

Les Cahiers de droit

Du choix des juges

André Vinette



Volume 10, numéro 2, 1969

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004592ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004592ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Vinette, A. (1969). Du choix des juges. *Les Cahiers de droit*, 10(2), 307–326.
<https://doi.org/10.7202/1004592ar>

Du choix des juges

André VINETTE *

Préliminaires

Les institutions juridiques d'une société donnée ne peuvent rester à l'écart du mouvement d'engagement humanitaire et de revalorisation sociale qui s'effectue présentement à l'échelle universelle. L'évolution même des individus, qui porte la société toute entière à une recherche plus accentuée des valeurs humaines, doit trouver réponse dans un renouvellement ou une restructuration des organismes qui les gouvernent dans leur vie juridique, sociale et familiale. Il doit y avoir un rapport constant entre l'évolution de la société et celle de ses institutions face au modernisme, une recherche commune et solidaire pour une meilleure communication entre la société globale et ses multiples éléments, dans un esprit de compréhension, d'humanitarisme et non d'automatisme. Ceci est essentiel pour tous les éléments d'une société car ils ont tous des rapports avec l'individu. La justice n'y échappe pas.

En effet, un refus pour la justice d'obtempérer aux exigences du parallélisme évolutionnel avec la société pourrait causer le vieillissement d'une institution qui, si elle tarde trop à se modifier graduellement, peut arriver à ne plus rien représenter.

Une étude des transformations souhaitables de l'ensemble du système judiciaire, afin qu'il soit adapté au rythme de la société, déborderait largement les cadres fixés à ce travail. C'est pourquoi nous voulons nous arrêter en particulier à l'un des aspects que nous estimons très important

* Étudiant en deuxième année à la faculté de Droit de l'université Laval. L'auteur remercie M^e Hubert Reid pour ses conseils judicieux.

du système judiciaire canadien : le mode de nomination des juges. L'importance des principes majeurs à la base de la magistrature et l'influence primordiale de celle-ci sur tout le système judiciaire font en sorte qu'une réforme, ou plutôt une revision adaptée du mode même du choix des juges, ne peut rester sans incidence sur le système judiciaire.

S'il y a refonte du mode de nomination des juges, l'administration de la justice est susceptible d'être grandement modifiée, sinon quant aux structures du système judiciaire, du moins quant à son activité et à son efficacité, les juges étant les interprètes autorisés de la loi et ayant la responsabilité d'ordonner son application à sa fin ultime et véritable.

Avant de faire une étude critique des modes actuels de nomination ou d'élection des juges et de proposer un mode qui, selon nous, serait plus adapté, il convient d'analyser les principes fondamentaux dont il a été question et que nous devons rencontrer dans le système qui sera proposé. Nous pouvons ramener ces principes aux deux suivants :

- l'indépendance de la magistrature ;
- la compétence de la magistrature.

Analysons en premier lieu les caractéristiques relatives à l'indépendance de la magistrature.

Plusieurs auteurs américains ont traité de la nécessité absolue d'une magistrature indépendante, qui peut abstraire plus facilement les principes de justice et d'égalité, sans subir d'influences malencontreuses. C'est ainsi que s'exprime Friedmann dans un article intitulé : « Judges, Politics and the Law » :

« Under a democratic system, of which the independence of the judiciary is one of the most precious guarantees, constitutional judges must and do strive for an interpretation intainted by political prejudices and based, so far as is humanly possible, on an impartial consideration of the many factors, of history, logic and political values, which go into a constitutional document »¹.

Jack W. Peltason est lui aussi catégorique, et son intervention est sans équivoque :

« Throughout the United States, it is held as a sacred principle, that the judiciary should form an independent, coordinate branch of government »².

Cette indépendance de la magistrature est intimement liée au principe généralement reconnu en Occident du droit à une justice libre de toute influence.

¹ W. FRIEDMANN, « Judges, Politics and the Law », (1951) 29 *R. du B. Can.*, p. 831.

² J. W. PELTASON, *The Missouri Plan for the Selection of judges*, p. 13.

« It is the right of every citizen to enjoy judicial protection in respect of his property and liberty against unlawful interference from any source be it Governments mobs, dictators or individuals »³.

Les auteurs français ne sont pas moins conscients de la nécessité de cette indépendance :

« *A priori*, ce qui frappe quand on parle d'un acte juridictionnel, c'est le fait qu'il émane d'une juridiction, c'est-à-dire d'une autorité constituée en forme de tribunal, avec toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité opportunes. On ne peut nier, en effet, que ce sont ces garanties particulières qui, dans une très large mesure, expliquent et justifient l'autorité particulière dont bénéficient les actes du juge »⁴.

Il en est de même en Angleterre, comme en témoigne le texte suivant :

« The fourth and final principle which is a basic part of the English constitution is the independence of the judiciary [...]. It has been recognised as axiomatic that if the judiciary were placed under the authority of either the legislative or the executive branches of the Government then the administration of the law might no longer have that impartiality which is essential if justice is to prevail »⁵.

La liste des témoignages pourrait s'allonger indéfiniment, mais nous croyons que ceux-ci suffisent à démontrer que le principe de l'indépendance de la magistrature est accepté comme fondamental.

A ce premier principe s'ajoute celui de la compétence. Celle-ci est même considérée par certains auteurs comme une condition du respect et de l'application du principe de l'indépendance de la magistrature :

« It is quite clear then that the success of our system of judicial independence rests upon the appointment of well-qualified persons to judicial office, and the question of how best to ensure this arises »⁶.

Par compétence de la magistrature, il faut entendre beaucoup plus que la seule aptitude à siéger à un tribunal :

« Toute législation soucieuse du bon fonctionnement du service public qu'est la justice doit donc avoir pour préoccupation, d'une part, d'élaborer un système de nomination des juges qui permette d'assurer chez ceux-ci l'existence de connaissances et de qualités techniques requises ; d'autre part, d'instituer un système de garanties personnelles qui assurent le maintien et la défense des qualités morales nécessaires »⁷.

A ces exigences énoncées par Raoul Barbe, s'ajoute une connaissance des institutions sociales en plus des institutions légales. De plus, à l'expé-

³ W. MULOCK, « The Independence of the Judges », (1934) 12 *R. du B. Can.*, p. 406.

⁴ SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, tome I, p. 430.

⁵ Sir HOLDSWORTH, cité par W. R. LEDERMAN, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *R. du B. Can.*, p. 770.

⁶ W. R. LEDERMAN, *ibidem*, 779.

⁷ R. P. BARBE, « Le statut des juges de la Cour des sessions de la paix », (1968) 14 *McGill L. J.*, p. 84.

rience doit s'ajouter une ouverture d'esprit qui permet de s'adapter aux contingences actuelles et d'évoluer au même rythme que le milieu social ambiant, et non pas une obstination dans un conformisme autoritaire allant à l'encontre des buts fondamentaux de la justice. C'est d'ailleurs l'opinion de Louis Casamayor⁸.

Les systèmes différents ont permis d'appliquer concrètement, sous des aspects particuliers, ces deux principes fondamentaux de l'indépendance et de la compétence de la magistrature. Certains pays ont opté pour un système de « nomination » des juges par l'exécutif, d'autres pour une « élection » publique ou déléguée de leurs magistrats, d'autres enfin pour l'un et pour l'autre système. Tous ont en vue d'assurer un respect intégral de ces principes fondamentaux, quel que soit le système employé.

Dans une première partie de ce travail, nous nous proposons d'analyser succinctement le choix des juges par le mode de « nomination » pour ensuite, dans une seconde partie, nous arrêter au mode d'« élection », dégageant de l'un et de l'autre les avantages et les inconvénients qu'ils comportent. À la lumière de ces observations nous essaierons, en conclusion, de proposer un mode de choix des juges qui, tout en observant les principes fondamentaux précédemment exposés, tentera de conserver ce qu'il y a de meilleur dans chacun des deux systèmes, en éliminant toutefois, autant que faire se peut, ce qu'ils ont de moins bon ou de plus discutable. Cependant, il faut être bien conscients de la perfection relative de tout système et, comme le dit R. C. R. Ensor, « whereas in certain instances foreign example may be a finger-post, in certain others it may be a danger-signal »⁹.

Mode de nomination des juges

La caractéristique du mode de nomination des juges est que, dans ce système, il y a un choix discrétionnaire fait par un corps autorisé, ordinairement le gouvernement. Les juges sont désignés pour siéger à tel tribunal de telle cour. Ils sont « nommés » sans que n'intervienne officiellement aucun concours. C'est le système dit « anglais »¹⁰.

En Angleterre, où en chaque domaine on porte un soin jaloux à la sauvegarde des institutions, ce système connaît plusieurs supporteurs et conserve une certaine rigidité toute empreinte du flegme britannique.

⁸ Cf. L. CASAMAYOR, *Les Juges*, pages 181-182.

⁹ R. C. R. ENSOR, *Courts and Judges in France, Germany and England*, Oxford University Press, Toronto, 1933, 141 pp., cité dans (1933) 11 *R. du B. Can.*, p. 518.

¹⁰ S. SAMUEL, « Judicial Independence », (1945) 23 *R. du B. Can.*, p. 747.

Pour les hautes cours anglaises, la nomination des juges est faite par le souverain qui agit seulement sur l'avis de ses ministres, et principalement du premier ministre ¹¹.

« Judges are appointed by the Crown on the advice of either the Prime Minister or the Lord Chancellor, the former being responsible for the Lord Justice of Appeal, the Lord Chief Justice and the Presidents of Divisions, and the latter for puisne judges and minor appointments » ¹².

« The Lord Chancellor is the most appropriate Minister to advise on appointments and promotions for the very reason that he is a Judge and is qualified for that position by actual practice at the Bar. He knows by experience as an advocate, the nature and degree of the knowledge and kind of character and temperament which go to make the best judges. When he sits he hears eminent Barristers arguing before him. He is in almost daily touch as a Law Lord and a Bencher of his Inn, with the Lord of Appeal and other Judges and members of the Bar » ¹³.

Au Canada, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique consacre le système nominatif. En effet, l'Acte constitutionnel canadien, aux articles 96 à 101, accorde au gouverneur général le pouvoir de nommer les juges pour les plus hautes cours fédérales et provinciales. Précisons simplement ici que le gouverneur général n'a en réalité aucun pouvoir personnel quant à la nomination des juges et que ce pouvoir relève du gouvernement fédéral, c'est-à-dire, en pratique, du premier ministre. Comme le souverain britannique, le gouverneur général ne fait que sanctionner les décisions de « son » gouvernement. De plus, des lois telles La loi sur la Cour suprême et La loi sur la Cour de l'échiquier sont venues s'ajouter à ces articles :

« Les juges de la Cour suprême sont nommés par le gouverneur en conseil au moyen de lettres patentes sous le grand sceau (loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1952, chap. 259, art 4). Il en est également ainsi des juges de la Cour de l'échiquier (loi sur la Cour de l'échiquier, S.R.C. 1952, chap. 98, art. 4). Les juges des cours supérieures, de comté et de district, sont nommés, aux termes de l'article 96, par le gouverneur général du Canada. Les juges des autres cours provinciales sont, règle générale, nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province. Pour ce qui est des juges des cours supérieures, la loi organique provinciale crée la vacance et l'exécutif fédéral nomme le juge ; la loi fédérale sur les juges prévoit la rémunération » ¹⁴.

Autrefois très jaloux de leur pouvoir nominatif qu'ils exerçaient selon leur bon plaisir, avec les avantages et les inconvénients que cela peut comporter et que nous résumerons plus loin, les gouvernements

¹¹ HARVEY & BATHER, *The British Constitution*, p. 202.

¹² *Ibidem*, pp. 354-355.

¹³ Sir A. NAPIER, cité par M. ERSKINE, « The Selection of Judges in England : A Standard for Comparison », (1953) 39 *A.B.A.J.*, p. 280.

¹⁴ G.-A. BEAUDOIN, « Le système judiciaire canadien », [1968] *R. du B.*, p. 111.

fédéral et provinciaux sont aujourd'hui moins exclusifs dans leurs « nominations » et demandent avis à certains corps compétents :

« De plus en plus, la pratique s'établit en coutume : le ministre de la Justice ne désigne un juge qu'après consultation du Barreau. Dans plusieurs cas, le juge en chef du tribunal où le juge exercera ses fonctions est aussi appelé à donner son avis »¹⁵.

Mais si la coutume semble maintenant s'établir, il est important de noter qu'il n'y a aucun texte qui oblige les gouvernements fédéral ou provinciaux à agir ainsi. Quoique cela soit peu probable, il leur serait toujours possible de revenir aux politiques antérieures et de « nommer » directement les juges sans aucune consultation préalable. Cependant, notons que les gouvernements ne sont pas tenus de suivre les avis qui leur ont été soumis.

À ce mode de nomination tel que pratiqué en Angleterre et au Canada, on doit ajouter certains autres systèmes de nomination qui font intervenir divers facteurs. C'est le cas aux États-Unis, du moins quant à l'aspect nominatif de leur système de choix des juges. Au président revient le pouvoir de nommer les magistrats des cours fédérales américaines, mais la constitution précise qu'il y a intervention du Sénat :

« The Constitution provides that members of the Federal Judiciary shall be nominated and appointed by the President "with the advice and consent of the Senate". In practice, the "advice" of the Senate is never given and never asked when it comes to selecting nominees for the Federal Bench. The role of the Senate starts after a nomination has been sent to it by the President »¹⁶.

Nous avons assisté, il y a quelques mois, à un remous dans le système américain de nomination des juges fédéraux alors que, pour la nomination du juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, le choix du juge Fortas fait par le président Johnson et proposé au Sénat fédéral, a subi un rejet camouflé derrière d'interminables interrogations, les sénateurs refusant en pratique d'endosser la décision du président. On voit bien ici que même si l'avis du Sénat, en pratique, arrive à la toute dernière fin, il n'en peut être pas moins effectif.

Quant au système judiciaire de chaque État, il y a un partage entre le mode de nomination et le mode d'élection que nous analyserons plus loin. Au niveau de chacun des États, il y a cette même intervention de leur Sénat, comme nous la rencontrons sur le plan fédéral. Chacun ayant ses particularités constitutionnelles propres, il peut y avoir quelques modifications, mais l'idée générale d'intervention et du consente-

¹⁵ G. TRUDEL, « Le pouvoir judiciaire au Canada », (1968) *R. du B.*, p. 252.

¹⁶ J. STENNIS, « Federal Judiciary Selection : the Letter-but the Spirit ? », (1958) 44 *A.B.A.J.*, p. 1179.

ment du Sénat est répandue et ce, depuis fort longtemps. Ainsi en est-il à l'article V, section 13, de la Constitution du Missouri datée de 1820 :

« The Governor shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, appoint the judges of the Supreme Court, the judges of the circuit courts, and the chancellor, each of whom shall hold his office during good behavior »¹⁷.

Le système français, à base de « nomination », fait lui aussi appel à un facteur extérieur : il s'agit de l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature dont les neuf membres sont nommés par le président « sauf le ministre de la Justice qui en fait partie de droit »¹⁸ :

« Traditionnellement, les magistrats sont nommés par le Chef de l'État ; cette prérogative n'a pas été enlevée au président de la République par les Constitutions de 1946 et de 1958, mais les pouvoirs de ce dernier ont cependant été réduits, en raison des attributions accordées au Conseil supérieur de la magistrature.

Sous l'empire de la Constitution de 1946, le président de la République nommait les magistrats, à l'exception de ceux du parquet "sur présentation du Conseil supérieur de la magistrature". Ce régime a été modifié par la Constitution du 4 octobre 1958 (art. 65), par l'ordonnance n° 58-1271, du 22 décembre 1958 (art. 12) et par celle de la même date portant le n° 58-1270 (art. 28) ; C. aussi Décr. n° 59-305, du 19 février 1959.

Les magistrats du siège à la Cour de cassation et les premiers présidents de la Cour d'appel sont nommés par le président de la République sur *proposition* du Conseil supérieur.

En revanche, pour les autres magistrats du siège, le conseil se borne à donner un *avis* sur les propositions du ministre de la Justice.

La Constitution de 1958 donne donc au gouvernement des pouvoirs plus grands que celle de 1946 »¹⁹.

On remarque les différentes nuances apportées quant aux *propositions* faites pour la nomination des juges des hautes cours et aux simples *avis*, en ce qui a trait à la nomination des juges des cours inférieures, ce qui dénote l'intention du législateur français de bien établir la démarcation entre les deux interventions. Notons que pour être juge, l'avocat français doit avoir suivi un entraînement approprié d'une durée d'au moins trois années et réussi les examens terminaux²⁰.

« The French system appoints to judicial office young men who have "served their time" as apprentices in the courts. They are required to spend a prescribed number of years (between three and five) as secretaries to judges and later as writers of the *protocol* (minutes) in collegial courts »²¹.

Cette disposition ne se rencontre pas dans les autres pays dont nous avons analysé l'application du système de nomination et où un certain

¹⁷ J. W. PELTASON, *op. cit. supra*, note 2, p. 11.

¹⁸ M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, p. 523.

¹⁹ CUCHE & VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz, pp. 142-143.

²⁰ CUCHE & VINCENT, *ibidem*, pp. 140-141.

²¹ S. SAMUEL, *loc. cit. supra*, note 10, p. 747.

nombre d'années de pratique légale, nombre variable selon les cours et les pays, est la seule condition d'éligibilité.

Une autre forme de participation au mode de nomination des juges, que l'on rencontre par exemple en Belgique, est celle de la « cooptation », que Solus et Perrot décrivent ainsi :

« [...] le gouvernement ne peut choisir les magistrats que parmi les personnes qui figurent sur une liste dressée par les corps judiciaires eux-mêmes »²².

De tous les systèmes étudiés jusqu'ici, c'est celui de la cooptation qui présente les meilleures possibilités en ne comportant, comme le disent les auteurs précités, que « deux reproches » :

« [...] d'un côté, le danger de népotisme, les magistrats pouvant être enclins à présenter des membres de leur famille ou des amis, d'un autre côté, le défaut de confiance du public dans un corps judiciaire se recrutant lui-même et risquant de constituer une sorte de magistrature de caste »²³.

Il ne faudrait tout de même pas exagérer l'importance de ces deux griefs. En effet, il serait difficile pour un juge de favoriser un parent ou un ami alors qu'il fait partie d'un organisme dont les membres pourraient voir d'un mauvais œil les tentatives de favoritisme ou de protection faites par l'un des leurs à l'égard d'un proche. De plus, il reste toujours le contrôle du gouvernement qui pourrait freiner le désir de certains de recommander, par népotisme, des candidats tout à fait inaptes. Quant à la possibilité que le public perde confiance « dans un corps judiciaire se recrutant lui-même », elle n'est certes pas plus grande que dans le cas de nominations purement politiques.

Après avoir ainsi analysé le mode de nomination des juges selon différentes adaptations, il nous est maintenant possible d'en faire ressortir les principaux avantages ainsi que les inconvénients majeurs.

Le mode de choix des juges par « nomination » gouvernementale sans intervention extérieure, permet une liberté de choix supérieure à celle que laisse tout autre système. Exercé en toute impartialité et en toute objectivité, ce mode est donc susceptible théoriquement d'entraîner un choix des mieux équilibré et des plus fonctionnel²⁴. S'il faut en croire les historiens du droit canadien, il semble bien que les résultats obtenus furent assez heureux²⁵.

Cette liberté de choix est une épée à deux tranchants. Si ce mode accorde une liberté complète au gouvernement d'une part, et aux juges

²² SOLUS et PERROT, *op. cit. supra*, note 4, pp. 632-633.

²³ *Ibidem*.

²⁴ W. R. LEDERMAN, *The Courts and the Canadian Constitution*, p. 129.

²⁵ F.-J. AUDET, *Les juges en chef de la province de Québec*, p. 176.

face à la population d'autre part, cette même liberté de choix peut s'avérer un instrument dangereux entre les mains d'un gouvernement autoritaire et partisan, et aussi peut-elle compromettre la confiance du peuple envers la magistrature, en liant celle-ci au gouvernement. Ce sont là les raisons qui incitent les théoriciens du droit à nous mettre en garde contre ce procédé :

« [...] il s'agit en un mot, de faire en sorte que le pouvoir exécutif ne puisse nommer les magistrats par un acte arbitraire de sa volonté et de sa toute puissance ; il faut que cette nomination, soumise à des conditions strictement réglementées, ne puisse être commandée par les préoccupations ou les influences politiques, par l'intrigue ou le favoritisme ; il faut aussi que le magistrat nommé par le pouvoir exécutif bénéficie à l'égard de celui-ci de garanties qui sauvegarderont son indépendance » ²⁶.

Lorsqu'il n'y a aucune intervention extérieure, il est difficile de s'empêcher de songer aux fortes possibilités de contraintes par le gouvernement dirigeant.

« In consequence, the precarious tenure of their positions made the judges generally susceptible to royal pressure in spite of their professional desire to maintain the traditions of the common law » ²⁷.

Les constitutions américaine et française ont devancé les critiques quant au despotisme que pourrait exercer un gouvernement qui nommerait directement les juges sans consultation, en établissant, comme nous l'avons vu, différentes formes de systèmes bicéphales. L'avantage indiscutable de ces derniers systèmes est de tempérer jusqu'à un certain point le pouvoir discrétionnaire du gouvernement, ou du président dans les cas qui nous intéressent. Encore faut-il que les corps consultés soient aptes à discerner les qualités personnelles et professionnelles requises pour la nomination à la fonction de juge.

Ainsi, nous ne croyons pas qu'une intervention du Sénat, au niveau de chacun des États américains ou sur le plan fédéral, puisse dissiper toute crainte de favoritisme ou de « partisanerie » politique. Sans vouloir mettre en doute la compétence et l'intégrité des membres des sénats, il ne faut pas perdre de vue qu'ils sont avant tout des hommes politiques, appartenant à tel ou tel parti. Leur intervention, si elle peut être théoriquement salubre, peut souvent être teintée plus ou moins fortement d'idéologies politiques.

« The appointment of our federal judges and the judges of our state courts who are selected in this way is, generally speaking, strongly influenced by politics ; that is a federal or state judge is usually appointed, not because he is considered one of the best man available

²⁶ SOLUS & FERROT, *op. cit. supra*, note 4, p. 633.

²⁷ M. M. KNAPPEN, *Constitutional and Legal History of England*, p. 326.

for the place, but because he has been active in party politics or is a friend or protégé of some powerful political figure or a controlling political clique »²⁸.

Quant à l'adaptation française, si le Conseil supérieur de la magistrature est à l'abri de la politique active, il ne l'est pas tout à fait du dirigisme présidentiel qui nomme ses membres²⁹ et qui sollicite selon les nominations à effectuer « propositions » ou « avis », comme nous l'avons souligné précédemment³⁰. Lorsqu'il y a « proposition », le degré de participation est évidemment plus grand et plus élevé que lorsqu'il y a simplement « avis » ou « approbation ».

Telles sont les principales variations que nous avons rencontrées dans l'étude du problème du choix des juges par mode de « nomination ». Les inconvénients plus ou moins marqués que ce mode comporte ont amené certains pays à le rejeter en tout ou en partie et à lui substituer le mode d'élection que nous analyserons maintenant.

Mode d'élection des juges

Le choix des juges par mode d'élection peut s'étudier selon les diverses adaptations dans les pays qui en font usage, notamment l'U.R.S.S., la Suisse et les États-Unis. Nous ne pas allonger davantage ce texte, nous nous contenterons d'analyser le système électif de choix des juges d'une façon générale, en faisant quelques références aux divers modes employés par certains États américains seulement.

Lewis Mayers résume ainsi la situation qui prévaut chez nos voisins :

« Election by the legislature is found in only four states. The remaining thirty-five states employ popular election — a method of judicial selection unknown outside of the United States. (In California, superior court judges are elected).

Here we find several distinct patterns.

In eighteen of these states the names of the judicial candidates appear together with those of party candidates for non-judicial office, under a party listing, at the regular election. In four additional states, though on the ballot the candidates are listed without party designation, they are nevertheless party candidates, having been named at party primary elections. There thus remain twelve states in which not only the ballot at the election, but the process of nomination as well is wholly free from party designation of candidates »³¹.

²⁸ M. ERSKINE, « The Selection of Judges in England : A Standard for Comparison », (1953) 39 *A.B.A.J.*, p. 348.

²⁹ M. DUVERGER, *op. cit. supra*, note 18, p. 523.

³⁰ CUCHE & VINCENT, *op. cit. supra*, note 19, p. 143.

³¹ L. MAYERS, *The American Legal System*, p. 384.

Certains États sont liés par des dispositions statutaires et constitutionnelles particulières, auxquelles ils ne peuvent déroger même pour la nomination de catégories de juges non prévues par la constitution, comme en témoignent les jugements suivants :

« The legislature must act in accordance with the provisions of the constitution (New York), and where the constitution requires that all judges be elected by the electors of the judicial district the legislature cannot provide that police justices or other inferior judges may be appointed by local officials (Ohio). In the absence of any express provision as to the manner of selecting a police judge, the manner has been held to be governed by the laws relating to the selection of municipal officers generally (New Jersey), and not by provisions pertaining to the election of state officers (California) »³².

Par contre, lorsque la constitution de l'État ne précise pas le mode de choix de ses juges, la décision est laissée à la discrétion des dirigeants :

« When the constitution is silent, the legislature may provide that judicial officers shall be elected by the people »³³.

Le mode même d'élection peut varier selon les États. Ainsi l'Ohio, l'Alabama et la Georgie ont chacun leur système particulier d'élection pour le choix des juges des cours inférieures :

« Accordingly the legislature may provide for the election of inferior judges by the people (Statutes construed Ohio), for the selection of inferior judges by superior judges (Alabama), or for the selection of inferior judges by local officials (Georgia) »³⁴.

Comme nous pouvons le constater, l'élection ne se fait pas toujours au suffrage universel. Elle peut être confiée à des groupes même très restreints. Ainsi, certaines constitutions prévoient l'élection de juges spéciaux à laquelle les membres du Barreau participent :

« Where authorized by law, special judges may be elected by members of the bar.

A common method, provided by law, of selecting special judges, is by election participated in by the members of the bar (Missouri, Texas); and, in the absence of constitutional inhibition, such authority may be conferred by statute (Kentucky). The election of the special judge, is to supply the absence of the regular judge, and thus prevent a failure to hold a term of the court (Texas) »³⁵.

Quoique sommaire, cet aperçu de différents systèmes d'élection des juges dans quelques États américains suffit à nous initier à ce mode de choix des juges.

³² *Corpus Juris Secundum*, vol. XLVIII, p. 964.

³³ *Ibidem*, p. 962 : Cal. — *People v. Mott*, 3 Cal. 502 ; S.C. — *Thomas v. Register*, 96 S.E., 517, 110 S.C., 173.

³⁴ *Ibidem*, p. 964.

³⁵ *Ibidem*, p. 1119.

Le système électif vise les mêmes objectifs fondamentaux que le système nominatif : l'indépendance et la compétence de la magistrature. On veut, par ce système, assurer l'indépendance la plus complète possible de l'administration de la justice vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif.

Dès le milieu du siècle dernier, les Américains ont constaté que la nomination à vie d'un juge à un tribunal, si elle assurait jusqu'à un certain point son indépendance, n'était pas sans entraîner des difficultés sérieuses et des résultats discutables. On suggéra alors le mode d'élection pour le choix des juges ce qui, selon les supporteurs du système, devait assurer une indépendance indéniable à la magistrature, gage essentiel d'une bonne administration.

« If the judges are elected by the people, there is no necessity of life tenure to make the judiciary independent and separate from the executive and legislative branches [...]. In a republic the judiciary is necessary to secure the people against the legislative branch, and this could only be secured by making the judges independent through life tenure. "But", said Jones, "elect the judges by the people, and this independence both of the executive and legislative departments, is secured" »³⁶.

On alla même jusqu'à prétendre que l'élection des juges était un droit fondamental du peuple, au même titre que celui d'élire les gouvernants, et le seul mode compatible avec les exigences de la démocratie.

« Judges should be elected by the people because it is their political right. "The people are the source of all power and its safest depository" [...] not only do the people have the right, "but it is expedient for the people to elect their judges. To deny the capacity of the people for self-government, is to deny the practicability and permanency of our free institutions" »³⁷.

L'élection qui entraîne pour le corps élu une responsabilité devant le peuple, favorise généralement une représentation de la société. Il reste à savoir s'il convient de l'appliquer à toute institution. Dès qu'il s'agit d'élection, il y a automatiquement un certain nombre d'avantages et de désavantages qui nous viennent immédiatement à l'esprit. Nous les retrouvons dans ce mode d'élection des juges.

Comme nous l'avons vu, le principe premier de l'indépendance de la magistrature est respecté à l'égard de l'exécutif mais non pas dans les rapports avec le peuple électeur. Nous pouvons entrevoir avec raison le spectre du favoritisme politique, des connivences partisans, des intimidations, etc. Solus et Perrot résument avec justesse et exactitude les dangers d'un tel système :

³⁶ J. W. PELTASON, *op. cit. supra*, note 2, p. 21.

³⁷ *Ibidem*, p. 22.

« D'une part, le juge, qui est indépendant à l'égard du pouvoir exécutif, devient dépendant à l'égard de ses électeurs, ce qui est peut-être plus grave ; et il est à redouter que, pour assurer sa réélection, il ne sache point conserver son indépendance et son impartialité. D'autre part, le système de l'élection est impropre à permettre le recrutement des magistrats ayant les connaissances juridiques et la capacité professionnelles les meilleures ; les électeurs ne sauront point apprécier et discerner quels sont, du point de vue technique, les candidats les plus aptes ; ils accorderont leurs suffrages à ceux qui seront les plus intrigants ou appartiendront au parti politique le plus fort : la justice se trouve ainsi liée à la politique »³⁸.

Dès spécialistes qui ont fait des recherches poussées sur le système électif admettent qu'il laisse à désirer quant à la compétence des candidats qui y sont intéressés.

« All surveys have shown that the judges of states that use the elective system are in the main of lower caliber than the judges of states where other methods are used. The system of popular election "discourages the best qualified from candidacy for judicial office [...]. The men best qualified for judicial service are unwilling, indeed often unable, to indulge in the various forms of solicitation requisite to vote getting. The least qualified too often have the greatest flare for publicity, handshaking and self praise [...] in too many instances the people in voting have a choice [...] only among mediocrities". The more able men will not subject themselves to the ordeals of a political campaign, even if it is not necessary for them to solicit the support of politicians in order to win »³⁹.

Devant les critiques sans cesse accrues du système d'élection, de nombreuses tentatives ont été faites dans le but de remédier à ses plus graves inconvénients. La plus connue de ces initiatives nous paraît être « The Missouri Plan for the Selection of Judges »⁴⁰. Nous ne pouvons nous permettre de décrire en détail le « Missouri Plan », mais il importe d'en donner un aperçu sommaire.

En résumé, selon ce *Plan*, le Barreau d'un district judiciaire élit un comité de nomination qui lui-même choisit un certain nombre de candidats parmi lesquels le gouverneur nomme le ou les juges selon les postes à combler. Ce *Plan* voulait éliminer les embuches et les déprava-tions d'une politique d'élection populaire et inciter les meilleurs avocats, souvent peu intéressés à la politique active, à devenir juges. Cependant, la transformation obtenue n'aurait pas été celle qui était recherchée.

« Instead of removing politics from the selection process, all the Missouri Plan does is to substitute a different kind of politics. Rather than the visible, above-board politics of the elective system, the Missouri Plan encourages a surreptitious and subterranean politics, one in which aspirants for judicial office engage in a most intense campaign of lobbying the nominating commission, both directly and indirectly. Moreover, the Missouri Plan injects a new

³⁸ SOLUS & PERROT, *op. cit. supra*, note 4, p. 631.

³⁹ J. W. PELTASON, *op. cit. supra*, note 2, p. 66.

⁴⁰ *Ibidem*.

kind of politics into judicial selection — bar association politics. Then the [...] Plan throws judicial selection squarely into the arena of bar politics, where the people have no control »⁴¹.

Ainsi donc, dans le mode d'élection des juges, la compétence de la magistrature qui constituait, avec son indépendance, le but même du mode de nomination des juges, se trouve reléguée derrière les passions et les polémiques politiques. L'indépendance, avons-nous dit précédemment, n'est elle-même respectée, dans le mode de choix des juges par élection, qu'à l'égard du pouvoir exécutif. De tels inconvénients ne peuvent qu'entraîner une dévalorisation du respect du peuple envers les juges. Il n'y a qu'un pas pour en arriver à une défiance totale de la magistrature. Le récit de certaines élections de juges en dit long⁴².

Quoiqu'il en soit, si le système électif est absolument indispensable au bon fonctionnement et à l'efficacité de certaines institutions dans une société vraiment démocratique, il n'est certes pas recommandable de laisser uniquement entre les mains du peuple l'administration de valeurs aussi fondamentales que la justice. Ce serait au détriment même des droits de l'individu à une justice objective et impartiale.

« Another method, and one which has quite wide vogue in this country is *popular election* [...] ».

As a method of choosing officials to enforce the law, it has little to recommend it. Popular election has its place in government ; we should by all means elect those who make our laws ; we should all have a voice in shaping the policies of government. But, when it comes to the application and enforcement of those policies, when it comes to the administration of law, we need impartiality, not popular impulse ; we need the man who knows his business and who applies the law as it is, honestly and fearlessly. Popular election does not get such men ; in fact, it works the other way »⁴³.

Puisque les deux grands systèmes analysés, « nomination » et « élection » des juges, semblent comporter de sérieux inconvénients et sont l'objet de nombreuses critiques, nous sommes autorisés à chercher des améliorations qui nous permettraient de nous rapprocher davantage des objectifs ultimes déjà mentionnés : l'indépendance et la compétence de la magistrature.

Conclusion : Ébauche d'un système

Il peut paraître présomptueux de proposer un mode de choix des juges ne renfermant que les avantages des systèmes analysés, éliminant surtout la majorité des inconvénients. Aussi, nous tenons à souligner

⁴¹ COUNTRYMAN & FINMAN, *The Lawyer in Modern Society*, p. 600.

⁴² P. W. PELTASON, *op. cit. supra*, note 2, pp. 44-45.

⁴³ B. SHARTEL, *Our Legal System and How it Operates*, p. 199.

dès maintenant que le mode proposé n'est qu'une suggestion qui, de par sa nature même, ne peut être parfaite et définitive. Notre but sera atteint si des critiques constructives permettent l'élaboration d'un système aussi parfait que peut l'être une institution humaine.

Le système pour lequel nous optons pourrait être brièvement décrit comme étant un mode de nomination des juges par le gouvernement avec participation de corps compétents. A première vue, cette désignation ne semble pas laisser prévoir un système vraiment original. Si l'énoncé n'est pas nouveau, on se rendra compte que le système qu'il recouvre est essentiellement différent de tous ceux étudiés jusqu'ici.

Nous choisissons un mode nominatif pour le choix des juges parce que c'est celui qui, à notre avis, rejoint de la façon la plus complète le principe de l'indépendance de la magistrature. Les seules possibilités de connivence et de népotisme qui seraient susceptibles d'entraver le principe ne peuvent venir, dans ce mode, que du corps désigné pour exercer le pouvoir de nommer les juges. Pour éviter que cela ne se produise, nous suggérons la participation active de corps compétents, dont nous analyserons les composantes et le mode d'intervention plus loin. En outre, ils surveilleront et tempéreront, si le besoin s'en fait sentir, l'action du corps désigné.

Cette nomination, nous suggérons qu'elle soit faite par le gouvernement, fédéral ou provincial, selon leurs compétences respectives. Il n'y a pas lieu de discuter ici ce que sont ou ce que pourraient être ces compétences. Détenteur de l'autorité et du pouvoir qui lui ont été confiés par un mandat du peuple, le gouvernement dans une société démocratique est l'organisme susceptible de représenter cette société de la façon la plus directe. De plus, le caractère de responsabilité du gouvernement devant le peuple électeur l'oblige à rendre compte de ses faits et actes et à tenir compte des réactions, des modifications, bref de l'évolution de la société dont il est le mandataire universel.

Ce sont les principales raisons qui nous font adopter un mode de nomination gouvernementale pour le choix des juges.

Cette première partie du système suggéré se complète d'une seconde, indispensable au bon fonctionnement de l'ensemble : la participation de corps compétents.

Un organisme sera compétent si ses structures et ses membres constituants permettent une connaissance étendue et approfondie des qualités morales, intellectuelles et professionnelles des avocats candidats à la magistrature. Il doit de plus connaître les exigences toujours plus impérieuses et variées de la fonction.

Quels sont ces corps dits « compétents » ? Nous en voyons deux, l'un qui existe déjà, le Barreau, et l'autre qui n'attend que sa formation par le législateur, un Collège des juges.

Le Barreau nous semble le corps le plus apte à rencontrer les exigences de la compétence dont nous venons de parler.

« Because lawyers are the only group of citizens that are in daily contact with the courts, they are the only group that are really able to judge the qualifications necessary for good judicial material » ⁴⁴.

Le gros bon sens de l'homme de la rue permet de comprendre qu'il revient aux électriciens de juger de la compétence des électriciens. Pourquoi alors n'appartiendrait-il pas aux juristes d'apprécier la compétence des juristes et donc aux avocats de déterminer qui, parmi leurs confrères de l'Association du Barreau, sont aptes ou non à siéger à un tribunal ?

Quant au Collège des juges, association des magistrats du Banc, il est certainement intéressé à prendre part au choix des candidats qu'il va recevoir dans ses rangs. Ajoutons à ceci que les juges sont on ne peut mieux placés pour connaître les exigences et les besoins de leur fonction ainsi que pour évaluer la compétence des avocats en regard de ces exigences et de ces besoins. La participation du Barreau et du Collège des juges devrait être un complément adéquat à la nomination gouvernementale. D'autre part, leur participation commune introduit un élément de contrôle réciproque et corrige au moins certains inconvénients du mode de cooptation.

La question est maintenant de savoir de quelle participation va-t-il s'agir ? En effet, l'originalité et l'efficacité du système que nous proposons se trouve essentiellement dans la nature et les modalités de la participation des corps compétents désignés.

Pour chaque poste à combler, les avocats intéressés et qui répondent aux conditions requises posent leur candidature auprès du Barreau et auprès du Collège des juges qui soumettra cette candidature à la section concernée du collège. Ceci demande certaines explications supplémentaires.

Nous disons « pour chaque poste à combler ». Nous croyons en effet qu'une seule liste annuelle des noms des intéressés au poste de juge ne donnerait certainement pas des résultats aussi valables qu'une candidature pour chaque poste à combler. Par exemple, s'il y a un poste vacant à la Cour municipale du district judiciaire de Chicoutimi, un criminaliste de Montréal ne sera pas intéressé à se porter candidat. Par

⁴⁴ E. J. Fox, « The Selection of Federal Judges ; The Work of the Federal Judiciary », (1957) 43 *A.B.A.J.*, p. 685.

contre, un civiliste pourrait envisager avec plus d'intérêt la présidence d'un tribunal de la Cour supérieure. La vacance étant créée, il pourrait, selon notre système, poser sa candidature en vue de tel poste précis. Il y aurait ainsi une meilleure adaptation des besoins de la magistrature et des aspirations des candidats.

Il reviendrait au gouvernement, fédéral ou provincial, ou au ministre de la Justice d'informer publiquement des postes vacants ou à créer. Par contre, il est essentiel selon nous que les candidatures de même que les discussions qui suivront se fassent confidentiellement, pour éviter certaines coalitions toujours possibles et dans le but de ne pas causer préjudice à l'avocat qui, s'étant porté candidat, se voit préférer un confrère.

Lorsqu'il y a vacance ou création d'un nouveau poste, la candidature est adressée au Barreau provincial ou canadien, selon qu'il s'agit d'une cour de juridiction provinciale ou fédérale, tel que déterminé par l'article 96 de l'A.A.N.B.

Le mode de procéder serait analogue pour ce qui est des candidatures envoyées au Collège des juges. Nous suggérons qu'il n'y ait qu'un seul Collège fédéral ou canadien des juges siégeant aux cours fédérales, et un Collège provincial pour chaque province, auquel siègeraient les juges des cours de juridiction provinciale. Vu la multiplicité des cours dont la juridiction relève des provinces, il serait souhaitable, dans le Collège provincial, qu'il y ait une subdivision pour chacune des cours. Un changement annuel des membres de ces subdivisions serait à souhaiter.

Nous avons dit que les candidatures sont envoyées par les intéressés eux-mêmes au Barreau et au Collège des juges, en tenant compte des spécifications que nous venons d'apporter. Le secrétaire, ou un autre membre à déterminer de l'exécutif du Barreau — toujours provincial ou canadien —, soumet les candidatures qu'il a reçues à un comité de sélection nommé annuellement par l'exécutif du Barreau et composé de sept membres. Ce sont ces sept membres qui auront à discuter des candidatures qui leur sont envoyées. Il va de soi que les avocats qui feront partie de ce « jury » ne pourront poser leur candidature durant leur terme d'office. Ce comité de sélection établit une liste des noms des candidats qu'il juge aptes à fournir les meilleures compétences en vue de répondre aux exigences du poste offert.

De leur côté, les membres de la division du Collège des juges à laquelle ont été soumises les candidatures des avocats aspirant au poste offert, vont dresser une liste des concurrents qui, selon leurs critères et les exigences particulières du poste à remplir, pourront être les meilleurs serveurs de la justice comme président d'un tribunal.

Ces deux listes, établies indépendamment l'une de l'autre, sont ensuite confrontées. Les noms des candidats qui apparaissent sur chacune des deux listes sont proposés au gouvernement qui doit choisir parmi les noms suggérés celui qu'il désire nommer au poste de juge. Pour que le système proposé soit de quelque utilité, il faut nécessairement — et c'est presque superflu de le préciser — que le gouvernement choisisse parmi les noms suggérés.

Il faut supposer le cas où il n'y aurait qu'un seul nom qui apparaîtrait sur la liste soumise au gouvernement. Alors, il ne faudrait pas s'objecter à ce que, dans ce cas exceptionnel, le gouvernement nomme directement un avocat de son choix au poste vacant. Car s'il n'en était pas ainsi, le gouvernement devant accepter le seul nom soumis, ce serait une véritable « nomination » faite par le Barreau et le Collège des juges, ce que le gouvernement ne pourrait accepter. C'est la raison pour laquelle nous suggérons qu'il y ait un minimum de trois noms sur la liste soumise au gouvernement.

Que résulterait-il d'un tel système ? Un fait est assuré : les nominations seraient certainement plus adéquates qu'elles ne l'ont été dans plusieurs cas jusqu'à maintenant. D'autre part, il y a absence presque totale des possibilités de favoritisme politique ou de collusion.

En effet, l'avocat qui voudrait utiliser des moyens de pression peu orthodoxes ou influencer sur des amis, devrait faire face, dans notre système, d'abord au comité de sélection du Barreau, ensuite à celui de la division du Collège des juges — tous deux composés de plusieurs membres — et finalement au gouvernement. Il est difficile de multiplier les influences au point de gagner à sa cause ces trois organismes et la majorité des individus qui les composent. Il est par ailleurs peu probable qu'un tel système, par ses exigences, tende à décourager les avocats désireux de se porter candidat. Au contraire, l'avocat n'a qu'à poser sa candidature lorsqu'un poste offert l'intéresse et qu'il croit pouvoir le remplir. Il n'aura pas à se livrer au « lobbying » ni à des activités politiques. Le caractère confidentiel de toute cette procédure devrait empêcher toute frustration de la part des candidats non choisis.

Tel est l'essentiel du système que nous proposons. Nous n'avons pas cru devoir entrer dans tous les détails de la procédure : contenu du dossier des candidats, barème d'évaluation, majorité requise au sein des comités de sélection, etc. Ces questions et beaucoup d'autres devront nécessairement être réglées une fois admises les lignes maîtresses du système proposé.

Nous croyons que ce système offre de sérieuses garanties de la compétence et de l'indépendance de la magistrature. Il est dans la voie d'un

engagement social plus marqué, d'une participation plus active des hommes à leur société, et d'un respect accru des valeurs humaines. C'est le but qui, à notre époque surtout, doit caractériser toute évolution d'une institution.

BIBLIOGRAPHIE

- AUDET, Francis-J., *Les juges en chef de la province de Québec (1764-1924)*, 1927, Québec, Action Sociale, 179 pp.
- BARBE, Raoul-P., « Le statut des juges de la Cour des sessions de la paix », (1968) 14 *McGill L. J.*, p. 84.
- BAUDOUIN, Gérard-A., « Le système judiciaire canadien », [1968] *R. du B.*, p. 99.
- BEORTA, B. R., *The Powers and Duties of Magistrates*, 1964, Allahabad, Law Book Co., 407 pp.
- BURTON, Harold H., « An Independent Judiciary : The Keystone of Our Freedom », (1953) 39 *A.B.A.J.*, p. 279.
- CASAMAYOR, Louis, *Les Juges*, 1956, Paris, éditions du Seuil, coll. « Le temps qui court », vol. 7, 192 pp.
- Corpus Juris Secundum*, 1947, vol. XLVIII, published by The American Law Book Co., New York.
- COUNTRYMAN, Vern & FINMAN, Ted, *The Lawyer in Modern Society*, 1966, Boston, Little & Brown Co., 911 pp.
- CUCHE, Paul & VINCENT, Jean, *Procédure civile*, 1963, 13^e édition, Paris, Dalloz, 719 pp.
- DUVERGER, Maurice, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 1966, 9^e édition, Paris, P.U.F., coll. « Thémis », 791 pp.
- ENSOR, R. C. R., *Courts and Judges in France, Germany and England*, 1933, Toronto, Oxford University Press, 141 pp.
- ELSKINE, Morse, « The Selection of Judges in England : A Standard for Comparison », (1953) 39 *A.B.A.J.*, p. 279.
- FOX, Edward J. Jr, « The Selection of Federal Judges ; The Work of the Federal Judiciary », (1957) 43 *A.B.A.J.*, p. 685.
- FRIEDMANN, W., « Judges, Politics and the Law », (1951) 29 *R. du B. Can.*, p. 811.
- HARVEY, J. & BATHER, L., *The British Constitution*, 1966, New York, Macmillan, St. Martin's Press, 572 pp.
- HOLTZOFF, Alexander, « A Visit to the London Courts : The Administration of Justice in England », (1956) 42 *A.B.A.J.*, p. 29.
- KNAPPEN, N. M., *Constitutional and Legal History of England*, 1964, Connecticut, Hamden, Archon Books, 607 pp.
- LEDERMAN, W. R., *The Courts and the Canadian Constitution*, 1964, Toronto, McClelland & Stewart, The Carleton Lib. #16, 248 pp.
- « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *R. du B. Can.*, p. 769.
- MAYERS, Lewis, *The American Legal System*, 1964, New York, Harper & Row, 594 pp.
- MILLER, Ben R., « Politics and the Courts : The Struggle for Good Judges Goes On », (1956) 42 *A.B.A.J.*, p. 939.
- MILTON, Franck, *The English Magistracy*, 1967, Oxford University Press, opus 33.
- MULOCK, Sir William, « The Independence of the Judges », (1934) 12 *R. du B. Can.*, p. 406.
- OLIVIER, Maurice, *Actes de l'Amérique du Nord Britannique et Statuts connexes*, 1967, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 674 pp.
- PELTASON, Jack W., *The Missouri Plan for the Selection of Judges*, 1945, Columbia, University of Missouri Studies, vol. XX, n° 2, 115 pp.
- PIRON, P., *L'indépendance de la magistrature et le statut des magistrats*, 1956, Bruxelles, Académie royale des Sciences Coloniales, 92 pp.

SAMUEL, Sigmund, « Judicial Independence », (1945) 23 *R. du B. Can.*, p. 745.

SHARTEL, Burke, *Our Legal System and How it Operates*, 1951, Michigan, University of Michigan Law School, 629 pp.

SOLUS, H. & PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, tome I, 1961, Paris, Sirey, 1,147 pp.

STENNIS, John, « Federal Judiciary Selection : The Letter — but the Spirit ? », (1958) 44 *A.B.A.J.*, p. 1179.

TRUDEL, Gérard, « Le pouvoir judiciaire au Canada », [1968] *R. du B.*, p. 194.

TYDINGS, Joseph D., « The Congress and the Courts : Helping the Judiciary to Help Itself », (1966) 52 *A.B.A.J.*, p. 321.