

L'AUTORITÉ DES OBITER DICTA DE
LA COUR SUPRÊME

Mathieu Devinat*

Montréal

En 1980, la Cour suprême du Canada a rendu, dans l'arrêt Sellars, une décision qui a été interprétée par plusieurs juristes comme formulant un principe attribuant un effet contraignant à certains obiter dicta de la Cour. Autrefois limitée à la ratio decidendi, la portée obligatoire d'une décision de la Cour suprême s'étendrait dorénavant aux obiter dicta partagés par une majorité de juges. C'est, du moins, le principe qui a été reconnu et adopté par une majorité des cours d'appel canadiennes et par un nombre important de tribunaux inférieurs. Cette étude vise à retracer l'émergence de ce qu'on peut appeler «le principe Sellars». Ensuite, nous tentons d'isoler certains facteurs qui en expliqueraient l'apparition en droit canadien, pour, enfin, déterminer si, dorénavant, les obiter dicta de la Cour suprême doivent être traités comme des arguments d'autorité ou comme des diktats autoritaires.

In 1980, in Sellars, the Supreme Court of Canada rendered a decision which was interpreted by several members of the legal profession as establishing the principle of the binding effect of certain obiter dicta of the Court. The binding effect of a decision of the Supreme Court, which was formerly limited to the ratio decidendi, would in the future extend to obiter dicta shared by a majority of judges. Such, at least, is the principle which was admitted and adopted by the majority of Canadian appellate courts and by a significant number of lower courts. The purpose of this article is first to trace the emergence of what can be called «the Sellars principle». Subsequently, we will attempt to identify certain factors which explain the establishment of this principle in Canadian law. Finally, we will discuss the question whether, as of now, obiter dicta of the Supreme Court must be considered as persuasive or binding.

* Mathieu Devinat, de la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec et de la Faculté de droit et de science politique l'Université d'Aix-Marseille (III), Aix-en-Provence. L'auteur tient à remercier les professeurs Pierre-André Côté et André Morel, ainsi que Pierre Devinat, Jean-Bernard Jobin et Me Stefan Martin pour les commentaires et suggestions formulés relativement à une version antérieure de ce texte.

<i>Première partie : De l'arrêt au principe Sellars</i>	3
A- <i>Le texte de l'arrêt Sellars : un arrêt ambigu</i>	3
B - <i>L'interprétation de l'arrêt Sellars : la construction d'un principe certain</i>	7
i : <i>L'interprétation doctrinale de l'arrêt Sellars</i>	7
ii : <i>L'interprétation jurisprudentielle de l'arrêt Sellars</i>	9
a) <i>La simplification de son sens</i>	10
b) <i>La généralisation de sa portée</i>	15
i : <i>Élargissement du domaine d'application du principe Sellars</i>	15
ii : <i>Application du principe Sellars aux arrêts des cours d'appel</i>	15
c) <i>Conclusion</i>	17
<i>Deuxième partie : Essai sur le principe Sellars</i>	18
A- <i>Explication de l'émergence du principe Sellars - hypothèses</i>	19
i : <i>Le style de motivation des arrêts de la Cour suprême</i>	19
ii : <i>L'opinion majoritaire incidente : reflet d'une fonction de la Cour suprême</i>	23
B - <i>Appréciation du principe Sellars - thèse</i>	26
i : <i>La nature et le statut du principe Sellars</i>	28
ii : <i>L'effet du principe Sellars sur la common law canadienne</i>	30
<i>Conclusion</i>	35

En 1980, la Cour suprême du Canada a rendu, dans l'arrêt *Sellars*¹, une décision qui a eu une répercussion importante auprès des tribunaux canadiens. Selon plusieurs juges d'appel et de première instance, la Cour suprême, sous la plume du juge Chouinard, aurait formulé un principe élargissant la portée obligatoire des opinions judiciaires de cette Cour : autrefois limitée à la *ratio decidendi*, l'obligation de se soumettre aux arrêts de la Cour s'étendrait dorénavant aux *obiter dicta* partagés par la majorité des juges.

L'atteinte à l'un des piliers conceptuels de la *common law* est évidente. La *ratio decidendi* se voit accorder un effet obligatoire, parce qu'elle constitue la raison d'être ou la règle à la base de la décision judiciaire : c'est elle qui a été discutée, plaidée et qui a fait l'objet d'un litige. Attribuer un poids analogue à une opinion majoritaire incidente, comme l'a fait une majorité des cours d'appel, équivaut à remettre en cause les règles du *stare decisis* et à effacer la distinction traditionnelle entre la *ratio decidendi* et les *obiter dicta*, du moins, en Cour suprême.

Placés devant un principe contraire à la théorie de la *common law*, les juristes peuvent clamer son caractère hérétique et tenter de le supprimer. Ils peuvent, aussi, être enclins à l'intégrer dans le système juridique, afin d'en

¹ *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527 [ci-après *Sellars*].

préserver la cohérence. Le bannissement ou l'assimilation, voilà les deux pôles des réactions possibles d'une communauté de juristes face à une incohérence dans le droit². Dans cette optique, on peut estimer que le principe *Sellars* a connu un succès certain chez les juges canadiens : ils ont été nombreux à en approuver le contenu et à en appliquer la directive³. Cette réaction surprenante mérite qu'on s'y attarde, car elle signale peut-être un changement majeur dans la conception du droit jurisprudentiel au Canada.

Pour traiter de cette question, il convient, dans un premier temps, de situer le rôle qu'ont joué les tribunaux dans l'élaboration du principe *Sellars* (I) et de procéder, ensuite, à l'analyse critique de ce principe (II).

Première partie : De l'arrêt au principe Sellars

L'intérêt de l'arrêt *Sellars* réside non pas dans ce qui y est écrit, mais plutôt dans la façon dont il a été interprété. Il semble y avoir un certain décalage entre l'arrêt rendu et l'arrêt interprété qui révèle l'activité créatrice des juges et de la doctrine dans la construction du droit⁴. Pour mettre au jour ce processus, il suffit de comparer le texte de l'arrêt (A) avec son interprétation⁵ (B).

A - Le texte de l'arrêt Sellars : un arrêt ambigu

L'arrêt *Sellars* traite d'une question de droit probatoire, en matière criminelle, dont la formulation est la suivante : «La règle qui exige que le juge prévienne le jury du danger qu'il y a de fonder un verdict de culpabilité sur le témoignage non corroboré du complice [...] s'étend[-elle] au complice après le fait»⁶ ? La réponse du juge Chouinard, énoncée en quelques lignes, consiste à rappeler que la Cour avait déjà, dans l'arrêt *Paradis c. La Reine*⁷, «exprimé l'opinion majoritaire» selon laquelle le juge doit prévenir le jury et il conclut : «on doit donc, me semble-t-il, tenir que telle est l'interprétation qui prévaut»⁸. Il reconnaît néanmoins que, dans l'arrêt *Paradis*, la question «n'était pas

² C. Atias, *Théorie contre arbitraire*, Paris, Presse Universitaire de France, coll. «Les voies du droit», 1987 à la p. 78 et s.

³ À un tel point qu'il est justifié de parler d'une véritable «jurisprudence massive», sur cette question : M.-A. Frison-Roche et S. Bories, «La jurisprudence massive» D.1993.Chron.287.

⁴ C. Atias, «L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé» J.C.P.1984.I.3145, n° 2.

⁵ L'interaction entre ces deux moments a été décrite par le professeur Alain-François Bisson dans : «L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois» (1980) 21 C. de D. 511.

⁶ *Sellars c. La Reine*, *supra* note 1 à la p. 528.

⁷ [1978] 1 R.C.S. 264 [ci-après *Paradis*].

⁸ *Sellars c. La Reine*, *supra* note 1 à la p. 529.

indispensable (...) pour disposer du pourvoi»⁹, ce qui l'amène à livrer ses réflexions sur l'autorité de ce type d'opinion.

Voici comment s'articule le raisonnement du juge. En premier lieu, le juge Chouinard fait un constat, à savoir que la Cour suprême se prononce de temps à autre sur des questions accessoires¹⁰. Il cite, dans ce sens, des arrêts où la Cour a examiné des questions incidentes à la résolution du litige et qui ont, néanmoins, été «pleinement débattues» par les parties.

En second lieu, le juge Chouinard étudie le degré d'autorité des énoncés de principe contenus dans les décisions de la Cour et cite deux commentaires, l'un du juge Pigeon et l'autre du juge McDermid de la Cour d'appel de l'Alberta, dont l'objet est de déterminer l'autorité de deux paragraphes tirés d'un arrêt de la Cour suprême¹¹. Cette étape dans le raisonnement du juge Chouinard nécessite un certain effort pour le lecteur : il faut savoir que, selon le juge Pigeon, les deux paragraphes expriment la *ratio decidendi* de l'arrêt *Patterson* alors que, pour le juge McDermid, le second paragraphe constitue un *obiter dictum*¹².

Traitant du second paragraphe, le juge Pigeon précise que la dissidence de deux juges «dont l'un a néanmoins endossé la conclusion du juge Judson» n'a pas eu pour effet «d'amoindri[r] de quelque façon l'autorité de cet énoncé de principe approuvé par la majorité de la Cour»¹³, et le juge McDermid, à propos du même paragraphe, qu'il qualifie d'*obiter*, écrit : «I would not feel justified in not following it even though it was not in accord with the previous authorities»¹⁴.

⁹ *Ibid.* à la p. 529.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 529 : «[L]a Cour, comme elle le fait à l'occasion, s'est ainsi prononcée sur la question, même s'il n'était pas indispensable de le faire pour disposer du pourvoi». Il donne pour exemple l'arrêt *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, où la Cour, ayant jugé *ultra vires* une disposition du *Highway Traffic Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, s'est permis d'étudier une autre disposition de la même loi. Cette pratique des tribunaux d'appel n'est évidemment pas nouvelle.

¹¹ *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409 [ci-après *Patterson*].

¹² Dans l'arrêt *Procureur général de la Province de Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305 à la p. 308, le juge Pigeon voit dans ces paragraphes l'expression de «la *ratio decidendi* de l'arrêt [*Patterson*]» alors que le juge McDermid utilise le terme *obiter* pour désigner le second : *Re Depagie and The Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2^e) 89 à la p. 92 (Alta. C.A.). Le premier paragraphe cité consacre le principe voulant «qu'il n'y a qu'un seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès, c'est le défaut de compétence [et que] le refus du magistrat, à l'enquête préliminaire, d'ordonner la production de ces déclarations ne touche pas à la question de compétence» (tiré de *Patterson c. La Reine*, *supra* note 11 aux pp. 441 et 413, M. le juge Judson). Le second alinéa réitère la position de la Cour selon laquelle le fait d'exercer la faculté d'ordonner la production de déclarations ne peut équivaloir «à un vice de compétence» et, par implication nécessaire avec le premier alinéa, il ne peut justifier la révision d'un renvoi à procès.

¹³ *Procureur général de la Province de Québec c. Cohen*, *ibid.* à la p. 307.

¹⁴ *Re Depagie and The Queen*, *supra* note 12 à la p. 92. Traduit dans *Sellars c. La Reine*, *supra* note 1 à la p. 530, par : «je ne vois pas de raison de ne pas le suivre même à supposer qu'il soit incompatible avec la jurisprudence antérieure.»

En dernier lieu, sans se référer à l'arrêt *Patterson*, le juge Chouinard cite des propos du juge Robertson, ancien juge en chef de la Cour d'appel de l'Ontario, qui écrit :

What was said may be *obiter*, but it was the considered opinion of the Supreme Court of Canada, and we should respect it and follow it even if we are not strictly bound by it.¹⁵

Ainsi, c'est en vain que l'on cherchera dans les propos du juge Chouinard, une quelconque affirmation de principe que les *obiter dicta* partagés par la majorité de la Cour suprême s'imposent aux cours inférieures ou qu'ils bénéficient d'une autorité équivalente à celle qui est accordée à la *ratio decidendi*. Il affirme seulement que, dans l'arrêt *Paradis*, la majorité des juges de la Cour suprême a formulé une opinion qui n'était pas indispensable à la résolution du litige et que cette opinion constitue celle qui *prévaut* dans ce cas. À l'appui de ce qu'il avance, il cite des sources jurisprudentielles qui affirment, tout au plus, que certaines opinions incidentes de la Cour suprême jouissent d'une grande autorité persuasive¹⁶.

Toutefois, certains indices tendent à démontrer que le juge Chouinard, et par conséquent la Cour, avait l'intention de traiter du caractère obligatoire des opinions majoritaires incidentes aux questions en litige. Par exemple, lorsqu'il rappelle que, dans l'arrêt *Paradis*, la Cour s'était prononcée sur la question, il conclut, *comme si c'était une implication nécessaire*, que l'«on doit (...) tenir que telle est l'interprétation qui prévaut»¹⁷ ou, dans l'autre version, «this is the interpretation that must prevail»¹⁸. La version anglaise des motifs semble, par son caractère impératif, appuyer ce point de vue et nous croyons que cette traduction discutable a fortement influencé les interprétations subséquentes de l'arrêt. Aussi, dans le résumé situé en tête de l'arrêt, on peut lire que ce dernier traite d'une «[o]pinion exprimée antérieurement par le tribunal — [a]utorité de cette opinion — [o]biter dictum»¹⁹. Il indique par là que

¹⁵ *Ottawa v. Nepean Township et al.*, (1943) 3 D.L.R. 802 à la p. 804 (C.A.O.), M. le juge en chef Robertson. Cette référence est fâcheuse, car l'opinion du juge Robertson ne s'appuie ni sur un raisonnement ni sur une autorité. Nous croyons toutefois que le juge Robertson réaffirme la théorie classique de l'effet hautement persuasif des *obiter dicta* dans la mesure où il écrit que l'on *devrait* suivre les *obiter dicta* parce qu'on les respecte, et non parce qu'ils auraient un effet contraignant.

¹⁶ Aucun des extraits cités ne fait référence au caractère contraignant des *obiter dicta*. Depuis la rédaction du présent texte, nous avons pris connaissance d'un article du juge Douglas Lambert : D. Lambert, «Ratio Decidendi and Obiter Dicta : Some Observations about *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527» (1991) 51 The Advoc. 689. Cet article confirme nos conclusions quant à la portée de l'arrêt *Sellars*.

¹⁷ *Sellars c. La Reine*, *supra* note 1 à la p. 529.

¹⁸ *Ibid.* à la p. 529 (nos soulignements). La version anglaise a été traduite de la version originale française. Il n'existe pas de règle de conflit entre les deux versions d'un arrêt de la Cour suprême : T. Scassa, «Language of Judgment and the Supreme Court of Canada» (1994) 43 U.N.B.L.J. 167 à la p. 190. À notre avis, en cas de conflit, la version originale devrait primer.

¹⁹ L'en-tête de la collection des Canadian Criminal Cases (C.C.C.) est plus explicite encore : «Where the Supreme Court of Canada expresses an opinion on a point of law, then such ruling is binding in the lower Courts notwithstanding it was not absolutely necessary to rule on the point in order to dispose of the appeal.» : *Sellars c. La Reine*, (1980) 52 C.C.C. (2^e) 345. Ce commentaire doctrinal n'a aucun statut officiel. Il est probable, par contre, qu'il ait influencé certaines interprétations doctrinales et jurisprudentielles, voir, *infra* aux notes 35, 36 et 78.

la Cour voulait traiter la question de l'autorité des *obiter dicta* et que, dans ce cas, l'opinion antérieurement émise «prévaut» ou «must prevail»²⁰.

Si tel était l'objectif de la Cour, alors il contredirait l'affirmation du juge Duff qui, quarante ans plus tôt, avait à déterminer si une Cour d'appel devait se sentir liée par un *obiter dictum* de la Cour suprême²¹. On peut constater un certains embarras devant la question, lorsqu'il doit rappeler que :

[t]he law on this point is well known and well understood but, in view of what was said in the Court of Appeal, I quote one or two passages in the numerous deliverances that might be cited on the subject. In *Davidson & Co. v. M'Robb*, ([1918] A.C. 304, at 322) Lord Dunedin said :

"My Lords, I apprehend that the dicta of noble Lords in this House, while always of great weight, are not binding authority and to be accepted against one's own individual opinion, unless they can be shown to express a legal proposition which is a necessary step to the judgment which the House pronounces in the case"²²

In *Cornelius v. Phillips*, ([1918] A.C. 199, at 211) Lord Haldane said :

"(...) dicta by judges, however eminent, ought not to be cited as establishing authoritatively propositions of law unless these dicta really form integral parts of the train of reasoning directed to the legal question decided (...)"

Il serait inutile de citer la totalité des arrêts ou des jugements qui, depuis une centaine d'années, ont formulé les règles du *stare decisis*, pour démontrer l'existence du principe du caractère contraignant de la *ratio decidendi* et de l'effet persuasif de l'*obiter dictum* : comme l'a écrit le juge Duff, «the law on this point is well known and well understood»²³. Pour qu'un arrêt isolé pût supprimer un élément essentiel aussi central de la théorie de la *common law*, il aurait fallu, nous semble-t-il, des termes clairs et non équivoques.

Ainsi, à la faveur du caractère ambigu de ses motifs, les juristes canadiens pouvaient interpréter l'arrêt *Sellars* de diverses manières. Une lecture possible consiste à y voir la réaffirmation des principes généraux du *stare decisis*, tout en reconnaissant l'effet très persuasif des déclarations superfétatoires de la Cour

²⁰ Aussi, pourrions-nous ajouter, la brièveté des motifs ajoute au poids des mots. C'est pourquoi les passages écrits par le juge Chouinard sont d'une si grande importance et doivent être étudiés minutieusement : ils ne peuvent être écartés au motif qu'ils étaient anodins. Par contre, l'erreur de traduction vient troubler le sens de l'expression «prévaut» et c'est là, à notre avis, où se trouve la source de tous nos maux, d'où l'adage italien : *traduttore, traditore!*

²¹ Plus exactement, la question était de savoir si la Cour d'appel avait fait une erreur de droit en se croyant liée par : «[a] deliberate and considered opinion [...] in judgments delivered in this Court which form no part of the *ratio decidendi* » : *Prudential Exchange Co. c. Edwards*, [1938] R.C.S. 135 à la p. 146, 1 D.L.R. 465.

²² *Ibid.* à la p. 147; voir la p. 147 et s.

²³ Pour une affirmation récente sur l'élément contraignant d'un arrêt par un tribunal du Royaume-Uni, voir : *Lupton c. F.A. & A. Ltd.*, [1972] A.C. 634 aux pp. 658-59 (H. of L.) de l'opinion de Lord Simon of Glaisdale : «(...) what constitutes binding precedent is the *ratio decidendi* of a case, and this is almost always to be ascertained by an analysis of the material facts of the case (...)», principe réaffirmé dans *C. (A Minor) c. D.P.P.*, [1996] 1 A.C. 14 à la p. 36 g-h (H. of L.), Lord Lowry.

suprême. Une autre, plus difficile à défendre, est de considérer que la Cour entendait imposer aux tribunaux inférieurs le respect de ses opinions majoritaires, quelles soient incidentes ou directement rattachées aux questions en litige.

B - *L'interprétation de l'arrêt Sellars : la construction d'un principe certain*

L'interprétation d'une décision comme celle dont il est question ici ne dépend pas seulement des termes mêmes de l'arrêt. Comme nous le verrons, il est probable que les commentaires doctrinaux et, surtout, les applications judiciaires de la décision aient fortement influé sur les interprétations subséquentes. La réception de l'arrêt *Sellars* ressemble alors plus à une construction collective de son sens qu'à une appréhension objective de sa portée. Mais la formation de ce qui va devenir le principe *Sellars*²⁴ incarne aussi un autre aspect de l'activité doctrinale et judiciaire : celle de sélectionner une théorie²⁵. Dans notre cas, cette théorie n'a pas été formulée par la Cour suprême. Elle doit plutôt son existence à l'activité des juristes, et surtout des juges, qui en ont admis la juridicité ou sa conformité au droit canadien.

Nous avons pu constater que la doctrine canadienne faisait preuve d'une grande discrétion face à l'arrêt lui-même et à l'évolution jurisprudentielle qu'il provoqua. Par conséquent, nous traiterons distinctement de l'interprétation de l'arrêt *Sellars* par la doctrine (i) et par les tribunaux (ii).

i : *L'interprétation doctrinale de l'arrêt Sellars*

Deux auteurs ont commenté directement l'arrêt *Sellars* : le premier, Geoffrey Gilbert²⁶, dans un commentaire d'arrêt, et le second, Arthur Peltomaa²⁷, dans une lettre d'opinion. Ces deux textes ont été publiés dans la Revue du Barreau canadien, deux ans après la publication de l'arrêt en question.

Selon Geoffrey Gilbert l'arrêt *Sellars* se présente comme l'amorce d'une *quiet revolution*²⁸, la Cour suprême ayant porté atteinte à l'un des concepts fondamentaux de la *common law*. L'auteur fonde son opinion sur un argument de texte, selon lequel l'expression *must prevail* implique que les *obiter* de la Cour suprême s'imposent aux juridictions inférieures et à la Cour suprême elle-même²⁹. Néanmoins, il admet que la jurisprudence invoquée par le juge

²⁴ Soit celui du respect des opinions majoritaires incidentes de la Cour suprême. Voir, ci-dessous, à la p. 13.

²⁵ Sur la sélection des théories en droit français, voir Atias, *supra* note 2 à la p. 139 et s.

²⁶ G.S. Gilbert, «Stare Decisis — Value of Obiter Dictum — Supreme Court of Canada» (1982) 60 R. du B. can. 373.

²⁷ A. Peltomaa, «Obiter Dictum of the Supreme Court of Canada : Does it Bind Lower Courts?» (1982) 60 R. du B. can. 823.

²⁸ Gilbert, *supra* note 26 à la p. 373.

²⁹ *Ibid.* à la p. 375. Sans noter, toutefois, qu'il ne s'agit pas de la version originale.

Chouinard à l'appui de son opinion ne permet pas de conclure au caractère obligatoire des *obiter dicta*³⁰.

Arthur Peltomaa conteste l'interprétation exposée dans ce commentaire. Comme nous l'avons montré plus haut, le juge Chouinard n'a pas posé de principe général qui imposait le respect des *obiter dicta* de la Cour suprême³¹. Toutefois, il explique la portée de l'arrêt, en soulignant l'existence d'une catégorie de *dicta*, que certains tribunaux anglais appellent les «judicial *dicta*», qui ne seraient pas des *obiter dicta* et qui jouiraient d'une plus grande autorité que ces derniers. Ce type de *dicta* est, selon l'auteur :

deserving of much greater respect, particularly if it emanates from the country's highest court of appeal which, in addition to disposing of the appeals before it, is expected to give guidance to lower courts on unsettled questions of law, even if those questions do not squarely arise for decision.³²

En l'occurrence, l'auteur cite un passage d'une décision anglaise qui fait une description des «judicial *dicta*», en ces termes : «[it is] a considered judgment on a point fully argued (which is) (...) standing in authority somewhere between a ratio decidendi and an obiter dictum, (and) seem[s] to me to have a weight nearer to the former than the latter (...)»³³. Malgré les extraits cités qui confirment l'effet strictement persuasif de ce dernier type de *dicta*, Arthur Peltomaa termine son article en concluant qu'«[i]f the court in *Sellars* decided that such judicial *dicta* should bind lower courts, it is a development in the law that should be applauded»³⁴.

³⁰ *Ibid.* à la p. 377. L'auteur observe, avec un certain soulagement, que les juges qui ont cité l'arrêt *Sellars*, depuis sa publication, voulaient simplement justifier le respect qu'ils portaient à un *obiter* de la Cour suprême. L'arrêt *Sellars*, passé inaperçu, aurait alors une portée argumentative.

³¹ Peltomaa, *supra* note 27 à la p. 825. L'auteur conteste, aussi, la qualification d'*obiter*, donnée par le juge Chouinard, au passage en cause de l'arrêt *Paradis*. Nous ne croyons pas utile de traiter de cet aspect de son argumentation. En fait, sa définition de la *ratio decidendi* rejoint celle du «judicial *dicta*» dont il fait la description à la p. 830 et s.

³² *Ibid.* à la p. 830.

³³ *Brunner c. Greenslade*, [1971] 1 Ch. 993 aux pp. 1002-1003, tel que cité par Peltomaa, *supra* note 27 à la p. 830; il faudrait peut-être signaler que, dans ce cas, l'*obiter dictum* provenait de Lord Simonds et que pour le juge Megarry, «anything uttered by Simonds J. carries its own intrinsic authority» (*Ibid.* à la p. 1103); dans *Richard West and Partners (Inverness) Ltd. c. Dick*, [1969] 1 A.E.R. 289 à la p. 292 F (Ch.D.), le juge Megarry a aussi rappelé l'existence d'un troisième type de *dicta*, innomé cette fois, qui se forme lorsqu'un juge se réfère à une décision qui n'a pas été publiée et qui, selon lui, établissait un principe : «[a] dictum of this type offers, as it seems to me, the highest authority than any dictum can bear». La question demeure : *how much authority can a dictum bear*?; voir, aussi, l'analyse de Sir R. Cross et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4^e ed. par T. Honoré et J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1991 à la p. 81. Cette distinction entre certains types de *dicta* est importante, car plusieurs cours d'appel la reprendront pour expliquer la portée de l'arrêt *Sellars*; elle ne s'appuie, toutefois, sur aucune décision canadienne.

³⁴ *Ibid.* aux pp. 831-32. Étant donné que la Cour suprême ne peut entendre qu'un nombre limité de causes, «[it] should be expected from time to time to expound upon points which might more easily be left untouched.» (*Ibid.*)

Certains auteurs ont fait des commentaires discrets à propos de l'arrêt *Sellars*. En 1990, Gerald Gall, dans son ouvrage sur le système juridique canadien, a pu écrire que «[i]n *Sellars v. R.* (...) the court stated that even *obiter dicta* emanating from that court are binding on lower court»³⁵. Don Stuart, dans son traité de droit criminel canadien, indique que «[i]n *Sellars* (...) it was held by Chouinard J. for the full court that *obiter dicta* of the Supreme Court are binding on lower courts. This unduly restrictive ruling is itself *obiter* ! the traditional view is that such *dicta* are merely highly persuasive»³⁶. Le professeur André Morel a exposé avec prudence l'état du droit quant à l'autorité des *obiter* de la Cour suprême, en ces termes : «[l]a Cour suprême du Canada attribue une force persuasive très grande aux *obiter* de ses propres décisions (...) [p]our avoir une telle force persuasive, il faut cependant que cet *obiter* satisfasse à certaines conditions» et il cite à ce sujet l'arrêt *Sellars*³⁷.

Malgré son caractère exceptionnel, l'arrêt *Sellars* n'a manifestement pas soulevé l'intérêt de la doctrine canadienne. Les auteurs qui en ont étudié directement le contenu ont reconnu son ambiguïté. De la même façon qu'il a été résumé dans les *Canadian Criminal Cases*³⁸, certains auteurs ont cru y lire l'énoncé du principe du caractère obligatoire des *obiter* de la Cour suprême, tandis que d'autres, plus nuancés, ont préféré préserver la théorie traditionnelle du caractère persuasif de ceux-ci.

ii : L'interprétation jurisprudentielle de l'arrêt *Sellars*

Lorsqu'un juge interprète une disposition législative, on reconnaît qu'il s'est laissé convaincre par des arguments qui, selon lui, disposent de qualités particulières, celles de le diriger «vers un meilleur sens du texte, celui qui semble préférable à tout autre»³⁹. L'arrêt *Sellars* peut justifier deux interprétations

³⁵ G.L. Gall, *The Canadian Legal System*, 3^e ed., Toronto, Carswell, 1990 à la p. 292. Pour une opinion similaire, voir : D. Poirier, *Introduction générale à la common law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995 à la p. 212; G.G. Mitchell, «Significant Developments in Criminal Charter Jurisprudence in 1992» (1993) 57 Sask. L.R. 59 à la p. 72; M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, 2^e ed., Toronto, T.E.P., 1994 à la p. 29.

³⁶ D. Stuart, *Canadian Criminal Law*, 2^e ed., Toronto, Carswell, 1987 à la p. 9.

³⁷ A. Morel, *Sources et formation du droit* [:] DRT-1108, avec la participation de J. Leclair et de J.-M. Brisson, Montréal: COOP Droit 1994-1995 à la p. 18.

³⁸ Voir *supra* note 19.

³⁹ P.-A. Côté, «Fonction législative et fonction interprétative : conception théorique de leurs rapports», dans P. Amselek, dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-en-Provence, Bruylant-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995 p. 189 à la p. 198; il est utile de citer le contexte de cette citation : «[l]orsque plusieurs sens d'un même texte peuvent ainsi être valablement justifiés, le choix du sens dépend d'une appréciation de ce qui constitue, non pas le vrai, mais le meilleur sens du texte, celui qui semble préférable à tout autre».

essentiellement contradictoires, une chose ne pouvant à la fois être impérative et facultative⁴⁰. Le choix entre ces deux «sens possibles» repose donc sur un jugement de valeur basé sur ce qui «est préférable» en droit. Trancher dans un sens ou dans un autre, c'est adopter une certaine théorie des précédents et du pouvoir de la Cour suprême : l'objectif du développement qui suit est donc de décrire l'interprétation retenue.

Une analyse de l'ensemble de la jurisprudence canadienne ayant cité l'arrêt *Sellars*⁴¹ permet d'identifier deux tendances des tribunaux dans leur traitement de l'arrêt : une simplification de son sens (a) et une généralisation de sa portée (b).

a) *La simplification de son sens*

La simplification, voire l'appauvrissement du sens d'un arrêt est le résultat d'une pratique judiciaire qui consiste à résumer le texte d'une décision en une série de propositions synthétiques⁴². En d'autres termes, le juge ne procède pas à une analyse exhaustive de la décision, mais se limite à en citer certains passages ou, encore, il cesse de l'étudier directement et préfère saisir son contenu en ayant recours à la doctrine ou à d'autres décisions⁴³. Au fil des décisions, l'arrêt est dégagé de son contexte factuel ou perd ses nuances.

Dans le cas de l'arrêt *Sellars*, chaque tribunal a procédé à sa manière à la simplification du sens de l'arrêt. Par contre, un élément vers lequel les tribunaux semblent avoir convergé réside dans leur qualification du degré d'autorité qui doit être attribué à un *obiter dictum* de la Cour suprême : hormis de rares exceptions, le qualificatif *binding* a été décerné aux *obiter dicta*⁴⁴.

⁴⁰ Voir, ci-dessous, texte correspondant aux notes 139 et s.

⁴¹ Certains pourraient objecter que cette méthode ne permet pas d'évaluer véritablement la façon dont les tribunaux ont pu réagir à l'arrêt *Sellars* : ceux qui en citeraient le contenu le feraient dans le but d'appuyer un raisonnement fondé sur un *obiter* de la Cour suprême et, par conséquent, nos résultats seraient biaisés. En réponse à ces objections, on peut avancer que, d'une part, le nombre important d'arrêts qui citent l'arrêt *Sellars* reflète une tendance jurisprudentielle forte et que, d'autre part, l'activité de citation ne se réduit pas à son aspect argumentatif, le juge cite un arrêt aussi parce qu'il croit que ce dernier indique l'état du droit ; or c'est cette croyance qui nous intéresse. Sur la théorie des citations, voir : P. McCormick, «Judicial Citation, The Supreme Court of Canada, and the Lower Courts : The Case of Alberta» (1996) 34 Alta. L.R. 870 à la p. 872 et s.

⁴² Par exemple, lorsqu'un juge écrit : «Dans la situation X, Y, on doit faire Q, tel est le principe de l'arrêt Z ...» Même si, fondamentalement, le processus d'interprétation est un processus mental et subjectif, donc inobservable, on peut constater cet appauvrissement du sens de l'arrêt lorsque le juge en résume le contenu dans ses motifs.

⁴³ Par exemple, lorsqu'un juge écrit : «Dans X c. Y, le tribunal a décidé qu'en vertu de l'arrêt Z, on doit ...».

⁴⁴ La Cour d'appel de l'Ontario a parfois maintenu l'expression *should follow* qui connote une faculté plus qu'une obligation, bien qu'en pratique la distinction puisse être mince, voir, Cross et Harris, *supra* note 33 à la p. 77.

Cette simplification de l'arrêt a été adoptée par huit cours d'appel⁴⁵. Leur interprétation consiste à lui donner la signification suivante : les opinions motivées de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada sur un point de droit s'imposent à tous les tribunaux. Certains juges précisent toutefois qu'il est nécessaire que cet *obiter* reflète une «considered opinion on a question of law».

Cette conclusion est le résultat d'une démarche judiciaire récurrente mais critiquable. Généralement, la première analyse de l'arrêt s'effectue à partir d'un recours direct à son contenu, ce qui donne lieu, le plus souvent, à une affirmation qui tente d'en résumer la portée. Cette affirmation est alors reprise dans les arrêts subséquents *comme s'il* s'agissait d'un point acquis; le lien avec l'arrêt *Sellars* est de plus en plus éloigné et n'est plus étudié en tant que tel : il n'est que la référence à partir de laquelle on appuie une proposition.

On retrouve une illustration de cette démarche dans l'arrêt *Scarff c. Wilson*⁴⁶, où le juge McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devait étudier, pour la première fois, le sens de l'arrêt *Sellars*. Il s'est contenté d'étudier l'opinion du juge Robertson⁴⁷ citée par le juge Chouinard⁴⁸, et il a écrit :

In *Sellars* (...) it is made clear that even obiter dicta of the Supreme Court of Canada should be followed [and] [f]rom the foregoing I conclude that the obligation of a lower court, including courts of appeal, to follow judgments of the Supreme Court of Canada is not limited to the strict ratio decidendi of the highest court but extends also to any considered decision of that court on a question of law or principle.⁴⁹

Pour justifier son opinion, il cite un arrêt de la Chambre des Lords, *Broome c. Cassell & Co*⁵⁰, en soulignant qu'il avait pour objet principal d'instaurer un certain degré de certitude en droit. L'arrêt *Scarff c. Wilson* a été suivi dans *Moses*

⁴⁵ Celles de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario, de Saskatchewan et la Cour d'appel fédérale.

⁴⁶ (1988) 33 B.C.L.R. (2^e) 290 (C.A.B.C.).

⁴⁷ *Ibid.* à la p. 303.

⁴⁸ *Sellars c. La Reine*, *supra* note 1 à la p. 530.

⁴⁹ *Scarff c. Wilson*, *supra* note 46 à la p. 303. Pour une opinion individuelle contraire, voir les deux commentaires du juge Lambert qui, au sein de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, est isolé dans son appréciation de l'arrêt *Sellars* : *Reekie c. Messervey*, (1989) 36 B.C.L.R. (2^e) 316 à la p. 344 (C.A.B.C.) et *R. c. Gladstone*, [1985] 6 W.W.R. 504 à la p. 511 (C.A.B.C.).

⁵⁰ [1972] A.C. 1027. D'ailleurs, il en cite un extrait, voir *Scarff c. Wilson*, *supra* note 46 à la p. 303, où l'on peut lire: «[it is] unnecessary for courts to decide witch authority they will follow». Cet arrêt, pourtant, a été rendu dans le contexte particulier où la Cour d'appel anglaise avait refusé de suivre une décision de la Chambre des Lords au motif qu'elle avait été rendue *per incuriam*. La réponse catégorique de celle-ci en faveur d'une théorie stricte du *stare decisis* doit être interprétée, à notre avis, en tenant compte de ce contexte et ne devrait pas être utilisée pour appuyer une proposition qui tendrait à confirmer l'interprétation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Voir, à ce sujet : Cross et Harris, *supra* note 33 à la p. 99.

c. *Shore Boat Builders Ltd.*⁵¹, par la même Cour. Dans ce cas, les commentaires sur l'arrêt *Sellars* sont plus laconiques⁵² et le principe de droit qui en est dégagé s'exprime par l'intermédiaire de l'arrêt précédent⁵³.

Le même processus a été observé à la Cour d'appel du Manitoba. Dans l'arrêt *R. c. Chartrand*⁵⁴, le juge Philp devait déterminer la portée d'un *obiter dictum* du juge McLachlin qui avait l'appui de la majorité de la Cour suprême. Après avoir cité l'opinion du juge Megarry⁵⁵ selon lequel les «judicial dicta» jouissent d'un effet très persuasif, il consacre un paragraphe à l'arrêt *Sellars* pour avancer que :

R. c. Sellars (...) in my view, has given even greater weight to that kind of judicial dicta and has raised its authority to that of a ratio decidendi. In *Sellars*, Chouinard J., writing for the full court altered the traditional view of obiter dictum [...] [h]e declared that where the Supreme Court has ruled on a question of law, although it was not necessary to do so in order to dispose of the appeal, that ruling is binding on lower courts.⁵⁶

Après cette affirmation, le juge Philp procède alors à une brève étude de l'opinion du juge Chouinard et constate que, bien qu'elle ait été critiquée, la décision a été suivie par plusieurs cours d'appel et cite, *in extenso*, les passages pertinents de l'opinion du juge McEachern dans l'arrêt *Scarff*. Par la suite, la référence à l'arrêt *Sellars* sera plus brève⁵⁷.

À la Cour fédérale, c'est plutôt un juge de première instance qui a étudié en profondeur la portée de l'arrêt *Sellars*, la Cour d'appel préférant l'appliquer, sans en examiner le bien-fondé. En effet, dans *Neuman c. Canada (Minister of*

⁵¹ [1994] 1 W.W.R. 112, 106 D.L.R. (4^e) 654 (C.A.B.C.), appel à la Cour suprême du Canada refusé, [1994] 2 W.W.R. lxv (note) de façon implicite, la Cour d'appel avait déjà appliqué le principe dans *Cooper c. Miller* (N^o 1), (1991) 6 B.C.A.C. 268 (C.A.B.C.).

⁵² *Ibid.* à la p. 119, au par. 16 : «[w]e were reminded as well of our duty, as laid down in *Sellars* c. R., [1980] 1 R.C.S. 527, 1 D.L.R. (3^e) 629, to follow the dicta found in judgments of the Supreme Court of Canada».

⁵³ *Ibid.* à la p. 119, au par. 17 : «[i]n *Scarff* c. *Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2^e) 290, McEachern C.J.B.C. provided a summary of how lower courts should treat obiter dicta of the Supreme Court of Canada. He said at 303 (...)» et le juge cite *in extenso* la partie de l'arrêt traitant du caractère contraignant des *obiter dicta*.

⁵⁴ (1992) 81 Man. R. (2^e) 81 (C.A.Man.), M. le juge Lyon est dissident sur ce point et il souscrit à l'opinion de M. le juge Lambert, tel qu'exprimée dans *R. c. Gladstone*, *supra* note 49. Dans *R. c. Sansregret*, (1984) 10 C.C.C. (3^e) 164 à la p. 177 (C.A.Man.) M. le juge Philp, dissident, avait interprété la portée de l'arrêt *Sellars* en maintenant le *should follow* facultatif.

⁵⁵ Voir *supra* note 33.

⁵⁶ *R. c. Chartrand*, *supra* note 54 à la p. 84, par. 10. Le juge Philp soulève un fait pertinent, soit celui que la décision a été prise dans le cadre du droit criminel et constate qu'«its dictum has been widely adopted in the realm of private law», ce qui appuie, semble-t-il, la portée qu'il attribue à l'arrêt.

⁵⁷ 69971 *Manitoba Ltd. (c.o.b. Barrin Produce) c. National Bank of Canada*, (1995) 100 Man.R. (2^e) 214 (C.A.Man.), M. le juge Scott, au nom de la Cour, fait ce seul commentaire, au par. 19 : «(in *Chartrand*) we acknowledged that lower courts were bound by judicial dicta of the Supreme Court, the only exception being "a mere passing remark, or a statement or assumption on some matter that has not been argued ... " (see *Brunner c. Greenslade*, [1970] 3 All E.R. 833 at 839)».

National Revenue — M.N.R.)⁵⁸, le juge Sarchuk, dans le but de déterminer le sens d'«*obiter dictum*», constate que:

quick perusal of the leading cases makes it apparent that the distinction between ratio and dicta is blurred (...) [n]ot the least of the reasons for such blurring, so several learned authors have noted is the tendency by judges to embrace whatever definition best suits their immediate purpose.⁵⁹

Ensuite, le juge reprend la distinction entre «judicial dicta» et *obiter dicta*, et pose un principe pour qu'une opinion puisse prétendre être plus qu'un *obiter* : «[i]n order for the Supreme Court's comments to be taken as judicial dicta the intention to give guidance of a binding nature to the lower courts should be unambiguously expressed»⁶⁰. À la Cour d'appel fédérale, l'opinion du juge Sarchuk est approuvée quant au caractère contraignant des «judicial dicta»⁶¹ et la Cour étudie la question en la coiffant du titre suivant : «La remarque incidente du juge en chef Dickson dans l'arrêt *McClurg* lie-t-elle les tribunaux d'instance inférieure ?»⁶².

La Cour d'appel de l'Ontario a donné une interprétation plus nuancée à l'arrêt *Sellars*. En effet, le juge Cory a, dans la décision *R. c. Miller*⁶³, préféré l'insérer dans la tradition jurisprudentielle de ce tribunal⁶⁴ selon laquelle «in Ontario it has always been understood that the *obiter* remarks of a majority of the Supreme Court of Canada constitute a considered opinion that should be followed by the courts of this province»⁶⁵. Mais cette affirmation contredit ce que cette même Cour d'appel avait écrit, un an auparavant⁶⁶.

⁵⁸ (1992) 92 D.T.C. 1652. (T.C.C.).

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 1657. Remarque éloquente sur l'état de la méthodologie juridique chez les juges.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Canada c. Neuman*, [1997] 1 C.F. 79 (C.A.F.). L'opinion à l'étude est celle du juge Dickson dans l'arrêt *La Reine c. McClurg* (1991) 91 D.T.C. 5001 (S.C.C.). La Cour fédérale avait déjà, dix ans auparavant, cité en ce sens l'arrêt *Sellars : Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3 à la p. 15 (C.A.F.), M. le juge Stone, à la note 2 de l'arrêt; une application récente du principe se trouve dans : *Robitaille c. Canada*, [1997] T.C.J. N° 766 (T.C.C.) (Q.L.).

⁶² *Canada c. Neuman*, *supra* note 61 à la p. 109 et 111, la Cour adopte expressément le principe énoncé par le juge de première instance: «[m]ême si elle n'était pas nécessaire au règlement de cet appel, l'opinion exprimée par le juge en chef représentait l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour et elle lie par conséquent les tribunaux d'instance inférieure et la présente.»

⁶³ (1982) 39 O.R. (2^e) 41 (C.A.Ont.).

⁶⁴ En faisant référence au jugement du juge Robertson, cité par le juge Chouinard, et à l'arrêt *Woloszczuk c. Onyszczak*, (1977) 14 O.R. 732 (C.A.Ont.). Il aurait pu ajouter l'arrêt *R. c. Govedarov*, (1974) 3 O.R. (2^e) 23 à la p. 36 (C.A.Ont.).

⁶⁵ *R. c. Miller*, *supra* note 63 à la p. 48; pour une même interprétation : *O.S.S.T.F., District 34 c. Essex County Board of Education*, (1996) 136 D.L.R. (4^e) 34 à la p. 51 (Ont. C. Gen. Div.).

⁶⁶ *Re Hardimand-Norfolk Health Unit and Ont. Nurses Ass'n*, (1981) 31 O.R. (2^e) 730 (C.A.Ont.), à la page 735 : «[i]n any event were the Supreme Court of Canada expresses an opinion on a point of law, then such ruling is binding on the lower Courts although it was not necessary to rule on the point in order to dispose of the appeal».

Enfin, le caractère obligatoire des opinions motivées incidentes de la Cour suprême a été reconnu par les cours d'appel de l'Alberta⁶⁷, du Nouveau-Brunswick⁶⁸, de la Nouvelle-Écosse⁶⁹ et de la Saskatchewan⁷⁰.

Ces arrêts ont une portée obligatoire pour les tribunaux inférieurs et ont ainsi provoqué un effet de dominos. C'est donc strictement à titre d'illustration que nous soulignons l'existence d'un nombre important de jugements de première instance qui ont résumé l'arrêt *Sellars*, faisant *comme si* l'arrêt avait posé que les «considered opinion[s] of the majority of the court [are] authoritative and binding»⁷¹ ou que «[a] considered obiter dicta [sic] binds a lower court»⁷².

⁶⁷ À la Cour d'appel de l'Alberta, les juges ont cherché à déterminer si l'*obiter dictum* à l'étude représentait la volonté de la Cour suprême et l'ont suivi : *R. c. Cobham*, (1993) 135 A.R. 249 (C.A. Alta.); *R. c. Chayko*, (1984) 12 C.C.C. (3^e) 157 à la p. 170 (C.A. Alta.).

⁶⁸ *Clark c. Les chemins de fer nationaux du Canada et du Nouveau-Brunswick*, (1985) 62 N.B.R. (2^e) 276 (C.A.N.-B.) : M. le juge La Forest, après avoir déterminé que la proposition de droit issue d'un arrêt de la Cour suprême ne constitue pas la *ratio decidendi* de celui-ci, a écrit, à la page 298 : «[j]e ne pense pas non plus que les commentaires faits par les divers juges constituent "l'opinion motivée de la Cour suprême du Canada", opinion par laquelle je devrais me sentir lié comme le souligne *Sellars* (...)».

⁶⁹ *R. c. Barrow*, (1985) 14 C.C.C. (3^e) 470 (C.A.N.S.); *contra* : *R. c. Currie*, (1983) 4 C.C.C. (3^e) 217 à la p. 229 (C.A.N.S.).

⁷⁰ De façon implicite dans : *R. c. G.B.*, (1988) 65 Sask.R. 134 (C.A.Sask.); et explicitement dans : *Williston Wildcatters Oil Cor (Bankrupt), Re.*, (1997) 152 Sask.R. 179 à la p. 185 (C.A. Sask.), M. le juge Tallis, qui cite un large extrait des motifs du juge Chouinard pour conclure au caractère contraignant des «considered statements» de la Cour suprême.

⁷¹ *Rosenberg c. Canada (Attorney General)*, (1995) 25 O.R. (3d) 612 à la p. 621 (Ont.Ct.G.D.); *McGrady, Askew & Fiorillo a Gina Maria, Fiorillo c. Austin F. Marshall*, [1995] N.W.T.J. No. 39 (C.S.T.N.-O.) (Q.L.); *R. c. Wilson*, [1995] A.J. No. 1002 (Alta.Ct.Q.B.) (Q.L.).

⁷² *Ratyck c. Bloomer*, (1987) 60 O.R. (2^e) 181 à la p. 184 (Ont.H.C.); pour d'autres déclarations selon lesquelles l'arrêt *Sellars* consacre l'effet obligatoire des *obiter dicta* issus de la Cour suprême : en Alberta : *R. c. Martell*, (1992) 117 A.R. 47 (Alta.Proc.Ct.); *Schuster c. Laroque*, [1994] A.J. No. 580 (Alta.Ct.Q.B.) (Q.L.); *R. c. Wilson*, (1995) 177 A.R. 71 (Alta.Ct.Q.B.); *R. c. Brighteyes*, (1997) 199 A.R. 161 (Alta.Ct.Q.B.); en Colombie-Britannique : *Pacific Press c. British Columbia*, [1998] B.C.J. No. 39 (B.C.Sup.Ct.); en Ontario : *R. c. McGibbon*, (1981) 34 O.R. (2^e) 185 (Ont.H.C.); *Taur Management Co. Ltd. c. Nir et al.*, (1983) 35 C.P.C. 179 à la p. 185 (Ont.Sup.Ct.); *Pryslak c. Anderson*, (1987) 57 O.R. (2^e) 793 à la p. 788 (Sup.Ct.Ont.); *R. c. Hahn*, [1990] O.J. No. 2506 (Ont.Ct. of J.P.D.) (Q.L.); *R. c. D.(F.)*, (1990) 3 O.R. (3d) 733 à la p. 738 (Ont.Ct.G.D.); *R. c. Grey*, [1993] O.J. No. 251 (Ont.Ct.P.D.); *R. c. Phillips*, (1996) 26 O.R. (3^e) 522 à la p. 528 (Ont.Ct.G.D.); *First American Bank & Trust c. Garay*, (1996) 36 C.P.C. (3^e) 319 à la p. 322 (Ont.Ct.J.G.D.); *Goodyear Canada Inc. c. Meloche*, [1996] O.J. No. 1711 (Ont.Ct.J.G.D.) (Q.L.); pour une décision qui maintient l'expression *should follow* : *Moore (Township) c. Garantie Co.*, (1991) 2 O.R. (3d) 370 à la p. 380; au Québec : *R. c. Baxter*, (1980) 16 C.R. (3^e) 397 à la p. 400 (C.S.Q.); *L'Hebreux c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles*, [1982] C.S. 788 à la p. 790; *R. c. Riendeau*, [1983] C.S.P. 1127 à la p. 1138, opinion à comparer avec celle-ci, plus nuancée : *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 à la p. 1097; *Protection de la jeunesse 188*, [1986] R.J.Q. 501 à la p. 503 (C.S.); *Centre Cardinal Inc. c. Union des Employés de Service, Local 298*, [1987] T.T. 367 à la p. 370; en Saskatchewan : *R. c. Maxemiuk*, (1994) 122 Sask. R. 223 (Sask. Q.B.).

La simplification du sens de l'arrêt *Sellars*, telle qu'elle est présentée, ne peut, *à priori*, être condamnée : le juge, au même titre que la doctrine, doit simplifier l'état du droit, pour mieux l'exposer⁷³. Cependant, comme il a déjà été mentionné, elle n'est pas sans conséquence. La répétition de ce type de formule mène à la reconnaissance d'un «principe *Sellars*» qui, à notre avis, n'a aucun rapport avec l'arrêt. Il s'agit aussi du résultat d'une prise de décision et d'un choix de valeurs, celui où les juges décident que tel est *le meilleur sens du texte, celui qui semble préférable à tout autre*. Le fait que les juges en ont généralisé la portée confirme cette analyse du phénomène.

b) La généralisation de sa portée

La généralisation de la portée de l'arrêt consiste à en étendre le domaine d'application. En général, celle-ci procède au moyen d'un raisonnement par analogie qui suppose, au préalable, une *identité de raison* : «[l]a raison qui justifie l'extension raisonnée de la règle de droit est la raison même de la règle»⁷⁴. Or quelle est la raison de la règle ou du principe *Sellars* ? Étendre l'application du principe suppose, à notre avis, que l'on peut répondre à cette question.

Nous avons pu constater que la généralisation de la portée de l'arrêt a pris deux directions différentes. D'une part, la majorité des tribunaux étudiés ont étendu le domaine d'application en ne le limitant pas au seul droit de la preuve en matière criminelle (i) et, d'autre part, les tribunaux de première instance ont, pour certains, utilisé le même raisonnement à l'égard des *obiter dicta* des cours d'appel (ii). Nous examinerons ces deux aspects séparément.

i : *Élargissement du domaine d'application du principe Sellars*

Les tribunaux auraient pu limiter l'application du principe *Sellars* au seul droit pénal. Dans ce domaine, la Cour suprême a déjà indiqué qu'elle jouait un certain rôle en droit canadien et «[l]a seule uniformité qui s'impose en droit canadien est celle qui résulte des arrêts de cette Cour»⁷⁵. Néanmoins, les tribunaux et les cours d'appel n'ont presque jamais invoqué la possibilité de limiter l'application de l'arrêt *Sellars*, pour cette raison ou pour une autre.

ii : *Application du principe Sellars aux arrêts des cours d'appel*

Le fait que les tribunaux de première instance peuvent appliquer le principe de l'arrêt *Sellars* aux *obiter dicta* des cours d'appels pourrait être perçu comme

⁷³ Il est possible, aussi, que les juges aient, en réalité, consulté l'arrêt.

⁷⁴ G. Cornu, «Le règne discret de l'analogie» (1995) 4 R.R.J. 1067 à la p. 1073.

⁷⁵ *Wolf v. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107 à la p. 109, M. le juge en chef Laskin. Voir aussi, *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526 à la 566 : «[u]niformity of procedure in criminal matters throughout Canada is a cardinal procedure of the Canadian constitution».

évident : la doctrine du *stare decisis* n'attribue pas aux décisions de la Cour suprême un statut qu'elle n'accorde pas aux cours d'appels⁷⁶. En effet, c'est sans même soulever la question que certains tribunaux ont procédé ainsi⁷⁷. C'est le cas notamment dans *R. c. McKibbin*⁷⁸ et dans *Ratych c. Bloomer*⁷⁹, où deux juges de la *Ontario High Court of Justice* se sont sentis obligés de respecter les *obiter dicta* de leur Cour d'appel. C'est également le cas dans *Dekker c. Canada*⁸⁰, où le juge Christie admet sans justification : «I see no reason why this should not apply to this Court with respect to obiter dicta in reasons for judgment of the Federal Court of Appeal»⁸¹.

Les tribunaux canadiens auraient bien pu restreindre la portée de l'arrêt *Sellars* aux seuls arrêts de la Cour suprême, étant donné, comme l'a écrit Arthur Peltomaa, que celle-ci ne peut entendre qu'un nombre limité de causes⁸², alors que la situation est différente pour les cours d'appel. Rien n'exige que les pouvoirs des cours d'appel, en matière jurisprudentielle, soient identiques à ceux que possède la Cour suprême : les deux cours n'ayant pas le même rôle, leurs décisions n'ont pas nécessairement à connaître les mêmes effets⁸³.

⁷⁶ Sauf, bien entendu, l'obligation pour les secondes de respecter les décisions de la première.

⁷⁷ *Schuster c. Laroque*, *supra* note 72; *A.J.G., Re.*, (1988) 87 A.R. 362 (Prov.Ct.F.D.); *R. c. Akey*, (1991) 1 O.R. (3^e) 7 (Ont.Ct.G.D.); *R.S. c. A.L.*, (1995) 158 A.R. 227 (Alta.Ct.Q.B.); *Québec (Procureur général) c. Arseneau*, [1997] R.J.Q. 1380 à la p. 1385 (C.S.); pour un exemple d'une application du principe *Sellars* à un *obiter* de la Cour supérieure : *Salaberry-de-Valleyfield (Ville) c. Leduc*, [1996] A.Q. N° 4485 (C.S.Q.) (Q.L.).

⁷⁸ (1981) 34 O.R. (2^e) 185 à la p. 186, 61 C.C.C. (2^e) 126 (Ont. H.C.J.), le juge cite l'en-tête de l'arrêt *Sellars* telle que rapportée dans la collection C.C.C., voir, *supra* note 19, pour conclure : «In my view, that principle also applies to a Court of this level when the opinion is expressed by the Court of Appeal of Ontario»; la même technique a été utilisée dans *R. c. Mackle*, (1991) 35 M.V.R. (2^e) 238 à la p. 243 (Ont.H.C.), M. le juge Cole; raisonnements suivis dans : *R. c. Ross*, (1986) 26 C.C.C. (3^e) 264 (Ont.D.Ct.); *contra* : *Corner Brook and Paper Ltd. c. Newfoundland (Minister of finance)*, [1995] N.J. No. 176 (N.S.Ct.T.D.) (Q.L.).

⁷⁹ Voir *supra* note 72.

⁸⁰ [1993] T.C.J. No. 694 (T.Ct.C.) (Q.L.). Le juge reprend la citation de l'arrêt *Ottawa c. Nepean Township et al.*, *supra* note 15, pour conclure à son application envers la Cour fédérale.

⁸¹ *Ibid.* par. 12. Ces réactions mettent en évidence l'importance attribuée aux cours d'appel dans l'unification du droit.

⁸² Peltomaa, *supra* note 27 à la p. 830.

⁸³ *A fortiori*, lorsqu'on considère ce pouvoir en ce qu'il a d'extraordinaire dans la tradition de *common law*. En droit anglais, le fonctionnement de la doctrine du *stare decisis* n'est pas le même selon les tribunaux. La Chambre des Lords peut dicter à la Cour d'appel des principes de respect des précédents qui ne s'appliqueront pas à elle. Par exemple, dans *Young c. Bristol Aeroplane*, [1944] K.B. 718, la Chambre des Lords a défini les exceptions aux règles du *stare decisis*. Or celles-ci ne sont pas les mêmes que celles que la Chambre des Lords s'est elle-même reconnue dans le *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, et elle a interdit à la Cour d'appel d'en introduire d'autres : *Davis c. Johnson*, (1979) A.C. 264, tel que cité dans Cross et Harris, *supra* note 33 à la p. 152, avec certaines nuances toutefois, à la p. 153.

La généralisation de la portée du principe *Sellars* a donc une signification similaire à celle du processus d'interprétation de son sens : entre le caractère persuasif ou obligatoire des *obiter dicta*, les juges ont tranché selon leur conception de ce qui est conforme au droit canadien. Un indice de cette acceptation provient du fait que jamais, hormis les juges dissidents, nous n'avons pu constater une certaine réticence ni un certain regret dans l'application du principe *Sellars*, sentiment exprimé lorsqu'ils appliquent les règles du *stare decisis*⁸⁴. De plus, aucun juge n'a cru pertinent d'opposer ce principe à la jurisprudence antérieure de la Cour suprême ! Ainsi, il est justifié de conclure, selon nous, que les juges, séduits par la règle, ont été convaincus de son bien-fondé.

c) Conclusion

Le principe du caractère obligatoire de certains *obiter dicta* de la Cour suprême s'est glissé dans le droit de la plupart des provinces canadiennes; c'est, du moins, ce que nous devons conclure de sa réception par les tribunaux étudiés. Par l'interprétation et l'application répétée de l'arrêt *Sellars*, de multiples nuances se sont perdues. Aujourd'hui, les juges ne font généralement plus référence aux termes mêmes de l'arrêt, et on peut constater que le divorce entre l'arrêt initial et la règle est consommé : l'arrêt *Sellars* est devenu, grâce au verbe judiciaire, le principe *Sellars*. Or le paradoxe est de taille : les juges seraient responsables de l'émergence d'un principe qui limite leur propre pouvoir⁸⁵ !

Certains juges ont toutefois marqué leur désapprobation : en fait, les dissidences avouées⁸⁶ sont peu nombreuses, mais elles sont fortes. Selon les juges dissidents, l'application du principe *Sellars* porte atteinte, comme l'a écrit justement le juge Lyon⁸⁷, à la «settled law of this country since 1867» et, comme l'opinion majoritaire des juges de la Cour suprême bénéficie d'un respect *en tant qu'autorité dans l'expression du droit canadien*, elle ne devrait pas, selon ces juges, «be treated as automatically and absolutely binding or immune to being distinguished»⁸⁸.

La Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur la portée qu'il fallait accorder à l'arrêt *Sellars*⁸⁹. Il est utile de rappeler que les juges La Forest et Cory ont exprimé leur point de vue, mais en tant que juges de cours d'appel. Toutefois,

⁸⁴ Ces regrets constituent le signe que les juges se sentent réellement contraints de respecter les précédents obligatoires, contrairement ce qu'a pu affirmer l'école réaliste américaine.

⁸⁵ Situation que semble refléter l'adage «du bâton que l'on tient souvent on est battu».

⁸⁶ Combien de juges n'ont pas été convaincus par l'argument «*Sellars*» et ont préféré se taire?

⁸⁷ Dans *R. c. Chartrand*, *supra* note 54 à la p. 94.

⁸⁸ *Ibid.* à la p. 96; M. le juge Lyon traduit là l'opinion du juge Lambert de la Cour d'appel de Colombie-Britannique : *R. c. Gladstone*, [1985] W.W.R. 504 à la p. 511 (C.A.B.C.).

⁸⁹ Le juge Lamer a toutefois constaté l'existence de cette jurisprudence dans : *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328 à la p. 335.

le juge Lamer a tenu, dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*⁹⁰, des propos similaires à ceux du juge Chouinard : «[m]ême si, à proprement parler, elles sont incidentes, les remarques de la majorité dans cet arrêt représentent l'opinion bien motivée de la Cour et constituent le droit applicable sur ce point»⁹¹. Et il existe certains *dicta* qui attribuent un statut normatif aux règles qui, bien que non formulées par la Cour suprême, ont «été considérées comme péremptoires et [qui] ont souvent été appliquées par des tribunaux d'instance inférieure»⁹².

La question demeure : comment devons-nous qualifier juridiquement ce principe ? En théorie, les tribunaux d'une province dont la Cour d'appel a reconnu l'existence du principe *Sellars* devraient respecter ce principe. Mais il n'est pas possible d'ignorer la fragilité du raisonnement qui lui sert d'appui. Ce qui est sûr, c'est qu'il n'est plus possible de prétendre que le principe *Sellars* peut être écarté comme étant l'expression d'une jurisprudence isolée ou qu'il aurait une portée purement rhétorique⁹³. Le problème théorique posé par cette évolution est de déterminer pourquoi les juges, dont nous avons étudié les décisions, ont penché pour cette interprétation de l'arrêt : il est tout de même curieux de constater que cette adhésion a pu s'effectuer *comme s'il* n'existait aucun principe juridique contraire.

Deuxième partie : Essai sur le principe Sellars

Nous avons cherché à montrer que l'interprétation de l'arrêt *Sellars* avait entraîné l'émergence du principe du respect des opinions majoritaires incidentes émises par la Cour suprême du Canada. Son application répétée pourrait avoir un effet dynamique, celui de donner naissance à ce que les civilistes appellent une «jurisprudence constante» dont les effets s'apparentent à ceux d'une règle de droit⁹⁴. Ce nouveau principe a néanmoins un statut juridique fragile : il

⁹⁰ [1995] 1 R.C.S. 451.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 471. Dans *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 à la p. 1097, M. le juge Laforest cite un extrait d'une allocution prononcée par le juge Lamer : «Dans une conférence pour le bénéfice de l'Association nationale des juges de nomination provinciale, voici ce qu'il dit : "Only what is ratio decidendi and not what is but obiter is binding; or, put in other words, only the essentialia of the decision is binding"».

⁹² *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670 à la p. 738 e, M. le juge La Forest dissident, dont il est utile de reprendre les termes exacts : «Quoique, comme je l'ai fait remarquer, les observations déjà citées du juge Martland concernant le pouvoir discrétionnaire reconnu dans l'arrêt *Noor Mohamed*, *supra* constituent strictement des opinions incidentes, elles ont néanmoins été considérées comme péremptoires et ont souvent été appliquées par des tribunaux d'instance inférieure, ce qui confirme clairement l'existence de ce pouvoir discrétionnaire au Canada.»

⁹³ Gilbert, *supra* note 26 : au motif que les juges l'utiliseraient strictement quand vient le temps d'appuyer leur opinion et que celle-ci se fonde sur un *obiter dictum* de la Cour suprême.

⁹⁴ Il pourrait aussi être qualifié comme étant une règle de reconnaissance qui, selon la théorie de Hart, se reconnaît par l'activité des juristes dans un système juridique : H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2^e ed., Oxford, Clarendon Press, 1994 à la p. 101 ; P. Wesley-Smith, «Adjudication and Status of Stare Decisis», dans L. Goldstein, dir., *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987 à la p. 73.

suffirait d'un simple trait de plume pour que la Cour suprême en réduise la portée à néant.

Un observateur qui adopterait un point de vue «externe» au droit canadien aurait certainement de la difficulté à saisir le phénomène décrit plus haut. Voici un groupe important de juristes qui renient ouvertement l'un des principes fondamentaux du système juridique dont ils font partie⁹⁵, principe qui, aujourd'hui encore, a cours dans nos universités, nos traités et nos prétoires. Notre propos, à ce stade, se borne à poser certaines hypothèses, qui nous apparaissent insuffisantes, mais qui ont l'avantage d'être simples : l'attrait du principe *Sellars* résiderait dans sa capacité de traduire un réflexe chez les juristes canadiens, lorsqu'ils lisent les arrêts de la Cour suprême ou de répondre à un besoin de cette communauté (A). Par contre, son adoption en droit canadien pourrait entraîner des effets importants et pervers sur le plan théorique (B).

A - Explication de l'émergence du principe *Sellars* - hypothèses

Derrière le principe *Sellars* doit se trouver, à notre avis, une pratique des juges et des avocats : celle de lire toutes les déclarations de la Cour suprême comme si elles formulaient des règles de droit. La relation entre la pratique des juristes et la conception des précédents a déjà fait l'objet d'études approfondies, et leur interaction a déjà été constatée⁹⁶. À notre avis, cette pratique est liée, d'une part, au style de motivation des arrêts de la Cour suprême (i) et, d'autre part, à la fonction qu'elle doit exercer au sein du système juridique canadien (ii).

i : Le style de motivation des arrêts de la Cour suprême

L'utilité des notions d'*obiter dictum* et de *ratio decidendi* dépend, en grande partie, de la forme et du contenu des jugements auxquels on doit les rattacher. Il est évidemment plus facile de dégager la *ratio decidendi* d'un arrêt qui a pour unique ambition de résoudre une question précise et qui comporte une seule opinion. Or, depuis un certain temps, on constate que notre tribunal suprême a modifié la présentation matérielle et formelle de ses arrêts. Il serait donc pertinent de tenter de situer à quel point ce style de motivation a pu favoriser l'émergence du principe *Sellars*.

⁹⁵ Le principe *Sellars* remet en question la théorie des sources formelles du droit canadien, voir, ci-dessous, le texte correspondant aux notes 138 et s.

⁹⁶ La relation entre la pratique et la conception des précédents a été soulignée par Gerald Postema dans : «Some Roots of our Notion of Precedent», dans L. Goldstein, dir., *supra* note 94 à la p. 9 et à la page 10 : «(...) our conception of precedent is a reflection of our practice, that practice is pervasively influenced by the way participants in the practice, professional and lay alike, conceptualize the practice (...) our contemporary practice is the product of a long history both of immediate practical adjustments to new circumstances and of theoretical reflection, sometimes of great sophistication on the practice.»

En premier lieu, la simple augmentation du volume d'information contenue dans les arrêts influence indéniablement leur lecture. Comme le reconnaissent les juges eux-mêmes, la Cour doit analyser des sujets de plus en plus vastes et de plus en plus complexes : le traitement de ces sujets augmente considérablement la longueur des décisions⁹⁷. Selon la théorie du *stare decisis*, le juriste doit retirer de cette masse d'information ce qui peut se décrire comme un raisonnement. Pour qu'il soit contraignant, ce dernier doit avoir été considéré nécessaire⁹⁸ pour justifier la conclusion à laquelle en est arrivé le tribunal; cette théorie suppose donc une lecture attentive des faits⁹⁹, des jugements antérieurs dont on fait appel, de la question de droit, de la plaidoirie des parties et des jugements prononcés dans des décisions analogues¹⁰⁰. Étant donné l'ampleur des données qui doivent être appréhendées, le processus de détermination de la *ratio decidendi* ne peut qu'être aléatoire et incertain.

Face à la complexité de ce processus, une solution simplificatrice peut sembler constituer un progrès, ce qui expliquerait l'apparition du principe *Sellars*. Selon le professeur Christian Atias, «[l]e succès irait aux théories qui simplifient l'exposé du droit positif en évitant les trop nombreuses exceptions et les perturbations trop profondes»¹⁰¹. De plus, si la matière première à partir de laquelle le juriste doit cerner l'état du droit s'est complexifiée, il est possible que les outils conceptuels d'antan ne lui soient plus de la même

⁹⁷ Mme le juge Wilson, «Decision Making in the Supreme Court» (1986) 36 U.T.L.J. 227 à la p. 230; Mme le juge L'Heureux-Dubé, «The Length and Plurality of Decisions» (1988) 28 Alta. L.R. 581; une étude statistique citée par M.C. Schumiatcher, «The Supreme Court and the Oral Tradition» (1980) 1 Sup. Ct. L. Rev. 479, révèle qu'entre 1948 et 1978, la publication annuelle des arrêts de la Cour suprême du Canada a augmenté de 449% (soit plus de 2 millions de mots pour la seule année 1978); suivre l'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême exige, de nos jours, la lecture de quelque 3000 pages par années : M. McInnes, J. Bolton et N. Derzko, «Clerking at the Supreme Court of Canada» (1995) 33 Alta. L.R. 58 à la p. 78.

⁹⁸ Pour une critique de la notion de «nécessaire» et des difficultés qu'elle soulève, voir : R.A. Samek, «The Dynamic Model of the Judicial Process and the Ratio Decidendi of a Case» (1964) 42 R. du B. can. 433 aux pp. 440-42.

⁹⁹ Cross et Harris, *supra* note 33 à la p. 43.

¹⁰⁰ *Ibid.* à la p. 45.

¹⁰¹ Atias, *supra* note 2 à la p. 122. Le principe *Sellars* répond en partie à cette description, car il évite la prise en compte du contexte factuel de l'énonciation de la décision judiciaire : du moment qu'il s'agit d'un énoncé de droit partagé par la majorité des juges, il acquiert le statut de règle de droit. De plus, le principe *Sellars* est exprimé en utilisant des concepts connus, comme, par exemple, les notions de «*considered opinion*», «*binding*» et «*obiter dictum*». Finalement, il traduit une certaine réalité, car il est vrai que certains *obiter dicta*, par leur force persuasive, parviennent à convaincre leur auditoire et deviennent les *ratio decidendi* de décisions subséquentes. Un exemple récent en est l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, qui a adopté l'*obiter dictum* formulé par le juge Wilson dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; aussi, dans *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683 à la p. 698, M. le juge en chef Lamer. Ces facteurs facilitent certes l'entrée d'une théorie dans une communauté juridique, mais, comme nous le verrons, celle-ci risque de provoquer des «perturbations trop profondes» pour qu'elle puisse être réellement admise en droit canadien.

utilité¹⁰². Pour connaître l'état du droit, il serait plus simple et plus efficace de chercher des affirmations appuyées par une majorité de juges.

En second lieu, le nombre limité d'affaires que la Cour suprême du Canada entend chaque année¹⁰³, notamment en droit privé¹⁰⁴, incite certains juges à régler des questions de droit incidentes à la question de droit soulevée. Le raisonnement a été décrit par l'ancienne juge Bertha Wilson, en ces termes :

They (some judges of the Court) feel that the traditional approach of deciding only what is necessary to decide in order to dispose of the case on the narrow facts before it is no longer good enough. They argue that if we are only going to bring up one or two property cases in a year, then we should make the most of the opportunity by adopting a more expansive approach to our decision-making role.¹⁰⁵

Dans certaines décisions, on constate que les juges de la Cour suprême élargissent volontairement l'étendue des questions traitées¹⁰⁶, ce qui a un certain effet sur la méthode de rédaction des décisions. Dans quelques cas, la Cour expose le droit en adoptant un style professoral ou universitaire, phénomène qui est accentué par l'influence des clercs juridiques¹⁰⁷. Le juge Claire L'Heureux-Dubé a décrit en ce sens le rôle que s'attribuent les juges de la Cour suprême : «Supreme Court Justices are teachers and should be leaders in the

¹⁰² Un indice du vieillissement de la méthode se profile derrière une pratique doctrinale : lorsqu'ils veulent appuyer une proposition de droit, rares sont les auteurs qui, pour chacune des citations, prennent la peine de qualifier les affirmations citées d'*obiter dictum* ou de *ratio decidendi*. Précaution qui serait utile pour connaître le degré d'autorité que revêt la proposition défendue. Ce serait, selon le professeur Tancelin, un point de méthode important : M. Tancelin, «L'utilisation concurrente de la règle du précédent et de l'interprétation large et libérale selon l'esprit de la loi» (1979) 39 R. du B. can. 675 à la p. 676.

¹⁰³ Cette explication m'a été suggérée par le professeur Pierre-André Côté. Pour une étude statistique permettant d'illustrer cette évolution, voir : P.H. Russel, «The Supreme Court in the 1980's : A Commentary on the R.C.S. Statistics» (1992) 30:4 Osgoode Hall L.J. 771; J.H. Kim, «An Introduction to the 1981-1990 R.C.S. Statistical Analyses» (1992) 30 Osgoode Hall L.J. 797; et la totalité des statistiques publiées dans : (1992) 30 Osgoode Hall L.J. 1, 771 et 797.

¹⁰⁴ À la lecture de l'article du professeur Russel, *supra* note 103 à la p. 777, on constate l'existence d'une période «creuse» pour le recours de droit privé, soit les années 1984 à 1989 où la Cour a traité, en moyenne, 17 pourvois.

¹⁰⁵ Wilson, *supra* note 97 à la p. 234; elle précise que certains commentateurs canadiens préféreraient que ce rôle puisse s'accroître d'avantage : «the Court through its judgments should provide guidelines for the disposition of similar cases that might arise in the future» (*Ibid.*).

¹⁰⁶ Généralement, l'on retrouve au début de l'arrêt l'énoncé précis de la question posée, mais, par la suite, il est fréquent de trouver des commentaires qui «débordent» de celle-ci. Pour un exemple où les membres de la Cour ont reconnu expressément qu'ils ne se prononçaient plus sur la question initiale, voir : R. c. *Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190 à la p. 211.

¹⁰⁷ L. Sossin, «The Sounds of Silence : Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada» (1996) 30 U.B.C.L. 279 à la p. 299 : «(...) most clerks tend to write lengthy judgments (...) [and] tend to have their legal education more influenced by law reviews (...) they write more in the style of law reviews [and] academic style». Pour une étude générale du rôle des clercs à la Cour suprême, voir : McInnes, Bolton et Derzko, *supra* note 97.

field of law as well as decision makers»¹⁰⁸. Cela peut expliquer pourquoi la formulation du droit tend à prendre des allures de propositions générales qui dépassent le cadre factuel du litige. Faut-il alors que le juriste limite la portée de ces principes à la question de droit précise soulevée dans l'arrêt comme l'exige la théorie ? S'agit-il vraiment d'*obiter dictum*, c'est-à-dire de remarques faites en passant ou incidemment¹⁰⁹ ?

Le principe *Sellars* trahit selon toute vraisemblance une certaine habitude en droit canadien, celle de méprendre, par pragmatisme¹¹⁰, les affirmations générales de droit pour la *ratio decidendi* de la décision. Favorisée par des motifs prolixes, cette méthode demeure contraire aux règles du *stare decisis* dans la mesure où elle néglige le cadre factuel du litige. Mise à part cette

¹⁰⁸L'Heureux-Dubé, *supra* note 97 à la p. 585 : elle précise qu'en présence d'un point de droit, la Cour est tentée de donner «a definitive direction» sur l'état du droit et que, dans ce cas : «the natural inclination is to explore every facet of the particular legal problem, recount history and account for each theory or precedent» (*Ibid.*). Un exemple de cette méthode se trouve dans : *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 à la p. 166 et s.

¹⁰⁹Par exemple, l'opinion du juge Lamer dans l'arrêt *Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, illustre l'importance d'une déclaration qui n'est pas nécessaire pour la résolution du litige, mais qui serait appuyée par une majorité de juges. Dans cet arrêt, la Cour devait déterminer la portée de l'al. 10 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* «en ce qui concerne l'obligation qui incombe aux agents de police quand un accusé s'inquiète de ce que son droit à l'assistance d'un avocat puisse dépendre de ses moyens de se payer les services de ce dernier» (*Ibid.* à la p. 194). La majorité de la Cour, sous la plume du juge Lamer, a répondu que les policiers ont, dans ce cas précis, l'obligation d'informer l'accusé de «l'existence d'avocats de garde et de la possibilité de demander de l'aide juridique» (*Ibid.* à la p. 206). La *ratio decidendi* se limite donc au cas précis à l'étude. Toutefois, bien qu'il reconnaisse le caractère non indispensable de ses remarques, le juge Lamer fait des observations plus générales sur l'obligation constitutionnelle d'informer systématiquement les accusés de l'existence de ces services (*Ibid.* à la p. 211) parce que, selon lui, «il est nécessaire d'aborder cette question car, autrement, il subsisterait notamment, après le présent arrêt, un doute chez ceux qui sont chargés d'appliquer la loi» (*Ibid.* à la p. 211). Ce faisant, il étend l'application du principe dégagé plus haut à toutes les arrestations, qu'un accusé s'inquiète de la portée de son droit ou non.

Ceux qui croyaient que le juge Lamer ne formulait qu'un principe se limitant «au cas précis» où l'accusé s'inquiète de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ont tort. La Cour, dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, a précisé que cette obligation s'étendait à tous les accusés, quels que soient leurs craintes et leurs moyens financiers. Toutefois, le juge Lamer fait la déclaration suivante : «l'arrêt *Brydges* exigeait que les personnes détenues soient informées automatiquement de leur droit (garanti par la loi) à des services juridiques immédiats et gratuits quoique temporaires» (*Ibid.* aux pp. 258-59). Cette déclaration implique de façon non équivoque que le juge Lamer perçoit son propre *obiter* comme étant l'expression des motifs déterminants de l'arrêt *Brydges*.

¹¹⁰Sur cette hypothèse, voir Poirier, *supra* note 35 aux pp. 212-13 : l'auteur rattache le poids de ces *obiter* au fait qu'il s'agit, fait, d'indications claires de la part de la Cour suprême de ce qu'est l'état du droit sur un point particulier. «[i]l serait donc malavisé, voir négligent pour un avocat, de faire croire à un client qu'il a de bonnes chances de gagner sa cause, alors qu'une Cour supérieure — suprême ou d'appel — soutient le contraire en *obiter*. La plupart des avocats soutiennent que les cours inférieures sont tenues de suivre l'interprétation donnée en *obiter* par les cours supérieures».

explication liée à la technique de motivation des arrêts de la Cour suprême, l'émergence du principe *Sellars* apparaît conforme à la fonction occupée par la Cour suprême en droit canadien. Ce qui, à titre d'hypothèse, expliquerait la relative facilité avec laquelle elle a été adoptée par nos tribunaux.

ii : *L'opinion majoritaire incidente : reflet d'une fonction de la Cour suprême*

Le rôle de la Cour suprême du Canada a fortement évolué depuis 1949, date à laquelle elle est devenue la plus haute Cour de notre organisation judiciaire¹¹¹. C'est à la suite de l'effort collectif de juristes qui ont plaidé qu'elle devait se dégager de l'emprise des tribunaux anglais¹¹² que la Cour est parvenue à occuper l'espace qui lui revenait : celui d'une juridiction d'appel de dernier ressort pour le Canada. Le principe *Sellars* s'inscrit peut-être dans cette évolution.

En 1975, sous prétexte qu'il était nécessaire de réduire la charge de travail des juges, la Cour s'est vue accorder le pouvoir de sélectionner les appels de droit privé¹¹³ : le Parlement justifiait ainsi la supervision exercée par la Cour sur le droit canadien, car elle pouvait dorénavant trancher les questions de droit que la Cour estimait «importantes»¹¹⁴. L'effet de cette évolution a été de donner à la Cour suprême le rôle d'unifier le droit canadien¹¹⁵ et, surtout, de l'adapter aux conditions nouvelles.

¹¹¹ Pour une histoire de l'institution, voir I. Bushnell, *The Captive Court* [:] *A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992 à la p. 281 et s.

¹¹² Les articles de doctrine militaient fortement pour l'abolition du recours au Conseil privé : W.G. How, «The Too Limited Jurisdiction of the Supreme Court of Canada» (1947) 25 R. du B. can. 573; F.R. Scott, «Abolition of Appeals to the Privy Council [:] A Symposium» (1947) 25 R. du B. can. 557; et ensuite, pour qu'elle prenne une distance critique avec les décisions des cours anglaises : B. Laskin, «The Supreme Court of Canada : A Final Court of and for Canadians» (1951) 29 R. du B. can. 1038 (surtout la question du maintien de la doctrine du *stare decisis* en matière constitutionnelle, à la p. 1069 et s. et à la p. 1073); G.D. Kennedy, «Supreme Court of Canada — Stare Decisis — Role of Canada's Final Court — Unsatisfactory Nature of Reasons for Judgment» (1955) 33 R. du B. can. 340, du même auteur, «Supreme Court of Canada : Canada's final Court» (1955) 33 R. du B. can. 630; M.R. MacGuigan, «Precedent and Policy in the Supreme Court» (1967) 40 R. du B. can. 627.

¹¹³ S.C. 1974-75-76, c. 18. Sur l'interprétation qu'en a faite le juge Laskin, voir : I. Bushnell, *supra* note 111 à la p. 404 et s. L'appel de plein droit existe seulement en matière criminelle, lorsqu'un juge de la Cour d'appel est dissident sur une question de droit en vertu des articles 691(1)a, 692(3a), 693(1a) du C. cr., lorsqu'il y a un refus d'accorder un *habeas corpus* 784(3) du C. cr. ou lorsqu'un verdict d'acquiescement est cassé en appel (691(2) C.cr.).

¹¹⁴ *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-19, art. 40(1). Pour un exposé du droit d'appel à la Cour suprême voir : P. Hogg, *Constitutionnal Law in Canada*, 3^e ed., Toronto, Carswell, 1992 à la p. 207 et s.

¹¹⁵ Le principe d'unité en droit canadien a reçu une consécration récente dans l'arrêt *Hunt c. T. & N.P.L.C.*, [1993] 4 R.C.S. 289, où la Cour suprême a déterminé qu'une Cour supérieure a le pouvoir d'évaluer la constitutionnalité d'une loi adoptée dans une autre province si celle-ci est pertinente au litige et de tirer des conclusions de faits à son égard, notamment son inconstitutionnalité!

Par ailleurs, les moyens d'exercer cette fonction sont limités à la portée obligatoire des arrêts qui, selon les règles du *stare decisis*, se restreint à la seule *ratio decidendi*. Étant donné que la détermination de la *ratio decidendi* n'est pas un processus automatique, celle-ci peut varier selon les ordres judiciaires provinciaux. Ainsi, par le jeu des règles du *stare decisis*, l'effet unificateur d'un arrêt de la Cour suprême est limité et incertain. Avec le principe *Sellars*, au contraire, l'incertitude de la portée d'un arrêt s'éteint et les moyens d'unifier la jurisprudence sont amplifiés. L'exigence¹¹⁶ de respecter les opinions majoritaires sur chacun des points de droit permet de tracer facilement l'étendue des règles de droit établies par un arrêt. Ensuite, elle constitue la source d'un pouvoir quasi absolu, car, *quelle que, soit la question de droit soulevée par l'appel*, chacune des opinions majoritaires traitées est obligatoire. Si, comme a pu l'écrire le juge La Forest, «[la Cour suprême] exerce une "juridiction [*sic*] unificatrice" sur les tribunaux des provinces»¹¹⁷, avec le principe *Sellars*, la Cour suprême pourrait rendre uniforme la jurisprudence. Le principe *Sellars*, dans ce contexte, peut donc être compris comme étant la consécration de cette mission unificatrice¹¹⁸.

Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹⁹, la fonction de la Cour suprême a pris une dimension nouvelle : tout comme l'ensemble des tribunaux, elle a dû traiter et construire un pan entier du droit constitutionnel. Dans l'édification de cette *nouvelle* matière en droit canadien, les juges devaient définir des termes abstraits¹²⁰ et élaborer des principes sans grand rapport avec la tradition juridique de *common law*¹²¹. Puisqu'il doit établir de nouveaux principes, le discours de la Cour suprême, comme l'a écrit le juge Claire L'Heureux-Dubé, a pris

¹¹⁶ À cet égard, l'expression «*binding*» est révélatrice, car son apparition dans les pays de *common law* coïncide avec l'émergence de la conception du droit en tant que produit de l'État : H.P. Glenn, «Persuasive Authority» (1987) 32 R.D. McGill 261 à la p. 280. Il est vrai que le principe *Sellars* constitue un outil autoritaire dans l'unification du droit alors qu'une autre façon d'atteindre cet objectif louable serait de miser sur une approche qualitative.

¹¹⁷ *Hunt c. T. & N.P.L.C.*, *supra* note 115 à la p. 318 h.

¹¹⁸ Certains auteurs ont même critiqué le manque d'assiduité de la Cour suprême dans l'exercice de cette tâche : D. Gibson, «The Crumbling Pyramid : Constitutional Appeal Rights in Canada» (1989) 38 U.N.B.L.J. 1.

¹¹⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après *Charte canadienne* ou la *Charte*].

¹²⁰ Hogg, *supra* note 114 à la p. 797.

¹²¹ Pour la détermination des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*, la Cour suprême a manifesté la volonté de se démarquer de sa jurisprudence antérieure et d'écarter tout recours automatique aux interprétations fondées sur la théorie de la «*implied Bill of Rights*», à l'interprétation de certains droits protégés par la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, App. III., et à la jurisprudence américaine sur le *Bill of Rights*. À propos du caractère «rhétorique» de ce procédé d'interprétation : J. Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, coll. «Minerve», 1991 à la p. 52, tel que cité dans : K. Benyekhlef, «Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit» (1993) 38 R.D. McGill 90 à la p. 95. Sur l'effet que cette *tabula rasa* a provoqué sur le rendement de la Cour, voir : C. Baar et E. Baar, «Diagnostic Adjudication in Appellate Courts : the Supreme Court of Canada and the Charter of Rights» (1989) 27 Osgoode Hall L.J. 1.

un ton professoral¹²², et il est logique que les auditeurs, qui cherchent à prédire à tout prix l'évolution jurisprudentielle, en fassent une lecture exégétique¹²³ : étant donné que le juge se prononce *in abstracto*, comme un législateur, l'importance du contexte factuel d'un arrêt tend à s'estomper.

Aussi, cette entreprise a bouleversé les règles substantielles et processuelles du droit public et, surtout, du droit criminel. Face à la remise en cause de ces règles, principes et institutions, les tribunaux canadiens avaient peut-être besoin de *réponses stables* de la part de notre Cour suprême. Ce besoin serait alors conjugué à un phénomène global qui affecte un système juridique dont les solutions d'antan sont mises à l'écart face aux réalités nouvelles. Les anciens raisonnements ne suffiraient plus et les juristes auraient besoin de *réponses rapides* qui viennent d'en haut, des recettes toutes faites qui viendraient combler les lacunes que les faits sociaux auraient creusées dans notre système juridique¹²⁴. Le droit positif étant muet, il reviendrait à la Cour suprême de prendre la parole.

Dans certains cas, la Cour suprême s'est même sentie *obligée* de formuler des opinions qui, techniquement, étaient incidentes au litige. C'est le cas notamment lorsqu'elle déclare inconstitutionnelle une règle législative¹²⁵ ou de *common law*¹²⁶ : au lieu de laisser le législateur combler le vide ainsi créé, la Cour prend parfois la responsabilité de formuler une norme de remplacement¹²⁷. Par exemple, dans *R. c. Seaboyer*¹²⁸, le juge McLachlin expose quelles seront les nouvelles règles¹²⁹ de recevabilité et d'utilisation de preuves reliées au comportement sexuel du plaignant en matière de viol, sous une forme qui peut surprendre, pour un juriste de *common law* :

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le plaignant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports

¹²² L'Heureux-Dubé, *supra* note 108.

¹²³ En droit civil, l'introduction de nouvelles règles favorise une lecture exégétique du texte : A.-F. Bisson, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation. Traditions et transitions» (1992) 23 R.D.U.S. 1 à la p. 16.

¹²⁴ Sur la relation que peuvent entretenir les faits et le droit, voir : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 671 à la p. 700 et s., Mme le juge L'Heureux-Dubé.

¹²⁵ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

¹²⁶ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 à la p. 978 et s., la Cour examine l'attitude que les tribunaux doivent adopter lorsqu'une règle de *common law* porte atteinte à une disposition constitutionnelle; la Cour étudiera d'abord la possibilité de modifier la règle de *common law* avant d'en «créer» une nouvelle : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

¹²⁷ Le droit a horreur du vide!

¹²⁸ [1991] 2 R.C.S. 577 à la p. 634 et s.

¹²⁹ Le juge McLachlin les qualifie une fois de «lignes directrices» qui «doivent être considérées comme une tentative de décrire les conséquences de l'application des règles générales en matière de pertinence et de recevabilité de la preuve, sans plus, et non comme du droit prétorien immuable» (*R. c. Seaboyer*, *supra* note 125 aux pp. 633-34) ce qui laisse une impression de souplesse dans l'attitude de la Cour face à l'interprétation de ces lignes directrices. Ceci est toutefois contradictoire avec le fait que la juge les qualifie ensuite de « principes applicables» (*Ibid.* à la p. 634) en la matière et annonce que les anciennes règles de *common law* ne sont plus applicables, elles n'ont «pas leur place dans notre droit» (*Ibid.* à la p. 630).

sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait:

a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès;

b) moins digne de foi comme témoin.

2. La preuve d'un consentement du plaignant à des rapports sexuels peut être admissible à des fins autres qu'une inférence relative au consentement ou à la crédibilité du plaignant si elle possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et si le danger d'effet préjudiciable ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante (...) ¹³⁰

Bien que cette norme nouvelle soit formulée au milieu d'un *obiter dictum*, elle acquiert sans trop de mal le statut de règle officielle : elle «entre» dans le droit canadien dès sa publication.

Par conséquent, ce qui expliquerait en partie l'émergence du principe *Sellars*, ce serait sa capacité de répondre à un certain besoin de stabilité en droit canadien tout en augmentant la capacité d'unifier le droit par la jurisprudence de la Cour suprême. L'arrêt *Sellars*, rendu avant la *Charte*, ne pouvait être conçu dans cette optique. Le droit faisant bien les choses, l'arrêt *Sellars* est parvenu à s'insérer dans l'esprit des juristes, grâce à son utilité. Néanmoins, il s'agit d'une directive qui appelle certaines critiques, car il existe une différence fondamentale entre le pouvoir de «faire» du droit avec une théorie du *stare decisis* et celui qui se profile derrière la théorie de l'arrêt *Sellars*. Dans la première, le pouvoir des juges est *limité* à la proposition de droit, lue en fonction des faits de l'espèce, tandis qu'avec la seconde, il n'y a pas de limite substantielle à l'exercice de ce pouvoir.

B - Appréciation du principe *Sellars* - thèse

La doctrine du *stare decisis* n'a été reconnue par la Cour suprême qu'au début de notre siècle ¹³¹. Avant cette reconnaissance, on pouvait déduire du

¹³⁰ *Ibid.* aux pp. 634-36; nous avons seulement transcrit deux des quatre critères écrits sous cette forme. La Cour suprême a eu recours à cette technique de rédaction des règles de *common law* dans plusieurs arrêts : *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852 aux pp. 893-94, Mme le juge Wilson : «Vu l'analyse qui précède, je résumerais ainsi les principes qui président à l'admission régulière du témoignage expert dans des cas comme celui qui se présente en l'espèce :

*1. Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane.

*2. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. (...)

*3. La preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.

*4. (...)»;

Voir, aussi : *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232 à la p. 259; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852 à la p. 893 et s.; *R. c. Robinson*, *supra* note 101 à la p. 713; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 aux pp. 890-91.

¹³¹ *Stuart c. Bank of Montreal*, (1909) 41 R.C.S. 516.

comportement des tribunaux qu'ils respectaient les opinions antérieures, mais on ne pouvait prétendre qu'ils y étaient formellement tenus¹³². L'ascension du *stare decisis* constituait donc un pas dans une certaine direction, celle d'une étatisation du droit et de sa systématisation en un ensemble de règles obligatoires et hiérarchisées¹³³.

Depuis son adoption en droit canadien, plusieurs juristes ont annoncé le déclin de la règle du *stare decisis*¹³⁴. En réalité, celui-ci s'est produit en partie seulement. Généralement, dans les pays de *common law*, les tribunaux de dernier ressort ont reconnu leur capacité d'effectuer des revirements de jurisprudence¹³⁵ et ont ainsi exprimé leur volonté d'atténuer la rigidité du principe du respect des précédents¹³⁶. Manifestement, le principe *Sellars* se situe à contre-courant de cette évolution. De même, on peut constater que l'assouplissement annoncé, et surtout espéré, de la règle du *stare decisis* ne semble pas s'être étendu à la relation hiérarchique qu'elle établit¹³⁷. En effet, le principe *Sellars* renforce cette relation à un point tel qu'il serait susceptible de figer littéralement l'évolution de la *common law* (ii), mais avant d'aborder cet aspect, il est utile d'envisager sa nature et son statut en droit canadien (i).

¹³² Sur le thème général de l'émergence de la doctrine du *stare decisis* au XIX^e siècle : J. Evans, «Change with the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century», dans L. Goldstein, dir., *supra* note 96 à la p. 35.

¹³³ Sur ce thème, lire la pénétrante analyse du professeur H.P. Glenn : «The Common Law in Canada» (1995) 74 R. du B. can. 261 à la p. 268 et s.

¹³⁴ *Ibid.* à la p. 271.

¹³⁵ Pour la Chambre des Lords, voir : *Practice Statement (Judicial Precedent)*, *supra* note 83; pour la Cour suprême du Canada, voir *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594 à la p. 594; *Barnett c. Harrison*, [1976] 2 R.C.S. 531 à la p. 559; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1982] 2 R.C.S. 518 à la p. 527; *R. c. Bernard*, *supra* note 101 à la p. 849; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683 à la p. 697 et s. Certains auteurs ont interprété cette évolution jurisprudentielle comme entérinant le passage d'une conception «stricte» à une conception «souple» des règles du *stare decisis* : selon Alison Harvison Young, dans «Stare Decisis — Quebec Court of Appeal — Authority v. Persuasiveness» (1993) 72 R. du B. can. 91 à la p. 101, «[t]his change may be said to mark a shift (...) in the role that previous decisions play: decided cases are the most likely an important source of persuasive authority, but are to be accorded something less than blind obedience».

¹³⁶ Cette révolution copernicienne qu'a été la déclaration (*Practice statement*) de la Chambre des Lords, en 1966, ne peut pas tout à fait être comprise si on ne saisit pas l'immuable rigidité du principe antérieur. Cet état de fait a été exprimé de façon explicite, non sans regret, par Lord Reid dans l'affaire *Nash c. Tamplin & Sons Brewery*, [1952] A.C. 231, en ces termes : «[this] House has debarred itself from ever re-considering any of its own decisions». Ainsi, le *Practice Statement (Judicial Precedent)*, *supra* note 83, fait par la Chambre des Lords, justifiait un assouplissement de la doctrine du *stare decisis* dans la mesure où «too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law» (*Ib.*).

¹³⁷ Par exemple, dans l'article d'Alison Harvison Young, *supra* note 135 à la p. 101 (n. 49), l'auteur précise que même si les Cours suprêmes ont adopté une conception «souple» («*relaxed*») du *stare decisis*, cela n'a pas pour effet d'ébranler la relation hiérarchique entre les tribunaux, car, «[of] course, lower courts are bound by upper courts».

i : La nature et le statut du principe *Sellars*

Le principe *Sellars*, tel qu'il se dégage des arrêts étudiés, consiste à accorder une valeur contraignante à un *obiter dictum*, lorsque celui-ci porte sur un point de droit partagé par la majorité des juges de la Cour suprême¹³⁸. Attribuer un effet contraignant à un *obiter dictum* entraîne son intégration dans la même catégorie que les lois, les règlements, la Constitution et les *rationes decidendi* des précédents obligatoires. Cela équivaut à remettre en question la théorie des sources formelles du droit canadien, car le juge est tenu formellement de prendre en considération et d'appliquer cet *obiter dictum*, lorsqu'il tranche une question de droit.

Ce serait donc une erreur de prétendre que l'adjectif «contraignant»¹³⁹ rejoint celui de «hautement persuasif»¹⁴⁰ puisqu'en réalité ces deux notions s'opposent sur un point fondamental : l'une est impérative pour le juge, et l'autre pas¹⁴¹. En fait, une règle obligatoire peut ne pas être persuasive, parce qu'elle nous apparaît mal fondée ou injuste, elle demeure néanmoins obligatoire pour le juge¹⁴²; en retour, une règle hautement persuasive ne sera jamais «binding». Le principe *Sellars* est donc équivalent à une délégation de pouvoir à la Cour suprême dans la mesure où il attribue un pouvoir plus large de «faire» le droit, la seule contrainte formelle qui s'impose étant l'exigence qu'une majorité de juges s'accorde sur un point de droit¹⁴³.

¹³⁸ À titre d'exemples : *Scarff c. Wilson*, *supra* note 46 à la p. 303 : «the obligation of a lower court, including courts of appeal, to follow judgments of the Supreme Court of Canada (...) extends also to any considered decision of that court on a question of law or principle»; *R. c. Chartrand*, *supra* note 54 à la p. 84 : «*R. c. Sellars* (...) has raised [the] authority [of that kind of judicial dicta] to that of a ratio decidendi (...) that ruling is binding on lower courts». L'expression *judicial dicta* nous apparaît imprécise dans la mesure où, *stricto sensu*, elle englobe tout ce que dit un juge; or certains juges l'utilisent pour qualifier un certain type de *dicta*. Il est utile de souligner que certains tribunaux ont élargi la portée du principe *Sellars* aux *obiter dicta* des cours d'appel, voir, ci-dessus, aux pp. 19 et s.

¹³⁹ En anglais : «binding».

¹⁴⁰ En anglais : «highly persuasive».

¹⁴¹ F. Grivart de Kerstrat, «*Common law et analogie*» (1995) 4 R.R.J. 1087 à la p. 1093.

¹⁴² Comme l'a écrit Lord Devlin : «[t]he principle of stare decisis does not apply only to good decisions; if it did, it would have neither value nor meaning» (*Jones c. D.P.P.*, [1962] A.C. 635 à la p. 711, tel que cité dans : P.S. Atiyah et R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987 à la p. 115). Selon les auteurs Atiyah et Summers, *Ibid.* à la p. 115 et s., la conception de la *common law* varie selon les systèmes juridiques. Aux États-Unis, la distinction formelle entre les sources de droit «binding» et «persuasive» tend, semble-t-il, à s'estomper, les juges se référant plus souvent au contenu de la décision avant de se sentir contraints de la respecter.

¹⁴³ Certains tribunaux exigent cependant que cette opinion soit motivée ou qu'une véritable intention de lier les tribunaux inférieurs soit exprimée; voir *supra* note 60. Essentiellement, ces critères conduisent à admettre que, quelle que soit la question posée à la Cour suprême, celle-ci peut volontairement régler des points de droit accessoires au litige et lier les tribunaux inférieurs.

Selon le droit positif canadien, le principe *Sellars* s'impose aux tribunaux de première instance et aux cours d'appel dans la mesure où il a été adopté à l'intérieur de leur ordre judiciaire. Toutefois, l'on pourrait ranger l'interprétation de l'affaire *Sellars* parmi l'une des exceptions aux règles du *stare decisis*, celle couverte par la théorie de la décision rendue *per incuriam*. Selon certains tribunaux anglais, une Cour d'appel peut, au nom de cette exception, se dégager de l'obligation de suivre un arrêt antérieur, si elle conclut que ce dernier s'est fondé sur une interprétation manifestement erronée d'un arrêt de la Cour suprême¹⁴⁴. À la lecture des termes mêmes de l'arrêt *Sellars*, nous croyons qu'un tel argument peut avoir un certain intérêt. De plus, l'interprétation de cet arrêt est contraire à l'attitude prise par la Cour suprême vis-à-vis du respect de ses propres précédents. Car pour conclure, comme les tribunaux l'ont fait, que la Cour suprême aurait modifié les règles du *stare decisis*, il aurait fallu induire de l'arrêt qu'elle avait renversé sa jurisprudence antérieure¹⁴⁵. Or, la Cour suprême a elle-même déterminé qu'elle ne procéderait à ce type de modification que pour des «raisons impérieuses»¹⁴⁶ et :

C'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur¹⁴⁷.

La remise en question des sources formelles du droit constitue, au bas mot, un *changement qui risque d'entraîner des conséquences complexes*, et qui devrait soit être laissé au législateur, soit être exprimé de façon catégorique et officielle par la Cour suprême¹⁴⁸. Pour ces raisons, le principe *Sellars* pourrait être considéré comme un colosse jurisprudentiel aux pieds d'argile.

Une seconde façon d'interpréter le principe *Sellars* serait de l'examiner selon la conception théorique développée par Hart dans son *Concept of law*¹⁴⁹. Selon la théorie hartienne du droit, le pouvoir normatif des règles de *common law* repose sur des règles secondaires ou des métarègles qui attribuent le pouvoir de créer, transformer, modifier ou annuler les règles primaires, soit les droits et obligations liant les individus. Ces règles, dont la plus importante est la règle de reconnaissance, s'identifient par l'observation des comportements adoptés par les juristes dans un système juridique donné :

¹⁴⁴ Par analogie avec ce qu'ont pu prétendre Lord Wright dans *Noble c. Southern Railway Co.*, [1940] A.C. 583 à la p. 598, et Lord Cross dans *Miliangos c. George Frank (Textiles) Ltd.*, [1976] A.C. 443 à la p. 496, à propos d'une décision de la Cour d'appel qui s'était fondée sur une interprétation erronée d'une décision de la Chambre des Lords : Cross et Harris, *supra* note 33 à la p. 147.

¹⁴⁵ Voir *Prudential Exchange Co. c. Edwards*, *supra* note 21.

¹⁴⁶ *R. c. Salituro*, *supra* note 126 à la p. 665.

¹⁴⁷ *Ibid.* à la p. 670; *Hill c. Église de scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130 à la p. 1166; voir *supra* note 135.

¹⁴⁸ Lorsque la Chambre des Lords a reconnu ne plus se sentir liée par ses propres précédents, elle a émis un *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234.

¹⁴⁹ *Supra* note 94.

For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is *shown* in the way the particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers¹⁵⁰.

L'intérêt de cette théorie repose, selon nous, sur le fait qu'elle illustre l'interaction entre notre méthode d'identifier les règles de droit et les sources formelles d'un système juridique : la méthodologie adoptée par un nombre «critique» de juristes peut modifier l'état du droit. Le fait qu'un nombre important de juristes et de tribunaux canadiens a suivi le principe *Sellars* nous permettrait, selon cette théorie, de le considérer comme une règle de reconnaissance en pleine émergence.

Que le principe *Sellars* soit une règle de reconnaissance selon la théorie de Hart ou un argument d'autorité, il n'en demeure pas moins que son apparition doit traduire une certaine réalité. L'indice que *quelque chose a changé* en droit canadien se trouve dans la phrase de Glanville Williams: «Courts do not accord their predecessors an unlimited power of laying down wide rules»¹⁵¹. Lorsqu'il a fait cette déclaration, il décrivait un certain état d'esprit chez les juges à une certaine époque : serait-il possible de faire cette déclaration aujourd'hui ? Au-delà d'une simple dénégation de son existence par la Cour suprême du Canada, il faudrait, pour que ce principe vienne à mourir, que cesse également une certaine pratique chez les juristes canadiens. Ce qui nous amène à faire état des raisons qui nous incitent à en condamner l'existence.

ii : L'effet du principe *Sellars* sur la *common law* canadienne

Il serait paradoxal que malgré un fort mouvement doctrinal qui réclame une diminution du formalisme en droit et une atténuation des règles du *stare decisis*¹⁵², le principe du caractère obligatoire des opinions majoritaires incidentes puisse émerger¹⁵³ et qu'au moment même où la Cour suprême adopte une conception dynamique de la *common law*¹⁵⁴, un principe jurisprudentiel vienne en figer l'évolution et en modifier la nature !

Un des dangers d'une adoption du principe *Sellars* réside dans sa capacité de rendre caduque la technique des distinctions (le

¹⁵⁰ Hart, *supra* note 94 à la p. 101.

¹⁵¹ G. Williams, *Learning the Law*, 11^e ed., London, Stevens and Sons, 1982 à la p. 75.

¹⁵² Glenn, *supra* note 116; G. Bale, «Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent» (1980) 58 R. du B. can. 256; A.W.B. Simpson, «The Common Law and Legal Theory», dans A.W.B. Simpson, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence (second series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973 à la p.77.

¹⁵³ C'est peut-être le signe que le droit canadien connaît un certain décalage entre l'«École» et le «Palais».

¹⁵⁴ La Cour suprême a invité les juges à interpréter et à modifier les règles de *common law* de façon progressive afin qu'elles suivent l'évolution et le dynamisme de la société : *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750 à la p. 760 et s.; *Salituro c. R.*, [1991] 3 R.C.S. 654 à la p. 665 et s.; *R. c. B. (K.G.)*, *supra* note 146 à la p. 775; *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.* (18 décembre 1997), Ottawa 25340 (C.S.C.) au par. 27 et s.; *Husky Oil Operations Ltd. c. Saint John Shipbuilding Limited* (1998), 221 N.R. 1 (S.C.C.) au par. 94 et s.

distinguishing)¹⁵⁵ et de détruire la pertinence des notions *obiter dictum* et *ratio decidendi*. La technique des distinctions permet au juge d'écarter l'application de la *ratio decidendi* d'un précédent obligatoire au motif que les faits du litige sont raisonnablement différents. Elle limite donc la portée des propositions de droit contenues dans un arrêt aux seuls faits pertinents à la base de celui-ci : la formulation de droit dont la portée va au-delà des faits du litige a donc, en pratique, un effet strictement persuasif. La technique des distinctions constitue donc un principe corollaire à celui qui limite la portée obligatoire d'un arrêt à la seule *ratio decidendi*¹⁵⁶. Étant donné qu'en vertu du principe *Sellars*, la recherche du droit s'effectue strictement en fonction de ce qu'une majorité de juges a décidé, quelle que soit la question qui leur est posée, la distinction cardinale entre les catégories d'*obiter dictum* et de *ratio decidendi* perd sa raison d'être.

Certes, la technique du *distinguishing* et la détermination de la *ratio decidendi* ont une odeur d'arbitraire, car elles laissent au juge une large marge de manoeuvre dans la détermination de la portée d'un arrêt obligatoire¹⁵⁷. Mais c'est oublier que l'intérêt des notions de *ratio decidendi* et d'*obiter dictum* ne se réduit pas à la prévisibilité des résultats, mais réside dans la qualité du raisonnement qu'ils engendrent : avec ces notions, le juriste doit chercher à reproduire le raisonnement du juge et les faits y tiennent un rôle important. D'une certaine façon, cette réalité est implicite dans les notions de *ratio decidendi* et de *distinguishing*, car elles représentent les bornes au-delà desquelles le juge ne s'est pas prononcé. Dire qu'un juriste de *common law* doit lire les faits attentivement lorsqu'il interprète une décision judiciaire, c'est reconnaître que le juge ne se prononce pas dans l'abstrait¹⁵⁸. Ainsi, comme l'acte de juger, la détermination de la *ratio decidendi* «is not a mechanical process but it is an art that one gradually acquires through practice and study»¹⁵⁹.

Avec le principe *Sellars*, nous perdrons un art pour gagner de la certitude en droit, mais au prix d'une accentuation de sa rigidité. Car l'incertitude quant

¹⁵⁵ Le juge Lyon avait soulevé la faculté de rendre «immune from being distinguished» une opinion majoritaire incidente de la Cour suprême qui serait obligatoire : *R. c. Chartrand*, *supra* note 54 à la p. 96.

¹⁵⁶ Notion qui peut se décrire comme englobant la proposition de droit déterminante pour la résolution du litige, qui doit être lue en fonction des faits pertinents du litige. Nous ne croyons pas utile, ici, de traiter de la définition de la notion de *ratio decidendi* en droit canadien.

¹⁵⁷ A. Joanes, «Stare Decisis in the Supreme Court of Canada» (1958) 36 R. du B. can. 175 à la p. 197 : «It is well known that the art of distinguishing has become so developed that in the majority of cases a judge is only bound by a case if he chooses to be bound and that precedents of the highest authority can in course of time be distinguished out of existence». Il est possible qu'aujourd'hui le recours à la technique du *distinguishing* soit moins fréquent et que ce type d'argument ait perdu son efficacité d'antan. L'émergence du principe *Sellars* en droit canadien peut s'interpréter comme étant un des effets pervers de ce déclin : les juges perçoivent peut-être les propositions de droit formulées par la Cour suprême comme des ordres (d'où l'utilisation du terme «*binding*») quel que soit leur contexte factuel.

¹⁵⁸ Même en matière constitutionnelle, les juges de notre Cour suprême portent une attention particulière dans la description des faits du litige, ce qui souligne leur importance.

¹⁵⁹ Williams, *supra* note 151 à la p. 67.

aux résultats d'une identification de la *ratio decidendi* permet aux règles de *common law* d'avoir une certaine souplesse : l'application des règles de *common law* n'a jamais été un processus automatique¹⁶⁰. Les juges, par leur application subséquente d'un arrêt peuvent en augmenter ou en diminuer la portée selon ses qualités intrinsèques¹⁶¹. La technique du *distinguishing* permet aux tribunaux inférieurs de limiter la portée des *mauvaises* règles de *common law* au point qu'elles perdent leur pertinence¹⁶². Elle agit ainsi comme un outil de sélection des règles de droit, outil appelé à disparaître avec le principe *Sellars*¹⁶³. Il n'est donc pas étonnant qu'un professeur ait pu prétendre que «dans un pur système de *common law*, la règle du précédent est viable à cause de la méthode des distinctions»¹⁶⁴.

De plus, la technique du *distinguishing* limite le pouvoir des juges à *formuler le droit*. Quelle que soit la formulation du juge, l'incertitude de la portée normative d'un arrêt demeure jusqu'à ce qu'il soit interprété, ce qui limite efficacement le pouvoir des juges de «faire» du droit¹⁶⁵ :

¹⁶⁰ Joanes, *supra* note 157 à la p. 197; Simpson, *supra* note 160 à la p. 87.

¹⁶¹ «In many important cases, there is a statement of principle much broader than is necessary if the precise issues in that case only are to be considered. If the decision is felt to be wrong, the principle will be confined to cases raising precisely the same issue; if it is thought correct, the merest *obiter dictum* may have very great weight» : G.W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, 3^e ed. par D.P. Derham, Oxford, Clarendon Press, 1964 à la p. 190.

¹⁶² Joanes, *supra* note 157 à la p. 197.

¹⁶³ Un système juridique «sain» doit avoir un système de sélection des règles jurisprudentielles. En droit français, il existe un phénomène de «résistance des juges du fond» qui permet à la Cour de cassation de revoir la légitimité de ses propres interprétations, c'est une forme de *réponse* des faits à l'application des règles : «Une résistance durable de la part de nombreux juges du fond est, par contre, le signe infaillible d'une inadéquation de la règle à la réalité des faits[,] [e]t les faits étant têtus, c'est la règle qu'il convient de changer» : A. Oriol, «La résistance des juges du fond», dans Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Cour de cassation, dir., *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, 191 à la p. 195. En droit canadien, certaines innovations ne seraient peut-être jamais parvenues à la Cour suprême si le juge de première instance avait respecté le principe *Sellars*. Par exemple, dans *R. c. Daviault*, [1991] R.J.Q. 1794 (C.Q., ch. cr. et pén.), le juge Grenier aurait bien pu ne jamais accorder la possibilité d'invoquer la défense d'intoxication volontaire dans un cas d'intoxication extrême s'il avait été *obligé* de suivre l'opinion de la majorité des juges dans l'affaire *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, sans être en mesure de faire une exception pour ce cas particulier... Historiquement, les tribunaux canadiens ont fait preuve d'une saine indépendance face à un pouvoir hiérarchique. C'est, du moins, ce qui se reflète dans certaines pratiques, telles que celle reflétée par l'*'unsuitability doctrine'* ou la théorie du caractère approprié des règles de *common law* ou de droit législatif, voir : Glenn, *supra* note 152 à la p. 272.

¹⁶⁴ M. Tancelin, *Chronique de droit comparé* (1979) 39 R. du B. 971.

¹⁶⁵ «Conventional jurisprudential theory does not concede to judges the power to give an exhaustive formulation of the rule which they make "valid law". The doctrine of *ratio decidendi* enables lower courts legitimately to widen or narrow the scope of the rule in a decided case in a way inconsistent with the "spirit" of the latter» : P. Weiler, «Two Models of Judicial Decision-Making (1968) 46 R. du B. can. 406 aux pp. 459-60, l'auteur cite, à l'appui de son affirmation, l'article de A.W.B. Simpson, «The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent», dans Guest, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 148 aux pp. 164-68.

No doubt the *ratio decidendi* of a previous case has to be gathered from the language of the judge who decided the case, but it is trite learning that the interpreter has nearly as much to say as the speaker so far as the meaning of words is concerned (...) By stressing the necessity of having regard to the facts of the previous case and the language of prior or subsequent judgments, these rules greatly curtail the influence than can be exercised on legal development by means of the reasons which a particular judge sees fit to give for his decisions.¹⁶⁶

Ainsi, la *common law* s'appréhende généralement sans faire référence à une série de règles formulées, mais plutôt sous forme de raisonnements à partir de cas-types¹⁶⁷. Le juge peut donc difficilement prétendre modifier le droit substantiel par voie de formules¹⁶⁸, c'est ce qui caractérise l'approche traditionnelle des juges en *common law*, et c'est aussi ce qui affaiblit considérablement les formules «vides», c'est-à-dire celles qui ne sont pas appuyées par un raisonnement convaincant ou qui ont un degré d'abstraction trop élevé¹⁶⁹.

L'arrêt *Sellars* s'inscrit alors dans une tendance différente, tendance qui est destinée à permettre aux juges de la Cour suprême de faire *directement* le droit,

¹⁶⁶Cross et Harris, *supra* note 33 aux pp. 42-43 (nos soulignements), voir aussi à la p. 95.

¹⁶⁷A. Morel, «La langue d'acculturation juridique au Québec depuis 1970» (1990) 24 R.J.T. 99 à la p. 100 : «[I]a *Common law* est un droit non écrit, un droit d'origine entièrement judiciaire et qui est en état de création continue par l'action des tribunaux qui disent le droit en même temps qu'ils l'interprètent et qu'ils l'appliquent. Les règles de la *Common law* ne sont donc jamais exprimées en des formulations arrêtées à la manière d'un texte législatif. Disséminées dans des milliers de décisions judiciaires, on ne peut concevoir de les codifier, car ce serait en changer non seulement la forme, mais la nature même»; F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, 3rd ed., 1911 à la p. 249 : «[the common law] professes (...) to develop and apply principles that have never been committed to any authentic form of words»; certaines règles de *common law* sont nées, toutefois, de maximes latines et leur formulation tend à prendre une certaine importance; pour une illustration récente : *Waldick c. Malcom*, [1991] 2 R.C.S. 456.

¹⁶⁸R. Samek, «The Dynamic Model of the Judicial Process and the Ratio Decidendi of a Case» (1964) 52 R. du B. can. 433 à la p. 446. Il est vrai qu'on ne lit pas un arrêt comme un texte de loi, le contexte factuel est trop important pour que l'on puisse en faire fi; c'est ce que défend le juge Duff, en ces termes : «As a general rule, it is not a legitimate use of a judgment to separate particular expressions from their context and, without regard to the point at issue or the facts of the case, to treat those expressions as governing the decision in other cases» : *Canadian Pacific Ry. c. Anderson*, [1936] R.C.S. 200 à la p. 204.

¹⁶⁹Selon René David, un juriste de *common law* «voit» dans la formulation d'un principe une «formule creuse», car une règle ne peut se concevoir hors du «cas» (*case*) qui lui a donné naissance : R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1992 à la p. 296. Aussi, selon le professeur Lücke, «[facts] are like safe, dry ground: when judges venture on the sea of abstraction, they try at least to remain within sight of the coast. The primacy of facts, this preference for the concrete, this reluctance to use general concepts and abstract legal ideas is one of the main characteristics of the common law» : H.K. Lücke, «The Common Law : Judicial Impartiality and Judge-Made Law» (1982) 98 L.Q.R. 33 aux pp. 60-61.

en énonçant des règles à portée générale¹⁷⁰. Le style de rédaction dans l'arrêt *Seaboyer*¹⁷¹ indique que la Cour suprême entend forcer le processus de réception des règles jurisprudentielles à l'aide d'une formule généralisante qui prend la forme d'une disposition législative. Conjugué avec le principe *Sellars*, ce style de motivation risque de modifier la présentation formelle de la *common law*.

Au-delà de ces effets potentiels, le principe remplira-t-il sa fonction d'unifier et de stabiliser le droit ? Il est permis d'en douter.

En premier lieu, ne pouvant, par définition, faire l'objet d'un débat approfondi, un *obiter dictum* peut difficilement aspirer posséder le même degré d'autorité que la *ratio decidendi*. Même si l'opinion est partagée par une majorité de juges, quelle valeur pouvons-nous accorder à celle-ci, lorsqu'un juge, d'accord avec le point de droit principal, nous explique qu'il préfère ne pas se prononcer sur certains aspects des questions traitées par la majorité de la Cour, car «l'argumentation en l'espèce n'a pas été argumentée [*sic*] sous cet angle»¹⁷² ? Devons-nous vraiment traiter ces questions incidentes comme étant définitivement réglées jusqu'à ce que la Cour suprême y revienne ?

En second lieu, le principe *Sellars* pourrait avoir des conséquences dans le style de motivation des arrêts de la Cour suprême, qui augmenterait l'incertitude de leur portée. Avec le principe *Sellars*, un juge rédigeant l'opinion de la majorité du tribunal, qui formulerait sa propre opinion sur des points de droit accessoires, lierait les tribunaux inférieurs. Dans la mesure où son avis n'est pas partagé par les autres juges majoritaires, ceux-ci se sentiront dans l'obligation de formuler des réserves quant à telle ou telle conclusion d'un jugement majoritaire. Les juges qui, normalement, ne rédigeraient pas d'opinion seront vraisemblablement tentés de préciser leur pensée sur ces questions, car leur silence risquerait d'être interprété comme signifiant un accord tacite sur ces points de droit. Une reconnaissance de l'arrêt *Sellars* pourrait donc entraîner une multiplication des opinions, ce qui ne favorise pas la compréhension des arrêts !

¹⁷⁰ Ces formulations sont qualifiées comme étant des «principes» : dans l'arrêt *Black c. R.*, [1989] 2 R.C.S. 138, le juge Wilson qualifie l'arrêt *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, comme étant un «arrêt de principe» et elle cite *in extenso* de longs passages de l'arrêt. Ces longs passages seront repris par la suite dans certaines arrêts postérieurs, mais sous une forme synthétique et sans rappel des faits de l'espèce (*Evans c. R.*, [1991] 1 R.C.S. 869, le juge McLachlin résume les critères énoncés dans l'arrêt *Collins* en trois phrases). D'autres sont qualifiés de «critère» : par exemple, le «critère *Oakes*», tiré de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; voir, en général, la formulation des arrêts suivants : *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521 à la p. 537; *C.U.Q. c. Corporation Notre-Dame de Bon-secours*, [1994] 3 R.C.S. 2 à la p. 20, M. le juge Gonthier. Et, enfin, des règles substantielles sont parfois formulées sous une forme législative : *Seaboyer c. R.*, *supra* note 127 à la p. 634 et s. Voir, en général, les exemples cités à la note 130.

¹⁷¹ *Seaboyer c. R.*, *supra* note 127 à la p. 634 et s.

¹⁷² *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415 à la p. 418, M. le juge La Forest.

Conclusion

À partir d'une décision ambiguë, les tribunaux ont consacré un principe qui élargit le pouvoir de la Cour suprême de faire le droit. Hormis la question de la légitimité de cette délégation, qui reste entière, notre propos a consisté à souligner l'effet que pourrait entraîner une telle modification du droit sur notre façon d'appréhender la jurisprudence. À notre avis, les notions d'*obiter dictum* et de *ratio decidendi* sont directement menacées, car avec le principe *Sellars*, elles perdent leur utilité.

Les notions de *ratio decidendi* et d'*obiter dictum* sont-elles destinées à être reléguées dans le cimetière des théories en *common law*, comme l'a été la théorie déclaratoire? Sont-elles désuètes et fictives au point où leur reniement par une majorité des cours d'appel de ce pays ne provoque plus de controverse doctrinale ou jurisprudentielle? Pourtant, la pensée juridique de la tradition anglo-saxonne a été structurée par cette idée qu'en lisant un arrêt, il fallait chercher la raison de la décision. Celle-ci n'était jamais complètement formulée, car le juriste avait une part créative dans la constitution de cette *ratio*; la détermination de la portée de l'arrêt pouvait être discutée et étudiée selon l'importance que l'on accordait à tel ou tel fait. Avec le principe *Sellars*, cette discussion sera réduite à identifier les points de droit sur lesquels se seront prononcés les juges, pour ensuite calculer le nombre de juges qui s'accordent sur chacun de ceux-ci.

En réalité, le principe *Sellars* s'insère dans une certaine conception du droit jurisprudentiel, celle qui, calquée sur le modèle de la loi, attribue aux décisions judiciaires la capacité de former des règles de droit obligatoires. C'est, du moins, ce que suggère l'utilisation du qualificatif «*binding*» chez les juges. Or cela est contraire à la perception traditionnelle du rôle de la jurisprudence en *common law*, comme l'a écrit le professeur Patrick Glenn : «Les juges de la *common law* ont combattu cette idée (...) que la décision judiciaire en soi représente une règle judiciaire[, ils] ont suggéré plutôt que leur jurisprudence représente le véritable raisonnement juridique»¹⁷³.

Il est vrai que, depuis l'adoption de la *Charte canadienne*, le droit canadien a connu un certain bouleversement qui nécessite la présence d'une direction forte dans l'élaboration du droit. Et certains juges de notre Cour suprême ont utilisé un langage qui favorise cette impression, comme l'a écrit le juge Claire L'Heureux-Dubé : «La *Charte* a remplacé, entre la main des juges, la hache par le scalpel et leur a donné un outil qui permet de façonner mieux que jamais des solutions»¹⁷⁴. Mais le principe *Sellars* a été appliqué dans tous les domaines du droit et avec un tel enthousiasme que nous croyons, pour reprendre le vocabulaire chirurgical utilisé plus haut, qu'il vaudrait mieux crever l'abcès, et en terminer avec cette excroissance jurisprudentielle.

¹⁷³ H.P. Glenn, «Sur l'impossibilité d'un principe de *stare decisis*» (1993) 4 R.R.J. 1073 à la p. 1081.

¹⁷⁴ R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411 à la p.461, par. 69.