

## Le juge, créateur du droit : un commentaire

Gérald-A. Beaudoin, o.c., c.r., s.r.c.

Volume 19, numéro 1, mars 1988

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059197ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059197ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Beaudoin, G.-A. (1988). Le juge, créateur du droit : un commentaire. *Revue générale de droit*, 19(1), 245–253. <https://doi.org/10.7202/1059197ar>

# NOTES, INFORMATIONS ET DOCUMENTS

---

## Le juge, créateur du droit : un commentaire \*

GÉRALD-A. BEAUDOIN, O.C., C.R., S.R.C.  
Professeur de droit constitutionnel  
Directeur du Centre des droits de la personne  
Université d'Ottawa

---

### SOMMAIRE

Introduction .....	245
I. Le droit privé .....	246
II. Le droit public .....	247
1. Droit administratif .....	247
2. Droit constitutionnel.....	248
Conclusion .....	252

---

### INTRODUCTION

Depuis Locke et Montesquieu, on a pris l'habitude d'affirmer qu'il existe trois grands pouvoirs au sein de notre État moderne : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

Les Américains, qui célèbrent cette année le bicentenaire de leur fédération, ont été les premiers à écrire une constitution qui reflète l'équilibre, l'action et l'interaction de ces trois pouvoirs. Ils ont raison d'en être fiers.

Thomas Jefferson <sup>1</sup> avait prédit que, pour une bonne période, le pouvoir législatif serait au premier rang, et céderait la primauté un jour au

---

\* Texte d'une conférence donnée aux juges des Cours provinciales du Québec, le 30 octobre 1987, à Laval, Québec.

1. Lettre de Jefferson à Madison, 15 mars 1789, citée dans A. SCHLESINGER, *La présidence impériale*, Paris, P.U.F. p. 393; voir aussi G.-A. BEAUDOIN, *Essais sur la Constitution*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, p. 102.

pouvoir exécutif. L'histoire lui a donné raison. Alexander Hamilton<sup>2</sup>, de son côté, écrivait dans le *Federalist* que le pouvoir judiciaire était le plus faible des trois. C'était bien le cas à son époque. Cependant comme on le sait tous, dès 1803 dans l'affaire *Marbury c. Madison*<sup>3</sup>, la Cour suprême des États-Unis, par la voix de son célèbre juge en chef John Marshall, se reconnaissait un droit de contrôle de la constitutionnalité des lois. La Cour opéra une véritable révolution dans le monde juridique et judiciaire aux États-Unis et influença plusieurs autres systèmes dont le nôtre. La Cour avait certes bien raison de considérer la Constitution comme la loi des lois, la loi suprême du pays, l'épine dorsale où doivent venir se greffer toutes les autres lois. Les constituants américains de 1787 n'avaient pas prévu que la Cour suprême se reconnaîtrait un contrôle rigoureux de la constitutionnalité des lois. Le président Jefferson en fut d'ailleurs fort surpris.

Dans les lignes qui suivent, nous allons considérer le rôle du juge en droit public, particulièrement en droit constitutionnel, et en droit privé. Commençons par ce dernier point.

## I. LE DROIT PRIVÉ

Le législateur adopte les lois, l'exécutif les met en application, le pouvoir judiciaire les interprète. C'est du moins ainsi que l'on raisonnait au temps de Montesquieu et au XIX<sup>e</sup> siècle.

Notre monde est devenu beaucoup plus complexe. Le législateur continue d'adopter les lois. Cependant l'exécutif, de nos jours, jouit d'un pouvoir réglementaire; ce pouvoir était fort mince en 1867; aujourd'hui il est devenu énorme, voire tentaculaire.

Le pouvoir judiciaire a pris une grande ampleur. Il fait plus qu'interpréter les lois et les codes de lois. Il fait la loi dans une certaine mesure. Plus personne ne songe à le nier.

Tous les civilistes savent que le juge ne peut refuser de juger en cas de silence de la loi. La loi l'oblige à le faire tel que le stipule l'article 11 du *Code civil*. Le juge fait la jurisprudence. Dès 1928, l'un de nos plus grands civilistes, le juge Pierre-Basile Mignault<sup>4</sup>, soulignait le rôle du juge comme créateur du droit en matière délictuelle et quasi délictuelle! Comment peut-il en être autrement en présence d'un texte comme celui de l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada* qui fait une énonciation de principe bien générale et que le juge se doit d'appliquer à chaque cas qui

2. *The Federalist Papers*, Hamilton, Madison, Jay, N° 78.

3. *Marbury c. Madison*, (1803) 1 Cranch (5 U.S.) 137.

4. Pierre-Basile MIGNAULT, « L'indépendance des juges », (1928) 5 *R. du D.* 475, p. 501.

lui est soumis? Le professeur Patrick Glenn a raison d'écrire : « [...] le juge qui tranche dans le silence du droit, fait le droit <sup>5</sup> ».

En common law, (et ceci est important, car comme le signalait le juge L.P. Pigeon <sup>6</sup> la common law s'applique dans certains secteurs au Québec), le rôle du juge comme créateur du droit est encore plus grand, plus visible aussi. Ne dit-on pas en Angleterre : *Our judges are our jurists*. La common law est un *Judge-made law*.

Les racines remontent loin. On avait le droit prétorien à Rome, soit dit en passant, quoique ce ne soit pas là l'objet de mon propos!

En droit privé, le juge interprète les textes de lois. Il y supplée au besoin. Il crée des règles d'interprétation. Il ajoute à celles du *Code civil* et aux lois d'interprétation.

Il ne faut pas non plus passer sous silence l'interaction entre le droit codifié et la common law, qui elle, est basée sur les précédents judiciaires. Les législateurs et les codificateurs ne peuvent tout prévoir; le juge ne peut pas attendre. Il lui faut juger. Il s'aide de précédents judiciaires lui aussi, tout civiliste qu'il est; il s'inspire également de la doctrine. Cette dernière, si elle reçoit la consécration du juge, est créatrice de droit; la jurisprudence est l'œuvre du juge; ce dernier crée le précédent. Si le civiliste raisonne à partir de grands principes enchâssés dans des textes de lois, il s'appuie, lorsque la chose est possible, sur des précédents qu'il suit ou qu'il distingue.

## II. LE DROIT PUBLIC

### A. DROIT ADMINISTRATIF

On a dit du droit administratif, en France, qu'il est en grande partie l'œuvre des juges. C'est un droit jurisprudentiel. C'est vrai en principe. Les précédents ont la plus haute importance.

En Angleterre, Dicey niait l'existence du droit administratif, du moins dans sa conception française. Mais on sait qu'il existe bel et bien de nos jours au pays de Blackstone.

Dans notre monde actuel, depuis cinquante ans surtout, le droit administratif connaît peut-être un essor aussi grand que le *Code civil*, il y a cent ans, dans tous les pays de droit codifié. Les juges en sont en partie responsables. Les législateurs aussi, bien sûr. La vie publique envahit tout. L'État est partout.

Le Québec a hérité des deux grands systèmes : le droit codifié et la common law. Ce qui faisant dire au regretté Louis Baudouin que le Québec est un modèle vivant de droit comparé.

5. Patrick GLENN, « La responsabilité des juges », (1982) 28 *McGill L.J.* 249, p. 252.

6. Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, 1978, pp. 50-51.

Notre système judiciaire a beaucoup plus emprunté au système britannique qu'au système français. Nos juges jugent à la « britannique ». Leur réserve, du moins à venir jusqu'à aujourd'hui, est beaucoup plus britannique qu'américaine ou autre.

Cinq événements m'apparaissent fondamentaux dans l'histoire de notre pouvoir judiciaire : l'Acte de Québec de 1774 qui a réintroduit les lois civiles françaises, la codification du droit civil en 1866, l'introduction de la common law en Ontario en 1792, l'établissement du fédéralisme en 1867, et enfin l'avènement d'une *Charte constitutionnelle des droits en 1982*.

Voyons maintenant le rôle du juge en droit constitutionnel.

## B. DROIT CONSTITUTIONNEL

On sait déjà combien ce rôle fut important au chapitre du partage des pouvoirs. Le Conseil privé a rendu 120 décisions sur le sujet entre 1880 et 1954, date de son dernier arrêt, et la Cour suprême, depuis 1949, un aussi un grand nombre, sinon davantage. Aux yeux d'Alexis de Tocqueville, « le Magistrat ne semble jamais s'introduire dans les affaires publiques que par hasard ; mais ce hasard revient tous les jours <sup>7</sup> ».

Il est bien évident que les juges ici, ont fait plus qu'interpréter un texte de loi comme l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. En déclarant ce que signifient les expressions : *Property and civil rights, trade and commerce, criminal law, peace, order and good government*, les juges orientent puissamment la Constitution dans un sens ou dans l'autre. Ils la centralisent ou la décentralisent selon les besoins et selon les époques. En créant de toutes pièces des théories comme la *dimension doctrine*, l'*emergency power*, le *ancillary power* pour ne mentionner que quelques théories, la Cour donne à la Constitution son vrai visage. C'est aussi l'avis du juge Deschênes qui écrit :

C'est toutefois dans le domaine constitutionnel que cette influence des tribunaux s'est probablement fait sentir de la façon la plus soutenue et la plus tangible <sup>8</sup>.

On connaît les mots célèbres du juge Charles Evans Hughes aux États-Unis : « The Constitution is what the judges say it is. » Cette formule qu'il a répétée à trois reprises, ne peut lui avoir échappé. Il y croyait. Aux États-Unis, c'est vrai ! <sup>9</sup>

7. Cité dans B.A.T. DEMONTIGNY, « Le juge doit-il décider selon la loi? », (1879) 6 *La Thémis* 161, pp. 165-166.

8. Jules DESCHÊNES, « Le rôle législatif du pouvoir judiciaire », (1974) 5 *R.D.U.S.* 1, p. 17.

9. Charles Evans HUGHES, « The Constitution is what the Judges say it is », (1982) 56 *The Australian Law Journal*, p. 98.

Au niveau du Conseil privé, on sait que Lord Watson et Lord Haldane ont puissamment contribué à élargir la portée de l'article 92.13 aux dépens de l'article 91.2. Le second Lord disait du premier, en lui rendant hommage, qu'il avait mis de la chair sur le squelette de la Constitution et qu'il avait donné à la Constitution son vrai visage<sup>10</sup>. Frank Scott n'aimait pas l'interprétation que ces deux Lords avaient donné à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; à son avis cette interprétation fut trop décentralisée<sup>11</sup>.

Aux États-Unis, la Cour suprême a plutôt centralisé la Constitution, depuis l'ère Roosevelt surtout, et l'avènement de son *new deal*.

Le Conseil privé a dit de la *Loi constitutionnelle de 1867* que cette loi avait planté un arbre destiné à croître<sup>12</sup>.

Notre Cour suprême, qui n'est vraiment suprême que depuis 1949, a commencé à rejeter quelques arrêts du Conseil privé<sup>13</sup>. De plus, elle interprète plus libéralement *trade and commerce* que le Conseil privé. Par contre, peut-être moins largement *criminal law*, depuis quelques années.

Notre partage commence à être de plus en plus raffiné. Il est très vivant.

En 1937, le Conseil privé avait le choix en matière de traités (conclusion et mise en œuvre) de s'inspirer de l'article 132 devenu désuet. Ils ont choisi une autre voie<sup>14</sup>.

Dès 1867, il a choisi d'être parcimonieux pour ce qui est de l'étendue du pouvoir résiduaire fédéral. Il aurait pu faire l'inverse et le partage serait devenu très centralisé comme aux États-Unis.

En droit constitutionnel, les Cours ont reconnu le pouvoir implicite d'urgence en temps de guerre en 1923<sup>15</sup> et en temps de paix en 1976<sup>16</sup>. C'est considérable! La *Loi constitutionnelle de 1982* contient à son tour des expressions qu'il faudra définir, par exemple, « autres domaines culturels » à l'article 40. Il en est ainsi de la portée de l'article 36 sur la péréquation.

Il est fatal que les constitutions contiennent des termes généraux, globaux. C'est le prix qu'il faut payer pour obtenir un consensus à la table de négociation.

10. Vicomte HALDANE, « The Work for the Empire of the Judicial Committee of the Privy Council », (1921-23) 1 *Cambridge L.J.* 143, à la p. 150.

11. F.R. SCOTT, « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism », (1951) 29 *R. du B. Can.* 1095, pp. 1116-1117.

12. *Edwards c. P.G. du Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136 (Lord Sankey).

13. G.-A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 3<sup>e</sup> éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, pp. 21-22.

14. *P.G. du Canada c. P.G. de l'Ontario*, [1937] A.C. 326.

15. *Fort Frances Pulp and Power Co. Ltd. c. Manitoba Free Press Co. Ltd.*, [1923] A.C. 695.

16. *Renvoi sur la validité de la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

Si le rôle de la Cour suprême, sur le plan du partage des pouvoirs fut fort important et le demeure encore aujourd'hui tout autant, il est devenu sur le plan de l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une plus grande importance encore, du moins pour un certain temps.

Le juge en chef Dickson soulignait dans *Big M. Drug Mart*<sup>17</sup> le rôle de toutes les cours en droit constitutionnel, sans oublier celui des tribunaux administratifs.

Lors d'un colloque sur la Cour suprême tenu à Ottawa en octobre 1985, il déclarait que l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* est le plus grand défi dans l'histoire de la Cour suprême<sup>18</sup>. Il avait déjà affirmé qu'il revenait à la Cour suprême de bâtir une « cathédrale de jurisprudence »<sup>19</sup>.

Dans ses quarante premiers arrêts sur la *Charte constitutionnelle*, la Cour suprême a posé des jalons de la plus haute importance. Elle crée du droit; que l'on pense au « démerite de la justice » à l'article 24, à la « confessionnalité » à l'article 29, à la liberté de religion à l'article 2, au droit à l'avocat à l'article 10, aux fouilles abusives à l'article 8. Que l'on pense au critère de l'affaire *Oakes*<sup>20</sup> pour l'article 1 de la *Charte*, critère un peu plus adouci dans l'affaire *Edwards Books*<sup>21</sup>.

La Cour a fait des distinctions dans les affaires *Mac Donald*<sup>22</sup> et *Société des Acadiens*<sup>23</sup> entre droits linguistiques et droits classiques; des distinctions entre droits abstraits et droits concrets dans l'affaire de la *Loi 101*<sup>24</sup>; des distinctions pour l'application de l'article 1 à certains articles et peut-être pas à d'autres<sup>25</sup>.

Dans le droit d'association, elle a choisi de ne pas inclure le droit de grève et le droit de négocier collectivement<sup>26</sup>. À l'article 32, elle a choisi la thèse que les rapports de droit privé ne sont pas inclus! Ce qui, à mon avis, se défend fort bien<sup>27</sup>.

17. R. c. *Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

18. Voir G.-A. BEAUDOIN, éditeur, *La Cour suprême du Canada/The Supreme Court of Canada*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1986, p. 3.

19. *The Citizen*, 2 août 1986, article intitulé : « The Dickson Court's First Year », par Peter Calamai.

20. R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

21. *Edwards Books Ltd. et al. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

22. *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

23. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association des parents du Nouveau-Brunswick*, [1986] 1 R.C.S. 549.

24. *P.G. du Québec c. Québec Association of Protestant School Board*, [1984] 2 R.C.S. 66.

25. Voir G.-A. BEAUDOIN, éditeur, *Causes invoquant la Charte/Charter Cases*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1987, p. 30.

26. *Ref. Re Public Service Employee Relations Act*, (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313.

27. *S.D.G.M.T. c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Elle oriente la *Charte* tout comme le Conseil privé a orienté le partage ! Elle trace le sillage de la *Charte*. On le reconnaît tous. Elle s'est d'ailleurs raisonnablement bien acquittée de sa tâche, dans l'ensemble, jusqu'à maintenant. Il n'est pas inopportun de rappeler ces mots de Henri Battifol :

C'est toute la tradition qui lie volonté et raison : il y a volonté quand l'homme se porte vers ce que son intelligence lui a montré comme bien — avec toutes les possibilités d'erreurs, certes. La liberté est la faculté de choisir le raisonnable <sup>28</sup>.

La Cour suprême a souligné le rôle que doit jouer le législateur en matière de droits linguistiques. Le juge Dickson a signalé que la Cour et la législature créent le droit mais pas de la même façon. Les deux pouvoirs ont ici un rôle bien évident à jouer.

Le savant juge en chef écrit :

The role of the judiciary is not political nor executive nor administrative. It is adjudicative, but there is of necessity an element of law development in the work <sup>29</sup>.

[...]

The judiciary and the legislature both make law but it is not the same kind of law nor is it made for the same purpose <sup>30</sup>.

Paul Weiler <sup>31</sup> parle de son côté du *law-making partnership* entre le juge et le législateur.

Le juge Jean Beetz a bien décrit le rôle du juge et celui du professeur de droit <sup>32</sup> :

Le terrain sur lequel le juge se voit placé est concret et souvent étroit. Si le juge en sort et se prononce au-delà de ce qui est nécessaire pour statuer, son opinion ne vaut ni plus ni moins que celle de tout autre juriste car elle n'est plus inspirée et renforcée par la responsabilité de la décision ni soumise à ses contraintes.

En revanche, sur le terrain étroit qu'il n'a pas choisi, l'autorité du juge n'est pas seulement persuasive, comme celle du professeur ; elle est décisive. Ayant trouvé le droit ou l'ayant créé, il le dit de façon souveraine, exécutoire pour les parties. Le juge ne dit pas le droit de façon générale et abstraite, comme le législateur, mais de façon concrète <sup>33</sup>.

Le juge Bertha Wilson écrit :

One thing seems clear and this is that in addressing *Charter* issues the Court will be obliged constantly to define and redefine its role. Through this process

28. Henri BATTIFOL, « Loi et liberté », (1979) 25 *McGill L.J.* 148, p. 149.

29. Brian DICKSON, « The Judiciary — Law Interpreters or Law-Makers », (1982-83) 12 *Man. L.J.* 1, à la p. 8.

30. *Id.*, à la p. 5.

31. Paul WEILER, *In the Last Resort*, Toronto, Carswell/Methuen, 1974, p. 49.

32. Jean BEETZ, « Le professeur de droit et le juge », (1978-79) 81 *R. du N.* 506, pp. 511-512.

33. *Ibid.*

the limits of the judicial function should ultimately emerge, but this will take time, and I suspect that the courts will come through a fairly traumatic period in the interval<sup>34</sup>.

Le professeur Lederman déclare :

Nevertheless, independant courts and democratic legislatures are and will remain the two primary legal decision-maker in our constitutional system with essentially coordinate status and complementary functions<sup>35</sup>.

Paul Freund, juriste américain, qui a beaucoup écrit sur la Cour suprême des États-Unis<sup>36</sup>, mettait beaucoup l'accent sur le fait que le juge doit être à la fois philosophe mais pas trop philosophe tout de même.

Archibald Cox écrivait que le contrôle de la constitutionnalité des lois est un « dilemme insoluble<sup>37</sup> ». Le débat sur le rôle du juge comme créateur du droit continue sous plusieurs cieux.

### CONCLUSION

Disons un mot sur le contrôle de la constitutionnalité des lois. Testard DeMontigny écrivait déjà, en 1879 :

[...] il appartient au juge de connaître de la constitutionnalité de la loi<sup>38</sup>.

Le « constitutionnalisme » fait partie du droit canadien au même titre que du droit américain. Le juge John Marshall en 1803 d'un trait de plume établissait ce principe sur des bases solides : « The Constitution is the supreme law of the land ». En 1982, les Canadiens inscrivait le principe dans leur loi fondamentale à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'était d'ailleurs le cas depuis 1865 avec le *Colonial Law Validity Act* sinon même depuis 1833 avec la création du comité judiciaire du Conseil privé.

Aux États-Unis, au Canada et en Australie, le contrôle de la constitutionnalité des lois est très rigoureux<sup>39</sup>. Seule l'Allemagne de l'Ouest peut-être se retrouve dans une situation assez semblable avec sa cour constitutionnelle spécialisée. Au Canada, ce contrôle est également exercé *a posteriori* contrairement à la France où il ne s'exerce qu'*a priori*.

34. Bertha WILSON, « Decision-Making in the Supreme Court », (1986) 36 *U. of T.L.J.* 227, p. 241.

35. William LEDERMAN, « The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1982) *U. of B.C.L.R.*, Charter Edition, 1, p. 10.

36. P.A. FREUND, « Umpiring the Federal System », (1953) 54 *Columbia L.R.* 561.

37. Archibald COX, « The Role of the Supreme Court of United States », in G.-A. BEAUDOIN *supra* note 18, p. 333.

38. B.A.T. DEMONTIGNY, *supra*, note 7, p. 164.

39. Voir *supra* note 18, p. 14.

Au Canada, il est à prévoir que le partage continuera d'importer, alors qu'aux États-Unis, il s'estompe actuellement devant le *U.S. Bill of Rights*<sup>40</sup>. Au Canada, il comprend les renvois aux cours d'appel et à la Cour suprême, ce qui n'est pas le cas aux États-Unis.

Les juges ont-ils le dernier mot? Oui, très souvent en droit constitutionnel, même si le constituant peut corriger une « erreur » par un amendement constitutionnel. Mais c'est relativement rare qu'il le fait! La Cour suprême est destinée à jouer un très grand rôle en droit constitutionnel. Le professeur Gibson est d'avis que :

Except in constitutional matters, the legislators have the last word : legislative supremacy<sup>41</sup>.

La clause « nonobstant » à l'article 33 de la *Charte*, clause typiquement canadienne, assure une certaine suprématie parlementaire dans certains domaines. Mais il est à prévoir que l'usage de cette clause sera sélectif à l'avenir. Il est très très douteux que le Québec en fasse un usage aussi global qu'en 1982-85. Nous ne le souhaitons pas d'ailleurs.

Il reste que le législateur aussi a un grand rôle à jouer dans la protection des droits. La Cour suprême ne manque pas de l'affirmer dans plusieurs de ses arrêts actuels sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle a bien raison!

---

40. Voir Peter HOGG, « Judicial Review On Federal Grounds : Canada Compared to the United States », in : *La Cour suprême du Canada*, G.-A. BEAUDOIN, *supra* note 18, p. 25.

41. Dale GIBSON, « Judges as Legislators : Not Whether But How? », (1987) 25 *Alta. L.R.* 249, à la p. 256.