

La nomination des juges : une perspective

Claire L'Heureux-Dubé

Volume 25, numéro 2, juin 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1056332ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1056332ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

L'Heureux-Dubé, C. (1994). La nomination des juges : une perspective. *Revue générale de droit*, 25(2), 295–306. <https://doi.org/10.7202/1056332ar>

La nomination des juges : une perspective*

CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

Juge à la Cour suprême du Canada

Je salue l'heureuse initiative de l'Association québécoise de droit comparé d'avoir proposé comme sujet de ce colloque celui de la nomination des juges. Le sujet est d'actualité : il fait l'objet de commentaires tant de la part des milieux académiques que des médias et sera probablement à l'agenda des politiciens dans un avenir plus ou moins lointain. Ce débat, qui ne date pas d'aujourd'hui, a repris la manchette depuis 1982, particulièrement suite à l'enchâssement dans la constitution de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme point de départ, il faut situer ce débat dans son véritable contexte. Ce genre d'hystérie collective qui semble s'être installée depuis l'adoption de la Charte, qui voit « un gouvernement de juges » qu'on assimile ou à de la tyrannie ou à de l'illégitimité, risque de fausser le débat.

J'aimerais rappeler que la Charte n'a rien changé fondamentalement à la fonction judiciaire : de tout temps, aujourd'hui comme hier, les tribunaux ont eu pour mission de calibrer les législations, tant provinciales que fédérales, à la norme constitutionnelle. La différence est qu'hier, cette mesure était prise au regard du partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et, aujourd'hui, elle l'est, en outre, au regard des droits fondamentaux garantis par la Charte. Même avant 1982, faut-il le rappeler, les tribunaux n'ont jamais hésité à assurer aux justiciables de ce pays le respect de leurs droits fondamentaux, maintenant plus explicitement garantis par la Charte, comme en font foi les arrêts *Saumur*¹, *Switzman* et *Roncarelli*², pour n'en nommer que quelques-uns. Je vous renvoie ici à la conférence récente que donnait à cet égard le Très Honorable Brian Dickson dans la même veine³.

De même, l'illégalité de l'extraction d'une confession obtenue sous la torture, la menace, la crainte ou toute autre forme d'oppression ne date pas de 1982⁴. On a aussi tendance à oublier que la Cour suprême du Canada a, de façon constante, joué un rôle en matière de politique judiciaire. Ainsi, dans la trilogie de

* Je remercie mon clerc, M^c Donald Bisson, pour sa contribution à la recherche et à la préparation de cet article.

1. *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

2. *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285 et *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

3. Allocution prononcée en novembre 1993 à l'occasion de la Merv Leitch Memorial Lecture (« Charter isn't an "abrupt departure" from Canada's basic values, Dickson tells Calgary Lawyers »), *Lawyers Weekly*, 17 décembre 1993).

4. Voir *Ibrahim c. La Reine*, [1914] A.C. 599 (P.C.); *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64.

1978, *Andrews*⁵, *Thornton*⁶ et *Arnold*⁷, la Cour, devant la menace d'inflation démesurée des montants accordés à titre de dommages pour préjudice non pécuniaire, fixait une limite de 100 000 \$. À titre de gardienne de la Constitution, la Cour suprême a eu à décider du *Renvoi sur la résolution pour amender la Constitution*⁸ de 1981. Enfin, à l'occasion de nombreux litiges impliquant le gouvernement fédéral et les provinces, les tribunaux n'ont pas hésité à déclarer certaines législations inconstitutionnelles ou inopérantes.

Si la Charte canadienne a ajouté une dimension nouvelle à cette fonction plus que centenaire, l'impact en a été ressenti de façon plus dramatique en raison de la nature des droits qu'elle y a enchâssés, droits énoncés en termes nécessairement vagues et généraux. L'interprétation de la Charte ne se résume toutefois pas à une unique lecture selon laquelle les individus bénéficient de droits absolus. Par le biais de son article premier entre autres, la Charte énonce, en termes explicites, ce qui n'était jusqu'alors qu'*implicite* à l'exercice du pouvoir judiciaire : celle de soulever les lois en fonction des intérêts de la société et de ceux d'individus et de groupes. En astreignant les tribunaux à rechercher un équilibre entre ces droits d'une part et les droits et obligations d'un gouvernement démocratique de mener les affaires de l'État et ceux d'une société libre et démocratique, d'autre part, le législateur nous a donné de nouveaux plateaux d'une même balance : toujours celle de la justice⁹. De ce fait, à mon avis, les tribunaux ne sont pas devenus plus puissants mais plutôt plus visibles. De là à parler d'un nouveau pouvoir, celui du « gouvernement par les juges », il n'y avait qu'un pas. Les médias, en particulier, qui se préoccupaient peu auparavant de mettre à la Une les déclarations d'*ultra vires* des tribunaux (au point où le juge en chef Laskin a dû le leur rappeler), sont maintenant à l'affût non seulement des moindres décisions impliquant la Charte mais aussi des moindres balbutiements des membres de la Cour. À mon avis, si ce développement était inévitable, il fait aussi partie d'un courant journalistique qui scrute de plus en plus les moindres écarts (rarement les faits d'armes) non seulement des tribunaux mais également des politiciens et des personnalités publiques. D'où les hauts cris, que certains universitaires épousent tout de go, pour un processus public de nomination des juges, plus ou moins modelé sur le processus de confirmation qui a cours chez nos voisins du Sud.

Un autre phénomène qui, lui, est un phénomène de société, joue aujourd'hui alors qu'il était plus ou moins inconnu il y a une décennie ou deux. La société a plus ou moins perdu confiance en ses institutions et elle leur demande de plus en plus de comptes. On le fait au niveau des politiciens, des hauts fonctionnaires, des professionnels. Les juges n'y échappent pas. De là au contrôle par le peuple des nominations au nom d'une certaine démocratie, il n'y a qu'un pas.

C'est dans ce cadre qu'à mon avis le débat doit se situer et, à moins que cette conjoncture ne se modifie, la recherche de solutions nouvelles se poursuivra.

5. *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229.

6. *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57*, [1978] 2 R.C.S. 267.

7. *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

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

9. « Even before the Charter had been adopted, Peter Russell observed that its principal effect would not be the creation of new rights but a new way of making decisions about rights in which judges play a much more influential role », (P. MONAHAN et M. FINKELSTEIN, "The Charter of Rights and Public Policy in Canada", (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 501, p. 647).

Les méthodes d'antan sont révolues, elles ne collent plus à cette nouvelle réalité. Ceci dit, la recherche d'un nouveau mode de nomination des juges ne doit succomber ni à la mode du jour, ni aux passions qu'un tel débat peut soulever, mais doit être un exercice rationnel, fondé sur un objectif précis. Pour moi, cet objectif doit être d'assurer que le juge soit la personne la plus apte à rendre justice à tous points de vue. La seule question qui se pose est de savoir comment y parvenir. À cet égard, je vous propose un tour d'horizon susceptible d'éclairer votre lanterne, particulièrement dans l'optique de la nomination des juges à la Cour suprême du Canada.

Nous connaissons tous le système de nomination des juges actuellement en vigueur au Canada, incluant l'instauration récente de conseils provinciaux, qui font d'ailleurs l'objet de critiques sérieuses de la part de l'Association du Barreau canadien¹⁰, entre autres. Je rappelle également, brièvement et sommairement, l'essence des diverses propositions mises de l'avant par les gouvernements, particulièrement le gouvernement fédéral : lors de la Conférence de Victoria en 1971 (création d'un conseil de nomination) ainsi que dans le Livre blanc sur la Constitution de 1978 (confirmation par le Sénat d'une nomination conjointe fédérale-provinciale) et enfin à l'occasion de l'Accord du Lac Meech de 1987 (liste soumise par les provinces). La commission Pepin-Robarts pour sa part, en 1979¹¹, a repris plus ou moins les propositions avancées lors de la Conférence de Victoria, se prononçant en outre en faveur d'un processus parlementaire public de confirmation. Le Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien de 1985 voyait, pour sa part, un rôle pour un comité consultatif après consultation des provinces.

Diverses autres réformes ont été proposées par des membres éminents de la communauté universitaire. Avant le débat sur l'Accord du Lac Meech, le professeur Lederman¹², pour sa part, préconisait l'augmentation du nombre de juges à 11, ce qui assurait une représentation de toutes les provinces. Les nominations seraient confiées à un comité permanent fédéral-provincial, composé de membres élus du Parlement, incluant des membres de l'opposition, et des législatures provinciales nommés par les chefs de partis. Sur vote des deux-tiers une liste de deux ou trois noms serait dressée à même laquelle le gouvernement fédéral devrait obligatoirement choisir. Il n'y est pas question d'audiences publiques.

À son instar, d'autres se sont ralliés à une formule plus ou moins similaire de nomination formelle sans audiences publiques ni confirmation¹³.

10. FONDATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur la nomination des juges au Canada*, Ottawa, 1985, pp. 12-15, 61-63 et 74-76.

11. *Rapport de la commission sur l'unité canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1979.

12. W.R. LEDERMAN, « Current Proposals for Reform of the Supreme Court of Canada », 1979, 57 R. du B. can 687, pp. 692-700.

13. B. WILLIAMS, « Say "NO" to Senate Confirmation of Supreme Court of Canada Appointments », (1992) *The Advocate*, Vol. 50 Part 2, March 1992; P. H. RUSSELL, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987; I. GRANT and L. SMITH, « Gender Representation in the Canadian Judiciary », dans COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Appointing Judges : Philosophy, Politics and Practice*, Toronto, 1991, p. 57; J. SMITH, « Executive Appointment of the Judiciary : A Reconsideration », dans COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Appointing Judges : Philosophy, Politics and Practice*, Toronto, 1991, p. 189.

Les recommandations proposées par le Barreau canadien¹⁴ et la A.C.P.D.¹⁵ consistent en la création, dans chaque province, de comités pour le choix des candidats à une nomination fédérale. Chaque comité serait composé du juge en chef de la province, d'une personne nommée par le ministre fédéral de la Justice et une autre nommée par le procureur général de la province, de deux avocats, l'un nommé par le barreau de la province et l'autre par la division provinciale du Barreau canadien et, enfin, de deux profanes représentant le public devant être nommés par vote majoritaire des autres membres du comité.

Ces comités présenteraient au ministre fédéral de la Justice une courte liste de candidats (préféablement trois). Pour le Barreau canadien, le ministre pourrait demander une nouvelle liste et, en définitive, prendrait la décision finale, mais uniquement à partir des candidats proposés sur la (ou les) liste(s). Quant à la A.C.P.D., le ministre serait lié par la liste, mais aurait toujours la possibilité de choisir un candidat n'apparaissant sur aucune liste, s'il fournit des motifs. Les organismes préconisent donc des comités uniquement consultatifs expressément pour les nominations judiciaires fédérales¹⁶.

Dans leur mémoire à la Commission Macdonald en 1985¹⁷, les professeurs MacKay et Bauman ont suggéré la création d'une commission exclusive pour la nomination des juges de la Cour suprême du Canada. La commission rechercherait les candidats, les évaluerait et prendrait la décision finale à leur sujet. Contrairement aux propositions du Barreau canadien et de la A.C.P.D., cette commission serait nominative, composée de treize membres, dont au moins sept femmes et sept juristes, approuvés par le gouvernement fédéral et au moins quatre provinces, provenant des diverses régions et classes économiques. Leur mandat serait de 10 ans non renouvelable. Leurs audiences seraient privées et non inquisitoriales. Idéalement, les candidats choisis répondraient à des impératifs d'âge, de statut social et économique, de race, d'origine ethnique et régionale, et diverses orientations idéologiques, mais on n'en ferait pas une condition *sine qua non*, étant donné que le degré d'importance qu'on leur attribue évolue avec les époques. En plus de considérer la formation juridique, le bilinguisme et les réalisations personnelles du candidat, la commission évaluerait ses qualités personnelles : intégrité, impartialité et jugement. De plus, serait pertinent l'examen des convictions idéologiques et politiques du candidat, non pas ses opinions politiques partisans, mais plutôt celles sur la nature et l'importance du droit dans la société. L'objectif visé ne serait pas l'élimination de dissidents; au contraire, il s'agirait de la promotion de la diversité à la Cour suprême du Canada.

14. Précité, note 10. La plus récente recommandation de l'Association du Barreau canadien, en date de décembre 1993, est au même effet (Voir : « CBA brief urges judicial appointment reforms », *Lawyers Weekly*, décembre 1993).

15. A.C.P.D., *Report of the Committee of the Canadian Association of Law Teachers on the Appointment of Judges in Canada*, mai 1984.

16. C'est également l'avis de Bryan WILLIAMS, *loc. cit.*, note 13.

17. A. Wayne MACKAY et R.W. BAUMAN, « The Supreme Court of Canada: Reform Implications for an Emerging National Institution », dans C.F. BECKTON et A.W. MACKAY, *The Courts and the Charter*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, Volume 58 des études préparées pour la Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement, aux pp. 79-84.

D'autres propositions ont été avancées sur plus ou moins les mêmes thèmes, avec différentes modalités¹⁸. L'emphase, toutefois, depuis la Charte, semble avoir porté non plus seulement sur la légitimité des nominations sur le plan des relations fédérales-provinciales mais aussi sur la légitimité des nominations aux yeux du public¹⁹. Les propositions de ratification par le Sénat, *in camera* ou non, avancées dans les années '70-80²⁰ semblent avoir été abandonnées aujourd'hui en faveur de la création d'une commission (consultative ou nominative²¹). Peu ont mis de l'avant l'adoption intégrale de la formule de confirmation américaine sauf peut-être les médias et, encore là, en y apportant certaines réserves²². Plusieurs l'ont décriée²³.

Au-delà de nos frontières, si on veut faire un rapide et sommaire exercice de droit comparé, il existe, *grosso modo*, quatre approches à la nomination des juges dans les pays que nous connaissons le mieux. Au Royaume-Uni, c'est le Lord

18. Voir, entre autres : R. DÉCARY, « La Cour suprême et la dualité canadienne », (1979) 57 *R. du B. can.* 702; P. H. RUSSELL, « Meech Lake and the Supreme Court », dans K.E. SWINTON et C.J. ROGERSON, *Competing Constitutional Visions : The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 97-112; J.C. MACPHERSON, « The Potential Implications of Constitutional Reform of the Supreme Court of Canada », dans S.M. BECK et I. BERNIER, *Canada and the New Constitution : The Unfinished Agenda*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1983, Vol. I, p. 165; D. BEATTY, *Talking Heads and the Supremes : The Canadian Production of Constitutional Review*, Toronto, Carswell, 1990, chap. 10.

19. J. SMITH, « Executive Appointment of the Judiciary : A Reconsideration », *loc. cit.*, note 13, pp. 194-195.

20. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Comité sur la Constitution, *Vers un Canada nouveau*, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, 1978, pp. 38 et 55; *Rapport de la commission sur l'unité canadienne*, *supra*, note 10, pp. 97 et 101; Chambre des Communes du Canada, Projet de loi C-60 sur la réforme constitutionnelle, art. 106-107 aux pp. 50-53 (1978).

21. Voir *supra*, note 17.

22. Certains suggèrent la tenue d'audiences publiques purement à l'américaine : S. DURKAN, « Confirmation hearings for Supreme Court judges inevitable », *Law Times*, 13-19 déc. 1993; A. C. HUTCHINSON, « A way to judge the judges », *The Globe and Mail*, 17 octobre 1991; « Thomas and the case for openness », *The Globe and Mail*, 17 octobre 1991; C. HOY, « Time Ripe to Open Top Court Appointment Procedures », *Law Times*, 3 décembre 1990. D'autres préconisent la création d'un comité parlementaire tenant des audiences publiques moins « inquisitoriales » qu'aux États-Unis, devant lequel le candidat devrait néanmoins apparaître : « What do we know of Supreme Court Judges? », *The Globe and Mail*, 17 novembre 1992; J. GEDDES, « Our Supreme Court under Scrutiny. Should our judges be subject to public review? », *The Financial Post*, 13 novembre 1990. On avance aussi l'idée des comités parlementaires avec représentation proportionnelle des partis politiques fédéraux et représentation provinciale, votant à la majorité des deux-tiers, sans audiences : R. LITTLEMORE, « Judging Judges », *The Ottawa Sun*, 27 novembre 1990. On désire également la création de comités consultatifs provinciaux comprenant des membres du public : P. CALAMAI, « How to judge the appointment of our judges », *The Ottawa Citizen*, 20 octobre 1991; « Choosing Our Judges : Who are those robed people? », *The Citizen*, 25 septembre 1990. Certains ne font que reprocher au processus canadien sa confidentialité, qui n'implique pas la participation du public : A. KERSHAW, « In Charter era, pay attention to judges' years on the planet », *Whig-Standard*, Kingston, 1^{er} février 1993; M. LIPTON, « Should judges be scrutinized », *Toronto Star*, 21 octobre 1991; D. BEATTY, « A matter of finding the right Justice », *The Globe and Mail*, 26 novembre 1990. Enfin, un auteur suggère que ce soient les avocats qui choisissent les juges : R. MARTIN, « U.S. judicial appointment model is wrong for Canada », *Lawyers Weekly*, 25 octobre 1991.

23. Voir *supra*, notes 10, 12, 17 à 19 et : J. SOPINKA, « Confirmation hearings and the proper role for judges in the public sphere », (1991) 3 *W.R.L.S.J.* 139-146; B. WILLIAMS, « Say "NO" to Senate Confirmation of Supreme Court of Canada Appointment », *loc. cit.*, note 13, pp. 207-209.

Chancellor qui nomme tous les juges, y compris ceux de la House of Lords : le Canada s'est inspiré de ce système sans toutefois bénéficier de l'institution d'un arbitre indépendant qu'est le Lord Chancellor.

En Australie, un pays de régime fédéral, le Cabinet fédéral nomme les juges à la High Court mais, depuis 1979²⁴, doit consulter les États avant de prendre sa décision.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) est composée de deux bancs de huit juges. En bref, chacune des deux chambres du Parlement fédéral allemand élit une moitié de la Cour, à la majorité des deux-tiers.

En France, comme dans plusieurs pays de droit civil, les candidats choisissent l'École de la magistrature dès la fin de leurs études de droit et passent ensuite par divers stages dans l'administration pour ensuite être nommés à divers tribunaux.

Finalement, aux États-Unis, deux processus prévalent : l'un pour les 50 États et l'autre pour les tribunaux fédéraux. Les juges des États américains sont généralement élus, mais 33 des 50 États possèdent un Conseil de nomination qui détermine l'éligibilité des candidats à l'élection. Le Président des États-Unis choisit les candidats aux postes de juges fédéraux, dont la Cour suprême, mais ils doivent être confirmés par le Sénat. Fait intéressant, c'est seulement depuis la nomination de Felix Frankfurter que les candidats sont appelés devant le comité du Sénat et les audiences se déroulent aujourd'hui devant les caméras de télévision. Il faut rappeler que le but de la confirmation américaine était à l'origine d'éviter le favoritisme et non pas de livrer les candidats à la foule.

À partir de ce bref tour d'horizon sur le processus de nomination lui-même, et tenant compte des diverses préoccupations propres à la fédération canadienne, il y a lieu de tirer les conclusions suivantes des diverses propositions mises de l'avant, particulièrement en ce qui concerne les juges de la Cour suprême du Canada.

Une première constatation est que la formule actuelle ne semble satisfaire personne et que des voix de plus en plus stridentes provenant de diverses factions appellent une réforme. Il est donc opportun de réfléchir sur la question. Une seconde constatation est qu'on n'a pas encore mis de l'avant une formule qui rallie toutes les voix. Une troisième est que presque toutes les propositions avancées préconisent, sous une forme ou une autre, la participation des provinces tout en laissant le choix final (plus ou moins libre) au gouvernement fédéral. Quatrièmement, la participation du public au processus de nomination lui-même, par opposition au processus de confirmation, ne semble pas être au premier plan des préoccupations. Finalement, les propositions les plus étoffées ainsi que les plus récentes oscillent entre la commission consultative et la commission nominative — sans audiences publiques pour la plupart sinon la totalité. J'exclus évidemment ici les médias pour lesquels les audiences publiques sont le cheval de bataille et, oserais-je dire, leur gagne-pain. Ceci dit, la véritable question dont ce débat est l'enjeu me semble avoir jusqu'ici fait l'objet de peu de réflexion.

Il me semble qu'il est essentiel, tout d'abord, de s'interroger sur l'objectif visé ne serait-ce que pour déterminer quelle formule répond le mieux à cet objectif. Mettant de côté pour le moment les impératifs constitutionnels de régionalisation, de relations fédérales-provinciales, les considérations d'égalité sur les plans des origines ethniques ou des minorités (femmes, autochtones, handicapés,

24. En vertu de la loi fédérale *High Court of Australia Act*, 1979, (Cth.), art. 6.

etc.) qui sont nécessairement des considérations de politique (*policy*) qui doivent ou non influencer le choix, il est d'autres considérations aussi sinon plus importantes, qui ne semblent pas avoir fait l'objet de débat sérieux, sauf peut-être par quelques auteurs²⁵. En effet, quel que soit le choix auquel on s'arrête, une fois les considérations de *policy* prises en ligne de compte, il reste que c'est une personne (femme, homme, blanc ou de couleur, handicapé ou non, provenant de telle ou telle région, après consultation de divers gouvernements, si nécessaire) que c'est une personne, dis-je, qui sera appelée à rendre la justice. Quelles qualités doit-on rechercher chez elle? Qui veut-on, en somme, comme juge? Selon l'étude empirique menée par les professeurs McCormick et Greene auprès des juges de différentes cours en Alberta²⁶, les sept qualités les plus souvent mentionnées sont dans l'ordre : l'assiduité, la courtoisie, l'empathie, la patience, la connaissance du droit, l'intelligence et le *fair-play*. L'indépendance et l'objectivité ne sont mentionnées que par un ou deux juges. Pour autant que cette étude soit valable, et je ne me prononce pas là-dessus, on peut ajouter à cette liste le choix entre un pragmatique ou un théoricien, un juriste chevronné ou un philosophe du droit, un universitaire ou un praticien, un jeune ou un moins jeune, une expérience politique ou expérience judiciaire, l'habilité de s'exprimer par écrit, le bilinguisme, la collégialité, et que sais-je encore. Comment et qui sera mieux placé pour faire une telle évaluation dans le concret? Il est clair que l'objectif visé et les qualités particulières de la personne à choisir seront d'abord et avant tout fonction du rôle que la Cour est appelée à jouer et ce, sur plusieurs plans. On ne choisira pas, par exemple, un juge de première instance de la même façon qu'un juge de la Cour suprême; leurs rôles sont différents. Pour le premier, la patience et la sensibilité peuvent être des qualités *sine qua non*, pour les seconds, une expérience judiciaire peut s'avérer indispensable. Et je passe sous silence ici tous les autres impératifs. Cette réflexion nous oblige à définir le rôle des cours de justice. C'est dire la complexité de la tâche et on se surprend même qu'avec la formule actuelle, pourtant si critiquée, on ait réussi à travers les décennies à assurer aux Canadiens un corps judiciaire qui fasse l'admiration de tous ceux qui l'ont examiné et qui se compare plus qu'avantageusement à nombre d'autres systèmes dans le monde.

Le professeur Lorraine E. Weinrib²⁷ suggère qu'un candidat à la Cour suprême, arbitre final des droits et libertés, devrait, en plus d'assurer une représentation régionale, religieuse, culturelle, linguistique et des deux sexes, posséder un éventail de compétences et de connaissances requises pour l'élaboration d'argu-

25. J. WEBBER, « The Adjudication of Contested Social Values: Implications of Attitudinal Bias for the Appointment of judges », p. 3; I. GRANT et L. SMITH, « Gender Representation in the Canadian Judiciary », p. 57; E. P. MENDES, « Promoting Heterogeneity of the Judicial Mind: Minority and Gender Representation in the Canadian Judiciary », p. 91; L. E. WEINRIB, « Appointing Judges to the Supreme Court of Canada in the Charter Era: A Study in Institutional Function and Design », p. 109; tous dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice*, op. cit., note 13.

26. P. MCCORMICK et I. GREENE, *Judges and Judging: Inside the Judicial System*, Toronto, Lorimer, 1990, p. 103.

27. L. E. WEINRIB, « Appointing Judges to the Supreme Court of Canada in the Charter Era: A Study in Institutional Function and Design », loc. cit., note 25. Le professeur Lorraine E. Weinrib, dans son analyse, est d'avis que, même si la participation de membres du public pouvait éventuellement assurer au débat une perspective plus étendue, ces derniers n'auront en pratique d'autre rôle que celui d'observateur, étant donné le calibre et le caractère professionnel des autres membres de la Commission. De plus, il est fort probable que le membre du public n'ait pas accès à toute l'information accessible aux autres membres de la Commission. Enfin, comme

ments clairs et précis sur la Charte, avoir la capacité intellectuelle de résoudre des questions légales difficiles, en fonction des principes juridiques, sans se perdre dans les conséquences politiques éventuelles, ainsi que le talent de présenter des arguments oralement lors des conférences avec les membres du banc et par écrit, de réviser l'assise des opinions et d'en déceler les faiblesses, tout comme de rédiger de courtes dissidences bien articulées.

Le professeur Jeremy Webber, après avoir discuté des qualités essentielles à la prise de décisions judiciaires, qualités d'objectivité, d'intelligence, de jugement, de connaissance du droit et d'indépendance, note que la formule à retenir doit pouvoir identifier ces qualités :

[TRADUCTION] Les qualités identifiées ne sont vérifiables avec certitude qu'en ayant une connaissance étendue du candidat, spécialement après l'avoir observé se débattre avec des problèmes tels que la conciliation de positions opposées ou l'adaptation de concepts légaux et juridiques aux motifs et soucis de clients peu concernés par le droit. *La meilleure façon d'obtenir ces renseignements est de les recueillir auprès des collègues du champ de pratique du candidat*, d'examiner sa participation aux activités de sa communauté ou de vérifier sa performance dans des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires antérieures. (La possibilité d'obtenir des informations fiables donne une raison additionnelle tendant à favoriser la sélection des juges des cours d'appel auprès d'individus possédant de l'expérience au niveau des instances inférieures ou de tribunaux administratifs). *Toute formule de nomination qui a pour objet la prise en compte de telles qualités doit s'assurer de disposer de méthodes d'obtention d'opinions confidentielles à cet égard.* Ce genre de consultation existe déjà pour plusieurs nominations (bien qu'on pourrait sans aucun doute élargir l'étendue d'une telle consultation). En effet, je crois que les qualités identifiées ici sont comprises à l'intérieur de ce que l'on estime être la caractéristique importante et centrale d'un bon avocat ou d'un bon juge : le jugement.²⁸

Selon le professeur Carter²⁹, de Yale, deux éléments sont pertinents dans le processus de confirmation d'un candidat. Le juge doit être un genre de personne « pour qui les choix moraux sont l'occasion de réflexion profonde et soutenue » et être un individu « dont les décisions personnelles morales semblent justes et saines ». Des critères semblables ont été énoncés par plusieurs juges, dont le juge en chef Dickson³⁰ et le juge Rand³¹, pour n'en nommer que quelques-uns.

ce membre du public serait nommé sur recommandation d'autres membres de la Commission, il est probable qu'il se laisse influencer par la majorité de la Commission.

Le professeur Jennifer Smith (*loc. cit.*, note 13, p. 209) est du même avis, car aucun membre du public ne peut adéquatement remplir le rôle, selon elle. Elle conclut cependant que le système actuel de nomination fédérale des juges devrait continuer à subsister, toutefois avec l'aide de comités consultatifs fédéral et provinciaux pour toutes les nominations (y compris la Cour suprême du Canada). Selon elle, dans notre système parlementaire, l'exécutif, qui est institutionnellement sans entrave vu sa prérogative, doit posséder le pouvoir de nomination des juges.

28. « The Adjudication of Contested Social Values : Implications of Attitudinal Bias for the Appointment of judges », *loc. cit.*, note 25, pp. 24-25. Les italiques sont les nôtres.

29. S. CARTER, « The Confirmation Mess », (1988) 101 *Harv. L. R.* 1185, p. 1199.

30. « Judges are human. They have been moulded by all they have experienced prior to elevation to the bench » : (B. DICKSON, « The Role and Function of Judges », (1980) 14 *L. Soc. Gaz.* 138, p. 154 (référence tirée de A. Wayne MACKAY, « Judicial Free Speech and Accountability : Should Judges Be Seen but not Heard? », (1993) 3 *N.J.C.L.* 159, p. 167)).

« Although human and not immune to opinions [...] those views must be cast aside. A judge must show, to the extent of his ability, open-mindedness, courtesy and patience [...] preside with dignity and thoroughness » (*Id.*, p. 143).

31. « The one absolute condition required of a Judge is free mind, untrammelled in judicial action by foreign or irrelevant interests, relations or matters which might colour or distort judg-

Ayant brièvement passé en revue les considérations de politique (*policy*) ainsi que celles reliées aux qualités personnelles du candidat(e), quelle est la formule la plus susceptible d'accommoder ces impératifs? Les médias surtout et quelques professeurs, dont Jacob S. Ziegel³² préconisent un choix qui soit soumis au *public scrutiny*, soit que le public puisse lui-même juger de la qualité du candidat et, j'imagine aussi, de sa représentativité régionale, ethnique, minoritaire, et encore, en plus de ses tendances « conservatrices ou libérales », autrement dit, sa *political correctness*, selon le goût du jour : la formule américaine plus ou moins aménagée à la sauce canadienne, quoi.

Les arguments mis de l'avant par ceux qui préconisent des audiences publiques de confirmation se résument à l'évaluation par le public des idées politiques et idéologiques du candidat et sa position sur certaines questions, généralement brûlantes d'actualité, l'inspection des antécédents et de la moralité du candidat et l'examen de ses publications et prises de position antérieures. Somme toute, pour que le candidat passe la rampe, le public doit connaître les moindres détails de sa vie, publique et privée, pour s'assurer que, même humain, il doit tenir du divin.

Pour le professeur Carter³³, le processus américain de confirmation par le Sénat, précédé d'audiences publiques, pose un paradoxe intéressant. Selon lui, une telle formule est, en soi, politique et le Sénat réagit en réalité à l'opinion publique sur le candidat et, en conséquence, ne fait que se rendre au désir de la majorité. Il en tire le paradoxe suivant :

[TRADUCTION] Ainsi, un paradoxe inquiétant se dessine. D'une part, les tribunaux existent, du moins en partie, afin de limiter la domination de la majorité. D'autre part, les tribunaux doivent être composés de juges choisis, du moins en partie, selon que leurs opinions constitutionnelles coïncident avec celle de la majorité.³⁴

Si l'on en juge par les séances de confirmation de Robert Bork et de Clarence Thomas, on peut se demander si le respect que les citoyens doivent avoir pour l'institution de la Cour suprême en a été rehaussé et si, par ailleurs, le processus a assuré le choix du meilleur candidat. Il semble inévitable qu'un tel processus mène à la politisation de la nomination tant sur la place publique qu'au niveau des partis politiques. Finalement, la question de l'indépendance de la magis-

ment. Judges are human being and they are subject to patterns of thought, attitudes and emotional responses passed down in their societies through centuries. But the mind possesses the faculty of becoming aware of much of its own tendencies; and, apart from deeply implanted assumptions of the subconscious, it can be affirmed that in the overwhelming majority of the judicial officers of this country, issues presented are dealt with as if the parties before them were anonymous. That the dangers of close acquaintance and intimate personal relations are to be guarded against by abstention from any participation in matters which may involve them, is a rule ethically obligatory in our court » : (I. C. RAND, *Report to Governor in Council Concerning the Conduct of a Supreme Court Judge*, p. 82, cité dans C. GRANT, « Guide to Ethics of Magistrates », (1968) 2 *L. Soc. Gaz* 8, p. 11 (référence tirée de A. W. MACKAY, « Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but not Heard? », *loc. cit.*, note 30, p. 168)).

32. J. S. ZIEGEL, « Federal Judicial Appointments in Canada: The Time is Ripe for Change », *Judicial Selection in Canada: Discussion Papers and Reports*, Association canadienne des professeurs de droit, 1987, p. 38 (également rapporté à (1987) 37 *U. Toronto L.J.* 1, p. 24).

33. S. CARTER, « The Confirmation Mess », *loc. cit.*, note 29, pp. 1192-1193.

34. *Id.*, p. 1193.

trature se pose avec acuité lorsqu'on cherche à connaître l'opinion d'un juge sur une question donnée, généralement brûlante d'actualité, comme c'était le cas pour le juge Thomas en matière d'avortement. L'apparence d'impartialité à laquelle les justiciables doivent s'attendre y est intimement liée. Et, en bout de ligne, que vaut l'opinion personnelle du juge lorsqu'il doit juger en fonction du dossier, des arguments présentés et du *stare decisis*? L'exemple qui vient à l'esprit est celui du juge Brennan qu'on a confirmé parce qu'on le croyait conservateur et qui s'est avéré être parmi l'aile la plus libérale de la Cour. De même, il s'en est fallu de peu pour que le juge Thurgood Marshall ne soit pas confirmé et la liste des erreurs possibles (*misjudgments*) s'allonge si on retourne le moindre républicanisme chez nos voisins du Sud. Et je n'ai pas encore évoqué la véritable répugnance des juristes canadiens à se soumettre à un processus de véritable inquisition et d'invasion de la vie privée, de la part des groupes de pression et des médias, chacun ayant son propre agenda qui, souvent, détourne l'attention du véritable débat pour s'en tenir à l'aspect sensationnel comme l'a noté le professeur Mendelsolm à propos des médias : « They emphasize selling rather than the message itself »³⁵.

Toutes ces questions sont, il me semble, pertinentes lorsqu'il s'agit d'évaluer la formule la mieux adaptée à l'objectif visé, soit le choix de la personne la plus apte à rendre la justice.

Pour ma part, tenant compte entre autres des observations du professeur Webber quant à la meilleure façon d'assurer une connaissance approfondie d'un candidat, et des autres impératifs que le choix implique, il me semble que la formule proposée il y a déjà quelque 14 ans par le professeur Lederman conserve toute sa vitalité et répond en grande partie aux objectifs de représentativité et de qualité qu'on doit rechercher ainsi qu'à l'aspect constitutionnel qui entre en jeu.

Des modalités de cette proposition peuvent tout aussi bien rencontrer les objectifs visés. Parmi elles, une formule qui semblerait aussi rencontrer les objectifs d'une nomination adaptée aux besoins particuliers d'un tribunal donné tout en assurant une connaissance approfondie des qualités personnelles du candidat pourrait s'apparenter à celle, réaménagée aux réalités canadiennes, qui est en vigueur en Israël, dont je vous livre les grandes lignes.

Le système de nomination des juges est prévu en Israël à l'article 4 de la *Loi fondamentale sur la magistrature*³⁶, l'un des chapitres de la future Constitution d'Israël. Le Comité d'élection des juges³⁷ constitue l'unique organe

35. *The Globe and Mail*, 4 novembre 1993, p. A4. Voir aussi : Professor T. E. PATTERSON, « Trust Politicians, with the Press about the media's role in selecting presidents », *The New York Times*, 15 décembre 1993, p. A27.

36. *Basic Law : Judicature*, votée par la Knesset le 25 Adar Alef 5744 (28 février 1984) et publiée dans *Sefer Ha-Chukkim* N° 1110 du 4 Adar Bet 5744 (8 mars 1984), p. 78, art. 4, dont voici le texte :

4. (a) A judge shall be appointed by the President of the State upon election by a Judge's Election Committee.

(b) The Committee shall consist of nine members, namely, the President of the Supreme Court, two others judges of the Supreme Court elected by the body of judges thereof, the Minister of Justice and another Minister designated by the Government, two members of the Knesset elected by the Knesset and two representatives of the Chamber of Advocates elected by the National Council of the Chambers. The Minister of Justice shall be the chairman of the Committee.

(c) The Committee may act even if the number of its member has decreased, so long as it is not less than seven.

37. « Judge's Election Committee ».

décisionnel chargé de sélectionner les candidats et de proposer leur nomination au Président, qui ne fait que confirmer la décision du Comité. Le Président n'a aucun pouvoir ni aucune discrétion dans ce domaine. Toutes les nominations israéliennes, des juges municipaux aux juges de la Cour suprême, sont visées par ce processus, de même que l'élévation d'un juge déjà nommé d'une cour inférieure à une cour supérieure, y compris au poste de Juge en chef de la Cour suprême d'Israël.

Le Comité se compose de neuf membres³⁸ : trois juges de la Cour suprême y siègent, le Juge en chef et deux autres juges puînés, élus par le corps des juges israéliens; deux membres du gouvernement, le ministre de la Justice et un autre ministre désigné par le gouvernement; deux membres de la Knesset, élus par vote à scrutin secret; et enfin deux avocats, élus par le Conseil de l'Association du Barreau d'Israël.

Les juristes israéliens intéressés à se porter candidats soumettent eux-mêmes leur demande au Comité et, dans de très rares cas, le Comité approche lui-même des juristes. L'Administrateur des tribunaux³⁹ recueille l'opinion des personnes mentionnées par le candidat à titre de référence, ainsi que celles d'autres membres de la communauté juridique qui connaissent la qualité du candidat. Les compétences recherchées sont variées : la facilité de s'exprimer par écrit, l'intégrité, le décorum en cour, etc.

Par après, le candidat est convoqué à une audience privée devant un sous-comité de trois membres, composé d'un des trois juges, d'un des deux membres de la Knesset et d'un des deux avocats du Comité. Ce sous-comité doit résumer ses impressions en quelques lignes et évaluer le candidat en lui donnant une « note » (A, B, etc.). Le sous-comité peut requérir d'autres opinions sur le candidat ou même inviter le candidat à suivre un cours d'une semaine sur la magistrature, au terme duquel on évaluera, au moyen de procès simulés, ses aptitudes à devenir juge.

Le sous-comité propose ensuite le candidat au Comité d'élection des juges, qui doit l'élire à la majorité lors d'une assemblée plénière⁴⁰ tenue à huis clos et dont les délibérations ne sont pas consignées. Les membres du public peuvent cependant demander au Comité d'examiner une plainte adressée à l'endroit du candidat. Si cette dernière n'est pas frivole, le sous-comité peut tenir une audience privée au cours de laquelle le plaignant devra se justifier. En principe, le Comité

38. *Basic Law : Judicature*, *supra*, note 36, al. 4(b); *Courts Law (Consolidated version)*, votée par la Knesset le 15 Av 5744 (13 août 1984) et publiée dans *Sefer Ha-Chukkim* N° 1123 du 3 Elul 5744 (31 août 1984), p. 198, art. 6.

39. « Director of the Courts ».

40. *Courts Law (Consolidated version)*, *supra*, note 38, art. 7, dont voici le texte :

7. (a) When it appears to the Minister of Justice that a judge should be appointed, he shall give notice to such effect in *Reshumot* and shall convene the Committee.
(b) The following are authorized to propose candidates :

(1) the Minister of Justice;
(2) the President of the Supreme Court;
(3) three members of the Committee jointly.

(c) A proposal by the Committee for the appointment of a Judge shall be passed by a majority of the members taking part in the voting : Provided that a proposal by the Committee for the appointment of an eminent jurist shall be passed by a three-quarters majority of the members taking part in the voting.

(d) The Committee shall prescribe any other procedure for its deliberations and work.

peut revenir sur sa décision, mais cela semble exceptionnel. Enfin, ce n'est qu'après le vote du Comité que le nom du candidat élu est communiqué aux médias.

Je livre à votre réflexion la formule israélienne, tout en rappelant ce que le Juge en chef Cardozo a si bien exprimé :

Le cheminement de la justice ne prend jamais fin, mais se reproduit de génération en génération sous des formes toujours différentes et aujourd'hui, comme hier, il s'adresse aux plus courageux et aux meilleurs.

Comment les choisir, là est toute la question.