

McGILL LAW JOURNAL

VOLUME 8

MONTREAL, 1962

NUMBER 4

CERTAINS ASPECTS DE LA DISCRÉTION JUDICIAIRE

L'Hon. Lucien Tremblay*

Les tribunaux ont dû à quelques reprises poser la distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

Le plus clair énoncé de cette distinction que je connaisse est celui brossé par monsieur le juge Pratte de la Cour d'appel dans la cause *Giroux v. Mabeux* (1947 B.R. 163 à la page 168):

Chacun sait que le propre du pouvoir judiciaire est de rendre justice, c'est-à-dire de donner à chacun ce qui lui appartient. La décision judiciaire, quel que soit le tribunal qui la rende, ne crée pas de droits; elle ne fait que déclarer ceux dont le tribunal constate l'existence. Cette décision résulte uniquement de l'examen des faits à la lumière de la loi. Celle-ci crée les droits, et le tribunal les constate. Cette constatation se fait par l'application aux faits d'une norme objective, indépendante du tribunal lui-même, et à laquelle celui-ci ne peut rien changer: la loi. Le pouvoir de décider autrement n'est point le pouvoir judiciaire.

Parlant ensuite des pouvoirs de la Régie provinciale des transports et communications, monsieur le juge Pratte continue (p. 169):

Il n'est dit nulle part que celui qui aura rempli telle ou telle condition aura le droit d'obtenir l'autorisation d'exploiter une entreprise publique. Ainsi donc, on ne peut que solliciter l'autorisation, et la Régie l'accordera ou la refusera suivant ce qu'elle croira opportun en vue de l'intérêt public; elle disposera de la demande non pas d'après une norme préexistante, objective et indépendante, puisque la Loi n'en fixe pas, mais d'après une norme qu'elle établira elle-même et qui correspondra à la conception qu'elle se fera de ce que l'intérêt public exige. Sa décision ne constatera pas de droits existants; elle créera des droits pour l'avenir. Il paraît donc que, lorsque la Régie accorde l'autorisation d'exploiter un service public; qu'elle fixe les conditions de cette exploitation; ou qu'elle révoque ou modifie une autorisation qu'elle a déjà accordée, elle n'exerce pas un pouvoir judiciaire. On est convenu de dire que le pouvoir ainsi exercé est un pouvoir administratif; en réalité c'est un véritable pouvoir législatif . . .

Cet énoncé de la distinction entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif a été accepté par monsieur le juge Fauteux de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board* (1953, 2 S.C.R. 140 à la page 165).

En général, le rôle du juge consiste donc à déterminer les faits et à leur appliquer la règle qu'impose la loi. Le juge constate ainsi les droits et les obligations des parties.

*Juge en chef de la province de Québec.

Par exception, la loi confère parfois au juge un pouvoir sans déterminer avec précision les cas où il pourra l'exercer, les limites dans lesquelles il sera circonscrit. Ce pouvoir peut être exercé à la discrétion du juge. Si l'on s'en tenait exclusivement au texte de la loi, on pourrait croire que ce pouvoir est absolu, que ce pouvoir peut être exercé d'une façon arbitraire.

Mais, peut-être par déformation professionnelle, les cours de justice ont refusé d'interpréter ce pouvoir comme absolu, comme arbitraire. Elles ont elles-mêmes posé des limites à l'exercice de ce pouvoir en décidant qu'il ne peut être exercé que judiciairement, c'est-à-dire de la façon dont s'exercent les pouvoirs ordinaires d'une cour de justice. La jurisprudence exige donc que le juge n'exerce ce pouvoir que dans les cas qui le justifient et dans les limites requises pour atteindre un but légitime. Les cours d'appel se sont toujours réservé le pouvoir de scruter les motifs du premier juge et d'intervenir si ces motifs ne leur paraissent pas valables.

Je propose donc comme définition de la discrétion judiciaire: la faculté d'une cour de justice d'exercer un pouvoir en apparence absolu pour des motifs valables.

J'étudierai quelques aspects de cette discrétion judiciaire. Je n'ai pas la prétention de fournir un travail savant, bourré de citations. Je communique seulement les réflexions que m'ont suggérées vingt-cinq ans de pratique des tribunaux sur certains cas où la loi, écrite ou non écrite, confère au juge un pouvoir discrétionnaire.

Le premier cas est un sujet brûlant et comporte des embûches. Je voudrais me demander si le juge peut intervenir au cours de l'enquête et de l'audition et, dans l'affirmative, quelles limites il faut assigner à ses interventions.

Quelques considérations préalables aideront à la solution du problème.

Il faut rappeler d'abord qu'une cause n'est pas un concours entre deux avocats où le plus habile doit réussir. Une cause, c'est une controverse entre l'État et un citoyen ou entre deux citoyens, une controverse concernant la vie, la liberté ou les biens des citoyens. Le jugement ne décidera donc pas quel avocat mérite de gagner la joute, mais à quelle partie la loi donne raison.

Ensuite, il ne faut pas oublier que les citoyens ont un besoin absolu d'avoir confiance dans l'administration de la justice: La loi leur défend de se faire justice à eux-mêmes. Si l'on veut qu'ils observent ce précepte, ils doivent avoir la certitude d'obtenir justice s'ils s'adressent aux tribunaux. Il ne suffit donc pas que le peuple reçoive une bonne justice, il faut encore qu'il soit persuadé qu'il reçoit une bonne justice.

En gardant en mémoire ces deux considérations d'ordre général, tentons de répondre à la question posée.

Le juge n'étant pas un arbitre entre les avocats mais un arbitre entre les justiciables, je crois qu'il peut et doit intervenir quand son intervention est nécessaire pour assumer une meilleure justice.

Par exemple, au cours de l'enquête, si l'un des avocats oublie une preuve essentielle, je crois que c'est le devoir du juge de signaler cette omission. De même, s'il remarque qu'une déféctuosité de la procédure peut empêcher la considération du mérite de la cause, je crois que c'est le devoir du juge de signaler cette déféctuosité. Son devoir ne va pas plus loin cependant. Si l'avocat ne prend pas les moyens de couvrir l'omission ou de remédier à la déféctuosité, son client et lui-même en subiront les conséquences.

Pendant l'interrogatoire d'un témoin, je crois que le juge est justifié d'intervenir pour éclaircir un point resté obscur. Mais, sauf dans des cas exceptionnels comme, par exemple, celui où l'une des parties n'est pas représentée par avocat, il doit éviter soigneusement d'assumer le rôle de l'avocat. Ses questions doivent être telles qu'elles paraissent destinées non pas à démontrer qu'une des parties a raison mais à découvrir laquelle des parties a raison. J'estime que le juge doit, dans tous les cas, éviter les questions suggestives ou les questions pressantes, c'est-à-dire, toute question qui indique quelle réponse le juge désire obtenir. Extraire péniblement une réponse du témoin, c'est un bon moyen de justifier un jugement que l'on désire rendre, mais ce n'est pas un bon moyen d'obtenir la vérité. Quelques témoins jouissant d'une forte personnalité résisteront aux pressions du juge et ce seront souvent ceux qui se sont présentés devant la cour avec la résolution bien arrêtée d'éviter de dire la vérité. Mais, la plupart des témoins, intimidés par l'appareil judiciaire, craignant de se compromettre, n'oseront pas résister et se tairont ou conviendront de faits qu'ils savent inexacts.

Au cours de l'audition, le juge peut, s'il le juge à propos, discuter courtoisement avec les avocats. Ceux-ci sont ses auxiliaires dans l'administration de la justice. Ils sont là pour l'aider à rendre un meilleur jugement. Le juge doit donc donner à chaque avocat la latitude la plus entière dans l'exposé des arguments favorables aux propositions qu'il soutient, pourvu que l'avocat ne se répète pas. Le juge doit éviter de décider contrairement aux prétentions d'un avocat avant de l'avoir entendu. Ceci paraît élémentaire mais cela se produit parfois. Le juge a parfaitement le droit de dire à l'avocat que celui-ci ne l'a pas encore convaincu mais il n'a pas le droit de lui dire: "Vous ne me convaincrez jamais."

Le juge doit aussi éviter les plaisanteries. Le citoyen dont la vie, la liberté ou les biens sont en jeu n'a pas le goût de rire. L'avocat, accablé par la responsabilité qui pèse sur ses épaules, attentif aux péripéties du procès, n'a pas le goût de rire. Tous deux, cependant, se sentent tenus de rire devant une plaisanterie du juge, mais ils ne le font pas de bon cœur et ils gardent sur les lèvres un goût désagréable.

Je terminerai ce point en disant que le juge ne doit pas manifester son opinion sur les faits de la cause avant la fin de l'enquête, c'est-à-dire, avant d'avoir entendu toute la preuve et qu'il ne doit pas manifester une opinion définitive sur le droit avant d'avoir entendu tous les arguments à l'encontre de cette

opinion. L'administration de la justice doit être sereine et l'attitude du juge doit refléter cette sérénité. Il est parfois difficile pour un juge qui a exercé la profession d'avocat pendant de nombreuses années de maintenir une telle attitude, mais c'est une des servitudes auxquelles il s'est astreint en passant du barreau à la magistrature.

Je ne suis pas le seul à penser ainsi. Dans *Rex v. Darlyn* (88 C.C.C. 269) le juge O'Halloran de la Cour d'appel de la Colombie britannique écrivait (p. 271):

Perusal of the transcript of what occurred during the examination of the witnesses at the trial, read with the learned Judge's summing-up to the jury, conveys the unavoidable implication that the distinguished and able Judge who presided at this trial unfortunately allowed his unconcealed belief in the certainty of the guilt of the accused appellant to influence him so strongly, that he unwittingly assumed part of the functions of prosecuting counsel, and to a degree also allowed the rules of evidence to be circumvented if not directly broken to the prejudice of the appellant.

Et plus loin (p. 271):

There are two traditional common law rules which have become so firmly imbedded in our judicial system that a conviction is very difficult to sustain on appeal if they are not observed. The first is, that if the accused is without counsel, the Court shall extend its helping hand to guide him throughout the trial in such a way that his defence, or any defence the proceedings may disclose, is brought out to the jury with its full force and effect. The second is, that it is not enough that the verdict in itself appears to be correct, if the course of the trial has been unfair to the accused. An accused is deemed to be innocent, it is in point to emphasize, not until he is found guilty, but until he is found guilty according to law.

Ensuite, il continue (p. 274):

R. v. Sussex Justices, Ex p. McCarthy (1923), 93 L.J.K.B. 129 (Lord Hewart C.J., Lush— and Sankey J.J.) and *R. v. Essex Justices, Ex p. Perkins* (1927), 96 L.J.K.B. 530 (Avory, Swift and Talbot J.J.) are two decisions in which it appears that although no injustice actually occurred, as has happened here, nevertheless the conviction in one case and a maintenance order in the other case were quashed on certiorari because as Lord Hewart C. J. put it in the *McCarthy* case at p. 131, it "depends not on what actually was done, but on what might appear to be done. The rule is that nothing is to be done which so much as creates even a suspicion that there has been an improper interference with the course of justice.

Lord Chief Justice Hewart said also at p. 131, that "It is not merely of some importance, but of fundamental importance, that justice should not only be done, but be manifestly and undoubtedly seen to be done". (My note—the words "be . . . seen" ought to be read "seem": per Avory J. in the *Perkins* case, p. 532).

Swift J. at p. 533, in the *Perkins* case in quoting Lord Hewart's cited observations in the *McCarthy* case, said: "It is essential that justice should be so administered as to satisfy reasonable persons concerned that the tribunal is impartial."

Dans la même cause, le juge Bird écrivait (p. 277):

The nature and extent of a Judge's participation in the examination of a witness is no doubt a matter within his discretion, a discretion which must be exercised judicially. I conceive it to be the function of the Judge to keep the scales of justice in even balance between the Crown and the accused. There can be no doubt in my opinion that a Judge has not only the right, but also the duty to put questions to a witness in order to clarify an obscure answer or to resolve possible misunderstanding of any question by a witness, even to remedy an omission of counsel, by putting questions which the Judge thinks ought to have been asked, in order to bring out or explain relevant matters: *Yuill v. Yuill*, (1945) 1 All E.R. 183. But neither that right or duty in my opinion extends to justify judicial participation in the examination of a witness of a nature which a jury could reasonably interpret as indicating a pre-disposition on the part of the Judge toward one side or the other.

Un autre domaine où le juge exerce sa discrétion judiciaire est celui de la sentence en droit criminel.

Le code criminel prescrit d'abord qu'une personne qui est déclarée coupable d'une infraction n'encourt à cet égard aucune autre peine que celle que prescrit la loi (art. 5 (1) (b) c.cr.). Le juge n'a donc pas le pouvoir d'inventer des peines.

Le code criminel impose quatre sortes de peines: la mort, le fouet, l'emprisonnement et l'amende. Il faut ajouter pour mention seulement que certaines lois prévoient la confiscation de biens qui ont servi à la commission d'une infraction.

Dans des cas très rares, l'imposition d'une peine déterminée est obligatoire comme, par exemple, la mort dans le cas de meurtre qualifié commis par une personne âgée de dix-huit ans ou plus. Le juge n'a alors aucune discrétion.

Parfois, la loi fixe un maximum et un minimum. Dans ce cas, la discrétion du juge s'exerce entre le minimum et le maximum. Dans la plupart des cas, la loi fixe un maximum seulement et alors le juge a pleine discrétion. Il peut imposer la peine qu'il croit devoir imposer jusqu'au maximum et même, dans certains cas, suspendre la sentence ou accorder la libération conditionnelle.

Quels principes doivent guider le juge dans l'exercice de cette discrétion? La loi ne donne aucune directive précise, mais l'article 638 du code criminel, qui traite de la suspension de la sentence, fournit certaines indications quand il réfère à l'âge de l'accusé, à sa réputation, à ses antécédents, à la nature de l'infraction et aux circonstances atténuantes dans lesquelles l'infraction a été commise. La jurisprudence fournit aussi des normes qui peuvent se résumer ainsi: gravité du crime, degré de préméditation, circonstances atténuantes ou aggravantes, possibilité de réhabilitation du coupable.

Je crois que l'on peut dire que le juge, quand il impose une peine, doit avoir pour but la défense de la société. S'il s'agit d'un criminel endurci dont les possibilités de réhabilitation sont nulles, le meilleur moyen de défendre la société, c'est de l'emprisonner pour l'empêcher de nuire à ses concitoyens. S'il s'agit, au contraire, d'un coupable occasionnel qui a agi, non pas dans un moment d'aliénation mentale, car alors il ne serait pas un coupable au regard de la loi et il aurait été acquitté, mais sous l'impulsion du moment ou par suite de l'influence de mauvais compagnons, et dont la réhabilitation est possible, le meilleur moyen de défendre la société est de lui donner la chance de devenir un citoyen utile à ses concitoyens en lui imposant une peine légère ou même, dans les cas qui le permettent, en suspendant la sentence ou en le libérant conditionnellement. Le juge doit cependant prendre garde que la légèreté de la peine ne soit pas pour d'autres une invitation à commettre la même infraction.

L'admission à caution d'un prévenu est une autre matière que le code criminel laisse à la discrétion du juge. En effet, si vous lisez les articles relatifs à l'admission à caution, tant en première instance qu'en appel, vous verrez que le législateur confère le pouvoir sans aucune indication des cas où il pourra être exercé.

En première instance, l'article 451 stipule que "un juge de paix . . . peut . . . ordonner qu'un prévenu . . . soit admis à cautionnement . . .", l'article 463

stipule que "le juge ou magistrat . . . peut ordonner que le prévenu soit admis à caution . . .", l'article 465 stipule que "un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle . . . peut, sur demande, a) avant qu'un prévenu soit renvoyé pour subir son procès, (i) l'admettre à caution . . ."

En appel, l'article 587 se lit ainsi :

587. Le juge en chef ou le juge en chef suppléant de la cour d'appel, ou un juge de cette cour que doit désigner le juge en chef ou le juge en chef suppléant, peut admettre un appelant à caution en attendant la décision de son appel.

Donc, encore ici, pouvoir donné sans restriction. Les cours de justice ont elles-mêmes, par leur jurisprudence, fixé les limites dans lesquelles le pouvoir doit être circonscrit.

Le cautionnement remplace la détention préventive. Il doit donc tendre au même but. Or, la détention préventive n'est pas une punition. Son seul but est d'assurer la présence de l'accusé lorsqu'elle sera requise. Le but du cautionnement est donc le même: assurer la présence de l'accusé lorsqu'elle sera requise. Le juge qui entend une demande de cautionnement doit se poser deux questions. D'abord, l'accusé se présentera-t-il si je lui accorde un cautionnement? Ensuite, quel cautionnement dois-je exiger pour qu'il se présente? Pour répondre à ces deux questions, le juge doit peser les considérations principales suivantes:

- a) la présomption d'innocence de l'accusé en première instance et aussi en appel s'il s'agit d'un appel par le procureur général ou l'absence d'une telle présomption en appel quand l'accusé a été déclaré coupable en première instance;
- b) la nature de l'infraction;
- c) la conduite antérieure de l'accusé, sa famille, sa position sociale, son emploi;
- d) en appel, les motifs d'appel.

La décision d'une demande de cautionnement est sûrement très difficile. A l'aide de certains faits passés, le juge doit prévoir la conduite future d'une personne. C'est un domaine qui relève de la psychologie beaucoup plus que du droit. D'un autre côté, sa décision peut avoir des conséquences graves. S'il refuse un cautionnement à une personne qui est en dernier ressort déclarée non coupable, cette personne a subi une détention qui se justifie difficilement en justice objective. D'un autre côté, s'il accorde un cautionnement à une personne qui use de sa liberté pour échapper à la justice ou pour commettre d'autres crimes, il a causé à la société un tort difficilement réparable. C'est là une responsabilité très lourde.

Pour passer maintenant au domaine du droit civil et du droit public, je signalerai certaines procédures qui peuvent être éminemment bienfaisantes mais qui peuvent aussi causer des dommages pratiquement irréparables si les tribunaux permettent qu'on y ait recours à mauvais escient. J'ai en vue l'injonction et la prohibition.

L'article 957 c.p. édicte que "un juge de la Cour supérieure peut accorder une ordonnance d'injonction interlocutoire, dans chacun des cas suivants". Si l'un de ces cas se réalise, il a le pouvoir mais il n'est pas obligé de l'exercer. Donc, discrétion. Aux articles qui suivent, l'on voit que le juge peut accorder une injonction intérimaire sans avis, par conséquent sans avoir entendu la partie adverse. Dans les cas de nécessité urgente, il peut même accorder une injonction interlocutoire sans avis.

En matière de prohibition, l'article 1003 c.p. édicte que le bref de prohibition "est . . . obtenu . . . comme le mandamus . . ." Or, l'article 993 c.p. relatif au mandamus se lit ainsi:

993. Le bref d'assignation ne peut être émis sans l'autorisation du juge de la Cour supérieure, accordée sur présentation d'une requête libellée, appuyée d'un affidavit affirmant la vérité des faits allégués dans la requête.

La loi ne détermine pas avec précision les cas où le juge doit permettre l'émission et ceux où il doit la refuser. Donc, discrétion.

Le poids de la jurisprudence est à l'effet que le juge doit émettre l'injonction et permettre l'émission du bref de prohibition lorsqu'il n'est pas clair que le requérant a tort.

Or, cette suspension entraîne parfois des injustices graves.

J'en trouve un exemple dans l'affaire *Gagné v. La Brique Citadelle Limitée* (1954 C.S. 262 et 1955 B.R. 384). En mars 1952, la compagnie conclut avec ses employés une convention collective qui "se terminera le 16e jour de mars 1953, pour se continuer par la suite d'année en année, à moins que l'une ou l'autre des parties contractantes ne donne avis par écrit à l'autre partie . . . au moins soixante jours avant l'expiration de la présente . . ." L'union dénonce la convention le 31 janvier 1953 et le ministre du travail nomme un conseil d'arbitrage. L'employeur, prétendant que l'avis n'avait pas été donné dans le délai fixé et que partant la convention collective s'était renouvelée automatiquement, obtient l'émission d'un bref de prohibition contre le conseil d'arbitrage qui suspend ses procédures. Il s'agit donc de savoir si la convention collective s'est renouvelée automatiquement pour la période courant du 17 mars 1953 au 16 mars 1954. Le 17 avril 1954, la Cour supérieure répond dans l'affirmative et maintient le bref de prohibition. Le 18 février 1955, la Cour d'appel répond dans la négative et casse le bref de prohibition. Au début de mai 1955, la Cour suprême du Canada refuse la permission d'appeler. C'est à ce moment, au début de mai 1955, que l'on a su définitivement que la convention collective ne s'était pas renouvelée automatiquement pour la période courant du 17 mars 1953 au 16 mars 1954 et que, par conséquent, le conseil d'arbitrage aurait dû siéger et faire rapport. Inutile de dire qu'il n'a jamais siégé. L'employeur avait perdu sa cause en droit mais il l'avait gagnée en fait.

Un autre exemple se trouve dans l'affaire *Transport Boischatel v. Commission de relations ouvrières* (1957 B.R. 589). Le 25 juillet 1955, un syndicat dépose au bureau de la Commission de relations ouvrières une requête en reconnaissance

syndicale. La Commission accorde cette requête le 26 janvier 1956. Un juge de la Cour supérieure permet l'émission d'un bref de prohibition. L'intimée produit une inscription en droit totale. La Cour supérieure maintient cette inscription et casse le bref de prohibition le 29 juin 1956 et la Cour d'appel confirme ce jugement le 1er août 1957. Deux ans de délai entre le dépôt de la requête en reconnaissance syndicale et la décision en disposant définitivement.

En matière d'injonction, j'ai eu connaissance récemment d'une injonction intérimaire maintenue en vigueur pendant près de cinq mois en attendant que la cour puisse entendre les parties sur une demande d'injonction interlocutoire. Pour la partie qui demeure sous le coup d'une injonction pendant cinq mois sans réussir à présenter sa cause au tribunal, le temps doit sembler singulièrement long.

Je ne blâme personne. Les juges sont en face de problèmes presque insolubles: problèmes de locaux, problèmes de temps disponible, problèmes d'accroissement du nombre des affaires. Il faut tout de même s'arrêter, considérer le problème et tenter d'améliorer la situation dans la mesure du possible.

L'homme de la rue—et il ne faut pas oublier que c'est pour le servir que nous existons—s'étonnera sans doute de voir un juge permettre l'émission d'un bref de prohibition et le même juge ou un autre juge de la même cour déclarer un peu plus tard, sur une inscription en droit totale, qu'il est clair à la lecture même de la requête que le requérant n'a pas droit au bref de prohibition. Dans le cas de l'injonction, le délai paraît surtout dû à la difficulté de trouver les jours requis pour procéder à l'enquête.

Il me semble qu'il y aurait amélioration si l'on modifiait la loi pour obliger le juge à décider la question de droit à la première occasion, c'est-à-dire, lors de la demande d'émission de l'injonction ou du bref de prohibition. Le juge devrait se poser la question suivante: en prenant pour acquit que les faits allégués sont vrais, le requérant a-t-il droit au remède demandé? Si la réponse est négative, l'émission est refusée. Si la réponse est affirmative, une injonction intérimaire peut être accordée ou le bref de prohibition est émis et l'on procède à l'enquête le plus tôt possible. La loi pourrait permettre au juge d'émettre un ordre de surseoir dans des cas exceptionnels en attendant la décision sur le droit. L'on pourrait permettre un appel expéditif sur cette question de droit en s'inspirant de la Loi de l'habeas corpus (S.R.Q., 1941, c. 340). Le délai d'appel pourrait être considérablement abrégé. L'appel pourrait être entendu sans dossier conjoint, sur simple production de copies de la requête et sans factum. Il serait inscrit pour audition à Montréal ou à Québec, à la première session suivant la date du dépôt du cautionnement.

Il se peut que cette solution ne soit pas la meilleure. Mes lecteurs en jugeront. Il me semble cependant qu'elle aiderait à une meilleure administration de la justice.