

La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada

Eugénie Brouillet

Volume 41, Number 1, 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026950ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026950ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brouillet, E. (2011). La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada. *Revue générale de droit*, 41(1), 279–293. <https://doi.org/10.7202/1026950ar>

La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada

EUGÉNIE BROUILLET

Professeure agrégée et vice-doyenne aux programmes de premier cycle,
Faculté de droit, Université Laval

INTRODUCTION

1. La légitimité est inhérente à toute étude du pouvoir puisqu'elle fonde son droit à commander et à imposer sa volonté¹. On peut définir la légitimité comme le « caractère moralement et socialement acceptable et accepté, au-delà de considérations strictement juridiques, d'une institution, d'une décision ou d'une chose »². Elle n'est jamais définitivement acquise ou perdue : sa dimension évolutive en constitue une caractéristique incontournable³. Son évaluation ne saurait non plus être tranchée. Une institution (ou un pouvoir) sera en ce sens plus ou moins légitime⁴. On peut ainsi parler d'un spectre de légitimité.

2. La question de la légitimité du pouvoir judiciaire est loin d'être nouvelle⁵. Elle traverse sporadiquement toutes les sociétés démocratiques, puisqu'elle appelle une réflexion constante sur les façons de concilier démocratie et constitutionnalisme. Le Canada ne fait pas exception à cet égard, et ce, particulièrement depuis la modification constitutionnelle de 1982 par laquelle était insérée une charte des droits et

1. Jean-Marc FÉVRIER, « Sur l'idée de légitimité », (2002) 92 *Revue de la recherche juridique* 367, p. 368 et 369.

2. Jacques FRÉMONT, « La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation », dans *Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 644, p. 687.

3. *Ibid.*

4. Marc VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Éditions Labor, 2006, p. 49.

5. Édouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005.

libertés de la personne⁶ dans la Constitution. Cette réforme a entraîné un foisonnement d'écrits sur les rôles respectifs des pouvoirs politique et judiciaire⁷.

3. Le débat qui a cours présentement au Québec concernant le processus de nomination des juges des cours provinciales s'inscrit dans cette mouvance. Il soulève des questions cruciales puisqu'elles interpellent des principes juridiques fondamentaux de notre système politique : l'indépendance judiciaire, la démocratie, la primauté du droit, de même que ceux de transparence et d'imputabilité qui leur sont consubstantiels.

4. Nous avons toutefois choisi de traiter aujourd'hui de la question du processus de nomination des juges sous l'angle du respect d'un autre principe juridique fondamental de notre structure constitutionnelle, celui du fédéralisme. Aux incessants questionnements sur la légitimité de la justice constitutionnelle en régime démocratique, s'ajoute, au sein des fédérations, celui portant sur la légitimité fédérative. En

6. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de l'annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

7. Pour n'en nommer que quelques-uns : Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991; Patrick MONAHAN, *Politics and the Constitution : The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Agincourt, Carswell, 1987; Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts : The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto, Éditions Butterworths, 1988; Kent ROACH, *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001; Peter H. RUSSELL, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987; Joel C. BAKAN, « Constitutional Arguments : Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought », (1989) 27 *Osgoode Hall Law Journal* 123; Stéphane BERNATCHEZ, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2006) *R.D.U.S.* 165; Stéphane BERNATCHEZ, « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », (2000) 19 *Politique et Sociétés* 89; Karim BENYEKHLEF, « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 *McGill L.J.* 91; Christopher P. MANFREDI, *Judicial Power and The Charter : Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Don Mills, Oxford University Press, 2001; Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996; Luc TREMBLAY, « The Legitimacy of Judicial Review : The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures », (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 617; Yves-Marie MORISSETTE, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité », dans Mary Jane MOSSMAN, Ghislain OTIS, *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 28; Frederick L. MORTON, Rainer KNOPFF, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992.

contexte fédératif, les derniers tribunaux d'appel en matière constitutionnelle ou les cours spécialisées en cette matière sont investis du rôle d'arbitre ultime des différends juridictionnels qui ne manquent pas de naître entre les ordres de gouvernements fédéral et fédéré relativement aux sphères de compétence que leur réserve la Constitution.

5. Dans un récent article, nous avons élaboré un cadre analytique de la légitimité fédérative des cours constitutionnelles, articulé autour de trois axes : la légitimité institutionnelle, la légitimité fonctionnelle et la légitimité sociale, cadre que nous avons, dans ce même article, appliqué au cas de la Cour suprême du Canada⁸. Nous soulignons alors la relation dialogique qui existe entre ces trois composantes qui sont largement interdépendantes. En effet, plus une Cour constitutionnelle jouera un rôle important dans l'évolution du régime fédératif, plus celle-ci devrait présenter des garanties institutionnelles d'indépendance et d'impartialité. En outre, la notion de légitimité revêt toujours une dimension sociale puisqu'elle repose en définitive « sur le consentement des sujets »⁹.

6. Dans une première partie, nous mettrons en exergue le rôle fondamental joué par les cours constitutionnelles en général, et par la Cour suprême du Canada en particulier, dans l'évolution du cadre constitutionnel fédératif. Dans la seconde partie, qui constituera le cœur de notre présentation, nous traiterons plus précisément de la question de la légitimité du processus de nomination des juges à la plus haute cour canadienne. Enfin, nous esquisserons certaines propositions de modifications à cet égard.

8. Eugénie BROUILLET, Yves TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », dans Michel SEYMOUR (dir.), *Le fédéralisme multinational en perspective : un modèle viable?*, Actes de colloque international, Montréal, 25-27 septembre 2009 (à paraître). Résumé paru à titre de "Working Paper" par l'Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, [En ligne]. <http://www.queensu.ca/iigr/working/SCC/SCCpapers.html>.

9. J.-M. FÉVRIER, *supra*, note 1, p. 368-369.

I - LA COUR CONSTITUTIONNELLE COMME ARBITRE DES DIFFÉRENDS FÉDÉRATIFS

7. Mentionnons d'abord que pour les fins du présent exercice, nous utiliserons la locution « cours constitutionnelles » afin de désigner à la fois les tribunaux spécialisés en matière constitutionnelle et les derniers tribunaux d'appel en cette matière (cours suprêmes).

8. Par « différends fédératifs », nous entendons ici les conflits portant sur le partage des compétences législatives, de même que ceux mettant en cause des aspects fondamentaux de la structure fédérative de l'État, par exemple, les procédures de modifications constitutionnelles, le statut juridique des entités fédérale et fédérées, le territoire de ces dernières, ou encore leur possible sécession.

9. Les États fédéraux disposent généralement d'une instance juridictionnelle qui prene en charge la résolution des différends fédératifs et, en particulier, qui s'assure que les règles relatives au partage des compétences soient dûment observées¹⁰. Il en est ainsi en raison bien sûr du principe d'autonomie de chacun des ordres de gouvernement dans leur sphère de compétence qui implique qu'aucun d'eux ne puisse modifier à son avantage les règles du jeu.

10. Dans l'exercice de sa fonction arbitrale, la Cour constitutionnelle est appelée à interpréter et à appliquer le contrat ou l'entente originaire conclue entre les parties. Elle doit de plus adapter ces règles en fonction de l'évolution des conditions sociétales. Dans ce cas, la Cour doit chercher à maintenir un certain équilibre entre les pouvoirs respectifs de chacun des ordres de gouvernement (équilibre fédéral/fédéré), de même, en contexte multinational, entre majorité et minorités nationales.

11. Dans une fédération au sein de laquelle se trouve une collectivité nationale minoritaire, le respect de la nature fédérative de la structure constitutionnelle est vital, puisqu'elle lui permet de traduire, aux plans politique et juridique, son aspiration culturelle collective. Dès lors, lorsque coexistent au sein d'une même fédération des nationalismes majoritaire et

10. Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 242.

minoritaire(s), la question de l'équilibre fédéral/fédéré se pose avec une acuité particulière.

12. Ainsi, les cours constitutionnelles en régime fédératif sont appelées à exercer un rôle fondamental dans l'évolution de la structure constitutionnelle.

13. Dans le cas particulier de la Cour suprême du Canada, l'importance de cette fonction est accrue de par la possibilité qui est offerte aux parlements de solliciter son avis dans le cadre de renvois sur des questions qui seraient autrement considérées comme non justiciables, en raison de la méthode d'interprétation évolutive nettement privilégiée par la Cour et qui l'affranchit en bonne partie des limites à l'exercice de sa discrétion judiciaire et le pouvoir du dernier mot qu'elle détient *de facto* en matière de différends fédératifs.

14. La procédure de renvoi soulève des questionnements en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de la légitimité fédérative, puisqu'elle mène en quelque sorte à un contrôle juridictionnel a priori des normes¹¹, c'est-à-dire avant qu'elles ne soient dûment promulguées par les organes politiques de l'État. La ligne de démarcation entre les fonctions judiciaire et politique devient dans ce contexte plus mince, plus difficilement identifiable. Une telle procédure amène la Cour dans un type d'exercice qu'elle ne s'autoriserait pas à effectuer dans le contexte d'un litige particulier. La procédure de renvoi permet par exemple au gouvernement de requérir l'avis de la Cour relativement à la constitutionnalité de projets de lois, de lui poser des questions théoriques ou encore qui ont une teneur politique importante¹². Tel fut le cas notamment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, rendu en 1998.

11. Fabien GÉLINAS, « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle », (1988) 57 *R. du B. can.* 455, p. 459.

12. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 25 : « Dans le contexte d'un renvoi, la Cour n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d'être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d'un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d'un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matières contentieuses, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez "mûres" pour faire l'objet d'un recours judiciaire. »

15. La légitimité du pouvoir judiciaire en régime démocratique tient à ce qu'il n'ait pas le dernier mot en matière constitutionnelle. Or, en matière de différends fédératifs, la Cour suprême possède *de facto* un tel pouvoir. En cette matière, la seule façon de contourner l'interprétation donnée par la Cour suprême à une disposition constitutionnelle consiste à la convaincre de changer d'idée dans une décision ultérieure, ou encore à modifier la Constitution de façon à neutraliser les effets de sa jurisprudence.

16. Or, au Canada, le pouvoir constituant est pour ainsi dire paralysé. Cet état de fait est attribuable, d'une part, à la rigidité des principales procédures de modification elles-mêmes¹³ et, d'autre part, au développement de visions concurrentes de l'avenir de la fédération canadienne chez les Québécois et les autres Canadiens. Généralement, les Canadiens hors Québec sont plutôt en faveur d'une évolution centralisatrice de la fédération canadienne et de la symétrie au plan des pouvoirs législatifs provinciaux, alors que les Québécois sont en général favorables à une plus grande décentralisation des pouvoirs et à l'instauration d'un fédéralisme asymétrique¹⁴. On peut donc affirmer que cette dernière bénéficie en quelque sorte d'un pouvoir du « dernier mot », sinon *de jure*, du moins *de facto*.

17. Aux fins de la préservation de sa légitimité fédérative, la grande importance du rôle joué par la Cour suprême en matière fédérative appellerait normalement l'existence de solides garanties d'indépendance et d'impartialité au plan institutionnel. Or, la plus haute cour canadienne souffre selon nous d'un déficit à ce chapitre, notamment et en particulier au plan du processus de désignation de ses membres.

13. La grande majorité des modifications constitutionnelles requiert soit le consentement unanime des assemblées législatives fédérales et provinciales, soit celui du Parlement fédéral et des assemblées législatives de sept provinces dont la population représente cinquante pourcent (50 %) de la population canadienne : *Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 6, partie V, art. 38, 41 et 42.

14. Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2005, p. 376-378.

II - LA LÉGITIMITÉ DU PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES À LA COUR SUPRÊME DU CANADA

18. De façon générale, la légitimité institutionnelle tient à ce que la Cour constitutionnelle doive être perçue comme étant impartiale et indépendante. En contexte fédératif, elle doit présenter des garanties d'objectivité ou de neutralité suffisantes afin qu'elle ne puisse être assimilée en exclusivité aux organes de l'entité fédérale ou des entités fédérées. Au cœur de cette dimension institutionnelle de la légitimité fédérative se trouve la question du processus de désignation des juges.

19. Au Canada, le pouvoir judiciaire est la fonction étatique qui reflète le moins bien la nature fédérative du pays. Un seul palier de gouvernement, le gouvernement fédéral, a le pouvoir discrétionnaire de nommer tous les juges des cours supérieures du pays, y compris ceux de la Cour suprême¹⁵.

20. Dès l'époque pré-fédérative, certains parlementaires du Canada-Est¹⁶ avaient exprimé leurs craintes et leur opposition à la création d'une cour générale d'appel dotée de vastes pouvoirs et dont le processus de nomination des membres pourrait être déterminé selon le bon vouloir du Parlement fédéral¹⁷. Cette question fit aussi l'objet, dans les premières années de la fédération, d'une grande opposition qui en retarda la création jusqu'en 1875¹⁸. Aujourd'hui, l'indépendance institutionnelle

15. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 96 et 101; *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, art. 4 (2).

16. Nom de la province de Québec sous le régime d'Union (1840-1867).

17. *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e session, 8^e Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux Imprimeurs parlementaires, 1865, p. 693 et 861 (Antoine-Aimé Dorion, chef des Libéraux du Bas-Canada); p. 897 et 898 (Henri E. Taschereau).

18. Roger CHAPUT, « La Cour suprême et le partage des pouvoirs : rétrospective et inventaires », (1981) 12 *R.G.D.* 35, p. 35. Voir également : Alexandre A. REGIMBAL, *De sa création à sa consécration en tant que tribunal de dernière instance : la Cour suprême du Canada telle qu'imaginée, instaurée et modifiée par les parlementaires de la Chambre des communes 1867-1949*, Essai présenté dans le cadre du stage de la Fondation Jean-Charles-Bonenfant, Assemblée nationale du Québec, 2008. [En ligne]. <http://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/01/mono/2008/07/974032.pdf>.

de la Cour suprême vis-à-vis le pouvoir central continue de soulever de nombreuses critiques¹⁹.

21. Au chapitre de l'indépendance et de l'impartialité, le processus unilatéral de nomination des juges génère d'importants problèmes en regard à sa légitimité en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs. Il ne permet pas aux juges d'être perçus comme indépendants de l'ordre de gouvernement fédéral. En régime fédératif, généralement, les entités fédérées participent au processus de nomination des membres du tribunal appelé à trancher en dernier ressort les différends fédératifs. Il s'agit là d'une condition essentielle à l'apparence de neutralité que doit afficher l'arbitre judiciaire. Plusieurs auteurs ont donc conclu que cette absence de participation des provinces canadiennes au processus de nomination des juges de la Cour suprême constitue un accroc important au principe fédératif²⁰.

22. Cette question a notamment fait l'objet de propositions de modifications constitutionnelles dans les accords du Lac Meech et de Charlottetown. Ceux-ci prévoyaient que le gouvernement fédéral devait nommer les membres du plus haut tribunal du pays sur proposition des gouvernements provinciaux. Les deux Accords auraient également enchâssé dans la Constitution la disposition actuelle de la *Loi sur la Cour suprême* qui prévoit qu'au moins trois des neuf juges de la Cour sont choisis au Québec.

19. Le développement jurisprudentiel du contenu des principes d'indépendance et d'impartialité au cours des années 1980 n'est certainement pas étranger à cet intérêt porté à la question de l'indépendance et de l'impartialité de la Cour suprême : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56. Des décisions ultérieures sont venues préciser et rappeler les éléments essentiels de l'indépendance judiciaire : voir notamment *Renvoi relatif aux juges de la cour provinciale*, [1997] R.C.S. 3; *Canada c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Barreau de Montréal c. P.G. du Québec*, (2001) R.J.Q. 2058 (C.A.).

20. Voir notamment : Kenneth Clinton WHEARE, *Federal Government*, 3^e éd., Londres, Oxford University Press, 1947, p. 55, 56 et 71; Jacques BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1968, p. 123; Jacques-Yvan MORIN, José WOEHRLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, 2^e éd., t. 1, « Études », Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 546; Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 411-412.

23. Notons ici que la pratique instaurée en 2006 par le gouvernement fédéral de permettre à un comité parlementaire de questionner la personne choisie avant sa désignation formelle comme juge, n'a aucun impact en ce qui a trait à la légitimité fédérative de la Cour, les gouvernements provinciaux étant toujours exclus du processus de nomination. Ainsi en est-il également de la mise en place de comités consultatifs ayant pour mandat d'extraire une courte liste de trois candidats potentiels à partir de candidatures présélectionnées par le ministre de la Justice fédéral, après consultation des procureurs généraux des provinces et territoires, des juges en chef et des membres éminents de la collectivité juridique²¹. Le gouvernement fédéral détient encore seul le pouvoir décisionnel.

24. Soulignons que les propositions de réformes constitutionnelles de Meech et de Charlottetown n'auraient pas comblé le déficit de légitimité institutionnelle de la Cour au chapitre du processus de désignation de ses membres. En effet, étant donné que le gouvernement fédéral possède également le pouvoir exclusif de nommer tous les juges des cours supérieures et d'appel provinciales²² et que, dans la très grande majorité des cas, les membres de la Cour suprême sont choisis parmi ceux-ci, une véritable réforme du processus de nomination des juges à la Cour suprême devrait également viser celui des juges des cours supérieures provinciales. Une procédure conjointe de nomination pour l'ensemble de ceux-ci par les gouvernements fédéral et provinciaux nous apparaît être la seule voie possible pour combler le déficit de légitimité fédérative de la Cour à ce chapitre.

25. Outre ce problème de légitimité lié au processus unilatéral de désignation des membres de la Cour suprême, plusieurs observateurs ont souligné sa nature essentiellement politique. En 1978, le juge Bora Laskin écrivait que, sans être prépondérantes dans le choix du juge, les opinions politiques

21. MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Proposition en vue de réformer le processus des nominations à la Cour suprême du Canada*. [En ligne]. <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/csc-scc/index.html>.

22. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 15, art. 96.

du candidat ne sont pas sans conséquence²³. Certaines déclarations, dont celle du juge en chef de la Cour d'appel du Québec concernant la nomination de personnes qui ont affiché des convictions souverainistes, sont venues attiser un doute déjà existant sur la place qu'occupent des considérations politiques partisans dans le processus de nomination fédéral²⁴.

26. Une chose est sûre, l'opacité du processus ne permet pas à la Cour d'être raisonnablement perçue comme indépendante²⁵ et de faire naître dans l'esprit des citoyens la conviction que les juges jouissent de toute la neutralité nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, en particulier en matière de différends fédératifs²⁶.

27. Ce problème est d'autant plus criant qu'au Canada, nous l'avons vu, ce tribunal exerce des fonctions fort importantes dans l'évolution du régime fédératif. À l'inverse, on peut avancer que l'orientation jurisprudentielle plutôt centralisatrice de la Cour quant au partage des compétences législatives n'est probablement pas étrangère au caractère unilatéral et

23. « Les opinions politiques du magistrat n'ont pas vraiment d'importance; tout au plus peut-on croire que, entre deux juristes de valeur égale, le parti politique au pouvoir choisira probablement celui dont les opinions sont les plus conformes à la philosophie du parti » : Bora LASKIN, « La Cour suprême du Canada », (1978) *R.I.D.C.* 139, p. 141, cité dans Marie-Laure GELY, *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada*, Thèse de doctorat, Université Laval et Université de Montpellier I, 1998, p. 170. Le professeur Jacques Frémont partage cet avis : « Dans les faits, la composante politique » demeure encore importante pour les nominations et les affinités récentes ou plus anciennes jouent un rôle certain. » : Jacques FRÉMONT, *supra*, note 2, p. 656.

24. Le 26 avril 2005, le juge Robert avait déclaré, sur les ondes de Radio-Canada : « Pour être nommé, pour occuper une fonction dans la magistrature de nomination fédérale, je pense que c'est une sorte de "prérequis" : on ne doit pas être souverainiste. Enfin, je pense que c'est l'opinion qui est généralement tenue par l'ensemble des juges au Canada. » Michel Robert a été président du Parti libéral du Canada de 1986 à 1990. Cette sortie faisait suite à des allégations d'un ancien directeur général de l'aile québécoise du Parti libéral du Canada, Benoît Corbeil, qui avait soutenu que des avocats avaient été nommés juges grâce à leurs convictions politiques. La déclaration du juge en chef Robert a été dénoncée dans le cadre d'une motion adoptée à la majorité des voix par la Chambre des communes, qui l'associait à de la « discrimination basée sur l'opinion politique ».

25. Il s'agit du critère adopté par la Cour suprême en matière d'indépendance judiciaire : *Valente c. La Reine*, *supra*, note 19, p. 689.

26. Voir notamment l'article publié par neuf collègues dans le journal *Le Devoir*, le 17 mai 2005, intitulé : *Mode de nomination des juges — Un tabou dans la communauté juridique*.

politique²⁷ du processus de nomination de ses membres. Voilà pourquoi cet aspect institutionnel de la Cour suprême comme arbitre ultime des différends fédératifs doit être réformé.

III - PERSPECTIVE QUÉBÉCOISE SUR LA LÉGITIMITÉ DU PROCESSUS DE NOMINATION À LA COUR SUPRÊME ET ESQUISSES DE PROPOSITIONS DE RÉFORMES

28. On l'a déjà mentionné, la légitimité repose en définitive sur la reconnaissance publique. Il aurait été intéressant et pertinent de sonder, grâce au recours à des méthodes empiriques, l'appui dont bénéficie la Cour suprême à titre d'arbitre ultime des différends fédératifs dans la société civile et la communauté juridique canadiennes. Une telle démarche déborde toutefois le cadre de notre présentation. Nous nous contenterons ici de tenter d'apprécier le degré de légitimité sociale dont bénéficie la Cour suprême, à travers une lorgnette restreinte, donc imparfaite, celle des prises de position gouvernementales québécoises qu'elle a suscitées au cours des dernières décennies au chapitre du processus de nomination de ses membres. Cela nous mènera à esquisser quelques pistes de réforme.

29. Depuis la fin des années 1940, tous les gouvernements du Québec, et ce, peu importe le parti politique au pouvoir, ont formulé des demandes de modifications constitutionnelles à l'égard de la plus haute cour canadienne²⁸. Ces revendications touchent tant sa dimension institutionnelle que fonctionnelle. Celles-ci ont trait au processus de désignation de ses membres, à sa composition et à sa juridiction générale d'appel.

30. En ce qui a trait au processus de désignation de ses membres, le gouvernement du Québec réclame dès 1947 que

27. Le professeur Jacques Brossard affirmait ce qui suit quant à cette question : « [...] il semble y avoir souvent coïncidence entre le mode de nomination des membres de l'organe suprême de contrôle et la tendance plus ou moins centralisatrice de ses décisions. » Jacques Brossard, *supra*, note 20, p. 242.

28. *SECRETARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, Ministère du Conseil exécutif, Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, [En ligne] : http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/positions_1936-2001.htm. [ci-après cité *Positions du Québec*].

ceux-ci soient nommés conjointement par les autorités provinciales et fédérales. À l'époque, le projet d'abolir les appels au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres bat son plein sur la scène fédérale, et si la grande majorité des parlementaires fédéraux sont plutôt favorables à l'idée, plusieurs s'inquiètent des effets qu'aura un tel changement au chapitre de la neutralité de l'arbitrage des différends fédératifs. Le parti progressiste-conservateur fédéral de l'époque, qui forme alors l'opposition officielle, réclame une consultation des provinces sur le sujet, ce à quoi s'oppose le parti libéral au pouvoir²⁹. C'est dans ce contexte que Maurice Duplessis, premier ministre du Québec de 1944 à 1959, fixe pour ainsi dire la barre des revendications constitutionnelles du Québec quant à l'institution qui sera chargée d'arbitrer en dernier ressort les différends fédératifs :

Les membres du tribunal canadien qui serait créé pour remplacer le Conseil privé devraient être nommés par les gouvernements fédéral et provinciaux. Il n'est pas raisonnable et il n'est pas conforme à l'unité nationale bien comprise que le gouvernement fédéral s'arroge le droit de choisir de façon unilatérale les arbitres appelés à décider des droits respectifs de chacune des parties. Le Québec estime que la Cour suprême du Canada, en matière constitutionnelle et de relations intergouvernementales canadiennes, doit réunir toutes les conditions exigées d'un tiers arbitre.³⁰

31. La nécessité d'une telle procédure conjointe de nomination est constamment revenue dans les positions constitutionnelles du Québec depuis. Daniel Johnson, premier ministre du Québec de 1966 à 1968, plaidait pour la création d'une cour constitutionnelle dont les deux tiers des juges seraient nommés par les gouvernements provinciaux, « la composition de ce tribunal [devant] refléter, selon lui, le caractère fédératif des institutions communes et la dualité culturelle canadienne »³¹. L'idée d'une proportion des deux tiers des juges de

29. A. A. REGIMBAL, *supra*, note 18, p. 29-33.

30. Cité dans *Positions du Québec*, *supra*, note 28, p. 22-23.

31. *Id.*, p. 36.

nomination provinciale a par la suite été reprise par d'autres premiers ministres québécois³².

32. Au fil des décennies, cette demande a cédé le pas à une nomination par le gouvernement du Québec des trois juges québécois ou d'une nomination par le gouvernement fédéral avec « contribution significative »³³ ou « participation directe »³⁴ du Québec, pour les juges en provenance de son territoire.

33. En ce qui concerne la composition de la Cour, une question liée à celle du processus de désignation de ses membres, le gouvernement québécois a également mis de l'avant le principe de l'alternance linguistique (francophone/anglophone) à la présidence de la Cour suprême³⁵. Plus récemment, en 2008, l'Assemblée nationale adoptait à l'unanimité une résolution affirmant que « la maîtrise de la langue française est une condition préalable et essentielle à la nomination d'un juge de la Cour suprême du Canada »³⁶. Enfin, les gouvernements n'ont eu de cesse de réclamer l'enchâssement formel dans la Constitution de la présence de trois juges québécois³⁷.

34. Ainsi, nous sommes d'avis que les modifications suivantes devraient être apportées au processus actuel de nomination de juges à la Cour suprême du Canada, dans une perspective fédérative :

1. L'enchâssement formel dans la Constitution canadienne de la nomination de trois juges québécois.
2. La nomination de ces juges par le gouvernement du Québec, dans le cadre d'un processus plus transparent que celui qui a présentement cours pour la nomination des

32. Gouvernement de Jean-Jacques Bertrand (1968-1970); Gouvernement de René Lévesque (1976-1980), dans *id.*, p. 40 et 55 (respectivement).

33. Gouvernement de Pierre-Marc Johnson (1985); Gouvernement de Robert Bourassa (1985-1990), dans *id.*, p. 68 et 73 (respectivement).

34. Benoît PELLETIER, ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes et aux Affaires autochtones du gouvernement du Québec, *L'avenir du Québec au sein de la fédération canadienne*, allocution prononcée dans le cadre du symposium de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes, « Dynamiques et enjeux politiques du fédéralisme canadien », octobre 2004 (gouvernement de Jean Charest (2003-2007)).

35. Gouvernement de René Lévesque (1980-1985); Gouvernement de Pierre-Marc Johnson (1985), dans *id.*, p. 63 et 68 (respectivement).

36. Adoptée le 21 mai 2008 [En ligne]. http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/20080521-juge.pdf.

37. *Positions du Québec, supra*, note 28.

juges des cours provinciales et dont certains conférenciers traiteront probablement aujourd'hui.

3. La participation directe des provinces au processus de nomination des juges des cours supérieures provinciales.

CONCLUSION

35. Le rôle fondamental que joue la Cour dans l'évolution du régime fédératif canadien, et donc dans le maintien d'un équilibre entre les pouvoirs des ordres de gouvernement fédéral et provincial, explique l'attention soutenue qu'elle a toujours suscitée au Québec. Le principe fédératif et son corollaire essentiel, celui de l'autonomie des ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives, constituent pour le Québec beaucoup plus qu'une simple technique de gouvernance, mais bien la garantie de son épanouissement en tant que collectivité nationale au sein de la fédération canadienne. Il lui apparaît ainsi vital de faire en sorte que l'institution dont dépend en bonne partie son devenir collectif présente certaines garanties d'indépendance et donc de neutralité fédérative.

36. Il reste cependant qu'une réforme purement institutionnelle de la Cour suprême, notamment du processus de désignation de ses membres, ne saurait à elle seule combler le déficit de légitimité fédérative dont elle souffre, du moins au Québec. En effet, comme le faisait remarquer bien à propos les professeurs Morin et Woehrling, une telle réforme « [...] donnerait à la Cour une légitimité fédérative qui lui fait actuellement défaut et pourrait donc avoir pour effet paradoxal de la mettre davantage à l'abri des critiques, sans véritablement modifier la portée centralisatrice de son intervention, celle-ci tenant à des facteurs économiques, sociaux et politiques autrement plus profonds que les simples modalités de désignation des juges. Aussi n'est-il pas impossible de prétendre qu'une cour suprême fédérale est en mesure d'exercer son rôle centralisateur d'autant mieux qu'elle bénéficie d'un degré élevé de légitimité fédérative »³⁸.

38. J.-Y. MORIN, J. WOEHLING, *supra*, note 20, p. 546-547.

37. Si le fédéralisme signifie toujours quelque chose en droit constitutionnel canadien, nous sommes d'avis qu'une réforme institutionnelle doit être accompagnée d'une théorisation jurisprudentielle du principe fédératif qui tende à un meilleur équilibre des pouvoirs entre les ordres de gouvernement fédéral et provinciaux. Ce n'est qu'ainsi que la Cour suprême acquerra ses lettres de noblesse au Québec en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs.

Eugénie Brouillet
Faculté de droit
Pavillon Charles-De Koninck, bureau 5137B
Université Laval
Québec (Québec) G1V 0A6
Tél : 418 656-2131, poste 3584
Eugenie.Brouillet@fd.ulaval.ca

Note de l'auteure : Cette présentation est inspirée d'un article écrit conjointement avec monsieur Yves Tanguay, doctorant en droit constitutionnel : Eugénie BROUILLET, Yves TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », dans Michel SEYMOUR (dir.), *Le fédéralisme multinational en perspective : un modèle viable?*, Actes de colloque international, Montréal, 25-27 septembre 2009 (à paraître). Résumé paru en langues française et anglaise à titre de "Working Paper" par l'Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, [En ligne]. <http://www.queensu.ca/iigr/working/SCC/SCCpapers.html>.