



L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

THE CANADIAN BAR ASSOCIATION

Division du Québec • Québec Branch

**Mémoire de l'Association du Barreau canadien
- Division du Québec**

**Présenté à la Commission d'enquête sur le processus de nomination
des juges du Québec**

Septembre 2010

Avant-propos

L'Association du Barreau canadien (l'« ABC ») est un organisme national qui représente plus de 37 000 juristes, avocats, avocates, notaires, juges, professeurs, professeures, étudiants et étudiantes en droit, dans l'ensemble du Canada. L'Association s'est fixé comme objectifs prioritaires l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

La division du Québec de l'Association du Barreau canadien (la « Division ») est administrée par un conseil provincial regroupant des membres de tous les secteurs de la profession et de toutes les régions du Québec. Son adhésion est volontaire et compte environ 3 600 membres. La Division collabore de façon active à la vie judiciaire du Québec ainsi qu'aux principaux comités de l'Association nationale.

La Division désire faire entendre sa voix sur le deuxième volet du mandat de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, soit formuler au gouvernement des remarques, observations et suggestions pertinentes sur des éventuelles modifications ou améliorations à apporter au processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec¹.

Le présent rapport a été rédigé par le comité spécial sur la méthode de nomination des juges de l'Association du Barreau canadien – Division du Québec, avec l'assistance précieuse du professeur Karim Benyekhlef, directeur du Centre de recherche en droit public à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Ce rapport a été entériné par le comité de direction de la Division.

Les membres du comité spécial sur le processus de nomination des juges sont :

Gerry Apostolatos, président
Martín F. Sheehan, vice-président
Pierre Giroux
Marie-Laure Leclercq
Michèle Moreau

¹ Décret 322-2010 adopté le 14 avril 2010 par le gouvernement du Québec

Introduction

S'adressant à l'ABC en août 1984, le juge en chef du Canada, le très honorable Brian Dickson, déclara : « Le public a le droit, à mon avis, d'être rassuré que nos juges sont nommés uniquement en fonction de leur mérite et de leur excellence sur le plan légal »².

L'ABC accorde, depuis longtemps déjà, une attention toute particulière à la nomination des juges. Or, à chacune de ses interventions, l'ABC a été en mesure de confirmer, aux auxiliaires de la justice et aux membres du public en général, les propos rassurants du juge en chef Dickson. Néanmoins, l'ABC veille sans cesse pour que l'indépendance judiciaire soit préservée, que les nominations à la magistrature demeurent de la plus haute qualité et que le processus de nomination des juges reste ouvert et transparent³.

Ainsi, dès 1985, un comité de l'ABC, présidé par E. Neil McKelvey, déposait un rapport intitulé « La nomination des juges au Canada »⁴ (ci-après le « Rapport McKelvey ») qui devait constituer un point tournant au Canada dans la réflexion entourant la délicate question du processus de nomination des magistrats.

La Division du Québec est heureuse de poursuivre cette contribution en déposant le présent mémoire auprès de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges (ci-après la « Commission »). Nous nous proposons, dans les pages qui suivent, de dresser un portrait sommaire des conditions générales de l'indépendance judiciaire puisqu'à notre avis, la question de la nomination des juges constitue un des éléments de toute préoccupation légitime relative à l'indépendance judiciaire. Nous rappellerons brièvement, par la suite, les différentes recommandations formulées au cours des ans par l'ABC relativement au processus de nomination des juges au Canada en insistant sur l'importance des comités de sélection indépendants.

Finalement, nous nous pencherons sur le processus de nomination des juges au Québec en formulant quelques observations et recommandations. En outre, nous saluerons la décision du

² Cité dans Association du Barreau canadien, *La nomination des juges au Canada*, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, 1985 (ci-après « Rapport McKelvey »).

³ Association du Barreau Canadien, « Mémoire présenté au ministre de la justice à propos du Processus de nomination à la Cour Suprême », 1993; Association du Barreau Canadien, « Processus de nomination à la Cour Suprême », 2004; Association du Barreau Canadien, « Processus de nomination à la magistrature fédérale », Ottawa, 2005 (ci-après « Rapport ABC 2005 »).

⁴ Rapport McKelvey, *supra*, note 2. Le Rapport McKelvey et ses recommandations ont été approuvés par l'ABC en 1986 : Résolution 86-08-M de l'ABC.

Québec d'impliquer un comité de sélection dans son processus. Enfin, nous ferons certaines recommandations qui visent à perfectionner le système déjà en place. On notera, d'entrée de jeu, que ces recommandations s'inscrivent dans la foulée de celles déjà formulées par l'ABC.

1 - Considérations générales sur l'indépendance judiciaire au Canada et au Québec

La question des nominations à la magistrature a souvent constitué, jusqu'ici, un sujet relevant plus de la science politique que du droit strict. Cela dit, il est sans doute temps d'aller plus loin et de réfléchir sérieusement, à la lumière des dernières nouveautés jurisprudentielles, au cadre constitutionnel et aux conditions juridiques entourant la nomination des juges. Ces remarques peuvent s'appliquer aux magistrats, de nomination fédérale ou provinciale, nommés par l'autorité politique conformément à la constitution et à la législation pertinente. Nous dirons d'abord quelques mots au sujet des origines de la pratique de nomination des juges, pratique par laquelle l'exécutif, donc l'autorité politique, nomme les magistrats. Suivront des considérations historiques sur le principe de l'indépendance judiciaire. Ces événements apparaissent utiles dans la mesure où ils renseignent l'interprète quant aux raisons fondamentales sur lesquelles reposent les principes constitutionnels qui nous guident aujourd'hui. Cette compréhension devrait nous permettre d'adapter ces principes aux conditions contemporaines d'exercice de la justice dans un État de droit. Un survol de la jurisprudence pertinente ponctuera cet exposé.

Origine historique du pouvoir de nomination des juges. L'usage par lequel l'autorité politique nomme les juges en les choisissant parmi les avocats remonte au Moyen Âge. Ainsi, l'origine de cette pratique se retrouve dès le XII^e siècle alors que le souverain choisissait les juges parmi les « clerks royaux » de l'époque⁵. La détérioration de la qualité du « service public » du moment oblige bientôt le souverain à choisir ses magistrats ailleurs. Il se tourne alors vers la profession juridique, ceux que l'on appelait alors les « serjeants at law »⁶. C'est donc là qu'il faut trouver

⁵ « In the late twelfth century and early thirteenth century, when the central royal courts were appearing, judges were drawn from the nascent civil service of the day. », William LEDERMAN, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *R. du B. can.* 769, p. 774.

⁶ « We shall see that by 1316 the order of serjeants at law had been formed. This order consisted of the leading practitioners who were promoted to be members of the order by the crown; and, when the judges ceased to be chosen from the royal clerks, they naturally came to be chosen from this order of serjeants, and soon came to be chosen solely from its members. », William HOLDSWORTH, *A History of English Law* (3rd ed.), Vol. 1, London, Methuen & Co. Ltd. and Sweet and Maxwell, 1945, p.197.

l'origine du système actuel, des pays de common law, qui consiste à sélectionner les juges parmi les membres du Barreau. Le pouvoir de nomination appartient en propre au souverain.

Si l'on se reporte à la jurisprudence constitutionnelle, l'indépendance judiciaire comprend trois conditions essentielles⁷ : l'inamovibilité, l'indépendance financière et l'autonomie administrative. À ces trois conditions, le professeur Macdonald en ajoute une quatrième : la neutralité des nominations⁸. Il reconnaît, du même souffle, que ce principe « est le dernier en date » et qu'il « n'a d'ailleurs pas été aussi étudié en regard de la théorie constitutionnelle⁹ » que les trois autres. À cet égard, « son sens et son application sont objets de débats substantiels, en partie à cause d'une notion concurrente à laquelle adhèrent certaines démocraties, à savoir que les juges devraient être directement responsables devant les citoyens¹⁰ ». Nous pouvons, à l'instar de l'auteur, exclure la notion d'élection des magistrats comme étrangère à la pratique et à la tradition constitutionnelle canadienne et québécoise¹¹. Par ailleurs, il est clair que ce principe de neutralité des nominations est *en devenir*, au sens où il ne recèle pas encore les qualités intrinsèques d'un principe pleinement constitutionnalisé. Il pourrait cependant constituer une convention constitutionnelle. On y reviendra.

Un court historique. Quelles sont les raisons historiques qui ont conduit à l'élaboration d'une théorie constitutionnelle sur l'indépendance judiciaire¹²? Le principe de l'indépendance judiciaire se concrétise une première fois au plan normatif dans l'*Act of Settlement of 1701* en Angleterre. Il est alors le fruit des tensions et des luttes incessantes aux XVII^e et XVIII^e siècles entre le souverain et le Parlement afin de déterminer laquelle des deux institutions exerce le pouvoir législatif souverain¹³. Les juges de cette époque sont pris sous les feux croisés des tenants des deux positions. Ils sont nommés *durante bene placido*, c'est-à-dire selon le bon plaisir du roi. Ce

⁷ L'affaire *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 est le premier arrêt à établir les conditions constitutionnelles essentielles de l'indépendance judiciaire.

⁸ Roderick A. MACDONALD, « Paramètres de la Politique et du politique des nominations à la magistrature », Étude commandée par la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, 1^{er} septembre 2010 (ci-après « Macdonald 2010 »).

⁹ *Ibid.*, p.5.

¹⁰ *Ibid.*, p.5.

¹¹ Macdonald 2010, p. 5

¹² Cette suite d'événements s'est inspirée en partie de l'opinion du professeur Benyekhlef (Fondements constitutionnels du changement) rédigée dans le cadre du rapport pour le Conseil canadien de la magistrature, *Modèles d'administration des tribunaux judiciaires*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, Septembre 2006, p. 33 et s.

¹³ Lire Jeffrey GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

mode de *nomination* constitue ainsi un important facteur de contrôle de la magistrature par le roi. Un contrôle parlementaire existe aussi par le truchement de la procédure de mise en accusation (*impeachment*)¹⁴. Il s'agit donc pour le Parlement, qui est souvent désigné, rappelons-le, par l'expression *High Court of Parliament*, de contrebalancer le pouvoir royal. La Glorieuse Révolution de 1688 assure la prééminence normative au Parlement : sa souveraineté législative n'est plus l'objet de contestation. L'*Act of Settlement of 1701* édicte que les juges sont dorénavant nommés *durant bonne conduite*¹⁵ et ne peuvent être révoqués que sur une adresse commune des deux chambres du Parlement. L'*Act of Settlement* n'entrera en vigueur qu'à la mort de la reine Anne, en 1714.

L'*Act of Settlement* constitue le ferment du principe de l'indépendance judiciaire en Angleterre et au Canada. Mais, son application au Canada n'est pas immédiate. Ainsi, au Canada, la justice coloniale demeure du domaine de la prérogative royale. Au XVIII^e siècle, les juges au Canada sont donc nommés et révoqués par le gouverneur de la colonie, représentant de Sa Majesté. En 1834, le Haut-Canada adopte une loi énonçant que les juges sont nommés durant bonne conduite. Suite à l'*Acte d'Union* de 1840, cette mesure est étendue au Bas-Canada quelque trois ans plus tard. Cette loi prévoit aussi qu'un juge ne peut être révoqué que sur une adresse commune des deux chambres¹⁶. Comprendre le contexte historique de l'émergence du principe de l'indépendance judiciaire, c'est aussi saisir l'évolution constante qui le caractérise et qui n'a pas cessé aujourd'hui. En effet, les rapports institutionnels au sein de la démocratie canadienne se modifient et s'adaptent au gré des circonstances sociales, économiques et politiques. Le droit constitutionnel doit refléter ces transformations¹⁷. Le juge en chef Lamer, dans le *Renvoi relatif à la rémunération*, n'affirme-t-il pas que « l'indépendance de la magistrature est à l'origine un principe constitutionnel non écrit, en ce sens qu'il est extérieur aux articles particuliers des *Lois constitutionnelles* »¹⁸ et que son existence est confirmée par le préambule de la *Loi*

¹⁴ « Parliamentary action against judges was in the main motivated by political considerations. Judicial activities were labelled "illegal", "contrary to fundamental laws" or "corrupt", but in effect the judges were proceeded against by Parliament to protect the political interests at stake and to curb Royal powers », Shimon SHETREBET, *Judges on Trial. A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland Publishing Company, 1976, p. 7.

¹⁵ Il est intéressant de noter que la même formulation est reprise à l'article 86 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. c. T-16 : « Le gouvernement nomme par commission sous le grand sceau les juges durant bonne conduite [...] ».

¹⁶ Lire Karim BENYEKHLEF, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 12 et s.

¹⁷ Montesquieu, dans *L'Esprit des lois*, n'écrit-il pas : « Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire. »

¹⁸ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, paragr. 83.

constitutionnelle de 1867 qui fait référence à la constitution de Grande-Bretagne? Si l'indépendance judiciaire est un principe non écrit extérieur au texte constitutionnel, il faut élargir le champ de notre analyse juridique et prendre en compte les conditions historiques d'émergence et d'affirmation du principe de l'indépendance judiciaire. Puisque le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* énonce la « thèse politique que la Loi énonce »¹⁹, il importe d'examiner succinctement les circonstances politiques entourant l'éclosion de l'indépendance judiciaire.

L'ordonnement des pouvoirs de l'État moderne, sous la forme classique de l'exécutif, du législatif et du judiciaire²⁰, est le fruit d'un très long processus de raffinement des institutions. La première souveraineté du roi apparaît d'abord judiciaire. Pour rendre justice, le roi est aidé de sa cour, la *Curia Regis*. Cette dernière expression recèle deux sens : « it means (i) the place where the king resided attended by the chief officials of his court and household; and (ii) the supreme central court where the business of government *in all its branches* was transacted »²¹. La *Curia Regis* rassemble les grands du royaume, mais elle rassemble également de plus en plus des officiers royaux, souvent des juristes, qui ont pour tâche la gestion quotidienne du royaume. Certains de ces officiers royaux prennent le nom de « justices in *Curia Regis* ». Le terme « justice » est alors une expression générique pour ces officiers, puisqu'ils exercent une multitude de fonctions²². La masse de travail se révèle rapidement trop importante pour un corps indifférencié comme la *Curia Regis*. Ainsi, au XII^e siècle, on commence à percevoir les débuts d'une désintégration de la *Curia Regis* au profit de la création de départements distincts et de cours de justice tout aussi distinctes²³. C'est au cours des XIV^e et XV^e siècles que les cours se distinguent vraiment et deviennent plus autonomes pour constituer des tribunaux de *common law*.

¹⁹ *Ibid.*, paragr. 95.

²⁰ Nous utilisons le mot « État » dans son acception moderne, c'est-à-dire la somme des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Il n'en a pas toujours été ainsi, puisque l'État était, dans les sociétés pré-démocratiques, ramené à la seule personne du souverain qui incarnait la totalité des fonctions modernes (exécutif, législatif et judiciaire). Mais, même dans ces sociétés, les fonctions d'énonciation, d'application et d'interprétation des règles ont été graduellement confiées à des corps distincts. Lire, notamment, Harold BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985.

²¹ William HOLDSWORTH, *A History of English Law* (Volume 1, 7^e éd.), London, Methuen & Co., 1956, p. 32 (nos italiques).

²² « They were therefore much more than judges, since they took part in all the miscellaneous functions of government which, as we shall see, were performed by the *Curia Regis*. Naturally they became prominent when the work of the *Curia* expanded in the reign of Henry II. They acted either in the *Curia Regis*, at the Exchequer, or as itinerant commissioners. Often they were recruited from the staff of the Exchequer; and, as their training there gave experience of and facilities for dealing with judicial business, they were especially useful in conducting both the judicial work of the *Curia* and the business of those judicial tribunals which were beginning, at the end of Henry II's reign, to disengage themselves from the *Curia* », *Ibid.*, p. 38.

²³ *Ibid.*, p. 41.

Cet examen très schématique nous fait comprendre que les fonctions de l'État ont d'abord été exercées indistinctement par la même institution, la *Curia Regis*, et qu'un processus de démembrement de cette dernière s'est lentement amorcé à partir de la fin du Moyen Âge. Le principe de l'indépendance judiciaire émerge dans un contexte de différenciation des institutions et des fonctions de l'État. Il devient nécessaire de protéger le pouvoir judiciaire, puisqu'on cesse de confondre les diverses *attributions/fonctions* fondant l'État et qu'on devient plus conscient de l'acception et du sens à accorder à chacune de celles-ci. Au surplus, l'expérience vient nourrir la théorie et démontre la nécessité d'assurer une large autonomie à la magistrature afin que celle-ci puisse s'acquitter de sa mission primordiale : rendre justice sans interférences ni menaces ou promesses indues. L'indépendance judiciaire participe, dès lors, à ce perfectionnement fonctionnel et institutionnel : « [...] l'indépendance institutionnelle de la magistrature reflète un engagement plus profond envers la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'État »²⁴. Ce perfectionnement continu du principe de l'indépendance judiciaire peut nous mener à se demander si la thèse de la neutralité des nominations des magistrats n'est pas appelée à s'insérer graduellement dans le tissu constitutionnel canadien et québécois. Abordons maintenant les conditions contemporaines de l'indépendance judiciaire.

L'indépendance judiciaire aujourd'hui. Rappelons que ce principe est constitué, à la lumière de la jurisprudence canadienne, de trois éléments constitutifs essentiels : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative des cours²⁵. Ces éléments constituent les garanties objectives essentielles de l'indépendance judiciaire²⁶. Ces garanties contribuent à la mise en œuvre pratique et effective de l'indépendance judiciaire. Selon la Cour suprême du Canada, l'indépendance du pouvoir judiciaire ne constitue pas une fin en soi : elle est importante car elle « sert des objectifs sociétaux » ; elle en favorise la réalisation²⁷. Parmi ces objectifs, la Cour mentionne « le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature, élément essentiel à l'efficacité du système judiciaire », de même que « le maintien de la primauté du droit, dont un des aspects est le principe constitutionnel suivant lequel l'exercice de tout

²⁴ Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3 paragr. 125.

²⁵ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

²⁶ *Ibid.*, p. 689.

²⁷ Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3 paragr. 9

pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit »²⁸. La *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, quant à elle, aborde clairement la question de l'indépendance judiciaire en le présentant comme un droit fondamental du justiciable²⁹.

La jurisprudence considère que l'indépendance judiciaire a deux composantes : l'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle. L'indépendance individuelle comprend ce qu'il est convenu d'appeler l'indépendance adjudicative du juge. Il s'agit de cette autonomie complète dont doit bénéficier le magistrat lorsqu'il est appelé à rendre une décision dans un litige précis. Cette liberté de conscience ne doit connaître aucune entrave et doit s'exercer, dans la meilleure des hypothèses, sans crainte ni appréhension³⁰. Il est aujourd'hui admis que cette dimension de l'indépendance est atteinte au Canada. Dans sa dimension institutionnelle, « l'indépendance judiciaire s'entend de la préservation de l'indépendance et de l'intégrité du pouvoir judiciaire et d'une garantie de son immunité contre toute ingérence injustifiée des pouvoirs législatif et exécutif ou même contre toute cohabitation trop étroite avec ceux-ci »³¹. La théorie de la neutralité des nominations semble recéler, de prime abord, des dimensions tant individuelles qu'institutionnelles. Toutefois, le processus de nomination des juges relève d'une indéniable mécanique institutionnelle, puisqu'il contribue à l'ordonnement général des structures de l'État.

La jurisprudence canadienne ne s'est pas véritablement prononcée sur la question de savoir si le processus de nomination des juges par l'exécutif contrevenait d'une manière ou d'une autre au principe de l'indépendance judiciaire. On retrouve, néanmoins, quelques réflexions sur le sujet dans une des premières affaires mettant en jeu l'interprétation de l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacrant pour tout inculpé le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Ainsi, dans *Re Currie and Niagara Escarpment Commission*, le juge

²⁸ *Ibid.*, par. 10

²⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 23 : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle [...] ».

³⁰ « Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l'extérieur (...) ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision », *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 69.

³¹ *Ibid.*, p. 77.

Ewaschuk écrit que le processus de nomination, tel qu'il existe au Canada, ne saurait constituer un facteur de dépendance à l'égard du gouvernement :

Accepting that political input is made in respect of judicial appointments in this country at all court levels, even in respect of the Supreme Court of Canada, a judge cannot be said to be dependent on the appointing government. At best he may after appointment be grateful, but not dependent³².

Dans cette décision, qui contient l'une des premières interprétations du principe de l'indépendance judiciaire, tel qu'il est consacré à l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la cour établit une distinction entre le statut des candidats à la magistrature (nomination à venir) et les juges déjà nommés. Ces derniers bénéficient clairement et indiscutablement des éléments constitutifs afférents au principe de l'indépendance judiciaire. Pour ce qui est des candidats à la magistrature, cette décision laisse entendre que le champ est alors purement politique, fruit de la longue pratique esquissée plus haut, et que toute considération de nature juridique doit être évacuée. Bref, le juridique doit céder le pas au politique en raison du poids très lourd d'une tradition historique.

Or, nous savons, et les tribunaux l'ont affirmé à plusieurs reprises, que le principe de l'indépendance judiciaire n'a pas comme vocation première de satisfaire les *desiderata* des magistrats. Ce principe doit, d'abord et avant tout, assurer la confiance du public dans les institutions judiciaires. Il aurait, par conséquent, des vertus pédagogiques et rhétoriques : assurer au public que la magistrature possède les qualités d'impartialité, d'indépendance, d'intégrité, d'incorruptibilité et d'objectivité. Le principe de l'indépendance judiciaire participe alors à l'édification et au maintien d'une institution, la magistrature, dans l'ordonnement plus général des pouvoirs de l'État.

Cette perspective plus institutionnelle de l'indépendance judiciaire a fait l'objet de longs développements par le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la rémunération*. Dans cette affaire, le juge en chef Lamer insiste, notamment, sur la *dépolitisation* qui doit caractériser les rapports entre, d'une part, l'exécutif et le législatif et, d'autre part, le judiciaire :

Ce qui est en cause en l'espèce c'est le caractère des rapports entre la législature et l'exécutif, d'un côté, et la magistrature, de l'autre. Ces rapports devraient être

³² *Re Currie and Niagara Escarpment Commission*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 35, p. 43 (Ont. H.C.).

dépolitisés. Lorsque je dis que ces rapports sont dépolitisés, je n'entends pas nier le fait qu'ils ont un caractère politique, en ce sens que les décisions judiciaires (constitutionnelles ou autres) ont souvent des implications politiques, et que les lois sur lesquelles les tribunaux statuent émanent du processus politique. Je veux plutôt dire que la législature et l'exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer de pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant, et que, à l'inverse, les membres de la magistrature devraient faire montre de réserve lorsqu'ils s'expriment publiquement sur des questions touchant des politiques générales d'intérêt public susceptibles d'être soumises aux tribunaux, qui font l'objet de débats politiques et qui ne concernent pas la bonne administration de la justice³³.

Cet objectif de dépolitisation s'applique sans doute au premier chef aux juges en place. Par ailleurs, si l'indépendance vise aussi à maintenir la confiance du public, on peut certes prétendre qu'une *politisation* induite dans le processus de nomination ne disparaîtrait pas automatiquement une fois ce processus complété. La Cour suprême, dans l'affaire *Therrien*, n'a-t-elle pas affirmé la pertinence dans l'appréciation et la protection de l'indépendance judiciaire des faits *préalables* à la nomination d'un juge³⁴?

Rappelons, en terminant, que les caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire, telles qu'elles ont été identifiées dans l'affaire *Valente*, ne constituent pas « une codification exhaustive des éléments nécessaires à l'indépendance judiciaire »³⁵, nous dit la Cour suprême dans *Mackeigan*. Elle ajoute que « les conditions elles-mêmes peuvent varier et évoluer avec le temps et selon les circonstances »³⁶. Notre court examen historique exemplifie cette affirmation de la Cour. L'indépendance judiciaire, comme tout concept de nature constitutionnelle, est appelée à évoluer, à se modeler au gré des conditions sociohistoriques dans lesquelles elle est appelée à se déployer. Le juge Lamer réitère la nature non définitive et donc évolutive du principe de l'indépendance judiciaire lorsqu'il fait référence au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans le *Renvoi relatif à la rémunération* :

En conclusion, les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte* ne codifient pas de manière exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature au Canada. L'indépendance de la magistrature est une norme

³³ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, paragr. 140 (nos soulignés).

³⁴ *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3 paragr. 57, 58 et 149.

³⁵ *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, paragr. 56.

³⁶ *Ibid.*, paragr. 56.

non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En fait, c'est dans le préambule, qui constitue le portail de l'édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental³⁷.

2 - Positions de l'ABC

L'ABC a contribué de manière vigoureuse à tous les débats des dernières années entourant la question de la nomination des juges aussi bien au plan fédéral que provincial.

L'intérêt de l'ABC pour cette question a été particulièrement marquant en 1985 lors du dépôt du Rapport McKelvey. Présidé par Me E. Neil McKelvey, ce comité spécial de l'ABC a étudié avec attention et précision le processus de nomination des juges au niveau fédéral et dans les provinces et territoires canadiens. Le comité a conduit des entrevues avec les principaux acteurs de l'époque et a examiné avec application les contextes législatifs et constitutionnels relatifs à la nomination des juges. Le comité constatait « une insatisfaction générale à l'égard de l'actuelle méthode de sélection et de nomination des juges et une volonté presque unanime de changement³⁸ », à l'exception, notable, du processus de nomination des juges en vigueur dans certaines provinces à l'époque, dont le Québec. Le comité déplorait le secret entourant le processus de nomination des juges fédéraux, l'influence politique et le manque de consultation adéquate³⁹. Il dénonçait le favoritisme politique et signalait qu'il constituait une préoccupation majeure depuis bien longtemps. Afin de corriger ces inconvénients dangereux et délétères pour l'esprit démocratique et ses institutions, le Rapport McKelvey proposait toute une série de recommandations. Parmi celles-ci, retenons les suivantes qui, encore aujourd'hui, sont d'une actualité manifeste⁴⁰ :

- Les décisions finales relatives aux nominations des juges doivent demeurer la prérogative du gouvernement. Cependant, les nominations doivent être le résultat d'un mécanisme consultatif établi, bien connu et bien compris, dans le but de faciliter la sélection du meilleur candidat;
- Les nominations ou suggestions de noms de candidats venant de sources diverses et variées [...] devraient être encouragées;

³⁷ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, paragr. 109.

³⁸ Rapport McKelvey, 1985, p. 37.

³⁹ *Ibid.*, p. 38 et s.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 71 et s.

- Le procureur général de la province, des représentants du Barreau, le juge en chef du tribunal pertinent et des membres du public devraient participer au processus de consultation;
- Le Parlement ne devrait jouer aucun rôle dans la sélection ou la nomination des juges fédéraux. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable que le pouvoir législatif soit impliqué;
- Des comités consultatifs devraient être constitués dans chacune des juridictions et pour les tribunaux fédéraux. Le comité devrait soumettre au ministre le nom d'au moins trois personnes recommandées pour chaque position;
- Bien qu'il soit entendu que les comités soient des comités consultatifs, le ministre de la Justice devrait recommander chaque nomination à partir de la liste fournie ou bien, en cas de désaccord, demander au comité de présenter d'autres recommandations;
- Le Premier ministre devrait consulter le comité approprié en ce qui concerne la nomination des juges en chef et des juges en chef adjoints parmi ceux qui siègent déjà à titre de juge. Les nominations à ces fonctions d'avocats venant directement du Barreau devraient être traitées de la même manière que les nouvelles nominations;
- Les critères de nomination devraient comprendre un sens élevé des valeurs morales, des qualités humaines (compassion, générosité, bienveillance, patience), une expérience du droit, des capacités intellectuelles et de discernement, une bonne santé et de bonnes habitudes de travail et le bilinguisme, si la nature du poste le requiert.

Ces recommandations, visant principalement le processus de nomination des juges fédéraux, peuvent être facilement adaptées au contexte provincial. C'est d'ailleurs ce que propose le Rapport McKelvey en précisant, entre autres, que ses recommandations ont pour objectif de mettre les procédures de sélection judiciaire de toutes les provinces « au niveau des critères établis par la Colombie-Britannique et le Québec »⁴¹. Il est ainsi intéressant de noter que les membres du comité spécial de l'ABC considéraient, en 1985, que le processus de nomination des juges mis en place au Québec en 1979⁴² constituait un modèle à suivre dans les autres provinces, une opinion qui a été reprise depuis⁴³. Nous verrons, au prochain point, que ce modèle demeure valable et que quelques amendements à la marge permettraient de le bonifier et de répondre aux principales inquiétudes soulevées dans le cadre de la présente Commission.

⁴¹ *Ibid.*, p. 75.

⁴² *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, R.R.Q. 1981, c. T-16, r.5.

⁴³ MACDONALD, Roderick A., « Appoint, Elect, Draw Straws or Sell to the Highest Bidder? On Judicial Selection Processes », dans NOREAU, Pierre et ROLLAND, Louise (dir.), *Mélanges: André Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, p. 786, 794.

Le Rapport McKelvey a été à l'origine de la nouvelle procédure de nomination des juges fédéraux instituée en 1988⁴⁴. La principale recommandation du Rapport d'établir des comités consultatifs de nomination des juges fédéraux a été entérinée par le gouvernement fédéral et constitue encore aujourd'hui l'armature essentielle du processus de nomination tant au fédéral qu'au Québec.

L'ABC a poursuivi ses travaux en la matière en adoptant un certain nombre d'autres résolutions concernant le processus de nomination à la magistrature, confirmant ou précisant les conclusions du Rapport McKelvey⁴⁵. Entre autres, ces résolutions visaient à :

- Exhorter le gouvernement fédéral à donner aux comités consultatifs le mandat d'examiner les candidats et candidates à une élévation dans la hiérarchie de la magistrature et pour de nouvelles nominations⁴⁶;
- Exhorter le ministre de la Justice à s'engager par écrit à ne pas nommer des personnes que le comité consultatif n'est pas «en mesure de recommander»⁴⁷;
- Exiger des critères objectifs de nomination à la magistrature afin d'éliminer la discrimination contre les femmes et les membres de groupes de minorités dans le processus de nomination judiciaire, et viser à long terme la présence d'une magistrature qui reflète la diversité canadienne⁴⁸;
- Recommander le bilinguisme comme critère d'évaluation et exhorter la nomination d'un nombre adéquat de juges bilingues⁴⁹;
- Exhorter les gouvernements à ne pas nommer à la magistrature des personnes activement engagées en politique (ministres, membres du conseil, du Sénat ou d'une législature provinciale ou territoriale) dans les deux ans qui suivent leur démission ou leur retraite et, dans tous les cas, personne ne devrait être nommé sans avoir été recommandé par le comité de nomination à la magistrature compétent en fonction du mérite⁵⁰;
- Exhorter les gouvernements à davantage tenir compte de la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones dans les nominations à la magistrature et accorder une attention

⁴⁴ Voir le site du Commissariat à la magistrature fédérale : <http://www.fja.gc.ca/appointments-nominations/index-fra.html> Lire aussi : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Le nouveau régime de nomination des juges*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1988.

⁴⁵ Rapport ABC 2005, p. 3.

⁴⁶ Résolution 89-08-M de l'ABC.

⁴⁷ Résolution 91-22-M de l'ABC.

⁴⁸ Résolution 94-03-A de l'ABC.

⁴⁹ Résolution 95-01-A et 05-02-A de l'ABC.

⁵⁰ Résolution 98-14-A de l'ABC.

particulière à la nomination de juges autochtones aux tribunaux d'appel, y compris à la Cour suprême du Canada⁵¹.

Toutes ces recommandations, adoptées par l'ABC, illustrent son souci d'assurer un processus de nomination ouvert, transparent, pluraliste et dont la préoccupation ultime est la qualité et l'indépendance des candidates et candidats à la magistrature.

En effet, dans son Rapport de 2005 sur le processus de nomination à la magistrature fédérale, l'ABC conclut qu'à une époque « où les juges sont constamment confrontés à des questions fondamentales concernant la vie privée, la sécurité et l'égalité des citoyennes et citoyens canadiens, et la manière de résoudre des conflits entre ces principes », il apparaît essentiel que le public « soit en mesure d'examiner le processus de nomination à la magistrature » afin d'assurer « la haute qualité des nominations »⁵². De plus, selon l'ABC, « tout système de nomination à la magistrature doit respecter l'indépendance du pouvoir judiciaire »⁵³, laquelle est seule à même d'asseoir la légitimité des décisions des tribunaux.

En droite ligne avec nos commentaires formulées dans la première partie du présent mémoire, l'ABC citait un extrait du *Renvoi relatif à la rémunération* dans lequel le juge en chef Lamer soulignait « que les relations entre le pouvoir législatif et les pouvoirs exécutif et judiciaire doivent être 'dépolitisées' et que les pouvoirs législatif et exécutif ne peuvent exercer ni sembler exercer de pressions politiques sur le pouvoir judiciaire »⁵⁴.

C'est pourquoi l'ABC recommande, dans le Rapport ABC 2005, une période d'attente de deux ans avant de considérer la nomination de ministres, membres du conseil, du Sénat ou d'une législature provinciale ou territoriale⁵⁵. Dans tous les cas, personne ne devrait être nommé sans avoir été recommandé par le comité de nomination à la magistrature compétent en fonction du mérite. Par ailleurs, cela ne veut pas dire qu'il faille écarter comme candidature potentielle toute personne qui s'est intéressé au débat public. Au contraire, « l'activité politique, comme toute autre activité sociale ou communautaire, est un des facteurs à considérer pour évaluer si un

⁵¹ Résolution 05-01-A de l'ABC.

⁵² Rapport ABC 2005, p. 12.

⁵³ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁴ *Ibid.*, p.4.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 7, recommandation #1.

candidat possède les attributs d'un bon juge »⁵⁶. En effet, comme le souligne à bon escient John Stuart Mill, la politique amène un citoyen ou une citoyenne à donner préséance aux intérêts d'une collectivité et d'un pays à ses intérêts personnels :

[TRADUCTION] S'intéresser à la politique de façon concrète constitue, de nos jours, la meilleure façon d'élever l'esprit vers des intérêts et des horizons importants; le premier pas en dehors du cadre étroit de l'intérêt personnel de l'individu et de la famille, la première étape dans l'accomplissement des obligations sociales quotidiennes. [...] La possession et l'exercice de droits politiques, notamment du droit de vote, figurent parmi les principaux outils de formation, tant morale qu'intellectuelle, de l'esprit populaire⁵⁷.

3 - Sur le processus de nomination à la magistrature au Québec

Bien que nos commentaires, jusqu'ici, s'appliquent au processus général de nomination des juges, il convient de revenir plus spécifiquement sur certaines composantes du processus québécois. Il semble aujourd'hui admis, par la jurisprudence et par la pratique, tant au fédéral que dans les provinces, que le processus de nomination à la magistrature constitue un ingrédient du principe de l'indépendance judiciaire. Se dessinent ainsi, comme exigences constitutives de l'indépendance, celles d'un comité consultatif formé d'une pluralité d'acteurs incluant des représentants du Barreau, du tribunal pertinent et des membres du public, de critères de sélection fondée sur l'excellence et la qualité ainsi que d'une obligation pour le ministre de la Justice de recommander la nomination des magistrats à partir de la liste des candidats sélectionnés par le comité⁵⁸. Tel que le remarque le professeur Maclure, « les comités de sélection ou de nomination des juges semblables à ceux utilisés au Québec [permettent] d'atteindre l'équilibre, toujours imparfait, entre l'indépendance judiciaire et l'imputabilité démocratique »⁵⁹.

Ces exigences font aujourd'hui l'objet d'un large consensus dans la population en général et dans la communauté juridique en particulier. Les acteurs se sentent obligés par ces exigences et il

⁵⁶ Rapport McKelvey, p. 65.

⁵⁷ John Stuart MILL, « *Thoughts on Parliamentary reform* » (1859), dans J.M. Robson, dir., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, 1977, 311, p. 322-323, cité avec approbation dans Rapport ABC 2005, p. 5.

⁵⁸ Lire la description du processus de nomination à la magistrature dans les différentes provinces canadiennes et au niveau fédéral et les recommandations : Peter McCORMICK, « *Selecting Trial Court Judges : A Comparison of Contemporary Practices* », « *Study commissioned by the Commission of Inquiry into the Appointment Process for Judges in Quebec* », September 1st, 2010 (« McCormick »), p. 103 et ss.; Macdonald 2010, p. 42.

⁵⁹ Jocelyn MACLURE, « *Entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire. La nomination des juges dans la perspective de l'éthique et de la philosophie politique* », Étude commandée par la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, 1^{er} septembre 2010 (ci-après « Maclure »), p. 23.

y aurait un risque politique important pour tout gouvernement désirant faire fi de ces exigences et revenir ainsi à une situation où la nomination à la magistrature n'obéit plus à un cadre normatif déterminé, clair et transparent. On pourrait avancer l'hypothèse que les exigences ci-dessus énoncées, relatives au processus de nomination à la magistrature, constituent aujourd'hui une convention constitutionnelle⁶⁰ qui lie les principaux acteurs et, au premier chef, l'autorité de nomination, à savoir le ministre de la Justice, le premier ministre et le conseil des ministres.

Le *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges* (ci-après le « *Règlement* ») tire sa source de l'article 88 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*⁶¹. Le *Règlement* adopte plusieurs des exigences discutées ci-dessus. Il ne faudrait donc pas se surprendre si, à l'instar du professeur Maclure, la plupart des observateurs concluent que le processus retenu par le législateur québécois a donné de bons résultats et qu'il serait mal avisé de vouloir le modifier en profondeur :

De l'avis général, le système québécois de nomination des juges a, depuis la création des comités de sélection, contribué à la constitution d'une magistrature compétente. Dans ce contexte, la prudence invite peut-être à des révisions somme toute mineures [...]⁶².

Tenant compte de nos commentaires plus haut, parmi les aspects mineurs qui pourraient être révisés, on peut mentionner que :

- i) En vertu de l'article 9 du *Règlement*, il revient au seul ministre de la Justice de nommer les membres du comité de sélection⁶³;
- ii) Le *Règlement* ne mentionne pas clairement les critères qui doivent être considérés ou ceux qui ne devraient pas être considérés par le comité de sélection;
- iii) Le *Règlement* est silencieux sur le nombre exact de candidats aptes à être nommés juges que le comité de sélection soumet au ministre. On a souvent parlé d'une liste de trois candidats, mais rien dans la *Loi sur les tribunaux judiciaires* ou le *Règlement* ne confirme ce nombre;

⁶⁰ Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

⁶¹ L.R.Q. c. T-16.

⁶² Maclure, p. 26. D'ailleurs, citant SUNSTEIN, Cass R. et THALER, Richard, « Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness », Yale University Press, 2008, Maclure observe que les changements mineurs dans les règles sont souvent suffisants et même plus efficaces que les réformes majeures pour induire chez les agents des comportements plus rationnels.

⁶³ Le même article précise que le ministre consulte le Barreau pour ce qui est du choix de l'avocat appelé à siéger au comité. L'article précise également que le choix du juge est fait par le ministre sur recommandation du juge en chef du tribunal concerné. Rien n'empêche le ministre de passer outre cette consultation ou cette recommandation.

- iv) Le *Règlement* demande au comité de lister les candidats qu'il considère «aptes» à être nommés plutôt que la liste de ceux ou celles qu'il «recommande» pour le poste⁶⁴;
- v) Selon une pratique, le choix du juge en chef et des juges en chef associés et adjoints de la Cour du Québec est fait par le Premier ministre – même si le pouvoir formel de nomination de ces magistrats revient au gouvernement, en vertu de l'article 90 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* – et pourtant rien n'encadre ce choix ni le soumet au *Règlement*;
- vi) Le *Règlement* ne prévoit pas de «période d'attente» pour les députés, ministres ou autres membres du conseil des ministres ou de l'Assemblée Nationale;
- vii) L'article 86 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit que l'acte formel de nomination des juges de la Cour du Québec revient au gouvernement : le ministre de la Justice doit donc soumettre son (ou ses) choix au conseil des ministres. Par ailleurs, rien dans la Loi ou dans le *Règlement* n'encadre cet exercice;
- viii) Le *Règlement* n'encadre pas les consultations que peut faire le ministre ou le gouvernement à propos des candidats considérés aptes.

Il serait facile d'apporter des correctifs au *Règlement* pour plusieurs de ces points.

Par exemple, le professeur Maclure recommande que le membre du Barreau soit nommé par un comité du Barreau et que le membre de la magistrature soit nommé par le juge en chef du tribunal concerné⁶⁵. Nous sommes d'accord avec ces recommandations qui sont en ligne avec celles déjà proposées par l'ABC dans le Rapport McKelvey⁶⁶.

Le *Règlement* mentionne bien certains critères qui déterminent l'aptitude du candidat à être nommé juge⁶⁷. Cependant, à l'instar de la professeure Cartier, nous suggérons que cette liste soit raffinée et soumettons que les dispositions réglementaires devraient énoncer de façon plus précise les facteurs dont le comité, le gouvernement et le ministre peuvent ou ne peuvent pas

⁶⁴ Art. 20.

⁶⁵ Maclure, p. 19-20.

⁶⁶ Rapport McKelvey, recommandation #12, p. 72-3.

⁶⁷ *Règlement*, art. 18 :

« Le comité détermine l'aptitude du candidat à être nommé juge. À cette fin, il évalue les qualités personnelles et intellectuelles du candidat ainsi que son expérience.

Il évalue notamment le degré de connaissance juridique de cette personne dans les domaines du droit dans lesquels le juge exercera ses fonctions, sa capacité de jugement, sa perspicacité, sa pondération, son esprit de décision et la conception qu'elle se fait de la fonction de juge. »

légitimement tenir compte pour procéder à une recommandation ou à une nomination⁶⁸. Ces facteurs pourraient faire écho à ceux déjà suggérés dans le rapport McKelvey⁶⁹ ou à la liste plus exhaustive retenue par le Commissariat à la magistrature fédérale du Canada⁷⁰. Le *Règlement* devrait confirmer qu'une affiliation politique particulière n'est pas un facteur qui puisse être considéré.

De même, le *Règlement* pourrait prévoir un nombre minimal de candidats que le comité doit soumettre au ministre. Bien que le Rapport McKelvey suggère un nombre minimal de trois⁷¹, ce nombre pourrait être ajusté à la hausse ou à la baisse pour tenir compte de la réalité de certains districts judiciaires du Québec.

Quant au niveau d'excellence requis pour se retrouver sur la liste du comité, nous sommes d'accord avec le professeur Maclure, qui recommande une évaluation qualitative plus fine que simplement « apte / inapte »⁷². Selon nous, le comité devrait dresser une liste des candidats « recommandés » plutôt que « aptes » et le *Règlement* devrait prévoir que ce qualificatif soit réservé aux candidats qui atteignent un seuil très élevé et qui se démarquent des autres⁷³. Par ailleurs, bien que nous soyons d'accord avec le fait que la liste de noms a intérêt à être restreinte, nous ne partageons pas l'avis de ceux qui prônent le choix d'un seul nom⁷⁴. En effet, une liste à

⁶⁸ Geneviève CARTIER, «La discrétion du gouvernement dans le processus de nomination des juges : réflexions sur la légitimité d'un pouvoir controversé», Étude commandée par la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, 1er septembre 2010, p. 17.

⁶⁹ Un sens élevé des valeurs morales, des qualités humaines (compassion, générosité, bienveillance, patience), une expérience du droit, des capacités intellectuelles et de discernement, une bonne santé et de bonnes habitudes de travail et le bilinguisme, si la nature du poste le requiert. Cf Rapport McKelvey, recommandation #24, p. 76.

⁷⁰ <http://www.fja.gc.ca/appointments-nominations/assessment-evaluation-fra.html>.

Compétence et expérience professionnelles : expérience de la cour, compétence générale en droit, aptitudes intellectuelles, capacité d'analyse, capacité d'écoute, ouverture d'esprit vis-à-vis les deux côtés d'un argument, capacité de prendre des décisions, objectivité de jugement, réputation professionnelle et communautaire, domaine(s) de spécialisation ou d'expérience spécifique professionnelle, capacité de gérer le temps et le travail sans supervision, capacité de gérer un lourd fardeau de travail, capacité de travail seul et sous pression, relations interpersonnelles avec ses collègues et le public en général, sensibilité aux questions se rapportant à l'égalité des sexes et à l'égalité raciale, bilinguisme

Qualités personnelles : sens moral, patience, courtoisie, honnêteté, bon sens, tact, intégrité, humilité, ponctualité, impartialité, fiabilité, tolérance, sens de responsabilité, égards pour autrui

Obstacles possibles à une nomination : Condition physique ou mentale débilatante, y compris problèmes d'alcool ou de drogues, pouvant compromettre l'exercice du rôle de juge; Plaintes professionnelles et/ou mesures disciplinaires, courantes ou passées; Actions criminelles et/ou civiles, courantes ou passées; Difficultés financières y compris faillite, comptes d'impôt en souffrance, et défaut de paiement d'une pension alimentaire.

⁷¹ Rapport McKelvey, recommandation #13, p. 73.

⁷² Maclure, p. 21.

⁷³ Rapport ABC 2005, p. 8.

⁷⁴ McCormick, p. 106; Yves BOISVERT, «Des cigognes et des juges», La Presse, 13 septembre 2010.

un nom, soumise par un comité de sélection formé de non-élus, irait à l'encontre du principe de la responsabilité ministérielle et ne respecterait pas l'objectif qui est, pour utiliser les mots du professeur Maclure, « d'atteindre l'équilibre, toujours imparfait, entre l'indépendance judiciaire et l'imputabilité démocratique »⁷⁵.

Comme déjà recommandé par l'ABC dans le Rapport McKelvey et par la suite, les nominations à titre de juge en chef ou juge en chef adjoint devraient faire l'objet d'une consultation avec le comité approprié⁷⁶.

Le *Règlement* devrait prévoir que députés, ministres ou autres membres du conseil des ministres ou de l'Assemblée nationale ne sont pas admissibles à un poste à la magistrature dans les deux ans qui suivent leur démission ou leur retraite.

Les points plus difficiles sont sans doute liés à l'implication et au rôle précis du ministre de la Justice dans le processus de nomination et les critères guidant la discussion au sein du conseil des ministres.

La *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit que c'est le gouvernement qui nomme par commission, sous le grand sceau, les juges, le juge en chef et les juges en chef adjoints⁷⁷.

Ceci étant, le rôle du ministre de la Justice est fondamental dans le processus de nomination des juges et il ne saurait être question de le diminuer, ainsi qu'en font foi les nombreuses résolutions adoptées par l'ABC. Il pourrait toutefois être mieux encadré, en particulier en ce qui concerne ses rapports avec le conseil des ministres.

Le *Règlement* mentionne bien que c'est au ministre de la Justice que le comité doit remettre son rapport⁷⁸. Ce rapport, rappelons-le, comprend non seulement la liste des candidats retenus, mais aussi tout commentaire que le comité juge opportun de faire à l'égard des caractéristiques particulières des personnes jugées aptes. Notamment, le rapport peut comprendre des renseignements confidentiels sur la santé des candidats. C'est pourquoi les membres du comité

⁷⁵ Maclure, p. 23.

⁷⁶ Rapport McKelvey, recommandation #17, p. 73 et Résolution 89-08-M de l'ABC.

⁷⁷ Art. 86 et 90.

⁷⁸ Art. 19.

doivent prêter un serment de discrétion⁷⁹. Pour ces motifs, il nous apparaît sage que le rapport du comité ne circule pas au sein du conseil des ministres et que le ministre de la Justice, selon une pratique établie, soumette une recommandation au conseil.

En effet, le rôle du ministre de la Justice dans le processus de nomination des juges pourrait être comparé, jusqu'à un certain point, à celui du procureur général dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de poursuites pénales. Comme le rappelle la Commission de réforme du droit du Canada dans un rapport de 1990⁸⁰ : « il est établi depuis le début du siècle qu'il [le procureur général] peut – sans y être tenu – demander l'avis des ministres » dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de poursuites pénales. Comme le souligne la Commission de réforme du droit, il importe de signaler que cette indépendance du procureur général « relève simplement des conventions ». Cela dit, la Commission de réforme du droit du Canada conclut que « force est néanmoins de reconnaître que le principe de l'indépendance du procureur général en est graduellement venu, avec le temps, à être considéré comme une convention constitutionnelle »⁸¹.

Sans nous appesantir plus avant sur cette question complexe, la situation du ministre de la Justice, lorsqu'il est appelé à exercer une de ses fonctions premières, à savoir le choix des personnes aptes à être nommées juges, s'apparente en quelque sorte à celle du procureur général. Bien sûr, en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, c'est au gouvernement que revient la responsabilité de nommer les juges. Par ailleurs, puisque l'indépendance judiciaire constitue un arrière-plan obligé du processus de nomination, rien n'empêche le développement d'une pratique par laquelle le ministre de la Justice exerce un pouvoir de recommandation au conseil des ministres en ce qui concerne les nominations à la magistrature. Si le ministre peut consulter les membres du conseil dans l'exercice de cette recommandation, cette consultation devrait se limiter aux facteurs pertinents au processus de nomination.⁸²

Cette pratique, acceptée par les acteurs, pourrait se transformer en convention constitutionnelle et répondre, sans doute, aux inquiétudes d'interférence politique. Elle pourrait

⁷⁹ Art. 12.

⁸⁰ Commission de réforme du droit du Canada, *Poursuites pénales : les pouvoirs du Procureur général et des procureurs de la Couronne*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1990.

⁸¹ *Ibid.*, p.15.

⁸² Cartier, p. 19.

être mise en place et agréée par les acteurs, sans qu'il ne soit nécessaire d'amender formellement les articles 86 et 90 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

En terminant, nous constatons, à regret, qu'il existe une méfiance injustifiée du public à l'égard de la compétence des juges et des raisons qui ont justifié leur nomination. À l'instar du juge en chef Dickson, nous croyons que le public a le droit d'être rassuré à cet égard. Comme le souligne le professeur Macdonald, le gouvernement devrait mieux éduquer le public à l'égard du fonctionnement du comité de sélection, mais il doit aussi lui expliquer comment le gouvernement compose avec les considérations politiques. Les citoyens et citoyennes du Québec doivent, en particulier, savoir que le simple fait d'être membre d'un parti politique ou d'avoir donné à un parti politique une somme dont il est publiquement rendu compte n'empêche pas une personne d'être nommée à la fonction judiciaire et ne signifie pas que la nomination a été faite pour cette raison⁸³.

En conclusion, la Division est confiante que les juges qui composent les tribunaux du Québec sont compétents et indépendants. Nous estimons que le processus de nomination à la magistrature au Québec répond globalement aux exigences relatives à l'indépendance judiciaire. Quelques ajustements, décrits plus haut, pourraient permettre de bonifier ce processus et de répondre à certaines inquiétudes exprimées dans la population. Ces améliorations contribueraient à accroître la confiance des justiciables envers l'institution publique de toute première importance qu'est le système judiciaire.

⁸³ Macdonald 2010, p. 43.

RECOMMANDATIONS

L'ABC – Division Québec recommande :

- 1) que le Québec conserve le processus de sélection de candidats par voie de comités chargés de soumettre une liste de noms au ministre de la Justice;
- 2) que ces comités comprennent des représentants du Barreau, du juge en chef du tribunal pertinent et des membres du public;
- 3) que le membre du Barreau soit nommé par le conseil du Barreau du district concerné et que le membre de la magistrature soit nommé par le juge en chef du tribunal concerné;
- 4) que le comité de sélection soit invité à soumettre une liste restreinte de noms de personnes qu'il recommande pour un poste plutôt que de faire la liste des gens qui sont simplement aptes à être nommés;
- 5) que le gouvernement, sur recommandation du ministre de la Justice, procède à chaque nomination à partir de la liste fournie ou bien, en cas de désaccord, demande au comité de présenter d'autres recommandations;
- 6) que le gouvernement consulte le comité approprié en ce qui concerne la nomination des juges en chef et des juges en chef adjoints parmi ceux qui siègent déjà à titre de juge;
- 7) que les critères de nomination pour chaque poste à la magistrature soient mieux détaillés et que le Règlement précise que l'affiliation politique n'est pas un critère pertinent à considérer dans l'analyse d'une candidature;
- 8) que le gouvernement éduque mieux le public sur la procédure de nomination des juges en faisant usage, notamment, d'Internet ou de documents explicatifs.

