

Transparence et imputabilité dans le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada

Sébastien Grammond

Volume 36, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027168ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027168ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Grammond, S. (2006). Transparence et imputabilité dans le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada. *Revue générale de droit*, 36(4), 739–763. <https://doi.org/10.7202/1027168ar>

Résumé de l'article

Les pressions politiques qui découlent, entre autres, du pouvoir accordé aux juges par la *Charte canadienne des droits et libertés* ont incité le gouvernement fédéral à soumettre la candidature d'un nouveau juge de la Cour suprême à l'examen d'un comité parlementaire. Le présent texte compare les avantages et les inconvénients de ce processus et conclut qu'il met en péril l'indépendance de la magistrature et donne au public une mauvaise perception du rôle de la Cour. L'auteur termine par des suggestions visant à mieux comprendre de quelle manière les juges sont « imputables ».

Transparence et imputabilité dans le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada

SÉBASTIEN GRAMMOND

Professeur agrégé et vice-doyen à la recherche
à la Faculté de droit, Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Les pressions politiques qui découlent, entre autres, du pouvoir accordé aux juges par la Charte canadienne des droits et libertés ont incité le gouvernement fédéral à soumettre la candidature d'un nouveau juge de la Cour suprême à l'examen d'un comité parlementaire. Le présent texte compare les avantages et les inconvénients de ce processus et conclut qu'il met en péril l'indépendance de la magistrature et donne au public une mauvaise perception du rôle de la Cour. L'auteur termine par des suggestions visant à mieux comprendre de quelle manière les juges sont « imputables ».

ABSTRACT

The political pressures that flow, in particular, from the power given to judges by the Canadian Charter of Rights and Freedoms have motivated the federal government to submit the proposed appointment of a new Supreme Court judge to a Parliamentary committee. This article weighs the pros and cons of this new process and concludes that it jeopardizes judicial independence and gives the public a false impression of the role of the Court. The author concludes by suggesting how judicial "accountability" might best be understood.

SOMMAIRE

1. Problématique	741
1.1. Le pouvoir politique des juges et la <i>Charte</i>	741
1.2. La <i>Charte</i> , l'imputabilité et le pouvoir de nomination des juges	743
1.3. La récente réforme du processus de nomination	745
2. Critique du nouveau processus de comparution publique.....	747
2.1. Des bénéfices très minces	747
2.2. Des désavantages et des risques inquiétants	754
3. Conclusion : vers une meilleure compréhension de l'imputabilité des juges?	759
Annexe	761

Au Canada, on vient d'assister à un changement fondamental dans le processus de nomination des juges de la Cour suprême : un candidat à la magistrature suprême a répondu, avant la confirmation officielle de sa nomination, aux questions d'un comité parlementaire. Le procédé rappelle évidemment (avec quelques nuances) les audiences tenues au Sénat américain pour confirmer les nominations du président à la Cour suprême.

Le gouvernement a tenté de justifier la comparution publique du candidat à la Cour par des objectifs de transparence et d'imputabilité, ce qui rejoint les thèmes du présent colloque. Il faut cependant porter un œil critique sur cette innovation et se demander si elle permet vraiment d'atteindre de tels objectifs et si elle ne menace pas par ailleurs le principe sacro-saint de l'indépendance de la magistrature.

Pour mener à bien cette analyse, nous ferons tout d'abord état du contexte politique et des pressions en faveur d'une réforme du processus de nomination des juges de la Cour suprême. Nous étudierons ensuite le processus de comparution publique, à la fois dans l'abstrait et dans sa récente application, pour déterminer s'il est susceptible de contribuer

à une meilleure transparence et à une plus grande imputabilité. Nous nous demanderons enfin si le processus est compatible avec l'indépendance de la magistrature.

1. PROBLÉMATIQUE

Les pressions qui se sont fait sentir, depuis une quinzaine d'années, pour que le processus de nomination des juges de la Cour suprême soit rendu plus transparent ne peuvent être comprises si l'on ne fait pas d'abord état des changements profonds que l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹, en 1982, a fait subir au système politique canadien. Nous verrons comment les critiques formulées envers le système de la *Charte* ont pris les juges pour cible première et par quel raisonnement un meilleur processus de nomination des juges a été présenté comme offrant une solution.

1.1. LE POUVOIR POLITIQUE DES JUGES ET LA CHARTE

Selon Montesquieu, le juge n'est que la « bouche qui prononce les paroles de la loi » et son pouvoir devrait être « invincible et nul »². Cette absence de pouvoir politique des juges serait une garantie de la liberté du citoyen contre l'arbitraire. De telles affirmations font aujourd'hui sourire quiconque possède la moindre connaissance des théories modernes du droit et de la fonction judiciaire, notamment des théories de l'interprétation³. Même un positiviste comme Hart admet que la règle de droit possède une texture ouverte qui laisse au juge une large part dans la détermination de son sens précis et dans son application à des cas concrets⁴.

1. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

2. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. I, Paris, Garnier Flammarion, 1979, livre XI, chap. VI.

3. R. M. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 484 p.; P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, 1035 p.; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991, 199 p.

4. H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, chap. VII.

À plus de deux siècles de distance, l'affirmation de Montesquieu trouve néanmoins un large écho. Aux yeux de plusieurs, l'idée que les juges exercent une partie du pouvoir politique, sans pour autant être élus ni responsables devant les élus, dérange et inquiète. L'adoption, au Canada comme dans bon nombre de pays occidentaux, de chartes constitutionnelles des droits qui restreignent les pouvoirs des élus et dont l'application incombe aux juges exacerbe le malaise. N'a-t-on pas ainsi remis à des non-élus le pouvoir de définir des normes sociales fondamentales, sur des sujets aussi importants que l'avortement⁵, la peine de mort⁶, la définition du mariage⁷ ou les droits des autochtones⁸? L'exercice par les juges d'un pouvoir aussi important ne donne-t-il pas lieu à un important « déficit démocratique »?

Le pouvoir des juges ne se manifeste pas uniquement dans les affaires fondées sur les droits constitutionnalisés. Il peut aussi apparaître dans les matières qui relèvent du droit privé. Le Code civil fait largement appel à des notions floues (la bonne foi, la faute, la personne raisonnable, l'abus de droit) dont la mise en œuvre concrète suppose l'exercice d'une large discrétion de la part des juges. Même si la discrétion du juge dans l'interprétation des normes est sans doute au moins aussi grande en droit privé qu'en matière constitutionnelle, le phénomène passe davantage inaperçu, car le juge n'est pas appelé, dans ces cas, à faire primer son interprétation de la *Charte* sur les lois adoptées par les représentants élus du peuple.

5. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

6. *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

7. *Halpern c. Canada (A.G.)*, (2003) 225 D.L.R. (4th) 529 (C.A.Ont.); *Barbeau c. British Columbia (A.G.)*, (2003) 228 D.L.R. (4th) 416 (C.A.C.-B.); *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).

8. Voir notamment *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 511; pour un exposé détaillé des droits des autochtones au Canada, voir S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003, 439 p.

1.2. LA CHARTE, L'IMPUTABILITÉ ET LE POUVOIR DE NOMINATION DES JUGES

Quel est le lien entre la discrétion conférée aux juges par la *Charte* et le débat actuel sur leur mode de nomination? Il n'est pas possible de refaire, en quelques pages, le débat sur l'opportunité de constitutionnaliser certains droits individuels et de conférer aux tribunaux le mandat de contrôler la compatibilité des lois avec ces droits, comme on l'a fait au Canada en adoptant la *Charte* en 1982. Admettons qu'il y a là matière à débat⁹. Or, si l'on estime que la *Charte* menace la démocratie, la solution logique serait de réévaluer s'il faut conserver la *Charte* ou s'en débarrasser. Cependant, la *Charte* a acquis une telle place dans l'imaginaire national et dans la définition de l'identité collective que personne n'ose soulever une telle possibilité. Il en irait de même de toute proposition qui maintiendrait la *Charte* en vigueur, mais qui retirerait aux juges le pouvoir de l'appliquer ou le pouvoir d'invalidier les lois qui la violent. Face à la popularité incontestable de la *Charte*, les critiques de la constitutionnalisation des droits individuels préfèrent dénoncer *l'interprétation que les juges en donnent*. En gros, on soutient que les membres de la Cour suprême feraient preuve d'« activisme »¹⁰ et prendraient des décisions fondées sur leurs préférences personnelles plutôt que sur le texte de la *Charte*¹¹. Au lieu de s'attaquer au message, on tire sur le messager.

En faisant porter l'odieux de la situation par les juges eux-mêmes, plutôt que par l'institution dont ils font partie ou la constitution qu'ils ont pour mission d'appliquer, on est donc

9. Voir, par exemple, J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 332 p.

10. Ce concept lui-même est particulièrement contestable. Voir R. M. DWORKIN, *op. cit.*, note 3, p. 369 et suiv.; l'affaire *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 791, donne un bon exemple de l'ambiguïté de cette notion : la plupart des gens qui dénoncent habituellement l'« activisme judiciaire » ont applaudi cet arrêt en raison de son résultat, même si la Cour a donné une interprétation généreuse et sans précédent du droit à la sécurité physique et fait preuve de très peu de déférence face au choix du législateur dans un domaine de politique sociale.

11. C. P. MANFREDI, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, 2^e éd., Don Mills, Oxford University Press, 2001, 276 p.; F. L. MORTON, R. KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000, 227 p.

porté à scruter attentivement le processus de nomination des juges. En effet, on admet sans difficulté que le principe de l'indépendance de la magistrature s'oppose à ce que l'on demande aux juges, une fois nommés, de rendre des comptes quant aux jugements qu'ils rendent. Il serait inacceptable de congédier un juge qui rend des décisions qui déplaisent aux élus. Or, s'il est impossible de contrôler un juge après son entrée en fonction, les élus peuvent, en revanche, choisir les magistrats en fonction de leur prédisposition ou de leur engagement à ne pas être « activistes ». L'idée qu'on voit poindre est donc que le « déficit démocratique » qui découle de l'adoption de la *Charte* pourrait être comblé si l'on rendait le processus de nomination des juges plus « transparent » et plus « imputable ». Peut-être qu'après tout, on a simplement nommé les mauvaises personnes au plus haut tribunal...

Voyons un peu plus en détail comment fonctionne ce processus de nomination. Au Canada, l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹² accorde au gouvernement fédéral (c'est-à-dire au pouvoir exécutif) le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures et des cours d'appel dans chaque province. Cette disposition constitutionnelle ne s'applique pas à la Cour suprême, mais la loi fédérale qui régit le fonctionnement de celle-ci attribue également au gouvernement fédéral le pouvoir d'en nommer les juges¹³. Dans les deux cas, le processus de nomination relève de l'entière discrétion du gouvernement (en pratique, du ministre de la Justice ou du premier ministre) et est entouré de la plus grande confidentialité. Une des principales failles de ce processus est la place qu'il laisse à la partisanerie politique : il est bien connu que les personnes qui sont nommées juges sont généralement des sympathisants du parti politique au pouvoir¹⁴. De nos jours, ce reproche vise principalement les tribunaux de première instance. Malgré des critiques occasionnelles, on s'entend généralement pour dire que l'affiliation politique joue un rôle limité dans les nominations récentes à la Cour suprême et

12. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 8.

13. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 6.

14. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *La nomination des juges au Canada*, Ottawa, 1985, p. 39-42, 57-67; P. H. RUSSELL, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, p. 114-117.

que les personnes nommées possèdent des compétences juridiques hors pair¹⁵. Par ailleurs, une critique spécifiquement adressée au processus de nomination des juges à la Cour suprême a trait au respect du principe fédéral. En effet, la Cour suprême a été appelée, depuis 1949 (c'est-à-dire depuis l'abolition des appels au Conseil privé de Londres), à trancher en dernier ressort les litiges portant sur la définition des compétences respectives des provinces et de l'État fédéral. Le fait que seul l'État fédéral participe à la nomination de ses juges a souvent fait douter de l'impartialité de la Cour suprême en matière de fédéralisme¹⁶ et a inspiré plusieurs tentatives infructueuses d'impliquer les provinces dans le processus de nomination¹⁷.

Cependant, ces critiques ont été reléguées au second rang depuis une dizaine d'années, face à la montée, notamment au sein du Parti conservateur et de ses prédécesseurs, le Parti réformiste et l'Alliance canadienne, du courant qui cherche à rendre la Cour suprême davantage « imputable » ou « démocratique » en modifiant le processus de nomination de ses juges¹⁸, et dont les grandes lignes ont été décrites plus haut.

1.3. LA RÉCENTE RÉFORME DU PROCESSUS DE NOMINATION

En 2003, la question du processus de nomination des juges de la Cour suprême a été mise à l'ordre du jour par le gouvernement libéral. À la suite de recommandations d'un

15. P. McCORMICK, « Selecting the Supremes: The Appointment of Judges to the Supreme Court of Canada », (2005) 7 *Journal of Appellate Practice and Process* 1, 14-16.

16. J. BROSSARD, *La Cour suprême et la constitution : le forum constitutionnel au Canada*, Montréal, P.U.M., 1968, 427 p.; J.-Y. MORIN, J. WOEHRLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 338; H. BRUN, G. G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 805; P. McCORMICK, précité, note 15, p. 20-21, 31-32. La Cour suprême elle-même a fait allusion à cette problématique dans *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 73.

17. Voir notamment l'Accord du lac Meech de 1987; d'autres propositions sont mentionnées dans R. DÉCARY, « L'Accord du lac Meech et la Cour suprême du Canada », dans R.-A. FOREST (dir.), *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 89; voir également A. TREMBLAY, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, 519 p.

18. Voir, par exemple, A. KELLER, « Guarding the Guardians: Pressures for Reform to the Supreme Court Nominations Process », (1994) 25 *R.G.D.* 283.

comité parlementaire, le ministre de la Justice a annoncé, en avril 2005, la mise en place d'un processus formel de consultation¹⁹. Lorsqu'un poste de juge devient vacant, le ministre forme un comité consultatif formé de parlementaires, d'un juge, d'un représentant des provinces, d'un représentant du barreau et de deux personnes qui ne sont ni juges ni avocats. Le ministre dresse, après avoir effectué ses propres consultations, une liste de cinq à huit candidats. Le comité analyse ensuite les candidatures et choisit trois candidats parmi la liste initiale, sans les classer, mais en décrivant les mérites de chacun. Le ministre fait ensuite sa recommandation au premier ministre qui, sauf circonstances exceptionnelles, doit s'en tenir à la liste établie par le comité. L'ensemble du processus est confidentiel, mais, une fois la nomination effectuée, le ministre comparaît devant un comité parlementaire pour donner des explications quant au processus et quant aux qualités du candidat retenu. Le processus n'a pas pu être mis en œuvre lors des deux nominations effectuées en août 2004, bien que le ministre de la Justice ait expliqué les nominations devant un comité parlementaire. Cependant, il a été mis en branle à l'automne 2005 pour combler une nouvelle vacance à la Cour. Un comité consultatif a examiné une liste de noms fournie par le ministre de la Justice et a recommandé trois candidatures. Le gouvernement n'avait pas encore fait connaître son choix lorsque des élections générales ont été déclenchées, suspendant ainsi le processus.

C'est dans ce contexte que, le 20 février 2006, le premier ministre Harper, nouvellement élu, a annoncé que la personne qui était pressentie pour être nommée à la Cour serait soumise à l'interrogatoire télévisé d'un comité parlementaire avant d'être formellement nommée. Dans un communiqué de presse, le Premier ministre a indiqué que la tenue de cette audience publique aurait pour effet d'améliorer la transparence et l'imputabilité du processus de nomination²⁰. L'identité du candidat, choisi parmi la liste établie par le comité

19. MINISTRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Proposition en vue de réformer le processus des nominations à la Cour suprême du Canada*, avril 2005; voir les critiques de P. MCCORMICK, *op. cit.*, note 15, p. 38-41.

20. CABINET DU PREMIER MINISTRE, Communiqué de presse du 20 février 2006, [En ligne] : <http://www.pm.gc.ca/fra/media.asp?id=1025> (consulté le 6 mars 2006).

consultatif formé par l'ancien gouvernement, a été rendue publique le 23 février : c'est le juge Marshall Rothstein de la Cour d'appel fédérale. L'audience publique a eu lieu le 27 février. L'interrogatoire proprement dit a été précédé d'une allocution introductive du professeur Peter Hogg, un éminent constitutionnaliste, qui a décrit le rôle de juge à la Cour suprême et qui a tenté de délimiter la sphère des questions qui pouvaient valablement être posées au candidat. Enfin, le 1^{er} mars, le Premier ministre a fait connaître sa décision de nommer formellement le juge Rothstein à la Cour suprême.

2. CRITIQUE DU NOUVEAU PROCESSUS DE COMPARUTION PUBLIQUE

Pour donner une appréciation critique de ce nouveau processus, il faut tenter de cerner ses objectifs réels. Il faut ensuite évaluer si l'atteinte de ces objectifs est possible dans l'abstrait et dans quelle mesure ils ont été atteints dans le cas du juge Rothstein. Il faut enfin se demander si le processus n'a pas généré des inconvénients qui en surpassent les avantages. L'analyse doit aussi tenir compte d'alternatives à une audience où le candidat est tenu de répondre aux questions d'un comité parlementaire : par exemple, on peut envisager que la nomination soit discutée par un comité qui n'ait pas le pouvoir de convoquer le candidat ou encore que le candidat réponde à des questions posées par d'autres personnes que des parlementaires ou qu'il le fasse après que sa nomination ait été confirmée.

2.1. DES BÉNÉFICES TRÈS MINCES

Il est facile d'invoquer, de façon générale, les concepts de transparence et d'imputabilité pour asseoir la légitimité de la comparution publique. Une analyse plus poussée est toutefois nécessaire. Parle-t-on de la transparence du processus de nomination (qui relève toujours de la discrétion ultime du premier ministre)? Dans ce cas, c'est la décision du premier ministre qui devrait logiquement être examinée publiquement, ainsi que les recommandations du comité consultatif. Ou bien parle-t-on de la transparence du processus judiciaire

lui-même? C'est alors la manière dont les juges rendent leurs décisions qui devient pertinente. Ceux qui défendent la comparution publique semblent adopter la première de ces deux avenues. Ainsi, le doyen Monahan soutient que l'objectif de la comparution publique est de vérifier si le gouvernement a bien appliqué les critères de nomination qu'il s'est fixé. Le public pourrait ainsi mieux connaître le candidat et s'assurer de sa capacité à remplir les plus hautes fonctions judiciaires²¹.

Une audience publique, lors de laquelle le candidat est questionné par des députés, n'apparaît pas comme un moyen logique d'atteindre ces objectifs. Prenons tout d'abord la transparence du processus lui-même. Rappelons-le, c'est le premier ministre qui conserve la discrétion entière de choisir un candidat. Le processus de consultation n'est pas rendu public. On ne connaît pas de façon officielle, même si des noms ont circulé dans les journaux, l'identité des candidats considérés par le comité. La transparence totale du processus exigerait que l'on rende publique l'identité de ces personnes et que le rapport du comité, qui décrit les forces et les faiblesses des trois candidats recommandés, soit également rendu public. Évidemment, il est fort probable que la publication des noms des candidats qui ne sont pas retenus décourage bien des juristes de poser leur candidature (ou de consentir à ce que leur candidature soit examinée). En pratique, donc, le rapport du comité consultatif doit demeurer confidentiel. Il semble que la principale mesure permettant d'améliorer la transparence du processus soit que le premier ministre expose substantiellement, idéalement devant un comité parlementaire, les raisons qui ont motivé son choix. Par contraste, dans le cas du juge Rothstein, le premier ministre s'est contenté d'affirmer, par voie de communiqué, que celui-ci « saura apporter une contribution exceptionnelle à la Cour suprême »²².

Il semble donc que le véritable objectif de la comparution publique soit de s'assurer que le candidat proposé possède

21. P. J. MONAHAN, « A Very Judicious Process », *The Globe and Mail*, 22 février 2006, p. A15.

22. CABINET DU PREMIER MINISTRE, Communiqué de presse du 1^{er} mars 2006, [En ligne] : <http://www.pm.gc.ca/fra/media.asp?id1041> (consulté le 6 mars 2006).

toutes les qualités nécessaires à la fonction. Le doyen Monahan donne, à cet égard, l'exemple de la nomination proposée de Harriet Miers à la Cour suprême des États-Unis, qui a été retirée avant même l'audience sénatoriale de confirmation, en raison des inquiétudes largement répandues quant à sa capacité à être juge à la Cour suprême. Le professeur Hogg, en définissant les paramètres de la comparution publique, a d'ailleurs comparé celle-ci à une entrevue d'embauche (*a job interview*). Il reste à voir si elle permet de faire ressortir les qualités que l'on recherche chez un juge de la Cour suprême, ou leur absence. Mais quelles sont ces qualités? On peut les ranger en trois catégories : la compétence, la représentativité et les idées ou les valeurs.

La *compétence* au sens strict est la capacité à s'acquitter des tâches que sont l'étude des dossiers, l'audition des plaidoiries, la prise de décisions sages et éclairées et la rédaction de jugements qui reflètent les motifs de ces décisions. Ainsi, le professeur Hogg, dans son allocution introductive, a suggéré aux députés d'évaluer six qualités du candidat : sa capacité de résoudre avec sagesse des questions juridiques difficiles, son énergie et sa discipline, son ouverture d'esprit, sa capacité de traiter les plaideurs et leurs avocats avec patience et courtoisie, sa capacité à écrire des jugements bien motivés et sa disposition à travailler en équipe.

Deuxièmement, de nombreux auteurs soutiennent que les nominations à la Cour suprême doivent aussi obéir à un critère de *représentativité*²³. En effet, on affirme souvent que la composition d'une instance appelée à définir certaines normes fondamentales du droit canadien doit refléter la diversité de la population. On assurerait ainsi une meilleure prise en compte de la diversité des réalités et des intérêts de la population. La *Loi sur la Cour suprême* elle-même établit une exigence de représentativité : trois des juges de la Cour doivent provenir du Québec, dont la tradition de droit civil se démarque fondamentalement de la common law des autres provinces²⁴. La tradition veut également que les autres sièges

23. R. DEVLIN, A. W. MACKAY, N. KIM, «Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or Towards a "Triple P" Judiciary », (2000) 38 *Alberta L. Rev.* 734.

24. *Loi sur la Cour suprême*, précité, note 13.

soient répartis selon une représentation régionale. On constate aussi que le gouvernement a pris soin de maintenir, au cours des vingt dernières années, une proportion importante de femmes parmi les juges. Des revendications de plus en plus pressantes se font également entendre pour qu'un autochtone soit nommé à la Cour.

Troisièmement, le choix d'un juge de la Cour suprême prend nécessairement en considération, même si la chose est rarement admise ouvertement, *les opinions et les valeurs* politiques et juridiques du candidat. Le gouvernement voudra vraisemblablement s'assurer que le candidat retenu partage globalement sa vision des politiques de base du système juridique, de la portée de la *Charte*, etc., de manière à réduire le prétendu « déficit démocratique » qui découle du rôle des juges dans l'application de la *Charte*.

Il est difficile de croire que la comparution publique du candidat puisse aider les députés ou le grand public à vérifier si les premier et deuxième critères sont remplis. En effet, la vérification des compétences requises pour un emploi de si haut niveau fait bien davantage appel à des consultations auprès de membres de la communauté juridique et à l'analyse des jugements ou des autres écrits du candidat qu'aux réponses données par le principal intéressé lors d'une « entrevue d'embauche ». L'expérience de l'audience du juge Rothstein le confirme : bien que le juge ait fait preuve de modération, de courtoisie et d'une habileté certaine à éviter les sujets controversés, on a peu appris sur ses talents de rédacteur, son énergie ou sa capacité à travailler en équipe, bref, sur ses compétences de juriste. Ironiquement, la qualité qui semble avoir été la plus remarquée par les médias est son sens de l'humour, ce qui n'est pas tout à fait en tête de liste des qualités exigées des candidats à la Cour suprême. Quant à la représentativité, elle découle principalement de facteurs objectifs (la province d'origine, le sexe, l'origine ethnique, la langue, etc.). Il n'est pas nécessaire de poser des questions au candidat afin de vérifier la présence de ces facteurs. Lors de la comparution du juge Rothstein, la seule réponse qui peut être liée au concept de représentativité a porté sur son engagement à se familiariser graduellement avec le droit civil québécois.

Même si la comparution publique ne peut pas servir à vérifier les compétences ou la représentativité du candidat, elle peut tout de même permettre aux parlementaires de mieux connaître ses opinions et ses valeurs. C'est également l'objectif que semblent s'être fixé plusieurs députés qui ont participé à la comparution du juge Rothstein²⁵ et qui ont tenté de connaître ses opinions sur la légitimité de la « clause nonobstant », l'utilité d'un registre des armes à feu, l'équilibre entre la lutte au terrorisme et les droits individuels, le caractère adéquat des peines actuellement imposées aux criminels ou l'opportunité d'interdire les clubs échangistes. C'est aussi l'objectif principal des audiences sénatoriales de confirmation aux États-Unis²⁶, où les candidats se font systématiquement demander, par toutes sortes de moyens détournés, s'ils suivront ou renverseront le célèbre arrêt *Roe c. Wade*²⁷, qui élève le droit des femmes d'obtenir un avortement au rang de droit protégé par la constitution, et interroger sur leur position quant à des questions qui divisent le monde politique américain, comme la peine de mort, les programmes de discrimination positive, la prière à l'école, etc.

Peut-être, en effet, l'« imputabilité » des juges serait-elle améliorée si le public connaissait mieux, avant qu'ils ne siègent à la Cour suprême, leurs opinions ou leurs valeurs sur des affaires qui sont susceptibles d'être entendues par la Cour. Or voilà, poser des questions sur des sujets semblables porte atteinte à l'indépendance de la magistrature. Le professeur Hogg, lors de son allocution introductive, l'a bien indiqué : les députés ne doivent pas poser de questions portant sur des sujets sociaux controversés, comme le mariage des conjoints de même sexe, l'avortement ou l'indépendance du Québec, ni de questions qui visent à connaître la manière dont le juge trancherait des affaires futures. On ne doit pas non plus lui demander d'expliquer ses décisions passées, car

25. R. MÉNARD, « De la nomination d'un juge à la Cour suprême », *Le Devoir*, 24 mars 2006, p. A7.

26. S. L. CARTER, *The Confirmation Mess*, New York, Basic Books, 1994, p. 95; E. CHERMERINSKY, « Ideology and the Selection of Federal Judges », (2003) 36 *U.C. Davis L. Rev.* 619; voir aussi M. VERDUSSEN, « La Cour suprême des États-Unis et ses neuf juges », dans *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 845.

27. *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

les motifs écrits parlent d'eux-mêmes. Ces remarques sont tout à fait compatibles avec l'un des principes cardinaux de la déontologie judiciaire, la retenue dont un juge doit faire preuve en s'adressant au public²⁸. Les *Principes de déontologie judiciaire* élaborés par le Conseil canadien de la magistrature, qui visent entre autres les juges de la Cour suprême, énoncent que :

Les juges s'abstiennent d'activités telles l'adhésion à un groupe ou à une organisation, ou la participation à un débat public, lorsque, du point de vue d'une personne raisonnable, impartiale et bien informée, les activités en question mineraient l'image d'impartialité des juges relativement à des questions susceptibles d'être soumises aux tribunaux.

[...]

Les juges s'abstiennent des activités suivantes :

[...]

la participation publique à des débats politiques, sauf sur des questions concernant directement le fonctionnement des tribunaux, l'indépendance de la magistrature ou des éléments fondamentaux de l'administration de la justice.²⁹

Il est évident que plusieurs des questions posées au juge Rothstein transgressaient cet interdit, comme celles qui portaient sur le registre des armes à feu, les conceptions du fédéralisme, la « clause nonobstant » ou les clubs échangistes. Le juge a habilement évité l'écueil, soit en refusant carrément de répondre, soit en énonçant des généralités qui ne laissent aucunement transparaître ses opinions personnelles. La comparution, de l'avis de la plupart des observateurs, n'a pas permis d'apprendre quoi que ce soit de significatif sur les valeurs et les opinions du juge.

En somme, les bénéfices réels de la comparution publique sont très minces. On a vu plus haut qu'elle n'a pas

28. L. HUPPÉ, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 211-214; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, aux par. 107-109.

29. CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 1998, p. 28-29.

permis au public de savoir pourquoi le Premier ministre a choisi le juge Rothstein pour siéger à la Cour suprême. Elle n'a pas permis de connaître les qualités juridiques essentielles du juge Rothstein (à part son sens de l'humour...). Les députés se sont en fait contentés de vanter l'excellente réputation que possède le juge Rothstein au sein de la communauté juridique. L'audience n'a rien révélé sur la représentativité du juge. Enfin, elle n'a pas permis d'en apprendre beaucoup sur les opinions et les valeurs du juge. Il faut donc se rendre à l'évidence : la comparution n'a rien apporté sur le plan de la transparence.

Y a-t-il d'autres moyens de connaître les valeurs ou la philosophie juridique d'un candidat à la magistrature suprême? En réalité, un échantillonnage, même sommaire, des décisions du juge Rothstein permet d'en apprendre bien davantage à ce sujet que les réponses qu'il a données lors de sa comparution. Pour s'en convaincre, on retrouvera, en annexe, un tableau qui compare ce que le juge a affirmé sur certains sujets lors de la comparution et ce qu'on peut apprendre en lisant une douzaine de ses jugements, repérés et consultés en moins de trois heures à l'aide de bases de données publiques. Cela suggère que la comparution du candidat n'est pas essentielle au travail d'un comité parlementaire chargé de scruter une nomination. L'objectif de transparence serait bien mieux servi si le gouvernement, au moment d'annoncer l'identité du candidat retenu, motivait son choix en faisant référence aux jugements antérieurs ou aux autres écrits de celui-ci et en identifiant les idées ou les valeurs juridiques qui font que cette personne serait particulièrement bien placée pour jouer le rôle d'interprète suprême de la *Charte*. Évidemment, le gouvernement devrait ainsi reconnaître publiquement que les idées et les valeurs jouent un rôle crucial dans le processus de nomination, au lieu de se contenter d'affirmer que la personne nommée est la « mieux qualifiée ». On y gagnerait beaucoup en termes de transparence, beaucoup plus qu'au terme du processus dont on vient de faire l'expérience, mais le fardeau de cette transparence incomberait cette fois au premier ministre...

Certains soutiennent par ailleurs que la tenue de l'audience a permis au grand public canadien de connaître le

juge Rothstein, de le voir répondre à des questions sur son travail et de donner une figure plus humaine à la magistrature. L'exercice aurait donc contribué à démystifier la fonction de juge et à augmenter la confiance du public envers les tribunaux³⁰. Il est difficile d'évaluer la justesse de telles affirmations et de mesurer l'effet de cette audience sur la perception publique de la magistrature. On peut cependant dire sans se tromper que l'objectif de « démystification » aurait pu être atteint par d'autres moyens, comme la proposition de l'Association du Barreau canadien d'organiser une entrevue télévisée du nouveau juge, où les questions seraient posées par un journaliste et non des parlementaires.

2.2. DES DÉSAVANTAGES ET DES RISQUES INQUIÉTANTS

Le risque principal de la comparution publique est que les parlementaires cherchent à obtenir du candidat une forme d'engagement quant à la manière dont celui-ci décidera des affaires futures. Le professeur Morissette, maintenant juge à la Cour d'appel du Québec, l'exprimait à merveille il y a une douzaine d'années :

Étant donné, donc, l'immense pouvoir politique qu'exercent les juges constitutionnels, il est naturel que tous les agents d'influence politique dans la société civile veuillent obtenir d'eux, publiquement, *on the record*, et avant leur accession à la magistrature constitutionnelle, des déclarations d'intention quant à leur conception de l'intérêt général, comme on l'exige le plus naturellement du monde des hommes et des femmes politiques avant de les élire.³¹

Même si la recherche de tels engagements découle d'une inclination naturelle des députés, elle résulte en une atteinte à l'indépendance de la magistrature. En effet, des questions qui visent un tel objectif équivalent à demander au juge comment

30. Y. BOISVERT, « Un processus utile et sans danger », *La Presse*, 28 février 2006, p. A8.

31. Y.-M. MORISSETTE, « Le processus de nomination des juges en regard de leur "immense pouvoir politique" », (1994) 25 R.G.D. 307, 310; voir aussi M. J. BRYANT, « Judging the Judges: Judicial Independence and Reforms to the Supreme Court of Canada Appointment Process », (2004) 24 *Supreme Court Law Review* 29, 38-39.

il tranchera des litiges futurs. Le devoir de réserve du juge impose une grande prudence dans la réponse à de telles questions. Toutefois, le juge n'a pas à observer un silence total en ces matières. Ainsi, il est admis que des juges puissent donner des conférences ou écrire des articles dans des revues juridiques, pourvu qu'ils ne donnent pas leur avis sur des questions précises qu'ils pourraient être appelés à trancher.

Cependant, l'atteinte à l'indépendance de la magistrature qui découle de la recherche d'engagements doit s'apprécier en fonction de son contexte : le candidat à la magistrature suprême n'écrit pas un article destiné à un auditoire académique, mais répond à des questions posées par des politiciens, dont des membres du parti au pouvoir, avant que le premier ministre ne confirme sa nomination. Il est difficile de penser que le candidat n'orientera pas ses réponses en fonction des attentes de son auditoire. Le processus prend alors l'allure d'une campagne électorale, où le candidat énonce à l'avance, ou à tout le moins donne des indications quant à la position qu'il prendra dans des litiges futurs.

Or, si des juges se livrent à un tel exercice et prennent des engagements qu'ils seront tenus (pas juridiquement, mais moralement) de suivre, ils cessent d'être des juges et deviennent des politiciens. La Cour suprême cesserait alors d'être une véritable institution *judiciaire* pour se rapprocher du rôle qu'on attribuait au Sénat lors de l'instauration d'un régime fédéral en 1867, c'est-à-dire un organe *politique* dont la composition est appelée à changer plus lentement que celle de la Chambre des communes et qui porte un regard plus serein sur le travail des élus.

De plus, si les députés tentent d'obtenir des engagements de la part des candidats à la Cour suprême, cela renforcera la perception du public, déjà cultivée par les critiques actuelles du processus judiciaire, voulant que les juges statuent en fonction de leurs préférences personnelles. Le citoyen percevrait alors que la sélection des juges viserait simplement à trouver des personnes dont les préférences personnelles sont compatibles avec le programme du parti au pouvoir. Cela minerait la confiance du public envers les tribunaux : ceux-ci seraient perçus comme n'étant rien d'autre que des instruments au service du gouvernement, dont les membres ont déjà fait leur

lit quant aux questions importantes dont ils seront saisis, et non un organe impartial qui tranche les litiges un à un en faisant preuve d'ouverture d'esprit. Les tribunaux ne seraient alors plus considérés comme indépendants, au moins au sujet des questions sur lesquelles les juges sont interrogés lors de leur comparution.

Voyons comment la chose s'est matérialisée, subtilement mais réellement, dans le cas du juge Rothstein. Durant la campagne électorale et lors de la conférence de presse qui annonçait le nouveau processus, le premier ministre Harper a affirmé que les juges devraient faire preuve d'une « attitude judiciaire » (*judicial temperament*), ce qui signifie qu'ils ne doivent pas faire la loi, mais simplement l'appliquer, et qu'ils ne doivent pas utiliser leur imagination, mais plutôt leur bon sens. Il est difficile de ne pas voir dans ces paroles une critique fondamentale du contrôle judiciaire des lois qui contreviennent à la *Charte* et une opinion très claire voulant que les juges de la Cour suprême, dans le passé, aient donné à celle-ci une interprétation trop généreuse. Or, lors de la comparution du juge Rothstein, une députée du parti au pouvoir a demandé à celui-ci s'il était d'accord avec cette affirmation. Le juge Rothstein a donné une réponse prudente, réinterprétant les remarques du Premier ministre comme signifiant que les juges ne devaient pas ignorer la loi ou en inventer une nouvelle, indiquant que les juges s'astreignent à une analyse rigoureuse lorsqu'ils examinent la compatibilité d'une loi avec la *Charte* et soulignant que, dans cet exercice, les juges tiennent compte du caractère démocratique de la loi qui est contestée. Le juge Rothstein avait même anticipé le coup. Dans son allocution d'ouverture, il avait déjà affirmé que les juges ne font pas la loi lorsqu'ils tranchent des affaires fondées sur la *Charte*. Il avait ajouté que le critère de l'atteinte minimale (qui est habituellement le critère décisif lorsque l'État tente de justifier une loi qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*) laisse une marge de manœuvre au Parlement, qui peut choisir parmi une gamme de mesures législatives raisonnables.

À notre avis, ces questions portent atteinte à l'indépendance de la magistrature. En effet, des députés du parti au pouvoir ont demandé à un juge de participer à un débat

public, à savoir le débat sur la manière d'interpréter la *Charte*. Ils ont également demandé, de façon indirecte, au juge de dire de quelle manière il trancherait des litiges futurs portant sur l'incompatibilité d'une loi avec la *Charte*. L'atteinte est d'autant plus grave que ces questions ont été posées à un candidat à un poste à la Cour suprême, dans le contexte où on sait fort bien que le parti récemment arrivé au pouvoir est défavorable à une interprétation généreuse de la *Charte* et à ce qu'il appelle l'« activisme judiciaire ». Comment, dans ces circonstances, une personne bien informée ne verrait-elle pas que la remarque du Premier ministre, jumelée à la question de la députée de son parti demandant au juge Rothstein s'il était d'accord avec cette remarque, visait à obtenir du juge, comme condition de sa nomination, une sorte de promesse qu'il donnerait à la *Charte* une interprétation conforme aux vœux du parti au pouvoir?

La chose a d'ailleurs été perçue comme telle par les observateurs. Ainsi, un chroniqueur du *National Post* affirmait :

But if there was ever any doubt Rothstein will soon be collecting the \$266,800 paycheque that comes with the job, it was eliminated in his answers to questions about judge-made law.

It's an issue near and dear to Prime Minister Stephen Harper's heart. And when Rothstein said justices should "apply the law, not depart from it and not invent it" while insisting they take "the least intrusive approach" to challenge laws given elected legislative legitimacy, well, that was legal grounds for Harper to instantly promote him to the highest court.³²

Un journaliste du *Devoir*, rapportant les mêmes propos, poursuit dans le même sens :

Des paroles qui ont rassuré un gouvernement conservateur très peu féru des juges qui pratiquent l'activisme judiciaire en interprétant les lois selon leurs valeurs personnelles, ce qui devrait officiellement ouvrir les portes de la Cour suprême à Marshall Rothstein dès demain [...].³³

32. D. MARTIN, « How to Make a Judge Blush », *The National Post*, 28 février 2006, p. A4.

33. A. CASTONGUAY, « Le juge Rothstein réussit sa figure imposée », *Le Devoir*, 28 février 2006, p. A1-A2.

Notre propos n'est pas de critiquer le juge Rothstein ou de lui reprocher ses réponses. En réalité, ses réponses sont tout à fait cohérentes avec les positions qu'il a prises dans certains jugements qu'il a rendus³⁴. Tout indique qu'il a fait preuve de la plus grande authenticité et que ses réponses traduisent fidèlement sa philosophie. Mais là n'est pas la question. Le problème réside dans la perception, suscitée par les politiciens et relayée par les médias, voulant que les candidats à la Cour suprême doivent prendre des engagements comme condition de leur nomination. Cela donne également l'impression que le rôle des juges est de défendre des causes précises plutôt que d'entendre des affaires en faisant preuve d'ouverture d'esprit.

On nous répondra que la situation aurait été la même si le gouvernement, au lieu de convoquer le juge Rothstein en audience publique, avait publiquement motivé son choix en faisant référence aux positions qu'il a prises dans ses jugements à la Cour d'appel ou dans ses écrits antérieurs. Il y a cependant des différences cruciales. Premièrement, le juge qui rend un jugement n'est pas soumis au même genre de pression en vue de plaire au gouvernement, même si certains juges qui souhaitent ardemment une promotion pourraient néanmoins être tentés, consciemment ou non, de le faire. Deuxièmement, la comparution publique constitue une occasion beaucoup plus solennelle que la rédaction d'un jugement. Elle est observée de beaucoup plus près, notamment par les médias, et ceux-ci sont bien davantage susceptibles de dénoncer un jugement subséquent qui serait incompatible avec les réponses données par le juge lors de l'audience. Troisièmement, l'identification, par le gouvernement, de la philosophie juridique du juge nommé à la Cour suprême constitue l'observation (par le gouvernement) d'un comportement passé du juge et non un engagement (de la part du juge) à adopter un certain comportement futur. Puisque le juge n'est pas impliqué dans un tel exercice, celui-ci ne met pas en danger l'indépendance de la magistrature.

34. Voir notamment *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479 (C.A.); voir aussi son article portant sur la justification des atteintes aux droits garantis par la Charte : M. ROTHSTEIN, « Section 1: Justifying Breaches of *Charter* Rights and Freedoms », (2000) 27 *Manitoba L.J.* 171.

3. CONCLUSION : VERS UNE MEILLEURE COMPRÉHENSION DE L'IMPUTABILITÉ DES JUGES?

Au terme de cette analyse, il nous semble évident que la comparution publique du juge Rothstein n'a pas contribué à améliorer la transparence et l'imputabilité de la Cour suprême, de ses juges ou du processus de nomination. Cet échec découle de facteurs structurels qui seront nécessairement présents lors d'une comparution future, c'est-à-dire l'impossibilité d'évaluer sérieusement la compétence du juge, l'inutilité de questionner celui-ci sur sa représentativité et l'interdiction de répondre à des questions qui éclaireraient le public sur la manière dont il trancherait des litiges donnés.

Au passif du bilan, il faut porter l'atteinte à l'indépendance de la magistrature qui découle du fait que les députés seront naturellement tentés de rechercher des engagements du candidat quant à la manière dont il tranchera des litiges futurs impliquant des questions sociales controversées. Dans le cas du juge Rothstein, on a déjà commencé à voir ce processus à l'œuvre, lorsqu'une députée du parti au pouvoir lui a demandé d'exprimer son accord avec des déclarations du Premier ministre sur le rôle des juges. La perception que cela crée dans le public, et qui est relayée par les médias, est que, pour devenir juge à la Cour suprême, il faut s'engager à suivre les directives du premier ministre. En bout de ligne, cela fera paraître la Cour suprême comme une institution davantage politique que judiciaire. Ce désavantage semble suffisamment majeur, notamment en raison de l'importance du principe de l'indépendance de la magistrature dans notre système politique, pour l'emporter sur les avantages plutôt minces du processus de comparution public. Il serait donc sage d'abandonner ce processus et, si le gouvernement estime que le processus de nomination des juges devrait être plus transparent, il devrait tout simplement rendre publics les motifs détaillés du choix d'un candidat.

Mais cette suggestion ne laisse-t-elle pas entier le problème du « déficit démocratique » qui découle de la discrétion conférée aux juges dans l'application de la *Charte*? On peut suggérer, à cet égard, quelques pistes de réflexion. La première partie du présent texte laisse entrevoir que cette controverse

découle principalement de la décision (prise par des politiciens en 1981-82) d'inscrire une charte des droits dans la constitution et non de la philosophie des juges ou de ce que certains appellent l'« activisme judiciaire ». Il serait plus sain d'élever le débat au niveau de la *Charte* elle-même, au lieu de s'en prendre aux juges. En particulier, on pourrait se demander si les élus qui se plaignent d'« activisme » ne devraient pas envisager d'avoir recours, dans les cas appropriés, à la clause dérogatoire (l'article 33 de la *Charte*), qui permet au Parlement ou à une législature provinciale de soustraire l'une de ses lois au contrôle de la *Charte* pour une période (renouvelable) de cinq ans. Pour bien des Canadiens, l'usage de cette clause est un péché mortel, mais il faudra sans doute réaliser, un jour ou l'autre, que c'est précisément là le mécanisme prévu par les rédacteurs de la *Charte* pour faire contrepoids à la discrétion des juges que celle-ci implique³⁵.

D'autre part, il faudra peut-être admettre que les juges ne doivent pas être « imputables » au sens où ce terme est habituellement appliqué au gouvernement, mais qu'ils sont néanmoins *indirectement* imputables envers le public, au moyen de mécanismes que les théoriciens du droit travaillent actuellement à identifier et que l'on peut regrouper grossièrement autour du thème du « dialogue »³⁶. En substance, ces théories mettent l'accent sur le fait que les juges doivent motiver leurs décisions et que le caractère acceptable de ces motifs aux yeux de la communauté juridique, des politiciens, des médias et du grand public constitue, en dernière analyse, la seule assise de leur légitimité. La recherche de légitimité pousse donc les juges à justifier l'exercice de leur discrétion (par exemple, dans l'interprétation de la *Charte*) en fonction

35. Voir, par exemple: T. KAHANA, « Understanding the Notwithstanding Mechanism », (2002) 52 *U.T.L.J.* 221; J. L. HIEBERT, « Is it Too Late to Rehabilitate Canada's Notwithstanding Clause? », (2004) 23 *Supreme Court L. Rev.* 169.

36. Voir, en vrac: P. HOGG, A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75; A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997; K. ROACH, « Dialogic Judicial Review and its Critics », (2004) 23 *Supreme Court L. Rev.* 49; J. S. MATTHEWS, « The Political Foundations of Support for Same-Sex Marriage in Canada », (2005) 38 *Revue canadienne de science politique* 841.

de valeurs généralement acceptables pour leur auditoire et non en fonction de prétendues préférences personnelles. Elle induit ainsi une cohérence entre les valeurs qui sous-tendent les jugements de la Cour suprême et les valeurs dominantes de la société. Ce serait par ce mécanisme, inhérent à la fonction judiciaire, que les juges seraient indirectement imputables et que le prétendu « déficit démocratique » disparaîtrait.

Annexe

Le tableau qui suit compare les réponses données par le juge Rothstein lors de sa comparution publique avec les éléments de sa philosophie juridique que l'on peut dégager d'une analyse sommaire de ses jugements. On verra que certains sujets, qui ont fait l'objet de commentaires dans les médias, n'ont même pas été abordés lors de l'audience.

Réponses du juge Rothstein lors de sa comparution	Jugements et écrits du juge Rothstein
Les droits des autochtones sont protégés par la constitution; à ce sujet, la Cour suprême encourage les parties à négocier.	L'obligation de fiduciaire de l'État envers les autochtones ne vise que les intérêts de nature privée, comme les terres de réserve ³⁷ . Le juge Rothstein applique les principes établis par la Cour suprême, mais n'en anticipe pas l'évolution favorable aux autochtones ³⁸ . Il est défavorable à une interprétation large de l'exonération fiscale des autochtones ³⁹ .

37. *Canada c. Stoney Band*, 2005 CAF 15.
38. *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2004] 3 C.F. 436 (C.A.), une décision subséquentement renversée par la Cour suprême : 2005 CSC 69.
39. Voir ses motifs dans l'affaire *Desnomie c. Canada*, (2000) 186 D.L.R. (4th) 718 (C.A.F.), ainsi que les arrêts *Sero c. Canada*, [2004] 2 C.F. 613 (C.A.), et *Pictou c. Canada*, [2003] 2 C.F. 737 (C.A.), auxquels il participe sans écrire les motifs.

Aucune réponse concernant l'équilibre entre lutte au terrorisme et droits individuels.	Il n'y a pas de violation de la <i>Charte</i> lorsque, en vue d'assurer la sécurité nationale et la lutte au terrorisme, on ne divulgue pas à la personne qui fait l'objet d'un certificat de sécurité ou d'une mesure d'expulsion l'ensemble de la preuve retenue contre elle ⁴⁰ . Cependant, la Cour peut intervenir dans de telles causes pour s'assurer qu'il n'y a pas d'abus de procédure de la part de l'État et que les procédures se déroulent dans un délai acceptable ⁴¹ .
Aucune information sur sa conception du droit à l'égalité ou, en fait, sur n'importe quel droit protégé par la <i>Charte</i> .	Il rejette la plupart des demandes fondées sur le droit à l'égalité, notamment lorsque la discrimination alléguée est fondée sur le lieu de résidence ⁴² . Il statue qu'un programme fédéral discrimine envers les autochtones urbains ⁴³ , mais il rejette une revendication similaire d'un groupe de femmes métisses en raison de l'insuffisance de la preuve ⁴⁴ . Il affirme qu'en général, la <i>Charte</i> ne protège pas des intérêts de nature économique ⁴⁵ .
Quant à l'article 1 ^{er} de la <i>Charte</i> : il faut donner une marge de manœuvre au législateur en ce qui concerne le critère de l'atteinte minimale.	« Le législateur est mieux placé pour juger des effets néfastes et des avantages du monopole de la Commission canadienne du blé que ne l'est la Cour. Je ferais donc preuve d'une grande retenue à l'égard du législateur en ce qui concerne le critère de la proportionnalité des effets. » ⁴⁶ Les tribunaux doivent tenir compte des conséquences financières de leurs décisions, notamment lorsqu'ils statuent sur la compatibilité entre des programmes sociaux et le droit à l'égalité et ils doivent faire preuve de déférence envers le législateur lorsque les critères d'admissibilité à un programme de bénéfices sociaux sont contestés ⁴⁷ .

40. *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 C.F. 171 (C.A.).

41. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, 2004 CAF 257.

42. *Wong c. Canada*, [1997] 1 C.F. 193 (1^{re} inst.); *Archibald c. Canada*, précité, note 34.

43. *Première nation algonquine d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2004] 2 C.F. 108 (C.A.).

44. *Métis National Council of Women c. Canada*, 2006 CAF 77.

45. *Wong c. Canada*, précité, note 42.

46. *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479 (C.A.), à la p. 521, précité, note 34.

47. M. ROTHSTEIN, « Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms », (2000) 27 *Manitoba L.J.* 171, *loc. cit.*, note 34; cet article est basé dans une large mesure sur la décision qu'il avait rendue peu de temps auparavant dans *Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), confirmée par [2002] 3 C.F. 320 (C.A.).

Aucune information sur sa conception du rôle des tribunaux en matière de protection de l'environnement.	Il invalide une décision de l'Office national de l'énergie, parce que la conclusion de l'Office voulant que les effets environnementaux d'un projet soient négligeables ne pouvait pas s'appuyer sur les faits ⁴⁸ . Par contre, il refuse d'ordonner au gouvernement fédéral d'évaluer un projet qui a déjà fait l'objet d'une évaluation provinciale ⁴⁹ .
---	--

Sébastien Grammond
 Faculté de droit, Section de droit civil
 Université d'Ottawa
 57, Louis-Pasteur, bureau 338
 OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
 Tél. : (613) 562-5800 poste 2653
 Téléc. : (613) 562-5121
 Sebastien.grammond@uottawa.ca

48. *Première Nation des Chipewyans d'Athabasca c. British Columbia (Hydro and Power Authority)*, [2001] 3 C.F. 412 (C.A.).

49. *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 CAF 31.