces manquements peut être très réel. Il s'agit d'une erreur qui porte à conséquence, et il est fait droit à l'appel.

⁵² Voir Ferguson, *Ontario Courtroom Procedure 2007*, 2007.

4. Inconduite d'une partie

Les parties et leurs avocats n'agissent pas tous de bonne foi et avec honnêteté. La cupidité, les pressions exercées par un client important sur un petit cabinet d'avocats, le stress des parties ou des avocats et leur méfiance réciproque ainsi que les déséquilibres psychologiques peuvent donner lieu à des comportements malhonnêtes et malveillants. Ni les règles de la cour ni le code de procédure civile ne peuvent énumérer ou interdire tous les comportements indésirables.

Nous vivons à une époque où des notes prises en sténographie ont été volées du domicile d'un sténographe judiciaire, de nombreux faux d'ordonnances judiciaires sont fabriqués, de faux documents faisant état du consentement des parties adverses à l'égard d'ordonnances proposées sont présentés, des mensonges très divers sont racontés aux juges de requêtes ou de première instance, et des documents falsifiés sont admis en preuve comme pièce. Mentionnons également le parjure dans les affidavits et à la barre des témoins, et ce qui n'en est pas tout à fait, c'est-à-dire les affidavits qui ne contiennent pas des renseignements dont l'auteur a une connaissance personnelle, malgré ce qui y est affirmé. Certaines parties disent plus ou moins la vérité lors du procès, mais commettent un parjure lors de l'interrogatoire préalable. D'autres ne divulguent pas certains documents ou autres renseignements lors de la communication préalable, puis les produisent sans préavis lors du procès. D'autres encore détruisent ou cachent des éléments de preuve, y compris des objets physiques.

Toute conduite de ce genre qui influencerait sur le résultat de la poursuite ou de la requête en cause pourrait servir de fondement à un appel et à la tenue d'une nouvelle audience, peut-être suivant la maxime ancienne voulant que la fraude entraîne la nullité⁵³.

Bien entendu, l'inconduite qui produit un effet juridique ne se limite pas à la malhonnêteté ou au crime. En effet, le manque de diligence d'une partie qui égare des éléments de preuve ou ne tente pas d'obtenir les éléments de preuve requis et de les divulguer lors de la communication préalable peut aussi donner lieu à un redressement en appel, tout comme les tactiques très déraisonnables ou les manœuvres d'intimidation pendant le procès. Serait jugé suffisant le fait de dissuader un témoin de comparaître pour la partie adverse ou de préparer un témoin de manière inacceptable.

Les déclarations provocatrices à l'endroit du jury ainsi que la divulgation au jury de renseignements importants ou hautement préjudiciables qui n'ont pas été produits en preuve peuvent aussi servir de fondement à un appel. Certaines de ces irrégularités auront été signalées au tribunal de première instance, qui n'aura toutefois pas pris des mesures correctrices suffisantes. D'autres ne seront pas connues du tribunal de première instance. Il pourrait alors être nécessaire de recourir à une requête en présentation de nouveaux éléments de preuve pour que les renseignements puissent être présentés à la cour d'appel.

5. Décisions erronées relatives à la preuve

Il est préférable d'aborder ici la décision du tribunal de première instance d'admettre ou non un élément de preuve. Constitue toujours un moyen d'appel le fait d'accepter en preuve des éléments non admissibles ou de refuser d'accepter des éléments admissibles, y compris la décision du tribunal de première instance concernant les questions que peuvent poser les avocats et le contre-interrogatoire.

⁵³ *Philipson c. Egremont* (1844) 6 Q.B. 587, p. 605, 115 E.R. 220, 14 L.J.Q.B. 25, p. 29; *Rogers c. Hadley* (1863) 32 L.J. Ex. 241, p. 248.

Certaines erreurs sont bien entendu mineures ou sans conséquence. Par exemple, si la décision d'admettre ou non un élément de preuve n'a pas réellement d'incidence sur l'issue de l'affaire ou l'équité générale du procès, la cour d'appel n'ordonnera pas la tenue d'un nouveau procès; les dépens pourraient servir de réparation. Si des éléments non admissibles ont été admis, mais que d'autres éléments admissibles étayaient les mêmes faits, l'erreur est sans conséquence.

Si elle ne soulève pas d'objection lors du procès, la partie déboutée pourrait ne pas pouvoir invoquer l'irrégularité pour interjeter un appel en matière civile, bien qu'elle en soit empêchée moins souvent au pénal. De plus, un tel silence ne fait pas toujours obstacle à un appel en matière civile. Il importe de déterminer si l'objection soulevée au moment opportun aurait influé sur l'issue du procès. Par exemple, si la partie appelante ne s'est pas opposée à ce que certaines questions soient posées au témoin lors du procès, mais s'y oppose en appel, aurait-il été possible pour la partie intimée d'obtenir les éléments de preuve en cause d'une autre façon? Le cas échéant, toute objection soulevée lors du procès aurait donné lieu à une telle démarche et, partant, l'issue du procès aurait été plus ou moins la même. Il serait donc inutile d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Si la preuve substitutive n'est plus disponible, il serait alors très injuste de tenir un nouveau procès.

6. Intervention des juges de première instance

Les appelants soutiennent fréquemment que les juges de première instance interviennent trop souvent, paralysant l'interrogatoire des témoins ou le menant eux-mêmes. Il s'agit là d'un motif justifiant la tenue d'un nouveau procès s'il y a eu exagération grave de la part du juge de première instance. Or, il est rare que la situation cause des désagréments ou se dégrade jusqu'à la partialité, motif couramment invoqué, mais rarement établi.

7. Directives erronées au jury

Il est bien connu et établi que les directives erronées au jury justifient la tenue d'un nouveau procès, ce qui se produit assez souvent. L'exposé au jury aborde parfois les mêmes sujets à quelques reprises; il est donc utile que les juges d'appel dressent la liste des sujets abordés dans l'exposé contesté ou l'épluchent plus d'une fois.

F. APPELS INTERJETÉS RELATIVEMENT À LA PEINE

Il s'agit d'un phénomène essentiellement canadien. Il est rarement fait droit à ce type d'appels aux États-Unis, qui sont donc peu communs. En Angleterre, il s'agit d'un phénomène récent. En revanche, la norme de preuve applicable au Canada commande désormais une grande retenue judiciaire; ainsi, le nombre d'appels interjetés relativement à la peine devrait reculer au Canada.

La détermination de la peine à infliger à un inculpé est le sujet sur lequel les juges se trouvent sans doute le plus souvent en désaccord. À cet égard, il arrive parfois qu'un juge ait une opinion bien arrêtée relativement à une cause donnée et qu'il soit prêt à créer une règle de droit, à faire une entorse aux règles existantes ou à ne pas en tenir compte tout simplement pour atteindre son but. Il est d'ailleurs facile dans ces circonstances de « légiférer à outrance », sujet abordé à la partie A ci-dessus.

Il en découle trois corollaires. Premièrement, le tact, la circonspection, la réflexion et le respect des principes et des normes de contrôle revêtent de l'importance. Deuxièmement, les juges ne doivent pas oublier que les cas d'exception font de mauvais précédents, que les cours d'appel créent le droit et, partant, qu'un mauvais précédent cause plus de tort qu'une décision injuste.

Troisièmement, la mise en délibéré est source de difficultés dans le cas d'appels interjetés relativement à la peine. En effet, bien qu'axé sur un seul résultat, ce type de décision peut avoir un grand retentissement et une incidence importante. De plus, les commentaires d'autres juges ont tendance à porter sur l'inculpé visé et le crime qu'il a commis plutôt que sur les principes applicables.

Les appels interjetés relativement à la peine soulèvent d'autres problèmes. Généralement, en matière de détermination de la peine, la cour d'appel ne peut renvoyer une affaire au tribunal d'origine et lui demander de tenir une nouvelle audience et de rendre une nouvelle décision. Si elle accueille l'appel, peu importe le motif, la cour d'appel doit déterminer la peine à infliger. S'il lui faut d'autres éléments de preuve, la cour d'appel devra les entendre⁵⁴.

La Cour suprême du Canada a déclaré que les critères habituels régissant l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel s'appliquent⁵⁵. Pourtant, les avocats de la défense ont l'habitude de déposer spontanément des éléments de preuve nouveaux de tout genre lors de l'audition d'un appel interjeté relativement à la peine. La cour d'appel doit faire preuve de prudence, surtout lorsque le ministère public n'a pas donné son aval.

Les opinions dissidentes dans ce type d'appels présentent certains risques⁵⁶.

G. APPELS INTERJETÉS RELATIVEMENT AUX DOMMAGES-INTÉRÊTS OU AUX ORDONNANCES ALIMENTAIRES

Il semble manquer un élément dans la plupart des décisions rendues sur les appels interjetés relativement aux dommages-intérêts ou aux ordonnances alimentaires. La cour d'appel doit appliquer une norme de contrôle empreinte de déférence, mais le degré de retenue que commande la norme n'est précisé nulle part. Les tournures utilisées dans les arrêts sont d'un flou exaspérant. Quelle est l'étendue des limites admissibles (ou le degré approximatif)?

Il est utile de passer en revue les décisions rendues en appel dans lesquelles la norme de retenue est appliquée, mais le degré a été changé. Dans les causes de dommages-intérêts, il ressort sans doute d'un tel examen qu'il faut un multiple. En d'autres termes, la cour d'appel ne peut augmenter le montant de dommages-intérêts de soixante pour cent ou même de quatre-vingts pour cent. À moins de doubler ou de tripler le montant, la cour ne devrait pas intervenir. Inversement, il faudrait sans doute une réduction d'au moins cinquante pour cent avant que la cour d'appel n'accepte d'intervenir.

H. LA JUSTICE ET LA COURTOISIE

Il est important que les juges d'appel fassent preuve de courtoisie⁵⁷. Il est généralement possible de concilier justice et courtoisie, et la cour d'appel devrait choisir la méthode polie de faire ce qu'il convient, si une telle méthode existe.

Toutefois, s'il n'est pas possible de concilier justice et courtoisie, la justice doit primer la courtoisie et la diplomatie. Certains juges de première instance créent des problèmes en utilisant des termes

⁵⁴ S'il devait s'agir d'une preuve volumineuse ou litigieuse, la cour d'appel pourrait nommer un commissaire spécial chargé d'entendre la preuve et de tirer des conclusions de fait.

⁵⁵ *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 260 N.R. 165, 191 D.L.R. (4th) 574, 148 C.C.C. (3d) 193.

⁵⁶ Voir le chapitre 10, partie E.

⁵⁷ Les raisons sont examinées au chapitre 7, partie A, et au chapitre 8.

trop polis et vagues lorsqu'ils tirent des conclusions quant à la crédibilité. Par exemple, au lieu de dire que le témoin A a menti ou qu'ils ne l'ont pas cru, les juges diront que le témoin A ne les a pas « convaincus ». En appel, les avocats accusent alors les juges de première instance d'avoir inversé le fardeau de la preuve et de ne pas avoir utilisé la norme de preuve qui convient (surtout en matière pénale). Les juges d'appel peuvent commettre des erreurs semblables en tournant autour des éléments les plus graves de la procédure viciée ou du jugement en cause.

Il ne convient pas que la cour d'appel substitue sa décision à la décision de première instance qui est contestée, par exemple. Si la norme de contrôle précise que la cour d'appel peut intervenir uniquement dans les circonstances où certaines erreurs précises ont été commises, la cour doit, dans l'affaire dont elle est saisie, conclure à l'existence de ces erreurs, le cas échéant, et les énoncer.

Ainsi, lorsqu'il existe des normes de contrôle rigoureuses et que les circonstances de l'appel satisfont à ces normes, il existe rarement un moyen délicat d'annoncer le résultat. Il n'y a rien de flatteur aux expressions « erreur manifeste », « déraisonnable » ou « manifestement déraisonnable ». Pourtant, ce sont les normes obligatoires de contrôle judiciaire et donc des sujets qui doivent être abordés dans les motifs de décision donnés en appel. Même les synonymes sont sources de confusion, et c'est ce que la cour d'appel sèmerait si elle tentait d'utiliser des termes plus diplomatiques ou vagues. En effet, la partie déboutée pourrait soutenir que la cour d'appel n'a pas appliqué la bonne norme de contrôle judiciaire.

Parfois, les juges de première instance ne sont pas responsables des erreurs commises. L'un des avocats s'est peut-être montré indolent ou a même donné son consentement. Les cours d'appel hésitent souvent, notamment en matière pénale, à faire obstacle à un appel à cause de l'erreur de l'avocat de la partie appelante en première instance. Même en matière civile, les appelants réussissent parfois à échapper aux erreurs des avocats qui les représentaient en première instance. Ainsi, il s'agit souvent d'erreurs des juges de première instance, d'erreurs qui n'ont pas donné lieu à des objections et ont même été encouragées. Il est alors utile de préciser que le tribunal de première instance n'était pas responsable. D'autres erreurs peuvent être commises simplement par malchance ou à cause d'un malentendu, sans qu'il y ait eu négligence ou faute de part et d'autre.

Il va sans dire que la cour d'appel ne peut rejeter un appel fondé, simplement pour épargner les susceptibilités d'un juge de première instance innocent, quelles que soient les circonstances.

I. REQUÊTES EN NOUVELLE AUDIENCE

Aux États-Unis, les parties demandent souvent à une cour d'appel de réexaminer la décision que celle-ci vient de rendre dans l'instance les concernant. Au Canada, les tribunaux commencent à être saisis de telles requêtes. (Je **ne** veux **pas** dire s'écarter du principe de *stare decisis*, c'est-à-dire utiliser d'autres précédents.)

Il n'existe pas de procédure établie, en général, pour une telle requête. L'affaire devrait sans doute être tranchée par les trois juges qui ont rendu le jugement contesté. Deux questions distinctes se posent :

- (a) Faut-il permettre la présentation d'une nouvelle argumentation?
- (b) La cour d'appel devrait-elle (en conséquence) modifier son jugement?

Toutefois, il y a généralement recoupement considérable dans les débats portant sur les deux questions. Si la requête semble suspecte, et la partie demanderesse, insolvable, une ordonnance de cautionnement pour dépens pourrait être rendue.

Généralement, la méthode la plus efficace est de permettre à la partie demanderesse de présenter son argumentation écrite sur les sujets (a) et (b) en même temps, puis de demander à la partie adverse de présenter sa réponse écrite. Si elle décide que l'affaire devrait s'arrêter là, la cour peut rendre sa décision par écrit. Dans le cas contraire (ce qui se produit rarement), la cour peut corriger sa décision sur-le-champ ou convoquer les parties pour la présentation de plaidoiries (ou de preuves supplémentaires).

Les requêtes en réexamen comportent de nombreux inconvénients : retards, coût, complications eu égard aux délais d'appel à la Cour suprême du Canada, difficultés reliées à la formation d'un tribunal composé des trois mêmes juges (notamment si ceux-ci habitent des villes différentes).

Il ne devrait être fait droit à une telle requête que si la cour d'appel conclut à l'existence dans son jugement d'une erreur évidente qui influe sur le résultat et qu'elle était déjà saisie de la question en cause. Il faudrait que la cour n'ait pas tenu compte d'arrêts largement applicables, qu'elle ait commis une simple erreur manifeste ou qu'elle ait omis de se prononcer sur un point débattu devant elle. Il serait étonnant qu'une nouvelle question puisse être abordée à une étape aussi avancée de l'instance, sauf s'il existe des circonstances réellement exceptionnelles et que les conditions voulues soient réunies.

La cour d'appel devrait rejeter une requête en réexamen présentée par la partie déboutée qui lui demande tout simplement d'évaluer à nouveau un point contestable.

Les requêtes en nouvelle audience ne peuvent être fondées sur le fait que la décision initiale reposait sur un arrêt qui n'avait pas été invoqué par les avocats, si celui-ci était facile à trouver avant les plaidoiries initiales⁵⁸.

Les cours d'appel ne devraient pas encourager la présentation de requêtes en réexamen. Celles-ci sont généralement rejetées et, en fait, ne sont même pas défendables. Parfois, elles sont fondées sur des considérations qui ne justifient aucunement un réexamen. Le cas échéant, la cour d'appel devrait l'indiquer clairement et adjuger d'importants dépens en faveur de la partie qui obtient gain de cause.

J. QUESTIONS NON DÉBATTUES

Voir le chapitre 2, parties D et E.

⁵⁸ *J-Sons Inc. c. N.M. Paterson & Sons (#2)*, 2004 MBCA 25, [2004] Man. R. (2d) Uned. 18 (19 févr.), autorisation rejetée (2004) 331 N.R. 398 (C.S.C.).

CHAPITRE 4 – EFFORT PERSONNEL DES JUGES D'APPEL

Nous avions tout le compartiment pour nous, à l'exception d'une immense pile de journaux que Holmes avait apportée avec lui. Il fouilla parmi ceux-ci et lut, s'arrêtant parfois pour prendre des notes ou méditer, jusqu'à ce que nous ayons dépassé Reading. Alors il en fit tout à coup une gigantesque boule, et la lança dans le filet.

– Avez-vous entendu parler de cette affaire?

– Pas un mot. [...]

– [...] Je viens à l'instant de parcourir tous les journaux récents, pour bien posséder les détails. Il semble, d'après ce que j'ai pu glaner, qu'il s'agisse d'une de ces affaires très simples qui sont tellement difficiles.

– Le mystère de la vallée de Boscombe

A. CHARGE DE TRAVAIL

L'étendue de la charge de travail des juges d'appel est largement tributaire de deux choses : la taille de la population desservie par la cour ainsi que la croissance économique de cette région au regard du nombre de juges disponibles.

La plupart des cours d'appel ont une charge de travail annuelle considérable, qui comporte davantage de périodes de pointe et de périodes creuses que la pratique du droit. À certains moments, les juges d'appel doivent travailler plus souvent les soirs et les fins de semaine que certains avocats. À d'autres moments, ils n'ont pas de causes à entendre et se cherchent du travail (en première instance, p. ex.) ou se concentrent sur l'enseignement, l'écriture ou la lecture d'ouvrages de droit.

Certaines mesures pourraient être prises pour mieux équilibrer la charge, mais elles ne sont pas recommandées. En effet, il est périlleux de remettre la rédaction d'un jugement à une période moins occupée parce que les juges pourraient oublier leurs idées. De plus, de tels reports sont généralement inefficaces, puisque les juges ne se souviennent plus d'une bonne partie de l'argumentation et de la preuve et doivent plus tard prendre le temps de se rafraîchir les idées⁵⁹. Par conséquent, malgré les inconvénients à court terme du travail par périodes de pointe et périodes creuses, cette façon de procéder permet, à long terme, d'accélérer la réalisation du travail, d'améliorer le produit livré et de réduire la charge globale. De toute façon, remettre le travail à plus tard retarde le moment où justice est rendue.

⁵⁹ Voir le chapitre 5, partie B.1(c).

B. ACCESSIBILITÉ

Contrairement aux juges de première instance, les juges d'appel ne travaillent pas de manière autonome, et les contacts personnels nécessaires sont encore plus nombreux après la mise en délibéré de causes. Les juges d'appel ont également une préparation considérable à faire avant les plaidoiries.

Les contacts fréquents entre les juges d'appel sont donc importants. Le personnel du greffe, les stagiaires en droit à la cour, les avocats-conseils à l'interne et les avocats des parties doivent aussi entrer en contact avec les juges. Les rapports en personne sont souvent les plus efficaces. Ils favorisent davantage la collaboration harmonieuse et permettent d'éviter les conflits ou les malentendus. Les communications téléphoniques ne sont pas aussi efficaces; quant aux courriels et aux notes écrites, ils sont des outils encore moins efficaces. La lenteur et le formalisme des communications entraînent des retards et des malentendus ailleurs. S'il s'agit d'une cour d'appel dont la taille n'est pas trop importante et dont les bureaux se trouvent dans une seule ville, le formalisme inutile peut causer des problèmes.

À la cour d'appel, les juges doivent assurer la permanence en cas de requêtes urgentes, notamment pour les enquêtes sur le cautionnement ou les suspensions d'instance. La plupart des cours d'appel dressent à cette fin un tableau de service. Le greffe doit pouvoir joindre par téléphone en tout temps le juge qui est de permanence et celui-ci doit être en mesure de se rendre à la cour pour entendre une requête dans un délai d'environ une heure⁶⁰.

Les juges de deux cours d'appel canadiennes partagent leur temps entre deux villes. De plus, les cours d'appel canadiennes tiennent régulièrement des audiences dans plus d'une ville, ce qui signifie que les juges sont absents de leurs bureaux pendant certaines périodes. D'autres activités professionnelles les obligent à s'absenter quelques jours par année également.

Tous les juges ont droit à quelques semaines consécutives de congé par année, et très peu se plaindraient de pouvoir prendre quelques jours de plus à l'occasion. Les absences de courte durée ou peu fréquentes ne posent pas problème. S'ils veulent travailler sans interruption, les juges peuvent choisir de travailler à l'extérieur du bureau pendant quelques jours.

Toutefois, des problèmes peuvent se poser si les absences sont de longue durée ou trop fréquentes. Au bout de quelques jours d'absence du bureau, les juges d'appel doivent se présenter au bureau et y travailler pendant un certain nombre d'heures consécutives. Le travail d'un autre lieu (comme une maison de vacance ou un chalet) présente de plus grandes difficultés, notamment si les collègues ou le greffe ne connaissent pas le numéro de téléphone ou s'il n'y a pas de téléphone. Les juges d'appel qui ne peuvent être joints pendant plusieurs jours à la fois compliquent le travail des autres, même s'ils travaillent eux aussi très fort pendant leur absence du bureau. Il est encore moins souhaitable que les juges d'appel vivent à l'extérieur de la ville où ils devront siéger au moment de leur nomination.

⁶⁰ De nombreuses cours d'appel fédérales de circuit aux États-Unis ont des juges qui habitent et travaillent dans des villes qui se trouvent dans une très grande région géographique.

C. RÉPARTITION DES CAUSES

Les cours d'appel fonctionnent équitablement lorsque la répartition des causes est faite au hasard par une personne ou par un système. Ainsi, les juges ne peuvent décider eux-mêmes quelles parties comparaitront devant eux; cette façon de faire correspond à la méthode de sélection au hasard des jurés. Il n'est pas judicieux pour les juges de se faire confier une cause en particulier. L'attribution des causes au hasard permet en outre de répartir également le nombre de tâches confiées aux divers juges et leur niveau de difficulté. Ainsi, les juges d'appel devraient se montrer très prudents, et ne rien faire qui pourrait être perçu comme une tentative d'éluder une tâche donnée. Par exemple, ils devraient éviter de se récuser dans le cas d'un conflit d'intérêts très mineur (éloigné), d'accorder trop rapidement des ajournements et de trouver des motifs peu sérieux pour conclure à l'absence de compétence de la cour d'appel pour connaître d'une affaire au fond.

D. TÂCHES DIVERGENTES

Les juges d'appel devraient éviter les nominations, les mandats, les affiliations, les activités sociales ou les passe-temps qui empiètent sérieusement sur leurs fonctions judiciaires régulières. Ces tâches et activités peuvent nuire à leur travail en occupant une trop grande part de leur temps ou en les obligeant à se déplacer à l'extérieur de la ville trop souvent. L'assignation des juges aux formations chargées de connaître des appels devient alors une tâche très complexe. Et si un certain nombre de juges sont à l'extérieur pendant la semaine ou occupés ailleurs, il est alors pratiquement impossible d'y arriver.

Deuxièmement, les activités non professionnelles obligent les juges à éviter tous les appels dans lesquels interviennent les groupes auxquels ils appartiennent. L'assignation des juges aux différentes formations devient d'autant plus compliquée, puisque les conflits sont souvent signalés peu avant l'audience et longtemps après l'établissement du rôle. Dès lors, les autres juges se sont fiés à cette répartition du travail et ont pris d'autres engagements. Il serait plutôt regrettable d'ajourner un appel en raison des passe-temps d'un des juges.

Les autres juges sont particulièrement touchés lorsque l'un de leurs collègues semble prendre part à la moitié des activités non professionnelles organisées dans la ville et connaître les gens influents dans le milieu juridique, les professions libérales, les arts, les affaires, les associations caritatives, les groupes de service et le monde universitaire.

Si les rapports d'un juge avec un groupe en particulier a été la source de conflits d'intérêts nécessitant sa récusation dans deux ou trois appels, il serait temps que ce juge envisage de rompre ses liens avec ce groupe. Le travail du juge devrait primer⁶¹.

E. FONCTIONS ADMINISTRATIVES

La plupart des gens considèrent comme ennuyantes ou répugnantes les fonctions administratives et les réunions de comité. Or, il est très rare qu'un gouvernement provincial ou territorial accorde à un tribunal judiciaire les ressources humaines et financières nécessaires pour accomplir toutes les tâches administratives. Comme le juge en chef ne peut se charger de l'intégralité de ces fonctions, surtout si la cour d'appel siège à plus d'un endroit, les juges puînés doivent en assumer une part dans le cadre de leur travail.

⁶¹ Voir plus loin au chapitre 6, partie F.

Les tâches administratives diffèrent d'une cour à l'autre, mais peuvent comprendre les suivantes (sans ordre précis) :

- liaison avec les représentants du gouvernement ou d'autres tribunaux,
- négociation avec les représentants gouvernementaux sur les questions de budget et d'installations,
- réforme du droit et élaboration de règles,
- perfectionnement,
- site Web de la cour et banques de décisions,
- embauche et supervision des avocats-conseils à l'interne et des stagiaires en droit,
- formation des membres de ces deux groupes,
- bibliothèques de droit,
- planification des améliorations physiques (ordinateurs, etc.),
- demandes de renseignements très diverses des agents du greffe,
- gestion préalable à l'audience,
- liaison avec le public (y compris les écoles),
- relations avec les médias,
- sécurité et confidentialité,
- membre d'office de divers organismes comme les conseils de magistrature d'autres tribunaux,
- compilation de statistiques,
- liaison avec des groupes comme le Conseil canadien de la magistrature, et traitement de tous les problèmes nouveaux et inattendus.

Il ressort de la simple énumération des tâches que les juges d'appel doivent tous participer à divers comités ou administrer plusieurs activités. S'il s'agit d'une cour de petite taille, la situation est d'autant plus difficile. En effet, on s'attend (à l'échelle locale et nationale) à ce que les tribunaux de petite taille en fassent autant que les plus gros, malgré le nombre plus restreint de ressources disponibles.

Il suffit qu'un seul juge de la cour d'appel s'arrange pour ne pas faire ce travail d'une façon quelconque pour que le public et les autres juges en subissent le contrecoup.

Soulignons une fois de plus que la cour d'appel moderne n'est, de toute évidence, ni une maison de retraite ni un groupe de réflexion.

CHAPITRE 5 – EFFICACITÉ DES MÉTHODES DE TRAVAIL DES JUGES

– [...] *Je ne puisse pas vous garantir que je possède tous les faits en tête. Une intense concentration mentale a l'étrange pouvoir d'effacer le passé. Un avocat, qui connaît une affaire sur le bout des doigts et peut débattre sur le sujet avec un expert, constatera qu'une ou deux semaines au tribunal en aura chassé une fois de plus tous les détails de son esprit. Ce qui fait que chacune de mes affaires détrône la précédente, et Mlle Carère a estompé mes souvenirs de Baskerville Hall. On me soumettra peut-être demain un autre petit problème qui viendra à son tour prendre la place de la jolie dame française et de l'infâme Upwood.*

– *Le chien des Baskerville*, chapitre 15

Les renseignements fournis dans la partie B.1. du présent chapitre peuvent changer radicalement la vie et le travail des juges.

Deux autres de mes ouvrages⁶² portent respectivement sur l'efficacité et la rapidité d'action de la cour d'appel dans son ensemble. Le présent chapitre porte sur un tout autre sujet, à savoir les méthodes permettant à chaque juge de travailler avec efficacité et de suivre le rythme de travail.

A. LECTURE DES DOCUMENTS FOURNIS PAR LES AVOCATS AVANT L'AUDIENCE

1. La préparation, une étape essentielle

La quantité de documents déposés à l'appui de la plupart des requêtes est faible, voire négligeable. De plus, ces documents sont transmis en général peu avant la date fixée pour l'audition de la requête, ce qui ne permet pas de choisir à quel moment ni de quelle façon ils seront passés en revue. C'est pourquoi cette partie A porte principalement sur la preuve et l'argumentation écrite présentées dans le cadre d'un appel en bonne et due forme.

Dans le passé, la pratique voulait que les plaidoiries occupent une plus large place et, à une certaine époque, bon nombre de juges d'appel ne lisaient pas les documents qui leur étaient soumis avant les plaidoiries. Certains avocats semblent croire qu'il en est toujours ainsi aujourd'hui, mais j'en doute. En fait, ce n'est plus ainsi en Alberta. En règle générale, les juges prennent connaissance de chaque dossier d'appel avant le début des plaidoiries.

⁶² Jean Côté, *Slow Appeals: Causes and Cures*, 2000 et *Du bon déroulement des appels*, Conseil canadien de la magistrature, 2006.

Aux États-Unis, on qualifie de « tribunal actif » les formations de juges qui ont pris connaissance des dossiers d'appel au préalable. Au Canada, de telles formations ne perdent pas de temps et entendent un appel en une heure ou deux au lieu d'une journée ou deux. Si les circonstances de l'affaire le permettent, la cour peut rendre son jugement de vive voix à l'audience. Le « tribunal passif » est particulièrement inefficace.

Non seulement la lecture du dossier avant l'audience donne un meilleur résultat, mais elle favorise aussi la célérité. En effet, les juges de la formation prennent connaissance des questions en litige et des arguments avancés, relèvent la jurisprudence qui n'a pas été citée et examinent les principaux éléments de preuve. Il est rarement possible de le faire dans la salle d'audience en raison du manque de temps et de ressources. De plus, les juges ont le temps de bien réfléchir et de prévoir les questions à poser.

Ainsi, si les juges ne prennent pas connaissance de la documentation avant les plaidoiries, ils auront à faire un choix désagréable : renoncer aux lectures pourtant nécessaires ou mettre en délibéré la cause (après les plaidoiries) pour faire ces lectures. Les questions qu'ils pourraient se poser pendant leurs lectures demeureront sans réponse, à moins qu'ils ne demandent aux parties de leur présenter des observations supplémentaires. Cette façon de procéder est d'une lenteur excessive.

2. Moment opportun de prendre connaissance de la documentation

Si le greffe leur transmet les documents relatifs aux appels de nombreuses semaines avant les plaidoiries, à quel moment les juges devraient-ils les lire? C'est une question d'équilibre. D'une part, si la lecture est faite juste avant l'audience, il ne reste plus de temps pour combler les lacunes relevées dans le dossier. Mentionnons notamment les erreurs typographiques ou les omissions, les ouvrages qui n'ont pas été déposés, les tomes qui n'ont pas été distribués, les mauvaises reproductions d'éléments de preuve ou encore la jurisprudence manquante, mal citée ou incomplète. D'autre part, s'ils font la lecture du dossier trop tôt, les juges oublient de nombreux détails avant les plaidoiries.

Ainsi, les juges devraient adopter une solution intermédiaire. Ils peuvent jeter un coup d'œil aux documents à leur arrivée, pour savoir le nom des parties et des avocats et la principale question en litige. De cette façon, ils peuvent repérer les conflits d'intérêts possibles. D'importantes perturbations peuvent découler du défaut d'un juge de ne repérer un conflit d'intérêts que la veille des plaidoiries. (Il arrive à l'occasion qu'un nom pouvant révéler l'existence d'un conflit soit enfoui au milieu de la preuve, mais c'est plutôt rare.)

Que se passe-t-il une fois que les juges concluent à l'absence de conflit d'intérêts? Ils devraient faire la lecture du dossier au moins deux semaines avant les plaidoiries. Ainsi, il reste suffisamment de temps pour approfondir la recherche juridique et remédier aux lacunes dans la documentation.

Après avoir lu la documentation, les juges devraient rédiger ou dicter, pour leur usage personnel, une courte note indiquant ce qui suit :

- (a) leur opinion provisoire quant au résultat (ou parfois absence de toute conclusion pour le moment),
- (b) les questions qui leur semblent décisives et celles qui leur semblent théoriques ou impossibles,
- (c) les éléments qui manquent, le travail qui reste à faire et qui s'occupe du suivi.

Il appartient à chacun de décider s'il préfère prendre des notes sur une feuille distincte ou dans le dossier contenant la preuve et les mémoires.

3. Lecture de la documentation

Le juge Martland avait l'habitude de recommander l'ordre suivant de lecture des documents : motifs du jugement faisant l'objet de l'appel, mémoire de la partie appelante, puis mémoire de la partie intimée. L'expérience confirme la justesse de ces conseils. S'il y a de multiples parties ou intervenants, il est généralement plus facile de lire d'abord tous les mémoires à l'appui de l'appel et de lire ensuite tous les mémoires le contestant.

Il pourrait être utile de changer l'ordre dans quatre circonstances :

- (a) les motifs donnés en première instance sont interminables;
- (b) les motifs font état des conclusions tirées tout au long du procès par intervalles;
- (c) de longs motifs supplémentaires ont été donnés en première instance;
- (d) il n'y a pas de motifs, uniquement des directives au jury.

Dans ces quatre circonstances, il est parfois utile de passer en revue la liste des moyens d'appel énumérés dans le mémoire de la partie appelante avant de lire les motifs donnés en première instance. Il est alors possible de survoler les parties des motifs qui ne font pas l'objet de l'appel. Inversement, il convient de lire très attentivement les directives au jury en tentant de repérer toute mention des questions en litige. Il n'est pas judicieux de laisser tomber entièrement les motifs qui ne font pas l'objet de l'appel, puisqu'ils peuvent parfois contenir des motifs supplémentaires ou des conclusions de fait qui se rapportent aux parties portées en appel. (Il y a des inconvénients à lire spontanément les motifs justifiant la peine en vue de l'audition de l'appel d'une déclaration de culpabilité; en effet, on peut y apprendre que l'accusé avait déjà un casier judiciaire.)

Généralement, il vaut mieux terminer la lecture du mémoire de la partie appelante avant de commencer celle du mémoire de la partie intimée. Toutefois, si les questions en litige sont très complexes mais distinctes, les juges peuvent choisir de lire attentivement les passages sur une question dans les deux mémoires avant de passer à la prochaine question.

Très souvent, l'appel porte principalement sur un document en particulier (comme un contrat ou un règlement). Le document est souvent difficile à retrouver ou les extraits cités sont peu nombreux ou inexistant. De plus, les citations contiennent fréquemment des erreurs typographiques. Il est donc très utile de bien indiquer à quel endroit la version intégrale du document se trouve dans la preuve (au moyen d'un marque-page ou d'un signet électronique).

Certains juges ont recours à un code de couleur dans les transcriptions pour différencier les passages cités par chacun des avocats.

B. RÉDACTION RAPIDE DES JUGEMENTS

De nombreux juges d'appel ont du mal à rédiger promptement leurs jugements. Or, les retards peuvent entraîner des dépenses, des frustrations et des tribulations pour les parties, surtout celles qui dépérissent en prison.

1. Conseils pour la rédaction plus rapide des jugements

Les juges peuvent arriver de maintes façons à travailler plus rapidement, sans sacrifier la qualité.

(a) *Éliminer le travail inutile*

Les cours d'appel ne devraient mettre en délibéré une cause en vue de fournir des motifs exhaustifs que si elles doivent donner de solides motifs, par exemple pour régler un point de droit. De tels motifs sont nécessaires uniquement dans un nombre très restreint de dossiers. Très souvent, un bref exposé des motifs convient. De plus, il n'y a pas lieu de donner des motifs écrits s'il suffit de donner des motifs de vive voix.

(b) *Se préparer avant l'audience*

Avant les plaidoiries, un des juges de chaque formation devrait avoir pour tâche de superviser la préparation et la recherche préalables à l'audition de chaque appel⁶³.

Les juges de la formation devraient en outre décider, le jour des plaidoiries, lequel d'entre eux s'occupera de rédiger le projet de jugement. Certaines formations assignent même cette tâche avant les plaidoiries⁶⁴.

La plupart des juges ont du mal à donner des motifs de décision de vive voix sur-le-champ (*ex tempore*), ou à rédiger leur jugement en dix minutes. Ainsi, s'il est probable, avant les plaidoiries, qu'un tel jugement conviendrait, la cour devrait préparer au préalable les parties qui prendraient du temps à rédiger, comme le récit des faits ou des questions en litige. Ce faisant, à la fin des plaidoiries, il ne restera plus qu'à rédiger le raisonnement de la cour sur les questions décisives.

Très souvent, le jugement faisant l'objet de l'appel expose adéquatement les faits et l'historique procédural et peut être obtenu par les membres de la profession (sur le site Web de la cour ou dans un recueil de jurisprudence). Le cas échéant, les juges saisis de l'appel devraient, avant les plaidoiries, prendre en note le renvoi. Ainsi, s'ils décident de prononcer leur jugement de vive voix, ils peuvent commencer par fournir ce renvoi et, partant, éviter d'avoir à reprendre les faits ou l'historique.

(c) *Commencer sans tarder*

Les atermoiements représentent la plus grande perte de temps. S'ils commencent à rédiger leurs jugements dans un délai de vingt-quatre heures suivant les plaidoiries, les juges auront encore la cause clairement à l'esprit. Ils pourront alors bien amorcer le travail et le poursuivre sans longue interruption. En revanche, s'ils retardent la rédaction, au bout de quelques jours, ils auront déjà un souvenir moins précis de la cause. Dans leur esprit, les questions en litige ne sont plus clairement définies, les détails factuels s'effacent et les solutions aux problèmes se volatilisent. Ils ont du mal à retrouver des passages importants. Ils constatent que certaines bonnes idées se sont envolées à jamais et que, pour d'autres, ils doivent passer plusieurs jours à relire la documentation pour les développer à nouveau.

De plus, s'ils commencent la rédaction de leurs jugements sans tarder, les juges disposent alors de tout le temps nécessaire pour bien faire le travail et réviser plusieurs versions⁶⁵.

⁶³ Voir plus loin le chapitre 8, partie M.2(b).

⁶⁴ Voir Witkin, *Manual on Appellate Court Opinions*, 1977, p. 49 à 52; Coffin, *The Ways of a Judge*, 1980.

⁶⁵ À cet égard, voir le chapitre 9, à la fin de la partie C.

IL FAUT DONC ÉCRIRE QUELQUE CHOSE LE JOUR MÊME. C'est là la leçon la plus importante qu'un juge qui a siégé longtemps à une cour d'appel aux États-Unis dit avoir apprise pendant sa carrière.

Les juges devraient toujours faire deux choses pour amorcer sans tarder la rédaction d'un jugement.

Premièrement, dès la fin des plaidoiries, les juges devraient dicter (ou dactylographier, s'ils sont rapides) certains éléments clés, dont les suivants :

- (a) premières réflexions,
- (b) raisonnement de base à suivre dans le jugement ainsi que les éléments importants et les éléments périphériques au débat,
- (c) problèmes,
- (d) renseignements manquants,
- (e) liste des personnes devant fournir les renseignements manquants. Par exemple, un stagiaire devrait vérifier l'historique législatif d'une loi donnée, le greffe devrait emprunter l'original du dossier du tribunal de première instance et le juge devrait lire la transcription d'un témoin clé.

Deuxièmement, les cours et leurs formations devraient éviter de siéger pendant de trop longues heures, ce qui retarde la rédaction. Il ne convient pas de lever la séance d'un tribunal à 17 h, puisque les juges qui sont fatigués ou qui doivent rentrer chez eux sans tarder n'auront pas le temps de consigner leurs réflexions ni de s'entretenir avec leurs collègues. Ils seront vraisemblablement trop fatigués pour le faire après le repas du soir aussi. Il est contre-indiqué de tenir en quelques jours les séances de l'ensemble du mois. Il faut prévoir des intervalles, et donc limiter également le temps imparti pour les plaidoiries.

(d) Poursuivre sur sa lancée

Le lendemain des plaidoiries, de quelle façon les juges devraient-ils amorcer la rédaction de leur jugement et poursuivre le travail? Voici quelques conseils.

- (i) Réservez de longues périodes destinées exclusivement à la rédaction du jugement.
- (ii) Fixez des objectifs, p. ex., mille mots par demi-journée.
- (iii) Commencez par une partie qui est facile ou intéressante ou qui suscite de vives émotions. Rédigez les parties faciles ou simples lorsque vous êtes fatigué, stressé ou pressé, et mettez de côté, en tout ou en partie, la rédaction de passages plus complexes et revenez-y plus tard.
- (iv) Commencez de la façon qui vous convient. Si vous avez tendance à voir ou à vous rappeler les généralités, exposez les grandes lignes de la cause. Déterminez d'abord les rubriques générales, puis exposez les subtilités de chaque catégorie. Si vous avez tendance à voir les détails ou à vous en rappeler plus facilement, commencez la rédaction de notes au sujet de points précis. Notez-les sans ordre particulier ou installez-vous à l'ordinateur et transcrivez votre monologue intérieur. Relisez vos propos, réorganisez-les et décidez si vous devez rédiger votre projet de jugement en vous fondant sur ce résultat.
- (v) Lorsque vous terminez une partie du projet de jugement, vous devriez planifier ou commencer la prochaine partie avant de faire autre chose.

- (vi) Ne reportez jamais tout le travail à un moment où vous disposerez d'une longue période sans interruption. Mettez à profit les quelques moments perdus, notamment pour :
- relire ce que vous avez déjà rédigé,
 - faire le plan des parties à rédiger,
 - repérer des éléments de preuve ou vérifier des citations.
- (vii) Le meilleur moyen de poursuivre sur sa lancée et de noter ses pensées avant qu'elles ne se volatilisent est de rédiger rapidement un premier jet même incomplet. Il sera toujours possible de le corriger plus tard et d'insérer les citations manquantes ou de rédiger les blancs que vous avez laissés. Ne vous arrêtez jamais même si vous n'êtes pas satisfait de la qualité d'un passage que vous avez rédigé; continuez à rédiger le premier jet d'une autre partie. L'auteur devrait chanter doucement, sur l'air de « As Time Goes By » :

[TRADUCTION]

Une ébauche n'est qu'une ébauche;
un soupir n'est qu'un soupir;
N'oublions pas l'important, [...]

- (viii) Si vous hésitez sur le raisonnement à suivre à un endroit, parlez-en à un collègue. Rédigez ensuite une note personnelle informelle sur le raisonnement et les idées qui peuvent être éliminées. Ensuite, énoncez les grandes lignes de la partie correspondante de votre projet de jugement ou rédigez-la.

Il est également utile de consulter le livre intitulé *La chose la plus importante, c'est de démarrer : l'art et la manière de rédiger promptement ses jugements*⁶⁶. Cet ouvrage porte sur la rédaction des jugements, et notamment sur les moyens d'éviter les atermoiements et la procrastination. Il donne d'excellents conseils et fournit des indications intéressantes, dont l'utilité ne se limite pas à la rédaction de jugements. Un sommaire modifié figure à l'annexe A du présent livre.

(e) Éviter la saisie inutile⁶⁷

2. Délais et règles

Certaines provinces ou cours d'appel doivent rendre leurs décisions dans des délais prescrits. Selon la recommandation faite par le Conseil canadien de la magistrature en 1985, les cours d'appel devraient normalement rendre leurs décisions dans le cas de causes mises en délibéré dans un délai maximal de six mois. Au moins deux cours d'appel ont adopté à cette fin les lignes directrices et procédures nécessaires⁶⁸.

Les juges d'appel devraient connaître les délais applicables. Pour calculer le temps dont ils disposent réellement pour la recherche et la rédaction, ils doivent déduire des délais applicables le temps à réserver à la fin pour les processus internes, dont la traduction, la correction d'épreuves, la vérification des citations, la vérification de la présentation et des questions de protection des renseignements personnels, et le préavis aux parties de la publication prochaine de la décision en cas de mise en délibéré. Ils doivent en outre donner aux autres juges le temps de commenter leur jugement et même de rédiger des motifs de dissidence ou des motifs concordants distincts.

⁶⁶ Conseil canadien de la magistrature et Institut national de la magistrature, 2003. Voir aussi Berry, *Writing Reasons: A Handbook for Judges*, 2^e éd., E-M Press Victoria, 2001.

⁶⁷ Voir la partie G ci-après où il est question des avantages, inconvénients et limites de ce sujet important.

⁶⁸ Voir aussi *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267, p. 220; C.C.C. (3d) 1.

Le président de la formation devrait surveiller l'écoulement du temps et vérifier la cause de tout retard évident. En cas de lenteurs excessives, le président devrait confier la rédaction du projet de jugement à un autre membre du tribunal.

3. Risques

Les juges d'appel doivent faire preuve d'ouverture et même accepter de changer radicalement d'opinion jusqu'à la fin des plaidoiries et après les échanges qui suivent entre les trois membres de la formation. Parfois, ils doivent faire preuve d'esprit plus longtemps, par exemple si l'un d'eux doit rédiger les motifs dans une cause mise en délibéré.

Les juges doivent éviter la préparation et les préconceptions qui nuiront à leur ouverture. Ils ne devraient pas non plus tenter d'imposer leur texte. L'idée d'un autre pourrait être préférable. Il est inutile de tenir obstinément au texte sur lequel on a peiné s'il en existe un meilleur.

C. PAPERASSE

Au cours d'une semaine, les juges d'appel sont submergés de documents et de messages et ils doivent en acheminer, en lire ou en jeter autant. S'ils n'y arrivent pas, ils seront rapidement ensevelis sous un amas de feuilles jaunissantes (ou une longue liste de courriels lus en partie seulement), et le public et leurs collègues en subiront le contrecoup.

Il importe donc d'adopter des techniques efficaces de gestion de la paperasse et des données, qui sont largement tributaires des considérations générales de gestion du temps⁶⁹. Or, les juges ont accès à six autres méthodes de gestion efficace des données :

1. Prévoyez à proximité un lieu d'entreposage convenable pour tous les documents se rapportant aux appels à entendre (transcriptions, preuve, mémoires et jurisprudence).
2. Prévoyez à proximité un lieu semblable mais distinct d'entreposage de la documentation (p. ex., recherche, diverses versions du jugement, correspondance interne) se rapportant à un appel une fois les plaidoiries terminées, lorsque la cause est mise en délibéré (ou les motifs n'ont pas encore été donnés).
3. Déléguez toutes les tâches administratives possibles. Il n'est pas efficace pour les juges de dactylographier et de corriger eux-mêmes de longs documents. La dictée est efficace pour certaines tâches⁷⁰.
4. Lisez promptement ou survolez au moins les nouveaux messages. Faites votre possible pour être efficace rapidement. Dans les cas extrêmes (p. ex., vous recevez un chariot rempli de transcriptions, de preuves et de mémoires), le mieux pourrait être de tout entreposer, de prévoir le temps nécessaire à l'examen de ces documents et de l'inscrire sur la liste des « Tâches à accomplir ». Toutefois, il faut généralement en faire plus. Par exemple, on peut remettre le document reçu à quelqu'un d'autre pour qu'il y travaille, le classe ou trouve les renseignements supplémentaires. Il est inutile de ne rien faire, puisque vous finirez par être submergé par ces tâches.

⁶⁹ À cet égard, voir les références ci-après dans la partie D.

⁷⁰ Voir la partie G.

5. Créez un système de classement efficace et tenez-le à jour. Accorder peu d'importance au classement fait perdre plutôt que gagner du temps. En effet, le temps perdu à chercher un document constitue du gaspillage ainsi qu'une source de frustration, d'ennuis et d'embarras.
6. Soyez courageux. Jetez tout ce qui ne peut être classé de manière efficace et retrouvé avec facilité. Le document qui demeure introuvable est nuisible. Il est inutile de classer la copie d'un document dont l'original se trouve dans le dossier du greffe, à la bibliothèque ou sur le site Web de la cour.

D. GESTION DU TEMPS

Cette rubrique pourrait aussi s'intituler l'efficacité personnelle. En effet, elle est presque aussi importante pour les juges d'appel que pour les avocats en exercice. De nombreux juges d'appel doutent de leur efficacité, puisqu'ils ont l'impression de travailler plus fort que ne le laissent croire le nombre de jugements qu'ils rendent ou la rapidité avec laquelle ils les rendent.

Cette impression s'explique en partie par la nature de leurs tâches, qui sont accomplies pour la plupart dans l'ombre. Toutefois, certaines techniques de gestion du temps permettent de surmonter de nombreux problèmes et d'accélérer le processus. La plupart de ces techniques revêtent davantage un caractère psychologique que pratique. Les problèmes sont presque tous de nature psychologique⁷¹.

Ce sujet est très vaste. Il ne peut être traité en profondeur dans ce chapitre, voire dans ce livre. Je recommande donc la lecture de deux autres ouvrages :

Alan Lakein, *Comment contrôler votre temps et votre vie*⁷²

Jean Côté et coll., *Gestion du temps et prévention des fautes professionnelles dans la pratique du droit*⁷³

E. PRISE DE NOTES

Il est difficile de bien écouter les plaidoiries tout en prenant des notes manuscrites. Il est impossible de faire les deux ainsi que de prévoir des questions et les poser. Voilà qui pose un problème évident.

La plupart des juges d'appel choisissent sans doute de bien écouter et de prendre peu de notes. Les juges peuvent tenter d'élaborer une méthode simplifiée de prise de notes et décider d'omettre les détails plus secondaires. Faute de solution à ce problème, cette façon de procéder est préférable à ne pas bien écouter les plaidoiries.

Or, dans les notes abrégées, il manque des éléments. Parfois, les juges ont besoin plus tard d'un détail mentionné pendant les plaidoiries. Comme celles-ci sont rarement enregistrées, il n'est pas possible de s'y reporter, surtout lorsque plusieurs semaines se sont écoulées. La cour d'appel pourrait très bien mettre l'affaire en délibéré si le mémoire d'une partie est lacunaire ou si les plaidoiries de l'avocat s'en écartent. Sans aide-mémoire, les juges oublient rapidement les

⁷¹ Quelques conseils généraux sont donnés dans les parties B.1(c), (d) et C ci-dessus.

⁷² Éditions Un Monde différent, 1985.

⁷³ Legal Education Society of Alberta et l'Association d'assurance des juristes canadiens, s.d.

plaidoiries, notamment s'ils doivent entendre les plaidoiries d'autres appels semblables avant et après. Les notes peuvent servir à réfuter une plainte concernant un juge. Les tribunaux doivent trouver une solution au problème de l'écoute par opposition à la prise de notes.

S'ils dactylographient rapidement et qu'ils peuvent utiliser un ordinateur pendant l'audience ou s'ils connaissent la sténographie, les juges peuvent prendre des notes en abrégé des plaidoiries et avoir le temps de bien écouter les plaidoiries. S'ils utilisent la dactylographie avec doigté, les juges peuvent alors observer les avocats, par exemple.

Si l'un des stagiaires en droit (auxiliaires juridiques) de la cour doit assister à l'audition de l'appel, il peut être appelé à prendre des notes exhaustives.

La Cour suprême du Canada enregistre généralement les plaidoiries sur bande sonore ordinaire et utilise la vidéocassette comme copie de sauvegarde. Cette méthode est jugée utile. Certaines cours d'appel enregistrent les plaidoiries.

F. DÉLÉGATION AUX PERSONNES COMPÉTENTES

De nombreux juges n'ont pas recours aux services de bibliothécaires. Pourtant, les bibliothécaires ayant une formation ou de l'expérience dans le domaine juridique peuvent reconnaître, retrouver et obtenir la jurisprudence, les lois, les ouvrages de doctrine ou les articles de revues spécialisées.

Au Canada, bon nombre de cours d'appel utilisent les services d'un nombre considérable d'employés diplômés en droit. Les stagiaires en droit diplômés (auxiliaires juridiques) manquent d'expérience, mais la plupart sont brillants⁷⁴.

La décision de confier la recherche à un avocat-conseil à l'interne ou à un auxiliaire juridique fait rarement l'objet de critiques. Toutefois, les juges doivent se montrer très prudents en ce qui concerne les directives données aux chercheurs et devraient demander si une recherche objective approfondie a été effectuée. En effet, il peut être périlleux pour les juges de se fier à quelques précédents provenant d'une seule source (surtout s'il ne s'agit pas d'une source très complète) sans autre explication, s'ils supposent qu'une recherche approfondie a été effectuée.

Les critiques soutiennent parfois que les stagiaires en droit (auxiliaires juridiques) qui font la correction de jugements⁷⁵ tenteront d'intervenir auprès des juges pour qu'ils adoptent une conclusion en particulier. Je n'ai encore jamais fait la connaissance (ni côtoyé au travail) de juges d'appel qui semblaient aussi influençables. Les juges d'appel ont leurs idées et ne peuvent être intimidés. Chose étonnante, les avocats estiment que les juges d'appel manquent de souplesse, alors que les auteurs d'articles spécialisés les considèrent comme trop malléables.

Néanmoins, la croyance populaire selon laquelle certains juges confient à des stagiaires en droit (auxiliaires juridiques) la rédaction de leurs jugements suscite d'autres préoccupations justifiées.

Ma crainte, si les stagiaires en droit rédigent le projet de jugement, n'est pas qu'ils produiront le jugement final, mais plutôt que leur participation à sa rédaction créera des tiraillements internes. Les juges décideront vraisemblablement du raisonnement général et du résultat, mais les stagiaires fourniront la jurisprudence pertinente et les détails. Il est très difficile de rédiger un texte sur un

⁷⁴ Coffin, *op. cit. supra*, en fait l'histoire.

⁷⁵ Voir Coffin, *op. cit. supra*, p. 162-163.

sujet qu'on ne comprend pas entièrement ou auquel on ne croit pas fermement. Dans le cas où les stagiaires estiment que leur recherche mène à une solution, mais que les juges souhaitent se diriger dans une autre direction, le texte du jugement manquera de suite logique et fera peu ou pas état de la jurisprudence applicable. Les stagiaires qui ont des opinions très arrêtées ou politisées et dont le travail n'est pas assidu ni exhaustif rédigeront un document qui manque de rigueur⁷⁶.

Le juge Richard A. Posner a fait une critique judicieuse des jugements rédigés par des auxiliaires juridiques :

[TRADUCTION]

En général, je pense que les opinions les plus intéressantes et les plus intelligibles sont celles qui ont été rédigées par des juges plutôt que par des stagiaires en droit ou, si les stagiaires ont rédigé le premier jet, les juges l'ont récrit en entier. Ce n'est pas parce que les juges sont plus intelligents que les stagiaires, bien qu'ils soient manifestement plus expérimentés, mais parce que les stagiaires ont une écriture plus défensive; ils sont conscients de leur inexpérience et répugnent à produire un texte trop personnel. Les opinions rédigées par les stagiaires sont d'une uniformité plutôt ennuyeuse et, souvent, ne font pas état des considérations qui ont amené la cour à se prononcer comme elle l'a fait⁷⁷.

La rédaction des jugements par des stagiaires pose un problème plus important⁷⁸. Bien qu'ils soient généralement en mesure de faire des recherches et de rédiger les points de droit, la plupart d'entre eux n'ont ni les connaissances ni l'expérience pour analyser la preuve et les faits.

Si les stagiaires ont leur mot à dire sur l'embauche des étudiants de l'année suivante, il faut se demander si une telle situation peut donner lieu à des partis pris ou les perpétuer. Une réflexion s'impose.

Les avocats-conseils à l'interne sont généralement un peu plus âgés et un peu plus expérimentés que les stagiaires en droit et vraisemblablement plus à l'aise avec l'analyse des faits et de la preuve. Toutefois, la question demeure la même, que les jugements soient rédigés par les avocats-conseils ou par les stagiaires en droit. Elle pourrait se poser moins souvent par contre, parce que de nombreuses cours d'appel n'ont pas autant d'avocats-conseils et n'utilisent pas leurs services de la même manière. En effet, la plupart d'entre eux ne travaillent pas en aussi étroite collaboration avec les juges ni ne participent à la rédaction de jugements d'importance.

Si les juges se montrent très prudents lorsqu'ils donnent des directives et vérifient le travail fait par leurs collaborateurs, ils se heurteront uniquement au problème réel des tiraillements internes ou du problème énoncé par Posner ci-dessus.

Ainsi, la décision de confier à d'autres la rédaction du premier jet relève d'un choix personnel. Par exemple, certains n'hésitent pas à faire la correction, mais n'aiment pas la rédaction. Quelques-uns aiment bien rédiger, mais la plupart rédigent lentement et à contrecœur. Il pourrait être plus néfaste que bénéfique d'inciter les juges à un partage des tâches qui s'écarte radicalement de leurs propres forces et faiblesses.

⁷⁶ Il va sans dire que de tels problèmes ne se posent pas régulièrement, puisque les juges et les stagiaires auront généralement des points de vue semblables après avoir discuté ensemble de l'appel.

⁷⁷ Réponse 10 du 1er décembre 2003 aux 20 questions sur le site *How Appealing* (http://legalaffairs.org/howappealing/20q/2003_12_01_20q_appellateblog_archive.html).

⁷⁸ Il y est fait allusion au chapitre 3, partie D.

G. DÉLÉGATION AUX ADJOINTS JUDICIAIRES

L'ancien terme « secrétaire » laisse entendre à tort que ces adjoints indispensables font uniquement du travail de bureau. Il convient d'éviter de telles suppositions et leurs corollaires.

Les juges (comme les avocats) devraient s'entourer d'adjoints aussi intelligents et fiables que possible. Les juges qui n'ont jamais travaillé avec des personnes aussi talentueuses se privent de bons collaborateurs. De tels adjoints peuvent libérer les juges de nombreuses tâches qui n'exigent pas un diplôme en droit. Les juges peuvent alors consacrer plus de temps à leur travail judiciaire. Entre autres, les adjoints judiciaires peuvent accomplir les tâches suivantes :

1. Les adjoints devraient chercher les intitulés précis de jugements sur divers sites Web ou à la bibliothèque, de manière à pouvoir vérifier l'exactitude des intitulés et de toutes les citations.
2. Si les juges sont appelés à se déplacer pour affaires, leurs adjoints devraient s'occuper seuls de prendre les dispositions nécessaires.
3. Les juges ne devraient pas avoir à dicter textuellement des lettres courantes; leurs adjoints devraient pouvoir les rédiger.

Les personnes ayant une formation en droit ont généralement du mal à déléguer le travail, notamment s'ils sont prudents de nature. Leur aptitude à cet égard ne s'améliore pas lorsqu'ils deviennent juges.

En fait, les ordinateurs renforcent la répugnance à déléguer. Les gouvernements savent également qu'il est moins coûteux de fournir aux juges des ordinateurs que de leur embaucher des adjoints. Ainsi, la plupart des juges ont un ordinateur, mais plusieurs partagent parfois les services d'un seul adjoint⁷⁹.

Les juges font fausse route s'ils s'occupent eux-mêmes de la majeure partie de la saisie à l'ordinateur, surtout aux étapes ultimes du processus.

Le temps des juges est trop précieux pour qu'ils le consacrent à dactylographier, même s'ils sont très habiles, ou à utiliser une imprimante ou un logiciel de pointe. Le célèbre traité d'économie de Samuelson en a fait la preuve il y a longtemps. Quoi qu'il en soit, les juges devraient concentrer leurs efforts sur les aspects judiciaires et juridiques de leur travail et laisser à leurs adjoints les autres tâches (comme la dactylographie, la correction d'épreuves, etc.).

Il est vrai que certains courriels urgents ne sont pas de nature délicate, et les juges peuvent donc les recevoir et les envoyer eux-mêmes en toute sécurité⁸⁰.

Il est également vrai que certains documents importants peuvent être bien rédigés avec célérité à l'ordinateur, si l'auteur dactylographie à la bonne vitesse, ni trop vite ni trop lentement.

Toutefois, rares sont les personnes qui sont en mesure de planifier et de visualiser leurs propos au préalable. Ainsi, le résultat du premier jet dicté d'un document important, quel qu'il soit, est généralement long, confus et très difficile à corriger. Inversement, si elle est manuscrite, l'ébauche peut s'avérer trop courte, télégraphique, même hermétique. Et une telle démarche prend du temps. S'ils dactylographient vite et bien, les juges peuvent rédiger à l'ordinateur un jugement qui est lui aussi trop long et verbeux.

⁷⁹ Il existe bien entendu de nombreuses autres raisons de fournir aux juges des ordinateurs.

⁸⁰ Toutefois, il faut se demander si les juges devraient le faire trois cent soixante-cinq jours par année à raison de dix-sept heures par jour.

Quoi qu'il en soit, même s'ils dactylographient leur premier jet, les juges ne devraient jamais se laisser tenter par les tâches ultérieures, à savoir l'impression, le formatage ou l'entrée des corrections. Pourquoi?

D'abord, ces tâches font perdre beaucoup de temps aux juges. Deuxièmement, les logiciels modernes de traitement de textes comportent des fonctions de formatage très techniques. Les juges pourraient alors introduire dans le document de nombreuses erreurs de formatage qui bousilleraient les bases de données ou obligeront leurs adjoints à passer des heures à les corriger. Une fois le premier jet terminé, les adjoints devraient s'occuper du formatage et des changements. Troisièmement, l'acheminement du document d'un ordinateur à l'autre pourrait aussi occasionner de nombreux ratés ou corrompre le document. Mais la situation est pire s'il y a vingt versions différentes du même document en circulation entre les juges, les avocats-conseils et les adjoints et que l'un d'eux révise la mauvaise version du document.

Les juges ne devraient pas non plus dactylographier des lettres ou des notes de service courantes, ni même de longues notes personnelles. S'ils doivent fournir le libellé exact, ils devraient plutôt recourir à la dictée, une méthode plus efficace. Après l'abandon de la sténographie, les dictaphones ont perdu la cote. Récemment, toutefois, les logiciels de dictée permettent de créer des versions étonnamment exactes directement des paroles prononcées.

Les juges qui envoient tous leurs propres courriels s'exposent à un autre risque grave.

C'est bien connu, il vaut mieux attendre au lendemain avant d'envoyer une lettre rédigée sous le coup de l'émotion et bien la relire au petit matin. Il s'agit de l'une des règles les plus judicieuses en matière de relations interpersonnelles.

Or, cette règle ne s'applique pas uniquement en cas de colère ou de contrariété, ni même au courrier régulier. En effet, des termes trop fermes ou mal choisis dans un courriel peuvent causer du tort. Les notes de ce genre devraient être revues et corrigées à plusieurs reprises pour qu'elles soient plus diplomatiques. Et parfois, même la cinquième version évite de justesse de heurter la susceptibilité du destinataire.

De toute façon, seuls les commentaires clairs et concis qui ont été revus arrivent à convaincre. Même le premier jet d'Ernest Hemingway était confus. Les courriels très longs sont souvent difficiles à lire et ambigus.

La confusion, l'indignation, les conflits et la colère résultent souvent de l'envoi trop rapide de commentaires désinvoltes rédigés sans réfléchir. Rien ne menace davantage la collégialité et la collaboration au sein d'un tribunal. C'est ce qui peut résulter de la rédaction et de l'envoi par les juges de leurs propres courriels. La hâte, voilà le problème. Il faut donc aux juges un contretemps artificiel pour leur donner le temps de réfléchir. Comme solution, les juges peuvent confier à leur adjoint le soin de dactylographier, de réviser et d'envoyer les courriels très longs ou litigieux. Ils pourraient par ailleurs s'obliger à retarder l'envoi au lendemain.

CHAPITRE 6 – APPRENTISSAGE PERSONNEL DES JUGES D'APPEL

– *Jonathan Wild n'était pas un détective, ni un héros de roman. C'était un maître criminel. Il vivait au siècle dernier, vers 1750.*

– *Alors il ne me servirait à rien. Je suis un homme pratique.*

– *Monsieur Mac, la chose la plus pratique que vous pourriez faire dans votre vie serait de vous enfermer pendant trois mois et de lire douze heures par jour les annales du crime. Tout se répète, [...]. La vieille roue tourne; le même rayon reparait. Tout a déjà été fait, tout sera encore fait.*

– *La vallée de la peur, partie I, chapitre 2*

A. RAISONS JUSTIFIANT LE RECYCLAGE

Certains peuvent croire que les nouveaux juges d'appel n'ont pas besoin de formation supplémentaire puisqu'ils ont de l'expérience, la plupart d'entre eux ayant déjà exercé les fonctions de juge d'une cour supérieure.

Pourtant, les juges d'appel doivent se recycler pour de nombreuses raisons. D'abord, en appel, ils ne font pas le même travail qu'en première instance. En effet, les fonctions normales des juges d'appel sont complètement différentes⁸¹.

Deuxièmement, la formation leur permet d'actualiser leurs connaissances et de se perfectionner au milieu de leur carrière. Les juges d'appel sont investis, par le ministère public et la société, d'un vaste pouvoir et doivent rendre des décisions difficiles qui sont lourdes de conséquences. Ils ont donc le devoir de se préparer pleinement à exercer leurs fonctions.

Troisièmement, apprendre de nouvelles choses favorise l'agilité des esprits, améliore l'état de santé et maintient l'intérêt professionnel. Les réalisations physiques, sociales ou pragmatiques produisent cet effet chez certaines personnes, mais les idées, les mots et les défis intellectuels suscitent généralement l'intérêt des personnes nommées à une cour d'appel.

Enfin, les découvertes et les intérêts nouveaux sont sources de plaisir et d'enthousiasme. Nul ne devrait se contenter de vivre dans l'ennui.

⁸¹ Comme l'indiquent le chapitre 2 et le chapitre 3 en particulier.

B. QUALITÉS DES JUGES D'APPEL

Pour comprendre à quoi peut servir le perfectionnement professionnel, il est utile de connaître les qualités que devraient posséder les juges d'appel.

La liste serait longue si elle comprenait les qualités que devraient posséder les juges **de toutes** les cours, comme l'impartialité, l'honnêteté, l'ouverture d'esprit, le sens de l'humour ou de la proportion, le discernement, la circonspection et la constance. Je dresse plutôt ci-après une courte liste des huit qualités ou compétences particulièrement utiles chez les juges d'appel.

1. Patience

Les juges d'appel doivent faire preuve de patience et avoir un vaste horizon prévisionnel. La tâche la plus importante de la cour d'appel est de créer le droit et d'envisager son application dans l'avenir. En fait, les juges d'appel n'agissent pas seuls. La plupart des tâches nécessitent l'accord de trois juges et, dans certains cas, les commentaires de tous les juges de la cour doivent être obtenus au préalable. Les convois se déplacent à la vitesse de leur véhicule le plus lent. Les juges qui sont impatients font abstraction du droit⁸² et ne peuvent attendre calmement les autres. Les perceptions des collègues ne sont pas toujours les mêmes (surtout au départ), et les avocats ont eux aussi des défauts ou procèdent avec lenteur.

Aux dires d'un auteur, le lord Dunedin était un grand juge :

[TRADUCTION]

À mon sens, il possédait le vrai tempérament d'un juge. De toute évidence, il voulait rendre justice, écouter, peser les arguments, garder l'esprit ouvert, rejeter le faux et accorder l'importance voulue à la vérité [...] Il poursuivait [...] avec patience sa quête de la vérité. Voilà qui surprend agréablement, étant donné la tendance des juges de prendre position en vitesse dans les causes dont ils sont saisis et d'étayer leurs points de vue au moyen des arguments avancés par les avocats⁸³.

2. Esprit de coopération

Les juges doivent pouvoir travailler en équipe. Les raisons sont très semblables. Certains avocats n'aiment pas les compromis qu'exige le travail de procureur et préfèrent exercer seuls comme avocat. Plus tard, ils sont nommés juges et aiment bien être ceux qui décident en tant que juges de première instance. Ils pourraient avoir à modifier leurs façons de faire une fois membres d'une cour d'appel. Les avocats qui n'aimaient pas les réunions d'associés et préféraient pratiquer seuls n'aimeront vraisemblablement pas le travail de juge d'appel. Il en est de même des professeurs de droit qui détestaient les réunions de personnel et de comités. Les cours d'appel tiennent de nombreuses réunions, petites et grandes, et la plupart de leurs décisions sont rendues par une formation de trois juges et non par un seul.

⁸² Voir le chapitre 3, partie A.

⁸³ Gilchrist Alexander, *After Court Hours*, 1950, p. 152. Comparons les qualités du lord Dunedin et les points faibles signalés dans Cardozo : voir Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, 1990, p. 137.

3. Acuité

Les juges d'appel doivent avoir une forte discipline de l'esprit et un bon sens de l'observation. Qu'ils créent le droit, cherchent une erreur justifiant annulation ou élaborent une solution pratique, les juges d'appel doivent être souples et vifs d'esprit. Sans cesse appelés à réagir aux concepts et aux paroles qui leur sont lancés, les juges doivent être en mesure de les évaluer et de se prononcer sur bon nombre d'entre eux rapidement⁸⁴. Les normes de contrôle obligent les juges d'appel à se livrer à une ou plusieurs gymnastiques de la pensée. Il s'agit parfois d'un travail déconcertant.

Ainsi, les juges devraient pouvoir reconnaître et distinguer dans leur tête plusieurs choses, notamment l'analyse, la mémoire, l'incertitude, l'espoir, le dégoût et d'autres états psychologiques.

Ils doivent avoir un sens de l'observation assorti de créativité et d'imagination. La création du droit peut nécessiter autant de créativité que l'architecture et comporter davantage de dimensions et d'éléments.

4. Capacité de rédiger

Les juges d'appel doivent rédiger vite et bien. Ils doivent expliquer leur pensée avec rapidité et clarté⁸⁵. Quiconque n'a pas cette aptitude ou n'aime pas ce type de travail ne devrait pas accepter un poste de juge. Sinon, ces personnes travailleront de très longues heures ou s'enliseront. Au Canada, les auteurs les plus prolifiques ne sont pas des romanciers, ni des journalistes, mais des juges. Quelques protonotaires ou juges de première instance sont prolifiques, par choix. Quant aux juges d'appel, ils doivent être prolifiques.

Il n'est pas nécessaire d'avoir un beau style (bien que ce soit utile). Les juges seront plus rapides et plus efficaces s'ils rédigent avec conviction.

Malheureusement, dans la plupart des écoles secondaires et facultés de sciences, on enseigne peu de choses utiles sur la prose. Quant aux arts, on y apprend à mal écrire; en effet, la plupart des dissertations et travaux produits au premier cycle d'études sont vagues et très difficiles à lire. Et généralement, les études en droit ne font qu'exacerber cette médiocrité. Historiquement, la langue juridique était barbare, lourde et difficile à lire. L'immersion du juge dans la langue juridique, souvent mauvaise, remonte au premier jour de ses études en droit. Quelques jeunes avocats ont suivi un cours abrégé de rédaction, de qualité inégale, pendant leur cours de préparation au barreau. Mais la plupart des avocats n'ont jamais eu la moindre leçon sur la rédaction claire et efficace.

Heureusement, l'Institut national de la magistrature offre aux juges de nomination fédérale du Canada d'excellents cours sur la rédaction des jugements. Ces cours figurent au nombre des grands avantages d'une nomination judiciaire. Le problème, c'est qu'ils sont offerts au moins vingt ans après le début de la carrière de l'« étudiant », alors qu'il a déjà pris de très mauvais plis.

5. Habitudes de travail

Les juges d'appel doivent vouloir et pouvoir travailler avec ardeur et efficacité. Les avocats qui ont fui le travail de procureur pour faire du droit de la famille ou du droit criminel dans l'espoir d'échapper à la paperasse n'aimeraient sans doute pas ce travail. Les professeurs de droit qui avaient du mal à corriger rapidement les dissertations ou examens détesteraient ce travail. Quiconque a accepté un poste de juge d'appel en pensant prendre une semi-retraite honorable

⁸⁴ Les lecteurs qui en doutent devraient lire le chapitre 16.

⁸⁵ Le chapitre 9 contient des conseils pratiques.

sera sidéré. Même les travailleurs consciencieux se heurteront à des difficultés dans l'exercice de leurs fonctions, s'ils n'ont pas appris à gérer la paperasse et à travailler avec efficacité⁸⁶.

6. Indépendance

Les juges d'appel doivent se montrer courageux et indépendants. De temps à autre, ils devront repousser les opinions de collègues (faisant ou non partie de la même formation) et ne pas se ranger au point de vue de la majorité, ou du moins pas trop rapidement. D'une plus grande importance encore, les juges d'appel doivent résister à la tentation de verser dans l'excès des tendances de l'opinion publique, informée ou non⁸⁷.

7. Connaissances et expérience

Les juges d'appel doivent comprendre les interactions et les problèmes humains dans un contexte global. Les juges du vingt et unième siècle sont saisis de questions complexes et créent des règles de droit portant sur des sujets qui ne sont pas traditionnellement traités dans les textes de loi. Ces sujets comportent souvent de nombreuses dimensions : sociales, économiques, éthiques, psychologiques, scientifiques ou historiques. Or, il se peut que les avocats n'en saisissent pas toutes les dimensions. Les juges d'appel doivent donc posséder certaines connaissances dans ces domaines ainsi que la capacité et la volonté d'accepter des notions et théories de disciplines étrangères au droit.

Néanmoins, les théories et les notions, voire l'histoire, ne suffisent pas souvent. Ainsi, un avantage certain s'offre aux juges qui peuvent puiser dans leur vécu et leurs vastes connaissances pratiques : comment les choses se passent et se passaient réellement et ce que les gens font ou faisaient dans le passé. Personne ne sait tout, d'où l'importance de pouvoir et de vouloir apprendre.

Un exemple de cette septième qualité aidera à comprendre. Divers groupes ont été lésés de nombreuses façons et à des degrés divers par les iniquités ou la discrimination du passé. L'ampleur des iniquités a varié suivant les valeurs, les besoins et les problèmes de ces groupes au fil du temps. Souvent, l'iniquité n'apparaissait pas sur papier : il fallait une connaissance pratique, voire de l'expérience, pour comprendre et évaluer son incidence dans la vraie vie. Aujourd'hui, les iniquités réelles ou alléguées se manifestent dans des endroits inattendus et de manières imprévues. Pour les apprécier, les juges doivent faire montre d'empathie et de souplesse intellectuelle et avoir de l'expérience et de vastes connaissances.

8. Diversité

La dernière qualité est la diversité. Il y a chevauchement entre celle-ci et la septième. La cour d'appel ainsi que ses formations devraient être composées de juges ayant des antécédents, des points de vue et des dispositions variés. Si deux des juges s'intéressent surtout à l'essentiel, le troisième devrait avoir l'esprit méticuleux. Si deux des juges ont grandi dans une grande ville, le troisième devrait être originaire d'un milieu rural. S'il y a deux anciens avocats, le troisième devrait être un ancien procureur. Si deux des juges manquent de flexibilité et suivent les règles à la lettre, le troisième devrait faire montre de compassion et de souplesse. Si deux des juges ont l'esprit mathématique, le troisième devrait être plus créatif ou pragmatique. Le plus souvent, il n'y a pas de bonne réponse à une question. Lorsqu'une telle réponse existe, il est généralement possible de la découvrir et de la vérifier de diverses façons. Fait étonnant, la diversité des membres d'une cour d'appel peut favoriser la collégialité⁸⁸.

⁸⁶ À cet égard, voir le chapitre 5, et notamment la partie C.

⁸⁷ Voir les motifs de dissidence du lord Atkin dans *Liversidge c. Anderson* (H.L.(E.)) [1942] A.C. 206, p. 225 et suiv.

⁸⁸ Voir Edwards (2003) 151 U. Pa. L. Rev. 1639, p. 1667 à 1670.

Bref, tous les juges d'appel devraient posséder les sept premières qualités, mais se distinguer par ailleurs de leurs collègues.

C. DROIT ET PROCÉDURE EN MATIÈRE D'APPEL

Les juges d'appel devraient tous maîtriser les règles de base régissant la tenue des appels en matière criminelle et civile :

- (a) qui peut interjeter appel,
- (b) quelques principes généraux régissant la tenue des appels (y compris le fait que l'appel est interjeté de la décision officielle),
- (c) les normes de contrôle judiciaire,
- (d) les autres règles applicables à la prise de décisions en appel,
- (e) la procédure suivie par la cour d'appel en question (y compris les requêtes présentées à un juge d'appel).

Les nouveaux juges d'appel devraient aussi lire attentivement la loi constitutive de la cour, les règles applicables, les avis ou directives de pratique, la partie XXI du *Code criminel* et les parties de la *Loi sur la Cour suprême* du Canada qui confèrent des pouvoirs aux juges d'appel provinciaux et territoriaux.

Très peu d'ouvrages canadiens portent uniquement sur le droit en matière d'appel, et les ouvrages américains et anglais sur le sujet ne sont pas très utiles. (Les ouvrages américains sont très utiles pour ce qui est des aspects pratiques du travail des juges d'appel.) Toutefois, les juges d'appel ont besoin de renseignements généraux sur de tels sujets⁸⁹.

D. FORMATION PERMANENTE

S'ils s'intéressent à un domaine particulier du droit ou estiment nécessaire de parfaire leurs connaissances dans un autre domaine, les juges seraient bien avisés de suivre un cours de deux ou trois jours destinés aux juges ou aux avocats. Certains organismes de formation permanente en droit consentent des rabais aux juges ou leur offrent des cours gratuitement. La plupart des cours d'appel disposent d'un budget pour la formation. L'Institut national de la magistrature et l'Institut canadien d'administration de la justice offrent un grand nombre d'excellents cours à l'intention des juges. Il arrive souvent que les organisateurs de tels cours ne fassent pas payer de droits aux juges (mais limitent leur nombre).

Tous les printemps, l'Institut national de la magistrature organise une formation à l'intention des juges d'appel au Canada; le nombre de places est suffisant pour que tous les juges d'appel y assistent aux deux ou trois ans. Cette formation comprend des conférences et des débats de qualité et d'application pratique. Les juges d'appel devraient tous y participer à plusieurs reprises.

⁸⁹ Voir Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, tome 4, chapitre 75, 2003.

Quels autres cours les juges d'appel devraient-ils suivre? Quelques conseils sont donnés dans la partie B ci-dessus. Il est primordial que les juges suivent un cours de rédaction des jugements, s'ils ne l'ont pas fait récemment.

Les juges devraient choisir leurs cours de formation principalement en fonction de ce qui les intéresse et de ce qui les aidera à parfaire leurs connaissances. Les conférences qui sont dénuées d'intérêt ou les volumineux livres à feuilles mobiles qui ne seront jamais lus constituent un gaspillage d'argent. Voici quelques autres conseils utiles.

D'abord, les juges doivent déterminer si la teneur du cours s'applique au travail qu'ils font. Le titre général du cours ne donne pas suffisamment de précisions; il vaut mieux mettre la main sur la description la plus détaillée possible. De nombreux exposés, surtout ceux faits par des universitaires, sont intéressants, mais n'abordent pas la plupart des aspects pratiques de la question, lesquels sont généralement l'objet des litiges. Il est préférable que certains des instructeurs soient des juges ou des avocats en exercice.

Comme il a été indiqué, les juges devraient s'habituer aux points de vue d'autres personnes et groupes, notamment sur les questions d'ordre social ou ethnique. Il est également important qu'ils soient au courant des questions d'actualité ainsi que des sujets de nature délicate, des usages linguistiques ou des comportements à surveiller. Or, il n'est pas très utile d'écouter un exposé unilatéral sur un point de vue et encore moins de l'entendre plusieurs fois en trois jours. En effet, la distinction n'est pas très nette entre sensibilisation et rééducation.

Il est souvent question de la collégialité, mais combien y travaillent réellement? Un cours ou un livre sur les compétences interpersonnelles, et notamment sur l'écoute et la communication, et la psychologie des relations humaines pourrait constituer un premier pas constructif. Parmi les autres sujets utiles, mentionnons la négociation, la conciliation et la résolution de problèmes en groupe. Une telle formation aidera les juges à travailler ensemble, servira à rompre leur isolement, retardera l'apparition des symptômes de « jugite » et fournira de nouvelles perspectives intéressantes⁹⁰.

La formation permanente ne vise pas uniquement à atteindre des objectifs pratiques. À l'occasion, les juges devraient choisir des cours ou des passe-temps qui leur ouvrent des horizons nouveaux et leur apprennent à réfléchir autrement ou à connaître d'autres disciplines. L'objectif devient alors la croissance intellectuelle à long terme plutôt que l'application immédiate. Bon nombre obtiennent leur licence en droit sans trop en connaître en matière de psychologie, de criminologie, de sociologie ou d'économie. Certains n'étudient point les sciences politiques, les langues, l'histoire ou la littérature. Or, certains de ces sujets sont en soi passionnants et peuvent nous aider à mieux comprendre le monde dans lequel nous vivons. De telles connaissances donnent le goût de vivre et nous gardent vifs d'esprit⁹¹.

La psychologie, et notamment la psychopathologie, sont des sujets fascinants. La plupart des parties à un litige sont saines d'esprit, bien qu'un certain nombre souffrent vraisemblablement de troubles de la personnalité. L'ouvrage de M. Eddy, intitulé *High-Conflict People in Legal Disputes*⁹², donne aux avocats et aux juges un bon aperçu de ce sujet.

⁹⁰ Voir Collier (1992) 31 Judges' Jo. 4, p. 37-38.

⁹¹ Par exemple, jeter un coup d'œil à Epstein [1996] N.Z.L.J. 235, ou à Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e éd., 2003, ouvre de nouveaux horizons.

⁹² Janis Publications, Calgary, 2006.

La participation à des cours procure un autre avantage bien réel, qui est toutefois plus difficile à analyser. Il est stimulant de rencontrer des gens qui font le même travail que nous, d'écouter leurs commentaires sur leur travail et d'entendre leurs questions pendant les cours et les ateliers. Il est rassurant de découvrir que d'autres sont aux prises avec les mêmes problèmes que nous et n'ont pas trouvé de meilleures solutions. La plupart des cours de courte durée offriront de nouvelles solutions à un vieux problème, aideront à choisir la solution à un vieux problème ou nous informeront des problèmes à venir. Les débats et les conférences stimulent d'autres synapses cérébrales. Des solutions à des problèmes (même celles qui n'ont pas été examinées) nous viennent tout à coup à l'esprit.

Lorsqu'ils n'ont pas accès à des cours qui leur conviennent, les juges d'appel devraient demander une formation sur mesure ou se tourner vers l'apprentissage en ligne. Par exemple, ce serait l'occasion d'améliorer leur technique de dactylographie, leur connaissance d'Internet ou leurs techniques de recherche juridique. De nombreux juges suivent des cours particuliers dans l'autre langue officielle.

Des livres ont été écrits sur tous les sujets imaginables. Souvent, les livres fournissent ce que les cours ne semblent pas offrir ou nous en diront plus qu'un exposé d'une heure. À peu près tous les juges d'appel ont accès à des bibliothécaires ou à des chercheurs professionnels, qui peuvent tout trouver ou presque. Les juges devraient avoir recours régulièrement à leurs services. Il est possible de faire des recherches en ligne dans les catalogues de la plupart des grandes bibliothèques et, grâce aux prêts entre bibliothèques, d'obtenir des ouvrages qui se trouvent à des milliers de kilomètres en quelques jours seulement. Par exemple, pour s'initier à un nouveau domaine, il peut être très agréable de lire les biographies de personnalités éminentes du domaine.

E. MAINTIEN À JOUR DES CONNAISSANCES JURIDIQUES EN GÉNÉRAL

Les juges d'appel doivent suivre de près l'évolution du droit, étant donné surtout que de nombreux avocats n'ont pas le temps de se tenir au courant des nouveautés et que leurs méthodes de recherche sont loin d'être parfaites. Si une question a été tranchée par les cours d'appel de deux autres provinces au cours des six derniers mois, il est probable qu'un litige semblable surviendra dans les autres provinces sous peu.

Toutefois, les juges ne doivent pas se fixer des objectifs trop ambitieux. C'est une erreur courante de se faire envoyer les fascicules de six recueils de jurisprudence, mais de ne pas les lire (parce que la tâche devient trop lourde). Il est inutile de décider de jeter un coup d'œil à un site Web ou à une base de données tous les jours, mais de ne rien faire (ou d'imprimer les jugements puis de ne pas les lire). Le juge devrait plutôt se fixer un objectif réaliste et s'y tenir. Par exemple, feuilleter chaque semaine les derniers fascicules du recueil D.L.R. représente un objectif réaliste, notamment parce que la plupart des jugements de la Cour suprême du Canada y figurent. De plus, ces fascicules se lisent n'importe où, pas seulement à l'ordinateur.

Les juges d'appel devraient vérifier s'il leur est plus facile, plus commode et plus intéressant de se tenir à jour au moyen de versions électroniques ou de copies papier. Ils devraient ensuite adopter la méthode qui leur convient le mieux, sans égard à la méthode que leurs collègues ont adoptée ou préconisent.

F. DISCOURS, ÉCRITS ET ENSEIGNEMENT

1. Avantages

Lorsque les juges d'appel donnent des cours de droit ou rédigent des ouvrages de droit, le public en tire profit. Les juges ont une vaste expérience du domaine juridique, ils sont très instruits et ont une certaine expérience en matière de communication. Certains manuels anglais de base ont été rédigés, révisés ou mis à jour par des juges d'appel. Au fil des générations, les juges ont été des conférenciers importants dans diverses écoles de droit au Canada. Les juges pourraient très bien être les personnes les plus compétentes pour parler de certains sujets.

Le juge en bénéficie aussi. On ne comprend jamais à fond un sujet avant de l'avoir enseigné, voire d'avoir répondu aux questions des étudiants. L'écriture et l'enseignement mènent généralement à des recherches plus poussées ou du moins à des lectures qui rafraîchissent la mémoire. Une meilleure connaissance du droit ou de la pratique n'a jamais fait de tort aux juges d'appel.

De telles activités changent le rythme de travail et permettent aux juges de sortir temporairement de leur isolement professionnel. Il est toujours stimulant de rencontrer de brillants étudiants en droit. Et les nouvelles activités intellectuelles permettent aux juges de rester vifs d'esprit (comme il a déjà été mentionné).

2. Inconvénients

Toutefois, les juges doivent faire preuve de prudence puisqu'il existe des restrictions et des inconvénients éventuels.

Mentionnons dans un premier temps que, selon la *Loi sur les juges*, les juges ne peuvent exercer des fonctions extrajudiciaires : voir à cet égard l'article 55 et son régime d'exceptions bien précis. Ainsi, les juges doivent renoncer à leurs honoraires ou aux droits d'auteur ou veiller à ce que l'université ou l'éditeur verse une somme équivalente à une organisation caritative. À ma connaissance, il n'y a jamais eu d'objections à ce « cumul d'emplois » par les juges au Canada ni à la publication d'un ouvrage de droit, rédigé par un juge, par un éditeur (même si la plupart des éditeurs sont des organismes à but lucratif). Certains se sont opposés à ce que les juges donnent des conférences (à titre gracieux) pour le compte d'organismes à but lucratif chargés d'organiser des colloques. S'il existe une analogie entre cette situation et la publication, il est alors difficile de comprendre ces objections, mais cette analogie n'est peut-être pas complète. En effet, le traditionnel et la nouveauté semblent revêtir de l'importance dans ce contexte.

Il va sans dire que ni le sujet, ni la formule ne devraient nuire au respect que doit inspirer la magistrature ni créer de conflits d'intérêts. L'activité ne devrait pas vraisemblablement donner lieu à un litige ou à un incident politique ou public. Par exemple, il ne serait pas recommandé de publier un livre sur l'éducation sexuelle (même un livre très bien fait ou à teneur scientifique) ou encore un livre préconisant l'euthanasie ou condamnant les nouvelles techniques reproductives. Ces sujets, loin de faire l'unanimité, servent de fourrage à la presse à scandale et aux esprits indécents ou excitables.

Les juges devraient aussi s'abstenir de publier des articles démontrant la supériorité de leur religion par rapport aux autres ou dénonçant la religion en la qualifiant de superstition. Il en serait de même de toute autre question sociale prêtant à controverse.

Il y a recoupement entre ces mises en garde et la suivante : les juges devraient éviter les activités extrajudiciaires qui pourraient les mettre dans l'embarras dans la salle d'audience ou les obliger à se récuser dans de nombreux cas.

Malgré tout, en général, les juges ne voient pas d'inconvénients à enseigner un cours régulier dans une faculté de droit (sur la responsabilité délictuelle ou les testaments, par exemple), ni à écrire ou à réviser un simple manuel de droit plutôt aride. Le juge Salmond a écrit trois manuels (sur la responsabilité délictuelle, la jurisprudence et les contrats) pendant qu'il était juge en Nouvelle-Zélande, et sa contribution constitue une richesse dans le domaine. Bien souvent, l'auteur d'un manuel général de droit prendra position sur des questions de droit controversées. Il est peu probable que le juge soit critiqué pour avoir écrit le livre. Toutefois, des problèmes pourraient se poser si ses positions controversées lui étaient citées plus tard ou encore, s'il est juge d'appel, que ses positions étaient citées à une juridiction inférieure.

La publication d'ouvrages de droit est une question de pondération : il ne convient ni de l'encourager sans restriction ni d'y imposer une interdiction complète. Tout est fonction du sujet, de la manière dont il est traité et du juge. Je ne peux offrir que quelques pistes de solution à l'égard de cette question très délicate. Le rapport entre les commentaires directs (ou même les simples synthèses) et les déclarations contestables peut revêtir une grande importance. Par ailleurs, il serait dommage qu'un avocat, auteur d'un ouvrage sérieux, renonce à le faire publier parce qu'il a été nommé à la magistrature la veille de l'envoi de son manuscrit à un éditeur. Il ne faudrait pas non plus qu'un manuel de droit tombe en désuétude faute de révision parce que l'auteur occupe désormais un poste de juge.

Néanmoins, le juge en fonction devrait choisir très prudemment le sujet, le style et la formule de tout livre qu'il décide d'écrire. La rédaction d'un livre destiné aux juges semble plutôt inoffensive, tandis que la rédaction d'un livre destiné aux avocats, aux étudiants en droit et aux professeurs de droit peut comporter certains risques, et la rédaction d'un livre de vulgarisation est une entreprise très périlleuse. Enfin, toute mention de certains sujets, termes ou noms attirera une attention non voulue.

On serait porté à croire que les mêmes critères s'appliquent aux discours de juges, aux conférences et aux allocutions qu'ils donnent ainsi qu'aux colloques ou débats auxquels ils participent. Il en est peut-être ainsi pour les cours donnés dans une faculté de droit ou les cours de préparation au barreau, mais les exposés présentés dans un cadre moins officiel comportent plus de risques. Les conférenciers aiment susciter l'intérêt de l'auditoire, et les exposés dont la teneur exacte n'est pas déterminée au préalable (*ex tempore*) sont plus faciles à écouter que les exposés entièrement lus de notes écrites. Ainsi, les conférenciers sont souvent portés à improviser. Des questions sont posées, et un débat s'ensuit.

La presse populaire assiste à certains banquets et congrès, même lorsque les juges qui donnent les conférences supposent pour quelque raison qu'il n'y a pas de journalistes présents. Au cours de la dernière décennie, la presse a réussi à provoquer des controverses au sujet d'un certain nombre de tels discours. Il y a de nombreuses années, le juge en chef du Canada a critiqué le discours publié d'un juge de la Colombie-Britannique et, de ce fait, a semblé imposer une interdiction générale. Dans la pratique, de nombreux journalistes assistent aux banquets et congrès, mais très peu se donnent la peine d'examiner un manuel de droit de sept cents pages.

Les juges d'appel devraient poser des questions et imposer des conditions avant d'accepter une invitation à donner une conférence. Les juges devraient s'en tenir à un texte attentivement révisé et examiné au préalable par un tiers fiable et prudent, sauf s'il s'agit d'un sujet très technique ou que l'absence de la presse est assurée. La diffusion du discours devrait être très restreinte, à moins que le sujet ne soit dépourvu d'intérêt et que le texte ne contienne aucun point de vue controversé. Les organisateurs se contentent généralement d'obtenir des juges conférenciers une liste de jurisprudence et de doctrine et de lectures proposées, une simple énumération des rubriques ou thèmes ou encore un bref aperçu en « style télégraphique » fait à l'ordinateur.

S'il doit y avoir débat de spécialistes, les juges peuvent normalement faire office de modérateurs et ne pas prendre position. Toutefois, les journalistes présents peuvent attribuer innocemment les prises de position sur une question aux juges ou écrire un article qui peut être interprété ainsi par certains membres du public.

Les commentaires qui précèdent ne visent pas à prescrire des normes déontologiques. Il s'agit plutôt de mises en garde, de conseils sur la manière d'éviter les problèmes éventuels. Les juges d'appel ne devraient pas avoir pour objectif de sortir vainqueurs d'un fâcheux débat public interminable sur une phrase qu'ils auraient prononcée pendant un congrès du barreau. Au lieu, ils devraient s'employer à tout simplement éviter de se retrouver dans de telles situations.

Il peut sembler ressortir de bon nombre de ces suggestions un excès de prudence ou une trop vive imagination, mais certaines découlent de situations réelles. Il y a aujourd'hui au Canada des parties très déçues qui s'acharnent avec l'aide de leurs avocats, des avocats qui ne jouent pas franc jeu et qui font montre d'un zèle excessif, ainsi que des prises de position en matière de déontologie judiciaire comportant des interdictions vagues et générales. De plus, certains gouvernements sont investis par la loi du pouvoir d'obliger les conseils de la magistrature à « traduire en justice » les juges mis en cause. N'oublions pas non plus la soif de controverse des médias.

G. ÉVALUATION PERSONNELLE

Les juges d'appel tireront profit de procéder, aux deux ou trois ans, à une évaluation de leurs activités, de leur état intellectuel et émotif et de leurs aspirations. Ils pourraient à cette fin faire appel à leur conjoint, à un ami proche mais objectif, ou à un collègue en qui ils ont confiance. Les propriétaires prudents procèdent régulièrement à l'inspection et au nettoyage de leur filtre de fournaise et certaines personnes pieuses se libèrent de temps à autre la conscience. Ainsi, les juges d'appel devraient peut-être prendre un peu de recul et examiner leur état d'esprit de façon régulière.

CHAPITRE 7 – COURTOISIE

« [...] lorsque Holmes eut fait passer sa carte nous fûmes instantanément introduits. Le diplomate nous reçut avec cette courtoisie à l'ancienne qu'il possédait à merveille, et nous installa dans les deux luxueux fauteuils près de la cheminée. »

– Le traité naval

A. IMPORTANCE DE LA COURTOISIE

Pourquoi est-il important de se comporter avec courtoisie et respect en cour d'appel? Premièrement, l'un des principaux objectifs de tous les tribunaux est de mettre un terme aux litiges et d'empêcher les querelles et le mécontentement permanent. Aux dires de Megarry, V.C.⁹³, la partie la plus importante dans la salle d'audience est celle qui sera déboutée. En effet, il est souhaitable que cette partie, même si elle n'est pas convaincue de la justesse du verdict, ainsi que ses amis estiment que le processus a été équitable et que l'affaire a fait l'objet d'une instruction approfondie.

Si les juges n'expliquent pas leurs conclusions ou se montrent impolis envers les parties déboutées, celles-ci pourraient en conclure que les juges n'avaient pas l'esprit ouvert ou ont même manqué d'objectivité. C'est d'autant plus vrai en cour d'appel. En interjetant appel, la partie appelante démontre qu'elle n'était pas convaincue de la justesse du verdict rendu en première instance. Il peut arriver parfois que les motifs de décision du tribunal de première instance soient brefs ou n'aient pas été enregistrés. Très souvent, l'appel sera rejeté, ce qui signifie que la partie déboutée en première instance le sera également en appel. La partie appelante n'a pas accepté la justesse du premier verdict et aura encore plus de mal à accepter le deuxième.

Deuxièmement, les juges d'appel devraient donner l'exemple. Le manque de courtoisie est contagieux et le manque de courtoisie de la part de gens influents et bien en vue est une leçon rapidement retenue par un grand nombre. De nombreux auteurs soutiennent aujourd'hui que le manque de courtoisie des avocats est beaucoup trop courant et constitue un obstacle pour tous. Inversement, le respect commande le respect, et il est difficile pour les avocats de mal se comporter lorsque les juges se montrent respectueux, équitables et désireux de comprendre.

Troisièmement, les cours d'appel devraient prodiguer des encouragements aux personnes sans expérience. En effet, la majorité des parties manque d'expérience. Les données démographiques du barreau de nombreuses villes font état d'une pyramide sans profondeur, ce qui signifie que de nombreux avocats manquent également d'expérience. D'ailleurs, la plupart des avocats n'ont assisté qu'une seule fois à une séance de leur cour d'appel. Les avocats et les juges se rappellent

⁹³ Megarry (1978) 16 Alta. L. Rev. 406, p. 410.

presque tous d'une expérience de jeunesse devant cette même cour, et c'est souvent un mauvais souvenir. Beaucoup n'y sont jamais retournés. Toutefois, justice ne peut être rendue, ni le droit créé, si les avocats qui perdent une cause ne sont pas prêts à interjeter appel au fond. Les avocats diligents et raisonnables sont justement les personnes que les cours d'appel veulent et doivent entendre. La cour qui manque de courtoisie éloignera ces avocats et attirera plutôt des rhinocéros et des filous que la critique laisse indifférents.

En revanche, lorsqu'elle a devant elle des avocats (peu importe leur manque de notoriété ou leur jeune âge) qui font un bon travail, la cour d'appel doit les féliciter en public.

Quatrièmement, les juges d'appel devraient ménager leurs coups de tonnerre et les asséner uniquement à l'occasion, lorsque ceux-ci sont réellement nécessaires. On apprend vite à ne pas faire grand cas de l'éclair en nappe et des orages qui grondent au loin sans jamais s'approcher ni entraîner la pluie. Les paroles sont percutantes uniquement lorsqu'elles sont originales et uniques. Les parents qui lancent sans cesse des menaces en l'air élèvent des enfants qui ne les écoutent pas. À l'occasion, la cour d'appel doit décourager avec fermeté certains comportements, surtout pour l'avenir. Elle ne peut alors utiliser que les paroles comme armes.

Cinquièmement, la courtoisie est la méthode la plus efficace dans la plupart des situations impliquant des êtres humains. Les rapports que les juges d'appel entretiennent avec les avocats et les autres membres de la société ne sont pas différents. L'impolitesse distrait, et les personnes qui en sont la cible se retrouvent alors sur la défensive et sont peu enclines à collaborer. Les juges d'appel s'attendent à des plaidoiries bien préparées et devraient donc créer pour les avocats un bon climat de travail. L'impolitesse a également pour effet de bien disposer les spectateurs envers les cibles de ce comportement. Ainsi, les orateurs impolis perdent même leur soutien moral. Comme il sera démontré dans le reste de ce chapitre, la courtoisie, ce n'est pas uniquement la politesse, qui est parfois superficielle. L'équité revêt un caractère primordial.

B. PONCTUALITÉ

Louis XVIII est censé avoir dit que « l'exactitude est la politesse des rois ».

Toute personne influente qui fait attendre sans raison apparente les personnes sur lesquelles elle a autorité donne l'impression d'être arrogante, paresseuse, incompétente ou désorganisée, ou encore de ne pas se soucier des autres. Une telle attitude nuit à sa crédibilité et distrait les personnes qui attendent l'examen au fond de la question en litige.

Par conséquent, il incombe aux juges d'appel d'être ponctuels à leurs rendez-vous (comme le début d'une séance du tribunal ou d'une réunion). De plus, ils devraient s'employer à prononcer dans les meilleurs délais les jugements dans les causes mises en délibéré⁹⁴, afin de ne pas trop faire attendre les parties ou le public.

⁹⁴ À cet égard, voir aussi le chapitre 5, partie B.

C. DILIGENCE⁹⁵

Les cours d'appel et les juges qui y siègent renforcent leur crédibilité en faisant un travail consciencieux. Les jeunes avocats s'imaginent peut-être que les juges passent le plus clair de leur temps sur les terrains de golf ou à la plage et ne travaillent que très peu.

Or, les juges qui se présentent en salle d'audience sans préparation, qui perdent leurs livres ou documents et qui donnent des motifs passe-partout pour la forme renforcent ces croyances. Il en va de même des juges qui ne tiennent nullement compte d'importants arguments et de la jurisprudence pertinente dont les avocats ont clairement fait état⁹⁶.

Les avocats qui ont une demande urgente ont droit à une réponse raisonnablement rapide, qu'il s'agisse d'une demande de sursis d'exécution ou d'une demande de renseignements au sujet de la présentation ou du délai de dépôt d'un mémoire. S'il n'y a pas de juge pour examiner leur demande, que celle-ci est rejetée du revers de la main ou qu'une réponse leur est donnée au bout de plusieurs semaines, les avocats se demanderont encore une fois si le golf l'a emporté.

D. COMPORTEMENT DANS LA SALLE D'AUDIENCE

Il est étonnant de constater que l'attitude générale d'une personne peut transformer complètement l'attitude d'une autre. Il serait logique de penser qu'une telle influence est exercée par les personnes en situation d'autorité sur les personnes moins influentes, mais ce n'est pas nécessairement ainsi. Par exemple, si l'avocat de la partie appelante se lève, sourit et fait un commentaire aimable aux juges, ceux-ci réagissent généralement de façon agréable, et l'audition de l'appel se déroule sans incident.

Les juges prennent habituellement la parole avant les avocats. Quoi qu'il en soit, ils sont très bien placés pour donner le ton.

Par conséquent, la formation qui siège et, plus particulièrement, le président de l'audience devraient partir du bon pied. Par exemple, l'ouverture de l'audience n'est peut-être pas le meilleur moment pour le président de signaler une lacune dans le mémoire de l'une des parties. C'est plutôt le moment pour la cour de traiter les avocats avec égards. Ainsi, si plusieurs avocats attendent l'audition de leurs causes, il peut être utile de leur dire que la deuxième et la troisième causes ne seront pas entendues avant telle ou telle heure et qu'ils peuvent s'absenter et aller prendre un café dans l'intervalle. Si l'un des avocats est accompagné d'un stagiaire en droit ou si la salle d'audience compte des tables distinctes pour les conseils de la reine et les avocats en second, il peut être utile de proposer à l'avocat en second de s'asseoir à la même table que son collègue. Dans le cas de documents qui ont nécessairement été déposés en retard (comme un jugement très récent de la Cour suprême du Canada), le président devrait confirmer au tribunal que les documents ont été reçus et distribués et remercier les avocats de la prévenance dont ils ont fait preuve en transmettant les documents.

Si l'une des parties n'est pas accompagnée d'un avocat, le président devrait lui demander si elle a fait un tel choix et si elle est prête à commencer (à moins que cette partie n'ait été responsable de graves atermoiements auparavant).

⁹⁵ Voir aussi les chapitres 4 et 5.

⁹⁶ Voir plus loin le chapitre 16, parties A et B.

Les avocats ont le droit de savoir au début de l'instance la teneur des lectures des juges et leur connaissance des faits.

Voir aussi le chapitre 8, partie H, sur le rôle du président de la formation.

E. QUESTIONS AUX AVOCATS

La plupart des juges de première instance savent que tant les règles de droit que le bon sens les obligent à donner aux avocats la latitude nécessaire pour présenter leurs causes comme bon leur semble. C'est pourquoi, de nos jours, les juges de première instance n'interviennent que très peu, notamment pendant la présentation de la preuve.

Bon nombre de juges d'appel prennent plus souvent la parole, à juste titre. Les juges d'appel et les avocats chevronnés savent que les questions et les commentaires des juges peuvent être très utiles. Premièrement, les juges sont-ils attentifs? Deuxièmement, si les juges ne comprennent pas un élément ou n'y souscrivent pas, les avocats veulent le savoir pour ne pas travailler à l'aveuglette; ils doivent savoir où est le problème afin de pouvoir y remédier⁹⁷. Troisièmement, si les juges comprennent bien un principe et l'acceptent, les avocats veulent le savoir pour pouvoir passer au prochain point. Les répétitions ou la verbosité des avocats découlent parfois de l'absence de rétroaction.

Toutefois, les avocats ne le comprennent pas tous ou ne s'en souviennent pas, et de nombreux types de questions des juges ne leur semblent pas utiles.

L'attitude revêt de l'importance à cet égard. La question qui est formulée avec circonspection ou gentillesse donnera plus facilement à penser à un débat instructif que la question posée sur un ton impoli et dur. L'audition d'un appel devrait se dérouler sur le ton d'un colloque ou d'une discussion entre collègues qui se respectent. Il ne s'agit pas du contre-interrogatoire d'un témoin, et surtout pas du contre-interrogatoire d'un témoin biaisé ou malhonnête. Les avocats savent très bien que certains de leurs arguments ne seront peut-être pas assez convaincants ou ne retiendront pas l'attention de tous. Or, l'avocat et son client font deux, et l'avocat peut présenter à la cour toute question honnête défendable sans que sa démarche ne constitue un signe de stupidité ou de malveillance.

Les juges devraient garder à l'esprit quatre grands principes d'interrogation.

Suivant le premier principe, l'avocat doit avoir la possibilité de formuler comme il le veut une réponse complète à la question du juge sans que ce dernier ne l'interrompe pour lui poser une deuxième question, surtout une nouvelle question sur un autre sujet. Si la question vaut la peine d'être posée, elle mérite une réponse. Le juge qui interrompt l'avocat ne veut sans doute pas mal faire, mais il donne l'impression de perturber le déroulement par des interruptions constantes.

Deuxièmement, les juges devraient, dans des limites raisonnables, donner aux avocats la possibilité de décider de la manière générale dont ils exposeront leur cause. Les juges n'aiment pas se faire dire par un avocat : « Je vais répondre à cette question un peu plus tard. » Pourtant, s'il est manifeste que les avocats ont divisé judicieusement leurs plaidoiries en sujets, A et B, et qu'ils en sont évidemment au sujet A, il est généralement inutile de leur poser une question concernant le sujet B, puisque cela ne fait que perturber l'ordre de l'exposé et il devient alors plus difficile pour les trois juges de suivre le raisonnement.

⁹⁷ Voir Megarry (1978) 16 Alta. L. Rev. 406, p. 407.

Le troisième principe veut que les questions des juges visent généralement l'un de trois objectifs :

- (a) obtenir des renseignements;
- (b) informer les avocats de l'existence, pour les juges, d'un problème, d'une différence d'opinion ou d'un manque d'information;
- (c) pleinement informer les avocats d'un élément qui pourrait être utilisé contre eux.

Il est inutile et inacceptable pour les juges de tenter de convaincre les avocats de souscrire à leur point de vue, et une telle démarche nuit souvent au travail des avocats. De plus, les avocats qui sont la cible d'un tel argument ont l'impression que leur adversaire bénéficie de l'aide d'un avocat supplémentaire.

Le quatrième principe porte sur la pondération. Même si chaque question est raisonnable, s'il y en a un trop grand nombre ou si les questions sont posées à des intervalles trop rapprochés, il devient impossible pour les avocats de tout gérer⁹⁸. Cet élément revêt une importance particulière lorsque la cour fixe la durée maximale des plaidoiries. De nombreux avocats qui plaident en cour d'appel s'exprimeraient avec plus de fermeté à cet égard, et ils pourraient avoir raison dans certaines circonstances.

Si l'un des trois juges est particulièrement loquace, les deux autres juges devraient résister à la tentation d'en faire autant et s'en tenir uniquement aux questions importantes. De même, si la formation de la cour est composée de cinq ou de sept juges, ceux-ci devraient faire preuve d'une grande retenue et limiter leurs questions. Même si chacun des sept juges ne pose qu'une question occasionnelle, il reste très peu de temps aux avocats pour présenter leur cause.

F. JUGEMENTS

En règle générale, les juges d'appel devraient formuler avec circonspection leurs motifs de décision, qu'ils les donnent de vive voix ou par écrit, puisque les jugements de la cour ont longue vie. Une attention particulière devrait être accordée aux quatre éléments suivants.

1. Traitement réservé aux parties

Les termes utilisés peuvent, par inadvertance, offusquer les parties. Les gens réagissent vivement lorsqu'ils n'ont pas gain de cause en appel. Par exemple, lorsque les parties portent le même nom de famille, la tentation est forte de les désigner par leur prénom. Or, lorsqu'il s'agit d'une poursuite sérieuse de plusieurs millions de dollars, il peut être avilissant pour les parties de se faire appeler « George et Nancy », ou une telle désignation peut leur donner l'impression d'être traités comme des enfants.

Les juges ne devraient pas révéler de renseignements personnels qui ne font pas avancer la discussion. Il est très peu probable qu'une poursuite en matière civile, ni même les motifs écrits de décisions dans de telles poursuites fassent la une des journaux. Il est plus probable, toutefois, que les médias examinent minutieusement les décisions rendues par écrit par la cour d'appel, ou même qu'ils assistent aux audiences de la cour d'appel.

⁹⁸ Megarry, *loc. cit. supra*, p. 408.

Il importe également de veiller à ne pas critiquer les tiers ou à ne pas répéter les allégations au sujet de tiers. Les tiers n'ont aucune possibilité de se défendre. La tentation est toujours grande de se décrire (ou peut-être de décrire son adversaire) comme la victime d'un tiers sans scrupules. C'est ce qui est parfois appelé la défense de la chaise vide. Une grande injustice peut être causée aux tiers ainsi mis en cause.

S'ils doivent absolument répéter de telles allégations, les juges seraient bien avisés de ne pas préciser de qui ils parlent. Il est souvent assez facile de retirer les renseignements identificateurs. En fait, les juges devraient cesser de reprendre les détails inutiles, comme le nom de la petite ville où les événements sont survenus.

S'il y a lieu, il est possible de remplacer les noms dans l'intitulé par des noms abrégés ou les initiales des parties.

2. Traitement réservé aux avocats

Lorsqu'il est question dans le jugement des manquements manifestes des avocats, comme un délai de prescription qui n'a pas été respecté ou le défaut de renouveler une déclaration, les juges devraient vérifier si un autre cabinet d'avocats était inscrit au dossier à cette étape, ce qui est assez courant. Le cas échéant, ils devraient préciser dans le jugement que l'avocat actuel de la partie ne représentait pas cette dernière à l'époque.

S'ils estiment nécessaire de critiquer le comportement des avocats, les juges devraient bien réfléchir à l'opportunité de les nommer. Il n'est pas obligatoire d'inscrire les noms des avocats dans un jugement. S'il y a eu manquement de la part des avocats, ce qui est courant, et que la cour profite tout simplement de l'occasion pour demander à l'ensemble des membres de la profession de cesser d'agir ainsi, il pourrait alors être injuste de montrer du doigt les avocats qui se trouvent devant elle. Il vaut mieux ne pas mentionner leurs noms dans le jugement.

Il est parfois nécessaire de faire mention de la maladie ou d'autres circonstances gênantes des avocats; il vaut mieux alors ne pas les identifier.

La cour devrait toujours adresser des encouragements aux avocats honnêtes, bien intentionnés et travailleurs, même lorsque leur travail révèle un manque de discernement, d'expérience ou même de talent. Là encore, la cour devrait éviter d'humilier ces avocats en public, soit en mentionnant avec tact quelques-unes de leurs erreurs de tactique ou du moins en ne mentionnant pas leurs noms dans le jugement.

3. Traitement réservé aux juges de première instance

La cour d'appel peut, par inadvertance, ne pas se montrer assez diplomate avec les juges de première instance de nombreuses façons. Parfois, il n'est pas nécessaire qu'elle s'attarde, dans son jugement, sur les raisons de la survenance de l'erreur ou qu'elle qualifie une conclusion d'erronée. Si la norme de contrôle de la décision correcte s'applique, la cour d'appel doit uniquement préciser la règle de droit ou la procédure correcte et faire droit à l'appel, sans plus.

Inversement, si elle confirme la décision d'un juge de première instance qui a fait un travail sérieux et a rédigé des motifs rigoureux, elle devrait le reconnaître. La cour d'appel ne devrait pas donner l'impression qu'elle part de zéro.

Si l'erreur commise en première instance est pardonnable, la cour d'appel devrait l'indiquer. Par exemple, souvent les avocats en première instance ne soulèvent pas d'objections ou les avocats qui représentaient alors les appelants ont en fait donné leur aval à la démarche suivie. Ou encore, il se peut que les mauvaises règles de droit aient été invoquées. En fait, les principes appliqués par la cour d'appel ressortent peut-être de jugements rendus uniquement après le prononcé de la décision faisant l'objet de l'appel.

Si la cour d'appel doit critiquer le travail du juge, il est habituellement inutile de le nommer. Il y aurait peut-être lieu de repenser la pratique courante de donner le nom des juges de première instance sur la première page du jugement. La cour d'appel fait preuve de plus de tact si elle mentionne et critique les motifs faisant l'objet de l'appel, plutôt que le juge qui les a rendus. Les motifs de décision donnés en première instance sont parfois déraisonnables, mais très peu de juges de première instance sont des gens déraisonnables.

4. Vérification des diverses versions

Il est toujours sage de laisser s'écouler une semaine ou deux entre la rédaction du jugement et sa diffusion. Plus le délai sera long, plus les auteurs pourront considérer leur travail d'un œil critique, et moins ils seront influencés par leur souvenir du sens de leurs propos. La pratique de faire circuler les projets de motifs de décision présente l'avantage accessoire de prolonger ce délai.

Il est encore plus utile d'obtenir l'avis d'un tiers, qui pourra lire le projet de jugement et faire des commentaires. Et plus il y aura de tiers, mieux ce sera. C'est là un avantage certain de faire examiner les projets de jugements importants par tous les juges de la cour.

Le ton du jugement sera plus courtois et plus juste si au moins un des « lecteurs » vérifie si le jugement a été rédigé en termes polis et diplomatiques⁹⁹.

La critique du projet de jugement est un outil très utile. Si le lecteur estime que le ton général ou certains passages reflètent une attitude en particulier, d'autres pourraient aussi tirer une telle conclusion. Si l'auteur ne voulait pas transmettre l'attitude en question ou souhaitait la cacher (p. ex., pour se montrer poli), il devra alors réviser son texte.

G. INTERACTION SOCIALE AVEC LES JUGES DE PREMIÈRE INSTANCE

Il n'est pas souhaitable de tenir les juges d'appel à l'écart des juges de première instance pour de nombreuses raisons. D'abord, les juges sont déjà obligés, à juste titre, d'éviter de nombreux rapports courants avec les membres de la collectivité. Personne ne veut de juges d'appel qui ne parlent qu'au juge en chef (qui lui ne parle qu'à Dieu).

Les juges de première instance et d'appel ont beaucoup à apprendre l'un de l'autre. Par exemple, les cours d'appel au Canada ont si souvent créé de nouvelles règles en matière criminelle pour résoudre un problème isolé dans un cas donné, qu'il est étonnant que les juges de première instance saisis d'une affaire complexe arrivent à surmonter tous les obstacles et à terminer le travail. Les jugements rendus en appel n'abordent pas assez souvent les détails pratiques. Les juges de première instance peuvent donc beaucoup renseigner les juges d'appel, simplement en leur parlant de changements dans leur travail courant. Faire siéger à l'occasion les juges de première instance dans des formations de la cour d'appel présente l'avantage de rapprocher les deux tribunaux et de favoriser la mise en commun de leurs expériences et l'échange de renseignements.

⁹⁹ À l'égard de la clarté, voir le chapitre 9, partie C.7.

Les interactions officieuses entre les juges d'appel et les juges de première instance comportent toutefois des risques. En effet, des problèmes peuvent survenir si, dans le cadre d'une conversation, des propos appellent une justification, même s'ils semblent relever de la plaisanterie. Les juges qui se sentent critiqués seront sur la défensive et ne seront pas heureux. Ils pourraient alors tenir des propos qu'ils n'avaient ni prévus ni formulés avec circonspection. Ils pourraient même laisser échapper des pensées ou des phrases qui ont été retranchées du projet de jugement, ce qui pourrait donner lieu à des méprises ou offenser quelqu'un.

Si les juges d'appel et les juges de première instance partagent un coin-repas ou un lieu de détente, les juges de première instance plus chevronnés pourraient être tentés de taquiner un juge d'appel au sujet d'une décision très récente de la cour d'appel. Ce genre d'interaction peut entraîner les risques susmentionnés. Le juge d'appel devrait en rire et changer le sujet. Inversement, les messages de la cour d'appel aux juges de première instance devraient être transmis par la voie des jugements, et non lors de conversations informelles entre juges dans un contexte social.

Parfois, un juge de première instance un peu trop sensible manifeste des sentiments négatifs induits lorsqu'une de ses décisions est infirmée ou critiquée par la cour d'appel. Il est difficile de savoir comment réagir dans de telles situations. Il est parfois utile qu'un membre diplomate de la formation parle au juge de première instance dès que le jugement infirmant sa décision est rendu public, mais (comme il a été mentionné) une telle démarche comporte des risques.

Les juges de première instance dont les décisions ont été infirmées doivent être informés rapidement de la situation et des motifs à l'appui. De nombreuses raisons, techniques et psychologiques, justifient une telle démarche. Il n'est pas très satisfaisant de l'apprendre par les journaux ou les potins. Ne pas en être informé peut occasionner de nombreuses erreurs.

Par conséquent, les cours d'appel devraient mettre en œuvre et gérer avec efficacité des pratiques précises pour éviter ce genre de situations difficiles. Lorsqu'elle infirme une décision rendue en première instance, la cour d'appel devrait toujours motiver adéquatement sa décision (ne pas simplement rédiger quelques lignes types). Il faudrait également mettre en place un système qui prévoit la transmission sans tarder d'une copie du jugement de la cour d'appel au juge dont la décision a fait l'objet de l'appel.

H. COLLÈGUES

La courtoisie entre les juges d'une cour d'appel est abordée au chapitre 8 sur la collégialité.

CHAPITRE 8 – COLLÉGIALITÉ

– [...] *Pour résoudre un problème de cette sorte, le plus important est d'arriver à raisonner à rebours. C'est un talent très précieux, et d'une grande simplicité, mais les gens ne le pratiquent guère. Pour les affaires courantes il est plus utile de raisonner vers l'avant, et on en vient à négliger l'autre méthode. Pour cinquante personnes qui raisonnent de manière synthétique, une seule raisonne de manière analytique.*

– Une étude en rouge, deuxième partie, chapitre 14

A. INTRODUCTION

1. Qu'est-ce que la collégialité?

La collégialité regroupe plusieurs qualités indissociables. D'abord, l'amabilité, la politesse et le respect mutuel favorisent la collaboration productive. Deuxièmement, la fierté qu'inspirent l'appartenance au groupe (la cour) et le travail qu'il accomplit permet de produire un meilleur résultat. Enfin, constater et reconnaître les forces et les réalisations de collègues et se donner la peine de les souligner de temps à autre, voilà qui améliore l'esprit de collégialité.

2. Pourquoi la collégialité est-elle importante?

La collégialité revêt sans aucun doute de l'importance dans la majorité des organisations. Toutefois, elle revêt une importance particulière au sein d'une cour d'appel composée de plusieurs juges, et ce, pour au moins six raisons.

Premièrement, l'expérience démontre qu'il en est ainsi et que la qualité du travail des tribunaux judiciaires est largement tributaire du niveau de collégialité. À certains moments, les schismes internes, voire les dissensions, ont entravé le travail de cours d'appel. Pendant douze ans, les juges de la U.S. Second Circuit Court of Appeal n'ont pu se réunir pour prendre une photo de groupe en raison d'une querelle entre deux juges!

Deuxièmement, la collégialité revêt de l'importance parce que les juges jouissent de l'inamovibilité et de l'indépendance judiciaire et doivent rendre leur propre décision dans chaque appel, en exprimant publiquement leur dissidence, s'il y a lieu. L'influence qu'ils peuvent exercer l'un sur l'autre est très limitée, et il est difficile de les obliger à collaborer.

Troisièmement, la collégialité encourage les juges à bien faire leur travail dans le but de livrer au public un produit de meilleure qualité, sans mésentente ni méfiance. Les juges qui travaillent en collégialité ne sont animés d'aucune intention indirecte et agissent sans entraves. Ils se consacrent

entièrement à créer le droit et à rendre justice. L'ensemble des membres de la cour s'emploient à rendre dans chaque cas important le meilleur jugement possible.

Quatrièmement, la confiance et la collaboration éliminent les frictions et les formalités, ce qui crée un climat plus encourageant et agréable pour les juges, qui sont alors mieux disposés envers les avocats et le personnel. Lorsqu'ils siègent, ils n'ont pas à rester sur leurs gardes ni à parler pour la galerie.

Cinquièmement, la cour de justice collégiale qui parle d'une seule voix et travaille bien et promptement est vraisemblablement très efficace. L'attitude de ses juges influencera les juges de première instance, les avocats et les parties, de l'époque et des générations futures¹⁰⁰. La jurisprudence de la cour collégiale sera cohérente, ses jugements ne contenant pas de distinctions tatillonnes ni de changements radicaux d'orientation. Le droit de la province sera prévisible, et les litiges moins fréquents¹⁰¹.

Sixièmement, la cour collégiale travaille avec efficacité; ainsi, elle ne gaspille ni les ressources, ni le temps des parties ou l'argent des contribuables¹⁰².

3. Dans quelles cours la collégialité est-elle tout particulièrement nécessaire?

La proximité des bureaux de tous les juges de la cour d'appel, dans le même couloir du même édifice par exemple, favorise généralement la collégialité.

Ainsi, il pourrait être difficile de créer un esprit de collégialité parmi les juges d'une cour qui n'a pas de siège, par exemple si les juges ont leur bureau dans de nombreuses villes différentes¹⁰³ ou vivent tous loin de leur lieu de travail¹⁰⁴. La tâche n'est pas facile non plus lorsque de nombreux juges vivent et travaillent dans une ville, tandis que les autres se trouvent dans une autre ville¹⁰⁵. Est également difficile la situation où les juges s'absentent souvent de leur bureau pour aller siéger dans toute une gamme d'autres villes¹⁰⁶.

B. PARTAGE DE LA CHARGE

Le premier pas vers la collégialité est fait lorsque les juges partagent volontiers le travail, sans s'inquiéter de savoir si l'un d'eux en fait plus que les autres ou si un autre s'en tire à bon compte. Les juges devraient se sentir privilégiés de servir le public et de s'entraider.

Il est important de se porter volontaire (sans se le faire demander), notamment lorsqu'un collègue tombe soudainement malade ou doit composer avec une urgence familiale ou un conflit d'intérêts. Ce geste plein de délicatesse fait ressortir la sensibilité mutuelle des juges d'appel en tant qu'êtres humains qui éprouvent des besoins et doivent composer avec des situations difficiles.

¹⁰⁰ Les récits de querelles judiciaires en Colombie-Britannique au début des années 1900 donnent au profane une mauvaise impression.

¹⁰¹ À l'égard de l'importance du principe de *stare decisis*, voir le chapitre 2, partie B.

¹⁰² Voir en général Edwards (2003) 151 U. Pa. L. Rev. 1639.

¹⁰³ Comme la plupart des cours fédérales d'appel aux États-Unis.

¹⁰⁴ Comme la cour d'appel de New York.

¹⁰⁵ Comme au Québec et en Alberta.

¹⁰⁶ Comme à la Cour d'appel fédérale.

C. PRISE DE DÉCISIONS

1. Philosophie générale

Les juges devraient s'efforcer de rendre une décision collégiale (de groupe) et ainsi tirer profit des forces de tous les juges, ou du moins des juges membres de la formation saisie de l'appel.

Il est déconseillé au groupe de ne pas tenir compte des idées de la minorité ou de la soi-disant minorité. Une telle pratique n'est pas recommandée, que le groupe soit un comité (ou l'ensemble des membres de la cour) chargé de prendre une décision de nature administrative ou une formation de trois juges chargée de statuer sur un appel. Il ne faut pas qu'un juge se dise : « Je peux compter sur le vote de Smith; j'ai donc une majorité et la minorité ne peut l'emporter; je n'ai donc pas à en tenir compte. » Même si elle a tort, la minorité fait souvent des remarques qui permettent d'améliorer la décision de la majorité.

La collégialité devrait également être de nature prospective. Il ne faut pas qu'un juge se dise : « Comme je fais partie de la majorité cette fois-ci, je devrais rédiger un jugement général et régler l'état du droit sur plusieurs sujets, au cas où je ferais partie de la minorité la prochaine fois que la cour sera saisie d'une telle affaire. » Il s'agit là d'une des nombreuses raisons pour lesquelles les juges d'appel ne devraient pas se prononcer sur des questions qui n'étaient pas en litige dans l'affaire à l'étude.

Les juges qui étaient des avocats ou des négociateurs redoutables devraient oublier bon nombre des compétences qu'ils ont alors développées. L'objectif n'est pas de gagner, mais de garder l'esprit ouvert et de trouver le meilleur moyen d'arriver à la meilleure réponse.

La méfiance, voilà la plus grande menace à la collégialité. Rares sont les personnes qui veulent s'exposer à des risques. Les relations avec une personne indigne de confiance comportent des risques. Les précautions qui doivent alors être prises ont un prix et entravent progressivement toute action. Par conséquent, tout ce qui stimule la confiance contribue largement à cultiver la collégialité. Si des sentiments de méfiance se manifestent ou sont tout simplement soupçonnés, il y a lieu d'agir en toute urgence et avec une grande efficacité pour remédier à la situation.

La manière dont le groupe s'y prend pour rendre des décisions revêt une grande importance. Une bonne attitude permet d'éliminer le ressentiment et les mésententes et fait clairement ressortir le respect mutuel des juges en tant que précieux conseillers. Il en est ainsi tant pour les décisions rendues en appel que pour les décisions portant sur les questions de procédure et d'administration de la cour.

Les juges devraient éviter, dans la mesure du possible, de critiquer leurs collègues. Les avocats sont souvent très susceptibles, ce qui ne change pas une fois qu'ils deviennent juges. Puisque les critiques causent toujours des difficultés, les juges devraient s'en abstenir, à moins qu'il ne puisse en résulter un avantage plus important.

La manière de s'exprimer des juges ou leurs méthodes de gestion sont généralement plus ou moins raisonnables. Le cas échéant, leurs collègues ne devraient pas formuler de critiques uniquement pour les raisons suivantes :

- (a) ils estiment qu'une autre façon de faire serait préférable,
- (b) ils n'ont pas été consultés (si aucun tort réel n'en a découlé),

- (c) l'autre juge semble vouloir attirer l'attention ou rechercher l'approbation du public ou le pouvoir,
- (d) il est possible d'en faire moins.

Par ailleurs, pour les juges qui sont sur le point de poser un geste pour lequel ils ne croient pas avoir besoin de l'aval des autres, ils ne perdent rien à leur dire qu'ils comptent bien poser le geste en question, à moins que quelqu'un ne s'y oppose fermement au cours des prochains jours. Ils peuvent aussi demander des commentaires sur certains éléments, mais pas d'autres.

Les personnes très instruites ont souvent du mal à déléguer. Elles veulent tout décider ou du moins participer aux décisions, en assemblée générale par exemple. Même lorsqu'elles confient à une autre le pouvoir de poser un geste, elles veulent quand même, seules ou en assemblée générale, conserver un droit de regard et microgérer tout le travail de cette autre personne. C'est pourquoi les gestionnaires de certains cabinets d'avocats (ou de cliniques médicales) ne restent pas en fonction longtemps. Les cours d'appel devraient lutter contre de telles tendances, qui sont à l'origine de l'inaction, des règles et procédures obsolètes, du chaos et du refus de toute personne sans tendance masochiste d'assumer des tâches administratives.

Relisez le paragraphe qui précède, puisqu'il soulève sans doute le troisième point le plus important dans ce livre. Puis, inscrivez sur une affiche les paroles suivantes : APPUYEZ VOTRE DÉLÉGUÉ LOCAL.

Les renseignements fournis ci-dessus sont de nature plutôt générale et s'appliquent davantage à l'administration de la cour qu'au règlement d'appels donnés. En effet, les appels doivent être décidés sur le fond et non pour plaire à un collègue ou lui rendre un service.

2. Techniques particulières

Passons maintenant en revue des conseils plus précis, qui s'appliquent, en majorité, aux appels et aux questions administratives.

Examinons d'abord à quel moment dans le processus d'appel ou le processus administratif il convient de consulter ou de faire des commentaires. À mon sens, il ne devrait pas y avoir de règle toute faite, puisque chacun a ses préférences et que les circonstances varient.

En général, il est déconseillé d'offrir son opinion au sujet d'un appel qui sera entendu prochainement à des collègues qui n'ont pas encore eu le temps de prendre connaissance du dossier, à moins qu'ils ne vous demandent votre avis.

Après avoir pris connaissance du dossier, vos collègues seront vraisemblablement disposés à discuter d'une prise de position préliminaire (ou son absence). C'est faire preuve de délicatesse que de demander à l'autre son point de vue (provisoire) avant d'exposer le sien. Certains collègues ne veulent pas prendre position, même provisoirement, avant l'audience ou la réunion. D'autres ne veulent pas donner cette **impression**. Les juges devraient se fier à leurs expériences passées et ne pas insister auprès de ces collègues avant l'audience. Le moment est généralement mal choisi, avant une audience ou une réunion, pour inciter une personne à donner son avis, bien qu'il y ait des exceptions. De telles approches suscitent la désapprobation de certaines personnes, qui considèrent que ces démarches sont contraires à la déontologie professionnelle ou à la collégialité¹⁰⁷. Cependant, il n'y a pas de mal à demander à ses collègues s'ils ont reçu l'ensemble de la documentation ou s'ils ont lu ou remarqué tel ou tel point bien caché dans toute la volumineuse documentation.

¹⁰⁷ Voir la partie M.2, ci-après.

De nombreux facteurs servent à déterminer l'opportunité d'exprimer son propre point de vue avant l'audience, notamment s'il a été sollicité.

La plupart des juges n'aiment pas les manœuvres d'intimidation; ainsi, une simple suggestion faite discrètement est souvent plus efficace que des arguments verbeux ou puissants. En revanche, certaines personnes aiment bien débattre un point à haute voix, question de tout démêler dans leur esprit, et cherchent donc un « débatteur ».

Certaines personnes aiment un texte écrit qu'elles peuvent lire et relire à leur propre rythme, peut-être parce qu'elles ont une meilleure mémoire visuelle qu'auditive ou parce qu'elles n'aiment pas se hâter ou souhaitent la tranquillité.

Peu importe la situation, une écoute attentive vaut dix fois plus qu'un discours ou une réplique. Il est toutefois souvent utile de demander à son locuteur de répéter un élément ou de préciser son idée.

Après que les membres de la formation ont pris connaissance de la documentation et entendu les plaidoiries, comment devraient-ils en arriver à une décision? Comment le comité administratif d'une cour devrait-il trancher une question? Les pratiques divergent selon la cour. À mon sens, il ne devrait pas y avoir de règles strictes. Il peut parfois convenir de demander à la personne qui compte le moins d'expérience d'exprimer son avis en premier, afin qu'elle ne se sente pas intimidée par les personnes plus expérimentées. D'autres fois, il vaudrait mieux que la personne la plus indécise s'exprime en dernier ou encore que la personne la plus modérée prenne la parole en premier. À d'autres moments, chacun devrait s'exprimer à tour de rôle, ou seules les personnes qui le souhaitent devraient donner leur avis. Chaque façon de faire a fait ses preuves à certains moments.

Les cours d'appel ne tiennent pas toutes une conférence en bonne et due forme après les plaidoiries. Pourtant une telle conférence présente des avantages : elle permet notamment d'en arriver à une décision promptement, de connaître la position de chacun et d'aider à la sélection d'un juge qui s'occupera de la prochaine étape (généralement la rédaction d'un projet de jugement qui reflète le point de vue majoritaire). En outre, la conférence peut servir à dissiper les malentendus et à exposer les divers points de vue avant qu'il n'y ait des prises de position plus fermes.

En revanche, il y a des inconvénients à tenir une conférence sans tarder. Certaines personnes préfèrent avoir le temps de réfléchir. D'autres craignent les malentendus. D'autres encore ne maîtrisent pas le dossier pleinement, même après les plaidoiries, ou privilégient la lecture ou l'écriture comme méthode de raisonnement. Parfois, un collègue éveille la méfiance. Pour certains, il faut que la discussion soit la plus concrète possible; ces personnes préfèrent un texte à un principe abstrait. D'autres n'aiment pas tirer une conclusion (p. ex., par intuition), puis rédiger des motifs en amont. Elles aiment suivre un raisonnement prospectif étape par étape et voir à quel résultat cette démarche mènera. De telles personnes sont irritées quand on leur demande de tirer une conclusion ou que d'autres durcissent leurs positions, avant l'examen attentif de motifs. Une telle attitude pourrait sembler étonnante si les propositions écrites divergentes (comme les mémoires) ont déjà analysé en profondeur tous les arguments possibles. Or, bien souvent, elles ne l'ont pas fait; il est en effet très rare que le jugement d'une cour d'appel suive étroitement le mémoire de la partie ayant obtenu gain de cause. La conférence peut amener certains juges à tirer une conclusion trop hâtive ou tout simplement créer des difficultés et des déceptions; c'est pourquoi le juge indécis devrait le dire rapidement lors d'une conférence. Il convient de noter que, dans certains organismes, les points à l'ordre du jour ne sont adoptés que la troisième ou la quatrième fois qu'ils y sont inscrits, jamais la première fois.

L'alternative à la conférence en bonne et due forme tenue sans tarder, c'est de demander à un juge de rédiger un projet détaillé, puis de le soumettre à la discussion par la suite. Dans le cas d'un appel, il s'agirait du projet de motifs de décision. Dans le cas d'un problème ou d'un différend d'ordre administratif, il s'agirait d'un plan ou d'un projet détaillé, p. ex., pour le réaménagement de bureaux, la réorganisation du rôle de la cour, l'affectation des stagiaires en droit, la révision des règles de la cour ou le dépôt du budget.

3. Causes de mésententes

Il peut arriver qu'une personne ne soit pas d'accord avec un point de vue qui, selon les autres, est bien présenté et convaincant. Elle justifie son opposition au moyen d'explications initiales qui sont difficiles à comprendre, puis d'autres explications qui changent de temps à autre. Les explications successives manquent de cohérence entre elles. Pourtant, cette personne est généralement rationnelle, raisonnable et bien disposée. Il se peut qu'elle indique, par son comportement, qu'elle a besoin de plus de temps, qu'elle se sent talonnée ou encore qu'elle est fatiguée ou indisposée. Or, si ce comportement perdure, souvent c'est parce que cette personne ne donne pas la raison réelle ou l'exprime de façon codée ou abstraite.

Une personne peut avoir de nombreuses raisons de ne pas vouloir révéler clairement ses sentiments ou le fond de sa pensée. Elle peut craindre les répercussions de sa franchise, et notamment d'offenser un membre de l'auditoire (politesse ou tact), de décevoir une personne qui a adopté le point de vue contraire (loyauté), de s'exposer à un débat désagréable ou à une analyse détaillée de ses motifs (timidité ou sentiment d'infériorité), ou de tomber dans le discrédit (crainte de l'impopularité ou du mépris). Parfois, elle a du mal à exprimer une raison, surtout s'il s'agit de quelque chose qu'elle sent instinctivement. La situation peut lui rappeler une mauvaise expérience antérieure dont elle ne veut pas parler.

Les mésententes découlent d'un manque de communication ou d'un simple malentendu, et ce, plus souvent que l'on ne le croirait. Les personnes instruites y sont tout aussi susceptibles que d'autres¹⁰⁸.

Chacun raisonne à sa façon, perçoit et règle les problèmes différemment. Il n'est question ni de personnalité ni d'humeur, mais bien de différents types de raisonnements rationnels légitimes. Habituellement, d'importants segments de la population réfléchissent différemment. Plusieurs méthodes permettent d'analyser ce fait. Bon nombre de facteurs le sous-tendent; les permutations et combinaisons permettent de répertorier quelque cent vingt-huit styles de réflexion.

Néanmoins, pour la majorité des gens, une classification plus simple de cinq styles de réflexion de base suffit. Cette classification regroupe principalement les styles privilégiés par chacun.

Je les résume brièvement ci-après :

(a) Synthèse

Les personnes qui réfléchissent de cette façon sont créatives et aiment les débats, elles examinent les idées opposées et soulèvent de nouvelles perspectives. Elles peuvent éveiller des craintes chez les autres et ont parfois du mal à tirer une conclusion.

(b) Idéalisme

Les idéalistes souscrivent aux notions de participation démocratique et de consensus et aux principes durables. Ces personnes recherchent l'excellence.

¹⁰⁸ À l'égard de la formation à suivre pour éviter ce type de réaction, voir le chapitre 9.

(c) Pragmatisme

Les personnes qui adhèrent à ce mode de réflexion s'adaptent facilement, sont prêtes à faire des essais et à en tirer des leçons. Elles raisonnent par analogie ou au moyen d'anecdotes, et leurs propos peuvent sembler sans profondeur ou incompréhensibles.

(d) Analyse

Les analystes examinent minutieusement les éléments de preuve et recherchent la bonne réponse sur les plans logique et théorique. Ces personnes peuvent sembler lentes ou peu souples.

(e) Réalisme

Ces personnes trouvent rapidement une réponse qui réglera un problème tangible. Pour elles, c'est à l'usage qu'on peut juger de la qualité d'une chose. Elles n'ont pas la patience nécessaire pour les longues discussions¹⁰⁹.

Toute personne qui doit collaborer avec d'autres ou participer à des négociations tirera un grand profit de lectures ou de formation dans ce domaine. De plus, il s'agit, à mon sens, de l'un des sujets les plus fascinants et les plus révélateurs et devrait intéresser toute personne qui accorde de l'importance aux relations humaines.

Ce sujet explique en partie pourquoi deux collègues brillants peuvent avoir du mal à convaincre l'autre de son point de vue, voire de se comprendre mutuellement. Il nous aide également à comprendre pourquoi des amis peuvent croire que d'autres amis ne discutent pas objectivement ou s'écartent du sujet de discussion, pourquoi certaines personnes mettent plus de temps à prendre une décision ou semblent entêtées et rigides, et d'autres, changeantes, et pourquoi certains propos et comportements indiquent que la personne se sent obligée de prendre une décision sans tarder en raison des pressions exercées sur elle. La formation sur les styles de réflexion permettra de comprendre les méthodes et les arguments qui sont les plus efficaces selon l'école de pensée et les circonstances.

Lorsque les membres d'une cour discutent des appels à l'étude ou de questions d'ordre administratif et tentent de s'entendre sur la marche à suivre, certains constateront qu'ils partagent les mêmes points de vue et travaillent bien ensemble. La collégialité se développera alors naturellement, sans trop d'efforts.

Or, lorsqu'il y a divergence entre la philosophie, la démarche décisionnelle, l'expérience ou les habitudes particulières de deux collègues, il faudra plus d'efforts et de travail pour créer un esprit de collégialité entre eux. Il est alors utile de suivre les trois conseils suivants. Premièrement, intéressez-vous à ce collègue, à ses opinions et à ses souhaits, écoutez-le attentivement et tentez de le comprendre. Deuxièmement, faites l'effort de vous imaginer comment il perçoit la teneur et la forme de vos propos. Troisièmement, employez-vous à dissiper les malentendus et à éliminer la méfiance ou les différences qui vous séparent de ce collègue.

¹⁰⁹ Voir Allen Harrison et Robert Bramson, *The Art of Thinking*, Berkley Books, 1982 (ancien titre *Styles of Thinking*).

D. COLLÉGIALITÉ ET RÉDACTION DE JUGEMENTS

Dès le début de la vingtaine, les avocats apprennent à utiliser des mots tranchants comme un scalpel, mais ne sont généralement pas encouragés à donner à d'autres des encouragements par écrit. Ainsi, très peu d'avocats, et encore moins de juges, dégagent une grande chaleur humaine.

Il est très risqué pour un juge de faire mention dans son jugement d'autres juges de la formation, et il n'a pas à le faire. Chacun sait que les juges ont tous pris connaissance des autres projets de jugements. Il est acceptable pour les juges de faire mention d'un collègue uniquement pour indiquer qu'ils souscrivent en tout ou en partie aux motifs rédigés par ce dernier, ou encore qu'ils adoptent une partie des motifs rédigés par un autre membre de la formation.

En cas de décision partagée, chacun des juges qui rédigent une opinion peut, à bon droit, exprimer son désaccord avec diverses questions de droit ou de fait ou avec l'un des **avocats**. Toutefois, dans leurs motifs, les juges ne devraient pas exprimer leur désaccord avec les motifs d'un autre membre de la formation du tribunal ou les commenter, sous réserve de quelques exceptions limitées. Exprimer moins qu'un accord complet peut être interprété comme de l'ironie ou une remarque voilée. Quant aux éloges modérés, ils peuvent être considérés comme désobligeants ou condescendants. En fait, tout commentaire au sujet d'un collègue peut sembler placer ce dernier dans un rapport d'infériorité par rapport à l'auteur.

D'ailleurs, ne pas faire mention de collègues ou de leur raisonnement dans les jugements fait largement partie de la tradition des cours d'appel canadiennes. Il n'en est pas ainsi aux États-Unis, mais les professeurs américains font l'éloge de la méthode canadienne lorsqu'ils enseignent les principes de la collégialité¹¹⁰.

Il n'est pas nécessaire de faire mention de collègues. Le jugement qui rejette un argument de droit peut en préciser l'origine, à savoir le tribunal de première instance ou encore l'avocat de la partie appelante ou de la partie intimée. Si l'argument n'émane d'aucun d'eux, pourquoi en parler? Le jugement ne doit pas faire la revue générale de la documentation. Il peut arriver qu'un autre membre de la formation du tribunal soulève une question, mais qu'aucun des avocats ne retienne l'argument. L'auteur peut alors aborder le sujet ainsi : « Il est permis de penser que [...] ». »

Il n'est pas non plus nécessaire que l'auteur réplique à tous les points soulevés dans un jugement qui tire une conclusion contraire. De telles répliques peuvent en fait diminuer le poids des points de droit et de logique soulevés par l'auteur.

Si l'un des précédents à l'étude est un jugement rendu par un autre membre de la formation actuelle, il ne sert à rien de l'indiquer, surtout si ce jugement est cité à l'encontre de son point de vue dans le présent appel ou n'est pas suivi. De plus, même s'il n'est pas fait mention du nom du juge en question, il y a lieu de parler du précédent avec circonspection et respect. Le moment est bien mal choisi pour exprimer son désaccord avec la position prise dans ce précédent et ne pas le suivre (s'il a uniquement un caractère persuasif, bien entendu).

Le plagiat est inconvenant et scandaleux. Par conséquent, les juges ne devraient pas soulever dans leur projet de jugement des points tirés du projet de jugement d'un autre, sans obtenir au préalable sa permission ou sans en indiquer l'origine. (Les recoupements entre deux jugements rendus dans la même affaire ne constituent pas non plus une pratique judiciaire, mais pour d'autres raisons.)

¹¹⁰ Pour des exemples américains de termes contraires à la collégialité, voir Roscoe Pound (1953) 39 Am. Bar Assn. Jo. 794; Fuld (1962) 62 Colum. L. Rev. 923, p. 924; Ginsburg (1992) 67 N.Y.U. L. Rev. 1185, p. 1194-1195; Witkin, *Manual on Appellate Court Opinions*, 1977, p. 233 à 235 (par. 122). Pour un exemple exceptionnel d'une critique directe en Angleterre, voir Bridge L.J., dans *Goldsmith c. Sperrings* (CA), [1977] 1 W.L.R. 478, p. 508, 509, [1977] 2 All E.R. 566.

E. PROJETS DE JUGEMENTS D'AUTRES JUGES

1. Approche générale

L'auteur d'un projet de jugement qui reçoit les commentaires de ses collègues ne devrait pas envisager le processus comme une élection à gagner, un examen à réussir, voire une épreuve pénible à traverser.

Au lieu, il devrait y voir l'effort concerté fait par les membres d'une famille ou d'une équipe qui travaillent à une tâche commune en vue d'atteindre ensemble l'excellence. C'est comme se demander s'il y a assez de sel dans le plat qui est cuisiné, ou encore s'il y a un meilleur moyen de réparer un trou dans un mur ou d'enlever une tache sur un vêtement. Même le membre le plus utile de l'équipe ne peut exceller dans tous les domaines. D'autres juges de la cour peuvent posséder des connaissances, des compétences ou une créativité qui leur permettent de relever ou de proposer un point que l'auteur du projet de jugement n'a pas vu ou auquel il n'a pas pensé.

Personne n'est parfait, mais certaines personnes ne veulent pas que d'autres se rendent compte de leur faillibilité. Ces rares personnes ne peuvent pas tirer pleinement profit de propositions faites par leurs collègues.

Les juges d'appel devraient écouter le point de vue de tous leurs collègues, même celui qui fait cavalier seul, qui a moins d'aptitude, qui est moins sympathique ou qui travaille moins fort que les autres. Les différences philosophiques ne devraient pas non plus empêcher les juges d'appel de voir le bien-fondé des différents points de vue. Il se peut même que le faucon perpétuel ou le juge au grand cœur ait trouvé cette fois une véritable erreur, un précédent pertinent (d'application obligatoire même) ou un élément de preuve important qui a été oublié. L'intention ou la philosophie de ce collègue importe peu; la seule question qui se pose est celle de savoir si son commentaire pourrait être au moins en partie fondé cette fois-ci.

En fait, les commentaires d'autres juges n'ont pas besoin d'être justes pour être utiles. La question n'est pas de savoir si la solution proposée ou le résultat exact est correct, mais bien si l'auteur peut corriger ou améliorer son propre projet de jugement. Une critique même bâclée amène souvent l'auteur à préciser ou à améliorer les motifs qu'il a donnés à l'appui de ses conclusions.

Si son projet de jugement ne contient pas d'erreurs, l'auteur peut déduire des commentaires de ses collègues que certains passages sont difficiles à comprendre, ambigus ou trop succincts pour convaincre les lecteurs sceptiques. Deux critiques sont difficiles à réfuter : « Ce passage est difficile à comprendre. » ou « Oh, ce n'est pas ce que j'ai compris en le lisant. » Dans ce cas, c'est à la lecture qu'on peut juger de la qualité du texte.

D'ailleurs, plus l'auteur obtient de commentaires de collègues, moins il a de chance d'être mal compris par les avocats, les parties, les universitaires ou les médias (ou de les vexer sans le vouloir) lors de la publication du jugement définitif.

2. Promptitude

Les juges qui attendent trop longtemps avant de remettre leurs commentaires aux auteurs de jugements nuisent considérablement à l'efficacité de la cour. Si un membre de la formation saisie de l'affaire est responsable des attermoiements, il peut alors paralyser tout le processus.

Il est particulièrement injuste que les juges qui ont rédigé leurs projets de jugement une ou deux semaines après les plaidoiries soient obligés d'attendre plus de six mois avant de les publier en raison des attermoiements d'autres membres de la formation. Ce sont alors les auteurs qui semblent paresseux.

Les juges qui se comportent ainsi font preuve d'une grande impolitesse et envoient aux auteurs le message que leur travail n'est pas important ou n'est pas à la hauteur de leurs attentes.

Qui plus est, les retards causent tourments et préjudice aux parties au litige.

3. Attribution d'intentions

Peu importe leur opinion au sujet du projet de jugement ou de la position de leur collègue, les juges ne doivent pas faire de commentaires sur les intentions de ce dernier. Par exemple, les juges qui font des commentaires devraient s'en tenir aux faits et ne pas laisser entendre que l'auteur a un parti pris pour les banques ou les criminels ou n'est pas favorable à la *Charte*. Il convient encore moins pour les juges d'accuser un collègue de viser un objectif caché, d'utiliser des stéréotypes, de tenter de corriger une erreur passée, d'avoir un sujet de prédilection, de créer un précédent en vue d'une affaire qui sera entendue prochainement ou pour un autre motif indirect, ou de tenter de confirmer la décision rendue en première instance parce que le juge est un ami de longue date. Il n'y a pas lieu non plus de reprocher à un collègue sa tendance à penser comme un procureur, l'avocat de la défense, l'avocat d'un assureur, et ainsi de suite.

Les intentions ainsi attribuées peuvent très bien être fausses et sont toujours impossibles à prouver. Mais pire encore, elles nuisent à la collégialité et resteront dans l'air longtemps après que l'affaire à l'étude aura été oubliée. En fait, elles pourraient ne jamais être oubliées.

4. Diplomatie

Les juges doivent faire preuve d'une grande diplomatie, sans toutefois compromettre la clarté de leurs propos, lorsqu'ils formulent des commentaires à l'intention d'autres juges et les leur transmettent, notamment s'ils ne sont pas tout à fait d'accord.

Les considérations d'ordre diplomatique devraient dicter la formule utilisée pour les commentaires (écrits ou oraux, longs ou brefs, structurés ou officieux), le moment de leur transmission et le choix des destinataires (strictement confidentiel, membres de la formation seulement, ou tous les juges de la cour). Parfois, le choix de formule ou de destinataires dépend de la pratique de la cour ou de la nécessité d'agir avec transparence vis-à-vis des autres.

Généralement, il est plus facile d'agir avec tact lors de rapports plus étroits, de préférence en personne, sinon par téléphone ou, en dernier recours, dans une note écrite ou un courriel. Les rapports, quels qu'ils soient, contribuent davantage à créer un esprit de collégialité que leur absence totale. Par ailleurs, deux personnes qui entretiennent par courrier électronique une **correspondance** sur divers sujets non litigieux nouent des liens plus étroits.

La diplomatie influe grandement sur le moment de la transmission des commentaires. Avant d'envoyer une note exprimant son désaccord ou proposant des changements importants, l'auteur devrait réviser plusieurs fois son texte sur une période de plusieurs jours. Il devrait lire chaque version attentivement à tête reposée pour vérifier si son ton reflète tact et politesse.

Il ne faut jamais dactylographier rapidement un message de critiques et l'envoyer sur-le-champ par courriel au juge dont le travail est remis en question. C'est comme brandir un fusil de chasse armé, surtout si l'auteur et le destinataire n'ont jamais entretenu une correspondance amicale par courriel. Il est difficile de résister à cette tentation lorsqu'on envoie tous ses propres courriels. Il est peut-être moins efficace d'avoir recours à d'autres méthodes de communication ou de demander à une autre personne d'envoyer ses courriels, mais cette façon de faire sert de filet de sécurité empêchant l'envoi d'attaques mal ciblées.

Certains juges (et avocats) sont très susceptibles, et tous prennent leur travail très au sérieux. Une partie importante du travail des juges d'appel est de faire des commentaires sur les projets de jugements de collègues ou de débattre d'autres questions administratives ou litigieuses. Les commentaires irréfléchis ou mal expliqués peuvent causer de nombreux problèmes. En fait, s'ils ne sont pas formulés avec tact, ils peuvent causer un tort énorme. Il convient de formuler les suggestions de manière constructive dans une optique d'amélioration et non de détection des erreurs.

Cette règle s'applique à **toute** communication écrite qui risque de froisser quelqu'un, et c'est précisément ce qui peut arriver lorsque les juges font des commentaires au sujet du projet de jugement d'un autre juge (sauf s'ils expriment leur accord complet ou en font l'éloge). Il est essentiel de revoir les commentaires critiques sur une période de plusieurs jours et d'en réviser plusieurs versions. Sinon, l'auteur court le risque de manquer de tact et d'être vraisemblablement mal compris.

Les juges devraient rédiger eux-mêmes leurs commentaires sur le travail de leurs collègues. Il est très risqué de confier cette tâche aux stagiaires ou aux avocats-conseils de la cour. Ces collaborateurs n'entretiennent aucune relation de collégialité avec le destinataire. Cette façon de faire peut rapidement transformer une cour d'appel en neuf cabinets (cabinets des juges) concurrents.

Toute critique devrait être accompagnée d'une formulation de rechange. C'est d'ailleurs la pratique tacitement admise à la U.S. Third Circuit¹¹¹. Il y a plusieurs avantages à proposer une autre formulation ou une mesure différente : rendre la critique plus facile à comprendre, empêcher les mésententes, réduire la charge de travail, diminuer le nombre de va-et-vient par l'auteur initial qui doit régler le problème, favoriser la diplomatie en permettant au critique de reformuler son commentaire comme une proposition d'amélioration, et empêcher les critiques qui ne servent qu'à critiquer. L'auteur initial sera vraisemblablement moins vexé et plus susceptible d'adopter la suggestion. Bien souvent, le soi-disant critique constatera qu'il ne peut trouver une meilleure solution, que les mots qu'il voulait critiquer finissent par convenir mieux que ce qu'il croyait ou du moins sont préférables à beaucoup d'autres.

Inversement, lorsque leur collègue a rédigé un bon projet de jugement ou s'est donné beaucoup de mal pour le faire, les juges qui en font la lecture devraient le souligner.

À moins d'avoir une relation d'amitié avec l'auteur, il vaut mieux ne pas faire de commentaire sur le style. Dans le cas contraire, il devrait s'agir d'une question très hypothétique ou d'une simple suggestion.

¹¹¹ Coffin, *The Ways of a Judge*, 1980, p. 185.

F. NOTES INTERNES

Les commentaires applicables aux projets de jugements, y compris aux risques associés à la dactylographie et à l'envoi sur-le-champ de ses propres courriels, s'appliquent aussi aux notes de service internes.

Les notes de service qui ne portent pas sur les jugements concernent souvent les questions d'administration. Les personnes ayant une formation en droit ont rarement une formation en administration et causent souvent plus de difficultés qu'elles n'en règlent dans ce domaine. Ainsi, de telles notes doivent être rédigées avec retenue et diplomatie.

Les notes internes devraient être transmises uniquement aux personnes nécessaires. En deux générations, nous avons remplacé le papier carbone par la duplication à stencil, puis la photocopie et maintenant la distribution électronique. Or, l'économie d'efforts ne comporte pas uniquement des avantages, car il est très facile de simplement cliquer sur l'icône et d'envoyer un texte irrémédiablement et instantanément à chaque personne dont le nom figure sur une longue liste d'envoi.

Les inconvénients sont nombreux. Premièrement, une telle mesure porte atteinte aux liens de confiance plus qu'il n'est nécessaire. L'auteur peut avoir oublié que le texte contient ou cite une ou deux phrases dites en toute franchise dans un moment d'inattention qui n'étaient pas destinées à un vaste auditoire. Deuxièmement, de tels envois généraux amènent les gens à ne pas tenir compte des courriels qui ne leur sont pas destinés personnellement. Troisièmement, il s'agit d'une perte de temps pour tous (et peut-être même d'un gaspillage de ressources forestières), notamment si le document et ses pièces jointes sont volumineux.

Quatrièmement, une note diffusée à large échelle attire l'attention. Si le juge Smith envoie un courriel au juge Jones, avec une copie conforme à tous les juges de la cour, qu'est-ce que ça signifie? Parfois, c'est inoffensif, voire nécessaire. Toutefois, si la note critique les gestes ou propositions du juge Jones ou critique le juge lui-même, ou n'est pas rédigée avec suffisamment de tact, elle attire l'attention de façon théâtrale. Les déclarations négatives en privé sont adressées à une seule personne. Les déclarations adressées à un plus vaste auditoire sont toujours perçues comme des critiques visant ce plus vaste auditoire, peu importe l'intention. En fait, l'ordre des rubriques de la note est inversé. Il y est écrit : « Au juge Jones, c.c. à tous les juges de la cour, **Sujet : Places de stationnement** »; or, tout le monde y lit plutôt : « À tous les autres juges de la cour (c.c. juge Jones), **Sujet : juge Jones** ». Poser ainsi pour la galerie est désagréable, même humiliant. Par conséquent, il vaut mieux bien réfléchir avant d'envoyer des copies de toutes remarques critiques à un vaste auditoire.

Même s'il s'agit d'une note ainsi diffusée qui ne comporte pas de critiques, le destinataire se demande s'il veut ou doit répliquer avec une remarque critique.

De plus, toute règle ou pratique par laquelle il est nécessaire de tout diffuser à l'ensemble des juges de la cour (comme des commentaires sur un projet de jugement) devrait être réexaminée. Les objectifs visés pourraient ne pas justifier une telle mesure.

G. DISCUSSIONS À L'EXTÉRIEUR DES LOCAUX DE LA COUR

Il y a vingt-cinq ans, un juge d'appel, si des juges de première instance l'interrogeaient au sujet d'une décision récente de la cour d'appel, répondait qu'il n'avait pas fait partie de la formation saisie de l'affaire. Le mérite de cette position est douteux; en effet, en se lavant les mains de la position adoptée par une formation, le juge contribue à aggraver la situation.

Il est dans l'intérêt personnel de tous les juges de ne rien dire à personne à l'extérieur de la cour qui pourrait nuire à l'envergure de la cour. Les juges qui ne veulent pas (ou ne se sentent pas en mesure de) défendre les propos ou les gestes d'un collègue devraient tout simplement garder le silence. Les personnes qui ont du tact n'insisteront pas.

Plus l'auditoire est vaste et public, plus ces mises en garde sont pertinentes. Certains ne cherchent qu'à repérer les dissensions, et les histoires prennent de l'ampleur chaque fois qu'elles sont racontées. Le plus faible indice d'une mésentente ou d'une critique peut alors causer du tort.

Qui plus est, la personne responsable du dénigrement sera mal vue, surtout au bout d'un certain temps. Par exemple, lorsqu'un avocat critique publiquement son ancien cabinet, il est plus tard révélé que cet avocat avait lui-même tort. Les avocats (et les juges) d'un certain âge l'ont appris.

H. DÉBATS DANS LA SALLE D'AUDIENCE

Pendant les plaidoiries des avocats, les trois membres de la formation saisie de l'appel devraient témoigner du respect à l'égard de leurs collègues de la formation et des questions posées par chacun. Par exemple, toute nouvelle question constitue une interruption, à moins que la réponse à la question précédente n'ait été considérée comme satisfaisante par le juge qui l'a posée et l'avocat.

Les juges ne devraient jamais faire un croc-en-jambe à un collègue, par exemple en répondant à la question que ce dernier a posée à un avocat, en s'opposant à la question ou en la reformulant, ou encore en donnant à l'avocat des indications contraires à celles données par leur collègue. Si une telle chose se produit, le président de l'audience et l'autre juge de la formation devraient, à la pause suivante, le signaler clairement (et en privé) au juge fautif.

Il incombe au président de l'audience de veiller à ce que toutes les personnes présentes dans la salle d'audience (y compris les deux autres membres de la formation) se comportent convenablement¹¹².

I. RÉUNIONS ET ADMINISTRATION DU TRIBUNAL

Il est question des rapports avec le juge en chef au chapitre 12, partie B, ci-après.

Dans les cabinets d'avocats et les facultés de droit, rares sont les personnes qui aiment les réunions ou l'administration, mais il s'agit d'un mal nécessaire. Les juges d'appel ne font pas exception, mais ils devraient tous faire un effort particulier pour ne pas transformer leur antipathie pour le sujet en antipathie manifeste pour les gestes et points de vue des autres participants ou pour les participants eux-mêmes.

¹¹² Voir le chapitre 12, partie A.

Il y a affrontement de deux principes. D'un côté, il y a la démocratie et l'égalité des juges, et de l'autre, le principe voulant que le pouvoir et la responsabilité aillent de pair; nul ne devrait être tenu d'assumer des responsabilités sans être investi du pouvoir correspondant.

Dans le cas de questions administratives ou logistiques (et non de régler des appels), chacun doit faire au moins sa part de compromis. Les juges ne prêtent pas le serment de décider des questions administratives en toute indépendance en tenant compte du droit et en agissant selon sa conscience. En ce qui concerne les questions administratives, il n'y a pas de place pour la dissidence après qu'une décision a été prise régulièrement. L'obéissance et la collaboration de chacun sont nécessaires.

Les juges qui s'apprêtent à poser un geste de nature administrative devraient avoir recours aux consultations plus que prévu ou nécessaire. Quant aux personnes qui ne participent pas à une activité, elles devraient éviter de s'en mêler, limiter le plus possible leurs plaintes au sujet des décisions et essayer de ne jamais se plaindre de l'absence de consultations proprement dites.

Ainsi, les concessions qui sont faites de part et d'autre par les juges d'appel stimulent la confiance et contribuent à éliminer les malentendus et à éviter les erreurs ou les problèmes.

Quand il s'agit de questions administratives, il est permis à la personne qui n'est pas chargée de telles questions de faire une suggestion avec tact et réserve dans un objectif d'amélioration, une suggestion que l'administrateur à qui elle est faite est libre d'écarter. Toutefois, le silence est souvent préférable. Lorsqu'une personne ou un comité a été chargé d'étudier une question d'ordre administratif ou d'en surveiller la mise en application, les critiques peuvent avoir de graves conséquences.

Nul ne devrait critiquer les personnes chargées de telles tâches avant de se poser la question suivante : « Suis-je prêt à assumer moi-même cette tâche administrative? »

Cette réflexion vaut plus qu'un échange de mauvais procédés et n'est pas assimilable à un simple argument personnel (*argumentum ad hominem*)¹¹³. Elle comporte trois avantages :

1. Il y a généralement plus d'une méthode de gestion, et chacune sera efficace si elle est appliquée avec régularité. En revanche, faire la navette entre deux méthodes contradictoires et faire des compromis illogiques ne fonctionnent pas. Dans un tel contexte, deux ou trois personnes très compétentes ayant le mandat de construire un cheval pourraient quand même finir par concevoir un chameau, ou un cheval à deux têtes.
2. Les critiques peuvent engendrer le ressentiment, la résignation ou l'agressivité passive de la part de la personne à qui la tâche a été confiée initialement.
3. Les critiques pourraient entraîner la participation de leur auteur au comité ou au groupe de travail.

Qui plus est, l'expérience démontre que les nouvelles propositions d'ordre administratif comportent rarement de grands risques, peu importe l'impression alors ressentie.

¹¹³ À cet égard, voir le chapitre 16, partie I.1.

J. PARTAGE DES RESSOURCES

Rien n'est plus contrariant pour les avocats ou les juges que de ne pas avoir d'adjoint (secrétaire), ou d'avoir à se fier à un adjoint dont les autres tâches prioritaires l'empêchent de faire le travail de ces avocats ou juges. Une telle situation est plus que contrariante, elle est extrêmement démoralisante. Dans une telle situation, l'adjoint qui a plusieurs patrons ne fera pas long feu, à moins de recourir au favoritisme ou à d'autres jeux de pouvoir.

Par conséquent, le partage d'un adjoint par deux juges d'appel est une source continuelle de problèmes, qui peut se transformer rapidement en catastrophe lorsque trois juges ou plus se partagent les services d'un seul adjoint. Il convient de déterminer après mûre réflexion quels juges partageront les services d'un adjoint.

En cas de partage des services d'un adjoint, les deux juges devront faire des compromis tous les jours pour ne pas donner à l'adjoint des directives contradictoires. Les mêmes problèmes se poseront si le partage vise les services de stagiaires en droit (auxiliaires juridiques) ou des avocats-conseils de la cour. Certains juges réussissent à donner aux stagiaires l'impression que leur travail est plus urgent et plus important que celui d'autres juges. D'autres problèmes se poseront aussi, car il peut arriver que les deux juges qui partagent les services d'un stagiaire ou d'un avocat-conseil de la cour aient des opinions divergentes au sujet du même appel. En effet, l'un d'eux pourrait rédiger le jugement de la majorité, et l'autre, des motifs dissidents. Le cas échéant, la recherche, la rédaction et l'édition de textes pourraient soulever des questions de loyauté et de confidentialité.

Il n'y a que deux approches possibles au partage des ressources. La première est de choisir avec soin au préalable deux juges qui se font entièrement confiance, qui sont des gens coopératifs et pleins d'égards et qui n'ont besoin que des services à temps partiel d'un chercheur, d'un éditeur de textes et d'un rédacteur. La deuxième est d'établir un certain nombre de règles très rigides, de les appliquer et de vivre de manière bureaucratique. La question de savoir si la recherche d'un stagiaire est confidentielle et dans quelles circonstances elle est confidentielle figurerait au nombre des sujets visés par ces règles.

Si ces problèmes ne sont pas réglés d'avance, mais que les ressources sont partagées, ce n'est qu'une question de temps avant que le travail ne cesse d'être fait et que certains juges éprouvent du ressentiment l'un envers l'autre.

K. PLAN PERSONNEL

Lorsqu'ils participent à des activités agréables ensemble, les membres d'une cour développent une appartenance à l'entité qu'est la cour. Ils pensent alors à la cour plutôt qu'aux individus, et aux objectifs et au bien-être de la cour plutôt qu'aux leurs.

Il n'y a pas de mal à nouer des liens d'amitiés avec ses collègues, et ces liens peuvent favoriser grandement la cohésion et la bonne entente au sein de la cour. Il convient donc d'encourager les juges à se fréquenter, dans la mesure où chacun est à l'aise de le faire et que personne n'y est contraint.

Les déplacements constituent une bonne occasion pour les juges de développer des liens sociaux. Si un certain nombre de juges se rendent à l'extérieur de la ville pour suivre une formation ou que la cour organise une retraite ou une conférence annuelle, les juges devraient réserver un soir pour une sortie au restaurant en groupe. Si certains juges se rendent dans une autre ville pour l'audition d'une affaire, ils devraient souper ensemble et inviter leurs collègues qui vivent dans cette ville à se joindre à eux. Les réunions sont souvent l'occasion d'organiser un souper de groupe par la suite.

Pour briser la glace, la cour peut organiser tous les ans un pique-nique ou une promenade en traîneau pour les employés, leurs conjoints et leurs enfants. Elle peut aussi organiser une rencontre le midi pour souligner la fête de Noël ou une autre occasion.

Les avocats et les juges n'ont pas de formation en psychologie, mais ils s'y connaissent en matière de confidentialité et de travail. Ainsi, les juges qui se heurtent à des problèmes personnels ou familiaux ou qui vivent un changement majeur (comme un déménagement ou des rénovations domiciliaires qui tournent au cauchemar) auront le réflexe de ne pas en parler et de persévérer malgré tout. Or, par malchance, la pression au travail peut augmenter au moment même où les juges se montrent revêches, taciturnes et distraits en raison de leurs problèmes personnels. La collégialité est alors manifestement en danger.

Par conséquent, les juges devraient prendre du recul s'ils constatent qu'un de leurs collègues semble plus susceptible, plus distrait ou déprimé (ce qui peut entraîner en soi d'autres symptômes). C'est le moment de se montrer attentif et intéressé, de faire preuve de compassion et d'agir avec diplomatie et tact.

Il n'y a pas de solution universelle facile dans de telles situations, mais il ne fait aucun doute que l'inaction (ou les représailles) sans réfléchir ou poser de questions ne figure pas au nombre des solutions de rechange réalisables (ou acceptables sur le plan moral). Il serait inhumain et plus néfaste que bénéfique de se fâcher contre un collègue dont le conjoint ou le parent est à l'article de la mort. Bien souvent, le simple fait de se demander si le collègue a un problème constitue une première étape importante. Parler en confidence à un ami de ce collègue pourrait être utile dans un deuxième temps.

L. MENACES SYSTÉMIQUES À LA COLLÉGIALITÉ

Nous avons vu que la collégialité est menacée lorsque les juges d'une cour n'habitent pas tous dans la même ville ou ne travaillent pas tous dans des bureaux à proximité.

Une cour de plus grande taille peut se heurter à des problèmes semblables. Sur le plan qualitatif, le cabinet d'avocats qui compte (disons) plus de huit associés est différent du cabinet de plus petite taille. Il en est vraisemblablement ainsi d'une cour d'appel. Il a été largement soutenu que la U.S. Ninth Circuit Court (responsable de toute la partie occidentale des États-Unis) compte un si grand nombre de juges qu'elle a atteint, voire dépassé, les limites de la collégialité. Il est douteux qu'une cour d'appel au Canada en soit rendue à ce point, mais il faut se demander s'il conviendrait de limiter la taille des cours d'appel pour que le nombre de juges y siégeant ne dépasse pas vingt-cinq juges, par exemple¹¹⁴.

¹¹⁴ Voir Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e éd., 2003, p. 602.

Les tribunaux judiciaires *ad hoc* peuvent poser problème. Pensons notamment à la Cour d'appel de la cour martiale, aux cours d'appel territoriales et à la Cour divisionnaire de l'Ontario. (Les trois cours d'appel territoriales ne sont pas réellement des cours *ad hoc*, parce que la majorité des juges qui y siègent provient d'une même cour d'appel provinciale.) Il ne peut vraisemblablement pas y avoir d'esprit de collégialité lorsque des personnes qui se connaissent très peu sont soudainement et provisoirement contraintes de collaborer, de se faire confiance et d'engager un débat. Il est sans doute préférable que les formations de juges de ces cours *ad hoc* ne changent pas trop souvent. En fait, même le recours fréquent aux services de juges de première instance ou de juges d'appel de l'extérieur présente certaines difficultés, outre les problèmes d'ordre géographique.

M. LIMITES DE LA COLLÉGIALITÉ¹¹⁵

La collégialité peut être acquise à un prix trop élevé. Elle constitue autant le moyen d'arriver à diverses fins qu'une fin en soi. Les juges d'appel doivent donc veiller à ne pas laisser l'amitié, la politesse ou l'atmosphère de club nuire à leur bon jugement quant à l'issue d'un appel.

1. Ouverture d'esprit

Il est essentiel que les juges soient susceptibles d'être persuadés par la preuve jusqu'à la fin du processus d'appel. En général, il n'y a pas de grand risque à connaître les opinions préliminaires des collègues. Toutefois, tout argument, présenté par l'un des avocats ou un stagiaire de la cour ou tiré d'un manuel, peut survenir à tout moment ou être réévalué à tout moment. Il en va de même de tout élément de preuve qui vient d'être repéré dans les cahiers d'appel. Les opinions peuvent alors changer à juste titre. Les stores et les fenêtres doivent toujours être ouverts.

2. Intrigues

Il est dangereux, voire contraire à l'éthique, pour deux juges d'une formation de négocier le résultat d'un appel avant que le troisième juge n'ait eu l'occasion de se prononcer. (S'il y a partage irrévocable, la situation est différente et la question est désormais de savoir comment formuler l'opinion de la majorité.) Par analogie, il n'est généralement pas judicieux pour les membres d'une formation de s'entendre sur un projet de jugement avant d'avoir donné aux autres juges de la cour la possibilité d'en prendre connaissance, si la pratique de la cour est de permettre à tous les juges de la cour de commenter les projets de jugements. (Il peut y avoir des cas d'exceptions, p. ex., dans des affaires importantes ou complexes.)

Cependant, il ne convient pas d'interdire toutes communications au sujet d'un appel entre seulement deux juges de la formation saisie de l'affaire, d'autant plus si le troisième membre de la formation n'est pas disponible, a déjà souscrit au point de vue de l'un des deux, ou encore si les trois juges ont entendu les plaidoiries et discuté à fond de l'affaire et que, de toute évidence, le troisième juge ne souscrit pas à la prise de position des deux autres juges et compte rédiger une opinion dissidente.

Il n'y a pas de mal non plus à ce qu'un des juges de la formation demande à un stagiaire ou à un avocat-conseil de la cour de faire une recherche ou de rédiger une note relativement à un appel, que les deux autres juges soient ou non d'accord¹¹⁶.

¹¹⁵ Voir aussi la partie C ci-dessus.

¹¹⁶ Voir la partie C.2 ci-dessus, qui traite de la question de savoir si les membres de la formation devraient discuter d'une affaire avant les plaidoiries.

3. Pensée de groupe

Il appartient à chacun des juges faisant partie d'une formation de se prononcer sur le fond de chaque appel examiné. Les juges ne doivent pas se laisser influencer indûment par d'autres points de vue, et encore moins se laisser dicter leur position, que ce soit par les autres membres de la formation, des factions ou écoles de pensée au sein de la cour, le juge en chef, l'ensemble des juges de la cour, ni même par les points de vue prédominants dans les milieux juridique ou universitaire en général. Au bout du compte, il n'y a pas de place pour la loyauté. Les juges d'appel doivent se prononcer sur les appels en évitant la pensée de groupe et en résistant à la tentation de faire plaisir à des amis au sein de la cour ou à leurs collègues pleins d'esprit qui sont les plus charmants, astucieux et sympathiques.

4. Motifs concordants

Les juges d'appel devraient rédiger une opinion concordante distincte uniquement pour des raisons probantes, d'abord parce qu'il s'agit d'un gaspillage de temps et de papier et que des motifs concordants peuvent créer de la confusion quant à la *ratio decidendi*¹¹⁷. De plus, l'auteur (ou son stagiaire) doit y consacrer beaucoup de temps.

Néanmoins, ni ces considérations, ni la collégialité ne devraient amener les juges d'appel à souscrire à des motifs (ou à un résultat) avec lesquels ils ne sont pas vraiment d'accord. (S'il ne s'agit que d'une question de style de rédaction, c'est très différent.) Il est étonnant de voir que les jugements de certains juges d'appel forment un tout harmonieux, mais que leurs décisions concernant les jugements auxquels ils souscrivent manquent parfois de cohérence. Voilà qui explique peut-être en partie le manque de cohérence de règles de droit établies dans deux appels.

Il convient de rédiger une opinion distincte pour arriver à la même conclusion par un autre chemin ou proposer un point de vue de l'état du droit qui aurait pour effet de restreindre ou d'élargir la portée des décisions rendues (surtout le droit établi). Cependant, il est douteux que des motifs concordants doivent avoir pour objectif d'interpréter l'opinion majoritaire, peu importe la fin.

N. ACCESSIBILITÉ

Cet aspect de la collégialité est examiné dans la partie B du chapitre 4, ci-dessus.

¹¹⁷ Voir par exemple *Boos c. Barry* (1988) 108 S. Ct. 1157, 485 U.S. 312; Ginsburg (1990) 65 Wash. L. Rev. 133, p. 148; Witkin, *Manual on Appellate Court Opinions*, 1977, p. 186 (par. 98). Cf. le chapitre 10 sur la dissidence.

CHAPITRE 9 – CLARTÉ

– [...] *Dans les rapports de police, le réalisme est poussé à l'extrême, et pourtant le résultat, il faut bien l'avouer, n'est ni captivant ni artistique.*

– *On doit opérer une sélection et faire preuve d'une certaine sagesse pour produire un effet réaliste, remarqua Holmes. Ce qui laisse à désirer dans les rapports de police, où on insiste peut-être plus sur les platitudes proférées par le magistrat que sur les détails, qui constituent pour un observateur l'essence vitale de tout le problème.*

– Une affaire d'identité

A. IMPORTANCE

Dans le présent chapitre, les juges sont invités à s'exprimer, oralement et par écrit, de manière simple, exacte et sans l'ombre d'un doute.

Pourquoi la clarté est-elle nécessaire en cour d'appel? Premièrement, elle permet d'éviter les malentendus, qui occasionnent gaspillage, préjudice et difficultés. Les malentendus peuvent être réels et spontanés ou créés de toutes pièces. Lorsqu'elle rend un jugement ou donne un avis de pratique, la cour d'appel donne un ordre. Les personnes visées par l'ordre qui en sont irritées ou veulent s'y dérober l'interprètent souvent avec ingéniosité de manière à ce que leur situation constitue une exception. Ces personnes sont généralement des avocats, mais parfois aussi des juges de première instance. La clarté fait obstacle à de telles situations.

Deuxièmement, la clarté met en lumière le raisonnement confus et permet de l'éviter¹¹⁸. Lorsque la formation saisie d'un appel examine un jugement possible, l'un des juges peut dire : « Je vais essayer de le rédiger et nous verrons. » Le raisonnement explicite exposé étape par étape permet de déterminer si la logique suivie et l'analyse de la preuve se tiennent. Les difficultés de rédaction du projet de jugement font généralement ressortir les lacunes ou les failles dans le raisonnement. D'ailleurs, bon nombre de personnes règlent un problème ou vérifient une hypothèse en rédigeant clairement une solution possible¹¹⁹.

Troisièmement, les gens lisent les textes rédigés avec clarté. Ils lisent volontiers les textes intéressants. Très peu lisent les écrits longs et arides (même s'ils disent le faire), et encore moins les assimilent. Les écrits confus constituent une entrave, comme les chemins boueux. Ils ne servent qu'à des fins malhonnêtes, c'est-à-dire à décourager la lecture, ou à en faire un objet adulé, qui n'est toutefois pas compris¹²⁰.

¹¹⁸ Voir le chapitre 16, et notamment les parties E et F.

¹¹⁹ Voir Traynor (1957) 24 U. Chi. L. Rev. 211, p. 218; Lasky (1961) 49 Cal. L. Rev. 831, p. 838, 839, 844; Coffin, *The Ways of a Judge*, 1980, p. 57, 147.

¹²⁰ Voir les traductions ironiques « Translations » de Zimel (1959) 43 Jo. Amer. Judic. Soc. 63.

S'il y a encore des personnes qui croient que les lecteurs persévéreront même si les écrits sont confus, l'annexe B anéantira de telles illusions.

Enfin, les écrits clairs et simples convainquent et renforcent les précédents. Les juges ne peuvent se contenter d'un travail à l'état brut; ils doivent le finaliser et le peaufiner pour ne pas s'attirer le mépris des lecteurs¹²¹.

B. EFFICACITÉ DE LA CLARTÉ

Les juges d'appel doivent toujours s'exprimer clairement. Ce sont souvent les discussions de vive voix qui donnent lieu aux mésententes ou créent de la confusion, en raison de leur nature spontanée, de la négligence des gens, de la politesse excessive et de l'écoute sélective. Les conversations devraient donc être aussi claires que possible.

Les notes de service internes d'une cour d'appel peuvent également porter à confusion ou offusquer les lecteurs, même si elles ne le visent nullement. Plus elles sont dactylographiées rapidement et envoyées sans tarder, moins elles sont claires.

Il est évident que les règles de la cour ou les avis de pratique doivent être rédigés avec clarté.

La nécessité de rédiger des motifs de décision clairs devrait également être évidente, mais il n'en est rien. Tous les avocats et juges ont déjà livré bataille au sujet de précédents qui manquaient de clarté; pourtant, les juges actuels ne reconnaissent pas tous la source précise de ce mal et n'en ont donc pas tiré de leçons.

Certains juges croient que les motifs de décision devraient être longs, imposants et menaçants, comme les édifices de l'Est et de l'Ouest du Parlement de 1864 à Ottawa. Pourtant, c'est tout le contraire.

C. RÉDACTION D'ÉCRITS CLAIRS

1. Sources d'aide

L'espace limité me permet de ne mentionner que quelques façons de rédiger avec clarté. Le meilleur moyen d'apprendre est de suivre un cours sur la façon de rédiger simplement et clairement. D'excellents cours d'été sur la rédaction de jugements sont offerts aux juges canadiens. De nombreux ouvrages expliquent la façon de s'y prendre, dont les suivants :

Strunk & White, *The Elements of Style*¹²²

Goldfarb & Raymond, *Clear Understandings: A Guide to Legal Writing*¹²³

Berry, *Writing Reasons: A Handbook for Judges*¹²⁴

Joseph M. Williams, *Style: Toward Clarity and Grace*¹²⁵

¹²¹ Voir Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, 1990, p. 44, 134, 136.

¹²² 3^e éd., Collier-Macmillan, 1979.

¹²³ Random House N.Y., 1982, repr. 1988, Goldenray, Tuscaloosa Ala.

¹²⁴ 2^e éd., 2001 E-M Press, Victoria.

¹²⁵ U. of Chicago Press, 1990, c.s. 1995.

Louise Mailhot et James Carnwath, *Écrire la décision : Guide pratique de rédaction judiciaire*¹²⁶

*Rédaction : rédiger des écrits d'ordre juridique*¹²⁷

2. Méthode de base

Les lecteurs de ce chapitre seront, en majorité, des juges qui rédigent des jugements rendus en appel. Je vous fais donc part directement, à vous les lecteurs, de mes conseils.

Si vous voulez rédiger un texte utile ou facile à lire, déterminez d'abord à qui il s'adressera. Abordez des sujets d'intérêt pour les destinataires, tout en tenant compte de leurs connaissances ou de leurs lacunes. Si votre texte n'est ni intéressant, ni utile, personne ne le lira. S'il est difficile à lire, personne n'en terminera la lecture. Ne parlez pas de ce qui vous intéresse. Par exemple, n'écrivez pas dans votre jugement quelle recherche vous avez faite et quelle démarche logique vous avez suivie pour arriver à votre décision. Le récit de ces faits ne sert à rien et embrouille les points de droit. Parler de soi, de son travail ou de ses intérêts dans ses écrits est une écriture centrée sur l'auteur. Dans les cours de justice, c'est plutôt une écriture axée sur les lecteurs qui est requise.

Les pires écrits sont ceux dans lesquels les auteurs tentent d'épater la galerie; ils semblent dire : « Voyez comme je suis instruit, regardez comme je travaille fort. »

Tout aussi inefficace ou presque est l'écriture à destinataires multiples¹²⁸. Lorsqu'ils ne connaissent pas les destinataires de leurs textes ou n'ont pas décidé pour qui ils l'écrivent, les auteurs touchent à tout et créent un méli-mélo servi pour plaire à tous les goûts.

Faites le contraire. Avant de commencer la rédaction, décidez si le jugement s'adressera principalement aux parties (jugement visant à corriger une erreur) ou aux juges et aux avocats de demain (jugement visant à créer le droit). Le corps du jugement sera élaboré presque entièrement en fonction de votre choix de destinataires. Ces destinataires ont-ils besoin de renseignements très détaillés? Quels éléments leur importent? Faut-il d'abord les mettre au courant de la situation? (Un rappel des faits est toujours utile.)

Par où faut-il commencer? Énoncez d'abord brièvement les principales questions en litige, afin que les lecteurs sachent à quoi s'attendre. Le jugement n'est pas un roman à énigmes; il convient d'annoncer le résultat ou le thème dès le début. Si le jugement compte plus de huit ou dix pages, expliquez-en l'organisation et utilisez des rubriques semblables.

Wagner présente souvent très tôt le thème qui sera plus tard dominant dans les parties clés de son opéra, tout comme cela se fait essentiellement dans l'ouverture d'autres opéras¹²⁹. De plus, les auteurs de bons jugements reformulent ou regroupent les questions en litige; ils ne se contentent pas de les reprendre des mémoires et de les évaluer à tour de rôle¹³⁰.

Il faut bien concilier l'exposé des faits et l'examen des questions de droit qui suivront.

¹²⁶ Éditions Yvon Blais, 1998.

¹²⁷ Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec, Yvon Blais.

¹²⁸ Voir Stevenson, (1975) 59 *Judicature* (n° 3), p. 134.

¹²⁹ Voir Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, 1990, p. 55.

¹³⁰ Posner, *op. cit. supra*, p. 144.

Lorsque vous passez d'un sujet au suivant, indiquez-le clairement. S'il y a un lien entre les sujets ou une distinction à faire, il est utile de faire la transition au moyen d'une phrase comme celle-ci : « Voilà qui met fin à notre examen des anciennes règles de common law; penchons-nous maintenant sur les modifications législatives qui y ont été apportées. »

3. Principes de rédaction

Il a été question ci-dessus du sujet et de la forme. Examinons maintenant sept principes régissant la teneur de jugements bien rédigés.

(a) *Soyez concis*

Soyez le plus concis possible, sans toutefois utiliser un style haché ou sibyllin. Rédigez des phrases et des paragraphes courts. Évitez les répétitions et gardez uniquement les mots qui ont un but précis. Supprimez les phrases verbeuses.

Lorsque vous examinez une question, ayez toujours un but précis, comme prouver que le droit vous dicte votre conclusion. Veillez à ne pas importer et reconstruire la thèse que le lord Blackburn a formulée au sujet des idées du juge Willes, à moins qu'elle ne serve d'assises à votre jugement. Souvent, la simple énumération des règles de droit, de la jurisprudence et de la doctrine ne fait que créer de la confusion et gaspiller du papier. De plus, si vous n'y adoptez pas une position claire, vos propos peuvent être mal interprétés très facilement. Si vous reformulez une règle de droit établie, quelqu'un soutiendra plus tard que vous l'avez modifiée¹³¹.

Il est périlleux de discuter longuement de l'argument d'un des avocats, sans toutefois l'adopter clairement¹³². Pires encore sont les motifs décousus qui décrivent de nombreuses causes portant sur divers points de droit, puis qui annoncent abruptement la position adoptée. Cette façon de faire laisse entendre que la raison se cache quelque part dans l'un de ces sujets et laisse planer le mystère. L'auteur souscrit-il à certains des textes faisant autorité qui ont été cités? Le cas échéant, lesquels? Le mystère, c'est l'antithèse de la clarté.

Supprimez les heures, les dates et les sommes qui ne sont pas essentielles aux questions en litige. Elles ennuient la plupart des lecteurs. Elles sont source d'irritation et ralentissent les lecteurs consciencieux.

Il n'y a pas de méthode parfaite de rédaction du premier jet.

Lorsque l'on dicte (à l'aide d'un dictaphone ou d'un logiciel de reconnaissance de la voix), il est très difficile d'utiliser une langue simple, concise et rigoureuse. Si vous devez dicter, préparez d'abord un plan détaillé. Si vous dactylographiez rapidement, votre premier jet risque quand même d'être trop verbeux. À moins de toujours dactylographier lentement, vous produirez un texte plus succinct si vous rédigez le premier jet à la main¹³³. En revanche, les juges qui dactylographient rapidement peuvent briser la glace et dactylographier un premier jet rapidement. De plus, grâce à l'ordinateur, il est beaucoup plus facile de réorganiser l'ordre.

¹³¹ Voir le chapitre 11, partie D.2; Posner, *op. cit. supra*, p. 45, 135; Black & Richter (1993) 16 Dal. L.J. 377, p. 380-381; McCormick (1998) 9 Sup. Ct. L. Rev. (2d) 463, p. 470.

¹³² Voir le chapitre 11, partie D.3.

¹³³ Kitto, réimpression de l'article de 1973, (1992) 66 Aust. L.J. 787, et sous la direction de Sheard, *A Matter of Judgment*, Judicial Commission of New South Wales, 2003, p. 69, 76.

(b) Utilisez une langue simple

Si vous rédigez en anglais, utilisez un style incisif et concis et des mots d'origine anglo-saxonne. Les mots à plusieurs syllabes sont plus difficiles à comprendre pour tous les lecteurs, même s'ils sont instruits. Si vous rédigez en français, ne précédez pas la proposition principale de la phrase d'un trop grand nombre de propositions relatives¹³⁴.

De plus, les mots savants sont souvent trop abstraits et trop vagues. Une écriture abstraite qui ne contient pas d'exemples concrets affaiblit le discours et crée souvent de la confusion. Le terme « oppression » est vague; saigner à blanc une entreprise en gonflant ses dépenses, voilà qui est clair.

N'utilisez pas de nouveaux termes. L'utilisation d'une série d'acronymes inventés, mais semblables, figure au nombre des vices modernes.

Utilisez le mode indicatif (plutôt que le subjonctif ou le conditionnel), la forme active (plutôt que la forme passive) et des verbes (plutôt que des participes présents ou des substantifs). Le français fait une trop grande utilisation de la voix passive¹³⁵. Ne dites pas « incompatibilité des dispositions législatives avec la *Charte* ». Utilisez des phrases simples, composées d'un sujet et d'un verbe rapprochés, qui ne sont pas séparés par des éléments secondaires.

Utilisez un logiciel de vérification de grammaire pour évaluer votre texte et voir son niveau de difficulté (phrases courtes, mots simples).

Si vous devez exposer un ensemble de faits détaillés ou complexes, tentez de les simplifier au moyen d'un tableau, d'un diagramme, d'un organigramme ou d'une carte.

(c) Évitez les citations

N'ayez pas recours aux citations, à moins qu'il s'agisse d'une citation brève, qui est extraordinaire ou stupéfiante. Les citations à l'intérieur de citations sont plutôt saugrenues. N'ayez pas recours à la technique du couper-coller; repiquer des paragraphes de textes déjà rédigés (même si vous en êtes l'auteur) relève du style bouffi, qui était en vogue à une autre époque, antérieure aux années 1970. Citez uniquement les parties essentielles d'une loi, et résumez les autres brièvement.

(d) Utilisez la forme affirmative

Faites attention aux doubles négations, voire aux négations triples ou quadruples, un vice propre à la langue juridique. Essayez de lire le passage suivant :

[TRADUCTION]

Il est impossible de nier entièrement l'influence négative des auteurs d'ouvrages de doctrine dont le style de rédaction les empêche de ne pas mettre l'accent sur ce que, à leur avis, même inconsciemment, le lecteur ne devrait pas éviter.

Si vous comprenez cette phrase, vous avez été exposé à la maladie. Si cette phrase ne vous choque pas, vous avez besoin de soins professionnels. Si elle vous plaît, vous êtes porteur de la maladie.

¹³⁴ Suivant les renseignements obtenus d'un collègue.

¹³⁵ C'est ce qu'un collègue m'a dit.

Je l'avoue, j'ai inventé de toutes pièces le passage en retrait ci-dessus. Cependant, il y a pléthore de négations multiples dans le sommaire d'un arrêt publié récemment dans un recueil canadien de jurisprudence. L'auteur n'était certes pas un juge :

[TRADUCTION]

Le juge d'appel a commis une erreur en infirmant la décision du juge de première instance d'exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accepter la justification donnée par la partie défenderesse pour expliquer son inobservation de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. En tant qu'entreprise défenderesse, la partie défenderesse devait établir en appel que, du fait du délai, il avait été porté atteinte à son droit à un procès équitable. Rien dans le dossier n'indiquait que la partie défenderesse avait été empêchée de présenter une défense pleine et entière. Aucun élément de preuve n'établissait que le délai antérieur à l'accusation avait nui à l'équité du procès. S'agissant du délai postérieur à l'accusation, la partie défenderesse ne pouvait invoquer la présomption de préjudice résultant de l'écoulement du temps eu égard à un accusé en particulier. La déduction de préjudice résultant du seul écoulement du temps est liée aux droits à la liberté et à la sécurité de l'accusé, mais non à son droit à un procès équitable. La personne morale ne jouit pas des droits à la liberté et à la sécurité de la personne garantis à l'art. 7 de la *Charte*. N'étant pas saisi d'une preuve de préjudice réel, le juge d'appel a eu tort de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour la tenue d'une nouvelle audience. Il a également commis une erreur en déclarant que l'examen de la demande fondée sur l'al. 11b) aurait dû s'effectuer à la fin du procès. La demande de sursis d'exécution fondée sur le manquement à l'al. 11b) est généralement examinée avant le procès en l'absence de circonstances inhabituelles, inexistantes en l'espèce¹³⁶.

(e) Recherchez la pureté

Ne nuancez pas inutilement vos propos. À l'université, nous avons appris à nous méfier des déclarations catégoriques, ce qui explique pourquoi nous établissons des nuances (« souvent », « parfois », « bon nombre »). Puis, nous parsemons nos phrases de conditions (« dans l'hypothèse où... » ou « sous réserve de ce qui précède... » ou « dans la mesure où... »). Craignant malgré tout les répliques ou les critiques, nous faisons des orphelines de nos phrases déjà pauvres. Nous écrivons des trucs comme « Il peut être soutenu que... » ou « pas injustifiable » ou « n'est pas incompatible avec » ou « il est permis de lui pardonner la conclusion que... » (ce qui crée aussi des négations doubles).

Les tergiversations dans l'écriture ne sont pas une solution à l'incertitude. Lorsqu'ils rédigent leurs motifs de décision ou préparent leurs observations écrites, les juges ou les avocats ne passent pas un examen à l'université, ni ne rédigent une dissertation ou un article à paraître dans une revue spécialisée.

Il est préférable de bien réfléchir et d'en arriver à une conclusion définitive. Énoncez alors clairement et simplement le résultat voulu, une fois que vous en êtes convaincu.

¹³⁶ Je souligne.

(f) Tenez-vous en à l'essentiel

Penchez-vous uniquement sur l'essentiel. Laissez tomber les sujets moins importants. Il y aura rarement six raisons convaincantes à l'appui d'une conclusion dans un litige. Si les six raisons sont énumérées, mais que quatre d'entre elles sont fragiles, les deux autres sembleront elles aussi fragiles, voire fragilisées¹³⁷, notamment si vous intercalez les raisons convaincantes parmi les plus fragiles. Il suffit d'une seule phrase, tout au plus, pour traiter des arguments incontestables subsidiaires soulevés par les avocats.

Les points supplémentaires soulevés dans un jugement en affaiblissent sa valeur jurisprudentielle. Plus il y a de motifs à l'appui d'une décision, plus il sera facile de la distinguer par la suite. Si deux des motifs reposent sur des particularités factuelles ou procédurales de l'appel en cause, il sera soutenu plus tard, par des avocats et des juges, que ces deux motifs font partie intégrante de la *ratio*. Puisque ces particularités ne se retrouveront que rarement dans des causes futures, l'arrêt ne servira à peu près jamais de précédent. Les juges et les avocats procèdent souvent ainsi pour ne pas appliquer un précédent¹³⁸.

Les observations incidentes (*dicta*) compliquent la lecture d'un jugement en l'allongeant et en y ajoutant des détours. Les gens sont habituellement capables de visualiser une route droite, mais peu peuvent visualiser une route comportant même une seule déviation.

Gardez uniquement les faits nécessaires à la compréhension des questions examinées¹³⁹.

N'essayez pas de prévoir toutes les éventualités ou restrictions. N'y insérez pas tous les détails, vous ne rédigez pas une loi fiscale.

(g) Relisez et révissez

Élaguez et révissez maintes fois. Les juges d'appel peuvent réaliser une vingtaine de versions d'un jugement mis en délibéré. Les premières versions ne sont jamais claires. En fait, certaines sont franchement mauvaises. Elles contiennent d'importantes lacunes et des déclarations irréflechies. Or, le meilleur moyen de continuer sur sa lancée et de rédiger promptement est de faire rapidement un premier jet incomplet et peu soigné, puis de le réviser en profondeur.

La révision doit servir à corriger, mais aussi à clarifier, à raccourcir, à resserrer.

Cernez vos points faibles habituels, comme les répétitions ou une organisation peu claire des éléments¹⁴⁰. Consacrez ensuite la révision d'une version uniquement à la recherche et à la correction de ces problèmes communs.

En tant qu'auteur, vous devez faire les vérifications et révisions. Toutefois, à ce titre, vous n'êtes pas très bien placé pour faire la correction d'épreuves, ni évaluer la clarté du texte. Faites-le vérifier par une personne qui n'en a pas pris connaissance, de préférence par une personne sans formation en droit¹⁴¹. Si elle ne le comprend pas, c'est que le texte n'est pas assez clair pour les juges ou les avocats non plus. Si une personne ayant une formation en droit doit relire une phrase deux fois, cette phrase a sans doute besoin d'être reformulée.

¹³⁷ Voir la Genèse 41:20.

¹³⁸ Voir Posner, *op. cit. supra*, 1990, p. 42.

¹³⁹ Voir Posner, *op. cit. supra*, 1990, p. 42, 135.

¹⁴⁰ D'autres causes plus importantes de verbiage ou de confusion sont examinées au chapitre 2, partie E.4.

¹⁴¹ Il est question de la révision sommaire de projets de jugements par des stagiaires en droit dans Coffin, *The Ways of a Judge*, 1980, p. 162-163.

Attendez quelques jours avant de faire la correction d'épreuves de votre texte, car vous aurez alors un regard neuf.

4. Délais

Tout comme l'efficacité et la procrastination¹⁴², les délais influent sur la clarté. Commencez pendant que vous avez encore le temps de faire un travail soigné. N'attendez jamais à la dernière minute pour rédiger un texte important, car vous pourriez manquer de temps.

Au sujet d'un décès subit et de la nécrologie à rédiger sans tarder, Mencken a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION]

Si l'on en croit la légende, le vrai journaliste soumis à de telles pressions est saisi d'inspiration et aboutit à des chefs-d'œuvre. Or, il n'en est rien. Comme tous les hommes de lettres, il est à son meilleur lorsqu'il dispose de temps, qu'il peut s'éloigner de sa tablette de temps en temps pour vérifier une citation, manger une assiette de jambon et d'œufs ou regarder par la fenêtre¹⁴³.

5. Outils de travail

Nous avons discuté de la meilleure façon de rédiger le premier jet et des dilemmes liés à ce choix¹⁴⁴. Il serait inutile ici de donner des indications sur l'utilisation d'un ordinateur.

Comment devez-vous vous y prendre si vous choisissez (ou êtes obligé) de rédiger votre texte à la main? Utilisez la méthode traditionnelle des journalistes. Écrivez sur des demi-feuilles de papier non numérotées avec marges et espacement suffisants. Commencez chaque nouveau paragraphe sur une nouvelle feuille et ne commencez pas sur une feuille une phrase que vous devrez terminer sur une autre. Une fois la rédaction terminée, relisez votre texte. Si vous voulez déplacer un passage, changez les feuilles touchées de place. Lorsque l'ordre vous semblera acceptable, numérotez les feuilles et faites-les dactylographier.

D. ALLUSIONS

Les figures de style, et surtout les métaphores, sont souvent mal comprises, et leur utilisation dans un jugement peut poser problème¹⁴⁵.

Les allusions à la littérature, à la mythologie, à l'histoire ou à la Bible comportent des risques. Au Canada, il y a un grand nombre de diplômés universitaires intelligents qui ne reconnaissent pas de telles allusions, surtout si elles ne sont pas explicites. Au cours des dernières années, un juge canadien a déclenché un tollé en faisant une allusion à un fait historique qui n'a pas été comprise.

¹⁴² À cet égard, voir le chapitre 5, partie B.

¹⁴³ H.L. Mencken, "Coolidge", *Baltimore Evening Sun*, 30 janv. 1933, puis *American Mercury* Apr. 1933. Réimpression dans *The Vintage Mencken* (sous la direction de Cooke), N.Y. Vintage, 1955, p. 219.

¹⁴⁴ Subdivision 3 ci-dessus.

¹⁴⁵ À cet égard, voir le chapitre 16, partie K.

Même les allusions de nature purement juridique peuvent poser divers problèmes. Un juge absorbé par un sujet pourrait rédiger une conclusion comme celle-ci : « Le principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Cain* l'emporte sur la règle établie dans l'arrêt *R. c. Abel*, qui ne constitue pas une exception. » Dans le meilleur des cas, les lecteurs doivent lire les paragraphes précédents du jugement pour comprendre le sens de cette phrase. Au pis, ils doivent analyser attentivement tout ce qui a précédé cette phrase et pourraient quand même être incertains de son sens. Énoncez une question ou une conclusion dans des termes simples qui forment un tout intelligible. Par exemple, « Les contrats sans contrepartie ni sceau ne sont pas valides. Une promesse faite à une œuvre de charité ne fait pas exception. »

Il n'est généralement pas recommandé d'utiliser une terminologie sexospécifique. Il existe des moyens habiles de l'éviter, dont les suivants :

Méthode	Ne pas dire	Dire au lieu
Utilisez un nom plutôt qu'un pronom	Il	L'auteur
Utilisez le pluriel plutôt que le singulier	Il	Ils
Évitez la forme possessive	Sa raison	La raison
Utilisez la deuxième personne	Le juge ne s'est pas acquitté de son obligation	Vous ne vous êtes pas acquitté de votre obligation

E. PRÉSENTATIONS TYPES À ÉVITER

La Cour suprême du Canada utilise de moins en moins la présentation rigide suivante d'un jugement préconisée par le juge Dickson :

- A. Introduction
- B. Historique procédural
 1. Tribunal de première instance
 2. Seconde cour
 3. Étapes ultérieures
- C. Faits
- D. Argumentation
 1. Première partie
 2. Deuxième partie
 3. Intervenants

- E. Analyse
 - 1. Examen de la littérature
 - 2. État du droit ailleurs
 - 3. Considérations divergentes
 - 4. Décision sur la principale question
- F. Conclusion

Cette présentation a été critiquée, mais certains tribunaux ne veulent pas la laisser tomber.

Les formules toutes faites sont très contraignantes¹⁴⁶. Les causes sont différentes; la présentation qui convient à un appel ne servira qu'à tronquer ou à étoffer dans un autre. D'abord, les destinataires et l'objet varient. L'exposé des faits dans un jugement visant à corriger une erreur devrait être très différent de celui dans un jugement visant à établir un point de droit. Il n'y a pas deux personnes qui réfléchissent ou qui rédigent de la même manière exactement. Voilà pourquoi imposer une présentation unique à tous les auteurs comporte de nombreux inconvénients.

La situation se complique lorsque plusieurs personnes rédigent une partie du jugement. Ce texte ressemble alors à une œuvre que le Dr Frankenstein aurait produite. De toute façon, le jugement devrait être rédigé dans un style coulant, qu'il s'agisse d'un récit, de l'examen d'un principe ou d'une déduction logique. Les formules rigides ont tendance à créer des compartiments dans lesquels les auteurs laissent tomber des fragments épars. Le jugement doit former un tout; il n'est pas un simple ramassis d'objets dépareillés.

Bon nombre de formules toutes faites entraînent le remplissage. Dans le plan « Dickson » exposé ci-dessus, les motifs à l'appui de la décision ne sont pas donnés avant la fin, ou presque, à la partie E.3.

E. MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LES ÉDITEURS

Le chapitre 11¹⁴⁷ explique de quelle façon les jugements publiés dans les recueils de jurisprudence diffèrent des originaux. Il faut tenir compte de ce que les éditeurs changeront vraisemblablement et omettre ce qu'ils pourraient ne pas comprendre ou dénaturer.

Ne citez pas un arrêt au milieu d'une phrase, parce que l'éditeur du recueil de jurisprudence y greffera la référence, de sorte qu'il sera alors difficile de repérer le début et la fin de la phrase. Prenons la phrase suivante :

Pour ces motifs, le jugement récent de la Cour suprême dans l'arrêt *Smith* ne modifie pas le critère établi dans l'arrêt *Jones* relativement à l'intention (connaissance et but) en common law; l'arrêt *Smith* porte uniquement sur un ensemble restreint de faits.

¹⁴⁶ Voir Coffin, *The Ways of a Judge*, 1980, p. 166.

¹⁴⁷ Partie H.

Pourtant, dans le recueil de jurisprudence, cette phrase prendra l'allure suivante :

Pour ces motifs, le jugement récent de la Cour suprême dans l'arrêt *Smith [R. c. Smith, [1992] 1 R.C.S. 234, (sub nom. Smith c. R.), 27 N.R. 212, (sub nom. N.S. (P.-g.) c. Smith), 123 D.L.R. (3d) 200, 122 C.C.C. (3d) 424, (sub nom. Smith c. R.), 12 C.R. (7th) 100, nouvelle audience refusée [1992] 2 R.C.S. xv, 28 N.R. 214n., 124 D.L.R. (4th) 107, 125 C.C.C. (3d) 160, 13 C.R. (7th) xv]* ne modifie pas le critère établi dans l'arrêt *Jones [Jones c. R. (1842) 7 Cl. & F. 212, 12 E.R. 479, 12 Cox C.C. 418, 42 L.J.Q.B. (ns) 212, [1838-42] All E.R. Rep. 701, 12 L.T. (os) 442 (Eng. H.L.)]* (connaissance et but) relativement à l'intention en common law; l'arrêt *Smith [R. c. Smith (Smith c. R.) (N.S. (P.-g.) c. Smith), supra]* porte uniquement sur un ensemble restreint de faits.

G. TEXTES MAL RÉDIGÉS

L'annexe B contient quelques extraits de jugements plus anciens mal rédigés. Des exemples récents seraient faciles à trouver, mais il n'est pas nécessaire de mettre dans l'embarras les juges en fonction. Elle contient également quelques extraits d'articles et de textes de loi, question de mettre en garde les autres auteurs¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Quelques autres exemples amusants sont donnés dans Megarry (1978) 16 Alta. L. Rev. 406, p. 414 et suiv.

CHAPITRE 10 – DISSIDENCE

– *Oui, voilà la question ! approuva Barker avec une sorte de passion. Travaille-t-il pour lui seul, ou est-il complètement associé avec eux? [...]*

– *M. Holmes est un enquêteur indépendant, lui dis-je. Il est son propre maître et il agira selon son propre jugement. D’autre part, il ne peut que se montrer loyal envers les détectives officiels qui travaillent sur la même affaire, et il ne leur dissimulerait rien qui serait de nature à les aider à traduire un criminel devant la justice.*

– *La vallée de la peur, partie 1, chapitre 6*

Le présent chapitre a trait aux cours d’appel intermédiaires, comme les cours d’appel provinciales. La question de la dissidence en Cour suprême du Canada, dont les circonstances sont quelque peu différentes, n’y est pas abordée¹⁴⁹.

Pour en savoir plus sur le processus décisionnel et les débats entre les membres d’une formation de la cour d’appel, consultez le chapitre 8, partie C.

A. RAISONS JUSTIFIANT OU NON LA DISSIDENCE

1. Raisons justifiant la rédaction d’une opinion dissidente

Certains juges utilisent la dissidence pour inciter la Cour suprême du Canada à infirmer le jugement de la majorité. Toute personne reconnue coupable d’un acte criminel peut, s’il y a eu dissidence sur un point de droit dans le jugement la concernant, se pourvoir de plein droit devant la Cour suprême du Canada. Le plus haut tribunal ne voit pas d’un très bon œil certains de ces appels, en confie souvent l’examen à une formation réduite et rend régulièrement une décision défavorable assortie de brefs motifs donnés de vive voix.

Dans tous les autres cas, il faut généralement obtenir l’autorisation d’interjeter appel pour se pourvoir devant la Cour suprême du Canada. Les cours d’appel accordent rarement une telle autorisation, ce qui oblige la partie déboutée à obtenir l’autorisation de la Cour suprême du Canada. La dissidence exprimée par l’un des juges d’appel relativement à un point de droit peut pousser la partie déboutée à demander l’autorisation d’interjeter appel et inciter la Cour suprême à examiner de plus près le point de droit en cause. De toute façon, c’est l’objectif visé par le juge dissident.

¹⁴⁹ Les taux de dissidence en Cour suprême des États-Unis diffèrent largement des taux observés dans les cours d’appel fédérales des États-Unis : Ginsburg (1990) 65 Wash. L. Rev. 133, p. 147.

Il est tout à fait légitime de soigneusement rédiger dans cette optique des motifs de dissidence qui sont fondés sur une question de droit valable contestable. Cependant, les opinions dissidentes revêtent un caractère douteux lorsqu'elles portent réellement sur les faits ou sur la partie qui doit obtenir gain de cause et que le point de droit n'est qu'un prétexte.

L'idéal, c'est que le juge qui exprime sa dissidence croie que l'application des règles de droit pertinentes (et notamment de la norme de contrôle judiciaire) à la preuve ne permet pas d'arriver au résultat privilégié par la majorité. En fait, en suivant sa conscience et les règles de déontologie, le juge devrait en arriver à une telle conclusion avant de rédiger une opinion dissidente. Il en est tout particulièrement ainsi lorsqu'il n'y a pas de droit établi et que des normes opposées s'affrontent, que ce soit en common law ou dans l'interprétation de nouvelles dispositions législatives¹⁵⁰.

De plus, **rédiger** des motifs de dissidence peut procurer à l'auteur certains effets bénéfiques, bien que les dangers de les **publier** soient bien connus.

Le juge peut **menacer** de rédiger des motifs dissidents s'il veut amener la majorité à corriger un élément de son jugement, mais il ne devrait pas pour cette raison exprimer effectivement sa dissidence. Il devrait encore moins rédiger des motifs dissidents si la majorité apporte la correction qu'il a demandée.

Les auteurs américains se montrent souvent très favorables aux dissidences qui visent à faire évoluer le droit. Les auteurs canadiens citent Cardozo et parsèment leurs écrits de références vagues mais non documentées à Holmes et Laskin. Cette théorie du changement est peut-être valable, mais elle doit être rigoureusement encadrée. La première réserve à faire à cet égard est que les juges ont pris l'engagement de faire respecter les lois et non de faire respecter ce qu'ils voudraient que soient les lois.

Deuxièmement, les jugements de la Cour suprême du Canada¹⁵¹ sont d'application obligatoire par les cours d'appel, qui sont, pour la plupart, liées par leurs propres décisions antérieures. Tout comme les juges majoritaires, les juges dissidents ont l'obligation d'appliquer les arrêts faisant autorité (et les lois). Ils ne sont pas libérés de cette obligation juridique du simple fait de leur dissidence. Les opinions dissidentes ne sont légitimes que si elles peuvent étayer adéquatement un jugement majoritaire (si un autre juge y souscrivait).

Qui plus est, si un arrêt récent de la Cour suprême du Canada va dans le sens de la décision de la majorité, il convient de noter que des motifs dissidents ne pourraient favoriser un changement futur de l'état du droit que s'ils étaient examinés par une Cour suprême du Canada différemment constituée dans l'avenir. Une telle éventualité semble très improbable. De toute façon, s'il s'agit d'une question d'interprétation législative, le législateur peut très bien préciser la loi s'il n'est pas d'accord avec l'interprétation de la majorité, sans que des motifs dissidents ne soient nécessaires¹⁵².

En fait, la plupart des exemples récents de motifs de dissidence qui ont plus tard donné lieu à l'adoption de lois proviennent de la Cour suprême des États-Unis, qui ne semble pas liée par ses décisions antérieures, même les plus récentes. En ce qui concerne les cours d'appel provinciales du Canada, il est très peu probable que des motifs de dissidence rendus cette année ne soient adoptés par le législateur au cours de la prochaine décennie. Il pourrait même s'agir d'une légende urbaine qui circule uniquement dans les facultés de droit. D'ailleurs, je n'ai vu aucune statistique réelle qui étayait cette légende¹⁵³.

¹⁵⁰ Voir Roscoe Pound (1953) 39 A.B.A. Jo. 794.

¹⁵¹ Et les décisions du Conseil privé antérieures à 1949.

¹⁵² Voir Ginsburg (1990) 65 Wash. L. Rev. 133, p. 144-145.

¹⁵³ Voir McCormick (2002) 81 R. du B. can. 369.

2. Raisons ne justifiant pas la rédaction d'une opinion dissidente

Des raisons contestables sont données ci-dessus, y compris le refus de se conformer aux règles de droit claires d'application obligatoire.

Les sentiments personnels, comme la méfiance entre les membres de la formation saisie de l'appel, ne constituent pas non plus un bon motif.

Le désir d'encourager la partie déboutée ou le juge de première instance dont la décision a été infirmée est un motif encore moins avouable. Agir de la sorte ne fait qu'entraver le travail de la cour d'appel et nuire à son influence.

Les motifs de dissidence ne peuvent pas uniquement signaler l'erreur relevée dans l'opinion de la majorité¹⁵⁴.

Il ne sert à rien qu'un juge s'emploie à interpréter avec justesse un point de droit secondaire, p. ex., un point de droit qui est rarement soulevé ou qui ne se rapporte à aucune proposition générale. Ce n'est alors qu'une question de forme, sans utilité pratique actuelle ou future. Une opinion dissidente pleinement motivée ne convient que si elle soulève une question de droit de grande importance et, a fortiori, s'il s'agit d'une erreur mineure de la majorité, qui ne s'est pas trompée de beaucoup dans son interprétation. Le juge Brandeis n'a pas exprimé d'opinion dissidente lorsqu'il s'agissait d'un point mineur qui ne causerait vraisemblablement aucun préjudice dans les causes futures¹⁵⁵.

3. Inconvénients des opinions dissidentes¹⁵⁶

La cour d'appel doit non seulement avoir le pouvoir juridique de donner des ordres aux huissiers, mais avoir aussi l'autorité morale de convaincre. Les juges de première instance devraient se montrer respectueux envers la cour d'appel. Ils ne devraient pas succomber à la tentation d'écarter ses décisions, dans l'espoir que personne n'interjettera appel, ni de les distinguer pour des motifs plutôt frivoles et subtils. Pourtant, les opinions dissidentes amoindrissent l'influence de la cour d'appel, surtout s'il s'agit de dissidences fréquentes sur divers sujets. Le vote majoritaire n'a pas en soi de force logique ou morale¹⁵⁷. Une opinion dissidente laisse planer le doute que le résultat est dû au hasard. Il faut des paroles unanimes.

Lorsqu'elles examinent un jugement comportant une opinion dissidente, les cours ont plus tard du mal à déterminer quelles parties du jugement doivent être suivies. Parfois, une déclaration du juge dissident est citée par inadvertance plus tard. Certaines personnes ne comprennent pas que seuls les motifs de la majorité ont force de loi dans la province. De plus, il pourrait plus tard être soutenu que le juge n'exprimait pas sa dissidence relativement au point alors en litige. La situation est encore plus confuse si deux juges rédigent des motifs dissidents au sujet de points différents ou qu'un juge souscrit au jugement majoritaire mais pour d'autres motifs. Il devient alors difficile de décider comment formuler la ratio¹⁵⁸.

Lorsqu'il siégeait à la Cour suprême des États-Unis, le juge Cardozo faisait souvent partie de la minorité lors de la conférence suivant les plaidoiries, mais il souscrivait habituellement par la suite au jugement majoritaire publié¹⁵⁹.

¹⁵⁴ À l'égard de ce sophisme, voir le chapitre 16, partie M.

¹⁵⁵ Ginsburg, *loc. cit. supra*, p. 143.

¹⁵⁶ Voir Barak, *The Judge in a Democracy*, 2006, p. 210-211.

¹⁵⁷ Ginsburg, *loc. cit. supra*, p. 143.

¹⁵⁸ Voir le chapitre 8, partie M.4.

¹⁵⁹ Ginsburg (1990) 65 Wash. L. Rev. 133, p. 142.

Le juge qui rédige une opinion dissidente peut être fortement tenté de tenir des propos peu diplomatiques pouvant même porter atteinte à la collégialité¹⁶⁰. Les déclarations offensantes qui se trouvent dans les jugements d'appel aux États-Unis ont invariablement été faites dans les cas de partage, généralement dans les motifs dissidents.

Le juge qui est tenté de rédiger des motifs dissidents ne devrait pas supposer qu'il n'a rien à perdre. Une opinion dissidente qui n'est pas convaincante peut donner plus de poids aux motifs de la majorité, qui semblent alors avoir su résister à la critique. Elle a donc le même effet qu'un contre-interrogatoire inefficace. En fait, plus le juge dissident proteste et invoque des principes fondamentaux, plus les motifs de la majorité semblent prendre de l'importance et de l'envergure¹⁶¹. De plus, il est probable que les juges majoritaires répliqueront au projet de motifs dissidents en améliorant considérablement leur projet de jugement, le rendant encore plus convaincant.

Le juge qui exprime relativement souvent une opinion dissidente s'expose à de grands risques sur le plan personnel. En effet, il perd de sa crédibilité. Le juge d'appel qui déclare trop souvent que les autres sont déphasés soulève plutôt le doute contraire¹⁶². Une telle attitude pourrait aussi donner l'impression que les divers motifs étayant les opinions dissidentes ne sont pas les seuls motifs (ou les motifs réels)¹⁶³.

Les *Canons* (principes directeurs) de 1924 de l'American Bar Association disposaient ce qui suit :

[TRADUCTION]

19 [...] Il est impératif que les juges du tribunal de dernier ressort fassent preuve de persévérance dans l'effort et de retenue en vue de favoriser la cohérence des résultats et l'influence indirecte de la décision judiciaire. Le juge ne devrait pas accorder plus d'importance à son opinion personnelle ou à sa réputation individuelle qu'à celle de la cour envers laquelle il devrait être loyal. Les opinions dissidentes ne devraient être exprimées par les tribunaux de dernier ressort qu'en cas de différence d'opinions consciente sur un principe fondamental¹⁶⁴.

B. SOLUTIONS DE RECHANGE À LA DISSIDENCE

Si la majorité souhaite rendre sa décision sur l'appel de vive voix à l'audience, le juge dissident pourrait demander que l'affaire soit plutôt mise en délibéré. Les juges disposeront alors de plus de temps pour la recherche et pour se convaincre mutuellement.

La solution de rechange évidente à la dissidence est de modifier le jugement majoritaire suffisamment pour que le troisième juge puisse y souscrire ou puisse au moins souscrire au résultat. Il faut parfois beaucoup de travail et de longues discussions pour y arriver, mais il s'agit généralement d'un bon investissement en temps. Il se peut que le troisième juge s'oppose à une insinuation dans le projet de jugement de la majorité qui n'était en fait pas vraiment voulue. D'autres fois, il s'agit d'un élément auquel les juges majoritaires ne tiennent pas réellement. Plus souvent, l'élément qui déplaît au troisième juge n'est pas vraiment nécessaire pour arriver à la conclusion définitive.

¹⁶⁰ Voir le chapitre 8, partie D.

¹⁶¹ Voir Traynor (1957) 24 U. Chi. L. Rev. 211, p. 218; Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, 1990, p. 46.

¹⁶² Voir Pound, *loc. cit. supra*.

¹⁶³ Cf. Ginsburg, *loc. cit. supra*, p. 142.

¹⁶⁴ *Canon* 19 par. 3. Après son abrogation et sa remise en vigueur en 1972 et en 1990, ce sujet ne semble plus avoir été abordé dans ces principes directeurs.

La majorité peut supprimer cet élément, le restreindre ou en limiter la portée, de sorte que son jugement devient alors acceptable pour la minorité. Parfois, il est possible de substituer un autre motif au motif donné à l'appui de la conclusion, et les trois juges peuvent alors s'entendre. À l'occasion, le juge dissident se préoccupe de la question de droit et non du résultat, et les trois juges peuvent convenir de faire reposer le résultat sur un fondement différent.

Ainsi, le juge dissident doit s'efforcer de convaincre la majorité de reformuler son projet de jugement d'une manière qui lui permet plutôt d'y souscrire.

Si de telles modifications aux motifs de décision de la majorité ne peuvent être apportées ou ne règlent pas le problème, le troisième membre de la formation saisie de l'affaire peut alors tenter de trouver un moyen de souscrire au jugement majoritaire en se fondant sur un motif plus restreint. Par exemple, ce juge peut peut-être souscrire pour l'essentiel à l'un des motifs donnés par la majorité, qui dicte le résultat, et ainsi ne pas exprimer d'opinion sur les autres motifs donnés par la majorité. Si le juge dissident estime qu'un point de droit qui n'a pas été invoqué pourrait être pertinent, il lui suffit d'en faire mention et de préciser qu'il n'a pas été débattu et n'a donc pas été réglé dans l'affaire en cause.

Ce faisant, il est possible d'atteindre l'objectif implicite de la plupart des juges dissidents, à savoir éviter de signer un document contre sa conscience. Cet objectif n'oblige pas le troisième juge à aller jusqu'à exprimer son désaccord avec la majorité eu égard aux autres motifs, et encore moins à fournir des explications. Si la majorité fait autant de compromis, mais que le juge dissident persiste, il est souvent difficile de comprendre ce que ce dernier compte logiquement tirer d'une décision partagée.

Il y a quelques générations, certains membres d'une cour collégiale souscrivaient au jugement majoritaire sous toute réserve (*dubitante*). Cet usage ne semble plus avoir cours, pour aucune raison évidente. Pourtant, c'est une solution honnête et moins préjudiciable que la dissidence.

C. RÉDACTION DE MOTIFS DISSIDENTS

Avant de rédiger une opinion dissidente, l'auteur devrait se demander pourquoi il ne souscrit pas au jugement majoritaire et s'il peut expliquer sa raison avec tact. Que sa raison puisse ou doive être expliquée, l'auteur devrait indiquer publiquement uniquement les éléments manquants pour atteindre le but recherché, sans plus. Les recueils de jurisprudence sont remplis de très brèves opinions dissidentes; d'ailleurs, il y a quelques générations, bon nombre des opinions dissidentes tenaient en un ou deux paragraphes. Cette formule satisfait pleinement aux exigences de la conscience du juge ainsi qu'à la courtoisie due à ses collègues et au public¹⁶⁵.

Une opinion dissidente qui dépasse quelques paragraphes accapare le temps de chacun et gaspille du papier et de l'encre. Elle n'a aucun effet juridique. Elle ne sert de guide à personne. Pourquoi donc consacrer des heures ou des jours à faire les recherches nécessaires et à la rédiger alors que d'autres décisions (unanimes) sont mises en attente?

¹⁶⁵ Voir Pound, *loc. cit. supra*, p. 795.

Pourquoi les opinions dissidentes rédigées de nos jours sont-elles souvent aussi détaillées? Leurs auteurs agissent peut-être par habitude ou encore parce qu'ils ne veulent pas sembler paresseux.

Il peut arriver qu'un juge d'appel rédige un projet de jugement en espérant ou en supposant que son opinion servira de jugement majoritaire, mais les deux autres juges ne sont pas d'accord et le premier auteur devient alors le juge dissident. Certaines parties de ce projet de jugement, comme l'exposé des faits, l'historique procédural et l'exposé des questions en litige, pourraient très bien servir.

Qui plus est, l'auteur devrait bien réfléchir avant de publier le reste de son projet de jugement. Souvent, il devrait le mettre au rancart, pour les raisons susmentionnées. Le fait que le juge a consacré du temps à sa rédaction ne constitue pas une bonne raison de publier la position qui y est exposée. Il faut tourner la page, malgré les efforts déployés. La personne qui échappe et brise une bouteille d'antiseptique ne se coupe pas le doigt avec un morceau de verre pour ne pas gaspiller l'antiseptique. Publier le jugement qui est devenu une opinion dissidente constitue, au mieux, de l'écriture centrée sur l'auteur et, au pis, une critique de la majorité.

Si elle est publiée, l'opinion dissidente pleinement motivée devrait suivre un raisonnement qui lui est propre et ne critiquer, s'il y a lieu, que les arguments soulevés par les avocats. Il ne devrait pas y avoir de critique, ni même de mention, du jugement majoritaire¹⁶⁶.

D. DISSIDENCE CONTINUE

Si la cour rend plusieurs jugements le même jour, dans des appels qui soulèvent une question semblable, il est courant que le juge dissident exprime son désaccord dans chacun, même si une telle position n'est pas strictement logique.

Par la suite, il n'y a plus lieu d'exprimer une opinion dissidente sur la question visée. Toutes les décisions antérieures de la cour d'appel sont, pour elle, d'application obligatoire; ainsi, le jugement rendu à deux contre un lie la cour. Si la même question se pose dans un appel ultérieur et que le juge dissident est saisi de l'affaire, il est obligé d'appliquer la décision antérieure de la cour. La *stare decisis* représente désormais l'état du droit. Son jugement doit reposer sur le droit applicable et non sur ce qu'il voudrait que soit le droit ou sur ce que pourrait un jour être l'état du droit. Une chose est certaine : son opinion dissidente ne représente pas le droit en vigueur. Par conséquent, il est difficile de justifier une « dissidence continue » dans des affaires ultérieures par un juge d'une cour d'appel inférieure à la Cour suprême du Canada¹⁶⁷.

Selon bon nombre, les Bourbons n'ont rien appris ni rien oublié. Les juges d'appel devraient se montrer supérieurs.

¹⁶⁶ Pour en savoir plus, voir le chapitre 8, partie D.

¹⁶⁷ Voir Traynor (1957) 24 U. Chi. L. Rev. 211, p. 219.

E. OPINIONS DISSIDENTES EU ÉGARD À LA PEINE

Dans le cadre d'un appel contre une peine, une brève opinion dissidente précisant que la peine aurait dû être plus sévère ne cause pas de préjudice. En fait, cette opinion pourrait avoir la même utilité que les propos du juge chargé de déterminer la peine qui dénonce la conduite de l'accusé. Ce dernier constatera qu'il l'a échappé belle en appel, et ainsi même une peine moins sévère pourrait avoir un plus grand effet de dissuasion. Dans une certaine mesure, la cour d'appel peut avoir le beurre et l'argent du beurre.

Cependant, selon une certaine tradition, les juges ne peuvent rédiger des motifs dissidents pour indiquer qu'à leur avis, la peine est trop sévère. Dans ce contexte, un autre inconvénient s'ajoute à tous les autres inconvénients des motifs dissidents examinés ci-dessus : une telle opinion donne au prisonnier le sentiment d'être victime d'une injustice. En effet, pendant la dernière partie de sa peine, il se dira tous les jours que, « selon un juge, je ne devrais plus être ici maintenant et c'est uniquement à cause du vote d'un autre juge que je suis retenu ici. » Une telle opinion dissidente est particulièrement déconseillée si elle n'est pas fondée sur une question de droit ou de principe, mais qu'elle repose uniquement sur la perception de la durée convenable de la peine à infliger à la lumière des faits de l'espèce¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Voir Ginsburg (1990) 65 Wash. L. Rev. 133, p. 135 eu égard à la pratique au Royaume-Uni.

CHAPITRE 11 – INTERPRÉTATION DES JUGEMENTS RENDUS EN APPEL

– [...] J’ai alors examiné très soigneusement [la] feuille que l’inspecteur nous avait soumis[e]. Il m’apparut instantanément avec clarté qu’il faisait partie d’un document remarquable. Le voici. Ne voyez-vous pas ce qu’il a de hautement significatif?

– Il est écrit de manière très irrégulière, dit le colonel.

– Mon cher monsieur, s’écria Holmes, il ne peut y avoir le moindre doute sur le fait qu’il a été établi par deux personnes écrivant chacune un mot en alternance. Si j’attire votre attention sur les t appuyés dans quart et fait et que je vous demande de les comparer aux t légers de minuit et peut-être, vous admettrez le fait sur-le-champ. Une très brève analyse de ces mots vous permet d’affirmer avec la plus grande certitude que moins le quart et un fait sont écrits de la main la plus ferme, et minuit, apprenez et peut-être par la plus faible.

– Parbleu! C’est clair comme le jour! s’écria le colonel. Mais pourquoi diable deux hommes écriraient-ils [...] de cette manière?

– Il s’agit de toute évidence d’une sale affaire, et celui qui se méfiait de l’autre était déterminé à ce que, quoi qu’il arrive, chacun eût une part égale dans l’histoire. Mais des deux, il est clair que celui qui a écrit quart et fait était le meneur.

– Les propriétaires de Reigate

A. INTRODUCTION

Certaines parties de ce chapitre portent sur des notions élémentaires. J’espère que les lecteurs qui les maîtrisent déjà n’en seront pas offusqués. Or, les auteurs contemporains n’abordent pas communément certains sujets, qui ont alors tendance à être oubliés. Des étudiants m’ont également dit que certains de ces sujets ne sont pas enseignés dans les facultés de droit et, partant, ne sont pas nécessairement connus de tous.

Les lecteurs de ce chapitre ne doivent pas oublier que les jugements d’une cour d’appel peuvent être lus par un vaste public, composé notamment de futurs juristes ainsi que de la personne condamnée à une peine d’emprisonnement. Ils devraient veiller à ne pas isoler de son contexte un commentaire destiné à un public et l’interpréter comme s’il s’adressait à un autre public.

B. *RATIO DECIDENDI ET OBITER DICTA*

En ce qui concerne les arrêts qui font jurisprudence, il convient de noter que, selon le principe de base applicable, seule la *ratio decidendi* de la décision est d'application obligatoire. Le reste revêt un caractère persuasif, mais les juges peuvent s'en écarter¹⁶⁹.

De nombreux bons auteurs de doctrine se sont penchés sur les subtilités qui permettent de faire la distinction entre la *ratio* et les remarques incidentes, et il est parfois difficile de déterminer si un point donné fait ou non partie de la *ratio*. Par ailleurs, il se peut aussi que d'autres décisions doivent être rendues avant que la *ratio* ne devienne claire. Il ne s'agit alors que de précisions. Les grandes lignes sont claires. Les éléments qui ne sont pas essentiels à la décision, et notamment ce qui constitue manifestement un commentaire spontané ou un conseil non sollicité, ne sont pas d'application obligatoire. Les éléments qui sont d'application obligatoire sont les éléments essentiels à la décision.

La Cour suprême du Canada a déjà dit que ses remarques incidentes ne devraient pas être écartées à la légère¹⁷⁰. Or, il n'est pas clair qu'elle ait déjà déclaré que ces remarques sont effectivement d'application obligatoire par les autres tribunaux. Il y a souvent un manque de cohérence entre ses remarques incidentes. Puisque la Cour est composée de neuf juges, qui rédigent en un an suffisamment de jugements pour publier trois ou quatre volumes de jurisprudence, il lui serait impossible d'éviter de tels conflits entièrement¹⁷¹.

Par ailleurs, il faut aussi noter que certains des éléments qui se trouvent effectivement dans un jugement ne font même pas partie des remarques incidentes, parce qu'ils ne représentent pas la position de la cour¹⁷².

C. COMPTE DE VOIX

Il est improbable qu'un élément quelconque de motifs dissidents soit d'application obligatoire. Même si un principe précis énoncé dans les motifs dissidents ne va pas à l'encontre des propos tenus par la majorité, il constitue néanmoins par définition un jalon posé sur la mauvaise voie. La situation est tout autre, bien entendu, si la majorité exprime expressément son accord avec le juge dissident à l'égard d'un point donné.

Par conséquent, s'il est possible de distinguer clairement les motifs dissidents des motifs majoritaires, il n'y a pas lieu de passer en revue chaque question en litige et de compter les voix favorables ou défavorables, ou encore de dire qu'un juge a exprimé sa dissidence relativement aux questions en litige 1, 3, 4, 7 et 9 à 12, mais pas à l'égard des autres. Malheureusement, les résultats proposés par les divers juges sont parfois si disparates qu'il est même difficile de distinguer les motifs dissidents des motifs concordants. Ce n'est que dans ce contexte qu'il peut être nécessaire de recourir à un tel compte de voix pour chaque question en litige.

¹⁶⁹ Voir à cet égard le tome 3 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, p. 66-31.

¹⁷⁰ Les arrêts sont cités dans Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, tome 3, 2003, p. 66-22 à 66-23.

¹⁷¹ Voir *Henry c. La Reine*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, 342 N.R. 259.

¹⁷² Voir la partie D ci-après.

Il est bien sûr nécessaire de faire la distinction entre souscrire au dispositif et souscrire aux motifs. Si un juge rédige une opinion et que les quatre autres juges y souscrivent tout simplement, cette opinion tient alors lieu de motifs des cinq juges. En revanche, si un juge souscrit au dispositif, mais ne précise pas s'il souscrit aux motifs donnés par l'auteur, ceux-ci demeurent les motifs d'un seul juge. Par conséquent, si chacun des juges d'une formation de cinq juges rédige ses propres motifs ou souscrit tout simplement au dispositif, il n'y a pas dans ce contexte d'opinion majoritaire. Il peut même ne pas y avoir de *ratio decidendi* découlant de l'appel.

Bien que rare aujourd'hui, il est quand même possible qu'un appel soit tranché par un nombre pair de juges (notamment si l'un des juges propose un résultat ou une réparation complètement différents). S'il y a partage égal quant au résultat, l'appel est réputé rejeté, mais sans jugement majoritaire. La décision des juges favorables au rejet de l'appel ne fait pas jurisprudence¹⁷³.

D. CONFIRMATION DE MOTIFS

Je le répète, il est très important de déterminer avec soin à quels éléments les juges d'appel souscrivent exactement et de ne pas donner à leurs propos un sens plus large qu'ils n'ont réellement.

L'appel vise le jugement officiel rendu par le tribunal de première instance et non les motifs donnés par le tribunal¹⁷⁴. Ainsi, si elle rejette l'appel, la cour d'appel n'exprime pas nécessairement son aval à **l'un ou l'autre** des motifs donnés par le tribunal de première instance. Si elle souhaite adopter le raisonnement exposé par le tribunal de première instance, la cour d'appel doit y souscrire ou l'adopter expressément ou donner ses propres motifs qui reprendront pour l'essentiel les propos tenus par le juge de première instance.

De nos jours, les juges d'appel au Canada ont tendance à citer dans leurs jugements des extraits de nombreuses décisions rendues dans d'autres causes et par d'autres cours. Pourtant, il est parfois très difficile de déterminer si, dans le nouveau jugement, la cour cite ces extraits en les approuvant et les adopte effectivement. Cette pratique peut sembler étonnante et soulever la question de savoir pourquoi un juge citerait un extrait d'un autre jugement sans avoir l'intention de faire sienne la citation ou d'y souscrire. Certains juges veulent, semble-t-il, faire un survol de la littérature ou encore exposer en détail les arguments et la jurisprudence cités par les avocats des parties adverses. Par la suite, ils énoncent leurs propres motifs de décision. Les juges devraient tous éviter d'intégrer de telles citations ambiguës dans leurs jugements.

Souvent, les juges qui rédigent leurs motifs de décision exposent un argument avancé par un des avocats sans l'adopter ni y souscrire. S'ils comptent adopter un argument avancé par un des avocats ou y souscrire, les juges le précisent généralement. Ainsi, il ne faut pas que les lecteurs voient dans l'exposé d'arguments l'approbation des juges. Parfois, en raison du style de rédaction nébuleux d'un juge, il n'est pas clair du tout que l'exposé n'est en fait qu'un préambule et ne fait pas partie du dispositif. Il peut alors être utile de revenir quelques pages en arrière pour voir la rubrique ou les propos liminaires de la section pour comprendre le contexte.

À l'occasion, les avocats ne comprennent pas le sens d'une expression comme « dans l'hypothèse où ». Une telle introduction en matière ne signifie jamais que la cour souscrit à l'hypothèse énoncée ou l'adopte. En fait, elle indique généralement que la cour nourrit de sérieux doutes quant à sa vraisemblance. En s'exprimant ainsi, la cour met la proposition de côté sans la trancher expressément. Ce faisant, la cour indique que l'exactitude ou l'inexactitude de la proposition n'influe aucunement sur le résultat final. Elle choisit de ne pas se prononcer sur la question.

¹⁷³ Voir les arrêts compilés dans le tome 3 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, p. 66-30.

¹⁷⁴ Les arrêts sont cités dans le tome 4 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, p. 75-91.

E. REJET DE LA DEMANDE D'AUTORISATION

Les éditeurs et les avocats qui citent une décision rendue en appel veillent généralement à indiquer que la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel. Or, cela importe peu, puisque le refus d'accorder l'autorisation d'appel n'ajoute rien à la valeur jurisprudentielle de la décision citée¹⁷⁵.

Il ne s'agit pas d'une règle arbitraire. Une demande d'autorisation d'appel peut être rejetée pour nombre de motifs. La justesse de la décision ne constitue qu'un moyen possible, qui est souvent insuffisant. C'est d'ailleurs ce qui ressort clairement des décisions rendues dans le cas des appels interjetés aux cours d'appel provinciales. La Cour suprême du Canada ne motive que rarement ses décisions d'accueillir ou de rejeter une demande d'autorisation, mais elle le faisait à l'occasion dans le passé. De plus, les juges et les avocats qui connaissent bien le processus se sont souvent exprimés à cet égard, de vive voix ou par écrit. Ainsi, certaines de ses normes sont connues.

La Cour suprême du Canada ne peut entendre tous les appels à l'égard desquels elle reçoit une demande d'autorisation. Partant, le motif le plus courant de rejet d'une demande d'autorisation d'appel est que l'affaire ne soulève pas une question de droit de portée générale. Ainsi, si un appel soulève des erreurs manifestes de fait, mais pas de principe général de droit, ou encore une question de droit qui revêt de l'importance uniquement pour un nombre restreint de personnes dans une province, il est peu probable que la Cour suprême accueille la demande d'autorisation. Parfois, la Cour suprême rejette une demande d'autorisation parce que le moment n'est pas opportun ou qu'elle a déjà rendu une décision dans une cause semblable ou est saisie d'une affaire similaire. Il est toutefois plus important de déterminer si l'affaire en cause soulève sans ambages une question de droit étayée du dossier factuel adéquat, de sorte que la Cour suprême puisse faire une analyse utile de la question de droit.

Par conséquent, le rejet de la demande d'autorisation n'indique aucunement que la cour d'appel avait raison.

F. CAUSES MISES EN DÉLIBÉRÉ OU TRANCHÉES SUR-LE-CHAMP (EX TEMPORE)

Malgré les différentes terminologies, à peu près toutes les cours d'appel en Amérique du Nord font la distinction entre deux catégories de motifs de décision. Dans un premier temps, il y a le jugement écrit rédigé un certain temps après les plaidoiries, qui est souvent appelé « jugement rendu après mise en délibéré ». Ce type de jugement est rendu dans les causes plus importantes. Généralement, tous les juges de la cour en plus de ceux saisis de l'affaire ont la possibilité d'examiner le projet de jugement¹⁷⁶. En revanche, il existe un jugement plus court et moins formaliste, parfois appelé « bref exposé des motifs », « décision rendue à l'audience » ou « décision rendue de vive voix »¹⁷⁷. Aux États-Unis (mais pas au Canada), ce type de jugement succinct est souvent rédigé par les avocats de la cour.

¹⁷⁵ *Cdn. W. Bank c. La Reine*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, 362 N.R. III (par. 88). Les arrêts sont cités dans le tome 3 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, p. 66-26 à 66-27. Fait étonnant, les éditeurs qui citent des arrêts plus anciens de la Cour suprême du Canada ne précisent jamais si le Conseil privé a rejeté la demande d'autorisation d'appel.

¹⁷⁶ Aux États-Unis, la procédure applicable à la tenue d'une nouvelle audience peut être suivie.

¹⁷⁷ Il est arrivé que ces jugements n'aient pas réellement été rendus de vive voix.

Les caractéristiques des deux types de jugements diffèrent d'une cour à l'autre. Souvent, les rubriques fournissent les explications requises, mais les éditeurs des recueils de jurisprudence les suppriment souvent. La présentation de l'original montre presque toujours le type dont il s'agit, mais, je le répète, la présentation est modifiée dans de nombreux recueils de jurisprudence. Les jugements de caractère moins formaliste de certains tribunaux n'indiquent pas lequel des trois juges a rédigé le jugement; toutefois, il arrive aussi qu'un jugement important rendu dans une affaire mise en délibéré ne l'indique pas non plus. Si le nom de l'auteur n'est pas indiqué, le jugement est généralement rédigé à la première personne du pluriel (nous). Cependant, la tradition veut que, dans le cas d'une affaire mise en délibéré, le jugement soit rédigé à la première personne du singulier (« je », et non « nous ») et que les conclusions soient énoncées au conditionnel (« je rejetterais l'appel »). Le jugement de caractère moins formaliste est généralement plus court et moins détaillé que le jugement rendu dans une affaire mise en délibéré.

L'incidence sur les tribunaux d'instance inférieure des deux types de jugements en tant que précédents peut ne pas différer. Or, si l'arrêt ne revêt qu'un caractère persuasif, le jugement rendu après mise en délibéré aura vraisemblablement plus de poids. Qui plus est, en cas de doute concernant la question de savoir si le jugement expose tout simplement le droit établi, crée une nouvelle règle de droit ou modifie l'état du droit, il y a lieu de supposer qu'un jugement bref de caractère moins formaliste n'a pas pour objectif de modifier l'état du droit.

Certains tribunaux appliquent des règles précises en ce qui concerne la valeur jurisprudentielle d'un arrêt. Par exemple, la Cour d'appel de l'Alberta a déclaré que ses avis de décisions portant sur les appels relatifs à une peine n'ont qu'une faible valeur jurisprudentielle¹⁷⁸. Elle ne s'est pas prononcée sur la valeur jurisprudentielle des avis donnés dans d'autres circonstances.

G. QUESTIONS DE FAIT ET QUESTIONS DE DROIT

Seules les décisions portant sur une question de droit font jurisprudence. En effet, une affaire portant sur une question de fait ne peut être citée comme arrêt faisant jurisprudence. Il en est ainsi en partie parce que les faits sont censés découler de la preuve et que la preuve peut différer d'une affaire à l'autre¹⁷⁹.

La seule exception à cette règle vise les causes d'ordre constitutionnel. La Cour suprême du Canada a souvent jugé qu'une disposition législative porte atteinte à première vue à la *Charte*, mais qu'une telle atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Il serait plutôt ennuyeux de devoir présenter à nouveau toute la preuve dans toutes les causes subséquentes portant sur la même question et, en général, ce n'est pas fait. Ce raccourci semble acceptable, bien qu'il y ait un certain manque de cohérence dans les décisions rendues sur la question. Bien souvent, le problème est passé sous silence¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Voir *Consolidated Practice Directions*, partie A.4.

¹⁷⁹ Les arrêts sont cités dans le tome 3 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, p. 66-3 à 66-4.

¹⁸⁰ Voir les arrêts cités dans le tome 3 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, p. 66-4.

H. RECUEILS DE JURISPRUDENCE

1. Modification des jugements par les éditeurs

Pour savoir ce que contient exactement un jugement, il faut obtenir une photocopie de l'original du dossier de la cour ou (à défaut) consulter la version du jugement qui se trouve sur le site Web de la cour.

Tous les éditeurs commerciaux de recueils de jurisprudence ou de sites Web apportent des changements aux jugements.

Certains des changements sont apportés sciemment; par exemple, les éditeurs corrigent les erreurs dans les noms ou les intitulés de causes citées et ajoutent des références parallèles. Ils essaient également de corriger les erreurs typographiques. Il arrive même à leurs réviseurs de signaler à la cour une contradiction possible dans le jugement et de lui demander si le mauvais mot a été utilisé. En général, les éditeurs surveillent la publication de corrections (corrigenda) par les tribunaux; un éditeur peut en avoir repéré une, alors que le site Web d'un autre éditeur ne la signale pas. Parfois, de telles corrections sont dissimulées dans les pages d'un tome ultérieur du recueil de jurisprudence.

D'autres fois, les éditeurs « corrigent » ce qu'ils estiment à tort être une erreur.

Les éditeurs introduisent également par inadvertance des erreurs au moment de la saisie des décisions. Tous les éditeurs (support papier et électronique) font leur possible pour obtenir des tribunaux la version électronique des jugements, mais ils n'y arrivent pas dans dix à vingt pour cent des cas. Lorsqu'ils décident de publier une de ces causes, ils n'ont d'autre choix que de dactylographier à nouveau le texte (parfois à l'étranger) ou de le numériser. Peu importe la méthode, des erreurs typographiques se glissent alors dans le texte. Les éditeurs utilisent généralement un vérificateur d'orthographe mais, si la version erronée du mot existe, ce logiciel ne repérera pas l'erreur. Les erreurs mineures dans certains mots semblables constituent un problème endémique dans les versions électroniques commerciales des jugements aux États-Unis et au Canada.

Il arrive aussi que la version électronique de jugements sur des sites Web commerciaux comporte des omissions importantes et réellement graves, pour des raisons qui demeurent inconnues.

Les éditeurs avaient souvent tendance à réorganiser l'ordre des jugements rendus relativement au même appel, mais la numérotation des paragraphes par les tribunaux pourrait les en décourager.

Certains éditeurs n'impriment pas la phrase unique qu'un juge rédige pour indiquer qu'il souscrit au jugement et ajoutent plutôt le nom de ce juge au début du jugement auquel ce juge souscrit (en tant que juge ayant souscrit aux motifs de jugement). Parfois, ils font des erreurs et omettent de faire la distinction entre un jugement rédigé expressément par deux juges (d'une part), et un jugement rédigé par un juge et auquel un autre juge a souscrit (d'autre part).

Soucieux de corriger et de compléter les renvois jurisprudentiels dans les jugements, les éditeurs peuvent parfois induire en erreur. Par exemple, si le jugement cite une décision rendue par un tribunal de première instance, il se peut que les éditeurs du recueil de jurisprudence mettent à jour le renvoi en citant l'appel ultérieur interjeté dans cette cause antérieure, ce qui peut donner l'impression que la cour renvoyait au jugement de la cour d'appel, alors qu'en fait elle renvoyait uniquement à la décision rendue en première instance. Voilà qui peut induire en erreur.

Par exemple, la Cour d'appel de l'Alberta a statué sur un appel sans savoir que la Cour suprême du Canada avait rendu un jugement deux jours plus tôt. Elle était au courant de l'autre décision rendue en appel et en a fait mention. Les éditeurs ont décidé de modifier le jugement de la Cour d'appel en ajoutant l'intitulé de l'arrêt de la Cour suprême du Canada au renvoi à l'autre cause décidée par la Cour d'appel. Ce faisant, ils ont semblé indiquer que la Cour d'appel avait cité la décision de la Cour suprême du Canada. À la suite d'un commentaire au sujet d'une telle modification, un éditeur a commencé à signaler les insertions de ses réviseurs au moyen de crochets.

Comme il a été indiqué à la partie F, les éditeurs suppriment toujours les titres, comme « bref exposé de motifs » et modifient la présentation.

2. Recueils officiels

Il fut un temps où les tribunaux accordaient une grande importance à ce qui constituait un recueil de jurisprudence officiel. Il n'est pas certain pourquoi il devrait être important de savoir si un éditeur publie les jugements à profit ou si les juges ont sanctionné certains recueils de jurisprudence. Depuis plus d'un siècle, les éditeurs reçoivent des tribunaux les paroles exactes des juges et n'ont plus à assister aux audiences pour tenter de résumer les paroles prononcées par les juges.

À une certaine époque, les recueils de jurisprudence officiels étaient considérés comme importants parce que les juges faisaient la correction des épreuves et, partant, la version publiée dans le recueil officiel était censée être plus authentique. Il s'agit sans doute d'une raison de privilégier les recueils *Appeal Cases*, *Queen's Bench*, *Chancery* et *Family Reports* d'Angleterre aux recueils *Weekly Law Reports*, *All England Reports* ou autres recueils thématiques. Il y a effectivement une différence entre la version publiée dans *The Law Reports* et la version publiée dans les *Weekly Law Reports*, le premier recueil comportant des caractéristiques supplémentaires¹⁸¹. Cependant, en ce qui concerne les jugements de la Cour suprême du Canada, la version publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* est identique à celle publiée par les éditeurs commerciaux. Les révisions et corrections sont généralement faites avant la diffusion du jugement au public. Il en est vraisemblablement de même pour les *Recueils des arrêts de la Cour fédérale*.

Les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Nouveau-Brunswick publient leurs jugements en français et en anglais, et les deux versions sont également officielles. Toutefois, la plupart des éditeurs commerciaux publient les jugements dans une langue seulement¹⁸². Il manque alors la moitié des données dans toute situation où une interprétation précise du jugement est essentielle.

3. Sommaires

Les recueils qui ne fournissent qu'un sommaire de la décision ont moins de valeur que ceux qui contiennent la version intégrale du jugement. Il est préférable de ne pas se contenter d'un tel sommaire s'il est possible d'obtenir les paroles exactes du juge, par exemple sur un site Web. Le sommaire a pour objet d'informer les avocats de l'existence d'un jugement écrit.

¹⁸¹ En Angleterre, les juges avaient aussi l'habitude de faire la correction d'épreuves des *Law Journal Reports*.

¹⁸² Tout comme le *Code criminel* annoté à Toronto omet la version française du Code.

Dans certains cas, le type de publication indique clairement qu'il s'agit d'un simple sommaire. À titre d'exemple, mentionnons les recueils canadiens *Weekly Criminal Bulletin*, *Alberta Weekly Law Digest*, ou le recueil anglais antérieur à 1953, *Weekly Notes*. Parfois, il est difficile de déterminer si le recueil contient la version intégrale du jugement ou simplement un sommaire, comme dans le cas des anciens recueils *Western Law Reporter* et *Times Law Reports*, ou *Ontario Weekly Notes* et *Ontario Weekly Reporter*¹⁸³.

4. Décisions non répertoriées

Les recueils de jurisprudence modifient également la jurisprudence par inadvertance, c'est-à-dire à cause des omissions. Généralement, les éditeurs ne sont pas responsables, mais un nombre considérable de décisions utiles ne semblent pas être diffusées aux éditeurs commerciaux. Certaines n'ont même pas été affichées sur les sites Web commerciaux. Les jugements rendus de vive voix ne sont pas régulièrement affichés sur le site Web des cours. Il existe un nombre important de décisions qui ne sont pas publiées dans les recueils. Parfois, il en est ainsi parce que la décision est semblable à une autre décision (dans la même poursuite) déjà publiée. Certaines de ces décisions non répertoriées ont été rendues par un seul juge de la Cour suprême du Canada.

¹⁸³ Voir le tome 3 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, chapitre 66, partie P.3, p. 66-37 à 66-38; *Hamblin c. Field* [2000] E.W.J. #2123, [2000] Bky. and Pers. Insolv. R. 621 (C.A.) (par. 29 à 32).

CHAPITRE 12 – SUPERVISION ET GESTION

« [...] *M. Frankland, de Lafter Hall, qui vit à environ six kilomètres au sud de chez nous. C'est un homme d'un certain âge, au visage rougeaud, aux cheveux blancs, et colérique. Il se passionne pour le droit britannique, et il a dépensé une fortune en procès. Il se bat pour le pur plaisir de se battre, et il est tout prêt à adopter l'une ou l'autre partie d'un litige, et ce n'est donc pas surprenant qu'il trouve que ce soit un divertissement coûteux. Un jour il va fermer un droit de servitude et mettre au défi la paroisse de le lui faire rouvrir. Un autre jour il va arracher de ses propres mains la barrière de quelqu'un d'autre, et déclarer qu'un chemin existe ici depuis des temps immémoriaux, et défier son propriétaire de le poursuivre pour avoir pénétré chez lui sans autorisation. Il connaît bien les anciens droits seigneuriaux et communaux, et il utilise parfois son savoir au profit des villageois de Fernworthy, et parfois contre eux, ce qui fait que périodiquement on le porte en triomphe le long de la rue du village, ou bien on brûle son effigie, selon la nature de son dernier exploit. On dit qu'il a sept affaires en cours en ce moment, qui vont probablement engloutir le reste de sa fortune, ainsi perdra-t-il son dard et deviendra-t-il inoffensif à l'avenir. En dehors du domaine judiciaire, il semble être quelqu'un de gentil et de bonne composition [...]. »*

– *Le chien des Baskerville*, chapitre 8

A. PRÉSIDENT DE LA FORMATION

Les cours d'appel siègent généralement en formation de trois juges. Le juge qui prend place au centre (généralement le juge en chef ou le juge ayant le plus d'ancienneté) s'appelle le président. Ce dernier exerce habituellement quelques fonctions de plus que les deux autres.

1. Droits

Les pouvoirs conférés au président de la formation ne figurent sans doute pas dans une loi et peuvent différer d'une cour à l'autre. Le président peut ajouter ou supprimer une cause du rôle à la dernière minute, à savoir peu avant le jour prévu pour les plaidoiries.

Le président peut certes fixer l'heure exacte à laquelle la séance sera levée pour la pause-repas ou la pause-café, ou ajourner la séance en cas d'imprévus qui pourraient survenir pendant les plaidoiries des avocats. En outre, le président peut décider de commencer l'audience même si l'un des avocats n'est pas arrivé à l'heure prévue pour le début de la séance.

Il n'est pas clair combien d'autres droits ou pouvoirs peuvent être exercés par le président.

2. Responsabilités

Le président a certaines responsabilités, qui peuvent être assorties de droits ou de pouvoirs.

Si les membres de la formation de la cour ont lu les motifs portés en appel et les mémoires et sont au courant des faits et des questions en litige, le président devrait en informer les avocats avant le début des plaidoiries.

Le président devrait veiller à ce que les plaidoiries se déroulent sans heurts. En principe, il suit l'ordre habituel¹⁸⁴ à moins de s'être entendu avec les autres membres de la formation. Il incombe au président de composer avec les problèmes faisant obstacle aux plaidoiries, comme les interruptions de l'avocat de la partie adverse ou des spectateurs, ou encore le bruit dans le couloir ou dans une salle adjacente. S'il survient un incident pendant les plaidoiries qui peut constituer un outrage, il appartient au président d'agir, mais vraisemblablement après consultation des deux autres juges.

Si l'un des avocats ou l'une des parties dépasse le temps alloué pour les plaidoiries, prend beaucoup trop de temps ou se répète sans cesse, le président doit prendre la décision d'intervenir, encore là après consultation des deux autres juges.

Font notamment obstacle aux plaidoiries efficaces les questions inopportunes des juges. Le pouvoir du président est limité à cet égard, mais il devrait agir si les questions de ce genre nuisent sérieusement aux plaidoiries. Il est difficile de déterminer quelle démarche convient à cet égard, sans que les juges de la formation ne doivent se retirer et se consulter, et la pratique semble différer selon la cour d'appel¹⁸⁵.

Les avocats peuvent supposer que les déclarations du président valent décision ou directive de la cour. Le président devrait donc s'en tenir à de telles déclarations ou, s'il veut s'exprimer en son propre nom, le préciser a priori. Il est souhaitable que le président limite le nombre de questions qu'il pose.

Dans une certaine mesure, les deux autres juges de la formation doivent suivre l'exemple du président en ce qui concerne le moment de poser des questions et la façon de le faire. Par exemple, il existe depuis longtemps en Saskatchewan une règle non écrite selon laquelle ni l'un ni l'autre des deux autres juges de la formation ne posent de questions avant que le président n'ait posé la première. Il est préférable que les juges de la formation ne posent que très peu de questions (voire aucune) dans les premières minutes des plaidoiries, afin de permettre aux avocats de s'acclimater et de se calmer, d'exposer le plan à suivre et de présenter leurs principaux points.

Si le président et un autre juge prennent la parole en même temps, l'autre juge cède généralement la parole au président.

Une fois les plaidoiries terminées, le président doit veiller au bon déroulement de la suite de l'appel. Il doit alors présider le débat des trois membres de la formation saisie de l'appel¹⁸⁶. Cette rencontre servira à tout le moins à déterminer si les juges pourront rendre une décision à l'unanimité et à désigner le juge qui sera chargé de rédiger le projet de jugement¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Partie appelante, puis partie intimée, puis réplique de la partie appelante.

¹⁸⁵ Voir aussi le chapitre 7 sur la courtoisie.

¹⁸⁶ Le déroulement d'une telle rencontre est examiné au chapitre 9, partie C.

¹⁸⁷ Cette réunion est l'occasion, dans certaines cours d'appel, de décider lequel des juges rédigera le premier jet; ailleurs, cette tâche peut être assignée par le président ou attribuée au préalable à tour de rôle : voir Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, 1990, p. 145-146.

Le président devrait suivre l'état d'avancement du travail. Ainsi, si le juge chargé de rédiger le premier jet ne produit pas le projet de jugement dans un délai raisonnable (ou dans les délais fixés par les règles applicables), le président devrait faire un suivi. S'il y a lieu, le travail de rédaction devrait alors être confié à l'un des deux autres membres de la formation.

3. Plaideurs non représentés par un avocat¹⁸⁸

La plupart des plaideurs sans avocat inscrit au dossier se répartissent en trois groupes. Le premier groupe est composé de personnes plutôt raisonnables, qui n'ont pas les moyens de se payer un avocat ou qui sont assez instruites pour s'occuper seules d'une affaire simple. Ces personnes ne causent pas trop de problèmes aux juges ni au président de la formation¹⁸⁹. Ce premier groupe est principalement composé d'accusés non représentés dans le cadre d'appels en matière criminelle. Malheureusement, dans les appels en matière civile, il n'y a que très peu de personnes appartenant à ce groupe.

Le deuxième groupe est invisible. Officiellement, ces plaideurs ne sont pas représentés, mais ils ont un conseiller juridique ou un rédacteur anonyme en coulisse. Certains d'entre eux tentent d'obtenir l'indulgence de la cour ou même d'obtenir gain de cause en appel au motif qu'ils n'ont pas les moyens de se payer les services d'un avocat, alors qu'il n'en est rien. Leurs documents peuvent poser problème, parce qu'ils contiennent des propos haineux traduisant une absence de sens moral et soulèvent toute une gamme de questions. Parfois, ces documents semblent avoir été rédigés anonymement par un avocat rempli d'amertume ou déséquilibré, peut-être même un avocat radié. D'autres fois, le rédacteur donne l'impression d'être un charlatan n'ayant pas suffisamment de connaissances en droit. À l'étape des plaidoiries, les membres de ce groupe ne posent plus trop de problèmes.

Le troisième groupe de plaideurs non représentés par un avocat semblent souffrir d'un trouble psychique ou d'un trouble de la personnalité, même si une personne sans formation médicale ou psychologique peut mettre du temps avant de s'en rendre compte. A priori, certains de ces plaideurs font bonne impression en personne (ce qui est rarement le cas de leur argumentation écrite). Les contacts fréquents permettent de constater que les membres de ce groupe sont impossibles à satisfaire, qu'ils sont très peu coopératifs, qu'ils ont un tempérament épisodique ou cyclique et qu'ils sont infatigables. Ils interjettent appel pour tout et pour rien. Cette dernière caractéristique explique peut-être pourquoi il y a beaucoup plus de membres du troisième groupe que des deux autres groupes dans les cours d'appel et pourquoi ils sont plus présents dans les cours d'appel qu'en première instance.

Les plaideurs peu scrupuleux ou déséquilibrés et obstinés peuvent gâcher la vie des personnes qu'ils poursuivent en justice, les obligeant même à épuiser leurs économies. Les juges doivent donc veiller à ne pas assouplir les règles (ou les lois) pour favoriser les plaideurs profanes.

Le président de la formation devant laquelle comparaît un plaideur profane devrait demeurer calme et impartial, malgré les provocations possibles ou l'absence de fondement de la cause. Ce juge devrait expliquer la procédure au plaideur profane et l'aider à la comprendre. Les quelques préceptes clés suivants s'appliquent aux rapports avec ces plaideurs :

¹⁸⁸ Voir l'exposé présenté par le juge Côté à la conférence triennale de la Commonwealth Magistrates' and Judges' Association, *C.M.J.A. 2006 -2007, Rapport de la conférence triennale*.

¹⁸⁹ Le personnel de la cour pourrait avoir à les aider à préparer leur documentation.

1. Évitez d'accorder une dispense ou de déroger aux règles. C'est injuste pour la partie adverse et peu judicieux, sur le plan psychologique, pour de nombreuses raisons. Il n'y a pas d'exceptions. Le rejet probable de la demande de ce plaideur ne justifie pas l'admission en preuve d'éléments non recevables ni la dérogation aux critères juridiques essentiels.
2. Démontrez que la cour a pris connaissance des documents écrits.
3. Expliquez les règles applicables dans la salle d'audience et faites observer le décorum.
4. En cas de manquement ou d'inobservation, donnez un avertissement.
5. En cas de deux ou trois récidives, mettez fin à l'audience (peut-être en accordant l'autorisation de déposer d'autres observations par écrit).
6. N'assumez pas un rôle non judiciaire, comme celui de scribe, de conseiller, de guide, de négociateur, de parent, d'ami ou de travailleur social.

Ces règles sont efficaces eu égard à **tous** les types de plaideurs profanes, qu'ils soient sincères et raisonnables ou non.

Lorsqu'un plaideur qui peut être perturbé présente une demande impossible à la cour d'appel, il est tentant de la rejeter de vive voix sur-le-champ, mais il est préférable de ne pas procéder ainsi. Au lieu, la cour peut mettre l'affaire en délibéré, motiver sa décision en quelques lignes rédigées rapidement, et déposer et publier ses motifs de décision au bout d'un ou deux jours.

Le président doit veiller au bon déroulement des plaidoiries et au maintien de l'ordre dans la salle d'audience. Il devrait donc prendre les dispositions nécessaires pour qu'un policier ou un gardien de sécurité armé se trouve dans la salle d'audience chaque fois qu'un plaideur non représenté s'y trouve. Chaque salle d'audience devrait être équipée d'un dispositif d'alarme silencieux à la portée des juges et sur lequel ceux-ci peuvent appuyer pour faire venir d'urgence en renfort d'autres gardiens armés. Les plaideurs profanes qui se montrent charmants et impuissants devant la cour d'appel ont parfois la réputation, auprès des agents de sécurité et du personnel de la réception, d'être de véritables tyrans instables. Certains ont déjà été reconnus coupables d'actes de violence. Au Canada, les actes de violence perpétrés dans les salles d'audience sont presque toujours commis dans le cadre d'affaires civiles et non criminelles.

B. LES JUGES EN CHEF¹⁹⁰

Je ne suis pas qualifié pour parler du travail des juges en chef. Toutefois, il peut être utile d'examiner la façon dont les juges puînés d'une cour d'appel perçoivent leur juge en chef et collaborent avec lui.

1. Pouvoirs nécessaires

Il serait difficile et controversé de répertorier les pouvoirs et les responsabilités des juges en chef. Toutefois, ils existent sans aucun doute et ne se limitent pas à ce qui est prévu par la loi¹⁹¹.

¹⁹⁰ Voir aussi le chapitre 4, partie C.

¹⁹¹ Certaines traditions américaines sont examinées dans Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, 1964, repr. 1973, p. 82 et suiv. Il existe aussi un ouvrage publié il y a un bon moment par l'Institut canadien d'administration de la justice et le Centre international de criminologie, Université de Montréal, *Recueil d'information sur le statut et le rôle du juge en chef au Canada*, octobre 1981.

Il est bien établi que les juges en chef décident combien de juges seront saisis d'un appel donné et quels juges seront affectés à quelles causes. Dans la pratique, les appels peuvent être attribués au hasard aux juges ou selon un système de rotation géré par les employés, mais ultimement, la décision appartient aux juges en chef.

La cour d'appel doit composer avec un certain nombre de juges, d'employés distincts, de locaux et une lourde charge de travail. Les tâches administratives sont nombreuses et, même si certaines sont assumées par des employés gouvernementaux, il faut quand même que leur travail soit supervisé et que la liaison soit assurée avec le gouvernement à cet égard et relativement à toute une gamme d'autres questions. Dans certains cas, il s'agit de questions de principe et de partage des pouvoirs constitutionnels, alors que dans d'autres, il s'agit de questions de moindre importance, comme la papeterie ou une fuite dans un conduit. Cependant, les juges en chef ont la responsabilité ultime et ils doivent s'occuper eux-mêmes de toutes ces questions ou en déléguer la responsabilité à un juge ou à un membre du personnel.

La gestion minutieuse au moyen de comités est généralement impossible et prend toujours un temps considérable. Ainsi, réunir l'ensemble des membres de la cour pour décider de toutes les questions d'ordre administratif constitue rarement une solution viable.

Les juges en chef jouent également un rôle en matière de discipline judiciaire¹⁹². En effet, c'est au juge en chef qu'il faut se tourner lorsqu'un juge travaille trop lentement, se laisse aller ou ne veut pas travailler, ou encore désobéit aux règles ou aux politiques de la cour.

2. Travail difficile

Les juges en chef des cours d'appel du Canada doivent normalement exercer les fonctions suivantes :

- (a) siéger, écouter les plaidoiries et se prononcer sur les appels (comme les juges puînés);
- (b) accomplir des tâches d'ordre cérémonial ou social en leur qualité de juge en chef, notamment en leur qualité de juge en chef de la province ou du territoire ou de juge en chef du Canada;
- (c) faire office d'administrateur en cas d'empêchement du lieutenant-gouverneur (ou du gouverneur général), et notamment accomplir des tâches reliées au cérémonial, accorder la sanction royale et approuver les décrets en conseil et les mandats couvrant les dépenses;
- (d) assister aux réunions du Conseil canadien de la magistrature dans d'autres villes, participer aux réunions de certains de ses comités et réaliser des projets pour ces comités;
- (e) assurer la liaison et négocier avec le gouvernement relativement à toute une gamme de questions, dont la nomination des juges;
- (f) répondre au grand nombre de lettres provenant des avocats et du public;
- (g) (i) surveiller les juges puînés en vue de déceler les signes d'une charge mal équilibrée, de maladie, de dureté, de lenteur ou d'inattention et prendre les mesures qui s'imposent;
- (ii) traiter l'ensemble des demandes et plaintes reçues des juges puînés sur tous les sujets imaginables;

¹⁹² Cf. *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, p. 303 et suiv.; cf. *Rees c. Crane* (PC(Trin)) [1994] 2 A.C. 173.

- (h) favoriser la collégialité de la cour et, à cette fin, parrainer et organiser diverses activités sociales;
- (i) assurer l'administration de la cour, y compris les édifices où se trouvent ses locaux et tous les employés nécessaires;
- (j) agir à titre de membre d'office de toute une gamme de comités.

Il s'agit d'un travail très difficile, et le titulaire de ce poste doit posséder des compétences et des qualités très diverses (voire contradictoires). Ce poste semble représenter, à mon avis, l'équivalent de plusieurs emplois à temps plein, et le titulaire doit s'en tenir à un emploi du temps éprouvant et faire preuve d'une grande efficacité. Il est difficile de comprendre comment une personne peut tout concilier, mais les juges en chef semblent y arriver.

Le travail des juges en chef est d'autant plus difficile puisque les juges puînés jouissent de l'immovibilité. Ainsi, les juges en chef peuvent uniquement s'en remettre à la tradition et au sens moral pour faire observer leurs directives. Les doyens de facultés de droit peuvent menacer les professeurs titulaires de rajustements d'échelon selon le mérite, mais les juges en chef ne disposent même pas de cet outil.

3. Rapports avec le juge en chef

Tous les faits susmentionnés servent à expliquer les raisons pour lesquelles les juges d'appel devraient bien réfléchir avant de se plaindre des méthodes d'administration des juges en chef. Mentionnons d'abord les questions de délégation et de collégialité¹⁹³. Les juges en chef ont droit au moins aux mêmes égards et à la même confiance que les juges puînés qui s'occupent, disons, des stagiaires en droit (auxiliaires juridiques).

Deuxièmement, les juges en chef occupent un poste différent de celui des juges puînés et, partant, sont investis de pouvoirs, de devoirs et de droits que ces derniers n'ont pas. Il est douteux qu'ils aient le droit d'intervenir et leur pouvoir d'accomplir le même travail est très limité.

Il y a une troisième raison. Les juges en chef ont presque toujours une plus vaste expérience du travail de juge en chef et de l'administration d'une cour que les autres juges d'appel. De plus, ils ont souvent une plus vaste expérience en tant que juge d'appel que la majorité des autres juges de la cour.

Il y a généralement une quatrième raison. Personne ne peut faire le travail à la perfection, étant donné la charge de travail et les compétences et qualités diverses requises. Il est injuste et contre-productif d'exiger la perfection d'un autre être humain.

Cinquièmement, il serait plutôt rare que **tous** les juges puînés s'entendent sur une question d'ordre administratif et que seul le juge en chef ait un avis contraire. La gestion par une cour divisée serait sans doute pire dans la plupart des circonstances que la gestion par le juge en chef.

Et si le juge puîné est toujours décidé, malgré ce qui précède, à se plaindre de la manière dont le juge en chef accomplit une tâche? Dans ce cas, il y a de bonnes et de mauvaises façons de s'y prendre. Le juge peut, à l'insu du juge en chef, se plaindre secrètement ou faire son numéro en se plaignant à tous les autres membres de la cour. Dans ces cas, il s'en prend au juge en chef et à sa capacité de bien faire son travail. En général, une telle attaque entraîne de lourdes pertes au plan de la collégialité et de l'efficacité, des pertes plus importantes que n'en vaut finalement la question en cause. Ainsi, il vaut mieux réserver de telles attaques aux situations les plus extrêmes, qui ne devraient vraisemblablement pas survenir plus d'une fois par génération (le cas échéant).

¹⁹³ Il en a été longuement question au chapitre 8, partie I.

S'il a un reproche à faire au juge en chef, le juge puîné devrait plutôt, dans un premier temps, lui parler (ou lui écrire) du problème en privé et de manière respectueuse, ce qui constitue une meilleure approche. S'il ne s'agit en fin de compte que d'un malentendu ou que le juge en chef a une réponse convaincante, il n'y a alors pas de difficultés et ni le juge plaignant ni le juge en chef ne se trouvent dans une situation embarrassante. Ils peuvent discuter en toute franchise, parce qu'il n'y a personne qui les écoute.

Il s'ensuit, et j'insiste fortement sur ce point, que les juges d'appel ne devraient jamais critiquer leur juge en chef (ou le juge en chef de leur cour) à l'extérieur des bureaux de la cour d'appel. Une telle démarche fait beaucoup plus de tort que de bien et constitue une atteinte grave à la loyauté. À mon sens, il n'y a que des inconvénients, aucun avantage.

Il ne suffit pas de laisser la voie libre à votre juge en chef et de ne pas intervenir. Les chefs ont eux aussi besoin d'aide et de soutien. Parfois, il convient de se porter volontaire pour accomplir une tâche. D'autres fois, un peu de soutien moral et de diplomatie suffisent. Par exemple, il peut être nécessaire de rassurer un collègue inquiet des répercussions d'un changement d'ordre administratif et de lui fournir une brève explication.

C. JUGES ADMINISTRATIFS

Il peut arriver qu'une cour d'appel ou qu'une loi confère des pouvoirs de nature administrative à un juge de la cour, que celui-ci ait un titre (juge en chef adjoint, juge surveillant, juge en chef par intérim, gestionnaire du rôle) ou non.

Les autres juges de la cour devraient collaborer pleinement avec ce juge et s'abstenir de faire toute critique inutile. S'il est nécessaire de formuler une critique, il convient de le faire en privé dans la mesure du possible. Il en est ainsi pour plusieurs raisons, dont celles énoncées ci-dessus¹⁹⁴ et celles exposées au chapitre 8¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Dans la partie B au sujet des juges en chef.

¹⁹⁵ Surtout la partie I.

CHAPITRE 13 – CONFIDENTIALITÉ

« [...] Et voici des malles et des valises bourrées de papiers : de quoi ravir non seulement l'étudiant en criminologie, mais aussi tous les amateurs de scandales sociaux et officiels de la fin de l'ère victorienne. Mais que se rassurent les auteurs de lettres angoissées qui nous supplient de ne pas compromettre l'honneur de leurs familles ni la réputation d'un aïeul célèbre : ils n'ont rien à craindre! La discrétion et le sentiment élevé de ses devoirs professionnels qui ont toujours animé mon ami président à notre choix : aucun abus de confiance ne sera commis. Toutefois je désapprouve formellement de récentes tentatives en vue de s'emparer et de détruire ces papiers. »

– La pensionnaire voilée

A. RISQUES

Il y a, parmi les employés et collaborateurs d'une cour d'appel, des personnes qui font preuve d'une grande insouciance à l'égard des questions de confidentialité et des risques connexes.

Examinons d'abord certains des risques.

Le premier danger est d'accorder un avantage déloyal à une partie au détriment de ses adversaires. Les parties peuvent régler un différend à toutes les étapes du processus jusqu'au prononcé du jugement définitif par le tribunal de dernier ressort. Les parties à une poursuite connaissent généralement les exigences de leur adversaire eu égard à un règlement. L'écart qui sépare les deux parties peut ne pas dépasser quinze ou vingt pour cent, surtout s'il s'agit d'une poursuite importante. Malgré l'appel en instance, les parties peuvent quand même s'arranger à l'amiable, et l'espoir d'en arriver à un tel règlement incite souvent les parties à interjeter appel. La partie qui est confiante d'obtenir gain de cause ne voudra certes pas accepter un règlement à l'amiable, mais sa position pourra vraisemblablement changer si elle a des raisons de douter de sa victoire, comme la perte d'un témoin ou un changement de l'état du droit.

Et qu'en est-il des effets extrêmement graves sur l'appel de renseignements voulant que l'appel de cette partie puisse être rejeté ou soit rejeté sans aucun doute? Et si cette partie l'apprenait, mais se rendait compte que son adversaire ne le savait pas, elle serait alors tentée de sauver les meubles en concluant une entente! Elle n'aurait qu'à demander à son adversaire si sa dernière offre tient toujours!

Pendant les semaines ou les mois qui précèdent le prononcé d'une décision par la cour d'appel, la correspondance interne, imprimée et électronique, donne des indications de plus en plus certaines du résultat, puis l'énonce clairement. Si de tels renseignements, qu'il s'agisse même d'une note préliminaire d'un stagiaire à un juge, devaient parvenir à la connaissance d'individus peu scrupuleux, il en résulterait sans doute une grave injustice.

De plus, ni la cour, ni la victime mal renseignée ne le devineraient. Et si la vérité devait éclater un jour, il serait difficile de corriger la situation. Il faudrait à tout le moins une nouvelle poursuite.

Il ne s'agit pas de susciter des craintes non fondées. Il y a quelques années, par exemple, la partie déboutée dans le cadre d'une poursuite d'envergure en Ontario a par la suite embauché un détective privé pour fouiller les ordures ménagères du juge de première instance, dans l'espoir, semble-t-il, d'y trouver des preuves d'un quelconque conflit d'intérêts de la part du juge. Par ailleurs, des poursuites ont été intentées récemment par de grandes entreprises canadiennes qui s'accusaient mutuellement d'espionnage industriel et de vol de déchets.

Quiconque occupe aujourd'hui un poste de juge d'appel a grandi à une époque où de nombreux comportements répréhensibles étaient inexistantes, voire inconcevables. Cependant, de nos jours, il n'y a pas que les personnes ayant des principes ou les personnes prévenantes qui intentent des poursuites.

Des personnes autres que les parties pourraient aussi tirer profit (ou être à l'origine) d'une fuite.

Les juges ne se souviennent que rarement du nom des sociétés cotées en bourse ni ne savent quelle entreprise est une filiale d'une société cotée. Ils ne savent pas plus quelles poursuites pourraient avoir une incidence importante sur le bénéfice net d'une entreprise. Ainsi, les juges ne sont pas au courant des appels qui pourraient influencer sur la valeur au marché d'actions échangées. Pourtant, il pourrait être tentant pour la personne qui prend connaissance par hasard de renseignements confidentiels de la cour d'en tirer profit et de spéculer en bourse en utilisant ces renseignements. La spéculation n'est plus uniquement l'affaire des négociateurs en bourse. Certains de nos voisins (peut-être même nos éboueurs) surveillent les moindres fluctuations du cours des valeurs mobilières tous les soirs à l'aide de leur ordinateur personnel.

Les médias sont souvent à court des nouvelles intéressantes nécessaires pour alimenter leurs chaînes d'information continue et remplir les pages des quotidiens. Le mot « secret » ajoute toujours du piquant à la une de l'actualité. Il y a quelques années, les conversations sur téléphone cellulaire d'un procureur général de l'Ouest canadien au sujet des poursuites au civil de la province ont été interceptées, et ses propos ont été diffusés dans la presse électronique et écrite pendant plusieurs jours, même s'ils n'étaient aucunement dramatiques. Et c'est la personne qui a intercepté les conversations qui a été élevée au rang de héros. C'est donc dire que la moralité (ou même le droit) ne prime pas dans une telle situation.

Je le répète, les juges ont tendance à oublier qu'un appel suscite souvent de la part des milieux politiques ou des médias un intérêt qu'ils ne peuvent prévoir. Si les nouvelles se font rares le jour en question, ou que l'histoire comporte une dimension humaine ou se rapporte à une personne en vue, la une qui commence par « Le plus haut tribunal... » pimentera un reportage.

Voilà pourquoi les cours d'appel s'exposent à un plus grand risque de fuites que les tribunaux de première instance. Les enjeux sont généralement plus importants.

Il y a quelques années, des copies d'une note confidentielle, rédigée avant l'audience par un stagiaire à l'intention des juges de la Cour suprême du Canada, ont été insérées par inadvertance dans la documentation remise à la presse. La note ne contenait pas de renseignements préjudiciables, mais l'affaire a fait les manchettes partout au pays.

Ces incidents peuvent nous sembler sans importance, mais de telles fuites nuisent à l'image de la cour de deux façons. Premièrement, ils laissent croire à la négligence de la cour et à son manque d'organisation. Deuxièmement, un coup d'œil en coulisse diminue toujours l'envergure du spectacle, quel qu'il soit. De près, les fards gras sont visibles et il devient évident que le grand orateur lit un texte imprimé en gros caractères. Lorsque Toto lève le rideau, révélant le petit homme qui tire les ficelles, le Magicien d'Oz perd de son envergure. Ainsi, le reportage qui porte sur la personne et sa façon de transmettre le message, plutôt que sur le message, a pour effet de déconsidérer cette personne.

Les fuites d'information peuvent être très préjudiciables aux cours d'appel pour une autre raison. La plupart de leurs décisions sont rendues par au moins trois juges qui doivent communiquer entre eux. De plus, certains projets de jugement sont transmis à des juges qui n'ont pas été saisis de l'appel en cause. Leurs commentaires comportent souvent des critiques. Parfois, les éléments ayant donné lieu à des critiques sont plus tard supprimés du projet de jugement, avant le dépôt de la version définitive. Le juge qui a formulé la critique est parfois convaincu qu'il avait tort, mais pas toujours. De plus, le processus judiciaire peut sembler arbitraire s'il est révélé que le jugement final rendu par un juge (ou ses motifs concordants) ne reflète pas sa position initiale. La publication de tels échanges peut déconsidérer les juges concernés, que l'information paraisse au bout de deux jours dans les journaux ou au bout de vingt ans dans une revue spécialisée ou une biographie. Pendant qu'ils sont cuisinés, les mets n'ont pas nécessairement belle apparence, malgré la qualité des ingrédients.

B. PRÉCAUTIONS À PRENDRE AVANT DE RENDRE UN JUGEMENT

Que faut-il faire?

1. Ordinateurs et téléphones

D'abord, il faut bien réfléchir avant d'utiliser les communications sans fil. Si vous utilisez un téléphone cellulaire ou un téléphone sans fil fabriqué avant 2003, ou une technologie plus ancienne de réseau informatique sans fil, ne parlez pas des causes à l'étude, même entre deux ordinateurs situés à quelques mètres de distance. Le matériel plus ancien permet trop facilement l'interception des communications, même accidentelle. (Les téléphones et les ordinateurs sans fil plus récents comportent des caractéristiques plus sécuritaires.) Ne faites jamais l'erreur d'utiliser de tels ordinateurs ou téléphones dont les mots de passe ou paramètres de sécurité par défaut n'ont pas été changés. Pour offrir la protection nécessaire, ces mots de passe ou paramètres doivent être modifiés et vraisemblablement changés de temps à autre. De plus, les systèmes sans fil ne pourront jamais offrir une protection sans faille.

N'utilisez pas le courrier électronique offert sur le marché, à moins d'avoir une clé de chiffrement fiable. Les informaticiens pirates constatent que bon nombre de systèmes ne comportent aucune caractéristique assurant réellement la sécurité. Le système Judicom peut être satisfaisant.

Il est possible que les réseaux internes des ministères ne comportent pas le niveau de sécurité nécessaire, surtout si le gouvernement est l'une des parties au litige et qu'il s'agit d'une cause de nature très délicate au plan politique. Voilà pourquoi les juges devraient participer à l'administration de tels réseaux internes, et notamment à l'élaboration des politiques, et qu'un expert en sécurité

informatique devrait être affecté tout particulièrement à la gestion de leurs communications. Les juges devraient disposer d'un accès physique ou virtuel distinct à un serveur.

L'accès à tous les ordinateurs devrait être protégé par un mot de passe¹⁹⁶. Les ordinateurs ne devraient pas se trouver dans des salles sans surveillance, ni être laissés ouverts toute la nuit.

Les juges ne devraient pas utiliser une imprimante qui est également utilisée par des personnes qui ne relèvent pas d'eux ou qui est à la disposition de telles personnes.

En envoyant par télécopieur des notes internes, on risque de composer un faux numéro. Les utilisateurs doivent vérifier le numéro réellement composé avant d'envoyer la télécopie. Récemment, une banque canadienne a fait les manchettes pendant une semaine en raison de multiples envois confidentiels par télécopieur au mauvais numéro.

2. Documents

Les copies imprimées de documents devraient faire l'objet d'une surveillance étroite. La porte donnant accès des aires publiques aux bureaux des adjoints des juges devrait être verrouillée en tout temps, même si une personne souhaite simplement faire un saut au bout du couloir et lorsque les employés chargés de l'entretien lavent les planchers le soir. Les bureaux des juges devraient être verrouillés après les heures de bureau.

Aucun document ne devrait être laissé sur les pupitres la nuit. Personne ne sait qui a accès aux bureaux après les heures de travail et si ce sont des employés réguliers ou simplement des employés d'un service de réparation. Les classeurs à tiroirs (ou la salle des dossiers) devraient être verrouillés la nuit.

Il faut prêter attention aux documents confidentiels pouvant être apportés dans la salle d'audience ou insérés dans les cahiers d'appel ou les mémoires. Il faut indiquer clairement qu'il s'agit de documents confidentiels et les imprimer sur du papier en couleur (ou utiliser une couverture en couleur). D'ailleurs, tous les documents confidentiels d'un tribunal devraient être imprimés sur du papier de la même couleur.

Le vent pourrait emporter les vieux papiers d'un tribunal transportés par camion ou ceux-ci pourraient se retrouver à la vue dans un site d'enfouissement.

Les vieux papiers constituent depuis de nombreux siècles une excellente source d'espionnage. Souvenez-vous de l'enquêteur qui fouillait dans les ordures ménagères du juge ontarien. Rappelez-vous de la guerre des déchets que se sont livrés deux grands transporteurs aériens canadiens en 2004 et 2006. En Alberta, il y a quelques années, des stagiaires en droit ont rédigé une chanson drôle pour une saynète de Noël et en ont fait pour eux seuls environ six copies. Peu après, l'une d'elle a été déposée en preuve à l'appui d'un affidavit par un plaideur profane fréquent. Elle avait sans doute été récupérée dans les déchets de papier.

Il y a quelques années, les médias nationaux ont traité à fond de la question des notes privées récupérées par un avocat dans une corbeille à déchets, après le départ de la salle des commissaires qui avaient tenu une audience en matière d'immigration ou de statut de réfugié. Personne ne s'est interrogé sur l'aspect éthique de ce vol. Les commentaires des commissaires membres de la formation étaient plus ou moins inoffensifs, mais les médias en ont parlé comme les symptômes d'un manque de sérieux.

¹⁹⁶ Utilisez un mot de passe difficile à deviner et qui ne se trouve pas dans les dictionnaires. Le meilleur mot de passe comprend une combinaison de lettres majuscules et minuscules, de chiffres et de symboles.

C'est pourquoi les documents jetés par les juges et leurs collaborateurs devraient être déchiquetés avec régularité tous les jours.

3. Conversations

Les conversations privées dans les ascenseurs, les avions ou les restaurants comportent de graves risques. Même s'il s'agit de propos laconiques, il peut y avoir une personne présente qui, par malchance, fait partie du petit nombre de personnes dans la ville qui comprendront (ou devineront les allusions). Un mot ou deux peuvent suffire pour indiquer la direction du vent.

N'oublions pas qu'il y a quelques années, deux ministres se sont attirés des ennuis, coup sur coup, en raison de conversations entendues par hasard à bord d'avions. Je sais que la même chose est arrivée à des avocats. Nous avons appris qu'un juge à Montréal a parlé d'une cause pendant sa course en taxi et que, quelques heures plus tard, il a entendu son chauffeur narrer ses opinions à une tribune téléphonique.

Les juges supposent que les conversations à l'intérieur de leur salle de conférence ou cabinet particulier ne peuvent être entendues à l'extérieur ou que le microphone (haut-parleur) du téléphone dans cette pièce n'a pas été activé. Ils supposent en outre qu'il n'y a pas de microphone caché (dispositif d'écoute électronique) dans la pièce et que le microphone du téléphone n'a pas été trafiqué de manière à toujours être activé. Mais quelqu'un a-t-il fait les vérifications nécessaires?

Même le son de rires (ou de discussions animées) provenant d'un cabinet particulier peuvent causer de l'embarras. Les plaideurs pourraient penser que les juges se moquent d'eux, alors qu'il est à peu près certain que les juges ne se comporteraient pas ainsi.

Les bavardages ou les conversations ayant lieu dans un contexte social pourraient se répandre dans toute la ville et prendre de l'ampleur chaque fois qu'ils sont repris. Un juge de première instance dans l'Ouest canadien a été critiqué en public par la cour d'appel à la suite d'une brève conversation dans un contexte social. Dans une autre affaire, une décision rendue en appel a été contestée par le dépôt d'une requête en nouvelle audience, à la suite d'un affidavit portant sur des commentaires très brefs et très peu compromettants faits par un juge membre de la formation saisie de l'affaire lors d'un colloque de formation. Il n'a finalement pas été fait droit à la demande de nouvelle audience, mais le juge en cause a été mis à rude épreuve.

C. APRÈS LE PRONONCÉ DU JUGEMENT

Une fois le jugement prononcé, les atteintes à la confidentialité ne peuvent peut-être pas entraîner des règlements injustes ou de la spéculation à la bourse, mais les autres risques demeurent.

Après le dépôt du jugement, il serait sage pour les juges ayant connu de l'appel de conserver les notes qu'ils ont prises pendant les plaidoiries¹⁹⁷. Le greffe conservera dans le dossier officiel l'original des motifs de décision, un exemplaire des éléments de preuve et des mémoires, ainsi que les documents se rapportant aux questions interlocutoires.

Tous les autres documents se rapportant à l'appel devraient être déchiquetés. En effet, même l'exemplaire supplémentaire d'un mémoire contiendra les notes du juge et son nom estampillé sur la couverture.

¹⁹⁷ Si les plaidoiries n'ont pas été enregistrées.

La correspondance entre les juges au sujet de projets de jugements est confidentielle, de part et d'autre, et il serait inacceptable qu'un juge en dévoile la teneur, même dans ses mémoires rédigés beaucoup plus tard. Je ne vois donc aucune raison de conserver de tels documents. Il ne sert à rien de conserver des documents inutiles mais dangereux. Aucun juge ne conserverait de vieux obus d'artillerie comme souvenir, alors pourquoi conserver des documents explosifs?

D. EMPLOYÉS ET LOCAUX

Les administrateurs d'une cour d'appel devraient donner régulièrement aux employés des directives sur la sécurité, y compris sur la protection des renseignements confidentiels. Les nouveaux employés doivent recevoir des consignes détaillées sur la confidentialité et s'engager par écrit à respecter la confidentialité. Les administrateurs devraient embaucher des employés gouvernementaux attirés pour s'occuper de l'entretien, du nettoyage et de l'élimination des vieux papiers dans les secteurs névralgiques.

Tous les membres du personnel des cabinets des juges devraient conserver les documents de nature délicate dans un classeur fermé à clé tous les soirs.

Les administrateurs devraient vérifier attentivement les lieux pour déterminer s'il est possible d'avoir accès aux bureaux des juges sans une clé ou un laissez-passer valide, **peu importe** l'heure, les circonstances ou le trajet, y compris en passant par une porte secondaire de la salle d'audience. S'il y a lieu, il faudrait ajouter des cloisons ou de nouvelles serrures. Le coût de ce type de travaux de rénovation est généralement peu élevé.

Les clés et les serrures devraient être changées régulièrement. Cependant, les clés en métal sont trop faciles à reproduire, et leurs serrures, peu commodes à changer. Les serrures électroniques sont préférables, et un système régulier devrait être mis en œuvre pour mettre un terme aux droits d'accès des employés au moment de leur départ.

Aucun membre du personnel ne devrait, par politesse, laisser entrer quiconque par une porte verrouillée sans d'abord demander quelques renseignements. Les employés devraient montrer leur laissez-passer en tout temps. Les nouveaux juges ou ceux qui viennent de l'extérieur devraient s'attendre à se faire poser des questions. Il convient de leur dire à l'avance qu'une telle pratique devrait les rassurer (et non les insulter).

CHAPITRE 14 – REQUÊTES EXAMINÉES PAR UN JUGE SEUL

« [...] *On élabore des théories provisoires et on attend que le temps ou des éléments nouveaux en démontrent la fausseté. Mauvaise habitude, monsieur Ferguson! Mais la nature humaine est faible.* »

– Le vampire du Sussex

A. RÈGLES DE DROIT RÉGISSANT LES REQUÊTES

Il y a dix ans, les règles régissant l'examen de requêtes par des juges d'appel siégeant seuls étaient beaucoup moins nombreuses. De nombreux juges d'appel examinaient sans doute de telles requêtes dans leur cabinet et ne motivaient pas par écrit leurs décisions. Aujourd'hui, les recueils de jurisprudence contiennent de nombreuses décisions tenant sur plusieurs pages qui ont été rendues relativement à de telles requêtes. Dans ce domaine autrefois flou ou nébuleux, il existe désormais une jurisprudence précise et convaincante.

Il s'agit tout compte fait d'une évolution utile. Les juges d'appel n'ont plus à se demander quels critères ou règles s'appliquent ni à les formuler seuls. Ils n'ont pas non plus à passer des années à en prendre connaissance par le téléphone de brousse ou par une méthode empirique. De plus, cette évolution favorise vraisemblablement la cohérence.

Aujourd'hui, les avocats compétents citent plus abondamment la jurisprudence et il existe toujours d'autres causes non citées, mais répertoriées, sur la question examinée. Il est difficile de prévoir à quel moment le courant jurisprudentiel changera de direction.

Par conséquent, la recherche portant sur l'état de ce droit pose problème. Il n'y a pas de solution idéale, et la recherche booléenne (version intégrale) n'est certes pas la solution. Certaines cours d'appel ont élaboré des guides internes à l'intention de leurs juges. S'ils sont tenus à jour, ces guides peuvent être très utiles. Au nombre des autres sources imprimées figurent les suivantes :

- version annotée des règles de la cour;
- Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, tome 4, chapitre 76, 2003;
- Holmsted & Gale, *Ontario Judicature Act* (feuilles mobiles); voir les notes concernant les règles 504, 504a, 506;
- Holmsted & Watson, *Ontario Civil Procedure* (feuilles mobiles); voir les notes concernant la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, art. 133 n.; et R. 61 par. 12, 13, 16, 23, 25; R. 63 n.
- Maritime Law Book Co. "Practice" numéros clés 8298-8300, 8861-6, 8870-85, 8889-90, 8901-70, 9000-9009.5, 9051-60, 9073, 9090-96, 9163-70, 9200-05, 9301-9406, 9451-9.

Pour faire une recherche juridique en ligne, à l'extérieur du Québec et des territoires, il est recommandé d'utiliser les thèmes figurant dans « Practice », Maritime Law Book Co., qui sont susmentionnés. Il est possible d'y faire une recherche globale ou de circonscrire sa recherche à un recueil de jurisprudence.

B. POUVOIRS DES JUGES SIÉGEANT SEULS

Qu'en est-il des pouvoirs que peuvent exercer les juges siégeant seuls? Les juges sont investis des pouvoirs que leur confère la disposition législative ou réglementaire qui permet au « juge » de faire quelque chose (comme proroger un délai). Par ailleurs, il existe généralement des dispositions législatives autorisant un juge d'appel à trancher les questions « accessoires » à un appel. Dans le passé, les tribunaux ont donné une interprétation large à ce qui constitue une question « accessoire » à un appel. De plus, les parties ou la formation de la cour peuvent convenir de confier à un juge d'appel le règlement d'un problème particulier.

Les dispositions législatives ou réglementaires qui précisent que la « cour » ou trois juges d'appel peuvent rejeter sommairement un appel pour un motif donné sous-entendent vraisemblablement que le juge d'appel siégeant seul ne devrait pas s'appuyer sur un tel motif. À part cela, il est probable qu'un juge d'appel puisse parfois rejeter un appel¹⁹⁸.

Il peut arriver que les juges d'appel aient compétence pour connaître d'une requête, mais qu'ils refusent à juste titre de le faire. Par exemple, les juges ne devraient ni modifier ni annuler une ordonnance rendue par un autre juge, à moins que ce dernier ne soit pas disponible. Par ailleurs, d'autres questions d'administration de la cour et de son rôle peuvent relever uniquement d'un juge d'appel attitré, et il n'est donc pas souhaitable que d'autres interviennent. La cohérence de la démarche est souvent importante. Il ne faut pas encourager les avocats à rechercher des juges accommodants. En effet, il est périlleux de permettre aux avocats de choisir le juge ou encore de faire connaître les affectations des juges eu égard aux requêtes examinées par un juge seul.

C. MODALITÉS DE TRAITEMENT DES REQUÊTES

En raison de leur diversité, il est impossible de dresser la liste de toutes les requêtes pouvant être examinées par les juges siégeant seuls et leur nombre fait également obstacle en partie à la révélation d'indices généraux. Pourtant, il ne devrait pas s'agir d'une foule d'occurrences uniques. En effet, le traitement de chaque requête comme un incident indépendant entraîne des retards importants et nuit à la cohérence. Certains objectifs généraux de la procédure d'appel devraient servir de guide pour le prononcé de décisions par les juges siégeant seuls.

¹⁹⁸ Le juge d'appel siégeant seul pourrait avoir compétence en raison de la nature purement procédurale de l'ordonnance en cause, bien que la nature substantielle de l'ordonnance ne constitue vraisemblablement pas toujours un obstacle. Pour de plus amples renseignements, voir le tome 4 de Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, 2003, chapitre 76, partie R. 4.

1. Bon déroulement de l'appel

De toute évidence, il est dans l'intérêt public que soient rendues avec célérité les décisions portant sur les affaires criminelles et constitutionnelles, les affaires de garde d'enfants ou la réglementation. Cet intérêt revêt également un poids considérable dans d'autres appels en matière civile, voire dans les appels visant des sommes d'argent¹⁹⁹. Très peu de plaideurs dont l'affaire vaut d'être instruite préfèrent attendre plus longtemps pour connaître l'issue de leur appel ou de leur poursuite.

C'est pourquoi le législateur fixe des délais, et les tribunaux ne devraient pas les écarter sur simple consentement, et ce, notamment lorsque la poursuite opposant des adultes ne porte pas uniquement sur des questions pécuniaires. Ainsi, les juges d'appel ne devraient pas permettre les mesures ou interruptions qui ont pour effet de freiner ou de ralentir indéfiniment le déroulement de l'appel. La cour ne devrait pas non plus priver la partie appelante de la raison qui l'incite à poursuivre l'appel, à moins qu'elle n'impose des délais. En effet, la partie intimée n'a que très peu de recours pour faciliter ou accélérer la préparation d'un appel en vue des plaidoiries.

Il est étonnant de constater combien de fois une partie appelante très lente a été reconnue coupable, puis a été libérée sous caution ou a été jugée responsable, puis a obtenu un sursis d'exécution en attendant l'audition de l'appel. La partie appelante obtient alors tout ce qu'elle veut. L'appel ne lui apportera rien de plus, peu importe son déroulement. Par conséquent, de tels cautionnements ou sursis devraient uniquement être accordés (ou prorogés malgré l'opposition) sous réserve de conditions assorties d'un échéancier précis. Les juges ne devraient pas non plus accorder de tels cautionnements ou sursis à moins qu'une personne ou une entreprise solvable commande sans conditions les transcriptions et la reproduction des éléments de preuve (ou que la partie appelante paye d'avance).

L'intérêt public exige souvent que les juges des requêtes interviennent pour assurer le bon déroulement des appels. La cour qui n'a pas encore confié une telle tâche à un ou plusieurs juges (ou greffiers, protonotaires ou avocats-conseils à l'interne) devrait le faire.

Il importe donc que les juges d'appel chargés de l'examen de requêtes soient assez astucieux pour déceler les appels déposés uniquement pour gagner du temps, notamment lorsque l'appel pourrait porter atteinte aux droits de personnes frappées d'une incapacité ou de tiers. Il en est tout particulièrement ainsi lorsque l'intérêt public est en jeu. Voilà l'une des raisons pour lesquelles il est souvent nécessaire, suivant l'un des critères applicables aux différentes ordonnances procédurales, que l'appel soit défendable.

S'ils estiment que les appelants ne font pas diligence, les juges devraient avoir recours tant à la carotte qu'au bâton pour accélérer le processus. Le bâton représente les délais et les sanctions. Et la carotte? Les juges devraient priver les appelants indolents du sursis d'exécution ou des autres mesures qui les incitent à atermoyer, de sorte que la seule incitation qui leur reste soit d'obtenir gain de cause.

¹⁹⁹ Voir Côté, *Slow Appeals: Causes and Cures*, 2000, chapitre 1; Côté, *Du bon déroulement des appels*, Conseil canadien de la magistrature, 2006.

2. Entrave induite au travail des juges

En première instance, les juges des requêtes s'emploient à ne pas juger à l'avance l'affaire ou à limiter le champ d'action des juges de première instance. Ce type de raisonnement est important au sein d'une cour d'appel, où les juges siègent généralement en formation de trois. Les juges devraient bien réfléchir avant d'élaguer en l'absence de circonstances probantes. Il pourrait s'ensuivre un appel de la décision d'un juge en cabinet à une formation de juges et d'autres atermoiements²⁰⁰.

3. Outils mis à la disposition des juges

La formation de la cour saisie d'un appel devrait entendre les plaidoiries portant sur tous les points en litige, avoir accès à l'ensemble des éléments de preuve qui pourraient être pertinents selon le point de vue que les juges de la formation pourraient adopter, et avoir à portée de la main la jurisprudence pouvant être considérée pertinente par les juges ou l'une des parties.

En cas de doute réel, il devrait donc être fait droit à un appel incident ou à une demande de modification de l'appel principal.

4. Équité ou efficacité

Les juges chargés de l'examen de requêtes veulent rendre justice pour les parties. Il peut y avoir incompatibilité entre ce qui est équitable pour une partie et les règles de procédure, les délais, l'acheminement sans heurts du travail ainsi que l'emploi efficace du temps de la cour. Au Canada aujourd'hui, la plupart des juges des requêtes ont tendance à accorder plus de poids au bien-fondé possible de la cause de la personne en défaut, moins de poids à celle de son adversaire, et aucun à l'intérêt public. Or, en cour d'appel, une telle répartition est particulièrement déconseillée.

Avant le procès, il est difficile de savoir si la cause est fondée. Cependant, le résultat du procès indique que la partie appelante a tort et que la partie intimée a raison. Souvent, l'appel repose alors sur des questions procédurales. Ainsi, après le procès, il n'est ni convenable ni juste d'accorder à l'appelant le bénéfice du doute à plusieurs reprises.

Il peut être très périlleux de trancher des questions non essentielles dans le cadre de l'examen d'une requête par un juge seul. À titre d'exemple, mentionnons le juge des requêtes qui qualifie un appel de probant, alors qu'il était uniquement tenu, selon le droit applicable, de dire si la requête était frivole (sans fondement). Les juges ne devraient pas non plus se prononcer sur une question qui ne figure pas, suivant les règles de droit applicables, au nombre des critères à appliquer pour le type de requête en cause²⁰¹.

²⁰⁰ Je ne parle pas d'un juge d'appel qui statue sur une demande d'autorisation d'appel.

²⁰¹ Voir la partie E ci-après.

D. EFFICACITÉ

Les juges devraient feuilleter les documents déposés à l'appui d'une requête dès qu'ils les reçoivent. Il est pressant de déceler les conflits d'intérêts possibles, les documents manifestement manquants, la jurisprudence à lire, les requêtes trop longues ou complexes pour le temps alloué, et les requêtes nécessitant une certaine préparation ou la participation d'un stagiaire (auxiliaire juridique). Si ce travail de détection est fait avec célérité, il restera du temps pour régler ces questions. La découverte de tels problèmes le matin ou la veille de l'audition de la requête crée une situation d'urgence ou donne lieu à un ajournement inutile.

Les juges devraient lire attentivement les documents à l'appui de la requête ultérieurement, au moment qui leur convient le mieux.

Certains juges d'appel consacrent beaucoup plus de temps que d'autres à l'audition de requêtes examinées par un juge seul. L'écart est le plus grand en ce qui a trait aux demandes d'autorisation d'interjeter appel. Pourquoi est-ce ainsi?

Certains juges passent une heure ou plus à écouter les avocats débattre de vive voix des questions étrangères à l'affaire ou des questions au sujet desquelles ils ont sans doute raison. Par exemple, les appelants tiennent souvent à démontrer que le jugement rendu en première instance est erroné; or, ils se retrouvent alors à défendre le bien-fondé de l'appel devant le juge siégeant seul. Cependant, il se peut que ce sujet ne soit pas pertinent eu égard à la requête examinée par le juge d'appel siégeant seul. Dans le cas contraire, les appelants n'ont généralement qu'à démontrer que l'appel est défendable. Les intimés contestent rarement ce fait.

Par conséquent, après avoir lu attentivement les documents à l'appui de la requête, le juge devrait se demander quel avocat il devrait inviter à parler en premier, quelles questions devraient être débattues et pourquoi. Cette simple planification permettra d'éviter de perdre du temps sur les débats dépourvus d'intérêt dans ce contexte ou les points sur lesquels l'avocat a raison. Parfois, un avocat peut fournir une précision ou faire une concession, rendant alors inutile l'intervention de son adversaire sur une question donnée.

Il est entendu qu'après les plaidoiries, il se peut que le juge change d'avis et doive alors demander à l'autre partie de présenter des arguments relativement à une question donnée. Même dans ce contexte, l'ordre des interventions des avocats et de l'examen des questions ne revêt que peu ou pas d'intérêt.

Les juges ont tendance à croire qu'ils n'ont que deux possibilités à la fin des plaidoiries : rendre une décision sur-le-champ en donnant des motifs de vive voix ou mettre l'affaire en délibéré et donner plus tard des motifs par écrit. Or, il n'en est rien. Les juges peuvent suspendre l'audience pendant dix minutes, noter quelques grandes lignes, puis donner de vive voix leurs motifs de décision. Ils peuvent aussi rendre leur décision et annoncer que leurs motifs écrits suivront ultérieurement.

E. OPPORTUNITÉ DE DONNER DES MOTIFS EXHAUSTIFS

Il fut un temps où les juges d'appel siégeant seuls ne motivaient pas par écrit leurs décisions, mais aujourd'hui, ils ont tendance à le faire, bien qu'ils ne soient pas toujours tenus de le faire. La partie qui obtient gain de cause ne se plaindra pas de l'absence de motifs, lesquels pourraient nuire à l'autre partie.

S'il se forme une opinion du bien-fondé de l'appel, le juge saisi de la requête ne devrait pas trop en dire à ce sujet. Les juges qui statueront plus tard sur le fond seront saisis de plus amples éléments de preuve, entendront les plaidoiries et examineront l'ensemble de la jurisprudence. Selon toute vraisemblance, le premier juge ne fera pas partie de la formation saisie de l'affaire, qui pourrait adopter un point de vue différent du bien-fondé de l'appel. Le point de vue du premier juge d'appel sur le fond de l'affaire, s'il est consigné, constituera une source de distraction.

Il en est particulièrement ainsi dans le cas de demandes d'autorisation d'interjeter appel. S'il **refuse** d'accorder l'autorisation pour une ou plusieurs raisons, le juge met pour ainsi dire fin à la procédure (sauf parfois en Colombie-Britannique). La partie ainsi déboutée a donc le droit de connaître les motifs du refus, sauf s'il s'agit de questions de moindre importance. Cependant, le juge ne devrait pas motiver sa décision de **faire droit** à une demande d'autorisation, pour les raisons énoncées dans le paragraphe précédent. Dans ces cas, le juge devrait simplement préciser qu'il fait droit à la demande d'autorisation d'appel. S'il est tenu, selon le droit ou la coutume, de préciser la question ou le point pour lequel il fait droit à la demande d'autorisation, le juge (après les plaidoiries) devrait le préciser clairement, mais ne pas donner d'autres raisons, explications ou renseignements généraux ni fournir une analyse.

En revanche, les motifs écrits portant sur d'autres sujets peuvent être très utiles, même si les décisions sur de telles requêtes sont rarement motivées. Par exemple, si les avocats commettent souvent la même erreur, présentent des requêtes inutiles, omettent de prendre certaines mesures en temps opportun ou ne tiennent pas compte de dispositions législatives ou réglementaires pertinentes, les juges d'appel ne devraient pas continuer de souffrir en silence.

Le juge qui est saisi d'une autre requête erronée devrait prendre quelques notes à l'avance, puis procéder à l'audition de la requête en salle d'audience. S'il constate que la présentation de la requête et les plaidoiries se déroulent comme prévu, le juge ne devrait pas uniquement statuer sur l'affaire. Il devrait donner aux avocats quelques conseils en leur signalant de vive voix l'erreur ou la meilleure démarche à suivre et en citant la jurisprudence pertinente (généralement brève et simple). Le juge devrait ensuite faire transcrire ces motifs, les réviser et les signer, puis les déposer et les distribuer aux destinataires habituels des jugements de la cour. Une brève décision publiée peut mettre fin à une pratique négligente ou erronée en vigueur depuis deux générations.

F. PARTICIPATION DU GREFFIER

Les avocats aiment bien rencontrer les juges d'appel dans leur bureau privé dans le but d'obtenir une décision, une autorisation, l'assouplissement de règles ou l'admission d'un élément de preuve vicié. Il s'agit d'un moyen rapide qui semble efficace, mais qui cause en fait des problèmes.

Généralement, il n'y a aucune trace écrite du nom des participants à de telles rencontres, des observations qui y ont été faites ni des documents dont il a été fait mention. Rien n'est enregistré comme pièce. Les juges ne prennent que rarement des notes, et ni la décision exacte, ni les motifs donnés à l'appui ne sont consignés. Plus tard, le greffier entend parler du prononcé d'une décision, et il lui est demandé de signer et d'enregistrer une ordonnance officielle dont ni lui ni les employés n'ont été informés. Pire encore, le greffier tente de faire observer les règles et apprend de l'avocat que le juge lui a accordé une dispense à une date antérieure inconnue.

Les juges d'appel ne devraient jamais rencontrer un avocat (ou un plaideur) à moins qu'un employé du greffe ne soit présent et n'ait en main le dossier officiel de la cour d'appel. De plus, l'employé présent devrait avoir la possibilité raisonnable de prendre des notes et de faire des commentaires au juge. Si les requêtes qui leur sont présentées ne font pas l'unanimité et ne sont pas extrêmement simples, les juges devraient envisager sérieusement la possibilité d'en faire l'examen dans le cadre plus formaliste de la salle d'audience, qui comporte un système d'enregistrement sonore.

G. ERREURS À ÉVITER

Il ne convient pas dans ce livre d'exposer la pratique relative aux requêtes, ni même les dix requêtes interlocutoires les plus courantes en cour d'appel. Toutefois, certains problèmes particuliers ont tendance à resurgir, embrouillant les cours d'appel et encourageant les pratiques peu rigoureuses et délicates. Certaines pratiques permettent aux plaideurs de porter gravement atteinte à leurs adversaires ou au public en général. Il convient donc de servir quelques mises en garde concernant des problèmes qui reviennent souvent.

1. Mise en liberté sous caution

Il y a deux risques en matière de mise en liberté sous caution. Premièrement, il est périlleux de ne pas assortir de conditions la mise en liberté sous caution (mise en liberté provisoire par voie judiciaire) de la partie appelante en attendant l'audition de son appel, dans le cas où cette dernière n'a aucunement l'intention de donner suite à son appel ou sait qu'elle ne peut obtenir gain de cause mais souhaite demeurer en liberté le plus longtemps possible. Les avocats doivent avoir déjà demandé la transcription du procès et la preuve. Les juges devraient fixer des délais précis pour le dépôt du cahier d'appel et du mémoire. Sinon, l'appel suivra son cours tant bien que mal et pourrait même avancer par automatisme jusqu'à sa radiation sommaire du rôle au bout d'une période de dix-huit mois.

Deuxièmement, l'absence d'opposition du ministère public ne constitue pas un motif d'accorder une mise en liberté sous caution. En effet, les juges doivent examiner la documentation, obtenir des renseignements suffisants (p. ex., le casier judiciaire) et être convaincus qu'il est satisfait aux trois critères²⁰². Il en va de l'intérêt et de la sécurité du public. Dans certaines circonstances, la mise en liberté sous caution est une mesure acceptable, mais les avocats proposent des conditions de nature superficielle qui n'ont pas été adéquatement élaborées et formulées. Les juges doivent alors les préciser.

2. Sursis d'exécution

Ces observations s'appliquent également à la requête visant l'obtention (ou le maintien) d'un sursis d'exécution en attendant l'audition de l'appel.

Dans ces causes, il est souvent injuste de simplement décider qu'il n'y aura pas de sursis ou qu'il y aura un sursis sans conditions. Pourtant, c'est le choix difficile que les deux avocats tentent généralement d'imposer au juge. Dans bien des cas, une ordonnance assortie de conditions est une mesure juste : des conditions auxquelles doivent satisfaire les appelants pour que le sursis d'exécution soit accordé (ou maintenu), ou des conditions auxquelles doivent satisfaire les intimés pour que le sursis d'exécution soit refusé (ou annulé). De telles conditions peuvent viser le maintien du statu quo, éviter les dommages aux biens ou les pertes matérielles, empêcher que le débiteur ne devienne dès lors insolvable, fournir une garantie pour la dette, ou servir d'engagement quant aux dommages-intérêts (et au cautionnement) sur le modèle de l'injonction interlocutoire. En règle générale, le sursis devrait également être assorti de conditions visant à assurer le bon déroulement du processus d'appel et à lutter contre la tentation de chercher des atermoiements.

Lorsque les juges leur proposent une ordonnance assortie de conditions, il arrive souvent que les avocats expriment leur surprise et fassent état de l'absence de directives, mais les juges ne devraient pas céder. L'absence de conditions pourrait très bien faire pencher la prépondérance des inconvénients, ce qui constitue souvent un bon critère. Il peut arriver que les deux parties soient trop parcimonieuses, peu imaginatives ou trop paresseuses pour acheter une lettre de crédit ou élaborer d'autres conditions. En pareil cas, les juges ne devraient pas être contraints de faire des recherches juridiques très complexes pour trouver un moyen d'éviter tout risque ou injustice aux deux parties en attendant l'audition de l'appel. C'est généralement chercher en vain à faire la quadrature du cercle. Il n'est pas nécessaire que les conditions aient été proposées ou acceptées. Les juges peuvent ordonner que la partie obtienne la réparation demandée si elle observe certaines conditions, faute de quoi la réparation sera refusée.

3. Autorisation d'interjeter appel²⁰³

Il est généralement risqué d'accorder l'autorisation d'interjeter appel sans d'abord circonscrire les questions précises et obliger les appelants à s'en tenir à ces questions (si la loi le permet)²⁰⁴. En effet, il est vraisemblable que les juges doivent le faire dans les cas où, selon les dispositions législatives applicables, l'appel peut uniquement être fondé sur une question de droit. Il en est tout particulièrement ainsi s'il peut y avoir atteinte aux droits du public (comme dans le cas d'appels portant sur une affaire criminelle, l'aménagement ou des questions d'intérêt municipal).

²⁰² Suivant le par. 679(3) du *Code criminel*.

²⁰³ Un éclairage intéressant est jeté sur les appels interlocutoires dans Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e éd., 2003, p. 601, 602.

²⁰⁴ La décision d'un tribunal d'instance inférieure d'accorder l'autorisation d'interjeter appel en se fondant sur des questions trop restreintes ou erronées a occasionné des problèmes dans *N.C.C. et al. c. Pugliese*, [1979] 2 R.C.S. 104; 25 N.R. 498, p. 504.

Imposer de telles restrictions aux appelants ne constitue pas une injustice ni un manquement aux principes de droit, dans les cas où les appelants doivent obtenir l'autorisation d'interjeter appel et ne peuvent fonder leur appel que sur une ou des questions de droit. Dans le cas contraire, le cahier d'appel sera très volumineux, il faudra beaucoup de temps pour mettre l'appel en état et il s'agira dans une large mesure d'un nouveau procès fondé sur les faits, ce qui va à l'encontre de l'intention manifeste du législateur.

4. Délais

Les cours d'appel contemporaines sont des tribunaux « actifs »; avant les plaidoiries, elles lisent les documents et obtiennent des stagiaires ou des avocats-conseils à l'interne l'aide dont elles ont besoin pour se préparer avant l'audience. Dans le cas d'une requête, il est périlleux de faire obstacle à ce travail de préparation ou de l'empêcher. Les avocats croient que les délais fixés pour le dépôt des documents (comme les délais de présentation de dissertations à l'université) sont arbitraires et sans importance. Pourtant, les juges et les stagiaires ou les avocats-conseils à l'interne doivent généralement avoir en main **tous** les éléments de preuve et mémoires se rapportant à un appel au moins quatre semaines avant les plaidoiries, et plus tôt si certains juges habitent dans une autre ville. Permettre à un avocat de réduire ce délai à moins de trois semaines donnera lieu à des situations abominables : ajournement de dernière minute, argument ou élément de preuve qui ne pourront être vérifiés par l'une des parties ou auxquels l'une d'elles n'aura pas la possibilité de répliquer, tribunal passif qui ne comprend pas la cause dont il est saisi, changements inattendus de position de la part d'au moins une partie, nouvelle audition de l'appel ou plaidoiries beaucoup plus longues.

Les juges des requêtes ne se feront pas d'amis au sein de la formation de juges saisie de l'appel s'ils réduisent le temps de lecture.

Il va sans dire que personne ne devrait constituer sa philosophie personnelle en tenant compte uniquement des autocollants sur les voitures et des affiches humoristiques. Toutefois, les juges qui sont saisis de demandes de prorogation du délai de dépôt pourraient se remémorer les paroles inscrites sur les affiches maison qui se trouvaient souvent dans les bureaux à une certaine époque : [TRADUCTION] « Ce n'est pas parce que vous avez mal planifié vos affaires que je suis obligé de travailler en urgence. »

5. Prorogation du délai de dépôt de l'appel

Le législateur fixe toujours des délais beaucoup moins longs pour le dépôt d'appels que pour les poursuites judiciaires. En effet, les délais de dépôt d'appel d'une durée de plus de quarante-cinq jours sont peu courants et les délais d'une durée de plus de soixante jours sont encore plus rares. Certains délais sont beaucoup plus courts. Les juges d'appel ne devraient pas faire abstraction de la pratique en vigueur et proroger le délai de dépôt d'un appel de plusieurs mois, simplement parce qu'il pourrait s'agir d'un appel défendable (et que la partie est pauvre ou âgée). Sont également pertinents les efforts déployés par la partie demanderesse pour respecter le délai et les raisons pour lesquelles elle n'y est pas arrivée. D'une plus grande importance est le préjudice que la prorogation du délai pourrait causer à la partie intimée ou au public. Il n'est pas nécessaire qu'une formation de juges de la Cour suprême du Canada chargée de statuer sur les demandes d'autorisation se penche sur toutes les poursuites intentées au Canada; ni la *Loi constitutionnelle de 1867* ni la situation géographique au Canada ne l'exigent.

6. Interventions

En ce qui concerne les interventions, les excès et le laxisme comportent des risques. Certains des critères modernes régissant les interventions semblent vagues, subjectifs et plutôt maniables. Il y a lieu de se demander si la compréhension du point de vue de l'une des parties ne pèse pas plus lourd que l'intérêt de propriété bien réel de l'autre partie. La partie qui avait au départ un seul adversaire et une poursuite très simple peut se ruiner si elle se retrouve avec quinze adversaires virtuels supplémentaires et que sa cause est transformée en enquête judiciaire sur les questions d'ordre politique et sociologique des articles (insérer les numéros) de la *Charte*. La logistique prend alors le dessus, et le fond de l'affaire n'a plus d'importance. Il en résulte un recours collectif non autorisé.

7. Appel du refus d'accorder l'autorisation

Je suis tenté de qualifier de septième problème le fait d'autoriser un appel à une formation de trois juges en cas de refus par un juge seul d'accorder l'autorisation d'interjeter appel (comme le prévoit la loi). Cependant, comme il y a une cour d'appel qui ne partage pas cet avis, je n'insisterai pas sur ce point dans ce livre.

8. Mauvais choix de tribunal

Il peut arriver qu'un plaideur honnête, pleinement conscient de l'enjeu, procède au dépôt et à la signification de l'appel en temps opportun, mais que son adversaire soutienne, une fois le délai applicable expiré, que l'appel n'a pas été interjeté au bon tribunal. S'il leur est possible de remédier à une telle situation en prenant une mesure à effet rétroactif (*nunc pro tunc*), sans causer de préjudice, les juges devraient le faire. J'aurais qualifié cette situation de huitième difficulté, mais l'assemblée législative d'une province ne semble pas partager ce point de vue; je passerai donc au prochain point.

9. Cautionnement pour dépens

Abordons en dernier lieu la question des cautionnements symboliques pour dépens. Je dois choisir mes mots avec soin. Les juges ne sont pas nommés à une cour d'appel pendant leur jeune âge et certains y siègent très longtemps. Après avoir quitté la pratique privée, les avocats ne sont plus au fait du coût des litiges et, a fortiori, s'ils n'ont jamais exercé au privé. L'inflation a connu une croissance rapide au cours des vingt dernières années. Même une inflation de quatre pour cent par an s'accumule considérablement en quelques années, de sorte qu'au bout de dix ans d'un tel taux d'inflation, les prix ont augmenté d'environ cinquante pour cent et il y a eu une érosion monétaire, c'est-à-dire la dépréciation d'environ un tiers du pouvoir d'achat de la monnaie.

De plus, les coûts des litiges, et notamment les honoraires des avocats et le coût des transcriptions officielles, ont augmenté à un rythme beaucoup plus rapide que quatre pour cent par an. Aujourd'hui, mille dollars est une somme modique qui ne pourra payer qu'une infime partie d'un litige.

Ce n'est pas simplement une question d'inflation (c.-à-d. l'indice des prix). En effet, les avocats consacrent un plus grand nombre d'heures à la préparation d'un appel comparativement à ce que la plupart des avocats faisaient auparavant, parce que les cours d'appel s'y attendent maintenant à juste titre (et parce qu'ils doivent satisfaire à des exigences d'ordre administratif plus rigoureuses). Qui plus est, il est plus courant, notamment en Ontario, d'établir le montant des dépens payables en fonction de la note d'honoraires des avocats plutôt que suivant une liste officielle périmée de services juridiques donnés.

Par conséquent, les cautionnements pour dépens de trois mille ou de quatre mille dollars peuvent être tout à fait inadéquats. Dans le cadre d'une **action en justice**, un cautionnement pour dépens de cet ordre ne constitue qu'une amulette qui, comme la tabatière, présente un certain attrait, mais est finalement inutile.

CHAPITRE 15 – LA DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE ET LES JUGES D'APPEL

– *Il est primordial de ne pas laisser votre jugement être affecté par des qualités personnelles. Un client n'est pour moi tout au plus qu'un élément, un facteur dans un problème. Les considérations émotionnelles ne cadrent pas avec un raisonnement clair. [...] L'homme le plus repoussant que je connaisse est un philanthrope qui a dépensé près d'un quart de million de livres pour les pauvres de Londres.*

– *Dans ce cas présent, cependant...*

– *Je ne fais jamais d'exceptions. Une exception infirme la règle.*

– *Le signe des quatre, chapitre 2*

La plupart des principes de déontologie qui s'appliquent aux juges d'appel s'appliquent également aux juges en général, et les situations s'y rapportant sont les mêmes pour tous les juges. Il n'est pas nécessaire d'y revenir, il en a déjà été question²⁰⁵. Dans le présent chapitre, j'aborderai les problèmes auxquels se heurtent les juges d'appel en particulier.

A. CONFLIT OU PARTIALITÉ COMME MOTIFS DE RÉCUSATION²⁰⁶

Selon le *Concise Oxford Dictionary*, le mot anglais « recuse » (récuser) est rare aujourd'hui, et certains dictionnaires anglais et canadiens l'omettent. Toutefois, ce terme est de plus en plus courant dans la langue juridique au Canada. (Ce commentaire ne s'applique pas aux termes français « récuser » et « récusation », qui sont consignés dans les dictionnaires de langue française, tant dans leur sens courant que juridique.) La « récusation » s'entend de la décision du juge de ne pas exercer ses fonctions pour des raisons d'éthique ou d'autres raisons analogues, ou encore de se désister à la demande d'une partie.

²⁰⁵ Voir Wilson, *A Book for Judges*, 1980; Fauteux, *Le livre du magistrat*, 1980; Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges*, 1991; *Principes de déontologie judiciaire*, s.d. [1998], et, sur la question de la « récusation », Bryden (2003) 82 R. du B. can. 555.

²⁰⁶ Voir l'article de Bryden, *supra*.

1. Liens avec les juges de première instance

Comme il a déjà été mentionné, il peut être utile pour les juges d'appel de tisser certains liens officieux avec les juges de première instance²⁰⁷. La règle qui empêcherait les juges d'appel de connaître de l'appel de décisions rendues par des juges de première instance avec lesquels ils ont entretenu des rapports sociaux serait très néfaste. Les juges de première instance ne figurent pas au nombre des parties dans les litiges et n'ont pas d'intérêt réel dans l'issue de l'affaire. Tout au plus, ils peuvent souhaiter la confirmation de la décision qu'ils ont rendue, mais souvent ils ne s'y attardent même pas²⁰⁸.

Toutefois, s'il y avait un lien trop étroit entre les juges de première instance et d'appel, il pourrait alors y avoir apparence de partialité. C'est donc une question de pondération. Les juges d'appel ne devraient pas connaître de l'appel de décisions rendues par des juges avec lesquels ils entretiennent des liens étroits, par exemple leur conjoint ou l'équivalent, un proche parent ou un de leurs bons amis. Peut-être même ne devraient-ils pas connaître de l'appel d'une décision rendue par une personne avec laquelle ils travaillent en étroite collaboration. À cet égard, je n'ai pas d'exemples concrets, mais il pourrait s'agir de deux juges qui se côtoient plusieurs fois par semaine dans le cadre de leurs activités respectives au sein d'organisations caritatives, d'associations d'assistance mutuelle, d'associations religieuses ou d'associations professionnelles.

Parfois, une partie s'opposera à ce qu'un juge soit saisi d'un appel en raison de ses contacts antérieurs professionnels avec la partie. Par exemple, le juge peut avoir statué sur une requête visant un sursis d'exécution ou un cautionnement pour dépens. À ma connaissance, il n'existe qu'une objection valable à cet égard. En effet, le droit contemporain interdit aux juges d'instruire l'appel interjeté d'une décision qu'ils ont eux-mêmes rendue. À part cela, aucune objection raisonnable ne justifie la récusation du juge qui a joué un rôle dans les démarches interlocutoires se rapportant à un appel et encore moins qui aurait eu un contact antérieur avec la partie.

Même dans le cas où le juge a statué sur l'une des questions en litige soulevées dans l'appel dans le cadre d'une requête antérieure, il convient de noter que la preuve présentée à la formation de juges saisie de l'appel est généralement très différente de celle (affidavits) produite devant le juge seul chargé d'examiner la requête. De plus, il s'agit très rarement de la même question. Par exemple, lorsqu'ils examinent une requête, les juges doivent déterminer si l'appel est défendable, et non si les appelants pourraient obtenir gain de cause ou l'obtiendront effectivement. Quoi qu'il en soit, lorsqu'ils siègent, les juges doivent régulièrement tenir des voir-dire et statuer sur l'admissibilité d'éléments de preuve, et les procès ne sont pas annulés pour autant.

La participation antérieure du juge constitue une simple variante de l'argument avancé en faveur de la récusation, argument encore inconnu il y a quinze ans. Aujourd'hui, les accusés ou les plaideurs soutiennent que leurs contacts antérieurs avec le juge influent sur le jugement de celui-ci. Cet argument n'est jamais retenu. Si les juges ne pouvaient jamais statuer sur une question de droit dont ils ont déjà été saisis dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, ni même trancher une question de fait qui leur avait déjà été soumise dans une autre affaire, il n'y aurait que très peu de procès. Tous les juges comptant une certaine expérience seraient obligés de se récuser. Or, le critère applicable à la récusation pour partialité est très strict. De plus, avoir déjà statué sur une affaire impliquant la même partie n'est qu'un exemple d'avoir déjà tranché une question de fait identique ou similaire.

²⁰⁷ Voir le chapitre 7, partie G.

²⁰⁸ Voir *Hansraj c. Ao* (#1) (2004) 346 A.R. 395, 2004 ABCA 130 (un seul juge d'appel).

Rien ne permet de croire que les juges d'appel sont moins résolus ou moins aptes à changer d'avis que les juges de première instance. D'ailleurs, la plupart ont siégé en première instance avant d'occuper leurs fonctions actuelles.

Les juges peuvent parfois préférer se montrer prudents et ne pas siéger en cas de doute. Toutefois, une telle décision peut être source de difficultés au sein d'une cour d'appel très occupée et entraîner une surcharge pour les autres juges, surtout si elle est prise relativement tard dans le processus. D'ailleurs, elle peut donner lieu à la recherche de juges plus accommodants par les avocats qui utilisent des demandes spécieuses pour obtenir la récusation du juge²⁰⁹.

2. Prise de la décision et critères applicables

S'il est laissé entendre qu'un juge de première instance est inhabile à entendre une cause et devrait se récuser, ce juge tranche la question. Si la partie appelante soutient plus tard que le juge de première instance n'aurait pas dû connaître de l'affaire, il appartient alors à la cour d'appel de trancher. Qui décide si un membre de la formation de la cour d'appel devrait se récuser?

À l'occasion, des formations de la cour d'appel ont conclu à l'unanimité à l'absence d'un conflit essentiel, sans soulever la question de savoir à qui appartient la décision. En outre, en cas de récusation du juge attaqué, il y a rarement divulgation du responsable de la décision, bien que tout porte à croire que le juge attaqué a pris la décision unilatéralement.

Très peu de débats publiés portent expressément sur la question de savoir qui devrait trancher²¹⁰. Il convient toutefois de noter que les décisions répertoriées récemment au Canada semblent avoir été rendues par un juge seul dans la quasi-totalité des cas. Cette façon de procéder apparaît judicieuse, bien qu'il soit difficile de la motiver pleinement. Il semble artificiel, voire inexact, de considérer une telle décision comme une décision interlocutoire préliminaire rendue par un juge d'appel et susceptible d'appel à une formation de trois juges. De toute façon, faudrait-il alors qu'une décision soit prise par la formation de trois juges dont fait partie le juge attaqué? Cela ne devrait pas être possible. Par ailleurs, confier la décision à trois autres juges (une deuxième formation) placerait ces derniers dans une situation très délicate.

Les ouvrages sur la déontologie judiciaire critiquent à juste titre les juges qui renvoient la balle aux avocats. Les juges qui doutent sérieusement de leur compétence pour connaître d'une affaire devraient prendre eux-mêmes la décision et ne pas demander aux avocats de la prendre à leur place. En effet, s'ils estiment qu'il existe un conflit d'intérêts réel ou une crainte raisonnable de partialité, ils devraient se récuser sans tarder.

Soulignons toutefois qu'il en va autrement des règles de justice naturelle. Si les juges sont indécis ou pensent que la gravité de la question ou son incidence indirecte ne justifient pas leur récusation, ils devraient donner aux avocats la possibilité de se prononcer. D'une part, il se peut que les avocats fassent ressortir un risque ou même un fait que les juges ont oublié, dont ils n'ont pas pris conscience ou qu'ils ne connaissent pas. D'autre part, les avocats et les clients se préoccupent beaucoup moins que les juges des subtilités. De leur point de vue, la possibilité de retarder l'affaire (ou d'avoir à reprendre l'audition de l'appel) ne constitue pas le moindre mal, au contraire. Ils peuvent demander aux juges de siéger. Les juges devraient en être conscients avant de prendre leur décision.

²⁰⁹ Voir Witkin, *Manual on Appellate Court Opinions*, 1977, p. 56.

²¹⁰ Voir *Robertson c. Edmonton Police Chief*, 2004 ABQB 519, 362 A.R. 44, p. 85 à 87 (par. 118 à 124), appel rejeté 2006 ABCA 302, [2006] 12 W.W.R. 589, 401 A.R. 49; Bryden, *loc. cit. supra*, p. 594 et suiv.

3. Repérage rapide des conflits

Les conflits éventuels ne causent pas de préjudice si les juges les repèrent au début du processus²¹¹.

B. DÉLÉGATION

Bon nombre des personnes n'appartenant pas à la magistrature sont mal à l'aise parce que certains juges d'appel confient la rédaction de jugements à des stagiaires en droit (auxiliaires juridiques). (Si elles savaient que des avocats-conseils à l'interne s'en occupent à l'occasion, elles seraient mal à l'aise pour cette raison aussi.)

Confier de manière générale et inconsidérée la rédaction de jugements à des personnes autres que les juges peut parfois nuire à la qualité du produit²¹².

Cependant, au chapitre de la déontologie, la discussion sera brève. Les juges d'appel qui seraient assez flasques et paresseux pour permettre à leurs stagiaires de décider de l'issue d'un appel et des motifs applicables se heurteraient à des problèmes de déontologie notamment. Je serais très étonné qu'une telle chose en vienne à se produire²¹³.

C. HONNÊTÉTÉ ET EXACTITUDE

Les juges sont fiduciaires, et les fiduciaires ont le devoir d'agir avec honnêteté et circonspection. L'honnêteté, ce n'est pas uniquement refuser d'accepter des privilèges et d'accorder des passe-droits à des amis ou de punir des ennemis. C'est aussi ne pas utiliser son poste pour réaliser ses objectifs personnels ou enfourcher son dada²¹⁴.

Dans un contexte de travail intellectuel, l'honnêteté et la circonspection sont les qualités dont il est le plus souvent question.

Pendant les plaidoiries, les juges d'appel peuvent poser des questions à plusieurs fins²¹⁵. Les questions servent à vérifier les arguments soulevés par les avocats ou à voir comment les avocats répondent aux arguments de leurs adversaires. Toutefois, les juges devraient toujours faire la distinction entre les questions qui sont justifiées et les questions qui visent à défendre une partie ou un point de vue, lesquelles ne conviennent pas. Pour faire cette distinction, il est utile de tenir compte, entre autres, du public ciblé. Une question à un avocat qui vise à favoriser son adversaire ou à convaincre (ou à dissuader) les deux autres juges de la formation saisie de l'affaire n'est sans doute pas légitime.

Les avocats qui procèdent à un contre-interrogatoire ne devraient pas donner au témoin une représentation inexacte de la preuve, des autres faits ou de la réponse antérieure du témoin. De leur côté, les juges d'appel devraient bien écouter les réponses et formuler leurs questions avec soin pour éviter de commettre les mêmes erreurs.

²¹¹ À cet égard, voir aussi le chapitre 5, partie A.2.

²¹² Voir à cet égard le chapitre 5, partie F.

²¹³ Pour de plus amples renseignements, voir le chapitre 5, partie F.

²¹⁴ À cet égard, voir le chapitre 2, partie E.

²¹⁵ À cet égard, voir le chapitre 7, partie E.

Les jugements devraient être d'une exactitude scrupuleuse. Toutes les citations (tirées de la jurisprudence ou de la preuve) doivent être comparées à la source originale, et même vérifiées une dernière fois avant la publication. Les renvois aux plaidoiries, au droit ou à la preuve doivent en faire un résumé juste et ne doivent pas induire en erreur au moyen de demi-vérités ou d'omissions²¹⁶. Les transcriptions électroniques et la vérification attentive par les stagiaires et les avocats-conseils à l'interne peuvent accélérer le processus et parfaire le produit final. Personne ne peut s'opposer à ce que des personnes autres que les juges repèrent et vérifient des données objectives de cette nature.

La plupart des juges d'appel ont déjà été des guerriers (des avocats). Ils devraient éviter de reprendre leurs vieilles habitudes de faire des déclarations exagérées et d'utiliser une terminologie, des verbes et des adjectifs tendancieux. La langue des jugements ne doit pas être molle, terne et truffée de qualificatifs²¹⁷. En fait, le ton du jugement doit convenir au sujet et aux circonstances. Le jugement doit expliquer la conclusion. Il peut viser à convaincre, bien que ce ne soit pas nécessaire. Par ailleurs, il est généralement inutile, voire inacceptable, de dénigrer les personnes ayant une opinion contraire.

L'honnêteté intellectuelle interdit également le recours aux raisonnements spécieux et aux procédés rhétoriques²¹⁸.

D. MOMENT DE PRISE DE LA DÉCISION

Tous les juges ont le devoir de garder l'esprit ouvert au moment de la présentation de l'argumentation **initiale**. Or, dans le cadre d'un appel, les mémoires et non les plaidoiries servent d'argumentation initiale. Les juges doivent également garder l'esprit ouvert pendant les plaidoiries et accepter de changer d'avis jusqu'à ce que celles-ci soient terminées.

Les juges d'appel doivent s'acquitter d'un devoir supplémentaire. Ils doivent écouter ce que les autres juges de la formation saisie du même appel ont à dire et accepter de se laisser persuader par leurs arguments, s'il y a lieu. En même temps, les juges doivent eux-mêmes prendre position sans déléguer leur responsabilité à cet égard. Les deux devoirs comportent de nombreux aspects. Il n'est pas pratique d'examiner séparément les aspects d'ordre déontologique²¹⁹.

E. DÉCISION FONDÉE SUR DES QUESTIONS OU DE LA JURISPRUDENCE NON INVOQUÉES

Cet élément relève également des règles de justice naturelle²²⁰.

²¹⁶ Voir le chapitre 16, parties A et B.

²¹⁷ Voir le chapitre 9.

²¹⁸ Voir le chapitre 16.

²¹⁹ Ce sujet est examiné en profondeur au chapitre 8, parties C et M.

²²⁰ Pour des raisons pratiques, voir le chapitre 2, partie D.

F. CHASSE AUX CAUSES OU AUX SUJETS

La plupart des cours d'appel siègent en formations constituées de certains juges de la cour. Ainsi, le choix des causes qui seront confiées à certains juges peut influencer sur l'issue de l'appel et sur la création du droit.

Les juges puînés n'ont pas pour rôle d'assortir les appels aux juges (à moins que le juge en chef n'ait expressément délégué cette tâche). Par conséquent, il est contraire aux règles de déontologie pour les juges d'appel de tenter de contourner ou de modifier les mécanismes mis en place par la cour pour l'attribution des causes aux juges. Généralement, il s'agit de mécanismes d'attribution des causes au hasard ou à tour de rôle qui ont été conçus tout particulièrement pour empêcher les passe-droits ou la recherche de juges plus accommodants. Les juges ne devraient pas faire pression pour qu'un appel donné ou un type d'appel leur soient confiés. Certains juges en chef refusent d'affecter à l'audition d'une cause les juges qui demandent de faire partie de la formation devant connaître de l'affaire. Il ne convient pas non plus pour les juges puînés de tenter d'arriver à leurs fins indirectement, en changeant d'affectations avec d'autres juges puînés ou en procédant autrement. En outre, il est sans doute contraire aux règles de déontologie pour les juges de tenter de se dérober au travail qui leur a été confié²²¹.

G. AUTRES ACTIVITÉS

Les affiliations et les passe-temps peuvent occasionner aux juges d'appel des problèmes d'ordre juridique, déontologique et pratique²²².

²²¹ Voir aussi le chapitre 4, partie C, et le chapitre 12, partie B.

²²² Pour des raisons pratiques, ces éléments sont tous examinés au chapitre 6, partie F.

CHAPITRE 16 – RAISONNEMENT SPÉCIEUX

– *En voilà un mystère, remarquai-je. Qu'est-ce que cela peut bien vouloir dire selon vous?*

– *Je n'ai encore aucune information. C'est une erreur capitale que de bâtir des théories avant d'avoir aucune donnée. Insensiblement on commence à tordre la réalité pour la faire coller aux théories, au lieu de faire coller les théories à la réalité.*

– Un scandale en Bohême

Ce chapitre porte sur les raisonnements boiteux, parfois illogiques, voire irrationnels, mais souvent ni l'un ni l'autre. Certains de ces raisonnements imparfaits ne sont tout simplement pas aussi solides qu'ils ne le semblent. D'autres seraient valables dans des circonstances limitées, mais sont souvent utilisés de façon trop générale.

Ils sont tous relativement courants. Certains sont subtils et difficiles à déceler. La plupart sont vraisemblables a priori. Quelques avocats peu scrupuleux pourraient utiliser de tels raisonnements sciemment et imprudemment. Certains juges ne relèvent pas les erreurs et font leurs arguments des avocats.

Comme toute mention de logique en droit est source de mécontentement pour certaines personnes, je tiens à justifier l'existence de ce chapitre. Je ne laisse nullement entendre que la logique peut à elle seule résoudre les problèmes typiques que posent la création du droit, l'élaboration de politiques ou même les poursuites ordinaires. En effet, il y a des choix à faire, des principes et des valeurs à prendre en compte et des facteurs à soupeser. Or, même lorsqu'il serait souhaitable que la logique intervienne, il ne faut pas oublier que les juges sont des êtres humains et que la subjectivité peut entrer en ligne de compte.

Toutefois, ces choix et ces valeurs devraient être non limitatifs, plutôt que formulés en des termes qui laissent croire à leur caractère inévitable. Mais d'abord et avant tout, il est primordial qu'aucun vaisseau ne navigue sous faux pavillon. Les motifs, la jurisprudence ou la preuve devraient être authentiques. La jurisprudence et la preuve ne devraient être citées que si elles appuient réellement le principe énoncé. Le raisonnement logique suivi devrait être rigoureux.

Si des contrefaçons sont en circulation, il est vain de ne pas tenir compte de ce fait en laissant entendre que « tout le monde paye avec de la monnaie plastique aujourd'hui ». De telles critiques sont incorrectes en soi.

Il est question ci-après de treize catégories d'arguments boiteux.

A. DÉFAUT DE CITER LES ARGUMENTS OU LES ARRÊTS CONTRAIRES

Ne pas citer les réfutations connues constitue le moyen le plus courant et est utilisé dans de nombreux mémoires. La propagande la plus efficace a recours à des faits véridiques qui ont cependant été choisis avec soin. S'ils ne sont pas au courant des arguments ou arrêts allant dans le sens contraire, les lecteurs peuvent juger très convaincants les mémoires ou jugements qui les passent hardiment sous silence.

Les avocats qui omettent sciemment de faire mention d'arrêts allant dans le sens contraire enfreignent les règles de déontologie²²³.

Plus souvent, toutefois, les omissions sont le résultat de l'ignorance, de la négligence et d'une recherche peu soignée. La recherche jurisprudentielle représente un travail colossal. En effet, il y a quelque huit cent mille arrêts dans *The Canadian Abridgement*. Les recherches dans les sources imprimées et dans les versions électroniques intégrales ne permettront de repérer facilement qu'environ soixante pour cent des arrêts portant sur un sujet donné. Il est désormais presque impossible de retrouver les textes recherchés au Canada.

Au Canada, les recueils de jurisprudence ne résument plus les plaidoiries des avocats, qui revêtent pourtant une grande importance. En 1922, le professeur Kenny a publié un recueil de jurisprudence anglais²²⁴. Il a expliqué qu'il avait reproduit l'argumentation des avocats des parties perdantes (ou des juges dissidents), sans quoi, à son avis, les jugements sembleraient évidents, voire banals, et ne feraient jamais ressortir les véritables questions litigieuses.

Les avocats fuyants ne mentionnent aucunement l'argument ou l'arrêt qui va dans le sens contraire de leur point de vue, dans l'espoir que personne ne relèvera leur omission. Au besoin, ils passent également sous silence les faits gênants²²⁵. Et que dire des jugements peu soignés? Mentionnons par exemple les motifs dissidents dans lesquels aucun arrêt faisant jurisprudence n'est cité à l'appui de plusieurs déclarations à l'emporte-pièce allant dans le sens contraire du droit traditionnel, dans *Dupond c. Ville de Montréal*²²⁶. De plus, la plupart des causes portant sur le secret professionnel ne font pas état des arrêts de principe et même des arrêts d'application obligatoire. Par ailleurs, après avoir conclu à l'impossibilité de corriger l'irrégularité attribuable au dépôt du mauvais acte introductif d'instance, la cour a radié l'affaire²²⁷, sans toutefois faire mention de la règle de la cour précisant expressément le contraire.

Dans des domaines bien connus du public comme le droit de la famille, les parties invoquent souvent les conventions des Nations Unies et les traités internationaux pour indiquer que les tribunaux canadiens ont l'obligation d'adopter un certain point de vue. Toutefois, dans les domaines mal vus comme les drogues, les jugements des tribunaux canadiens ne mentionnent que rarement les diverses conventions des Nations Unies et conventions internationales de lutte contre le trafic de drogues²²⁸.

²²³ Les arrêts portant sur l'obligation de faire mention de la jurisprudence allant dans le sens contraire sont cités dans Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, tome 3, 2003, p. 66-36 et 66-37.

²²⁴ *A Selection of Cases Illustrative of the Law of Contract*.

²²⁵ Voir Lasky (1961) 49 Cal. L. Rev. 831, p. 834.

²²⁶ [1978] 2 R.C.S. 770, p. 776 à 778.

²²⁷ *N.S. Michelin Tire Employees U. c. Michelin Tires* (CA 1986) 72 N.S.R. (2d) 16.

²²⁸ La majorité n'a pas abordé le manquement à une autre convention internationale dans *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 172 à 175.

Les sept exemples qui suivent représentent une variante de cette politique de l'autruche.

1. Si les faits de l'affaire et la preuve leur sont favorables, les auteurs s'y attaquent sans tarder et ne font pas mention de la norme de contrôle judiciaire²²⁹. Les mémoires des appelants sont souvent rédigés de cette façon. En revanche, si la preuve ou les faits ne leur sont pas favorables, les auteurs ont plutôt tendance à s'attarder aux normes de contrôle judiciaire et à en tirer argument pour éviter de parler du fond²³⁰.
2. S'ils disposent d'un capital de sympathie et d'une preuve qui leur est favorable, les auteurs s'en tiennent uniquement à ces éléments. Dans le cas où ces éléments iraient à l'encontre du résultat recherché, ils abordent la question de la procédure et des méthodes ordonnées et découragent les irrégularités de procédure dans l'avenir. Cette façon de procéder a été qualifiée, tendancieusement, de valeurs bureaucratiques. Certains jugements suppriment les faits. Lorsqu'il voulait statuer en faveur de la partie lésée, le juge Cardozo relatait tous les faits dans le détail pour démontrer la gravité du tort causé et attirer un capital de sympathie pour la partie lésée²³¹. Toutefois, lorsqu'il voulait statuer en faveur de la partie défenderesse, le juge Cardozo omettait tous les faits de cette nature²³². À titre d'exemple encore plus révélateur, mentionnons l'appel dans lequel le juge Cardozo a omis de renvoyer à une clause très pertinente du contrat principal²³³.
3. Si le droit en vigueur fait obstacle au résultat recherché, les auteurs se penchent sur ce que devrait être l'état du droit. D'ailleurs, il est supposé dans la plupart des articles de revues spécialisées que les points de vue préconisés par les auteurs reflètent l'état du droit; la possibilité d'un écart entre l'idéal recherché et l'état réel du droit n'est pas envisagée.
4. En cas de courants jurisprudentiels divergents, les auteurs citent uniquement les arrêts qui leur sont favorables, ce qui est facile à faire et une erreur souvent commise de bonne foi. Généralement, les arrêts d'un courant ne font pas mention des arrêts formant l'autre courant. De plus, la propension de certains auteurs de manuels à favoriser la troisième méthode susmentionnée alimente cette tendance²³⁴.
5. Dans certains cas, il y a chevauchement de deux règles de droit différentes, qui sont alors en conflit²³⁵.
6. Aujourd'hui, la tendance est de faire abstraction de la jurisprudence qui remonte à plus de vingt ans, même des arrêts ou des lois d'application obligatoire. D'ailleurs, les arrêts de la Cour suprême du Canada rendus avant (disons) 1965 sont souvent considérés comme obsolètes. Selon un juge de l'Alberta, cette tendance favorise l'oubli du droit²³⁶.

²²⁹ Par exemple, les juges dissidents se sont fondés sur la norme de contrôle judiciaire, mais la majorité a changé son appréciation sans même en discuter, dans *Keizer c. Hanna*, [1978] 2 R.C.S. 342; 19 N.R. 209, 82 D.L.R. (3d) 449.

²³⁰ Il est question des normes de contrôle judiciaire au chapitre 3, parties C et D.

²³¹ Cf. *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, où la Cour a adopté un point de vue plus contemporain.

²³² Voir Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, University of Chicago Press, 1990, p. 42, 51.

²³³ *Ibid.*, p. 106; cf. p. 137.

²³⁴ Voir Lasky (1965) 19 S.W. L.J. 679, p. 689.

²³⁵ Voir la partie G ci-après.

²³⁶ Cette méthode est étroitement liée à d'autres astuces utilisées en matière de renvoi : voir les parties B, I.1 et L ci-après.

7. Certains juges ne citent que rarement les décisions rendues dans d'autres provinces et même les jugements de la Cour suprême du Canada dans le cas d'appels en provenance du Québec. Souvent, une cour d'appel ne tient pas compte d'une décision pertinente qui a été rendue par une autre cour d'appel deux ou trois ans plus tôt et qui a été diffusée dans tous les endroits habituels. Ainsi, l'état du droit diffère désormais d'une province à l'autre²³⁷. En matière de pratique et de procédure, cet esprit de clocher est quasi universel, même lorsque les règles sont identiques ou qu'il s'agit uniquement de droit jurisprudentiel. Les décisions rendues à l'extérieur de la province sont habituellement citées lorsque les auteurs souhaitent passer sous silence celles rendues dans la province.

B. ARGUMENTS DÉNATURÉS OU ÉDULCORÉS

La partie A portait sur les moyens de contourner les difficultés. Dans cette partie, il sera question de leur fausse représentation.

Certains mémoires et jugements prétendent faire mention des arguments et de la jurisprudence contraires, mais ratent leur coup. Dans certains cas, les auteurs citent à l'appui de leur thèse des arrêts qui vont en fait dans le sens contraire. Lorsque le lord Denning citait des arrêts antérieurs au dix-neuvième siècle, il était parfois difficile de comprendre leur pertinence eu égard à ses prises de position. Ce manque de rigueur peut être attribuable à une recherche peu soignée, à une interprétation inexacte des jugements²³⁸, à des désirs pris pour des réalités, à la méconnaissance des principes jurisprudentiels, ou même à un manque d'ouverture ou à de la mauvaise foi.

La solution, pour les tribunaux, est la vérification. Ils doivent vérifier avec soin la jurisprudence citée par les avocats afin de repérer :

1. les causes qui n'étaient pas la thèse avancée ou avec lesquelles il faut établir une distinction;
2. les erreurs manifestes, telles que le mauvais jugement ou une décision plus tard infirmée en appel;
3. les choix incomplets qui comprendraient, par exemple, une cause plus tard infirmée ou critiquée ou avec laquelle une distinction a été établie, notamment par un tribunal d'instance supérieure;
4. le défaut de faire la distinction entre les arrêts d'application obligatoire et les arrêts à caractère persuasif. Les décisions récentes d'une cour supérieure ne revêtent que peu de poids si la cour d'appel de la province ou la Cour suprême du Canada a déjà statué dans le sens contraire. Il en va de même des remarques incidentes (*dicta*) s'il existe une *ratio decidendi* d'application obligatoire qui appuie la thèse contraire²³⁹.
5. les omissions de citations clés et de contextes. Étonnamment, la lecture de la version intégrale révèle bien souvent que la phrase qui suit la citation commence par « Toutefois, [...] ». Il arrive que la citation représente l'exposé de l'argumentation de l'une des parties et non pas la décision de la cour.

²³⁷ Cf. Lasky, *loc. cit. supra*, p. 835.

²³⁸ À cet égard, voir le chapitre 11.

²³⁹ Voir Stevenson & Côté, *Civil Procedure Encyclopedia*, tome 3, 2003, p. 66-5 à 66-10 et *Brook c. Calgary*, [1971] 1 W.W.R. 429 (C.A. Alb.).

Les mémoires ou jugements peuvent aussi dresser un écran de fumée. Les auteurs y présentent un point de vue contraire peu convaincant, puis le réfutent. Il ne s'agit toutefois pas de l'argument contraire réel ni de la partie perdante. Les auteurs l'ont inventé de toutes pièces ou ont repris un exemple déjà utilisé par d'autres. Il peut aussi s'agir d'un simulacre de l'argumentation réelle de la partie adverse ou d'une version édulcorée de celle-ci.

Dans les milieux politiques et universitaires, cette façon de faire est courante. Il y a de nombreux moyens subtils de dénigrer les arguments de son adversaire ou de les dénaturer. Les débatteurs pourraient caractériser le point de vue opposé de plus rigide ou de plus large qu'il ne l'est réellement. Ils pourraient aussi passer sous silence les exceptions, les limites ou les nuances applicables, présenter l'explication ou la justification de l'adversaire en des termes vagues ou confus, ou encore utiliser des termes propagandistes.

C. JUSTIFICATIONS FABRIQUÉES DE TOUTES PIÈCES²⁴⁰

Il pourrait s'agir d'une variante du type d'arguments examinés à la partie B ou d'une variante de l'écran de fumée. Ce moyen est employé couramment au Canada depuis des années.

Les juges et les avocats utilisent souvent ce type d'arguments pour contourner le droit établi (la jurisprudence ou même les lois). Comme le droit établi est habituellement ancien, les auteurs insistent donc sur ce fait. Ils énoncent ensuite la raison pour laquelle la règle de droit a été créée à l'origine ou sa « justification réelle ». Personne ne donne une définition exacte de « justification ». Les auteurs démontrent ensuite l'inapplicabilité de la raison ou de la « justification » dans le cas à l'étude.

Ainsi, les auteurs passent volontairement à côté du droit établi²⁴¹. La méthode utilisée semble revêtir un caractère scientifique et est rarement critiquée²⁴².

Toutefois, neuf fois sur dix, la justification de remplacement est fautive. Les lecteurs se concentrent sur la preuve de l'inapplicabilité de la « justification réelle » mais, ce faisant, font fausse route. En effet, la « justification réelle » a été **fabriquée** de toutes pièces tout particulièrement pour ne pas s'appliquer au cas à l'étude, et il sera donc toujours possible de produire la « preuve » nécessaire.

J'ai sciemment utilisé l'expression « fabriquer de toutes pièces ». Les personnes qui invoquent de tels arguments sont rarement des étudiants en histoire du droit et elles ne citent généralement pas de faits historiques respectables à l'appui de leur théorie sur l'origine de la justification. Elles ne citent jamais les recueils de jurisprudence ni les rapports de comités parlementaires d'il y a cent cinquante ans. En règle générale, elles ne citent aucun précédent à l'appui de la présumée « justification » ou origine. À l'occasion, les auteurs citent un article publié récemment dans une revue spécialisée. Or, l'auteur de cet article a utilisé le même stratagème pour s'en prendre à la même règle et ne cite pas de jurisprudence pour étayer sa « justification » fabriquée de toutes pièces ou l'origine de la règle.

²⁴⁰ Voir Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, « *Cessante ratione legis, cessat ipsa lex* », 4^e éd., Éditions Yvon Blais, 2007, p. 72-73.

²⁴¹ Ils peuvent même exposer une nouvelle règle ayant l'effet contraire, autre sophisme dont il est question dans la partie M ci-après.

²⁴² Des critiques ont été formulées dans *Ellis c. Griffith* (Ex Ch 1846) 16 M. & W. 106, 110, 153 E.R. 1118, p. 1120, arrêt cité dans *Mahaffy c. Bastedo* (1916) 33 D.L.R. 228, p. 231, 38 O.L.R. 192 (C.A.).

La plupart de ces « justifications » semblent à première vue invraisemblables. Dans certains cas, il est même possible de déceler l'origine réelle de la règle de droit, laquelle s'applique encore habituellement. Pourtant, il n'en est jamais fait mention.

En common law anglaise, la règle de droit établie voulait que le vendeur incapable de garantir la validité du titre ne soit pas tenu responsable des dommages-intérêts pour ce manquement²⁴³. Pour écarter cette règle, il a été soutenu qu'elle tirait son origine de l'absence de système d'enregistrement des titres fonciers en Angleterre. Elle a donc été déclarée inapplicable dans l'ensemble du Canada, même dans les régions où était en vigueur le système d'enregistrement des actes de l'Angleterre²⁴⁴. Pourtant, ni les deux discours prononcés devant la Chambre des lords dans l'affaire *Bain c. Fothergill*, ni les opinions de l'ensemble de juges n'indiquent clairement la prétendue justification. Il y est clairement fait mention d'autres justifications qui s'appliqueraient autant sinon plus au Canada. Le jugement rendu au Canada passe sous silence bon nombre de ces autres justifications²⁴⁵.

La substitution de justifications est viciée pour une autre raison. Même si la raison initiale de sa création n'existe plus, la règle peut quand même jouer d'autres rôles et servir d'autres fins aujourd'hui. Par exemple, dans les provinces de common law au Canada, le droit immobilier porte principalement sur les concessions de la Couronne de tenure en franc socage et de tenure en commun socage, dont les racines remontent entièrement au régime féodal. Une partie importante est la loi anglaise intitulée *Quia Emptores*²⁴⁶. Toutefois, personne n'a encore eu l'audace de proposer l'abolition de la propriété privée parce que nous ne portons plus d'armures ni ne vivons dans des châteaux.

Nous avons tous entendu parler de la pseudo-science; dans cette partie, il est question de sa rivale, la pseudo-histoire du droit, qui est meilleur marché puisqu'il est possible de s'y adonner sans obtenir un diplôme en sciences, acheter un billet d'avion, publier des livres ou des articles, ou même acheter un sarrau de laboratoire.

Il y a même des marques génériques de cette panacée universelle. Les règles de preuve sont souvent la cible de critiques parce qu'elles auraient été élaborées avant 1834 pour faire obstacle à l'idiotie des membres de jurys anglais, alors qu'au Canada, les jurys en matière civile aujourd'hui :

- (a) n'existent pas,
- (b) sont astucieux et bien informés.

(Les avocats doivent rayer la réponse qui ne s'applique pas et ne pas utiliser les deux réponses possibles dans la même cause.)

Pour bien jouer ce jeu, il faut notamment ridiculiser ce qui est ancien²⁴⁷.

²⁴³ *Bain c. Fothergill* (1874) L.R. 7 H.L. 158.

²⁴⁴ *A.V.G. Management-Science c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43, 24 N.R. 554, p. 558, 564 à 566.

²⁴⁵ *A.V.G. Management c. Barwell*, *supra*.

²⁴⁶ 18 Ed. 1 c.1 (1290).

²⁴⁷ Voir la partie I.1 ci-après.

Comme variante, il convient de circonscrire l'application de la règle de droit établie à sa prétendue justification, obligeant ainsi les plaideurs qui l'ont invoquée à faire la preuve de son application sociale générale dans l'affaire à l'étude. Ce sophisme s'est développé tant qu'il a été permis de croire que les quatre « critères » dit de Wigmore s'appliquaient dans les cas individuels. La Cour suprême du Canada a aboli ces quatre critères relatifs au privilège générique, mais les a conservés pour ce qui est des privilèges fondés sur les circonstances particulières de chaque cas²⁴⁸.

D. DÉPASSEMENT DES LIMITES

Il est question dans cette partie de ce qui semble à première vue comme plusieurs moyens différents. Toutefois, il ressort d'une analyse que chacun partage une caractéristique, à savoir qu'ils visent tous à repousser les limites, voire à les éliminer.

1. « Peu s'en faut »

Ce type d'argument est avancé tous les jours. C'est le moyen (« manquer de peu ») utilisé pour gagner du temps. Les avocats qui déposent un document en retard diront : « vous ne me pénaliserez pas pour quarante-huit heures quand même ». De même, en 1939, les propagandistes allemands se sont moqués avec mépris de l'Angleterre et de la France, leur reprochant d'avoir utilisé la « petite Danzig » comme prétexte pour déclarer la guerre. La technique, c'est de gagner graduellement du terrain²⁴⁹.

L'erreur réside dans le fait qu'il existera toujours des limites, qu'il sera possible de dépasser dans certaines circonstances, mais pas dans d'autres, bien que de justesse. Nous devons tous atteindre la majorité à un moment donné; en franchissant la limite entre l'âge mineur et la majorité, nous devenons alors personnes *sui juris*. Les maisons se trouvent toutes soit à la ville, soit dans la municipalité rurale; il n'y a pas de solution intermédiaire. Soit la rondelle est entrée dans le filet, soit elle n'est pas entrée. Le jugement rendu en première instance est plus ou moins élevé que l'offre de règlement antérieure. Le produit livré est conforme à l'entente conclue ou n'y correspond pas²⁵⁰.

Ce moyen est plus séduisant si la limite ne peut être mesurée en kilomètres ou en dollars, mais que le temps et d'autres impondérables entrent en ligne de compte.

2. Absence de limites

Le deuxième moyen vise à éliminer les limites; il est assimilé au sophisme de l'homme auquel on enlève, un à un, tous ses cheveux sans qu'il ne devienne chauve. Il s'agit d'une remise en question de toute distinction qui comporte des degrés ou qui est difficile à définir avec précision²⁵¹. Les sophistes laissent entendre que la distinction n'existe tout simplement pas ou soutiennent qu'elle devrait être abolie parce qu'elle est inutile ou « arbitraire ».

²⁴⁸ Une solution utile est *Kennedy c. McKenzie* (Ont 2005) 17 C.P.C. (6th) 229, p. 237-238 (8 avril) (par. 17 à 20). Dans une autre affaire, le protonotaire ((M) [2004] OJ #4129) avait posé une nouvelle condition applicable aux litiges en matière de privilèges, mais le juge a infirmé la décision du protonotaire, déclarant que le nouveau sujet ne constituait qu'une justification et non une règle.

²⁴⁹ Mais voir aussi la Genèse 18:22-32.

²⁵⁰ Voir *Purba c. Ryan*, 2006 ABCA 229, 396 A.R. 48, 60 Alta. L.R. (4th) 112, 30 C.P.C. (6th) 35.

²⁵¹ Voir le renvoi *Re Regulation & Control of Aeronautics in Canada (P.C. (Can.))* [1932] A.C. 54, 101 L.J.P.C. 1, 7, [1931] 3 W.W.R. 625.

Suivant leur dire, il n'y a pas de différence entre l'homme qui a des cheveux et celui qui est chauve, puisqu'un homme n'est pas chauve parce qu'il a perdu un cheveu, qu'il en a perdu un autre (2), qu'il en a perdu un de plus (3), et ainsi de suite. Bref, l'homme a quand même des cheveux s'il en perd un, et un deuxième et ainsi de suite.

Si leurs adversaires persistent et soutiennent qu'il y a une différence entre l'homme chauve et celui qui a des cheveux, les défenseurs de cette thèse se moquent d'eux. Combien de cheveux l'homme doit-il avoir pour ne pas être considéré comme chauve? Cinq cents? Mille? Si leurs adversaires ne peuvent donner un chiffre exact, les défenseurs laissent alors entendre qu'il s'agit là de la preuve de l'absence de limites. Or, si leurs adversaires avancent un chiffre (disons mille cinq cents), les défenseurs rient et tournent en ridicule l'idée que l'homme qui a encore mille quatre cent quatre-vingt-dix-neuf cheveux est chauve, mais que celui qui en a mille cinq cents ne l'est pas.

Cette méthode fait appel à la supercherie, avançant que le jour est la nuit et que le noir est blanc. Les adultes ne devraient pas se laisser duper, mais malheureusement, bon nombre de personnes instruites se laissent convaincre (ou tromper).

3. Absence de définition parfaite

Selon le troisième moyen, il convient d'abolir une notion juridique parce que ses limites sont floues ou qu'il est difficile de les délimiter. Par exemple, la notion de *ratio decidendi* pose problème, donc il faut l'abolir.

Prenons un exemple contemporain. Quelqu'un veut mettre en doute l'impartialité de tous les journalistes et juges et le fait même sciemment pour servir ses propres intérêts. Il se peut aussi qu'un journaliste peu objectif ou qu'un commentateur du milieu juridique soucieux de son propre intérêt veuille échapper à la critique. Pour arriver à ses fins, quelles qu'elles soient, la personne peu objective met en doute l'existence même des débats objectifs ou apolitiques.

Comment de tels sophistes peuvent-ils nier l'existence d'une entité bien connue? Ils chicanent sur la démarcation entre le principe et son contraire. Ils prétendent que l'objectivité parfaite est impossible parce que nous sommes tous humains et, partant, que cette objectivité n'existe pas du tout.

[TRADUCTION]

Dans notre société postmoderne et déconstructiviste, certaines personnes considèrent l'impartialité comme une illusion. Comme elles jugent frauduleuse la notion d'une impartialité réelle, elles avancent la thèse que le seul bon juge est celui qui prend la décision consciente d'être partial et d'utiliser son pouvoir judiciaire pour redresser les injustices sociales, redistribuer les actifs, promouvoir les intérêts d'un groupe social digne de soutien et rendre justice non pas en conformité avec le droit, mais selon une quelconque norme prépondérante extérieure au cadre juridique. Les adeptes de cette vision estiment que l'impartialité n'existe pas et que la prétention contraire, c'est-à-dire qu'elle existe ou peut être atteinte, constitue une entrave à la justice réelle²⁵².

Or, comme le juge en chef l'a laissé entendre, il s'agit de la même astuce, un discours qui s'apparente au novlangue. Rappelez-vous, dans le roman *1984* de George Orwell, des slogans visant la destruction du sens logique répétés par le dictateur (*Big Brother*) : « La guerre, c'est la paix. », « La liberté, c'est l'esclavage. » et « L'ignorance, c'est la force. ».

²⁵² Allocution prononcée par l'honorable Murray Gleeson, juge en chef de l'Australie, *National Judicial Orientation Programme*, Sydney, 16 août 1998 (repris du site Web de la Haute Cour de justice de l'Australie).

4. Distinctions peu réalistes

La quatrième variante, l'argument impératif, est assimilable à un bon bluff. On dirait le contraire de la théorie, la solution pratique. Selon cet argument, la distinction en cause constitue peut-être une solution réaliste en théorie, mais n'est pas applicable dans la pratique.

Dans de nombreux contextes, l'aspect pratique constitue un argument solide. Bon nombre de règles sont difficiles à appliquer dans de nombreuses circonstances. Toutefois, lorsqu'il s'agit de montants ou de degrés, cet argument rappelle souvent le même sophisme. En droit, il y a pléthore de règles floues. Les lois interdisent la conduite d'un véhicule à une vitesse déraisonnable dans les circonstances. Bien qu'elles ne soient pas toujours d'application limpide, les lois sont efficaces et intelligibles.

Certains de ces arguments qui visent à repousser les limites sont assimilables ou presque à des arguments *reductio ad absurdum*, présentant ou appliquant la théorie contestée dans les cas les plus extrêmes. Il peut arriver qu'un tel argument soit légitime, et aucune règle simple ne peut servir de guide à cet égard. Toutefois, en abolissant les moindres distinctions, même les distinctions mesurables, de même que toutes les distinctions ne pouvant être mesurées avec exactitude, on se retrouve dans une situation sans issue ou presque.

E. MOTIFS FLOUS

Le pire raisonnement est l'absence de raisonnement. En règle générale, cette méthode est plus ou moins dissimulée, et les esquives de cette nature étaient plus fréquentes dans les jugements rendus par la génération précédente, mais sont quand même courantes aujourd'hui.

Sont exposées ci-après cinq méthodes différentes qui peuvent être utilisées par les auteurs de jugements pour rester dans le vague et éviter les analyses.

1. Dissimulation des lacunes

La forme la plus pure de cette première technique est plus courante dans les décisions de certains tribunaux administratifs que dans les motifs de juges. Les « motifs » de la décision peuvent compter trente pages ou plus. La première partie de la décision porte sur l'historique procédural. La deuxième expose les faits. La troisième et la quatrième exposent l'argumentation de la partie demanderesse et de la partie adverse, respectivement. La sixième partie comprend l'ordonnance officielle et les autres décisions en découlant. Ainsi, ces parties ne peuvent contenir d'explications, qui doivent plutôt se trouver dans la cinquième partie, laquelle est brève. En fait, certaines des phrases qui s'y trouvent ne font qu'introduire ou relater. Seules une ou deux des phrases constituent réellement une tentative d'explication. Les phrases sont vagues et péremptoires. Qualifions-les de semblants de motifs. Rétrospectivement, il n'y a que du délayage ou presque dans ces trente pages.

Une variante subtile de tels semblants de motifs est le raisonnement qui manque de logique. Par exemple, les avocats voudront peut-être faire valoir que la suspension d'un permis de conduire après une déclaration de culpabilité constitue une violation de la *Charte*, parce qu'il s'agit d'un traitement ou d'une peine cruels et inusités. Un tel argument pourrait être jugé valable si les suspensions de permis occasionnaient le décès de nombreuses personnes (famine, absence de médicaments d'ordonnance, absence de soins médicaux et ainsi de suite).

D'ailleurs, s'il était possible d'en faire la preuve, il serait alors facile d'établir un lien entre cette thèse et la disposition législative prévoyant la suspension de permis et, partant, d'aller plus loin en établissant un lien entre cette thèse et la conclusion voulue (l'invalidité de la disposition législative). Rares sont les avocats ou les juges qui ne pourraient pas exposer le début et la fin de ce raisonnement.

La partie difficile à rédiger est la partie centrale incertaine (démontrer que l'absence de permis est la cause de décès). Comment faut-il rédiger cette partie centrale? Dans certains arguments ou motifs de décision, cette partie centrale ne contient que quelques phrases obscures au sens dénaturé²⁵³. Si le début et la fin du raisonnement sont clairs, solides, détaillés et étayés par la jurisprudence, les lacunes de la partie centrale sont moins évidentes. La plupart des gens remarquent peu et ne retiennent pas longtemps ce que contient la partie centrale, quelle qu'elle soit.

Il arrive parfois qu'une personne sincère bâtit un raisonnement comportant des maillons faibles au centre. Le début et la fin du raisonnement sont fondés sur des bases solides; l'auteur est alors convaincu de la solidité de l'ensemble de son raisonnement et donc de la partie centrale et conclut que sa difficulté à rédiger la partie centrale est attribuable à une absence de connaissances littéraires. Cependant, Orwell a souligné que l'obscurité dans les écrits est souvent le symptôme de pensées confuses ou fausses²⁵⁴.

À l'occasion, les maillons faibles de la partie centrale ont une apparence de solidité grâce à l'éloquence de l'auteur.

2. Simple déclaration

L'autre moyen d'éviter d'énoncer des motifs est de tirer des conclusions, souvent à répétition²⁵⁵. Comme faux-fuyant plus subtil, il suffit d'énoncer et de reprendre un ou deux corollaires ou variantes de la thèse avancée. Une telle façon de faire donne l'impression d'un raisonnement par étapes et dissimule partiellement le délayage. De telles déclarations non étayées par la preuve ne sont pas rares, même dans les jugements rendus par des tribunaux tenus en haute estime et dans ce qui semble être des jugements exhaustifs rédigés après la mise en délibéré de l'affaire²⁵⁶.

Il y a également d'autres moyens de donner l'impression que cette simple déclaration est étayée par la preuve. Les épithètes sont utiles, surtout si elles ne sont pas trop flagrantes. Les auteurs peuvent rejeter un argument contraire, le qualifiant de « spéculatif » ou « théorique » et insister sur l'utilité pratique. Il s'agit d'une simple déclaration, qu'elle soit vraie ou fausse.

Les répétitions sans preuve peuvent duper les personnes ayant fait des études universitaires. Et s'ils fournissent également des éléments critiques (*apparatus criticus*) (notes en bas de page, bibliographies, annotations pseudo-mathématiques, équations, etc.), les auteurs rendent leurs déclarations encore plus convaincantes. En outre, leurs déclarations semblent encore plus plausibles si leurs amis rédigent eux aussi des articles (ou des livres) dans lesquels ils font les mêmes déclarations non étayées²⁵⁷.

²⁵³ Voir Lasky, *loc. cit. supra*, p. 841.

²⁵⁴ Voir l'essai « La politique et la langue anglaise », 1946, réimpression aux p. 954 à 967 de George Orwell, *Essais, 1944-1949*, éd. Ivrea/L'Encyclopédie des nuisances, 2005. Un exemple de pensée obscure pourrait se trouver dans l'opinion de la majorité dans *T. Eaton Co. c. Smith*, [1978] 2 R.C.S. 749, p. 754 à 758.

²⁵⁵ Voir les motifs de dissidence dans *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, p. 776 à 778.

²⁵⁶ Par exemple, voir *Batavia Times Pub. Co. c. Davis* (1978) 88 D.L.R. (3d) 144, p. 153 (Ont.).

²⁵⁷ Voir Fischer, *Historians' Fallacies*, 1970, p. 302-303.

3. Abstraction

Il est possible de décortiquer un critère juridique en plusieurs éléments, mais l'élément principal est parfois tellement vague qu'il ne constitue plus un vrai critère et est purement subjectif. Cette situation crée les problèmes reliés aux limites floues²⁵⁸.

4. *Non sequitur*

L'absence de raisonnement peut également prendre la forme du simple raisonnement *non sequitur*.

Parfois, le raisonnement avancé ne constitue pas un motif du tout et n'étaye nullement la conclusion. Par exemple, une personne reconnue coupable fonde son appel sur l'aversion des policiers à son endroit, leur partialité et son passage à tabac à leurs mains après son arrestation. Aucun de ces motifs ne constitue une défense dans le cas d'une accusation d'introduction par effraction. De plus, un tel manquement de la part du gouvernement ne constitue pas, aux termes de la *Charte*, un empêchement à l'introduction de poursuites judiciaires ou au prononcé d'une déclaration de culpabilité. Prenons un autre exemple : une personne accusée d'avoir fait un paiement avec un chèque sans provision a échappé à l'extradition en soutenant que la partie demanderesse voulait obtenir la somme qui lui était due²⁵⁹. Un autre raisonnement sans fondement (*non sequitur*) serait l'appel d'une déclaration de culpabilité fondé sur le fait que la plupart des camionneurs enfreignent la même loi et qu'une telle conduite ne porte pas réellement atteinte au public²⁶⁰.

5. Émotion

La forme la plus simple d'argument flou est de jouer avec les sentiments ou les réflexes. Cette méthode est tout aussi efficace quand il s'agit de personnes instruites. Mencken a disserté avec exubérance sur les écrits de Woodrow Wilson :

[TRADUCTION]

[...] Wilson était [...] supérieur dans son domaine particulier – [...] l'énorme tâche de résumer les problèmes de l'heure en quelques phrases sonores inintelligibles, comportant souvent des sous-entendus théologiques – et savait donc [...] comment saisir l'attention des paysans et les enchanter avec de simples mots, sans plus. Les gens du commun apprécient ce type de balivernes. Un discours rempli d'idées valables exprimées avec exactitude leur est tout à fait inintelligible. Ce que veulent ces gens sont des paroles vagues et réconfortantes – des paroles qui leur sont familières et qu'ils retrouvent dans les cris de leurs habituels fomentateurs de troubles politiques et ecclésiastiques et dans le style ampoulé des journaux qu'ils lisent. Woodrow savait utiliser de telles paroles. Il savait comment s'y prendre pour les transporter de joie et les faire pleurer. Il ne perdait pas de temps à essayer de raisonner avec ces paysans, mais visait directement leurs oreilles, leur diaphragme et leur cœur²⁶¹.

²⁵⁸ À cet égard, voir la partie G ci-après.

²⁵⁹ *Nebraska c. Morris*, [1971] 1 W.W.R. 53, 16 D.L.R. (3d) 102 (Man.).

²⁶⁰ Voir aussi le jugement majoritaire dans *T. Eaton Co. c. Smith*, [1978] 2 R.C.S. 749, p. 754 à 758.

²⁶¹ Mencken, H.L., « The Archangel Woodrow » (Smart Set Jan. 1921), réimpression *The Vintage Mencken*, éd. Cooke, 1955 Vintage, p. 118-119.

F. AMBIGUÏTÉ

L'ambiguïté sous une forme quelconque est à l'origine de nombreux arguments mal fondés et d'autres parties de ce chapitre pourraient être ainsi désignées. D'autres exemples sont donnés ci-après.

1. Moyen terme ambigu

Le type de sophisme le plus courant est le moyen terme ambigu. Ce sophisme est évident lorsque le mot utilisé a deux sens distincts. Par exemple, le mot « exécution » n'a pas le même sens dans les expressions « exécution forcée » et « exécution capitale », et la personne ayant une formation en droit n'attribuerait pas à ce terme le même sens. Le syllogisme qui serait fondé sur un tel raisonnement erroné serait assimilable à un calembour fait par un jeune de douze ans. Examinons l'exemple réel courant qui suit.

1. Si prohiber l'alcool (ou les drogues) permettait d'éliminer l'une des causes de la criminalité ou de la pauvreté, la prohibition entraînerait une diminution du taux de criminalité et de pauvreté.
2. Lorsque les États-Unis ont décrété la prohibition en 1920, le taux de criminalité et de pauvreté n'a pas reculé au cours des années suivantes, mais a plutôt augmenté.
3. Par conséquent, prohiber les drogues n'est pas un moyen utile de lutter contre la criminalité et la pauvreté.

Dans ce syllogisme, les termes « prohiber » et « prohibition » n'ont pas le même sens à l'étape 2 qu'aux étapes 1 et 3, d'où le sophisme. À la première étape, il est question d'interdire l'alcool. À la deuxième étape, ce terme renvoie à une modification précise apportée à la Constitution fédérale des États-Unis. Le sens est différent, parce que la plupart des États américains avaient adopté, bien avant 1920, leurs propres lois de prohibition; ainsi, quand la mesure fédérale a été prise, la vente d'alcool était déjà illégale dans la majeure partie des États-Unis depuis des années.

L'existence d'une faille dans ce raisonnement est contestable. Mais il s'agit d'un exemple d'argument qui semble probant sur le plan logique, mais qui est en fait contestable.

Les experts, les pseudo-experts et certains procureurs aiment bien donner au terme « concordance » un sens plus ou moins scientifique. Ainsi, l'expert en cheveux pourrait déclarer qu'il y a « concordance » entre les cheveux retrouvés sur les lieux du crime et l'échantillon de cheveux prélevé sur l'accusé. Il s'agit là d'une preuve frappante si l'on en conclut que l'expert a voulu dire que ce sont les mêmes cheveux (sous réserve d'une marge d'erreur) ou encore que les cheveux sont semblables. Il s'agit effectivement d'une preuve frappante, si c'est ce que l'expert a voulu dire.

Mais ce n'est vraisemblablement pas ce qu'il a voulu dire. Bien souvent, ces spécialistes parlent de « concordance » simplement lorsque les deux échantillons de cheveux ne proviennent manifestement pas de personnes différentes; les cheveux peuvent ou non provenir de la même personne. C'est peu. Si c'est effectivement ce que l'expert a voulu dire, mais que, pour les auditeurs, ce terme signifie que les cheveux sont pareils ou semblables, le syllogisme implicite comporte un sophisme en bonne et due forme.

D'autres arguments semblables sont parfois invoqués : nier les mauvais traitements est une attitude qui « concorde » avec le fait d'en avoir réellement subis; le refroidissement « concorde » avec le réchauffement de la planète. Il est vrai que ces facteurs (dénégation ou refroidissement) ne démontrent pas l'absence de mauvais traitements ou de réchauffement de la planète, mais ils n'en établissent pas la véracité pour autant. Logiquement, il n'est pas possible de prétendre que X ou le contraire de X constitue une preuve de A.

Un article de droit bien connu constitue un autre exemple d'un terme moyen ambigu. Le rédacteur en chef de la *Revue du Barreau canadien* a reproché au juge en chef du Canada d'avoir déclaré que les articles de revues spécialisées ne font pas autorité²⁶². Le juge en chef a vraisemblablement utilisé ce terme dans un sens, à savoir un élément de preuve indépendant dans un argument. Cependant, l'article portait principalement sur un autre sens de ce terme, à savoir les écrits que les avocats peuvent soumettre à la cour (pour ce que ça vaut)²⁶³.

Il est plus facile de dissimuler le sophisme lorsque le mot ou l'expression a un sens assez élastique ou vague. Certains mots ont à la fois un sens technique très restreint et un sens courant plus large. À titre d'exemples, citons des mots comme « faillite » ou même « banque »²⁶⁴.

Ce sophisme est d'autant plus vraisemblable lorsque le terme juridique revêt à peu près le même sens dans deux domaines distincts du droit. Qu'en est-il si le sens n'est pas le même dans toutes les instances? Dans ce contexte, l'utilisation d'un précédent portant sur un domaine du droit comme argument dans un autre domaine peut constituer un syllogisme comportant un terme moyen caméléon²⁶⁵. Par exemple, les critères juridiques applicables en matière de fraude du fait de fausses déclarations peuvent ne pas être les mêmes en droit criminel que dans divers domaines du droit des contrats. Dans une poursuite visant la résiliation d'un contrat en equity en raison de fausses déclarations, il peut être impressionnant de citer un arrêt de la Cour suprême du Canada — jusqu'à ce que soit mis en lumière le fait que l'arrêt portait sur une affaire criminelle.

2. Statistiques déficientes

Le terme moyen ambigu comporte une autre variante, qui est à la fois captivante et périlleuse. Appelé à témoigner, un expert déclare qu'il a eu recours à des analyses scientifiques, qui ont démontré l'existence de l'affection contestée. Selon l'expert, « les résultats sont exacts à quatre-vingt-dix-neuf pour cent dans les deux sens, avec une marge d'erreur d'un pour cent ». Ainsi, la partie qui a convoqué l'expert fait valoir la probabilité, à quatre-vingt-dix-neuf pour cent, de l'existence de l'affection. Ce pourcentage est certes assez important pour obtenir gain de cause dans une poursuite au civil et vraisemblablement assez élevé pour obtenir une déclaration de culpabilité.

Mais cette statistique est déficiente. Supposons que l'affection visée par les analyses est la tuberculose et que la personne en cause vit dans une ville canadienne de cent mille habitants. Supposons aussi que le taux de tuberculose est très faible dans cette ville, soit que moins de cinq cents personnes en sont atteintes, toutes estimations ou études confondues. La marge d'erreur des analyses effectuées par le témoin est d'un pour cent, dans les deux sens, c'est-à-dire que ces analyses ne permettront pas de déceler un pour cent des cas d'infection et entraîneront un faux diagnostic dans le même pourcentage de cas. Ainsi, si l'ensemble des habitants de la ville se

²⁶² Nichols (1950) 28 R. du B. can. 422.

²⁶³ Voir aussi Côté (2001) 39 Alta. L. Rev. 640.

²⁶⁴ Voir Holmes « Path of the Law » (1897) 10 Harv. L. Rev. 457, p. 463-464. Voir aussi Garner (1989) 15 Litigation (n° 4, été) p. 39, 40.

²⁶⁵ Voir Hancock (1959) 37 R. du B. can. 535; O'Connell (1994) 70 Ore. L. Rev. 57, p. 67-70; cf. p. 70 à 78.

soumettaient à des analyses, celles-ci donneraient lieu à des résultats positifs erronés dans mille cas, soit un pour cent de la population.

Or, le nombre de cas réels de tuberculose est inférieur à cinq cents. Par conséquent, le résultat « positif » obtenu pour la personne ayant subi l'analyse pourrait figurer au nombre des mille résultats erronés ou des cinq cents cas réels. Ainsi, il y a plus d'une chance sur deux qu'il s'agisse d'une fausse alerte.

En résumé, les chances que cette preuve soit exacte sont de moins de trente-trois pour cent. Les statistiques ont été dénaturées, et l'expression « marge d'erreur » a été utilisée dans deux sens différents.

G. ÉLARGISSEMENT ET RÉTRÉCISSEMENT DES CATÉGORIES

Ce sujet est relié, dans une certaine mesure, aux parties D sur les limites et F sur l'ambiguïté. Nous avons vu qu'en modifiant le sens profond d'une catégorie ou d'un terme, il est possible de l'utiliser pour prouver à peu près n'importe quoi.

1. Recouvrements

Même en conservant le sens profond, il est périlleux de modifier les limites d'une catégorie ou d'une règle, en les élargissant ou en les rétrécissant à volonté. Dans le cas d'une règle ou d'une catégorie très large, il y aura nécessairement recouvrement avec d'autres règles ou catégories, mais pas dans le cas de règles ou de catégories étroites. S'il existe deux règles ou catégories comportant des limites différentes, l'une doit donner lieu à des résultats différents de l'autre. Deux règles différentes entraînent généralement des résultats différents.

Ainsi, les règles ou les catégories qui se recoupent se contrediront souvent. Dans cette zone de recouvrement, les avocats peuvent alors choisir l'une des deux règles ou catégories et, partant, choisir le résultat simplement en choisissant la règle ou la catégorie à appliquer. De plus, si l'une ou l'autre des catégories (ou règles) peuvent être élargies ou rétrécies, il devient alors facile de créer ou d'éliminer des recouvrements, de choisir l'une des deux règles et, partant, de choisir le résultat voulu. Dans un cas comme dans l'autre, le résultat est alors largement arbitraire. Les avocats font leur choix sans en avoir l'air.

Par exemple, en droit des contrats, la règle voulant que la contrepartie doive être adéquate chevauche les règles régissant les transactions déraisonnables. Pourtant, les deux règles donnent lieu à des résultats contraires. Circonscrire les règles permet de contrôler le résultat. En droit pénal, il y a recouvrement entre l'aliénation mentale (la démence) et certaines erreurs de fait, ce qui explique l'existence de la doctrine distincte de l'intention coupable (*mens rea*). En droit des contrats, il y a recouvrement entre la violation fondamentale et un si grand nombre d'autres éléments que ce premier élément pourrait ne pas constituer un sujet distinct. La plupart des définitions de revenus et de capitaux se recoupent. Les problèmes de cette nature peuvent être graves, mais ne sont que peu remarqués, lorsqu'il y a recouvrement des règles régissant le partage des biens matrimoniaux (capitaux) et les règles régissant le paiement d'aliments (revenus).

Que doit faire la personne qui se trouve dans une situation où il est porté atteinte aux principes de justice naturelle et où elle ne peut faire appliquer les statuts et règles de son syndicat? Doit-elle avoir recours au processus d'appel interne? Le cas échéant, il pourrait être conclu qu'elle a renoncé à la question du vice de procédure et choisi de s'en remettre aux faits²⁶⁶. Devrait-elle plutôt tenter des poursuites judiciaires? Elle court alors le risque d'être déboutée au motif qu'elle n'a pas épuisé tous les recours offerts à l'interne²⁶⁷. En cas d'inconduite plus ou moins grave de la part d'un membre de son personnel, l'entreprise se retrouve alors dans une situation difficile. Si elle ne le licencie pas, elle peut donner l'impression qu'elle tolère le manquement; en revanche, si elle le met à la porte, elle sera vraisemblablement critiquée pour avoir agi trop hâtivement, sans donner à son employé un avertissement ni la possibilité de se réhabiliter.

L'existence d'un régime de deux poids-deux mesures est un exemple probant de recoupements contradictoires. Ils sont courants. Faut-il examiner le fond de l'affaire ou la norme de contrôle applicable? Faut-il s'en remettre aux connaissances de l'expert ou tout reprendre du début? Faut-il donner aux dispositions législatives une interprétation stricte ou large? La discipline professionnelle vise-t-elle la protection du public, la prise de sanctions ou la réadaptation? En matière civile, les peines visent-elles à obtenir l'observation sous la contrainte dans le cas à l'étude, à dissuader les autres ou à prévenir tout tort à la partie adverse? Faut-il une preuve absolue ou simplement la preuve selon la prépondérance des probabilités? Est-il défendu de modifier les jugements rendus, sauf si la justice l'exige²⁶⁸? Ces critères divergents se recoupent, permettant donc le choix d'un résultat en fonction du choix de critère.

Jusque dans les années 1960, un petit groupe de militants ont utilisé un régime de deux poids-deux mesures pour garder la mainmise sur le syndicat des électriciens en Angleterre. En matière d'élections, les règles du syndicat, particulièrement pointilleuses, étaient nombreuses et excessivement complexes. Personne n'arrivait jamais à s'y conformer entièrement. Si un non-membre enfreignait une règle, son vote était annulé ou son candidat était écarté, parce que la règle l'exigeait. En cas de violation par un membre, le syndicat insistait sur le caractère insignifiant, inoffensif et involontaire de la violation et apportait les correctifs nécessaires, comme l'exigeaient les règles d'équité et d'impartialité. Prises isolément, ces décisions semblaient inattaquables.

Dans un règlement municipal sur l'utilisation des terres, des juges ont passé outre à une définition manifestement inclusive du terme « remorque » en fouillant dans les dictionnaires pour trouver un sens restreint à un autre mot de la définition, puis en faisant un découpage des périodes visées²⁶⁹. Dans une autre affaire, des juges ne voulaient pas tenir compte des délais restrictifs et de l'interdiction de proroger les délais. Ils les ont donc interprétés de manière à ce qu'ils s'appliquent aux parties et non à leurs avocats, puis ont conclu que les avocats étaient les seuls responsables des irrégularités²⁷⁰. Cette dernière technique est utilisée dans de nombreuses cours de justice pour contourner les exigences procédurales. Une interprétation restrictive et non fonctionnelle d'une politique d'assurance a été donnée par la majorité dans *Hartford Fire Ins. Co. c. Benson & Hedges (Can.)*²⁷¹. Il est possible de déceler les déficiences et les choix non énoncés dans *Hartford* uniquement en lisant les motifs de dissidence²⁷².

²⁶⁶ *O'Laughlin c. Halifax Longshoremen's Assn.* (NS 1970) 15 D.L.R. (3d) 316, p. 325.

²⁶⁷ *White c. Kuzych* (#3) (PC (BC)) [1951] A.C. 585.

²⁶⁸ Voir *Re Marline*, [1971] 1 W.W.R. 500 (Man.).

²⁶⁹ Voir *Farr c. Moore (Twp.)*, [1978] 2 R.C.S. 504.

²⁷⁰ *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516, p. 526-527.

²⁷¹ [1978] 2 R.C.S. 1088, p. 1104-1105.

²⁷² *Ibid.*, p. 1094 à 1096.

Les régimes de deux poids-deux mesures, l'élargissement et le rétrécissement des catégories ainsi que les recouvrements de catégories semblent raisonnables, voire impérieux. Toutefois, seule la vue d'ensemble qui se dégage au fil du temps permet de comprendre à quel point le processus peut être arbitraire.

2. Règles ou philosophie

À titre de variante des recouvrements ainsi que des élargissements et rétrécissements, mentionnons le fait de choisir de manière arbitraire entre une règle stricte et une notion plus large ou une analogie. Par exemple, nous examinons parfois des catégories précises dans la *Charte*. Nous concluons que ce qui n'y est pas abordé ne tombe pas sous le coup de la *Charte*, et partant ne s'applique pas. Il peut arriver que nous élargissions une catégorie prévue par la *Charte* de manière vague, notamment en parlant de « dignité ». Et parfois, nous nous écartons des catégories expressément prévues par la *Charte* et nous en créons d'autres, analogues²⁷³. D'autres fois, nous appliquons la *Charte* dans des domaines où elle n'est certes pas applicable, en parlant de « valeurs exprimées dans la *Charte* ». Ainsi, les catégories bien connues, circonscrites par la loi, peuvent être élargies ou rétrécies considérablement.

Il va sans dire que les arguments fondés sur la *Charte* qui viennent d'être énumérés peuvent être utilisés à des fins légitimes. Ces arguments sont alors davantage axés sur les choix et moins sur la science objective ou les précédents d'application obligatoire, et ce, plus qu'il ne le semble à première vue.

3. Distinctions inutiles

Les différences inutiles constituent une variante des catégories malléables qui se recourent.

Le droit contient un certain nombre de distinctions qui ne comportent aucune différence réelle, comme aimait bien le souligner Julius Stone²⁷⁴. Réserver un traitement différent en droit à deux facteurs essentiellement identiques occasionne de nombreuses incongruités, erreurs et jeux, même involontaires. Les avocats peuvent obtenir le résultat souhaité en choisissant la bonne désignation. En voici quelques exemples possibles :

- (a) la définition précisant l'absence de la qualité x par opposition à la définition qui ne fait pas mention de x, mais qui est assujettie à une exception pour x;
- (b) deux catégories juridiques différentes comportant des définitions différentes, mais produisant les mêmes résultats sur le plan juridique;
- (c) le désir de réussir en affaires par opposition au désir de causer du tort à un concurrent (droit de la responsabilité délictuelle);
- (d) l'intention de toucher un revenu par opposition à l'intention de conserver des immobilisations qui génèrent un revenu (droit fiscal);
- (e) le paiement d'aliments calculés selon le revenu par opposition à la division des avoirs productifs de revenu (droit de la famille);

²⁷³ Surtout aux termes de l'art. 15.

²⁷⁴ Voir Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Stevens, 1964, p. 241 et suiv.

- (f) des normes de contrôle divergentes (contrôle judiciaire de décisions rendues par des juridictions inférieures);
- (g) le respect du secret professionnel auquel sont assujetties certaines communications, mais non les faits communiqués;
- (h) la déférence dont la cour d'appel doit faire montre à l'égard d'une décision d'ordre discrétionnaire, sauf s'il y a eu appréciation erronée d'un facteur pertinent;
- (i) les désignations différentes de mêmes notions, p. ex., la preuve de corroboration ou la preuve de confirmation.

Certains des sujets qui étaient sources de confusion pendant nos études en droit étaient vraisemblablement des exemples de distinctions inutiles.

H. FORMULATION DE LA QUESTION INEXACTE²⁷⁵

1. Simple question inexacte

Généralement, les arguments ou raisonnements en droit sont formulés comme la réponse à une question, la vérification d'une hypothèse ou la démonstration d'une assertion. Par souci de concision, parlons simplement de réponse à une question.

La question inexacte appelle une réponse inexacte²⁷⁶. Par exemple, il est possible de recourir au sophisme pour abolir le privilège de diffamation en déclarant que la diffamation d'autrui ne s'inscrit pas dans le cours normal des activités de l'entreprise²⁷⁷. Toutefois, c'est passer à côté de l'essentiel, c'est-à-dire que la diffamation n'est pas intentionnelle d'habitude. C'est d'ailleurs le sens véritable de l'immunité relative.

Si un jugement ou un argument aborde plus d'une question à la fois, il peut alors survenir divers types de méprises ou d'erreurs. Par exemple, l'auteur peut répondre à une question ou faire la preuve d'une partie, puis laisser entendre et même affirmer qu'il vient de répondre à une autre partie ou d'en faire la preuve.

2. Réponses sous-entendues et questions exclues

Certaines questions semblent indiquer la réponse à une question plus controversée et pertinente. « La partie demanderesse peut-elle uniquement réclamer des dommages-intérêts? » Cette question laisse entendre que la partie défenderesse est responsable envers la partie demanderesse et qu'il ne reste plus qu'à discuter du redressement qui convient. Certaines questions posées pendant le contre-interrogatoire sont censées reprendre les réponses données antérieurement par le témoin, mais elles contiennent des erreurs. De nombreux débats portent uniquement sur le moment ou la manière d'accomplir une action, ce qui laisse croire implicitement que **la décision** de l'accomplir a déjà été prise ou ne fait plus l'objet de débats. Des guerres ont été déclarées de cette façon.

²⁷⁵ Je me suis inspiré de David Fischer, *Historians' Fallacies*, chapitre I, 1970.

²⁷⁶ Cf. Frankfurter J. dans *Rogers c. Helvering* (1943) 320 U.S. 410, p. 413.

²⁷⁷ Voir *Pullman c. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524, p. 530 (C.A.).

D'autres versions de questions à deux volets visent à obtenir comme réponse l'une de deux possibilités. La question suivante pourrait servir d'exemple plutôt rudimentaire : « Les organismes de réglementation des services publics – sauveurs ou oppresseurs des consommateurs? ». Ces organismes pourraient très bien n'être ni l'un ni l'autre.

Généralement, les énoncés sont plus subtils. Bon nombre de discussions sur l'institution de conseil de la reine donnent à entendre que celle-ci doit être conservée dans sa forme actuelle ou traditionnelle ou abolie entièrement. La question est formulée de manière à empêcher toute discussion de réforme. Les règles de droit controversées font souvent l'objet de débats de cette nature. Les détracteurs de la règle insistent sur ses déficiences et omissions et mentionnent des cas hypothétiques ayant donné lieu à des résultats encore plus étonnants. Par exemple, est-il possible de parler de la règle d'interdiction de perpétuités sans faire mention de grossesses chez des femmes de quatre-vingt-quatre ans?

Les détracteurs peuvent bêtement accepter la question telle qu'elle est formulée (c.-à-d. aussi imparfaite soit-elle), puis soutenir que ses déficiences ne sont pas si graves. Le juge de ce débat examinera vraisemblablement uniquement la règle existante avec ses prétendus défauts pour déterminer si elle vaut la peine d'être conservée.

3. Sémantique

La désignation d'une notion importe peu. Nous ne pensons pas nous écarter de notre sujet par des questions de sémantique. Pourtant, un sujet difficile et déroutant peut cacher de telles questions. Les étudiants en droit ont du mal à démêler les pouvoirs des mandataires. La terminologie dans ce domaine laisse à désirer : certains termes (p. ex., « attributions ») désignent à la fois les droits et les pouvoirs; d'autres notions ont plus d'une désignation (comme habilité « ostensible » et « apparente » ou « limite secrète »); et certains termes sont simplement vagues ou complexes ou mal utilisés (p. ex., « implicite »).

Dans des circonstances prêtant à confusion, il est possible de retrouver à peu près n'importe quelle faille dans un raisonnement et presque tout argument bien formulé peut être assez convaincant.

4. Manque de concordance entre la réponse et la question

Des erreurs subtiles se produisent si la question est posée sous un angle, mais débattue et répondue sous un autre. Quels sont les différents angles possibles? Mentionnons les faits, le droit, la morale, la causalité, la sémantique, le droit privé, le droit public, le droit positif et les règles de conflit des lois. Par exemple, dans la partie A, exemple 3 ci-dessus, il a été mentionné qu'il est courant de discuter de ce que **devrait** être le droit, puis de prétendre que la réponse à la question est la réponse à ce que **représente** le droit à l'heure actuelle. À titre d'exemple supplémentaire, mentionnons les situations où des auteurs passent, au milieu du débat, des questions de droit aux questions d'éthique (ou règles de déontologie applicables aux avocats).

La causalité est difficile, en partie parce qu'il y a absence d'entente réelle sur le sens en droit de ce terme. Il se peut que ce mot unique comprenne différentes idées, voire différents aspects, p. ex., faits, morale (aspect normatif) ou droit. Prenons l'exemple du locataire qui, ayant violé son contrat de location, a dû verser à son locateur des dommages-intérêts, même si ce dernier avait rapidement loué le local à un nouveau locataire. La cour a conclu brièvement que le nouveau bail ne résultait « aucunement des conséquences de l'inexécution [...] ». Ce résultat était peut-être judicieux, puisqu'il y avait une grande superficie non louée dans le bâtiment. Toutefois, le lien de causalité est singulier et obscur. La cour ne s'est pas penchée sur la question de la fongibilité de l'espace vacant, ni sur les questions de principe²⁷⁸.

I. AUTRES SOPHISMES CLASSIQUES

Dans cette partie, il est question de certains arguments illégitimes en principe. Les déceler ne permet pas de démontrer la fausseté de l'hypothèse en cause, mais révèle que les arguments invoqués ne l'étaient aucunement.

1. Distractions qui écartent du sujet

Il y a toute une gamme de méthodes de distraction, dont les quelques exemples qui suivent.

(a) *Argument tu quoque*

La question en litige est la négligence de la victime; dans ce contexte, la négligence manifeste de la partie défenderesse n'est pas pertinente, bien qu'elle soit souvent soulevée²⁷⁹.

Supposons que je fasse valoir que les peines pour voies de fait devraient avoir pour objectif la réadaptation et que la prison ne sert à rien. Vous répliquez que je ne peux avancer un tel argument, parce que je frappe régulièrement mon chien. Il s'agit là de propos abusifs qui font diversion, parce que mon tempérament ne diminue en rien l'hypothèse que j'ai avancée. En fait, mon hypothèse ne serait pas plus légitime si elle avait été avancée par une personne douce, une personne qui aime les chiens, ou encore une personne qui a un chien ou qui n'en a pas.

Vous faites valoir que, pour réduire les décès causés par les accidents de la route, il faut une application plus rigoureuse du code de la route en vigueur. Je réponds que je vous ai vu circuler à grande vitesse. Quelques attaques semblables empêcheraient la plupart des personnes de s'exprimer, par écrit ou de vive voix, sur la majorité des sujets d'intérêt. Seuls les saints pourraient être avocats.

Pour cerner l'élément déficient dans ce sophisme, adaptons la métaphore du docteur Samuel Johnson. Un jeune enfant brandit un bâton, mais il ne peut faire trop de mal en raison de sa faible force physique. Cependant, si ce même enfant brandit un fusil de chasse chargé, il devient très dangereux. Le fusil de chasse est une arme dangereuse, peu importe la force de la personne qui appuie sur la détente. La narration directe des faits est entièrement fonction de la crédibilité du narrateur. Toutefois, les arguments logiques revêtent une valeur intrinsèque, indépendamment du message. Si l'argument juridique n'est pas une preuve originale, il n'y a aucun intérêt à critiquer le message.

²⁷⁸ Voir *Apeco of Canada c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; 19 N.R. 124, 82 D.L.R. (3d) 1, p. 4.

²⁷⁹ Voir *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, p. 312-313.

(b) Argument ad hominem (attaques personnelles)

Ce raisonnement fait également ressortir un sophisme connexe.

Un avocat rédige un article dans lequel il présente des arguments logiques, impérieux, économiques, historiques et statistiques en matière de droit des biens. Il n'est pas utile de répliquer qu'il est propriétaire de biens et d'ajouter : « il est évident qu'il dirait ce qu'il a dit ». Les juges peuvent défendre à bon droit leur indépendance judiciaire. Si la partialité pouvait faire obstacle à la présentation d'un argument juridique, aucun avocat rémunéré ne comparaitrait devant un juge. Personne ne pourrait alors défendre les principes de stabilité gouvernementale et d'ordre public, parce que l'ensemble des trente-trois millions de Canadiens en bénéficient.

Ce sophisme peut sembler ancien, surtout son appellation latine *argumentum ad hominem*. Or, il a cours aujourd'hui. J'ai fait allusion à certains aspects de la rédaction d'importantes études de droit. Des exposés sur la théorie marxiste peuvent adopter une telle démarche, tout comme des écoles de pensée modernes qui se distinguent nettement de la théorie marxiste, mais qui adoptent, du moins en partie, sa terminologie ou ses techniques de débat. La rhétorique de certains membres du mouvement néoconservateur actuel peut avoir un caractère personnel.

Dans une affaire portant sur l'obligation d'un entrepreneur de réparer les défauts ou le travail mal fait, le juge Cardozo a pris le temps de décrire la splendeur de la maison et a précisé la période de temps pendant laquelle le propriétaire a pu jouir des lieux avant de payer les travaux. Il est difficile d'expliquer la pertinence de ces renseignements détaillés sans conclure au parti pris²⁸⁰.

Un principe acceptable peut être la cible d'attaques au motif que son auteur ou certains de ses adeptes pourraient à un certain moment manifester des intentions malveillantes non reliées²⁸¹. Au cours des années 1950, une proposition de réforme mineure pouvait être critiquée parce que le Parti communiste y adhérerait. Aujourd'hui, une institution ou une mesure peuvent être critiquées, parce qu'elles existaient sous une forme semblable dans l'Espagne de Franco ou l'Italie de Mussolini. (Nul ne demande si ces institutions ou mesures existent encore dans les pays européens modernes, voire en Espagne ou en France.)

Nous en arrivons maintenant à un sophisme analogue, l'honneur ou le déshonneur par association.

Faut-il avoir déjà fait une appendicite pour être chirurgien? Est-il possible de devenir policier sans avoir jamais été victime de vol? L'auteur qui choisit comme sujet les droits des enfants ou des personnes âgées doit-il être âgé de moins de dix-huit ans ou de plus de soixante-cinq ans?

Sert également à faire diversion toute critique d'une mesure qui est ancienne et tout éloge d'une mesure qui est nouvelle²⁸². Pourquoi scandons-nous que ce qui est ancien est mauvais? Dans les pays de langue anglaise, le mot « médiéval » a pendant longtemps été considéré comme une atteinte grave²⁸³. O.W. Holmes Jr. a déjà déclaré : [TRADUCTION] « Il est révoltant de constater que l'établissement d'une règle de droit à l'époque du roi Henry IV est la meilleure raison qui peut être donnée pour la conserver²⁸⁴. » Mais pourquoi faut-il remettre en question la stabilité du droit simplement parce qu'un ancien combattant de la guerre civile aux États-Unis l'a déclaré à l'époque victorienne? En fait, ni l'argument de Holmes, ni cette question ne reposent sur un fondement solide.

²⁸⁰ Voir Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, 1990, p. 107.

²⁸¹ Bentham fait une critique amusante et éternelle de ce type général d'argument fallacieux ou abusif dans son ouvrage intitulé *Handbook of Political Fallacies*, deuxième partie, chapitre I.

²⁸² Voir par exemple *Cdn. Brotherhood of Ry. etc. Workers c. B.C. Air Lines*, [1971] 1 W.W.R. 39, p. 52-53 (C.-B.).

²⁸³ Ainsi, ce qui nous vient de la Grèce classique doit être conservé et nous ne nous moquons jamais des principes de droit civil qui viennent d'Europe ou du Québec, mais ce que le roi Henry V a fait n'a pas de valeur.

²⁸⁴ (1897) 10 Harv. L. Rev. 457, p. 469.

Ce type de sophisme découle en partie de l'espoir nostalgique que la science pourra résoudre tous les problèmes et que tout ce qui est ancien n'a aucune valeur scientifique.

(c) Appels à l'indulgence

La proposition inverse de l'attaque personnelle (argument *ad hominem*) est l'appel à l'indulgence. Cette technique est très courante aujourd'hui; bon nombre veulent se faire le défenseur de l'opprimé ou du moins l'appuyer. Bon nombre de tribunaux modernes canadiens exposent de nombreux faits inutiles, même en appel. Ils ajoutent souvent des renseignements visant à bien disposer le public à l'égard de la personne qui obtient gain de cause ou à représenter la partie déboutée sous un jour défavorable. De nombreux films modernes commencent de cette façon aussi.

Les faits qui suscitent la compassion peuvent être pertinents. Si elle n'est pas représentée par un avocat, il se peut que la partie demanderesse ne respecte pas un délai de dépôt, qu'elle ait manqué de temps ou d'argent, et qu'elle ait été distraite par d'autres problèmes sans qu'elle puisse être qualifiée de récalcitrante ou qu'elle ait eu l'intention d'abandonner sa poursuite. Tous ces éléments sont pertinents au plan du droit. Pourtant, dans d'autres types de causes, il est souvent difficile de comprendre la pertinence de faits exposés dans le but de susciter la compassion²⁸⁵.

(d) Argument du bâton

Argument connexe de l'appel à l'indulgence, l'argument du bâton (*argumentum ad baculum*) est une autre distraction qui écarte du sujet.

Dans un État totalitaire, toute personne qui s'oppose à la théorie du professeur A soutient que celle-ci s'écarte de la ligne du parti et constitue même de la propagande contre-révolutionnaire (ou de la dégénérescence ou de la franc-maçonnerie ou toute autre bête noire décrite par le régime de l'heure). C'est l'attrait des préjugés. Il s'agit en fait d'une menace de retirer au professeur sa chaire d'études et de signaler ses activités au NKVD, à la Kempei-Tai ou à la Gestapo, ou encore de le faire assassiner par des membres de l'armée nationaliste ou des gardes rouges adolescents. C'est invoquer un argument de type moderne, appelé par Orwell le « crime par la pensée » dans son roman *1984*.

Au Canada aujourd'hui, la simple énonciation de certains principes pourrait menacer la sécurité d'emploi de personnes salariées de l'État ou subventionnées par l'État. En fait, il en est de même de sujets entiers. Je ne me prononce pas sur la façon de réagir à de telles considérations, qu'il s'agisse de la rédaction d'une revue de droit ou du refus d'accorder la permanence à un membre fautif.

Néanmoins, dans la salle d'audience, les avocats se comportent honorablement lorsqu'ils occupent dans des causes impopulaires et pour des clients peu appréciés et même carrément déplaisants. Ils ont le devoir de présenter des arguments valables relativement aux questions de fait ou de droit. Les juges qui entendent leurs plaidoiries ont fait le serment d'apprécier tous les arguments avancés sans parti pris, crainte ou préjugé favorable et d'appliquer les lois telles qu'ils les comprennent. Les juges n'ont pas pour fonction de s'en tenir à des propos qui seraient considérés acceptables par les comités de rédaction de journaux ou de revues de droit ou les membres du Cabinet. Les juges jouissent de l'inamovibilité pour cette raison. Le crime par la pensée et le novlangue de *Big Brother* n'ont pas leur place dans les cours de justice.

2. Postulats de causalité

L'appellation classique de l'erreur la plus courante au sujet de la causalité est *post hoc, propter hoc* (littéralement, à la suite de cela, donc à cause de cela). Ce n'est pas parce qu'un événement se

²⁸⁵ Par exemple, voir *Meditz c. Smith* (1967) 60 W.W.R. 310 (C.-B.).

produit à la suite d'un autre, ou même très peu de temps par la suite, qu'il y a un lien de causalité entre le premier et le second. Votre oncle fumait lorsqu'il a fermé la boutique, mais cela ne prouve pas que sa cigarette a causé l'incendie qui a ravagé la boutique une demi-heure plus tard. Il pourrait simplement s'agir d'une coïncidence.

Les reportages dans la presse écrite tombent souvent dans ce piège. Les grands titres laissent entendre, par exemple, que le café cause le cancer. Il ressort d'une étude purement statistique que, dans un certain nombre de pays (ou d'autres groupes), la consommation de café et l'incidence du cancer sont élevées. Il n'y est aucunement question de la manière dont le café pourrait causer le cancer. Il pourrait très bien s'agir d'une coïncidence.

S'il ne s'agit pas d'une coïncidence, le contraire est possible. Le cancer pourrait entraîner une augmentation de la consommation de café. Est-il possible que les personnes atteintes de cancer éprouvent un besoin impérieux de boire du café? Il est plus vraisemblable que le cancer et la grande consommation de café soient attribuables à un troisième facteur, comme le mode de vie occidental, le manque de sommeil, l'industrialisation, le surmenage, un régime alimentaire malsain, la compétitivité, la cigarette ou la consommation de féculents.

En soi, la proximité ou la corrélation ne prouvent rien (bien que ces facteurs puissent être pertinents). Ces facteurs pourraient être plus révélateurs en milieu conditionné, c'est-à-dire si l'on donne du café à la moitié du groupe expérimental, mais pas à l'autre pendant une période donnée.

Comme nous l'avons vu au premier chapitre, le droit et la médecine appliquent des démarches techniques, mais pourraient tirer profit de l'étude des sciences physiques et des sciences sociales. Les étudiants dans ces domaines connaissent les méthodes applicables. En effet, les sociologues savent comment élaborer un questionnaire valide ou mener une entrevue et connaissent le fonctionnement des échantillonnages. Les psychologues savent comment planifier et mener à terme une expérience bien conditionnée. Les économistes s'y connaissent en calcul, savent manipuler les données statistiques existantes et peuvent vérifier les preuves dans ce domaine avec une logique mathématique très rigoureuse.

Cependant, aucune de ces méthodes n'est enseignée dans les facultés de droit, et les lecteurs spécialisés de revues de droit n'y sont pas très sensibilisés. Pourtant, des auteurs bien intentionnés d'articles publiés dans les revues de droit, formés uniquement en droit, essayent de jouer aux scientifiques et tentent de donner des preuves empiriques de divers principes sociaux. Leurs intentions sont bonnes, mais leurs méthodes sont parfois lamentables, voire inexistantes. Le problème est aggravé lorsque les avocats et les juges citent ensuite ces articles comme preuve d'un fait social ou autre.

Par exemple, il est possible de trouver, dans des revues de droit, des articles rédigés par des auteurs qui ne semblent pas être experts dans les domaines traités : la psychiatrie²⁸⁶, l'économie du logement²⁸⁷, la compétence des médecins et l'efficacité des hôpitaux²⁸⁸, l'économie de l'assurance sans égard à la responsabilité²⁸⁹, les causes du défaut de paiement²⁹⁰ et les nombreux aspects techniques de l'assurance juridique²⁹¹.

²⁸⁶ Cragg (1976) 3 Dal. L.J. 510; Schiffer (1976) 14 Osg. H. L.J. 307.

²⁸⁷ House (1976) 14 Osg. H. L.J. 49.

²⁸⁸ Saltsman (1976) 8 Ott. L. Rev. 382.

²⁸⁹ Ison (1977) 27 U.T.L.J. 385.

²⁹⁰ Puckett (1978) 28 U.T.L.J. 95.

²⁹¹ Wilson & Wydrzynski (1978) 28 U.T.L.J. 25.

3. Pétition de principe

Présupposer la réponse à la question qui doit être débattue crée un raisonnement circulaire, qui est étroitement lié à la déclaration non étayée par la preuve (partie E ci-dessus). Par exemple, dans les motifs dissidents de l'arrêt *T. Eaton Co. c. Smith*²⁹², les juges éludent la question et partent du principe que la clause du bail doit avoir l'effet contesté, à moins que n'existe une certaine exception. Les juges dissidents s'étendent sur la question de l'absence de l'exception, mais ne tentent pas du tout de démontrer que la clause produit effectivement l'effet contesté.

Mal appliqués, certains principes fondamentaux en droit de la négligence frisent la pétition de principe. La notion de devoir envers son voisin à cause de la proximité peut revêtir un caractère quasi circulaire. L'arrêt *Donoghue c. Stevenson* a fait l'objet de critiques lorsqu'il a été rendu, mais la répétition a émoussé notre sens critique. Je ne veux pas laisser entendre que le droit moderne de la négligence est illogique ou illégitime, mais les limites et les critères applicables suivent une méthode plus inductive et pragmatique qu'ils ne le semblent. Bon nombre des règles de principe²⁹³ pourraient constituer une rationalisation après coup ou de simples tentatives de simplifier à outrance la méthode multidimensionnelle très complexe réellement appliquée par les tribunaux judiciaires.

La terminologie tendancieuse peut favoriser la pétition de principe. Selon les règles de la cour, la partie défenderesse peut **choisir** un médecin et demander à la cour d'obliger le demandeur blessé à se faire examiner par ce médecin. L'assureur de la partie défenderesse ne choisirait pas le médecin au hasard, ni ne chercherait un médecin particulièrement sympathique. Pourtant, aux yeux des assureurs, il s'agit d'un « examen médical indépendant ». Ce terme porte atteinte au médecin de la partie demanderesse, qui n'est à peu près jamais choisi par l'avocat de la partie demanderesse et n'est jamais choisi en vue de poursuites.

Prenons un autre exemple : l'avocat demande une ordonnance nouvelle et inhabituelle. Il arrive à trouver un seul précédent, à savoir une décision rendue récemment en cabinet (dans une autre province) : *R. c. McQuelqu'un* (non répertoriée). Il demande donc une ordonnance « *McQuelqu'un* », comme s'il s'agissait d'une mesure connue et établie, comme celle adoptée dans l'arrêt *Garofoli*.

Les avocats ne devraient pas donner leur accord au choix de termes propagandistes utilisés par leurs adversaires, mais la plupart d'entre eux ne sont pas assez perspicaces pour les repérer. Ainsi, les juges ne devraient pas se faire prendre au même piège. En effet, les jugements dans lesquels de tels termes sont utilisés semblent inévitables, voire singuliers.

J. INAPPLICATION

En principe, rien n'empêche de soutenir qu'il serait difficile de mettre en œuvre le changement proposé; de tels arguments sont souvent très judicieux. Il est possible que les membres du public aient organisé leurs affaires privées en fonction d'un point de vue juridique contraire, que les coûts de transition soient plus importants que les avantages du changement, que de trop nombreux changements d'orientation sèment la confusion, ou que la technologie requise ne soit pas fiable ou soit onéreuse.

²⁹² Voir [1978] 2 R.C.S. 749, p. 754.

²⁹³ *Anns c. Merton London B.C.* (HL(E)) [1978] A.C. 728.

Toutefois, c'est à dessein que certains arguments exagèrent les difficultés. Des personnalités du milieu juridique britannique font parfois valoir de manière très vraisemblable l'impossibilité de mettre en œuvre quelque réforme juridique proposée, sans jamais mentionner combien d'autres pays fonctionnent ainsi depuis longtemps. Certains arguments dilatoires écartent la réforme proposée et servent à atermoyer. D'autres constituent des procédés malhonnêtes : l'auteur s'oppose à la mesure dans son ensemble, mais n'ose pas le dire²⁹⁴.

À la base, les arguments dilatoires sont très simples, mais leurs auteurs peuvent faire preuve d'une grande ingéniosité dans le but de trouver des prétextes et d'utiliser toute une gamme de faits. De cette manière, ils donnent aux mêmes vieux arguments un air nouveau à chaque fois²⁹⁵. Bon nombre de ces moyens ont été utilisés par toute personne qui a tenté de faire faire à des administrateurs ce qu'ils ne voulaient pas faire.

Un moyen détourné de faire obstacle à une réforme est d'en présenter plusieurs semblables à la fois. Les novices en matière de mesures dilatoires pourraient être portés à croire que cette façon de faire favorise la réforme, alors que c'est tout le contraire. Les réformes sont rarement toutes compatibles. La demande de réforme vise l'ensemble des propositions concurrentes, affaiblissant ainsi le soutien accordé à chacune. Les solutions de rechange présentent toutes des difficultés et suscitent préoccupation ou opposition. Il importe peu que les préoccupations au sujet des solutions de rechange soient les mêmes, soient différentes ou s'annulent mutuellement. Le nombre de propositions révèle que la population a besoin de plus de faits, et même d'études approfondies, ce qui ne mène généralement nulle part.

La variante la plus ingénieuse de cette astuce est le stratagème suivant. Les opposants à une réforme ne disent rien jusqu'au moment où celle-ci sera vraisemblablement adoptée. Puis, ils interviennent par amitié, en laissant entendre que la mesure proposée est trop limitative eu égard à sa nature temporelle et spatiale, à la question des ressources humaines ou au sujet. Les arguments de dépassement des limites²⁹⁶ peuvent alors être avancés. En fait, la réforme proposée est qualifiée de superficielle; elle ne s'attaque pas à la cause profonde du mal. Ce qu'il faut, c'est une solution efficace et durable, une solution cohérente et complète.

Les promoteurs de cette réforme initiale n'ont pas tendance à exprimer leur désaccord. Ils peuvent même avoir mûri (sans oser exprimer) de telles pensées. Puis, tout le monde doit prendre le temps de réfléchir. Il faut manifestement mettre sur pied un comité. Les causes profondes sont rarement évidentes, et bien souvent aussi difficiles à repérer que le Saint-Graal. Quelles sont les chances de réussite d'un comité? Après la mise sur pied du comité, on peut dire que la réforme ne verra jamais le jour.

Terminons cette section sur un adage de Cornford²⁹⁷, qui mérite d'être mieux connu que les diverses lois de Parkinson.

[TRADUCTION]

Il n'y a qu'un argument pour agir; tous les autres sont des arguments pour ne pas agir.

²⁹⁴ Les propos de Bentham à cet égard sont amusants : *Handbook of Political Fallacies*, troisième partie, chapitres III, IV.

²⁹⁵ Un exemple d'un argument dilatoire a été décrit par plusieurs auteurs, dont Bentham, dans la troisième partie, chapitre V, et Cornford, dans *Microcosmographia Academica*, chapitre VIII, 1908.

²⁹⁶ Voir la partie D ci-dessus.

²⁹⁷ *Op. cit. supra*, son chapitre VII.

K. ANALOGIES UTILISÉES À MAUVAIS ESCIENT²⁹⁸

Certaines personnes ont de l'aversion pour les analogies et s'en méfient. Lincoln était considéré comme un bouffon parce qu'il en faisait usage. Un nombre étonnamment élevé de gens comprennent mal les analogies. Les gens sans instruction peuvent se fier uniquement aux apparences; à la lecture d'une fable d'Ésope, ils sont insultés de se faire traiter de grenouille ou de corbeau.

Ironiquement, même si les analogies bien présentées peuvent ne pas convaincre, les mauvaises peuvent séduire. Ces dernières sont souvent efficaces parce que leurs auteurs les dissimulent. On peut dire qu'il s'agit d'analogies pour ceux qui les tiennent en aversion. La comparaison est une analogie explicite, mais la métaphore est une analogie implicite. Ces auteurs ont recours à des analogies quasi subliminales.

La métaphore la plus simple n'est qu'un nom tendancieux²⁹⁹. Grâce à cette méthode, les auteurs peuvent osciller entre les arguments purement sémantiques et les arguments réels. Par exemple, les personnes favorables à la liberté d'expression qualifient les parties de législateurs. Toutefois, celles-ci ne sont pas élues, ne jouissent pas de l'inamovibilité et ne font même pas semblant d'accorder de l'importance à autre chose que leur intérêt personnel.

Le langage tendancieux constitue une variante. Diverses images de lutte, voire de guerres réelles, peuvent être infiltrées dans un débat tranquille sur les principes. La rhétorique inspirée du discours marxiste tend en ce sens. Les débatteurs peuvent aussi utiliser des images de sports, de jeux, de la barre de navires, de la construction de maisons ou de la guérison de maladies. L'objectif implicite est de promouvoir un certain mode d'action. Par exemple, les défenseurs de la dictature nous disent qu'il ne peut y avoir deux paires de mains sur le gouvernail du navire.

L'analogie bien faite peut être dangereuse, parce qu'il est rare qu'une analogie soit parfaite. Trop pousser une analogie peut induire en erreur. Les analogies exigent donc presque toujours un certain degré de pondération, et seule la réflexion permet de bien en circonscrire les limites.

Par exemple, une personne peut tenter d'incorporer la procédure criminelle à la procédure suivie par une profession autonome pour discipliner ses membres. Il peut s'agir d'une mesure salutaire dans l'ensemble, mais qui pourrait être périlleuse si elle était appliquée dans le détail.

Même l'analogie bien faite pourrait ne pas s'appliquer à certains égards. Par exemple, la personne qui se penche sur les responsabilités des arbitres, sans toutefois disposer du fondement juridique adéquat, pense à bon droit à l'analogie des précédents visant des juges. Toutefois, certaines des différences entre les arbitres et les juges sont voulues. Dans bien des cas, les arbitres n'ont pas de formation en droit, mais sont spécialisés dans d'autres domaines. Il se peut qu'ils doivent s'occuper de plus d'une affaire à la fois. Il se peut aussi qu'ils aient des liens professionnels ou autres et même qu'ils aient été choisis à cause de ces liens.

L'analogie n'est pas une simple image comme des roses ou des lions. Elle peut renvoyer à une situation, à une institution ou à un processus historique. En matière constitutionnelle, un parallèle peut être fait avec les *Reform Acts*, les lois locales et privées du dix-huitième siècle ou l'introduction de la responsabilité ministérielle. Les limites raisonnables d'une telle analogie sont fonction de toute une gamme de questions factuelles et historiques complexes³⁰⁰.

²⁹⁸ Le sujet est traité de manière plus approfondie dans Fischer, *Historians' Fallacies*, Chap. IX, 1970.

²⁹⁹ À cet égard, voir les parties I.1 et I.3 ci-dessus.

³⁰⁰ Fischer, *op. cit. supra*, contient un examen approfondi et fascinant de tels sophismes d'historiens, notamment aux chapitres II à VIII, inclusivement.

L. ABUS DE POUVOIR³⁰¹

1. Appels voilés aux experts

À l'université, les professeurs nous enseignaient rapidement deux choses :

1. Ne croyez rien de ce qui est imprimé sur du papier journal ou qui contient des photos en couleur;
2. Mais prenez au sérieux tout ce qui est difficile à lire et qui contient des notes en bas de page.

Les petites guérillas peuvent immobiliser et même vaincre de grandes armées. Il en va de même des arguments. Puisqu'il est moins périlleux de critiquer que de se faire critiquer, certaines personnes préfèrent canarder. C'est ainsi que des appels très efficaces à des experts sont dissimulés. Les auteurs (ou les avocats ou juges) peuvent rédiger un long texte en utilisant de nombreux chiffres, un style compliqué, une terminologie particulière, des notations mathématiques, des diagrammes, des tableaux, des schémas et des graphiques statistiques.

Bien souvent, nous ne comprenons pas ce qui est écrit ainsi, parfois parce que nous ne saisissons pas les notions, mais souvent parce que nous ne nous en donnons pas la peine. À cause de ce laïus, nous ne nous sentons pas à la hauteur et sommes de mauvaise humeur. Les auteurs ont utilisé la science pour tenter de nous confondre.

Les mathématiciens utilisent des équations et des formules. D'autres scientifiques, comme les physiciens, font de même. Bien souvent, toutefois, ce **ne** sont **pas** aux mathématiques qu'ont recours les économistes notamment. Ils utilisent un **style** mathématique de notation parce qu'ils veulent avoir l'air de mathématiciens.

Examinons par exemple ce principe établi en matière d'étude interdisciplinaire de la météorologie et de l'ingénierie de la circulation :

$$(1) W_h = f(P_d + P_{d-1})$$

Aimeriez-vous pouvoir utiliser les sciences pour faire ainsi la preuve de ce que vous avancez? Permettez-moi de vous expliquer comment procéder, en interprétant cette formule.

- (1) Ce n'est qu'un numéro de série. Si l'auteur utilise la notation mathématique une autre fois, il la précédera du chiffre (2), qui ne veut rien dire; c'est comme un appel de note en exposant, sans note en bas de page.

W_h C'est une invention de l'auteur, qui renvoie au degré d'humidité totale mesurée sur un tronçon donné de l'autoroute. Il aurait pu utiliser plutôt H_w , ou H.M., ou *, ou ‡, ou n'importe quoi finalement.

= Dans ce contexte, ce symbole signifie « est ». Ne vous demandez pas qu'est-ce qui égale à quoi. Je vous le rappelle, il ne s'agit **pas** de mathématiques.

f Cette lettre signifie littéralement « fonction de ». En d'autres termes, ce qui est situé à la droite du symbole « = » influe de quelque manière sur ce qui se trouve à la gauche de ce symbole.

³⁰¹ Ici aussi, je me suis inspiré de Fischer, *op. cit. supra*, notamment de certaines parties du chapitre XI.

- () Les parenthèses signifient que tout ce qui se trouve à l'intérieur a une incidence, pas seulement le premier élément.
- P_d C'est aussi une invention de l'auteur. Ce symbole s'entend des précipitations totales pendant la période de vingt-quatre heures en question. Là encore, un autre symbole ou une autre abréviation auraient pu être utilisés.
- P_{d-1} Il s'agit du symbole représentant les précipitations totales enregistrées pendant la période de vingt-quatre heures **précédant** la période de vingt-quatre heures en question.

Quel est le sens de cette série de symboles? « L'humidité de la chaussée est fonction de la quantité de pluie tombée aujourd'hui et hier. » Ainsi exprimés, ces propos conviennent à une conversation avec un enfant de trois ans, mais revêtent un caractère scientifique lorsqu'ils sont transposés en notations mathématiques. Lorsqu'il a appris que ses paroles étaient de la prose, M. Jourdain a dû être déçu.

Vous avez peut-être du mal à lire les diagrammes, notamment ceux qui contiennent plusieurs lignes ondulées qui se croisent. Ou vous avez peut-être du mal à comprendre les diagrammes à barres, dont les barres à trois couleurs ressemblent à l'enseigne du barbier ou à un mât enrubanné. Vous ne vous sentez pas à la hauteur? Vous êtes même contrarié? Ce n'est pas la peine. Dans le contexte juridique, les auteurs ne veulent sans doute pas que leurs propos vous soient intelligibles, pas plus que Laurence Sterne ne voulait que vous lisiez la feuille marbrée insérée dans *Tristram Shandy*.

Même si les diagrammes ne nous sont pas étrangers, ils colportent une fausse version de la « science ». Le livre de Darrell Huff³⁰² est un vieux succès. Il est facile à lire et très instructif³⁰³.

Quel traitement les tribunaux judiciaires devraient-ils réserver aux juristes? Certains juristes de renom énoncent des principes dans des manuels de droit et des articles en raison de leur teneur logique intrinsèque, sans plus. Ils insistent pour dire que le titre de l'auteur n'ajoute pas de valeur probante³⁰⁴. C'est peut-être aller trop loin, mais la prudence est de mise à cet égard.

2. La majorité, une autorité

Le sujet abordé précédemment, les appels voilés aux experts, se transforme en menaces de réprobation générale pour toute résistance aux points de vue en vogue ou orthodoxes (c.-à-d. du snobisme au second degré)³⁰⁵.

Est connexe à ce type de comportement capricieux un autre type d'abus de pouvoir. Fischer³⁰⁶ l'appelle le sophisme de la preuve dominante. Comme la plupart des auteurs ou des professeurs dans un domaine y croient, ce doit être vrai, surtout s'ils y croient tous. C'est le message implicite.

³⁰² *How to Lie with Statistics*, Norton, N.Y.C., 1954.

³⁰³ Pour en savoir plus sur l'évaluation par les juges d'articles à saveur scientifique, économique, etc., voir Côté (2001) 39 *Alta. L. Rev.* 640, p. 655 et suiv.

³⁰⁴ Voir, par exemple, *Hunter c. Canary Wharf*, [1997] A.C. 655, p. 694, 2 All E.R. 426 (H.L.(E.)), le lord Goff. Rappelez-vous l'exemple de l'enfant qui tient un bâton ou un fusil de chasse, donné dans la partie I.1 ci-dessus.

³⁰⁵ Il en est question à la partie I.1(a) ci-dessus.

³⁰⁶ *Op. cit. supra*, son chapitre II.

Il est permis de croire qu'un élève intelligent de dixième année ne se ferait pas berner par un tel argument. Pourtant, il est efficace. L'un des essais portant sur le lord Denning contient la déclaration sérieuse voulant que les motifs dissidents du lord Denning dans une cause donnée ne soient pas sujets à controverse³⁰⁷. Cette déclaration aurait certainement étonné les deux juges qui ont rendu le jugement majoritaire de la cour d'appel. En fait, l'auteur de cet ouvrage de doctrine voulait dire que d'autres universitaires réputés partageraient la position adoptée par le lord Denning dans ses motifs dissidents. Étonnamment, il s'en prend à la notion d'application obligatoire de la jurisprudence, alors qu'il vient tout juste de créer une nouvelle source faisant autorité, c'est-à-dire l'opinion des universitaires contemporains³⁰⁸.

Certains pourraient soutenir que ce sophisme est une maladie dont seuls les historiens sont atteints et contre laquelle les avocats ou les juges sont immunisés³⁰⁹. Toutefois, il s'agit là de sémantique tout simplement.

À une certaine époque, les faits devaient être étayés par des déclarations sous serment faites au procès. Aujourd'hui, en ces temps postmodernes, certains auteurs y voient du formalisme démodé. S'ils ont affaire à des énoncés de fait acceptés par, disons, la plupart des universitaires et au moins deux journaux de la région de Toronto (exception faite des tabloïds), ces auteurs veulent que les juges les admettent en preuve, en l'absence d'une déclaration sous serment ou malgré une telle déclaration. C'est ce qu'ils appellent la connaissance d'office. La proposition contraire est la suivante.

Nous avons tous entendu l'adage sensé « Pourquoi réparer ce qui n'est pas brisé? ». Or, il existe une proposition connexe de moins bonne réputation, à savoir « Pourquoi intervenir si personne ne se plaint? ». Les deux énoncés n'ont pas le même sens. Ce n'est pas parce que les télédiffuseurs, les journaux ou mêmes les revues spécialisées n'ont pas mené de campagne que tout va bien partout. Il ne faut surtout pas en déduire que les améliorations sont impossibles ou peu économiques. Par exemple, les tribunaux judiciaires ont pour tâche de statuer sur les injustices particulières ou les règles de droit qui sont à leur origine. La discrimination ou toute autre injustice sont aussi répréhensibles lorsqu'elles visent des personnes isolées, oubliées et non organisées. Généralement, il y a des solutions aux causes les plus courantes. Ainsi, l'absence de publicité ou de tollé général est un argument d'ordre politique, qui n'a aucune valeur juridique et n'a pas sa place dans la salle d'audience.

3. Moyen terme³¹⁰

Examinons maintenant un autre type d'abus de pouvoir. Les esprits mesquins diront qu'il s'agit d'une faiblesse typiquement canadienne. Pour ma part, je préfère parler de la loi de Boucles d'Or, la célèbre dégustatrice de gruau.

Pour faire la « démonstration » de toute proposition, mentionnez l'existence de deux propositions inverses mutuellement opposées et beaucoup plus poussées. Devant un auditoire composé de diplômés universitaires, il convient de recourir à l'outil imaginaire préféré du spécialiste en sciences sociales : le continuum. Il suffit de démontrer que le point de vue préconisé est la position intermédiaire, à mi-chemin entre deux positions diamétralement opposées. La raison qui explique l'engouement pour ce moyen importe peu. Comme pour le sirop pour la toux, seule son efficacité importe.

³⁰⁷ J.L. Jowell et J.P.W.B. McAuslan (éd.), *Lord Denning: The Judge and the Law*, Sweet and Maxwell, 1984.

³⁰⁸ Dans l'élection fédérale qui a eu lieu avant les deux dernières, un parti canadien qui faisait la promotion de la lévitation naturelle a été ridiculisé par les médias. Pourtant, cette position est tout aussi vraisemblable que la position d'universitaires dans un domaine qui se soutiennent mutuellement et spontanément.

³⁰⁹ À l'exception peut-être d'une phrase inopportune isolée dans l'ouvrage de McAuslan.

³¹⁰ Les prochains paragraphes sont inspirés de Fischer, *op. cit. supra*, p. 56 à 58, 296-297.

Lorsqu'ils se réunissent, les sophistes doivent (à l'instar de lord Clive) être étonnés de leur propre discours modéré. Ils n'ont pas recours à ce moyen dans tous les cas, même s'ils pourraient le faire. Très peu de propositions ne se trouvent pas à mi-chemin entre deux autres. En temps de guerre en Angleterre, les taux marginaux d'imposition ont atteint quatre-vingt-quinze pour cent, un taux qui se trouvait à mi-chemin entre quatre-vingt-dix pour cent et cent pour cent, ou entre quatre-vingts pour cent et cent dix pour cent. (Ce dernier nombre n'est pas une exagération; en 1938, les taux marginaux d'imposition combinés du fédéral et de l'Alberta sur les revenus élevés ont largement dépassé cent pour cent.) Pourquoi ne pas déménager la capitale du pays à Rankin Inlet (Kangiqliniq) au Nunavut? Cette ville se trouve à mi-chemin entre la frontière des terres septentrionales du Canada, à la pointe nord de l'île d'Ellesmere, et la frontière du Minnesota. Cette ville est aussi située à peu près à mi-chemin entre la frontière de l'Alaska et l'île de Sable.

Certains rejettent de telles manipulations des nombres ou de simples caractéristiques physiques, laissant entendre que personne n'a recours à de tels stratagèmes lorsqu'il est question de l'appréciation morale subtile du droit. Examinons donc des questions de droit. Oserons-nous dire que les peines d'emprisonnement avec sursis constituent une solution intermédiaire, à mi-chemin entre l'emprisonnement et l'absolution inconditionnelle?

Il ne s'agit pas d'une hyperbole dénuée de sens ou d'une simple satire. Dès que le passage est fait des caractéristiques physiques aux jugements de valeur, aux sciences sociales et aux politiques générales, il n'y a plus de limites. Les débatteurs peuvent toujours proposer deux politiques différentes (des escorteurs) qu'ils piloteront parallèlement à la politique préconisée, de part et d'autre. Leur politique se trouve toujours au centre. Il n'est pas nécessaire que les politiques différentes (les escorteurs) soient de pures inventions. Les recherches permettront généralement de repérer quelque part des défenseurs de l'une des deux positions de rechange (d'escorte). En effet, il se trouve souvent dans l'histoire des tyrans ou des dirigeants dogmatiques qui ont réellement mis en œuvre l'une ou l'autre des politiques marginales. Par comparaison au règne de Genghis Khan ou à l'anarchie totale, toute politique ou règle semble prudente et diplomatique.

Cette tactique a entraîné la création d'une importante règle de droit au Canada. Tous les tribunaux canadiens suivent désormais la décision de la Chambre des lords dans *Waugh c. Br. Rys. Bd*³¹¹. Le document qui comporte deux objets, l'un assujéti au secret professionnel et l'autre non, est-il lui-même protégé? Selon l'arrêt *Waugh*, la réponse est non, à moins que l'objet assujéti au privilège ne constitue l'objet « dominant ». Les discours des lords juges reposaient largement sur le principe de Boucles d'Or. Ils ont mis l'accent sur un arrêt australien, selon lequel il n'y a pas de privilège à moins que le litige ou l'avis juridique ne constituent l'objet unique. En revanche, des arrêts anglais, canadiens et néo-zélandais ont reconnu l'application du privilège dans les cas où l'un des objets était assujéti au secret professionnel. La Chambre des lords a opté pour la position « intermédiaire » qu'elle avait créée.

³¹¹ (HL (E)) [1980] A.C. 521.

M. RÉFUTATION DES ARGUMENTS SPÉCIEUX

De l'avis général, quiconque expose l'argument fallacieux ou faible de son adversaire doit préconiser la position à privilégier dans le débat. Pas nécessairement, notamment si les deux parties ont recours à des arguments spécieux. Rien moins rien égale rien. Détruire un argument ne prouve pas le contraire.

L'hypothèse voulant que Bacon soit l'auteur des pièces de théâtre de Shakespeare n'est pas fondée sur la logique ni étayée par des preuves. Or, la question demeure entière, puisqu'il n'a pas été démontré que Shakespeare est effectivement l'auteur. Démontrer la fausseté de l'alibi d'un accusé ne permet pas de prouver que celui-ci est l'auteur du vol de banque. Il s'ensuit uniquement que cet accusé n'a pas passé l'après-midi auprès de son épouse, comme il l'avait soutenu. La fausseté de son alibi ne prouve pas qu'il se trouvait à la banque. Il se trouvait peut-être au cinéma ou auprès de sa maîtresse.

Bien souvent, les avocats ne comprennent pas la véritable nature du problème. Peut-être sommes-nous trop habitués aux élections, à la concurrence commerciale ou aux guerres, des situations où l'échec de l'un signifie la victoire de l'autre et où il n'est pas possible de répondre « aucune de ces réponses ». Cependant, dans le cas de litiges, notamment en matière criminelle ou constitutionnelle, un tel verdict est souvent possible. De plus, dans un débat portant sur la politique générale ou la création du droit, un tel verdict est généralement l'une des options les plus sérieuses.

Ainsi, la critique qui n'offre aucune solution de rechange n'a qu'une valeur limitée. Il est facile de critiquer une institution bien connue, comme les partis politiques du système électoral ou la négociation collective par les syndicats. N'importe quel débatteur de niveau secondaire pourrait démontrer des failles majeures dans chaque cas. Pourtant, de nombreux essais et de longues discussions n'ont pas permis de faire ressortir une meilleure solution.

Par conséquent, les débats d'ordre juridique doivent porter principalement sur la question en litige, le fardeau de la preuve et le résultat voulu en cas d'impasse. Des règles bien établies régissent les poursuites particulières mais, chose étonnante, ce sujet est évité dans les débats portant sur le droit ou la politique.

Le problème s'aggrave lorsqu'un piètre argument est régulièrement avancé par une partie au débat. Ce piètre argument prend quasiment toute la place, de sorte qu'il semble alors nécessaire de le réfuter. (Par exemple, les profanes se demandent souvent comment les avocats peuvent défendre une personne manifestement coupable.) Gresham, financier de l'époque élisabéthaine, a vulgarisé le principe en économie voulant que la mauvaise monnaie chasse la bonne. Proposons le deuxième principe de Gresham, à savoir que les mauvais arguments chassent les bons.

Pour en arriver aux conclusions les plus judicieuses, les juges d'appel doivent se débarrasser de leur robe d'avocat et répondre à la vraie question dont ils sont saisis, et non s'attaquer à la partie déboutée³¹².

³¹² Cf. la description du lord Dunedin donnée par Alexander Gilchrist dans le chapitre 6, partie B, *supra*.

CHAPITRE 17 – ÉVALUATION DU TRAVAIL DES JUGES D’APPEL

« [...] Je me suis constamment heurté à son aversion pour la publicité. Son esprit morose et cynique considérait un applaudissement du public comme quelque chose d’abominable, et rien ne l’amusa davantage à l’issue d’une affaire réussie que d’en créditer un fonctionnaire de la police officielle et d’écouter avec un sourire ironique le chœur des congratulations se trompant d’adresse. »

– L’aventure du pied du diable

A. LA COUR SUPRÊME DU CANADA

1. Rôle procédural des juges d’appel

Les juges d’appel au Canada devraient savoir que la législation canadienne³¹³ leur confère certains pouvoirs et obligations eu égard aux appels interjetés à la Cour suprême du Canada. Les juges d’appel sont l’instance toute désignée pour ordonner un sursis d’exécution du jugement qui fait l’objet d’une demande d’autorisation d’appel à la Cour suprême du Canada³¹⁴. En fait, les formations de juges des cours d’appel peuvent accorder l’autorisation d’interjeter appel à la Cour suprême du Canada³¹⁵. Ce dernier pouvoir est rarement exercé, mais la Cour suprême du Canada a conseillé au législateur à maintes reprises de le laisser intact. La Cour d’appel de la Saskatchewan y a eu recours en 2003.

En outre, la cour d’appel ou l’un de ses juges peuvent proroger certains délais d’appel à la Cour suprême du Canada ou de présentation d’une demande d’autorisation d’appel³¹⁶, ou aider à mettre en état le dossier présenté à la Cour suprême du Canada³¹⁷.

Tous les juges d’appel devraient lire ces dispositions législatives.

Qui plus est, il est entendu que l’existence de motifs dissidents en cour d’appel donne un caractère impérieux à tout pourvoi formé contre le jugement de cette cour devant la Cour suprême du Canada³¹⁸.

³¹³ Art. 37 et 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*.

³¹⁴ Art. 65.1 à 68.

³¹⁵ Art. 37.

³¹⁶ Art. 59 de la *Loi sur la Cour suprême*.

³¹⁷ Art. 62.

³¹⁸ À cet égard, voir le chapitre 10, partie A.1.

2. Nouvelle présentation de l'argumentation à la cour d'appel

La Cour suprême du Canada calcule normalement les délais de dépôt de l'appel ou de la demande d'autorisation d'appel à compter de la date de la première décision de la cour d'appel. Les délais demeurent inchangés si la cour d'appel rend une décision complémentaire, même à la suite d'une nouvelle audition de l'appel. Toutefois, de telles procédures supplémentaires peuvent occasionner de nombreuses difficultés d'ordre pratique pour les parties en cas de pourvoi (ou de demande d'autorisation) en instance devant la Cour suprême du Canada. Bien souvent, les parties n'en font pas mention à la cour d'appel, et il est facile de ne pas le remarquer.

Toute procédure ultérieure devant la cour d'appel pose également problème, parce que la Cour suprême du Canada s'est parfois montrée hésitante à examiner les motifs de décision donnés par un tribunal inférieur après que le jugement a été porté en appel.

3. La rédaction des jugements et la Cour suprême du Canada

Les juges d'appel conseillent parfois aux juges de première instance de simplement faire leur travail, sans trop se soucier du résultat d'un examen de leurs décisions par la cour d'appel. Il conviendrait sans doute de donner le même conseil aux juges d'appel, qui ne devraient pas trop ressasser la possibilité qu'un de leurs jugements soit infirmé par la Cour suprême du Canada, ni s'arrêter au fait que leur salle d'audience serve parfois de simple escale.

Les jugements de la cour d'appel s'adressent à de nombreux auditoires, inévitables et appropriés. Les juges d'appel ne devraient donc pas compliquer les choses en rédigeant à l'intention d'un autre auditoire, la Cour suprême du Canada. Il est inconvenant et inéquitable que les juges (d'une cour, quelle qu'elle soit) tentent de rédiger des jugements à l'épreuve des appels ou rédigent leurs jugements sur le ton de la défensive.

Toutefois, il est permis d'expliquer les circonstances pertinentes qui pourraient ne pas être uniformes dans l'ensemble du Canada et que la plupart des juges de la Cour suprême du Canada pourraient ne pas connaître. Il en est ainsi dans les domaines suivants : affaires, agriculture, pêches, affaires gouvernementales, questions linguistiques, origine ethnique, coutumes sociales et procédure de la cour. Supposons par exemple, dans une cause donnée, que la procédure locale porte un nom semblable à la procédure suivie en Ontario (et vraisemblablement dans d'autres provinces), bien que les deux comportent des différences jugées fondamentales par l'auteur. Il serait alors judicieux d'en faire mention.

4. Réflexion découlant de l'infirmité d'un jugement

De temps à autre, les décisions rendues par les juges d'appel seront infirmées. Il peut s'agir du jugement rendu par un juge seul qui est infirmé par une formation de trois de ses collègues. Plus souvent, il s'agit de l'opinion qui a été rédigée par le juge au nom de la formation de la cour d'appel et qui a ensuite été infirmée par la Cour suprême du Canada. Certains juges n'aiment pas que leurs jugements soient infirmés publiquement. Voici donc quelques conseils sur les réflexions que les juges d'appel devraient se faire pour réagir de manière constructive dans ces circonstances.

Très souvent, la Cour suprême du Canada accorde l'autorisation d'appel parce que de grandes questions sociales, constitutionnelles ou économiques sont en jeu. Peu de juges d'appel soutiendraient posséder des connaissances spécialisées décisives dans tous ces domaines. De plus, il n'y a probablement pas de bonnes ou de mauvaises réponses dans la plupart de ces cas. S'il y en avait, il faudrait sans doute qu'elles soient mises à l'essai pendant plusieurs générations pour en déterminer l'efficacité. Les électeurs dont le parti politique n'a pas remporté les dernières élections générales ne considèrent pas un tel revers comme un affront personnel, et encore moins comme la démonstration de leur erreur. Cette analogie n'est certes pas entière, mais les juges d'appel n'ont aucune raison d'être contrariés par l'infirmité d'un jugement qu'ils ont rendu. Chacun a une perspective différente de la société, de la nature humaine et même de la justice.

Les juges d'appel peuvent parfois estimer que les juges de la Cour suprême du Canada n'ont pas compris ce qu'ils ont écrit. Ils peuvent même avoir l'impression que les juges leur reprochent d'avoir défendu un point de vue ou d'avoir pris une mesure alors qu'il n'en est rien. Le cas échéant, c'est la partie déboutée qui en subit le contrecoup, mais certainement pas les juges d'appel. En effet, ces derniers ne seront pas déshonorés ni ne s'exposeront à des difficultés, sauf dans le cas très rare où ils sont personnellement visés par une critique formulée dans l'un des jugements de la Cour suprême du Canada. De toute façon, cette mésentente peut révéler le manque de clarté du jugement écrit. La leçon est précieuse.

Souvent, la Cour suprême du Canada modifie le droit ou du moins refuse de suivre le précédent qui était jusqu'alors d'application obligatoire. En cas d'infirmité de son jugement pour cette raison, la cour d'appel ne subit aucune humiliation. En effet, les juges d'appel doivent, dans l'intervalle, suivre les arrêts antérieurs de la Cour suprême du Canada et de leur propre cour, et on s'attend à ce qu'ils suivent la majorité établie ou importante de jugements à caractère persuasif. Les juges d'appel qui ont agi ainsi n'ont pas commis d'erreur. Si leur jugement est par la suite infirmé par la Cour suprême du Canada, c'est que cette dernière veut opérer un changement dans l'état du droit. L'adoption d'une nouvelle loi modifiant la loi précédente n'est généralement pas un reproche aux juges qui étaient les auteurs de l'ancienne loi; le droit évolue tout simplement. La création du droit par la Cour suprême du Canada est une situation analogue.

Si la Cour suprême du Canada infirme un jugement sans trop motiver sa décision ou sans s'attarder au motif invoqué par les juges d'appel pour trancher l'affaire, ces derniers peuvent y voir une victoire morale et devraient oublier l'affaire.

Par ailleurs, la Cour suprême du Canada donne assez souvent l'impression d'infirmer le jugement d'une cour d'appel pour un motif qui n'a pas été invoqué en appel. C'est la partie déboutée qui en subit alors le contrecoup, bien que cette situation puisse quand même être équitable (p. ex., la question a été débattue ou invoquée en première instance, mais pas en appel). Toutefois, une telle situation n'a pas d'incidence sur le juge qui a rédigé la décision de la cour d'appel. Il s'agit tout simplement d'une poursuite d'un type différent. Personne ne s'attend à ce que les juges d'appel fouillent dans les manuels et les cahiers d'appel à la recherche de questions nouvelles que les avocats n'ont pas soulevées. En fait, il ne conviendrait pas qu'ils agissent ainsi dans bien des cas. Dans une certaine mesure, les cours sont prisonnières des avocats et de leur argumentation.

Enfin, la Cour suprême du Canada peut mettre en lumière une erreur réelle ou légitime qu'auraient commise les juges d'appel dont elle infirme le jugement. Ces juges devraient alors apprendre de cette expérience. Ils ne sont plus des avocats en pratique et ne sont pas aux prises avec des clients mécontents qui refusent de payer les honoraires. Ils ne subissent aucune perte de nature personnelle, mais ils peuvent en tirer une leçon, et elle est gratuite.

5. Points de vue et continuité

Il n'y a pas lieu de céder au désespoir malgré une série d'infirmités de jugements. Les sciences statistiques révèlent que même les événements attribuables au hasard ont tendance à se produire de manière groupée. Ce n'est pas une bonne idée pour les juges d'appel de faire un suivi régulier, ni de penser comme des avocats qui viennent de gagner ou de perdre une cause. Le juge dont la décision est confirmée n'a rien gagné. D'ailleurs, le juge qui pensait qu'il participait à une course ou à une lutte avec ses collègues de la même cour aurait une perception faussée du travail collégial et même du travail de juge. Les juges ne se font pas concurrence pour des parts du marché.

Il en est de même pour les jugements de la Cour suprême du Canada. Les juges au Canada sont tous collègues : le juge qui a délivré le mandat de perquisition ou une autre ordonnance interlocutoire, le juge de première instance, les trois juges d'appel saisis du premier appel et les cinq, sept ou neuf juges de la Cour suprême du Canada saisis du deuxième appel. Il est absurde de penser qu'une infirmité de jugement par la Cour suprême du Canada constitue une victoire pour ses neuf juges (ou ceux de la majorité) et un revers pour les trois juges d'appel (ou la majorité). Qu'en est-il alors d'une confirmation de jugement par la Cour suprême du Canada? Un match nul?

B. COMMENTAIRES DOCTRINAUX

Qu'est-ce qui explique la grande susceptibilité de certains juges à la critique? Elle peut être attribuable aux « motivations habituelles » qui animent la majorité des gens. Pourtant, les juges jouissent de l'inamovibilité et touchent un salaire fixe, ce qui amoindrit considérablement leur intérêt pour les « motivations habituelles ». Il ne reste alors que la critique³¹⁹.

Il a déjà été affirmé qu'aux États-Unis, ce sont les revues de droit qui constituent la cour d'appel de dernier ressort. C'est une observation astucieuse, qui ne revêt toutefois qu'une petite part de vérité. Quiconque a un stylo à bille et une licence en droit (ou fait des études en droit) peut publier un commentaire de jurisprudence, même l'associé de l'avocat dont le client a été débouté. En fait, la revue de droit n'est même pas nécessaire, puisque la publication en ligne est possible. La plupart des commentaires de jurisprudence (ou des notes critiquant un jugement dans un article quelconque) tombent rapidement dans l'oubli. Très peu sont réellement lus.

Le simple fait que le professeur X ait convaincu le professeur Y de publier dans la *Revue du Barreau canadien* son opinion divergente de celle de trois (ou de neuf) juges d'appel n'ajoute ni n'enlève à peu près rien à la valeur de la critique.

Les commentaires publiés dans les manuels ou les revues de droit revêtent un certain poids dans la mesure où ils **démontrent** la justesse du point de vue défendu. Ils peuvent démontrer la fausseté du raisonnement de la cour d'appel, p. ex., en faisant ressortir les questions, la jurisprudence, la preuve ou le raisonnement logique passés sous silence. Les commentaires revêtent alors une certaine importance. En revanche, s'ils ne font qu'énoncer une conclusion ou comportent des arguments déficients, ils n'en revêtent aucune. S'il y est question des mêmes considérations sociales, politiques, économiques ou générales examinées par la cour d'appel, leur conclusion contraire ne veut rien dire ou à peu près. L'unanimité est impossible sur de telles questions dans un pays comptant trente-trois millions d'habitants. L'auteur de l'article ou des commentaires n'est que l'un de ce nombre. Dans le cas de cinq commentaires publiés, les auteurs ne sont que cinq de ce nombre (ou l'un d'eux et quatre de ses amis).

³¹⁹ Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e éd., 2003, p. 555.

S'il ressort de l'article qu'une erreur a été commise, les juges qui ont signé la décision devraient en tenir compte et en tirer une leçon. Dans le cas contraire, ces écrits ne devraient que les distraire légèrement.

Voir la partie E ci-après qui traite de la recherche de l'approbation d'autrui.

C. COMMENTAIRES DES MÉDIAS

Les juges qui doivent se faire réélire devraient s'inquiéter des reportages les concernant. Toutefois, les juges canadiens ne se trouvent pas dans une telle situation.

Si les médias citent correctement les propos tenus par les juges, puis les font mal paraître en raison des termes qu'ils ont choisis, ces juges peuvent en tirer une leçon. Il y a pléthore de termes et d'opinions qui suscitent la controverse ou causent des souffrances au Canada aujourd'hui, et les juges devraient y être sensibilisés. Les juges ont parfois le devoir de rédiger en ces termes, mais il ne sert à rien d'y avoir recours par inadvertance ou inutilement. Les reportages dans les journaux peuvent aussi rappeler aux juges les risques auxquels ils s'exposent en faisant des commentaires aux avocats pendant les plaidoiries dans un appel.

De plus, les reportages à la télévision ou dans les journaux peuvent rappeler aux juges l'existence d'une autre tranche de l'auditoire et de ses points de vue ou intérêts. Sinon, les juges devraient faire très peu attention aux reportages concernant leurs décisions. Ils ne devraient pas parler pour la galerie, être tentés de le faire, s'efforcer de ne pas le faire ni sembler agir ainsi.

En fait, il est périlleux pour les juges de lire des reportages sur un appel en instance. Il s'agit souvent d'anciens reportages remaniés au sujet des mêmes personnes ou causes. Ces reportages pourraient même révéler des faits que les juges d'appel préféreraient ne pas connaître. Par exemple, dans un appel d'une déclaration de culpabilité, les trois juges ne veulent pas savoir si la personne reconnue coupable avait déjà un casier judiciaire.

Certains reportages ou commentaires dans la presse grand public (ou les médias électroniques) sont inexacts ou inéquitables au point qu'ils font monter la tension artérielle des juges. Par exemple, il est difficile pour un juge de première instance de lire un article de journal dans lequel il est excoyé par l'auteur pour avoir libéré un criminel, alors que le verdict d'acquiescement a été prononcé par les douze jurés également présents dans la salle d'audience avec lui.

D. GROUPES D'INTÉRÊT

Les juges qui siègent régulièrement au tribunal de la faillite ne voudraient pas se voir décerner un prix ni par l'Association des banquiers canadiens, ni par un groupe de défense des intérêts des débiteurs pauvres. Il peut s'agir de deux excellents groupes, mais leurs activités sont (ou semblent être) toutefois consacrées à un côté des différends débiteurs-créditeurs. S'ils reçoivent l'approbation d'un groupe qui intervient régulièrement dans les affaires dont ils sont saisis, les juges peuvent alors donner l'impression qu'il sont partisans de ce groupe ou qu'ils sont prêts à accepter des faveurs d'un tel groupe.

Ce n'est pas très flatteur, ni conforme à l'éthique.

Tout prix décerné aux juges en exercice ne devrait pas revêtir une valeur monétaire considérable. Un livre ou une plaque seraient acceptables. Des objets d'art de grande valeur seraient discutables, à moins d'être offerts par de proches amis, des membres de la famille ou des collègues.

Si le prix n'a aucun rapport avec la teneur des jugements rendus par le juge et n'est pas décerné par un groupe associé à des plaideurs fréquents, il pourrait être inoffensif. À titre d'exemple, mentionnons l'organisme qui ne plaide pas en justice qui décerne au juge un prix pour une réalisation non partisane et non judiciaire, comme son rôle d'entraîneur d'une équipe sportive de jeunes amateurs, ou encore la petite ville qui rend hommage à un résident ayant connu du succès. Constitue un cas limite le prix qui pourrait être décerné par un groupe religieux ou ethnique dont le juge est membre. Si le juge d'origine andorrane reçoit le prix de citoyen canado-andorran de l'année, cette situation pourrait inquiéter toute personne au Canada engagée avec un Canadien d'origine andorrane dans un litige soumis à ce juge.

Il est facile pour les juges d'accepter un prix pour une activité neutre louable et d'oublier que l'organisme qui le décerne (p. ex., l'université ou le barreau local) est souvent partie aux litiges soumis à la cour dont ils sont membres. Le cas échéant, il faudrait au moins que les juges se récuse des affaires qui sont déjà en instance ou qui seront entendues prochainement.

Plus problématiques encore sont les adhésions à des groupes ou les prix décernés par des groupes qui prennent position sur des questions assez souvent soulevées dans le cadre de litiges en matière civile ou criminelle. Par exemple, aucun juge de la Cour fédérale ne pourrait accepter un prix, quel qu'il soit, d'un groupe de défense des immigrants ou des réfugiés, parce que la Cour fédérale du Canada et la Cour d'appel fédérale sont saisies de nombreuses causes portant sur des questions d'immigration et d'asile.

Les apparences et les motifs possibles de récusation revêtent une importance particulière lorsque de nombreux éléments sont réunis : le groupe, la participation du juge, les questions dont le juge est saisi et l'objet du prix. Par exemple, disons qu'il existe au Canada une ligue de piétons, que le juge en question ne conduit pas et que cette ligue veut rendre hommage au juge lors de son banquet annuel pour services rendus à la cause des piétons. S'il accepte le prix, comment le juge peut-il plus tard connaître d'une affaire dans laquelle un camion a heurté un enfant qui traversait la rue?

E. POPULARITÉ EN GÉNÉRAL

Les publications d'avocats effectuent parfois des sondages pour choisir les « meilleurs » et les « pires » juges. En règle générale, ces sondages ont des problèmes d'échantillonnage (le taux de réponse est très faible). De plus, les sondages que j'ai vus me rappelaient les élections à l'école secondaire de premier cycle, c'est-à-dire qu'il s'agissait largement de concours de popularité. L'accent était mis sur le comportement du juge en question. S'il semblait poli et gentil, qu'il souriait beaucoup et qu'il faisait ce à quoi la majorité s'attendait, il obtenait une cote élevée.

De tels « concours » sont sans intérêt. Toutefois, l'attitude des juges qui souhaitent être bien vus importe beaucoup.

Les juges peu appréciés devraient prendre connaissance de ce fait et tenter de découvrir pourquoi ils sont mal perçus. Si la raison est attribuable à un défaut quelconque (comme leur manque de disponibilité dans des situations d'urgence ou leur mauvais caractère), les juges en cause devraient alors tenter de faire des améliorations. Si la raison est plutôt superficielle (comme une grimace habituelle), les juges visés devraient également tenter de rectifier le tir. Sinon, ils ne devraient accorder aucune attention à la question de leur popularité. Si la société voulait des décisions populaires, elle pourrait économiser le salaire des juges; en effet, un applaudimètre dans chaque salle d'audience serait meilleur marché.

Inversement, les juges qui croient être appréciés devraient tenter d'en découvrir les raisons. Certaines de ces raisons pourraient ne pas être les bonnes. Par qui sont-ils appréciés? Les avocats? Les médias? Les intérêts du public entrent souvent en conflit avec ceux des avocats. Par exemple, les juges qui accordent aux avocats tout le temps qu'ils veulent à chaque étape d'un litige (civil ou criminel) ne rendent pas service au public. Il en va de même des juges qui sont prêts à signer toute ordonnance qui ne fait l'objet d'aucune opposition active des avocats, p. ex., pour la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (mise en liberté sous caution).

En terminant, je cite un extrait d'un discours que le juge en chef Lamer a prononcé devant l'Association canadienne des juges de cours provinciales :

Je peux vous dire qu'en tant que juge en chef, je suis inquiet devant un juge très populaire, mais je suis désespéré devant celui qui désire être populaire³²⁰.

³²⁰ Lawyers Weekly (1993) v. 13 no 21, p. 6; cf. Barak (2002) 116 Harv. L. Rev. 19, p. 60.

ANNEXE A – LA CHOSE LA PLUS IMPORTANTE, C'EST DE DÉMARRER : L'ART ET LA MANIÈRE DE RÉDIGER PROMPTEMENT SES JUGEMENTS

**Conseil canadien de la magistrature [2003]
Conseils pour la rédaction des jugements dans les causes mises en délibéré**

A. PRÉPARATION AVANT L'AUDITION DE LA CAUSE

1. (a) Encouragez les avocats à déposer leur argumentation sur les questions de droit avant l'audience (si les règles de la cour ne l'exigent pas déjà) ou à tout le moins des copies des principaux arrêts ou lois.
- (b) Demandez aux avocats de vous fournir plus que de simples renseignements d'importance secondaire et de surligner les passages importants dans les documents qu'ils vous remettent.
- (c) Lisez la documentation que les avocats vous fournissent.
2. Pour ce qui est des formations composées de plusieurs juges, déterminez au préalable qui s'occupera de rédiger le projet de jugement et de superviser la recherche.
3. Dressez une liste des renseignements nébuleux ou manquants, et obtenez les éclaircissements nécessaires pendant l'audience.
4. Relevez les faits qui devront faire partie du jugement, mais qui n'occupent pas une place prépondérante dans la documentation, p. ex., la date de l'accident ou l'âge des enfants.
5. Demandez à un stagiaire en droit ou à un avocat-conseil de la cour de faire des recherches sur certaines questions précises, s'il y a lieu.

B. PRÉPARATION PENDANT L'AUDITION DE LA CAUSE

1. Faites l'expérience de prendre des notes à la main ou à l'ordinateur ou encore de vous fier principalement à la transcription. Utilisez des abréviations.
2. Vous devriez faire la distinction dans vos notes entre les plaidoiries des avocats ou la preuve et vos propres commentaires, en divisant la page en deux ou en utilisant des stylos de couleurs différentes, par exemple.

3. (a) Écrivez des commentaires, surtout pendant les témoignages en direct. Prenez des notes sur la question de la crédibilité. Dans le cas d'une audience de courte durée, insérez-les dans vos notes régulières. Dans le cas d'une audience de plus longue durée, dictez les notes prises pendant la journée.
(b) Dans un fichier à l'ordinateur ou sur un bloc de feuilles, inscrivez vos commentaires, vos réflexions ou les tâches à accomplir pour la rédaction éventuelle du jugement.
4. Dans un procès, prévoyez au préalable les éléments suivants :
 - (a) la forme que devrait prendre le jugement final (motifs donnés de vive voix, motifs brefs, motifs exhaustifs donnés après mise en délibéré);
 - (b) les questions ou la recherche que vous désirez obtenir des avocats ainsi que la forme dans laquelle vous voulez ces renseignements et la disposition que vous privilégiez : demandez aux avocats des parties adversaires d'utiliser une disposition parallèle;
 - (c) les autres outils d'aide à la recherche, tableaux ou transcriptions qu'ils devraient produire.
5. Suivez de près votre propre emploi du temps. Évitez les engagements non nécessaires qui pourraient faire obstacle à la rédaction d'un long jugement complexe. Remettez ou annulez certains de vos engagements déjà pris, s'il y a lieu.
6. Créez des diagrammes ou des plans qui vous aideront à comprendre les faits et commencez à y insérer des renseignements, y compris la chronologie des événements, l'arbre généalogique des entreprises ou un glossaire de termes. Mettez à jour ou réviser ces diagrammes à mesure que la preuve ou les plaidoiries sont présentées.
7. Ne paniquez pas à la vue de l'ampleur de la documentation. Il n'y a jamais des milliers de pages **pertinentes**, ou même de pages importantes.

C. ÉTAPES À SUIVRE À LA TOUTE FIN DE L'AUDIENCE

1. Ne demandez pas d'observations écrites (supplémentaires), à moins que celles-ci ne soient vraiment nécessaires.
2. (a) Le jour **même**, dactylographiez ou dictez vos pensées, vos impressions et vos conclusions provisoires, pendant que vos idées sont claires. Ajoutez les faits non contestés ou les thèses juridiques.
(b) Accomplissez cette tâche **sans** attendre que les avocats vous fassent parvenir d'autres documents.
(c) La disposition de vos notes dictées importe peu. Laissez libre cours à votre monologue intérieur. Il restera privé et **ne** constitue **pas** un projet de jugement.
(d) Dressez la liste des éléments essentiels de l'infraction ou de la cause d'action, comme on le ferait pour un jury.

3. (a) Décidez si un jugement rendu de vive voix conviendra et, le cas échéant, prenez les dispositions nécessaires.
- (b) Le prononcé du jugement rendu de vive voix peut être mis au rôle le lendemain ou deux jours plus tard.
- (c) Prévoyez mettre la cause en délibéré uniquement si vous le jugez nécessaire pour un motif objectif précis, et non parce que vous voulez gagner du temps. Il n'est pas nécessaire de mettre en délibéré une cause difficile à trancher, dans un sens ou dans l'autre. Prenez un peu de recul (promenade à l'extérieur ou nuit de sommeil), et vous serez en mesure de prendre une décision.

D. COMMENCEZ ET CONTINUEZ SUR VOTRE LANCÉE

1. (a) Après les plaidoiries, amorcez la rédaction **sans tarder**.
 - (b) Commencez par des commentaires ou l'introduction du projet de jugement ou encore par l'examen d'une question simple.
 - (c) Question de vous mettre à l'aise, rédigez d'abord les parties distinctes, brèves ou plus simples du jugement. Vous pourrez vous attaquer aux parties plus complexes plus tard, une fois que la glace sera brisée. De plus, régler les questions plus simples aide de quelque manière à trancher les plus difficiles.
 - (d) N'attendez **pas** de recevoir des avocats (ou de votre stagiaire en droit) d'autres documents, comme des observations supplémentaires.
2. Le plus tôt possible, essayez de rédiger un bref énoncé des questions en litige. Définissez les questions avec précision et exactitude. Prenez en note les questions que vous pourriez ne pas avoir à trancher, selon la décision que vous prendrez relativement à d'autres questions par exemple.
3. (a) Travaillez les soirs ou les fins de semaine peu après l'audience, et maintenez ce rythme jusqu'à ce que vous ayez terminé votre premier jet.
 - (b) Essayez de ne pas mettre une deuxième cause en délibéré avant de terminer le premier jet du jugement dans une cause déjà mise en délibéré.
 - (c) Si vous devez rédiger le jugement dans plus d'une cause, procédez par ordre chronologique (méthode du premier entré, premier sorti). Ne privilégiez pas une cause plutôt qu'une autre.
 - (d) Tenez une liste des causes en délibéré, comportant la date des plaidoiries, l'échéancier et toute autre date importante.
4. (a) Il est préférable de faire promptement un premier jet approximatif et de le réviser par la suite. Continuez sur votre lancée. Un projet de jugement de piètre qualité est préférable (sur le plan psychologique) à rien du tout ou à une simple liste de questions que vous vous posez.
 - (b) N'interrompez pas l'écriture pour inclure des précisions dont vous ne vous souvenez pas. Faites une note ou laissez un blanc, puis cherchez les renseignements manquants plus tard. Poursuivez la rédaction du premier jet.

5. Après avoir terminé la rédaction d'une section, rédigez au moins une phrase de la prochaine section avant d'interrompre votre travail.
6. (a) Bloquez une tranche de temps que vous **devez** consacrer à la rédaction du jugement en cours.
(b) Accordez à la rédaction du jugement dans une cause mise en délibéré une priorité plus élevée qu'à toute autre tâche, surtout des tâches plus agréables.
(c) N'attendez pas de disposer de beaucoup de temps libre. En dix minutes, vous avez le temps de réviser quelques pages ou de rédiger au moins un paragraphe.
(d) Sachez reconnaître les « interruptions » qui constituent des prétextes ou qui ne sont pas urgentes pendant votre travail de rédaction.
7. (a) Si vous devenez anxieux ou avez un blocage psychique, tentez d'en cerner la cause. S'agit-il d'un problème d'ordre rédactionnel ou de l'incertitude quant à la conclusion qui s'impose?
(b) Dans ce dernier cas, cernez le problème. S'agit-il d'un conflit entre vos sentiments et vos idées? S'agit-il d'un domaine du droit que vous connaissez moins? Êtes-vous dépassé par la complexité de l'affaire? Craignez-vous la critique? Rédigez-vous à l'intention d'un trop grand nombre de destinataires? Vous sentez-vous mal ou avez-vous des soucis personnels?
(c) Pour venir à bout de votre blocage psychique, consultez quelqu'un ou déléguez certaines tâches.
8. Soyez vigilant; l'insécurité ou la grandiloquence mènent toutes deux à la procrastination ou à la multiplication des étapes non nécessaires.
9. Si vous n'êtes pas certain du résultat qui s'impose à l'issue d'un procès ou de l'audition d'un appel, essayez de rédiger la partie principale du jugement pour voir si vous êtes sur la bonne voie. Pouvez-vous rédiger la partie portant sur une question précise de manière à éliminer l'incertitude?
10. Si vous avez un blocage, rendez-vous à un autre endroit et poursuivez la rédaction dans ce lieu. Vous pouvez aussi alterner entre la rédaction de nouvelles sections et la révision de parties déjà rédigées.
11. Le report de la rédaction **ne** signifie **pas** que vous devez maintenant rédiger un jugement long ou complexe de manière à justifier le délai.
12. Si la tâche est colossale ou que vous avez d'autres tâches régulières à accomplir, demandez à votre juge superviseur ou au juge en chef de vous libérer de certaines tâches ou faites un échange de tâches avec un autre juge.

E. MÉTHODE DE RÉDACTION

1. Commencez par réfléchir au raisonnement de base et à la conclusion.
2. (a) Il est presque toujours préférable de commencer en échafaudant le plan du jugement à rédiger.
 - (b) Après avoir revu les notes prises à la fin de l'audience, dressez, en style télégraphique, un plan du jugement à rédiger.
 - (c) Commencez par noter les principales rubriques, puis revenez en arrière et ajoutez-en des secondaires. Un élément mènera à un autre.
3. Décidez pour qui vous rédigez, c'est-à-dire les parties ou les futurs avocats.
4. (a) N'utilisez jamais la dictée pour rédiger un jugement.
 - (b) En dactylographiant vous-même votre texte, vous rédigerez un jugement verbeux, à moins de ne pas être très rapide. Vous obtiendrez le produit final le plus concis en rédigeant votre texte au stylo ou au crayon. Toutefois, si vous dactylographiez rapidement, vous serez en mesure de suivre le fil de votre pensée et vous produirez un premier jet plus rapidement à l'ordinateur.
5. Si vous constatez qu'une partie de votre projet de jugement s'est transformée en voyage de découverte comportant de nombreuses digressions et impasses, vous seriez sans doute mieux de récrire cette partie, plutôt que de la réviser.
6. Omettez tous les renseignements qui ne sont pas réellement nécessaires. N'insérez pas de citations dans votre texte, à moins que ce soit nécessaire ou que le passage soit exceptionnel.
7. Il n'est pas judicieux d'adopter le même modèle pour tous les jugements. Toutefois, il peut être utile d'avoir recours à un modèle type pour un certain genre de cause (poursuite civile découlant d'un accident de la route ou poursuite sur le taux d'alcoolémie (.08) et la conduite).
8. Déléguez sans tarder les tâches techniques courantes, comme la disposition de l'intitulé, la vérification des noms des avocats et la préparation au préalable des étapes techniques.
9. Utilisez assez de rubriques pour bien orienter les lecteurs et vous garder sur le bon chemin, d'où l'importance du plan établi au départ.

F. RÉVISION DES DIFFÉRENTES VERSIONS

1. La révision est essentielle, surtout si vous avez rédigé le premier jet rapidement sans trop soigner votre travail. Vous devez maintenant faire de votre jugement un texte cohérent, complet, exact et lisible.
2. Pour prendre du recul et entrer dans la peau des lecteurs, essayez d'attendre quelques jours pour relire votre projet de jugement après l'avoir terminé. Attardez-vous tout particulièrement à la courtoisie et à la clarté.
3. N'entrez pas à l'ordinateur vos corrections et ne formatez pas vous-même le document; vous perdrez du temps.
4. Ne visez pas la perfection, surtout si vous rédigez le jugement à l'intention des parties.
5. Il est conseillé d'utiliser le vérificateur d'orthographe (et peut-être le vérificateur de grammaire pour vérifier le niveau de complexité du jugement). Toutefois, ne faites confiance ni à l'un ni à l'autre.
6. Essayez de lire le projet de jugement à haute voix (ou lisez-le à un membre très complaisant de votre famille).
7. Vers la fin du processus, relisez les plaidoiries des parties, et notamment de la partie déboutée, pour voir si vous avez oublié des éléments.

G. RÉTROACTION ET VÉRIFICATION D'UN TIERS

1. Demandez à au moins un autre juge de relire votre projet de jugement et de faire des commentaires.
2. Demandez à un stagiaire en droit ou à un avocat-conseil de la cour de relire votre projet de jugement, de faire des commentaires et de vérifier tous les renvois aux lois ou à la preuve.
3. Faites-le lire par une personne sans formation en droit pour voir si elle le comprendra.

ANNEXE B – EXTRAITS DE TEXTES JURIDIQUES MAL ÉCRITS

Alexander c. McKillop & Benjafield (1912) 45 R.C.S. 551

[TRADUCTION] On a fait valoir en l'espèce que la propriété légale n'est pas en cause, mais la question n'est pas réglée pour autant, puisqu'il y a tout simplement eu changement d'orientation et il reste bon nombre d'éléments, allant de la portée de ces dispositions à l'application d'autres dispositions de la même loi qui, de concert, semblent indiquer que, compte tenu des capitaux propres de l'acheteur qui dépose un caveat, considération qui doit nécessairement être prise en compte eu égard aux intérêts fonciers, il faut une plus forte mainmise que dans les cas où ces intérêts n'existent pas. Il est inutile que j'en dise davantage, puisque cette cause ne l'exige pas.

Hanson c. Bond-Holders' Re-Organization Committee, [1951] R.C.S. 366, p. 381

[TRADUCTION] S'agissant des conditions que la cour « jugera justes et raisonnables compte tenu des intérêts de toutes les parties qui possèdent un droit réel » et « compte tenu de la protection qui doit être assurée aux personnes dont les droits peuvent être touchés par une telle ordonnance », y compris les droits du débiteur hypothécaire, la disposition législative indique clairement, comparativement au libellé de la disposition édictée en 1917 et abrogée par la modification maintenant en vigueur, que le pouvoir soit considéré comme un pouvoir d'origine purement législative ou comme une adjonction à l'acte de transfert, que le détenteur de valeurs de premier rang et la cour peuvent, dans une telle transaction, donner leur aval à la remise d'avantages aux détenteurs de valeurs de rang inférieur; à mon avis, rien ne justifie de ne pas en étendre la portée à la situation où le débiteur hypothécaire est un particulier.

Gagetown Lumber Co. c. La Reine et al., [1957] R.C.S. 44, p. 49

[TRADUCTION] [...] L'élément passé sous silence qui est dissimulé par la réponse constitue les bénéfices sur la valeur du bois sur pied que l'acheteur aurait envisagés, principalement le facteur déterminant du prix du marché, et c'est le défaut de prendre en considération cet élément qui constitue le vice majeur de l'argumentation présentée.

La seule préoccupation de M. Gilbert à cet égard découle de la méprise sous-jacente au sujet de la signification de la formulation du principe d'indemnisation, à savoir que la mesure de l'indemnité est la valeur du bien-fonds pour le propriétaire. S'ils sont bien compris, ces termes sont exacts, mais leur signification ne rejoint pas précisément ce que l'appelant avait à l'esprit. Il y a deux aspects : c'est d'abord la valeur actuelle de toutes les possibilités du terrain pour le propriétaire par opposition à la valeur pour l'acquéreur, car cette dernière est sans intérêt pour le propriétaire; c'est, ensuite, la valeur pour le propriétaire avisé lorsque existent des conditions ou des rapports auxquels échapperaient les acheteurs en général, sur le marché, par exemple les aspects particuliers de la dépossession d'une entreprise établie. Il s'agit de l'ensemble des préjudices subis en raison de la perturbation en plus de ce dont on tiendrait compte pour déterminer le prix du marché. Dans cette affaire, sont confondues la valeur actuelle du bien et la valeur actuelle de son rendement global découlant de sa croissance actuelle; essentiellement, on attribue au terrain une valeur égale à la valeur actuelle que pourrait obtenir le propriétaire du fait de la croissance existante sur une période cyclique de croissance d'environ soixante-quatre ans plus la valeur résiduelle ou le potentiel du terrain [...]

C.P.R. c. Estevan (Ville d') [1957] R.C.S. 365, p. 368

[TRADUCTION] La question de savoir si cette exception vise non seulement le chemin de fer, suivant la Act 37 Vict., ch. 14, mais aussi les lignes d'embranchement, soit en vertu de la clause 14 du contrat, soit en vertu d'une autre source, n'a pas force de chose jugée à l'égard du litige opposant les parties en l'espèce du fait de la décision de notre Cour relativement au renvoi [*Canadian Pacific Railway Company c. Le procureur général de la Saskatchewan*, [1951] R.C.S. 190, [1951] 1 D.L.R. 721, 67 C.R.T.C. 203, [1951] C.T.C. 26] ou du fait du jugement du Comité judiciaire [*Procureur général de la Saskatchewan c. Canadian Pacific Railway Company*, [1953] A.C. 594, [1953] 3 D.L.R. 785, [1953] C.T.C. 281, 10 W.W.R. (N.S.) 220], infirmant l'appel interjeté par le procureur général de la Saskatchewan sur autorisation spéciale relativement à deux des questions soulevées dans le renvoi. En ce qui concerne les municipalités défenderesses, elles n'étaient pas parties à l'affaire faisant l'objet du renvoi ni n'ont été entendues lors de son audition et, en ce qui concerne l'appelant en l'espèce, même s'il a été représenté lors de l'audition de l'affaire par la Cour d'appel [*Re Taxation of Canadian Pacific Railway Company*, [1949] 1 W.W.R. 353, [1949] 2 D.L.R. 240, 63 C.R.T.C. 145] et qu'il a interjeté appel à notre Cour du jugement rendu par la Cour d'appel et a été représenté dans le cadre de la procédure qui s'est déroulée devant le Comité judiciaire, il n'est pas lié, à mon avis, par les opinions exprimées par le Comité judiciaire ou notre Cour. À cet égard, il n'y a pas de différence entre les causes déferées à la Cour d'appel de la Saskatchewan en application de la *Constitutional Questions Act* de cette province (maintenant L.S. 1953, ch. 78) et celles déferées à notre Cour au titre de ce qui est désormais l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême* [...], L.R.C. 1952, ch. 259 [...]

Loi de l'impôt sur le revenu, partie I, section B

88. (1)c) – sous réserve de l'alinéa 87(2)e.3), modifié par l'alinéa e.2), et malgré l'alinéa 87(2)e.1), modifié par l'alinéa e.2), le coût, pour la société mère, de chaque bien de la filiale attribué à la société mère lors de la liquidation est réputé être :

- (i) le coût du bien pour la société mère, compte non tenu du présent alinéa, si le bien est une participation dans une société de personnes,
- (ii) sinon, l'excédent éventuel du montant visé à la division (A) sur le montant visé à la division (B) :
 - (A) le montant qui, sans le paragraphe 69(11), serait réputé en application de l'alinéa a) être le produit de disposition du bien,
 - (B) le montant qui, par l'effet de l'article 80, est appliqué en réduction du coût indiqué du bien pour la filiale lors de la liquidation,

plus le montant déterminé selon l'alinéa d) relativement à ce bien, s'il était une immobilisation, autre qu'un bien non admissible, de la filiale au moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale et si, par la suite sans interruption jusqu'au moment où il a été attribué à la société mère lors de la liquidation, il appartenait à la filiale; pour l'application du présent alinéa, les biens suivants sont des biens non admissibles :

- (iii) les biens amortissables,
- (iv) le bien transféré à la société mère lors de la liquidation, dans le cas où le transfert fait partie d'une attribution, au sens du paragraphe 55(1), effectuée lors d'une réorganisation dans le cadre de laquelle un dividende — auquel le paragraphe 55(2) s'appliquerait n'eût été l'alinéa 55(3)b) — a été reçu,

- (v) le bien acquis par la filiale de la société mère ou d'une personne ou société de personnes qui avait un lien de dépendance avec la société mère autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b), ou tout autre bien acquis par la filiale en remplacement de ce bien, dans le cas où l'acquisition faisait partie d'une série d'opérations ou d'événements dans le cadre de laquelle la société mère a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois,
- (vi) le bien distribué à la société mère lors de la liquidation si, dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la liquidation, les conditions suivantes sont réunies,
 - (A) la société mère a acquis le contrôle de la filiale,
 - (B) un bien distribué à la société mère lors de la liquidation, ou un bien de remplacement acquis par une personne, est acquis, selon le cas :
 - (I) par une personne, sauf une personne exclue au sens du sous-alinéa c.2)(i), qui était un actionnaire déterminé de la filiale au cours de la série et avant le moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale,
 - (II) par deux personnes ou plus, sauf des personnes exclues au sens du sous-alinéa c.2)(i), dans le cas où une personne donnée aurait été un actionnaire déterminé de la filiale à un moment au cours de la série et avant que la société mère acquière pour la dernière fois le contrôle de la filiale si l'ensemble des actions appartenant alors à ces deux personnes ou plus avaient appartenu à la personne donnée à ce moment,
 - (III) par une société (sauf une personne exclue au sens du sous-alinéa c.2)(i) et la filiale) à l'égard de laquelle l'un des faits suivants se vérifie :
 1. la personne visée à la subdivision (I) est un actionnaire déterminé de la société au cours de la série et après le moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale,
 2. une personne donnée serait un actionnaire déterminé de la société à un moment au cours de la série et après que la société mère acquiert le contrôle de la filiale pour la dernière fois si l'ensemble des actions appartenant alors à des personnes visées à la subdivision (II), sauf des personnes exclues au sens du sous-alinéa c.2)(i), et acquises par ces personnes dans le cadre de la série appartenaient à la personne donnée à ce moment;

118.6. (1) – [...] « programme de formation admissible » Programme d'une durée minimale de trois semaines consécutives, aux cours ou aux travaux duquel l'étudiant doit consacrer dix heures par semaine au moins et qui, s'il s'agit d'un programme d'un établissement visé à la définition de « établissement d'enseignement agréé » (sauf un établissement visé au sous-alinéa a)(ii) de cette définition), est de niveau postsecondaire, à l'exclusion du programme au titre des frais duquel l'étudiant reçoit d'une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance une allocation, un avantage, une subvention ou un remboursement, qui n'est :

- a) ni une somme reçue au titre d'une bourse d'études, d'une bourse de perfectionnement (*fellowship*) ou d'une récompense couronnant une œuvre remarquable réalisée dans son domaine d'activité habituel;

- b) ni un avantage reçu en raison d'un prêt consenti à l'étudiant conformément à la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants* ou à la *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3, ou en raison d'une aide financière consentie à l'étudiant conformément à la *Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants*;
- c) ni une somme que l'étudiant reçoit au cours de l'année dans le cadre d'un programme mentionné aux sous-alinéas 56(1)r(ii) ou (iii), d'un programme établi sous le régime de la *Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences* ou d'un programme visé par règlement.

La notion de titre aborigène (*The Concept of Native Title*) (1974) 24 U.T.L.J. 1, p. 5

Structures intersociétales de propriété

[TRADUCTION] L'étude de l'histoire du colonialisme démontrera que les pays colonisés avaient rarement le pouvoir de résister à la nation européenne colonisatrice lorsqu'ils aspiraient à la souveraineté territoriale. De plus, il était plus économique pour la nation colonisatrice d'acquérir la souveraineté par le truchement de négociations et de moyens pacifiques, dans la mesure du possible, en raison des pertes humaines, de la recherche de la stabilité pour les besoins de l'exploitation et de la concurrence entre les nations colonisatrices. L'acceptation de la présence de l'occupant pouvait uniquement être obtenue par la reconnaissance du lien entre le pays colonisé et une partie au moins des terres qu'il occupait ou avait occupées officiellement, de sorte que, malgré l'autorité de l'occupant sur l'ensemble du territoire ayant appartenu dans le passé au groupe colonisé, ce dernier conservait la propriété d'une partie du territoire au regard du groupe dominant. Lorsqu'il était tenu de transférer une partie de son territoire au groupe dominant, le groupe colonisé procédait généralement par voie de traité ou d'acquisition.

Imposition des fiducies non résidentes (*Taxation of Non-Resident Trusts*), (1974) 22 Cdn. Tax Jo. 584, p. 585-586

[TRADUCTION] Dans le calcul du revenu d'une année d'exploitation d'une entreprise au Canada, il est possible pour la fiducie testamentaire non résidente de déduire de ce montant toute somme payable en un an au bénéficiaire résidant au Canada ou qui doit être incluse dans le calcul du revenu d'un bénéficiaire privilégié (qui, par définition, ne peut être qu'un particulier résidant au Canada), mais non d'un bénéficiaire non résident. Toutefois, si la fiducie non résidente exploitée au Canada est une fiducie non testamentaire, aucune déduction n'a été autorisée pour le montant du revenu d'entreprise qui est payable au non-résident ou à la société de placement appartenant à des non-résidents ou à une fiducie résidente au Canada (autre qu'une fiducie testamentaire ou la fiducie qui est, depuis le 26 avril 1965, bénéficiaire, et ce, sans interruption, de la fiducie non testamentaire non résidente, et que cette dernière a été exploitée au Canada sans interruption du 26 avril 1965 jusqu'à la date du paiement). Ces deux exceptions, mentionnées entre parenthèses, seront désormais entièrement retirées à compter de l'année d'imposition 1974 de la fiducie, suivant la résolution 79 du budget de novembre.

Fonds d'assurance pour les conventions de rachat de parts d'associés (*Insurance Funding of Buy-Sell Agreements*) (1974) 22 Cdn. Tax Jo. 484, p. 489-490

[TRADUCTION] Pour ce qui est des droits successoraux au Manitoba et en Saskatchewan, les biens de la personne décédée s'entendent notamment des prestations de retraite, de pension ou de décès payables ou accordées au titre d'un fonds ou d'un régime établi pour le paiement de telles prestations aux bénéficiaires [...] de la personne décédée lors de son décès. À cette fin, toute somme payable lors du décès aux termes d'un contrat d'assurance qui, lors du décès, était détenu par un employeur, un ancien employeur ou une société associée à l'employeur ou à l'ancien employeur de la personne décédée, est réputée constituer une prestation de décès, exception faite de la partie de la somme qui est payable à l'employeur ou à un employeur subséquent de la personne décédée ou à une personne qui n'est pas apparentée à la personne décédée par le sang, le mariage ou l'adoption. Par conséquent, en cas d'ententes d'assurance vie en coparticipation conclues entre associés d'une entreprise, les droits successoraux pourraient s'appliquer aux termes des lois du Manitoba et de la Saskatchewan. En cas de participation majoritaire de la personne décédée, toute somme payable aux termes d'une police d'assurance vie pour laquelle l'entreprise est le seul propriétaire ou est cobénéficiaire doit être incluse dans la succession de la personne décédée, si la somme payable à l'entreprise est supérieure au revenu global d'entreprise autre que le revenu tiré de transactions immobilières pour la période quinquennale précédente moins les pertes. Dans la plupart des cas, comme la proportion de la somme à verser à l'entreprise sera relativement faible au regard de la somme totale payable lors du décès, il est peu probable que cette somme payable à l'entreprise soit supérieure au revenu que l'entreprise a touché pendant la période quinquennale précédente.

