

# L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE... CONTRAİNTE OU GAGE DE LIBERTÉ?



**ACTES DU COLLOQUE 2002**



Conseil de  
la magistrature  
du Québec





## **Conseil de la magistrature du Québec**

300, boulevard Jean-Lesage, Québec (Québec) G1K 8K6  
Téléphone : (418) 644-2196 - Télécopie (418) 528-1581

1, rue Notre-Dame Est, Montréal (Québec) H2Y 1B6  
Téléphone : (514) 864-9070 - Télécopie (514) 873-1389

Dépôt légal- Bibliothèque nationale du Québec, 2003  
ISBN 2-550-40678-8

**« Le processus disciplinaire de la magistrature est le complément nécessaire de son indépendance »,**

Schmeiser et McConnel

**« L'indépendance de la magistrature est garantie par l'État et énoncée dans la constitution ou la législation nationale. Il incombe à toutes les institutions, gouvernementales ou autres, de respecter l'indépendance de la magistrature »,**

7<sup>e</sup> congrès des Nations-Unies, septembre 1985.

**« ... il s'est produit, depuis une vingtaine d'années, une transformation radicale et irréversible : la justice a été, ou s'est, désacralisée »,**

Alain Peyrefitte, Les chevaux du Lac Ladoga Librairie Plon, 1981

**« Il n'y a pas encore de liberté...  
si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance  
législative et de l'exécutrice »,**

Montesquieu, Esprit des Lois, 1748



# Avant-propos

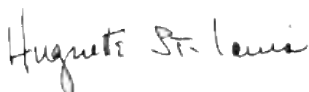
Le Conseil de la magistrature du Québec a été créé en 1978 en vertu de la Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires et le Code de procédure civile et instituant le Conseil de la magistrature.

Les principales activités du Conseil consistent à veiller au respect de la déontologie judiciaire et à s'assurer que les juges disposent des moyens appropriés pour maintenir leurs compétences et les parfaire.

Je suis heureuse de vous faire partager le fruit des réflexions des conférenciers qui ont accepté notre invitation de prendre la parole lors du Colloque 2002, organisé par le Conseil de la magistrature sous le thème : L'indépendance judiciaire... contrainte ou gage de liberté? Ce colloque fut un succès.

Je tiens à remercier sincèrement les conférenciers et, de façon plus particulière, mes collègues, qui ont investi énormément de leur temps et d'énergie pour préparer ce colloque. Je remercie également le personnel du Conseil de la magistrature pour leur apport et leur efficace soutien.

La présidente du Conseil  
de la magistrature,



Huguette St-Louis, juge en chef  
de la Cour du Québec

Québec, mai 2003

## Membres du comité organisateur

Jacques Lachapelle, j.c.q., président du comité

François Doyon, j.c.q.

Gilles Gaumont, j.c.m.

Paule Lafontaine, j.c.q.

Michel Simard, j.c.q.

Huguette St-Louis, j.c.q., présidente du Conseil

Claude Tremblay, j.c.q.

Jean-Pierre Marcotte, avocat, secrétaire du Conseil

Carolle Richard, adjointe administrative

*La couverture est tirée d'une œuvre inédite du juge*

*Jean La Rue de la Cour du Québec*



# Table des matières

Ouverture du colloque .....	11
Huguette St-Louis	
Conférence d'ouverture .....	17
Peter Leuprecht	
La légitimité de l'indépendance judiciaire .....	29
François Aquin	
Légitimité et légitimation de l'indépendance judiciaire : un point de vue sociologique .....	37
Guy Rocher	
Une légitimité en crise? Réflexions autour de la question de la confiance à l'endroit de la magistrature .....	47
Luc Bégin	
À propos de l'indépendance judiciaire .....	59
Hubert Van Gijseghem	
L'indépendance personnelle : le juge face aux institutions .....	67
Pierre A. Michaud	
Comment concilier déontologie et indépendance judiciaire? .....	79
Yves-Marie Morissette	
Le pouvoir judiciaire face aux pouvoirs exécutif et législatif .....	97
Claude Ryan	
L'indépendance judiciaire et la mondialisation de la justice .....	109
Michele de Salvia	
ANNEXE	
Présentation des conférenciers .....	133



# Huguette St-Louis, présidente du Conseil



## *Ouverture du Colloque*

Je suis heureuse de vous accueillir au colloque organisé par le Conseil de la magistrature, sur le thème : L'indépendance judiciaire... contrainte ou gage de liberté? Il s'agit d'un moment privilégié de partager nos expériences et d'échanger sur des préoccupations communes.

Les membres du comité organisateur du colloque avaient l'embarras du choix quant aux aspects de l'indépendance sur lesquels les débats pouvaient porter. Je crois que le fait de traiter de la légitimité de l'indépendance judiciaire, de donner la parole à des gens de divers milieux et de discuter de l'indépendance personnelle du juge sont des choix judicieux.

Des conférenciers de renom, ayant des champs d'activités diversifiés, se sont montrés enthousiastes à l'idée de partager avec nous leur point de vue sur cette question.

En première partie, vous êtes conviés à une réflexion sur la légitimité de l'indépendance judiciaire. La société évolue, nous le constatons toutes et tous. Le droit, étant une science sociale

avant tout, doit dans le même temps évoluer lui aussi et en refléter les valeurs.

Les transformations sociales, économiques et technologiques des dernières décennies remettent en cause les valeurs de notre société ainsi que les institutions.

Dans ce contexte, la justice doit demeurer une valeur fondamentale, je dirais non négociable, inscrite dans le cœur des humains. La justice est parfois prise à partie et les institutions qui la supportent n'échappent pas à la critique et leur légitimité est souvent questionnée.

Il sera intéressant d'entendre les quatre panélistes de l'atelier de ce matin nous présenter leur point de vue sur la question. Étant de quatre disciplines différentes, cela nous permettra d'avoir le point de vue d'un juriste, d'un philosophe, d'un psychologue et d'un sociologue.

Rappelons-nous qu'une institution n'est légitime que dans la mesure où elle a la confiance du public. Si la magistrature n'incarne pas à elle seule toute l'administration de la justice, elle en est le pilier. Lorsqu'on porte un jugement sur la crédibilité de l'administration de la justice, la magistrature n'est pas épargnée et elle doit participer à sa manière au maintien de la confiance du public.

Nous aurons justement l'occasion cet après-midi d'assister à un « vox-pop » suivi d'un droit de parole où des gens de divers milieux nous feront part de leur point de vue sur la question suivante : Les juges sont-ils vraiment indépendants?

Il sera sans aucun doute très intéressant d'entendre la perception des personnes interviewées dans le cadre du « vox-pop » ainsi que le point de vue de nos panélistes sur cette question.

En effet, l'indépendance accordée à la magistrature l'est uniquement dans l'intérêt de la protection des droits des

individus qui espèrent obtenir justice. Je dirais que l'idéal à atteindre est de rendre une justice toujours meilleure aux justiciables. C'est par eux et pour eux que les juges existent.

Dans la quête de cet idéal, les juges doivent bénéficier, dans l'exercice de leurs fonctions, de la plus totale indépendance, car c'est elle qui représente pour le justiciable la meilleure garantie d'être entendu par des juges impartiaux, libres de toute influence.

Le troisième thème qui sera abordé est : L'indépendance personnelle : le juge face aux institutions.

Je ne vous apprendrai rien en vous disant que le pouvoir judiciaire est l'un des trois pouvoirs sur lesquels sont construites les sociétés démocratiques telles que la nôtre et que ce pouvoir se doit d'être indépendant des deux autres. Mais qu'est-ce qui assure cette indépendance?

La Cour suprême du Canada a reconnu les trois caractéristiques fondamentales de l'indépendance judiciaire, à savoir : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Cela implique donc que l'indépendance judiciaire comporte deux aspects importants : l'indépendance personnelle du juge et l'indépendance institutionnelle du tribunal dont il fait partie.

Nos conférenciers aborderont la situation du juge à l'intérieur de la cour et aussi, bien sûr, par rapport à son juge en chef, ainsi que la situation du juge en relation avec les pouvoirs législatif et exécutif. Cet atelier traitera également du lien entre l'indépendance judiciaire et la déontologie judiciaire, soit la relation du juge avec son organisme disciplinaire.

Ceci m'amène à vous parler du Conseil de la magistrature dont l'activité vise à préserver l'indépendance judiciaire ainsi que la confiance du public dans les institutions en étant le gardien de la conduite des juges.

Encore une fois, j'anticipe la qualité des interventions des conférenciers qui viendront nous livrer leurs réflexions sur cette question.

Notre conférencier invité pour la clôture du colloque nous entretiendra de l'indépendance judiciaire et de la mondialisation.

Depuis l'éclatement de certains pays totalitaires qui se sont convertis à un système qui repose maintenant sur la règle de droit, ce phénomène contemporain est de plus en plus d'actualité. On en parle de plus en plus, on le vit de plus en plus et il nous conduit à des rapports différents, beaucoup plus ouverts et, nécessairement, à une adaptation des règles de droit.

L'humanité a encore de grands pas à franchir en termes d'équilibre entre riches et pauvres, d'égalité de tous devant la justice, de reconnaissance et de protection des droits de chaque personne. Ce défi est constant et complexe.

J'ajouterai que, pour peu que l'on s'ouvre aux expériences des autres pays, l'on ne peut que constater la nécessité de partager des valeurs sous-jacentes à l'exercice de la fonction judiciaire.

Cela ne peut être autrement, car malgré la diversité des systèmes de justice et la pluralité des cultures, les valeurs qui sous-tendent la justice sont universelles et l'éthique doit y avoir une place prépondérante.

En terminant, je remercie toutes les personnes qui ont accepté de partager avec nous leurs réflexions sur l'indépendance judiciaire et je désire souligner la participation en grand nombre des membres de la magistrature. De façon plus particulière, je tiens à remercier mes collègues qui ont investi énormément de leur temps et d'énergie pour préparer ce colloque.

Le comité du Conseil de la magistrature qui a travaillé à l'élaboration du contenu de ce colloque était composé des juges Jacques Lachapelle, Paule Lafontaine, Michel Simard et Gilles

Gaumond, tous membres du Conseil de la magistrature, auxquels s'ajoutaient le juge Claude Tremblay, sur recommandation de la juge en chef de la Cour du Québec, et le juge François Doyon, sur recommandation du président de la Conférence des juges du Québec, ainsi que le secrétaire du Conseil, maître Jean-Pierre Marcotte. Le juge Jacques Lachapelle assumait la présidence de ce comité.

Je vous souhaite un excellent colloque.





# Peter Leuprecht



## *Conférence d'ouverture*

Je tiens à vous dire que je suis très honoré et très heureux de pouvoir participer à cette réflexion avec vous sur un sujet qui est de la plus haute importance, un sujet qui doit tenir à cœur non seulement aux juges, mais à tout citoyen dans un état de droit démocratique.

Selon l'ébauche de programme que l'on m'a fait parvenir je suis censé lancer le débat et soulever des questions. Il n'est pas précisé que je dois aussi répondre aux questions. Heureusement.

Je vais donc aborder trois questions.

Tout d'abord : l'indépendance judiciaire, qu'est-ce que c'est?

Ensuite : l'indépendance judiciaire, pour quoi faire?

Et enfin, en suivant d'ailleurs le thème général de votre colloque : l'indépendance judiciaire... contrainte ou gage de liberté?

Je vous promets que ça ne sera pas un cours de droit positif et vous verrez que certains leitmotivs qui sont apparus dans l'introduction de Madame la juge en chef Huguette St-Louis vont revenir dans mon exposé.

Donc, pour commencer, l'indépendance judiciaire, qu'est-ce que c'est?

Je distinguerai entre deux aspects de cette indépendance, comme Madame la juge en chef l'a fait tout à l'heure, deux aspects qui, cependant, sont indissociablement liés : d'une part, l'indépendance individuelle du juge et, d'autre part, l'indépendance collective de l'institution judiciaire, du pouvoir judiciaire.

L'indépendance individuelle signifie que le juge doit juger en son âme et conscience sur la base des faits et du droit, libre de toutes influences ou pressions extérieures, que celles-ci proviennent de pouvoirs autres que le pouvoir judiciaire, par exemple le pouvoir exécutif, qu'elles proviennent de l'intérieur même du pouvoir judiciaire, ou qu'elles proviennent des parties en cause.

Ce que je veux dire par mon deuxième point, c'est que le juge doit aussi être indépendant à l'égard de ses collègues et de ses supérieurs.

Quant à mon troisième point, l'indépendance à l'égard des parties, elle se confond avec l'impartialité.

À mon avis, et on le dit moins, les juges devraient aussi être indépendants à l'égard du pouvoir de l'argent, et vous me direz que ce n'est pas vraiment un problème dans ce pays, mais regardons un peu vers le sud et on peut se demander si cette indépendance à l'égard du pouvoir de l'argent est assurée lorsque des candidats à la magistrature acceptent et sollicitent des fonds destinés à financer leur campagne, comme cela arrive chez nos voisins du Sud.

J'en viens à l'indépendance collective du pouvoir judiciaire.

Celle-ci est d'abord et avant tout une indépendance à l'égard des autres pouvoirs que, dans un État de droit démocratique, sont le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

Il y a quatre éléments qui sont à la fois des indicateurs et des composantes de l'indépendance aussi bien du juge individuel que du pouvoir judiciaire : le mode de désignation, la sécurité du mandat, l'indépendance administrative et la sécurité financière du juge et du pouvoir judiciaire.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme qui a développé une importante jurisprudence relative au droit à un procès équitable, on doit, afin de juger de l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard de l'exécutif, « prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat ... l'existence d'une protection contre les pouvoirs extérieurs, et le point de savoir s'il y a ou non-apparence d'indépendance ».

Ce dernier point, celui de l'apparence ou de la visibilité de l'indépendance, revêt également une grande importance. Vous connaissez l'adage : « Justice must not only be done; it must also be seen to be done ». De la même manière, on peut dire : « Justice must not only be independent; it must also be seen to be independent. »

Un pouvoir judiciaire indépendant est un des trois piliers de l'État démocratique, les deux autres étant, comme nous l'avons vu, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. La séparation de ces trois pouvoirs est une exigence fondamentale. Elle a été préconisée avec force par Montesquieu dans son « Esprit des Lois ». Elle figurait dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle est, à juste titre, considérée comme une caractéristique essentielle de tout État de droit démocratique.

Peut-être n'appartient-il pas à un étranger, même résident permanent du Canada, de juger si et dans quelle mesure cette séparation des pouvoirs est réalisée au Canada. Je dirais tout simplement qu'un petit doute est permis, notamment pour ce qui est de la nomination des juges.

Je voudrais ajouter un point concernant le Barreau. Lors de la cérémonie de prestation de serment le 10 juillet dernier, Monsieur le juge en chef du Québec, l'Honorable Michel Robert, a déclaré : « Il n'y a pas de tribunaux indépendants sans Barreau indépendant. »

On ne saurait qu'être d'accord avec Monsieur le juge en chef.

Ayant brièvement énoncé quelques indicateurs et composantes de l'indépendance judiciaire, je voudrais ajouter quelques observations sur sa signification fondamentale dans un État de droit démocratique. Celui-ci ne saurait exister sans indépendance judiciaire. Souvenons-nous de ce que saint Augustin a écrit il y a bien longtemps : « Des États sans justice ne sont que des bandes de voleurs élargies. »

Une justice indépendante est aussi la pierre angulaire de la protection des droits de la personne. En même temps, le droit à un procès équitable est lui-même un droit de la personne qui ne peut être réalisé que par une justice indépendante et impartiale.

Ce droit est consacré par de nombreuses constitutions nationales et par le droit international. Il a été proclamé par la Déclaration universelle des droits de l'homme et garanti par des traités tels que la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international sur les droits civils et politiques auquel le Canada est partie.

La Cour européenne des droits de l'homme a maintes fois souligné que le droit à un procès équitable, à une bonne administration de la justice, « ... occupe une place prééminente dans une société démocratique ».

L'État est débiteur de la garantie du droit à un procès équitable contenue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans d'autres instruments internationaux.

Il en est ainsi du Canada qui est lié par les dispositions très détaillées de l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

L'obligation de garantir une bonne administration de la justice qui incombe à l'État est une obligation de résultat. C'est une obligation positive, une obligation d'action de l'État qui doit protéger, respecter et assurer l'indépendance et l'impartialité de la justice et mettre à sa disposition les moyens nécessaires à son bon fonctionnement, y compris en matière budgétaire.

Le droit à une bonne administration de la justice ayant été garanti par des instruments internationaux, des institutions internationales, dont notamment les Nations-Unies et le Conseil de l'Europe, déploient une importante activité pour promouvoir ce droit à travers le monde.

Les Nations-Unies ont adopté des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature. Depuis 1994, un Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats fait régulièrement rapport à la Commission des droits de l'homme des Nations-Unies. Dans son dernier rapport, il regrette « ... que la situation de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'État de droit reste fragile dans le monde entier ». Je vois cela surtout au Cambodge où l'État de droit et l'indépendance judiciaire sont quasiment inexistants.

Il reste donc énormément à faire pour faire bénéficier les peuples du monde des bienfaits d'un pouvoir judiciaire indépendant, impartial, et j'ajouterais non corrompu. Car, comme le relève le Rapporteur spécial des Nations-Unies, la corruption du pouvoir judiciaire constitue un problème sérieux dans de nombreux pays, et le Cambodge en est un.

Un grand chantier s'ouvre donc devant la Communauté internationale désireuse d'améliorer la qualité de la justice et de renforcer son indépendance à travers le monde. Il est à l'honneur du Canada et de ses magistrats de s'être engagés sur ce chantier en fournissant une assistance technique à des pays qui en ont rudement besoin. Monsieur le juge en chef du Québec, dans l'allocution que j'ai citée tout à l'heure, a souligné « ... l'immense crédibilité et le respect dont jouissent les tribunaux canadiens à l'étranger, plus particulièrement à cause de leur indépendance, de leur impartialité et de leur façon humanitaire de dispenser la justice ». Et il a plaidé pour une « augmentation du rayonnement de nos cours de justice ». On ne saurait que l'applaudir.

D'ailleurs, des juges canadiens et québécois mènent d'ores et déjà des actions exemplaires dans des pays en transition, comme par exemple l'honorable juge Michèle Rivet, dans les Balkans, à travers la Commission internationale de juristes.

Je ne voudrais pas conclure cette partie de mon exposé sans lancer une petite pique contre les grandes institutions financières internationales qui, ces dernières années, se sont elles aussi découvert un amour pour l'État de droit et le pouvoir judiciaire. Elles en ont une vision utilitariste et singulièrement réductrice. Se fondant sur l'idéologie dominante de notre temps qui, cependant, ne s'avoue pas comme telle, l'idéologie pan-économique ou du tout économique, des institutions comme la Banque mondiale réduisent l'État de droit à un cadre favorable aux activités économiques.

On est amené à se poser cette question : l'État de droit prôné par ces institutions, c'est l'État de quel droit? Malheureusement, je pense que c'est l'État de la « lex mercatoria » et non celui des droits de la personne. Ces grandes et puissantes institutions financières internationales prêchent l'indépendance judiciaire tout en la réduisant à un moyen de

développement économique tel qu'elles le préconisent. Or, souvent leurs programmes, notamment les programmes d'ajustement structurel, s'attaquent aux droits de la personne. Dans de telles situations, il faut espérer que, contrairement aux attentes de ces institutions financières, des tribunaux indépendants agiront comme gardiens de ces droits et non comme serviteurs et exécutants de la nouvelle orthodoxie pan-économique.

Mesdames et messieurs les juges, j'espère ainsi avoir répondu quelque peu à la première question, celle de savoir ce que c'est l'indépendance judiciaire.

Nous avons relevé que c'est à la fois l'indépendance individuelle du juge et l'indépendance collective du pouvoir judiciaire. Nous avons souligné l'exigence fondamentale de la séparation des pouvoirs et nous avons vu qu'une justice indépendante est une pierre angulaire de l'État de droit et de la protection des droits de la personne. Un de ces droits est précisément le droit à un procès équitable. Enfin, nous avons abordé quelques aspects de l'action internationale relative à l'indépendance judiciaire.

Permettez-moi d'aborder maintenant ma deuxième question à laquelle je répondrai plus rapidement qu'à la première.

L'indépendance judiciaire, pour quoi faire? Quelle est la finalité de cette indépendance judiciaire proclamée comme un idéal et un objectif à atteindre par tant de constitutions nationales et d'instruments internationaux?

Tout d'abord, je dirais que l'indépendance judiciaire n'est évidemment pas un privilège des juges ou du pouvoir judiciaire. Le pouvoir judiciaire et son indépendance sont au service de l'État démocratique, de l'État de droit, de l'être humain et de ses droits fondamentaux.

Le juge et le pouvoir judiciaire indépendant ont un double devoir, un devoir éminemment difficile, voire redoutable : dire le droit et rendre la justice. Ils doivent, je pense, constamment avoir à l'esprit une double question : non seulement la question de savoir quelle est la solution fondée sur le droit, mais aussi la question de savoir quelles sont les exigences de la justice.

Je crois que répondre à la deuxième question est encore plus difficile que répondre à la première, et nous pourrions discuter longtemps sur ce qu'est la justice. D'ailleurs, comme il a été remarqué, une des matières que j'enseigne, c'est les théories de la justice.

Une des définitions de la justice que j'aime beaucoup et dont les juges pourraient utilement s'inspirer est celle de Thomas d'Aquin : « *Justitia est constans et perpetua voluntas suum unicuique tribuere.* » La justice est la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû.

Dire le droit et rendre la justice en ce sens, voilà la grande et noble mission du juge. C'est son indépendance qui lui permettra de la remplir.

Enfin, j'en viens à ma troisième et dernière question, celle qui est le thème général de ce colloque : « L'indépendance judiciaire... contrainte ou gage de liberté? »

Je dirai tout de suite qu'à mon avis, l'indépendance judiciaire est à la fois une contrainte et un gage de liberté.

Prenons d'abord la contrainte. Contrainte pour qui? Contrainte pour les autres pouvoirs qui, dans un État de droit démocratique, doivent respecter l'indépendance judiciaire. Cela vaut pour le pouvoir législatif et pour le pouvoir exécutif, mais aussi pour ce que l'on appelle souvent le quatrième pouvoir : les médias.

C'est ici que je mentionnerai ce que je considère comme un faux argument soi-disant démocratique contre l'indépendance



judiciaire et contre un prétendu gouvernement des juges, argument qui repose sur une méconnaissance flagrante de la séparation des pouvoirs et du rôle qui incombe au pouvoir judiciaire dans un État de droit démocratique. Nous avons vu que le Canada n'est pas à l'abri de telles dérives simplistes et populistes.

Ceci dit, l'indépendance judiciaire est aussi une contrainte pour le juge. Elle lui confère une énorme responsabilité.

Dans ce pays que je connais bien maintenant depuis plus de cinq ans, on aime parler de solitudes (en général au pluriel). Je ne vais pas me prononcer là-dessus. Mais je crois qu'on pourrait à juste titre parler de la solitude du juge qui doit décider seul, en son âme et conscience, qui doit oser son indépendance. Celle-ci exige davantage de caractère et de courage que la servilité à l'égard du pouvoir, quel qu'il soit. Il peut être plus confortable pour le juge de se couler dans un moule ou de s'abriter derrière des instructions, comme dans la justice de téléphone de sinistre mémoire.

Comme d'autres, le juge peut aussi être tenté par l'autocensure, ce que l'on appelle dans ma langue maternelle « vorauseilender Gehorsam », une obédience qui court à la rencontre des attentes du pouvoir.

Oui, l'indépendance est une contrainte, une ardente exigence pour le juge individuel et le pouvoir judiciaire dans son ensemble. Mais l'indépendance judiciaire est aussi un gage de liberté comme l'écrivait déjà Montesquieu : « Il n'y a point encore de liberté ... si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. »

L'indépendance judiciaire est un gage de liberté et de beaucoup d'autres biens essentiels à une société démocratique dans un État de droit, tel que le respect des droits de la personne et la justice.

Nous l'avons vu : il ne saurait y avoir d'État de droit démocratique respectueux des droits de la personne sans indépendance judiciaire. Encore faut-il que la justice soit non seulement indépendante et impartiale, mais aussi accessible. Dans ce domaine, il reste encore beaucoup de déficits à combler, aussi au Québec et au Canada.

Il ne faudrait pas qu'il se produise dans nos sociétés ce que le grand écrivain Franz Kafka a décrit avec des images aussi fortes et émouvantes dans sa nouvelle « Vor dem Gesetz », « Devant la loi » : un gardien barre l'accès à la justice, à un homme pauvre et misérable qui, campant devant les portes de la justice, n'aperçoit de celle-ci qu'une lueur de plus en plus lointaine pour mourir enfin aveugle devant les portes de la justice sans y avoir accédé.

La justice doit être indépendante, impartiale et accessible. Elle doit aussi être crédible, au-dessus de tout soupçon. Comme l'écrivait le juge Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis en 1957 « the confidence of the people is the ultimate reliance of the Court as an institution. » Cette confiance du peuple se mérite. Sans elle, le pouvoir judiciaire risque d'être un rempart bien fragile. D'où l'importance de la déontologie, de l'éthique professionnelle du pouvoir judiciaire et d'une procédure disciplinaire autogérée et crédible appelée à sanctionner des entraves à cette éthique. Même dans un pays par définition vertueux, comme l'est le Canada, il peut y avoir des brebis galeuses au sein du pouvoir judiciaire. Lors d'une très intéressante conférence tenue récemment dans ma faculté sur l'argent sale, deux représentants de la GRC ont présenté comme cas type des mécanismes et des réseaux internationaux de blanchiment d'argent, une grande affaire bien d'ici, dans laquelle un juge a été lourdement impliqué.

Il est évident que ce genre d'affaires, heureusement rares, est de nature à miner la crédibilité du pouvoir judiciaire et la

confiance des citoyens, d'où la nécessité d'une vigilance de tous les instants.

Mesdames et Messieurs les juges, dans les deuxième et troisième parties de mon exposé, nous avons vu que le pouvoir judiciaire indépendant est appelé à dire le droit et à rendre la justice.

L'indépendance judiciaire est à la fois contrainte et gage de liberté et d'autres biens essentiels à une société démocratique dans un État de droit. La justice doit être indépendante et impartiale; elle doit aussi être accessible et crédible.

Ce que nous avons vu pourrait être résumé en ces termes : solitude du juge et appartenance du juge à un pouvoir qui le soutient sans le conditionner; grandeur et servitude du pouvoir judiciaire, pilier essentiel de l'État de droit démocratique.

Je ne saurais mieux conclure cet exposé que par deux citations bien d'ici.

La première est du juge Lamer qui, dans une décision de la Cour suprême de 1985, c'était le B.C. Motor Vehicle Act, a évoqué « a system for the administration of justice which is founded on the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law. »

Plus récemment, dans un contexte que vous connaissez bien, la Juge en chef de la Cour supérieure du Québec, l'honorable Lise Lemieux, a été amenée à citer la Cour suprême en ces termes : « L'indépendance judiciaire est essentielle à la réalisation et au bon fonctionnement d'une société libre, juste et démocratique. »

C'est le genre de société que nous voulons construire ici, au Québec et au Canada, et à travers le monde. Je formule le vœu que votre colloque apporte quelques pierres à cette noble construction.



# François Aquin



## *La légitimité de l'indépendance judiciaire*

### **Le concept de la légitimité**

La légitimité renvoie à la dichotomie légalité/légitimité. La légalité consiste dans la conformité à la loi, à la norme juridique, bref, au droit positif. La légitimité met en question la valeur de la norme juridique elle-même. Elle se situe à l'interface du politique, de la morale et du droit. La norme est ainsi jugée au regard de la justice et de son acceptabilité par le public. « Pour être légitime, écrivait Jefferson, la volonté de la majorité doit être raisonnable. »

Un conflit se produit lorsque les trajectoires de la légalité et de la légitimité qui devraient idéalement coïncider, se séparent brusquement sur une question essentielle. Antigone, le drame de Sophocle, est devenu l'exemple même de ce type de situation, la jeune femme payant de sa vie pour avoir désobéi à l'ordre du prince qui avait interdit l'ensevelissement de son frère. La légalité avait tristement triomphé. À l'opposé, aucune procédure d'outrage au tribunal ne fut portée contre Chantal

Daigle<sup>1</sup> qui se faisait avorter dans les heures précédant l'audition de son pourvoi par la Cour suprême : on n'emprisonne plus Antigone. Il semble bien également que Sue Rodriguez ait pu, au nom de la dignité humaine, bénéficier d'un suicide assisté malgré l'arrêt controversé de la Cour suprême<sup>2</sup> qui l'avait interdit.

Enfin, l'on ne pourrait repérer les jugements des cours qui, dans l'éclairage de la légitimité, n'ont pu résister au verdict de l'Histoire, qu'il s'agisse notamment des condamnations de Socrate, de Galilée, de Robert Oppenheimer, etc., etc. À cet égard, limitons-nous à citer cet extrait de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1949 considérant la décision impériale de 1857 qui avait condamné Baudelaire et interdit six des poèmes des *Fleurs du mal*, « comme déjà cassée par le jugement des lettrés et par l'arrêt de la postérité ».<sup>3</sup>

## L'indépendance judiciaire

« L'indépendance judiciaire est un statut, une relation avec autrui. C'est la liberté de juger à l'abri de toute ingérence, pression ou intervention de quiconque. Dans l'arrêt *R. c. Généreux*<sup>4</sup>, le juge en chef Lamer s'exprimait ainsi sur ce sujet :

« L'indépendance du tribunal est une question de statut. Son statut doit garantir qu'il échappe non seulement à l'ingérence des organes exécutif et législatif, mais encore à l'influence de toute force extérieure, tels les intérêts d'entreprises ou de sociétés ou d'autres groupes

<sup>1</sup> *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530. La Cour suprême invalida l'ordonnance interdisant à madame Daigle de se faire avorter.

<sup>2</sup> *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519. La Cour rejeta l'appel sur division, cinq à quatre.

<sup>3</sup> In Michel WINOCK, *Les voix de la liberté*, Les Éditions du Seuil, 2001, p. 387. Ces poèmes avaient été condamnés au nom de la morale publique et des bonnes mœurs. Il fallut attendre qu'une loi de septembre 1946 ouvre un recours en révision, permettant ainsi à la Cour de cassation de se prononcer.

<sup>4</sup> [1992] 1 R.C.S. 259, 283.

de pression [...]. Le juge en chef Dickson résume avec justesse l'essence de l'indépendance dans l'arrêt *Beauregard*, précité, à la p. 69 :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises; personne de l'extérieur – que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge – ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire. »

Si l'indépendance des juges s'est initialement définie en regard des ingérences de l'exécutif et du législatif, c'est maintenant contre les pressions plus subtiles des entreprises, des multinationales, des syndicats, qu'une telle indépendance doit être protégée. Que dire aussi de la puissance ambiante des lobbys, des écoles de pensée qui prônent le conformisme d'un politiquement correct abusif ou la fragmentation de la règle de droit au profit de minorités agissantes.

Les composantes de l'indépendance judiciaire sont maintenant bien reconnues et consistent, outre l'indépendance institutionnelle, dans l'inamovibilité, la sécurité financière, l'immunité des poursuites, l'immunité de témoigner.

En revanche, l'indépendance judiciaire ne peut être conçue dans un environnement clos. Nous avons dépassé depuis

<sup>5</sup> Montesquieu, *L'esprit des lois*, XI, 6.

longtemps l'époque de Montesquieu où le troisième pouvoir de l'État, la « puissance de juger »<sup>5</sup>, avait comme objet « de punir les crimes ou de juger les différends des particuliers »<sup>6</sup>. Le juge moderne siège maintenant sur l'agora. Il est au cœur de l'événement. Il serait ainsi antinomique que l'indépendance judiciaire constitue une fin en soi et que le magistrat ait à trancher les conflits d'aujourd'hui siégeant sur une colonne à l'instar des stylites de l'Antiquité ou muré dans une inaccessible tour d'ivoire.

### **La finalité de l'indépendance judiciaire**

Précisément, l'indépendance judiciaire n'est pas une fin en soi. Elle constitue un moyen pour atteindre une fin qui est la perception d'impartialité des magistrats que doit avoir le public. Le juge en chef Lamer a précisé cet aspect de l'arrêt *R. c. Lippé* :<sup>7</sup>

« La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance judiciaire n'est qu'un « moyen » pour atteindre cette « fin ». Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l'« indépendance » judiciaire, l'exigence d'« indépendance » serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire. »

L'indépendance judiciaire n'est pas un privilège ni une condition de travail des juges. Elle correspond au droit

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> [1991] 2 R.C.S. 114, 139.

<sup>8</sup> In Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 168.



constitutionnel des justiciables de voir leurs différends tranchés par des décideurs impartiaux. John Locke<sup>8</sup> a écrit :

« La décision des conflits par des juges impartiaux est le plus grand bienfait que nous a apporté la civilisation. »

Être impartial, c'est être juste<sup>9</sup>. Aristote l'exprimait ainsi dans l'Éthique à Nicomaque :

« Aussi, lorsque quelque différend se produit entre les citoyens, ils ont recours au juge. Aller trouver celui-ci, c'est aller devant la justice, car le juge entend être, pour ainsi dire, la justice incarnée. Dans la personne du juge, on cherche un tiers impartial et on appelle parfois les juges arbitres ou médiateurs pour signifier par là que, quand on aura trouvé la personne du juste milieu, on parviendra à obtenir justice. La justice est donc un juste milieu, si du moins le juge en est un. Le juge maintient la balance égale entre les deux parties. »

(Je souligne.)

L'impartialité, ce n'est pas un don mais une volonté, un état d'esprit à acquérir sans cesse. Dans R. c. S. (D.R.)<sup>10</sup>, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin écrivaient :

« À notre avis, le test développé par la jurisprudence quant à la crainte raisonnable de partialité reflète cette réalité qui veut que si le juge ne peut jamais être tout à fait neutre, c'est-à-dire parfaitement objectif, il peut et il doit, néanmoins, s'efforcer d'atteindre l'impartialité. Ce test suppose donc qu'il est inévitable et légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à

<sup>9</sup> C'est le terme juste qui, dans la langue grecque, traduit le qualificatif impartial.

<sup>10</sup> [1997] 3 R.C.S. 484, 501.

profit et se reflète dans ses jugements, à condition que cette expérience soit pertinente, qu'elle ne soit pas fondée sur des stéréotypes inappropriés, et qu'elle n'entrave pas la résolution juste et équitable de l'affaire à la lumière des faits mis en preuve. »

Plus loin à la p. 504, les deux juges reproduisaient ce passage des *Propos* sur la conduite des juges, (1991), p. 15 publiés par le Conseil canadien de la magistrature :

« La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert. »

## **La confiance du public**

C'est la confiance du public qui assure la légitimité de l'institution judiciaire. « En effet, la confiance du public et le maintien de la primauté du droit sont intimement liés. »<sup>11</sup> Dans cette cause de *Hall*, la juge en chef McLachlin s'exprime ainsi :<sup>12</sup>

« Permettre qu'une personne accusée d'avoir commis un crime haineux soit remise en liberté dans la

<sup>11</sup> *R. c. Hall*, 2002 C.S.C. 64, paragr. 27.

<sup>12</sup> Paragr. 26 et 27.

collectivité, lorsque la preuve qui pèse contre elle est accablante, peut avoir pour effet de miner la confiance du public dans l'administration de la justice. Lorsque le public n'a pas l'impression que justice est rendue, il risque d'avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice. Dans le cas où il est raisonnable de croire que la confiance du public est compromise, il peut notamment en résulter des désordres et des actes de justicier au sein de la population. »

Comme le juge Hall l'a affirmé dans l'arrêt *MacDougal*, précité, p. 48 :

[TRADUCTION] Pour maintenir la primauté du droit, une valeur fondamentale de notre société, il est essentiel de préserver le respect du public à l'égard des lois et des tribunaux. Habituellement, une loi qui n'est pas généralement acceptable pour la majorité des membres de la société tombe en désuétude, à preuve l'expérience regrettable vécue aux États-Unis en matière de prohibition.

Il est indubitable que l'évolution du droit, la complexité du tissu social et l'avènement des Chartes ont amené les tribunaux à jouer le rôle d'actants primordiaux relativement à toutes les questions importantes qui confrontent la société. Les tribunaux peuvent invalider des lois, définir les libertés fondamentales, trancher des questions politiques controversées ou faire l'examen de problèmes aussi fondamentaux que l'euthanasie, le suicide assisté, etc.. Il importe que, dans l'accomplissement de tâches aussi diverses que significatives, « l'observateur bien

<sup>11</sup> Canada (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) c. *Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391, parag. 70.

informé et raisonnable »<sup>13</sup> n'en vienne pas à la conclusion que l'indépendance du pouvoir judiciaire puisse avoir été compromise. Nous sommes passés d'un régime de suprématie parlementaire à un régime de suprématie constitutionnelle. Il convient toutefois de rappeler que c'est le législateur qui est l'auteur d'une telle mutation et que la population bénéficie du dynamisme judiciaire qui s'exerce maintenant.

On ne saurait le nier, le défi pour les cours est considérable. Ne pourrait-on pas estimer que la « puissance de juger » est devenue une toute puissance. Montesquieu<sup>14</sup> écrivait d'ailleurs sur la nécessité d'un contrôle à tout pouvoir :

« Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites.

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. »

En d'autres termes, selon l'interrogation de Juvénal : « Sed quis custodiet ipsos custodes? »<sup>15</sup> La réponse est dans l'imputabilité que constitue la déontologie judiciaire s'exerçant par une justice de pairs. Les juges sont indépendants et impartiaux pour assurer la confiance du public et c'est le maintien de la confiance du public qui les amène à s'autodiscipliner. « Sans déontologie, l'indépendance ne se justifie pas. Sans indépendance, la déontologie aujourd'hui ne suffit pas. Les deux sont donc essentielles et se renforcent mutuellement. »<sup>16</sup>

C'est le service du public et la confiance que vous devez inspirer au public qui constitue l'alpha et l'oméga du pouvoir judiciaire que vous exercez en remplissant cette tâche de rendre la justice que Platon qualifiait de « merveilleuse ».<sup>1</sup>

---

<sup>13</sup> *Esprit des lois*, XI, 4.

<sup>15</sup> « Mais qui gardera les gardiens eux-mêmes? »

<sup>16</sup> Patrick GLENN, *Indépendance et déontologie judiciaires*, (1995) *R. du B.*, 295, 303.

<sup>17</sup> Platon, *Les lois*, XII, 945.

# Guy Rocher



## *Légitimité et légitimation de l'indépendance judiciaire : un point de vue sociologique*

Dans la conférence de presse qu'il donnait le 5 septembre 1960, au moment où, en France, on discutait beaucoup de la réforme constitutionnelle de la Ve République, le Général De Gaulle disait aux journalistes qui l'écoutaient : « Nous savons ce que valent les constitutions, nous en avons fait 17 en 150 ans. La nature des choses est plus forte que les textes constitutionnels arrêtés par les hommes politiques. »

« La nature des choses. » En recourant à cette formule, le Général De Gaulle citait Montesquieu, mais à la différence du juge Lachapelle, du doyen Leuprecht et de M<sup>e</sup> Aquin, il ne révélait pas ses sources. « La nature des choses », c'est pourtant l'expression même qui est utilisée par Montesquieu pour définir la loi et, à plusieurs reprises, Montesquieu fait état, dans son grand ouvrage sur l'Esprit des lois, de « la nature des choses ». Le Général De Gaulle ne devait sans doute pas ignorer la source de cette expression.

La nature des choses pour un sociologue, lorsqu'il s'agit du droit, c'est l'ensemble des forces sociales qui s'exercent sur et par le droit, c'est l'ensemble des idéologies dominantes et des idéologies en émergence, ce sont les attentes sociales, les représentations sociales, les images, les grands courants de pensée, les institutions et les structures sociales dans lesquelles baigne le droit.

C'est dans cette perspective sociologique que je voudrais vous présenter, dans un premier temps, quelques réflexions sur la légitimité de l'indépendance judiciaire et, dans une seconde partie, quelques réflexions sur la crise de légitimité de l'indépendance judiciaire.

### - I -

Ce à quoi je m'intéresse en particulier ici, pour les fins de cette présentation, c'est beaucoup plus au processus de légitimation qu'à la légitimité elle-même. Pour un sociologue, en effet, l'entreprise de légitimation de ce que l'on veut légitimer est particulièrement intéressante. La légitimité est l'objectif poursuivi ou atteint, c'est l'état recherché; ce qui est dynamique, c'est le mouvement que l'on engage constamment pour légitimer. La légitimité, c'est un moment mais, en réalité, la légitimité est constamment une construction sociale; l'on est constamment en train de construire une légitimité, de la refaire, de la parfaire, parfois de la perdre et d'essayer de la retrouver. La légitimité est toujours mouvante, et c'est cette mouvance que j'appelle le constant processus de légitimation.

En ce sens, la légitimité est un patrimoine, c'est un héritage qui nous vient de l'ensemble des actions de légitimation d'un grand nombre d'acteurs qui nous ont précédés, et nous sommes aujourd'hui ceux qui participons à cette énigme sociale de la

légitimation, pour léguer des institutions légitimées aux générations qui vont nous suivre.

Ceci m'amène à dire qu'il y a, me semble-t-il, en ce qui concerne l'indépendance judiciaire, trois grands mécanismes sociologiques de légitimation qui me paraissent importants et que je privilégie ici. Ces mécanismes, je les décrirai rapidement en disant que le premier est structural; le deuxième, mythologique; et le troisième, pragmatique.

**Structural**, tout d'abord. Nous vivons dans une société moderne qui est marquée par ce que l'on a appelé la fragmentation ou la segmentation des sphères de vie. Nos sphères de vie se sont, à la différence des sociétés traditionnelles, détachées les unes des autres et autonomisées les unes par rapport aux autres : la vie privée s'est isolée de la vie publique; le travail s'est différencié de la maison; la religion, du profane; l'État, de la société civile; et à l'intérieur de l'État, un grand nombre d'instances gouvernementales se sont autonomisées.

Toutes les sociétés ne connaissent pas ce phénomène d'autonomisation des sphères de vie. On peut même dire que, dans l'ensemble du monde, cette autonomisation des sphères de vie n'est pas le fait dominant des sociétés. Il y a encore, dans les sociétés du monde, beaucoup plus de fusion des sphères de vie, comme dans les sociétés traditionnelles, qu'il y a de segmentation.

Le Canada est à l'avant-garde des sociétés modernes. Sa structure sociale se caractérise par une mesure très élevée de fragmentation et d'autonomisation des sphères d'activités et de vie. C'est dans ce contexte que se situent le droit et les institutions judiciaires : l'autonomie du droit et l'indépendance des tribunaux s'inscrivent dans ce mouvement général. L'indépendance du tribunal fait partie de ce phénomène

d'autonomisation générale : elle l'accompagne, elle en résulte et elle y contribue.

En d'autres termes, le processus de légitimation de l'indépendance judiciaire dans les pays occidentaux a bénéficié du processus de segmentation des sphères de vie et d'activités. Celle-ci, la fragmentation sociale, est donc un important facteur de légitimation de l'indépendance judiciaire. Et ce facteur, je l'appelle « structural » a un double point de vue. D'un côté, la légitimité de l'indépendance judiciaire dépend de la structure sociale fragmentée de la société moderne. De l'autre, cette fragmentation sociale structure notre perception des tribunaux : la mentalité des citoyens de la société moderne accepte et même recherche l'indépendance judiciaire, parce que les tribunaux se sont acquis, de haute lutte, le droit d'être une sphère d'activité autonome. Dans la société moderne, l'on s'attend à ce que la sphère judiciaire jouisse d'une totale autonomie. C'est là une attente sociale et cette attente sociale, elle est très importante car elle contribue à cette perception de l'autonomie judiciaire, de l'indépendance judiciaire. C'est ce que j'appelle le facteur structural.

Le deuxième facteur, je l'appelle **mythologique**, mais dans un sens qui n'est pas péjoratif car la mythologie constitue le fond de toutes nos pensées sociales.

Or, dans la société moderne, une des grandes pensées mythologiques consiste en la reconnaissance et au respect de la montée des savoirs, des savoirs que l'on peut appeler les savoirs savants, c'est-à-dire des savoirs qui se sont progressivement déposés dans ce que l'on appelle maintenant des professions.

La société contemporaine moderne est caractérisée par la multiplication de ces professions. Il y a 40 ou 50 ans, il y avait deux grandes professions dans nos sociétés : le droit et la médecine. Aujourd'hui, le nombre des professions, comme on sait, est allé en augmentant sans cesse. La professionnalisation



est un des phénomènes les plus marquants de la société contemporaine moderne. On a assisté à la multiplication des professions; chaque métier se veut maintenant professionnel. Cette professionnalisation est un aspect, une forme de la fragmentation sociale que je viens d'évoquer.

La professionnalisation a accompagné la montée des savoirs savants : le savoir est devenu professionnel et chaque profession se fonde ou cherche à s'établir sur un savoir savant. De ce fait, le savoir s'est auréolé d'une forte dose de respect que l'on peut précisément appeler mythologique, c'est-à-dire basé sur une sorte de « récit » ou de « mythe » fondamental, selon l'expression des anthropologues, qui est au cœur de la matrice culturelle des sociétés modernes contemporaines.

Chaque profession a développé un savoir qui, maintenant, est de plus en plus un savoir autonome. Le médecin a son savoir autonome, l'ingénieur a le sien, l'artiste, le sien, les juristes ont le leur. Peut-être plus que tout autre, le droit, comme savoir savant, est devenu autonome. Il s'est autonomisé de la religion, il s'est autonomisé de la morale et, du même coup, la profession juridique a pu développer une base de savoir savant autonome à l'intérieur du monde de la connaissance.

Les tribunaux, dans leur indépendance, sont précisément les porteurs symboliques les plus forts de cette autonomie du savoir savant qu'est le droit, beaucoup plus que le législateur qui n'apparaît pas comme tel. Les tribunaux ont acquis, dans la société occidentale contemporaine, le statut et le prestige qui en font les principaux porteurs symboliques de ce savoir juridique savant.

Alain Peyrefitte s'est un peu trompé, me semble-t-il, dans la citation que l'on trouve de lui dans le programme sur la désacralisation de la justice. Nous assistons à une resacralisation de la justice, une sacralisation qui n'est plus basée sur du « meta » juridique c'est-à-dire sur la religion ou

sur le Droit naturel, mais une sacralisation basée sur du sociologique, c'est-à-dire sur la mythologie du savoir, qui est le grand dominant de notre société moderne.

Cette sacralisation, cette mythologisation du savoir juridique savant constitue assurément le deuxième facteur actif dans le processus de légitimation de l'indépendance judiciaire. Elle est au fondement de la prétention à l'objectivité et à l'impartialité du tribunal, fondée l'une et l'autre sur la logique intrinsèque du savoir juridique. Le juge peut se dire objectif et impartial —en avoir du moins la prétention— parce que le droit est devenu un savoir savant et que ses décisions s'appuient sur le droit, en ce que le juge dit le droit. Par chacune de ses décisions, le juge entretient la mythologie du savoir juridique savant et autonome. Et de ce fait, il légitime sa propre indépendance et celle de tous les tribunaux.

Le troisième facteur déterminant la légitimation de l'indépendance judiciaire, c'est un facteur **pragmatique** : chacun de nous, justiciable ou professionnel, a intérêt à croire en l'indépendance judiciaire.

C'est notre intérêt à tous : il faut avoir confiance dans le tribunal quand on est justiciable et il faut avoir confiance dans le tribunal quand on est avocat. Et ce besoin de confiance, il est constamment entretenu par la structure sociologique de l'organisation du tribunal : il est inscrit dans le rituel, le cérémonial du tribunal et surtout dans la procédure et les règles de procédure. De surcroît, notre confiance est généralement confirmée par l'expérience vécue de ceux qui se présentent devant le tribunal : dans notre pays, à la différence d'un grand nombre d'autres pays, le juge n'est pas vénal, on sait qu'il n'accepte pas de pots-de-vin. Le juge ne semble pas non plus directement soumis au pouvoir politique. Les faits viennent donc confirmer la confiance que nous avons dans l'autonomie

du tribunal; ils nous permettent de reconnaître en général l'indépendance judiciaire.

Or, il y a là un phénomène de circularité extrêmement important du point de vue sociologique. La légitimité vient de la légitimité; est légitime ce qui fonctionne et ce qui fonctionne engendre sa propre légitimité. Et cette étonnante circularité, c'est la base de tout le droit. Le droit fonde le droit, parce que le droit fonde l'État qui fonde le droit, lequel fonde l'État.

La circularité du droit demeure un des grands phénomènes énigmatiques de la société contemporaine. La légitimation du droit créée par la légitimité du tribunal est un des phénomènes énigmatiques de la constante légitimation de l'indépendance du tribunal par lui-même. L'indépendance effective du tribunal crée la légitimité de cette indépendance, et cette constante légitimation entretient la confiance en l'indépendance du tribunal.

## - II -

Y a-t-il cependant —et je répons ici à la deuxième question— y a-t-il une crise de l'indépendance ou de la légitimité de l'indépendance judiciaire?

Il n'y a pas de crise, mais il y a des éléments d'une crise possible. Cela résulte d'une prise de conscience de trois phénomènes.

On reconnaît, dans notre pays, je viens de le dire, que les juges sont indépendants à l'endroit du pouvoir politique et du pouvoir économique. Mais sont-ils indépendants à l'endroit d'un pouvoir plus subtil qui est celui des idéologies dominantes, des idées dominantes, des valeurs dominantes?

On se rappelle que, par exemple, le Premier ministre Maurice Duplessis disait de la Cour suprême du Canada qu'elle penchait toujours du même côté, comme la tour de Pise.

Plus récemment, notre collègue Andrée Lajoie de la Faculté de droit de l'Université de Montréal a fait l'analyse d'un certain nombre de jugements de la Cour suprême en montrant comment les juges peuvent être informés et biaisés en partie par les idées dominantes et en partie par les idées minoritaires, les idéologies dominantes et les idéologies minoritaires.

J'ai une grande sympathie pour le fait que des juges puissent être influencés par les idéologies, car l'impartialité et la neutralité sont aussi difficiles à acquérir pour les sociologues que pour les juges. Aux sociologues, on prête une certaine objectivité, mais nous avons, nous aussi, toute la peine du monde à nous détacher des idéologies dominantes et des autres idéologies dont nous sommes nécessairement les porteurs.

Mais ce n'est peut-être pas ce qui pose le plus grave problème de légitimité de l'indépendance des juges. Il y a un deuxième problème, c'est celui de l'indépendance économique. Non pas qu'il y ait quelque soupçon que ce soit de vénalité à l'endroit des juges. Ce ne sont pas les juges qui sont le problème ici, ce sont les avocats. Les décisions des juges sont nécessairement influencées par les avocats, on ne peut pas dire le contraire. Or, le problème, c'est que dans la perception du public, les avocats ne sont pas égaux. Il y a des avocats qui coûtent plus cher que d'autres, il y a des avocats qui sont au service d'intérêts plus considérables que d'autres.

Les inégalités économiques et sociales se retrouvent ainsi devant les tribunaux par la présence d'avocats inégalement rémunérés, plus exactement par la hiérarchie économique des avocats et des bureaux d'avocats. La problématique de l'indépendance économique des tribunaux réapparaît par la porte d'en arrière. Les tribunaux appartiennent aux structures économiques du pays par la présence des parties devant eux, et surtout par la présence des bureaux d'avocats qui représentent les parties.

Cela soulève un troisième problème, qui découle de ce que je viens de dire, c'est celui de l'accès à la justice.

Ce problème de l'accès à la justice a été évoqué à bien des reprises et il revient constamment. C'est le problème qui me semble dominant, celui qui peut le plus mettre à mal la légitimité de l'indépendance judiciaire, tout comme aussi la légitimité du Barreau et de toute la profession. Nous devrions relire et réactiver le rapport du *Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice*, le rapport que l'on appelle *Macdonald*, du nom du professeur Roderick Macdonald de la Faculté de droit de l'Université McGill, qui a présidé ce comité de travail. Rendu public en 1991, ce rapport est malheureusement beaucoup trop oublié.

Or, dans ce rapport, le comité *Macdonald* a sonné la cloche sur un grand nombre de problèmes que pose l'accès à la justice. Dans une conférence récente, le professeur Macdonald revenait sur les travaux du comité qu'il avait présidé et sur certaines des conclusions du rapport. À cette occasion, le professeur Macdonald disait ceci au sujet de l'État : « Combien de fois a-t-il pris la peine de consulter des groupes visés par les réformes qu'il propose? Quand il affirme que telle ou telle amélioration va régler le problème d'accessibilité à la justice, sait-il de quoi il parle? Où sont les statistiques? Est-il en possession de toutes les données nécessaires? En ce moment, il est évident que l'État ne connaît tout simplement pas les besoins juridiques du public et la meilleure façon d'y répondre. Sans cette information, il est difficile de croire que les solutions proposées vont produire le résultat escompté ».

Et il ajoutait : « La dernière recommandation du rapport du groupe de travail en 1991 fut à l'effet que des projets de recherche empirique soient entrepris afin de nous permettre de connaître les véritables besoins juridiques de la population québécoise. Nous avons même suggéré que l'État établisse, en

collaboration avec les autres intervenants, un programme de recherche sur la justice civile. Nous attendons toujours ces études, tout comme nous attendons toujours la mise sur pied de l'Institut québécois de réforme du droit. En l'absence de recherche fondamentale de cette nature, les législateurs ne seront jamais en mesure de répondre efficacement aux revendications pour une justice substantielle et une accessibilité égale. »

Eh bien, si l'on veut assurer à la fois l'indépendance judiciaire et sa légitimité, il me semble que l'on peut souhaiter et espérer que le Conseil de la magistrature, le Barreau et les facultés de droit du Québec s'unissent pour faire pression pour que le rapport du comité *Macdonald* soit exhumé de son Purgatoire et rapidement mis en application. On contribuerait de la sorte activement à l'important processus de légitimation des tribunaux, à leur indépendance effective et, plus largement, à la légitimation de toute la profession juridique.

# Luc Bégin



## *Une légitimité en crise? Réflexions autour de la question de la confiance à l'endroit de la magistrature*

L'indépendance de la magistrature est un acquis relativement récent de la Modernité démocratique. Préserver cette indépendance, c'est assurer au juge des conditions d'exercice optimales de sa fonction de juger, pour le plus grand bénéfice de la justice dans une démocratie bien comprise. Il arrive toutefois que les juges doivent faire face à de sérieuses critiques, que l'exercice et l'étendue de leur pouvoir se voient contestés. Faudrait-il alors parler d'une crise de la légitimité de l'indépendance de la magistrature ?

Je propose que nous nous attardions à une question un peu plus en amont : celle de la confiance à l'endroit de la magistrature. Avant de parler d'une crise de légitimité, il ne me paraît pas inutile d'avoir clairement à l'esprit les conditions faisant en sorte que cette légitimité soit acquise. Sur cette base, il devient plus aisé d'identifier s'il y a ou non crise. Parmi ces conditions de la légitimité de l'indépendance de la magistrature figure la question de la confiance. En deçà d'un certain seuil de

confiance à l'endroit de la magistrature, la légitimité de l'indépendance de cette dernière se verra remise en cause.

Cette question de la confiance, je n'entends pas l'aborder à partir des événements particuliers et de l'anecdotique; encore moins sur la base des sondages. Ce qui m'intéresse ici, c'est plutôt la dynamique qui anime cette relation de confiance et ce qui est susceptible de l'affecter. Plus précisément, je verrai d'abord à identifier les conditions devant être rencontrées afin que l'on puisse supposer qu'est acquise la confiance envers la magistrature. Cette première section, un peu plus technique que la seconde, entend notamment montrer qu'une telle crise de confiance est potentiellement toujours latente. Ensuite, je présenterai rapidement trois phénomènes actuels qui, si nous n'y prenons garde, sont susceptibles de concourir à provoquer une crise de confiance à l'endroit de la magistrature.

## **1. Les conditions de la confiance envers la magistrature**

Indépendamment des phénomènes de société sur lesquels je me pencherai un peu plus loin, on peut avancer qu'une crise de confiance à l'endroit de la magistrature est toujours potentiellement latente. Cela tient à la forme particulière de ce mécanisme de résolution des conflits qu'est le recours au juge. Autrement dit, la forme de ce mécanisme fait en sorte qu'à prime abord il suscite davantage la méfiance et la suspicion que la confiance.

L'affirmation peut sembler surprenante mais elle s'éclaire à la lumière d'une typologie des modes de résolution des controverses par l'intervention d'un tiers. Guarnieri et Pederzoli soulignent que l'on compte au moins trois procédures triadiques de solution des conflits : le recours au médiateur, le recours à l'arbitre et le recours au juge<sup>18</sup>. Dans le cas du recours

<sup>18</sup> C. Guarnieri et P. Pederzoli, *La puissance de juger*, Paris, Éditions Michalon, 1996. Ces procédures triadiques sont présentées et discutées aux pages 140 à 151.



au médiateur, « le succès de l'entreprise [dépendrait] entièrement des parties qui peuvent refuser à tout moment »<sup>19</sup> les propositions du médiateur. Peu importe, à la limite, que le médiateur soit choisi par l'une ou l'autre des parties ou par les deux : chacune d'elles demeure entièrement libre de refuser ce qu'il propose. Le tiers ne contraint donc aucunement les parties. Dans le cas de l'arbitre, une contrainte réelle s'exerce sur les parties au litige : « la décision de l'arbitre s'impose avec autorité aux parties puisqu'elles lui confient la résolution de leur controverse en s'obligeant automatiquement à reconnaître comme contraignante la résolution qu'il voudra y donner »<sup>20</sup>. Ici, les parties perdent en liberté ce qu'elles gagnent en certitude de voir le conflit résolu. Le pari est évidemment plus risqué puisqu'il n'est pas permis de se retirer de la procédure une fois celle-ci engagée. Le conflit sera donc résolu mais pas nécessairement à la satisfaction de l'une et l'autre des parties. D'où l'importance pour chacune d'elles de bien choisir l'arbitre.

La liberté des parties à l'instance se voit encore davantage restreinte avec la procédure judiciaire qui vient placer un juge comme tiers. Comme cela se produit avec l'arbitre, les parties sont tenues de respecter la décision du juge : il ne leur est pas loisible de se retirer à volonté du processus de résolution du conflit. Mais en plus, à la différence du recours à l'arbitre, le tiers qu'est le juge est imposé aux parties par la volonté de l'État. Ajoutons à cela, comme chacun le sait, qu'il n'est pas nécessaire que les deux parties s'accordent entre elles pour saisir le juge. Il suffira de la volonté d'une seule des parties concernées pour que l'autre soit impliquée dans une procédure. Il arrivera même, en matière pénale, que l'action soit déclenchée par le ministère public en l'absence de la volonté de l'une et l'autre des parties.

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p.140.

<sup>20</sup> *Ibid.*

Vis-à-vis des parties, le juge se trouve donc placé dans une situation pour le moins inconfortable. Comme le soulignent à nouveau Guarnieri et Pederzoli, « il doit résoudre l'affaire en l'absence même de la condition principale qui, dans les autres types de procédure, fait de la triade un mécanisme efficace de résolution des conflits : le consentement direct des parties à la procédure et au tiers qui la gère. C'est ici la source de la crise de confiance qui, au moins potentiellement, est toujours latente dans la procédure judiciaire »<sup>21</sup>. Dans la mesure, en effet, où l'action du juge ne résulte pas, sinon bien peu, de la volonté librement consentie des parties au litige; où la personne même du juge est imposée aux parties; et où sa décision s'impose à ces dernières sans possibilité de retrait de la procédure, on ne peut guère attendre que la confiance soit d'emblée acquise à l'endroit du magistrat. C'est un peu, au fond, comme si une personne souffrant d'un malaise se voyait mise dans l'obligation de consulter un médecin, qu'elle ne pourrait par ailleurs le choisir, mais qu'elle devrait néanmoins se plier à ses ordres de traitement, envers et contre sa volonté. Ce ne seraient certainement pas les conditions idéales afin de s'assurer la confiance des citoyens envers le corps médical!

L'analogie peut sembler inappropriée : après tout, la profession de juge se distingue fondamentalement de celle de médecin, ou même d'avocat, quant à sa finalité. Ce n'est ni le bien du client, ni son bien-être, qui est prioritairement visé par l'action du juge mais plutôt le maintien de l'ordre public, le respect de la loi et de la justice. D'où le caractère légitime d'une intervention d'autorité ne faisant aucune place à l'idée de consentement libre des « clients » (qui bien souvent préféreraient ne pas « bénéficier des bons soins » de la justice!). Il n'empêche que le lien de confiance est à envisager dans les mêmes paramètres : la confiance envers un tiers qui intervient dans notre vie

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, p.141.

requiert comme condition principale une forme de consentement.

À défaut du consentement direct dont bénéficient les autres types de procédures triadiques, et de façon à asseoir la légitimité de l'intervention des juges, il est toutefois possible de concevoir des formes indirectes, médiatisées, de consentement à cette intervention. Après tout, si la crise de confiance est latente, cela implique aussi qu'elle est au moins pour une bonne part contrôlée par certains mécanismes palliant au consentement direct. D'où cette idée de forme indirecte de consentement ou même, à la limite, de consentement seulement présupposé. C'est ce dont il est question dans les théories de philosophie politique qui réfléchissent au fondement de l'autorité politique et du droit dans les démocraties. Sans reprendre ici le détail de ces théories, on se rappellera qu'elles font valoir l'idée d'un contrat ou d'un pacte social par lequel chacun des citoyens consent à ce que le pouvoir soit exercé en son nom par une autorité politique ayant dès lors pleine légitimité pour promulguer des lois et voir à les faire respecter. Bien entendu, il s'agit d'un consentement implicite, présupposé de la part des citoyens. Le pacte social n'est qu'une situation fictive mais dont les caractéristiques permettent de mettre en lumière la rationalité et la légitimité des organisations sociales démocratiques.

Le principe premier du pacte social est l'idée de souveraineté populaire : c'est à partir de cette volonté du peuple dont elle est sensée être l'expression que l'autorité législative acquiert sa légitimité. Prenant ainsi appui dans la souveraineté populaire, l'autorité législative édicte le droit qui garantit la sécurité et l'égalité de tous. Avec l'idée Moderne de démocratie, on assiste d'ailleurs à ce que certains ont appelé une *sacralisation de la loi*, principe second, à mon avis, du pacte social. Se met en effet en place l'idée selon laquelle le règne de la loi, loin d'asservir les

hommes, les libère. Elle les libère de la « guerre de tous contre tous », de l'anarchie, en assurant la sécurité des biens et de la personne de chacun. Elle les libère également de l'arbitraire en ce qu'elle est une règle générale qui s'applique à tous. Elle assure la sécurité et libère en même temps de l'arbitraire en un autre sens par la prévisibilité qu'elle permet : chacun sachant ce qu'il lui est permis de faire et ce qui lui est défendu, il est loisible à tous d'ajuster leurs actions de façon à ne pas encourir de sanctions.

Dans ce type de théories de la démocratie qui ont alimenté l'imaginaire de nos sociétés occidentales tout en participant à leur construction institutionnelle, le juge s'est vu assigner une place et une fonction qui lui ont permis de bénéficier de manière indirecte du consentement implicite du citoyen. Sa fonction, c'est d'être celui qui applique cette loi, en quelque sorte la courroie de transmission de la volonté législative. Il profite alors, par voie de transfert, de la sacralité de la loi, pour autant toutefois qu'il tienne sa place, qu'il s'en tienne, autrement dit, à son rôle de tiers impartial.

C'est là que l'indépendance du judiciaire prend tout son sens : l'exigence de garantir l'impartialité du juge entraîne qu'il soit mis à l'abri des interférences des parties, c'est-à-dire qu'il en soit suffisamment indépendant. Un juge ne peut ni dépendre, ni paraître dépendre, de quelque façon que ce soit de l'une des parties au litige sans du même coup perdre sa crédibilité et faire en sorte de miner la confiance du public à l'endroit de l'administration de la justice. Il faut y insister : lorsqu'on affirme, à la suite de Montesquieu et de Beccaria, que la loi souveraine ne peut avoir que des serviteurs muets, l'on doit bien comprendre que le juge est serviteur de la loi, et non du législateur. La nuance est essentielle à une lecture adéquate du concept d'indépendance du judiciaire. Il est vrai que le législateur est l'auteur de la loi et que c'est sa volonté qui se

voit traduite dans cette dernière. Mais la volonté en question s'exprime pour tous et au nom de tous (d'où l'idée de « volonté générale »). Prenant la forme d'une loi, elle vaut universellement, de façon égale pour tous les citoyens de la communauté légale. Or, lorsque l'État ou une de ses composantes est une partie au litige, il intervient dans un cas particulier. Il n'agit plus alors en tant qu'auteur de la loi —comme exprimant la « volonté générale »— mais en tant qu'ayant un intérêt au litige, exprimant plutôt une « opinion particulière »-. C'est pourquoi le juge, dans son rôle de tiers impartial, non assujéti à des pressions de la part de l'État, réaffirme par son action la souveraineté de la loi qui vaut au-delà des volontés singulières et ponctuelles de l'État. Appliquer la loi peut en effet vouloir dire faire autrement que ce qu'aurait souhaité le législateur dans le cas particulier; appliquer la loi de manière impartiale c'est en préserver le caractère général, universel, condition nécessaire de la légitimité et de la souveraineté de la loi.

C'est en ce sens que l'on peut considérer que le juge bénéficie de manière indirecte du consentement implicite du citoyen. Par l'impartialité du juge et par le fait que ses décisions sont liées à un système de normes juridiques voulues par le législateur et valant pour tous, il devient possible de pallier au manque de confiance qui accompagne une procédure de résolution de litiges non directement consentie par les parties.

On voit en même temps toute la fragilité de cette confiance, pourquoi la crise de confiance demeure toujours potentiellement latente. Les conditions mises en place afin, au moins, de pouvoir présupposer cette confiance peuvent parfois ne pas être respectées. Dans une telle éventualité, la suspicion à l'égard du judiciaire se manifeste rapidement. Je pense que ce n'est pas faire office de grand devin d'affirmer qu'à l'heure

actuelle certains phénomènes affectant le judiciaire sont susceptibles de concourir à provoquer une crise de confiance.

## **2. Vers une crise de confiance?**

Trois phénomènes me paraissent en mesure d'alimenter une telle crise. En fait, c'est la conjonction de ces phénomènes qui pourrait entraîner cette conséquence indésirable. Je dis bien « pourrait » car ce n'est évidemment pas une nécessité. À tout le moins, l'ensemble de ces phénomènes risque fort d'entraîner une reconsidération de la fonction de juger. De quels phénomènes s'agit-il? Tout d'abord, la médiatisation de la justice; ensuite la désymbolisation de la loi; et finalement l'expansion du pouvoir des juges. Je les explique rapidement.

Ce n'est pas nouveau que les médias s'intéressent à la justice. Ce qui l'est davantage, toutefois, c'est l'ampleur et les formes prises par le phénomène. L'actualité judiciaire fait dorénavant partie de l'actualité tout court. Il ne se passe guère une semaine sans que les décisions de l'une ou l'autre cour ne fasse l'objet des manchettes ou des éditoriaux de nos journaux. Les actions des magistrats sont fréquemment scrutées à la loupe. Les moindres écarts de conduite ou de langage, ou ce qui est perçu comme étant des écarts, sont rapportés avec empressement, comme s'il y avait là une forme d'exutoire permettant de compenser un peu pour les vexations subies par les justiciables. Non seulement les magistrats sont-ils de plus en plus mis sous surveillance, ce qui n'est pas d'emblée une mauvaise chose dans une démocratie où l'opinion publique doit avoir droit de parole, mais on assiste également par là à une personnalisation de la justice. Tel magistrat est ouvertement encensé pour ses prises de position considérées courageuses et se voit invité à prendre la parole sur de nombreuses tribunes. Tel autre est tout aussi ouvertement critiqué pour ce que certains considèrent un manque de compassion et un rigorisme légal. Même le pouvoir

politique se mêle parfois de s'en prendre à la personne des juges... nous en avons eu un triste exemple l'été dernier. Ce type de personnalisation risque fort de desservir la fonction de juger.

Il serait certes absurde de nier que le magistrat est, comme le rappelait récemment l'Honorable juge LeBel, « homme ou femme d'une époque, formé par sa culture et ses préoccupations »<sup>22</sup> et qu'il doive dès lors non seulement juger mais accepter « d'être lui-même jugé »<sup>23</sup>. Ceci dit, une personnalisation excessive participe à désinstituer l'administration de la justice, comme si la justice était d'abord affaire de conscience personnelle plutôt que de principes et règles prenant place dans une institution ayant ses codes et ses contraintes internes. Un tel glissement de sens n'est guère favorable au maintien du lien de confiance, du moins à la façon dont ce lien a été exposé jusqu'ici. Si la personne du juge devient autant, sinon davantage, importante que le système des normes qu'il doit appliquer, cela ne peut manquer de fragiliser la présupposition d'un consentement implicite du citoyen à l'intervention du judiciaire. À la limite, la confiance se négocierait à la pièce. Autrement dit, si j'ai affaire à tel ou tel juge, je peux faire confiance à la justice, sinon je ne le peux plus!

Cette personnalisation de la justice risque d'autant plus de jouer que l'on assiste en parallèle à un phénomène de *désymbolisation* de la loi. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la sacralisation de la loi a joué un rôle fondamental dans la légitimation des institutions centrales de nos démocraties modernes. Or, certains observateurs soulignent que « [d]'événement symbolique, la loi est devenue un processus, un programme, une technique de régulation »<sup>24</sup>. En effet, le

<sup>22</sup> L. Lebel, «Un essai de conciliation des valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux», *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociale et gouvernementale*, automne 2001, vol.3, #2, p. 57.

<sup>23</sup> *Ibid.*

droit apparaît maintenant davantage comme un instrument de régulation que comme une instance symbolique. Cela tient certainement en partie à la multiplication des lieux de son intervention. En s'étendant peu à peu à toutes les sphères de la vie en société, en se spécialisant et en faisant de plus en plus appel à des expertises techniques, la normativité juridique s'est en même temps progressivement dépouillée de son capital symbolique. Il est attendu du droit qu'il soit un instrument efficace de gestion des conflits et de coordination des activités humaines; c'est autre chose que d'être l'incarnation des valeurs centrales autour desquelles s'organise la collectivité. Au mieux dira-t-on que « [...] la justice se conçoit maintenant au moins autant comme un service public que comme une autorité »<sup>25</sup>.

Instrument de gestion ou service public? Dans l'une et l'autre des hypothèses, il apparaît nettement que les juges perdent eux aussi une part du capital symbolique dont ils bénéficiaient par l'entremise de la loi. Je crois qu'il n'est pas exagéré de dire que le juge devient de plus en plus, dans l'imaginaire collectif, un professionnel parmi tant d'autres; affecté, certes, à des tâches d'une grande importance (mais ne peut-on en dire autant de la plupart des professions?), mais dont la reconnaissance sociale est rattachée davantage à ses compétences techniques qu'au fait d'être le représentant autorisé de la loi souveraine.

Cette perte de capital symbolique s'accompagne néanmoins d'un accroissement notable du recours aux juges. La multiplication des lieux d'exercice de la normativité juridique implique en effet une intensification des attentes projetées sur le juge : toujours plus de conflits à régler, davantage d'impact social pour les actions des juges. On peut alors parler comme troisième phénomène d'importance d'une *expansion du pouvoir des juges*. Cette expansion se constate sur un plan

<sup>24</sup> D. Salas, «La loi dévaluée», *Le Monde des débats*, #27, juillet-août 2001, p. 26.

<sup>25</sup> F. Ost, «De l'obéissance à la collaboration : une nouvelle déontologie des juges? », *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociale et gouvernementale*, automne 2001, vol.3, #2, p. 82..



horizontal : c'est ce qu'indique la multiplication des recours à la justice. Mais elle se constate également sur un plan vertical, affectant cette fois le rapport du juge à la loi. Le contentieux des droits et libertés en représente sûrement la plus parfaite illustration. On reconnaît de plus en plus le caractère partiellement discrétionnaire de la décision judiciaire en matière de droit des chartes. Qui ne voit pas que l'imprécision et le caractère général des concepts centraux par lesquels se formulent les droits et libertés exigent de la part des juges non seulement qu'ils disent le droit mais qu'ils précisent les contours et les contenus de ces normes fondamentales? Par là, toutefois, ils se font nécessairement coauteurs de la loi. Le mythe de la neutralité des juges apparaît de moins en moins tenable, quoiqu'en disent encore certains juges qui préfèrent nier l'intervention d'un élément personnel et subjectif dans l'interprétation.

Certes, il ne faut pas confondre neutralité et impartialité : la première n'est aucunement une condition nécessaire de la seconde. Ne pas avoir de parti pris ne nécessite pas d'éliminer toute part de subjectivité dans le jugement. Mais il faut se rappeler ceci : c'est par l'impartialité du juge et par le fait que ses décisions sont liées à un système de normes juridiques voulues par le législateur et valant pour tous qu'il devient possible de contrôler la crise de confiance potentiellement latente. Or nombreux sont les gens qui ne distinguent pas neutralité et impartialité, et nombreux sont ceux qui voient que cette expansion du pouvoir fait en sorte que les décisions ne sont plus véritablement liées à un système de normes juridiques préexistant à la volonté des juges.

Du coup, le problème de la confiance se repose ou risque de se reposer avec d'autant plus d'acuité que cette expansion du pouvoir des juges s'accompagne d'une perte de capital symbolique pour la figure du juge ainsi que d'une propension à

personnaliser à l'excès l'exercice de la justice. Ces conditions me paraissent faire en sorte de placer le juge dans une situation paradoxale de « fragile puissance » (l'expression est de F. Ost). Puissance, en effet, car l'expansion de son pouvoir est bien réelle. Mais puissance fragile, par ailleurs, car jamais la soumission ou le consentement à ce pouvoir n'a fait l'objet d'aussi peu de garanties que maintenant. Pour le dire autrement : une plus grande autorité de fait pour les juges en même temps que moins d'autorité morale.

\*\*\*\*\*

S'agit-il d'une situation qui ira en s'aggravant? De l'amorce d'une véritable crise de confiance? Je ne crois pas qu'il faille nécessairement tirer ces conclusions. Il est certainement inutile de chercher à assurer à nouveau le lien de confiance sur la seule base des paramètres ayant permis à la Modernité démocratique de légitimer l'institution judiciaire et la fonction des magistrats. La fuite dans un passé révolu servirait mal la cause du pouvoir judiciaire et de son indépendance. Le juge ne sera probablement plus jamais ce qu'il a été. Il convient plutôt de prendre acte sérieusement des transformations qui affectent le droit en général et la fonction de juger en particulier. Il sera possible de cette façon de bien mesurer le chemin parcouru et de commencer à dessiner, pour un futur rapproché, une nouvelle figure du juge compétent, indépendant, au service du même idéal d'équité et de justice et inspirant une confiance bien méritée.

# Hubert Van Gijsegem



## *À propos de l'indépendance judiciaire*

Il est toujours dangereux de s'engager sur un terrain qui n'est pas le sien. Lorsque le juge Doyon m'a proposé de contribuer à cette journée sur l'indépendance judiciaire, j'ai connu un moment de panique. D'abord qu'est-ce que l'indépendance judiciaire, me suis-je demandé ? Je me suis donc tout de suite entouré de documents pertinents sur la question pour que je puisse me laisser imbiber non seulement par la lettre mais aussi par l'esprit de la chose. Initialement, même si j'interviens plus souvent qu'à mon tour à titre d'expert dans le domaine psychojuridique, c'est-à-dire aux confins du système judiciaire, je n'avais aucune idée de mon éventuelle contribution à cette journée.

Toutefois, en me pénétrant des divers documents, j'ai peu à peu saisi et, peut-être compris, les différents paramètres de ce que recouvre l'expression « indépendance judiciaire ». Plus, tout en m'instruisant, un autre principe s'immisçait malgré moi parallèlement à cette sacro-sainte indépendance juridique, un principe tout aussi essentiel, sinon sacré lui aussi et

indispensable au bon développement de l'enfant : je veux parler de la nécessaire distance entre les générations.

Situons d'abord l'origine et la nature de ce principe. Depuis près d'un siècle déjà, le courant psycho-dynamique a mesuré à quel point l'enfant a besoin d'un parent qui pense, affirme, agit et sévit en fonction des consensus sociaux les plus fondamentaux et ce, indépendamment des réactions, des désirs ou des fantasmes de son fils ou de sa fille. Sans quoi l'enfant ne saurait intégrer la loi qui tranche le bien du mal. Le parent doit donc se poser devant l'enfant comme l'adulte qui sait, c'est à dire dépositaire des us, des coutumes et des lois de la société à laquelle il appartient. En d'autres termes, le parent porte au cœur de ses responsabilités parentales celle d'apprendre à l'enfant que, malgré sa quête anarchique de gratifications pulsionnelles, il ne peut ni acheter, ni manipuler, ni contraindre ses éducateurs, lesquels, en retour, ne doivent en aucun cas se montrer complaisants et a fortiori complices des intérêts pulsionnels de l'enfant. Ouvrons une parenthèse : quand je dis « intérêts pulsionnels », je fais bel et bien référence à la théorie darwinienne, reprise par Freud, qui veut que le petit humain soit mû pour ainsi dire sauvagement par les deux pulsions originelles orientées vers la préservation de soi (à savoir l'agressivité) et la préservation de l'espèce (à savoir la sexualité) sous toutes leurs formes. C'est à partir de ces données de base que l'œuvre d'éducation ou l'élan civilisateur entreprend à travers un long et complexe processus de dompter la nature. Il n'est pas sans intérêt de mentionner ici que tous les crimes et tous les délits auxquels un juge doit faire face, surtout dans un contexte pénal, renvoient d'une manière ou d'une autre à ces deux pulsions de base. Car si l'agressivité et la sexualité s'inscrivent dans l'essence même de la nature, elles n'en constituent pas moins la plus grande menace à la civilisation quand leurs expressions destructives n'ont pas fait l'objet d'une interdiction absolue au fur et à mesure de leur apparition. Et,

pour revenir à notre parallèle, ce processus d'apprentissage requiert que le parent éducateur reste résolument indépendant des revendications, des demandes et des tentatives de séduction pulsionnelles de son enfant, à défaut de quoi celui-ci ne saurait interioriser la Loi et devenir à son tour un citoyen adulte.

Certains appellent « interdit œdipien » ce processus qui met la dyade parent-enfant à l'abri de l'inceste.

Quand on parle d'inceste ici, on évoque non seulement la transgression incestueuse elle-même, mais, par étayage, toute tentative de séduction ou de manipulation aussi subtile soit-elle qui brouille les frontières ou la limite entre deux entités qui ne devraient pas être confondues, dans ce cas-ci, entre deux générations. Le maintien absolu de la distance intergénérationnelle est d'autant plus épineux que l'enfant cherche activement à l'abolir pour s'épargner la longue et dure tâche de la croissance psychosociale et pour s'approprier au plus tôt le statut et les prérogatives de l'adulte. En revanche, le maintien d'une saine et constante distance intergénérationnelle aboutit au respect de la loi que représente le parent et à l'établissement chez l'enfant d'une confiance suffisante dans le discernement et la justice parentales.

Au chapitre de l'intégration de la loi, le développement de l'enfant se trouve généralement compromis là où le parent n'a pas su préserver les frontières et les limites qui distancient les générations, là où il a perdu son indépendance, abdiqué ses prérogatives d'adulte, s'est fait complice de l'enfant, bref l'a traité comme un partenaire. L'expression populaire « coucher dans le même lit » s'applique ici non seulement au sens littéral des termes mais à toutes sortes de faillites démagogiques relativement au principe d'indépendance, y compris dans le domaine judiciaire. Car cette condition sine qua non d'une distance intergénérationnelle pour l'acquisition du sens moral au cours de l'enfance me semble éminemment transposable à ce

que j'ai compris de l'indépendance du juge et du système judiciaire tout entier.

Comment en effet le juge peut-il jouer son rôle de représentant de la loi si, toutes proportions gardées, il n'a pas réussi à maintenir une indépendance équivalente à l'indépendance parentale ?

Parallèlement aux enfants, les justiciables portent un litige au regard d'une instance reconnue autoritaire eu égard aux normes sociales en vigueur. Le juge doit se tenir au-dessus de la mêlée. Les personnes impliquées dans le litige doivent voir en lui un tiers qui ne saurait être acheté, ni manipulé, ni séduit, ni intoxiqué par quelque influence au même titre que le parent devant la demande abusive d'un enfant et cela, dans le but de garder non seulement son impartialité mais aussi sa crédibilité. Dans le cas contraire, le juge, pas plus que le parent, ne peut juger, guider, interdire, sanctionner. La distance conditionne sa liberté de manœuvre. Elle en est le préalable.

L'enfant qui d'une manière ou d'une autre « couche dans le même lit que son parent » ne peut se développer normalement parce qu'on le laisse s'octroyer un pouvoir sur l'instance à qui revient la responsabilité de lui apprendre à distinguer le bien du mal, le légitime de l'illégitime. Condamné à stagner dans son illusoire grandeur, cet enfant fait sa propre loi, ignorant les normes ou les frontières morales indispensables à l'équilibre social. Semblablement, le justiciable -qu'il s'agisse d'un citoyen, d'une institution ou d'un gouvernement- ne peut payer tribut à la Loi, s'il couche dans le même lit que son représentant. Celui-ci doit à tout prix se poser devant lui comme une autorité non interchangeable qui jouit d'une parfaite immunité et indépendante de toute tractation pécuniaire.

Changeons maintenant quelque peu de registre. Si la loi est sacrée à titre de consensus sociétal ou en vertu d'une sédimentation de l'histoire des sociétés, aucun être humain

n'est à l'abri néanmoins des influences de sa propre histoire. C'est probablement une des raisons pour lesquelles aucun parent ni d'ailleurs aucun juge ne peut être considéré libre ou indépendant en termes absolus. C'est également en raison de telles influences qu'il existe de moins bons parents et, oui, de moins bons juges. En tout cas, il est au moins une dépendance inévitable, celle qui relève de nos idéologies, elles-mêmes souvent tributaires de notre propre histoire. Dans les documents consultés issus du monde judiciaire, j'ai été malgré tout surpris de ne pas trouver d'allusion à cet aspect alors qu'on l'évoque quelquefois en parlant de la « surdité » de tel ou tel juge. L'influence idéologique, contrairement aux influences évoquées précédemment, n'est pas extérieure : elle n'a rien à voir avec la séduction, la corruption ou quelque manipulation par un autre, ce qui la rend difficile à éviter, sinon à déceler. Même les plus purs d'entre nous s'abritent derrière certaines dimensions idéologiques, qu'elles soient d'ordre religieux, politique ou philosophique, qui échappent très souvent aussi bien à l'empirisme qu'à la conscience elle-même.

Aussi observe-t-on des dérapages d'ordre éducatif chez nombre de parents sous l'effet souvent imperceptible de croyances populaires ou d'idées à la mode dont l'influence peut donner une coloration très particulière à la façon d'être parent. Dans le domaine judiciaire où les juges sont réputés libres et indépendants de toute influence extérieure, n'entend-on pas souvent dire qu'il vaudrait mieux tomber sur tel ou tel juge en raison de ses idées plutôt proches de la gauche ou de la droite, ou en raison de sa hiérarchie des valeurs.

Dans le même ordre d'idées, ne faut-il pas débusquer les pièges que posent les « faux-semblants de réassurance » ? Le juge reste l'une des dernières instances en autorité, et il doit assumer son jugement. C'est à ce titre redoutable que guettent les « faux-semblants » susceptibles d'altérer l'indépendance

judiciaire. Si le juge reste inconsciemment influencé par ses préjugés, son idéologie et ses valeurs, c'est en connaissance de cause qu'il s'appuie aussi quelquefois sur ce qu'on appelle en France les sachant, c'est-à-dire les experts, ce qui, jusqu'à un certain point, se révèle en même temps nécessaire. Le malheur, c'est que le juge soit parfaitement rassuré lorsqu'il s'appuie sur l'expert qui apporte de « bonnes nouvelles » : par exemple, la valeur curative de la psychothérapie ordonnée ou la réhabilitation au bout du pardon, d'une rencontre de médiation réparatrice ou d'une implication communautaire, etc. Autant de « bonnes nouvelles » ajustées à la rectitude politique et à la bonne volonté humaniste, mais qui confondent dangereusement le judiciaire et le curatif.

Le juge doit prendre des décisions. Ces décisions doivent contenir, autant que possible, une solution. De l'expert, il attendra probablement une réponse applicable dans les plus brefs délais et les solutions de celui-ci risquent d'être bienvenues quelle que soit leur validité. Parfois, je ne peux m'empêcher de penser que le juge connaît le caractère illusoire de la solution proposée par l'expert mais qu'il a tout intérêt à y croire, ce qui revient à refiler à l'expert la « responsabilité scientifique » du jugement rendu. En tout cas, il est surprenant que les juges ne questionnent pas davantage la validité scientifique des « opinions » et des propos des experts. Peut-être que, là aussi, ils se fient trop sur d'autres, c'est-à-dire, cette fois, sur les avocats à qui revient la tâche de sonder le sérieux de l'expert. Un juge ne devrait pas davantage abriter sa quiétude sous l'éventuel laxisme des avocats. De fait, il ne devrait pas plus se cacher derrière un avocat qui ne fait pas son travail que derrière un expert qui dit n'importe quoi. Ne pas se cacher, cela aussi fait partie de l'indépendance.

Que dire également du juge séduit par les paradigmes interprétatifs avec lesquels jonglent certains soi-disant experts ?



Contrairement au Canada et tout particulièrement du côté francophone, les juges des cours américaines sont bien saisis des règles Frye et Daubert, entre autres, pour décider de l'admissibilité d'un témoignage d'expert, c'est-à-dire, exiger que les notions auxquelles se réfère celui-ci -y compris dans le champ des sciences humaines- répondent strictement aux normes en vigueur quant à leur validité scientifique, à leur réfutabilité et quant au consensus de la communauté scientifique à leur égard. Dans un tel contexte normatif, les juges ne sauraient boire comme du petit lait les témoignages d'experts fondés sur d'aléatoires interprétations psychanalytiques ou sur de savantes analyses de quelque test projectif comme c'est parfois le cas chez nous.

J'ose dire ici que le juge a tendance à coucher avec le psy et qu'il lui vend quelquefois son âme, sinon son pouvoir, quand il se laisse aller à de fausses réassurances. Peut-être que le juge dort mieux s'il a ordonné une psychothérapie à titre d'alternative à une réelle rétribution. S'il dort mieux au nom d'une illusion, c'est bien pour sa santé mais non pas pour son indépendance. Il s'est tout simplement laissé séduire par un sachant au profit de sa tranquillité.

Le juge doit pouvoir supporter la solitude qu'entraîne sa fonction. Il n'a rien à voir avec le « bleeding heart » du psy. À tout prendre, il vaut encore mieux qu'il puise à son narcissisme le soutien à sa nécessaire solitude, en termes de sentiment de puissance pour assurer à la société la fonction structurante que détient sa mission.



# Pierre A. Michaud



*L'indépendance personnelle :  
le juge face aux institutions*

**Un juge en chef est un « primus inter pares » mais encore...**

C'est avec beaucoup de plaisir que je me retrouve devant vous aujourd'hui. Je n'oublierai jamais l'accueil chaleureux que vous m'aviez réservé il y a 8 ans au lendemain de ma nomination comme juge en chef du Québec.

Même si je n'étais pas votre premier choix pour parler du véritable pouvoir d'un juge en chef, je suis honoré de remplacer le très Honorable Antonio Lamer qui a dû annuler sa participation à cause de circonstances hors de son contrôle.

À la demande des responsables de ce colloque, je traiterai dans l'ordre des quatre sujets suivants :

I. Quel est le rôle du juge en chef dans l'exercice de la fonction judiciaire?

II. Quel est ce rôle dans la gestion de la Cour?

III. L'importance de la consultation des juges puînés.

IV. L'évaluation de la performance des juges.

### **I. Quel est le rôle du juge en chef dans l'exercice de la fonction judiciaire?**

Le juge en chef dans l'exercice de la fonction judiciaire n'a aucune autorité sur les autres juges de sa Cour.

Peu de temps après mon arrivée à la Cour d'appel, mes collègues n'ont pas hésité à infirmer certains jugements que j'avais rendus alors que j'étais à la Cour supérieure. Sans admettre qu'ils avaient raison, je crois que cela illustre bien l'indépendance des juges puînés vis-à-vis de leur juge en chef dans le cadre du processus décisionnel.

Dans l'exercice de la fonction judiciaire, il n'y a pas de relation hiérarchique. Chaque juge est entièrement libre de décider comme il l'entend et tous les juges, y compris le juge en chef, sont égaux à cet égard.

Cela dit, le juge en chef peut intervenir auprès d'un juge afin de le sensibiliser à l'importance de rendre jugement avec diligence.

Le problème des retards à rendre jugement nécessite beaucoup de doigté de la part du juge en chef.

À la Cour d'appel comme à la Cour supérieure, nous avons cherché les moyens de régler le problème.

Parmi les pouvoirs du juge en chef :

1. ne pas autoriser la participation du juge à des colloques alors qu'il a des délibérés en retard;

2. ajuster les affectations de façon à laisser du temps pour régler le problème;
3. distribuer la liste des délibérés en retard à tous les juges.
4. cela devient un problème déontologique si le juge, de façon systématique, a des délibérés considérablement en retard.

Bien sûr, le retard d'un délibéré n'autorise d'aucune façon le juge en chef à intervenir dans la décision proprement dite.

Même si un juge en chef n'a aucun pouvoir disciplinaire, rien ne l'empêche de s'entretenir avec un juge qui a des problèmes et tenter de trouver avec lui une solution efficace.

## **II. Quel est le rôle du juge en chef dans la gestion de la Cour**

Je n'ai jamais douté que le juge en chef avait pleine autorité de la direction de la Cour. Il peut seul décider de l'élaboration des rôles, du nombre de causes assignées à chaque juge, des affectations des juges, de l'identité des représentants de la Cour à certains colloques, de la date et de l'endroit de l'assemblée annuelle.

Il a aussi pleine autorité pour identifier et obtenir du pouvoir exécutif le soutien nécessaire à la réalisation de la mission de la Cour. A mon avis, ces matières relèvent exclusivement du juge en chef. Ma conviction s'appuie sur les textes de loi et la jurisprudence.

## LES TEXTES DE LOI

1. L'article 96 de la Loi sur les tribunaux judiciaires dispose :

« 96. Le juge en chef est chargé de la direction de la Cour. »

Voilà bien un énoncé limpide qui ne saurait prêter place à l'interprétation.

« Il a notamment pour fonctions :

1. de voir au respect, en matière judiciaire, des politiques générales de la Cour;
2. de coordonner, de répartir et de surveiller le travail des juges et de voir à leur formation complémentaire; ceux-ci doivent se soumettre à ses ordres et directives;
3. de veiller au respect de la déontologie judiciaire.

En collaboration avec les juges coordonnateurs, il a également pour fonctions :

1. de voir à la distribution des causes et à la fixation des séances de la Cour;
2. de déterminer les assignations d'un juge appelé à exercer sa compétence dans une matière qui n'est pas du ressort de la chambre à laquelle il est affecté. »<sup>26</sup>

2. Par ailleurs, l'article 9, du Code de déontologie de la magistrature, prévoit :

<sup>26</sup> *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16

« 9. Le juge est soumis aux directives administratives de son juge en chef dans l’accomplissement de son travail. »<sup>27</sup>

3. Enfin, l’article 146 de la Loi sur les tribunaux judiciaires établit la seule exception à la règle générale : les Règles de pratique :

« 146. La majorité des juges d’une chambre de la Cour, soit à une assemblée convoquée à cette fin par le juge en chef, soit par voie de consultation tenue par courrier certifié ou recommandé à la demande de celui-ci, peuvent adopter, pour un ou plusieurs districts judiciaires, les règles de pratique nécessaires à l’exercice de la compétence de leur chambre. »

## LA JURISPRUDENCE

1. Dans l’arrêt *Ruffo*, à la page 267, le juge Gonthier écrit :

« Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu’une vaste part du rôle du juge en chef, en ce qui a trait au maintien d’une justice de qualité, s’est définie au cours des ans par petites touches, à la manière de la règle prétorienne. Nombreux sont ses aspects qui relèvent de la tradition judiciaire, loin de toute transposition en termes législatifs. Aussi l’absence de textes explicites en matière de déontologie, jusqu’à une époque somme toute récente, ne nous autorise-t-elle pas à douter de la continuité qui a marqué l’évolution des responsabilités du juge en chef à cet égard. Dans cette perspective, on ne

<sup>27</sup> Code de déontologie de la magistrature, R.R.Q., c. T-16 r.4.1

saurait prétendre que les pouvoirs de supervision qui lui sont confiés aux termes de l’art. 96 LTJ actuel sont le fruit d’une attribution spontanée de la part du législateur; à mon sens, ils doivent plutôt être perçus comme l’expression d’une réalité conforme à la pratique générale et aux développements graduels de l’histoire. »<sup>28</sup>

2. Dans l’arrêt *Therrien*, à la page 141, le juge Gonthier énonce :

« Cependant, la Cour d’appel a jugé que la fonction de juge ne constituait pas un emploi au sens où l’entend l’art. 18.2 et ce, en raison de l’histoire de la magistrature, la nature, les caractéristiques et les exigences de la fonction. Ces conclusions sont, en effet, le reflet d’une réalité constitutionnelle propre à la fonction judiciaire. Celle-ci exige que le juge ne soit soumis à aucune autorité hiérarchiquement supérieure ou qu’il ne soit lié par aucune relation de subordination qui caractérise traditionnellement la relation employeur-employé, mise à part certains aspects administratifs de sa charge comme la répartition du travail et la fixation des séances de la cour, ainsi que certaines tâches liées à l’application de la déontologie judiciaire, qui relèvent du juge en chef : voir art. 96 L.T.J. et Ruffo, précité, part. 59. »<sup>29</sup>

3. Dans *B.C.G.E.U. c. B.C.*, [1988] 2 R.C.S. 214 , la Cour suprême a confirmé le pouvoir du juge en chef de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique d’émettre proprio

<sup>28</sup> *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.W. 267, 303.

<sup>29</sup> *Therrien* 2001 CSC 34, paragr. 141.



motu une injonction interdisant aux syndiqués d'empêcher l'accès au Palais de justice durant une grève de certains employés du ministère de la Justice.

4. Cet arrêt doit être lu de concert avec l'arrêt de la Cour suprême dans le « Renvoi des juges de la Cour provinciale du Manitoba ».

En effet, dans cet arrêt, la Cour écrit :

« 275. Même si le juge de première instance avait eu raison de conclure que le juge en chef n'avait jamais cessé d'avoir le pouvoir de décider de fermer la Cour provinciale du Manitoba, il y aurait quand même eu violation de l'al. 11d), car le juge en chef aurait outrepassé le pouvoir que lui accorde la Constitution en prenant cette décision. Comme notre Cour l'a déclaré dans Valente, le pouvoir relatif aux séances de la cour relève de l'indépendance administrative de la magistrature. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'indépendance administrative est une caractéristique de l'indépendance de la magistrature qui a généralement une dimension collective ou institutionnelle et qui s'attache à la cour dans son ensemble. Bien que certaines décisions puissent être prises pour le compte des autres juges par le juge en chef, il importe de ne pas oublier que ce dernier est tout au plus « primus inter pares » : Ruffo c. Conseil de la magistrature, [1995] 4 R.C.S., 267, à la p. 304. Le juge en chef ne peut pas prendre seul les décisions administratives importantes ayant une incidence sur l'indépendance administrative. À mon avis, la

<sup>30</sup> [1997] 3 R.C.S. 3, paragr. 275

décision de fermer la Cour provinciale était  
précisément une décision de ce genre. »<sup>30</sup>

Certains voient dans ce passage la reconnaissance du droit des juges puînés de participer à la gestion de la Cour par voie d'une assemblée délibérante. Avec égard, j'interprète plutôt ce passage comme signifiant que le juge en chef ne peut prendre une décision qui porterait atteinte aux conditions minimales de l'indépendance administrative des juges.

La décision de fermer les cours contrevient directement à la garantie constitutionnelle d'accès du public aux cours de justice. Il s'agit d'une décision qu'un juge en chef ne peut prendre. Un juge en chef doit veiller jalousement à la préservation de l'indépendance des tribunaux et une décision qui porterait atteinte à ce principe serait illégale. La décision serait toute aussi illégale si elle était prise par l'ensemble des juges.

Durant les 10 ans où j'ai exercé le rôle de juge en chef, jamais cette autorité de diriger la Cour n'a été remise en question. Je crois que le législateur a eu raison de laisser pleine liberté aux juges puînés de vaquer à l'exercice de la fonction judiciaire et de confier au juge en chef la responsabilité de maximiser l'utilisation des ressources de la Cour et d'obtenir le soutien nécessaire à la réalisation de sa mission.

### **III. L'importance de la consultation des juges puînés.**

Même si le juge en chef dispose d'une vaste autorité en ce qui a trait à la gestion de la Cour, il doit constamment consulter ses juges, échanger avec eux et les informer des objectifs visés et des moyens retenus pour les atteindre. Bref, le pouvoir du juge en chef de diriger la Cour ne fait pas obstacle à une gestion fondée sur la consultation et le consensus.

Il faut en définitive que les juges puînés se sentent dans le coup. Un juge en chef qui n'a pas l'appui de ses juges est voué à un mandat très difficile.

À la Cour supérieure, j'ai fait partie du comité général des juges à titre de juge puîné. En 1992, la composition de ce comité a été modifiée. Il est depuis composé, outre des 3 juges en chef, de 9 juges puînés, dont 2 représentants de la conférence des juges des cours supérieures choisis par le président, de concert avec le juge en chef.

Le comité général conseille les juges en chef mais ne dispose d'aucune autorité décisionnelle. N'empêche qu'il s'agit là d'un véhicule fort efficace pour identifier certains irritants et les corriger, cibler les objectifs à court, moyen et long terme pour mieux servir les justiciables et enfin, pour préciser certains besoins en terme de soutien.

Les juges puînés peuvent, de façon précise et articulée, informer les juges en chef de leurs préoccupations et de leur point de vue.

La consultation en Cour d'appel répond à une dynamique bien différente de celle de la Cour Supérieure ou de la Cour du Québec, étant donné qu'elle ne rassemble qu'une vingtaine de juges. Le juge en chef peut convoquer les juges à une réunion en fin d'après-midi à peu près n'importe quand et cela lui permet de dégager un consensus vis-à-vis de certaines questions.

Généralement, j'étais bien d'accord avec le consensus obtenu, mais à l'occasion, j'ai dû prendre une décision qui allait à l'encontre de l'opinion majoritaire.

À titre d'exemple, c'est un secret de polichinelle qu'à l'origine, une forte proportion des juges de la Cour d'appel étaient réticents à la mise en place d'un service de médiation. J'ai néanmoins pris la décision d'aller de l'avant avec le projet,

tout en donnant l'assurance que je ne demanderais jamais à un juge de faire de la médiation, le tout étant sur une base de volontariat.

#### **IV. L'évaluation de la performance des juges**

La magistrature canadienne en général s'est toujours montrée réticente face à la mise en place d'un système d'évaluation des juges.

Il faut bien sûr au départ que cette évaluation, quelle que soit la forme retenue, demeure confidentielle. Comment évalue-t-on un juge? Les seules données statistiques peuvent être trompeuses. Comment évalue-t-on la qualité de l'écoute et du raisonnement?

En certains milieux, on a fait appel aux avocats pour noter les juges devant lesquels ils ont plaidé.

Un projet pilote a été instauré en Nouvelle-Écosse il y a environ 6 ans. Un groupe d'avocats judicieusement sélectionnés ont été appelés à évaluer la performance des juges, qui, volontairement ont accepté de se soumettre à l'exercice. Un professeur de l'Université de Dalhousie était chargé de diriger le tout.

Une fois les résultats connus, ils étaient communiqués à un juge senior choisi à cette fin. Ce dernier rencontrait chaque juge et leur faisait part des résultats.

Le projet n'a pas eu de suite. Les juges qui en avaient vraiment besoin n'y ont pas participé. Certains juges ont été traumatisés par l'expérience, perdant confiance en leurs moyens. On a jugé qu'il ne valait pas la peine de reprendre l'exercice.

Les avocats sont peu enclins à donner une mauvaise note au juge qui accorde les remises, qui ne dénonce jamais les abus et qui, d'une façon générale, agit de façon à être populaire.

J'ai toujours eu peur du juge qui recherche la popularité. D'ailleurs, le juge en chef Lamer rappelait : « que les juges ne devraient pas rechercher la popularité » et j'ajoute qu'à cet égard, nous avons bien réussi !

Normalement, un juge devrait être heureux de recevoir une rétroaction intelligente sur sa façon d'exercer la fonction judiciaire.

Combien de nouveaux juges m'ont signalé souffrir d'un manque de « feedback ». En appel, quand le cas s'y prêtait, je n'hésitais pas à dire à un juge que son jugement était bien motivé et de belle facture.

A titre de juge en chef, j'ai toujours eu une très bonne idée des performances des juges de ma Cour, mais je n'en avais pas 270 !

Bref, même si je n'ai rien contre une certaine forme d'évaluation de la performance des juges, les problèmes qui résultent de la mise en place d'un mécanisme d'évaluation rendent sa réalisation problématique.

C'est d'abord à l'étape de la nomination qu'il faut faire une évaluation sérieuse des candidats. Par la suite, les juges sont de plus en plus entourés par un système de parrainage, par des cours de formation permanente et surtout par la consultation quotidienne entre eux.

Le juge qui performe de façon inadéquate est assez rapidement identifié et les remèdes pour améliorer son rendement sont nombreux : formation, assignation qui tient compte de la problématique, parrainage.

## CONCLUSION

La séparation des pouvoirs est un concept profondément ancré dans nos mœurs. Tous sont maintenant conscients de

l'importance de laisser au juge la liberté de décider selon son âme et conscience, à l'abri de toute influence extérieure. C'est une grande richesse.

L'anecdote qui suit l'illustre bien :

J'expliquais à une délégation de juges d'un pays de l'Europe de l'Est cette liberté que nous avons. Ils semblaient sceptiques. Je leur ai donné l'exemple d'un personnage politique qui avait appelé un juge pour avoir des renseignements sur une cause.

Lorsque cela a été rendu public le ministre a dû démissionner le soir même.

L'interprète leur explique cela. Ils discutent vigoureusement dans leur langue. Je lui demande ce qu'ils disent et l'interprète me répond :

« Chez eux, c'est le juge qui aurait démissionné ! »

# Yves-Marie Morissette



## *Comment concilier déontologie et indépendance judiciaire?*

Je voudrais en premier lieu vous remercier de votre invitation. Pour un universitaire, une invitation comme celle-ci, surtout si elle est faite longtemps d'avance comme ce fut le cas ici, c'est l'occasion de faire le point sur des questions d'intérêt qu'on souhaite depuis longtemps approfondir sans jamais trouver le temps de le faire. Ayant accepté votre invitation, il fallait que je le fasse.

Le thème sur lequel vous m'avez demandé de réfléchir et d'avancer quelques idées, c'est celui de la déontologie et de l'indépendance judiciaires : la tension qui existe entre déontologie et l'indépendance judiciaires.

Ce thème est relativement neuf. On peut dire qu'il se développe à partir du début des années quatre-vingts. Le *Code de déontologie de la magistrature*, au Québec, date de 1981, les *Principes de déontologie* de la magistrature fédérale datent de 1998; c'est donc quelque chose de relativement récent.

Bien entendu, ce thème est très préoccupant à cause, notamment, de l'augmentation des plaintes contre des juges, augmentation qui a été très forte au cours des années quatre-vingt-dix, mais qui maintenant tend à se stabiliser, à s'infléchir un peu, même. Le fait que ce contentieux soit ponctué d'affaires à très grand retentissement – on en a eu un exemple cet été qui a fait la manchette de tous les grands quotidiens canadiens – signifie aussi que ce thème d'une grande actualité est souvent très médiatisé.

J'ai divisé les remarques que je vais vous livrer en trois parties. Je vais d'abord traiter de quelques aspects généraux de la déontologie judiciaire et, très rapidement, de certains aspects constitutionnels de la chose.

Ensuite, je vais examiner le rapport entre la déontologie, la discipline professionnelle –il faudrait parler ici de « discipline judiciaire », mais l'expression n'est peut-être pas tout à fait appropriée – et la casuistique. Je veux souligner certaines des conséquences pratiques qui découlent du rapport entre ces trois domaines de réflexion.

Enfin, troisièmement, je vais parler brièvement de la déontologie et de l'autonomie du juge, de son libre arbitre dans l'exercice de sa faculté de juger, de la manière dont la déontologie est susceptible de l'atteindre sur ce plan.

Commençons par les aspects généraux, sur lesquels je ne m'étendrai pas car nous disposons de sources excellentes sur cette question, des sources qui de plus ont l'avantage d'être locales. Nous avons, d'une part, un article qu'on peut probablement qualifier de classique parce qu'il est souvent cité par les tribunaux et par les conseils de la magistrature, un article de mon collègue le professeur Patrick Glenn. À l'origine, d'ailleurs, il s'agissait d'une conférence prononcée devant les juges de la Cour du Québec, je pense en 1994.



Nous avons également le rapport fort substantiel et fouillé du Professeur Martin Friedland de l'Université de Toronto, rapport qui a été préparé en 1995 pour le Conseil canadien de la magistrature.

Je tire de ces sources un certain nombre de points et je vais les énumérer en quelques phrases seulement parce que ce n'est pas l'aspect sur lequel je voudrais insister ce matin.

Glenn, d'abord, dont je tire les six points suivants.

Premier point: Plus la magistrature est sollicitée, plus il est difficile de préserver son indépendance. Évidemment, la prémisse implicite ici, c'est que, de fait, elle est de plus en plus sollicitée.

Deuxièmement, en réponse à ce phénomène, on observe un renforcement institutionnel de la magistrature. Le *Renvoi sur la rémunération des juges de l'Île-du-Prince-Édouard* en serait un exemple parmi d'autres: de plus en plus depuis vingt ans, la jurisprudence canadienne constitutionnalise divers aspects de l'indépendance de la magistrature.

La structuration de la déontologie par le droit en est également un exemple, en ce sens que, désormais, ce ne sont plus simplement les parlements ou les pouvoirs exécutifs qui disposent du pouvoir de destituer, lequel d'ailleurs est probablement disproportionné par rapport à son objet véritable. Depuis vingt ans, encore, la déontologie de la magistrature se judiciarise de plus en plus.

Troisièmement, on observe une tendance inverse dans la société, tendance politique celle-là, à l'instrumentalisation des tribunaux et de la magistrature; de plus en plus, des questions d'intérêt général, des questions ou des enjeux dits « de société », pour utiliser une formule consacrée, sont soumis aux juges : par exemple, ces derniers temps, les fusions municipales, mais aussi une foule d'autres questions politiques, au sens de *public*

*policy*. Il va sans dire que les Chartes ne sont pas étrangères à cette évolution.

Quatrièmement, en raison de cette demande accrue d'interventions judiciaires, les effectifs de la magistrature augmentent et, comme résultat, la magistrature est moins homogène, moins collégiale. Tous les juges ne conçoivent plus leur rôle de la même façon.

Cinquièmement, pour répondre à cette évolution, diverses solutions sont possibles. Patrick Glenn parle du modèle anglais et du modèle américain, c'est normalement ce que l'on compare avec le modèle canadien dans ce débat-ci. Ni l'un ni l'autre ne serait adapté aux besoins de la magistrature locale et il a fallu concevoir une solution endogène.

Sixièmement, Glenn insiste sur la nécessité de construire un modèle déontologique adapté à la réalité canadienne et québécoise. Il avance l'idée, féconde, que la déontologie contrôlée par la magistrature elle-même est justement un aspect important de l'indépendance judiciaire.

Voilà pour les principes généraux tels que nous les énonce cet auteur.

Chez Martin Friedland, les choses sont beaucoup plus spécifiques : il s'agit, en effet, d'un rapport détaillé, où sont abordés une foule de sujets concrets, comme les évaluations au rendement, le rôle des juges en chef, la formation continue des juges, l'administration interne des tribunaux judiciaires, etc. Je résumerais en sept points ce qu'il écrit sur la question particulière de la déontologie.

Friedland avance d'abord l'idée que de nos jours, on ne peut plus parler d'indépendance judiciaire au Canada, Québec compris, sans concevoir en même temps une juridiction déontologique. Les deux vont de pair, d'ailleurs la déontologie soutient l'indépendance judiciaire.

Deuxièmement, au premier niveau, cette déontologie, elle doit avoir une dimension collégiale, interne à la magistrature. Je reviendrai sur ce point-là parce que je pense qu'il a des conséquences pratiques importantes.

Troisièmement, la procédure doit se faire par étapes et elle doit commencer, c'est essentiel, par une importante étape de filtrage puisque, dans les faits, jusqu'à 95 % des plaintes déontologiques soumises à des conseils de la magistrature se résolvent à ce stade-là.

Quatrièmement, il est essentiel aussi que la confidentialité du processus soit maintenue, à tout le moins dans les étapes initiales, donc de 80 à 95 % des cas. À l'étape de l'enquête, c'est plus compliqué parce que, bien sûr, la justice se déroulant en public, il est difficile de faire valoir que les enquêtes sur des plaintes contre la magistrature devraient, elles, être entendues à huis clos. On sait que cette étape-là – la publicité des enquêtes – est déjà franchie en droit québécois et en droit canadien.

Cinquièmement, il est souhaitable que des avocats et des membres du public fassent partie, mais minoritairement, des conseils de la magistrature, en raison encore une fois d'une préoccupation de transparence.

Sixièmement, devraient aussi y participer des juges qui ne sont pas investis de fonctions administratives : autrement dit, des juges qui ne sont ni juges en chef, ni juges en chef associés, adjoints ou coordonnateurs.

Et septièmement, il n'est pas opportun de déployer un large éventail de sanctions déontologiques ou disciplinaires comme cela existe par exemple aux États-Unis. Là-bas, cet éventail va de la mise en garde à la destitution, en passant par la réprimande privée ou publique, l'amende, la suspension avec ou sans traitement, et l'imposition d'obligations spécifiques

comme une cure de désintoxication ou un programme de formation.

Friedland ne le dit pas en ces termes-là, mais Glenn le dit, lui : il ne faut pas confondre le juge avec un employé. Un contrat d'emploi, ce n'est pas la même chose que l'office du juge.

Cette description coïncide, je pense, d'assez près avec les régimes déjà en place au Québec et au Canada. Pas sur tous les points, pas dans tous les détails, mais grosso modo, c'est bien là que nous en sommes ici aujourd'hui.

Si l'on compare la situation qui existe actuellement ici avec celle qui existe maintenant en Angleterre ou aux États-Unis, on voit tout de suite que le régime que nous avons créé localement est bien mieux adapté à la réalité de la magistrature québécoise ou canadienne.

La magistrature anglaise est extrêmement monolithique et très homogène à son sommet. Ce qu'on observe surtout dans le cas de la magistrature anglaise, c'est une impunité pratiquement complète au sommet pour les cent soixante et quelques juges qui constituent la magistrature supérieure et, plus l'on descend dans la hiérarchie, en particulier à la base de la pyramide, où il y a environ vingt-quatre mille « Lay Magistrates » qui ne sont pas des juristes de formation dans la plupart des cas, une discipline professionnelle sans cérémonie, je dirais même « à la bonne franquette », sous la houlette du Lord Chancellor's Office. C'est-à-dire qu'à la base, le chef de hiérarchie (le Lord Chancellor) peut destituer presque à volonté, alors qu'au sommet, la procédure de destitution par une résolution des deux chambres du Parlement est si ardue et inhabituelle qu'on n'y a jamais recours.

Ce système est ancré dans la tradition et souffre peut-être d'immobilisme. C'est, si j'ose dire (et dans le sens noble du terme), le « Old Boys Network », du moins à son sommet. Il y

a très, très peu de femmes dans la magistrature supérieure, par exemple, et encore moins de minorités visibles. On n'y parle pas de code de déontologie, ni de conseil de la magistrature, et il n'y a pas véritablement de réflexion sur la déontologie judiciaire. Mais la pression des pairs y est très forte et, lorsqu'un membre de la magistrature supérieure est pris en défaut, ce qui est rarissime, il démissionne *sub rosa*.

En réalité, le problème de la magistrature anglaise aujourd'hui, si tant est qu'il y en ait un, c'est celui de sa faible représentativité. La magistrature supérieure, contrairement à la société, est fortement homogène par sa composition. Cela explique les controverses qui, en ce moment, en Angleterre, portent beaucoup plus sur les nominations à la magistrature que sur la déontologie des juges.

Il ne faudrait pas forcer le trait car ce système a malgré tout du bon. On peut y faire l'économie d'une déontologie judiciaire codifiée et judiciarisée parce que la magistrature supérieure a la réputation d'être irréprochable sur un plan éthique, d'être absolument incorruptible et d'une grande compétence. Mais je pense que, d'ici 10 à 15 ans, il faudra que le système juridique anglais prenne position dans un sens semblable à celui qui a marqué l'évolution au Canada au cours des 20 dernières années. Là plus qu'ailleurs, en effet, la société a évolué plus vite que la magistrature; je doute qu'elle continue longtemps à se satisfaire d'une magistrature supérieure constituée de 160 messieurs de race blanche, qui tous ont entre 50 et 75 ans, qui tous ont fréquenté les mêmes universités et les mêmes Inns of Court, et dont les conceptions éthiques ou déontologiques sont à ce point semblables qu'il paraît inutile d'en débattre sur la place publique.

D'ailleurs, les chefs de hiérarchie dans la magistrature anglaise, l'ancien Lord Chancellor, Lord Hailsham, et le juge en chef actuel, Lord Woolfe, ont eux-mêmes cité à quelques

occasions le système canadien en exemple : il est à tous égards, de leur point de vue, un exemple à suivre.

Aux États-Unis, la situation inverse prévaut. Alors qu'en Angleterre, il n'y a pas suffisamment de contrôle sur la déontologie et qu'il existe une impunité de fait dans la magistrature supérieure (certes, on peut toujours destituer un juge, mais cela ne s'est pas produit depuis 1835), aux États-Unis, la machine disciplinaire, particulièrement pour ce qui concerne la magistrature des états américains, est omniprésente et a la main fort lourde.

Si le système s'apparente assez à la situation canadienne pour la magistrature fédérale des États-Unis, il n'en va pas de même pour celle des états. On voit donc ici, véritablement, un système populiste de démocratie « jacksonienne », avec une discipline très serrée, des codes de déontologie extrêmement détaillés en comparaison des nôtres, et des conseils de la magistrature dont la composition surprendrait beaucoup de Canadiens.

La majorité de leurs membres, et souvent la presque totalité d'entre eux, ne sont pas des juges. Il s'agit donc d'un système qui peut constituer une menace à l'indépendance de la magistrature. D'ailleurs, ce thème revient constamment dans les écrits de doctrine aux États-Unis et il existe une abondante documentation sur cette question.

Il est très clair, donc, que lorsque l'on regarde ailleurs, on redécouvre les raisons qui nous ont amenés ici à faire les choses comme nous les faisons : lorsque l'on se compare, on se console.

Il y a un rapport, et c'est mon deuxième point, entre la déontologie, la discipline professionnelle des juges et la casuistique. Je voudrais en parler quelques instants.

D'abord, sur la nature même de la déontologie, l'arrêt *Ruffo* contient un assez long passage qui, sans vouloir donner un

accent prétentieux à la chose, porte sur l'ontologie de la déontologie, sur la nature essentielle de cette discipline et sur son caractère nécessairement indéterminé. Elle fait inéluctablement appel à des principes généraux dont il est difficile de prévoir d'avance les multiples applications concrètes.

Cette caractéristique de la déontologie engendre un problème sur le plan de la technique juridique. Le niveau d'abstraction des normes nuit à ce que l'on pourrait appeler « les droits de la défense ». Je ne sais pas si l'expression est tout à fait adaptée dans un contexte comme celui-ci, mais je pense bien que vous me comprenez.

Aussi voit-on dire qu'il y a encore, et il y a même depuis longtemps, une assez vive résistance de la part de la magistrature à l'idée de codes de déontologie, de règles déontologiques. On sait combien les *Principes de déontologie judiciaire* pour la magistrature fédérale ont été controversés avant leur adoption. Le Conseil canadien de la magistrature existe depuis près de 35 ans mais les *Principes* n'ont été adoptés qu'en 1998.

J'ai longtemps pensé, pour ma part, que c'était un problème auquel on pouvait répondre en important au Canada des codes de déontologie judiciaire un peu semblables à ceux qui existent aux États-Unis et qui se présentent sous une forme étagée, avec des règles, des principes directeurs et des commentaires détaillés avec des illustrations. J'avais soutenu cette idée à différents endroits au cours des 10 dernières années jusqu'à ce que, lors d'un colloque qui portait sur la déontologie du juge administratif, j'aie une conversation avec Yves Ouellette, mon ancien professeur de droit administratif. Il m'a dit la chose suivante : oui, c'est vrai, le *Code de déontologie de la magistrature* au Québec est extrêmement général dans son libellé, mais les juges ne sont pas, par exemple, des policiers, à

qui l'on doit expliquer avec précision quelles sont les normes acceptables de comportement.

Contrairement au *Code de déontologie* des agents de la Sûreté du Québec, qui est très détaillé et qui informe la personne qu'il vise sur ce qu'elle doit faire dans une quantité de situations précises, un juge, lui, est indépendant de l'autorité, il n'est pas un employé soumis à un lien de subordination, et un code de déontologie doit laisser cours à l'exercice par lui de son libre arbitre.

C'est un point sur lequel mon collègue Glenn rejoint le Professeur Ouellette. Il écrit : « Les codes de déontologie américains précisent ce que le juge doit faire; le code de déontologie de la magistrature du Québec dit ce que le juge est ». Deux conceptions de la déontologie se distinguent ici, l'une qui est en vigueur en droit fédéral canadien comme en droit québécois, et qui est plus respectueuse de l'indépendance du juge, et une autre, qui a largement cours dans les droits étatiques aux États-Unis, et qui fait du juge un délégué non pas de la puissance publique mais du public. Voilà.

La déontologie est une ouverture vers la perfection, dit le juge Gonthier, et cela pose un problème technique sur un plan concret : comment prévoir quelles en sont les applications ? Ici, je me permettrai de faire rapidement quelques remarques théoriques; je vous donnerai ensuite un exemple de ce qui me semble être une solution pratique à ce problème.

J'enseigne depuis déjà quelques années un cours à la Faculté de droit de l'Université Mc Gill sur les grandes traditions juridiques, un cours de deux trimestres portant sur les traditions chthonienne, talmudique, islamique, civiliste, de « common law », védique et asiatique.

Dans les lectures que j'ai dû faire, et qui étaient souvent passionnantes, pour préparer ce cours, j'ai remarqué la chose



suivante : dans les traditions juridiques révélées (en droit canon, par exemple, mais aussi en droit talmudique et en droit islamique, où la normativité juridique est coextensive avec la totalité de la vie humaine, et où le législateur est Dieu) le problème des normes englobantes et indéterminées se pose de façon aiguë. On le résout par divers moyens, mais je voudrais dire deux ou trois mots de la solution qui est adoptée dans la tradition islamique, laquelle me semble être, en passant, une grande tradition. On la critique beaucoup depuis le 11 septembre 2001, mais en réalité, elle est subtile et complexe. Voici quelle est cette solution.

Il existe dans la tradition islamique une gradation, c'est ce qu'on appelle une échelle quintigrade, des obligations et des interdictions, qui se construit de la manière suivante: une chose est soit rigoureusement interdite; soit déconseillée; soit non qualifiée; soit recommandée; soit obligatoire. Le dosage des sanctions juridiques, qui ont également une origine révélée ou sacrée, se fait en fonction de l'intensité des obligations. Cela veut dire que si, par exemple, quelqu'un contrevient un certain nombre de fois à une indication sur la conduite à suivre (ce qui est recommandé ou ce qui est déconseillé), ce sera, en fin de compte, la répétition dans la contravention qui entraînera une conséquence, et non le simple fait d'avoir, une fois ou deux, dévié de la voie que le droit recommande ou déconseille.

Il me semble que la déontologie est du même ordre et qu'elle est également une casuistique. D'ailleurs, je vous réfère à un ouvrage remarquable de Toulmin et Jonson sur ce sujet intitulé : *The abuse of Casuistry — A History of Moral Reasoning*. Une casuistique, cela signifie qu'il faut adapter « in concreto » les directives générales du code. Ce n'est pas facile et il est souhaitable que ce processus soit confié à ceux-là mêmes qui, tenus de se conformer quotidiennement aux obligations

déontologiques qu'ils sont appelés à interpréter, en comprennent la portée « in concreto ».

C'est ce que l'on tente de faire – et me voici maintenant dans les conséquences pratiques de cette projection théorique – au niveau de la magistrature fédérale. Il existe en effet un comité consultatif sur la déontologie judiciaire dont on avait annoncé la création dans les *Principes de déontologie judiciaire*, et qui maintenant fonctionne depuis quelques années. Je me suis renseigné auprès du président de ce comité.

Ce comité consultatif est indépendant du Conseil de la magistrature. Ses membres sont nommés selon une procédure qui assure leur représentativité. Ils sont 10. Sur demande, et en tant que comité, ils donnent des avis au sujet de problèmes déontologiques réels vécus par leurs collègues de la magistrature.

À titre d'exemple, mentionnons les cas suivants : Est-ce que l'accumulation d'aéropoints par un juge a des conséquences déontologiques? Que doit faire un juge dont un ami intime et de longue date est tout à coup visé par une accusation criminelle sérieuse? Un juge peut-il conserver un intérêt indivis dans un immeuble qui appartient à un cabinet d'avocats? Un juge peut-il témoigner dans une affaire qui est devant les tribunaux et, si oui, à quelles conditions? Est-il préférable qu'il attende qu'on l'ait assigné ou peut-il y aller de son propre chef? Etc.

Ce sont des problèmes véritablement de déontologie, sur lesquels le comité se prononce par voie d'avis consultatif, déclaratoire, si vous voulez, et dont la finalité est d'éviter des écueils. Il me semble que c'est une solution intéressante à l'une des difficultés que je cherchais à décrire il y a un instant. Certes, il se pose un problème quant au statut de ces avis : quelle valeur auraient-ils si l'objet de la consultation devenait par la suite matière pour une plainte au Conseil de la magistrature? Mais il me semble qu'aucun conseil de la

magistrature ne traiterait à la légère un avis unanime d'un comité comme celui-là.

Les limites de cette solution sont tout de suite apparentes. D'abord, elle est de nature déclaratoire; or, si l'on regarde les grandes affaires de déontologie ou de discipline judiciaire des dernières années (par exemple, l'affaire *Moreau-Bérubé*, qui s'est rendue jusqu'en Cour suprême), il est clair que dans ce type de cas, l'idée d'un avis préalable est inapplicable. Il s'agit d'un incident d'audience, imprévu et imprévisible de par sa nature même – un juge dans la situation de Mme Moreau-Bérubé qui aurait pensé à consulter sur l'opportunité des remarques qu'elle s'apprêtait à faire ... n'aurait pas songé à s'exprimer de cette façon dans l'exercice de sa fonction. De même, dans un cas comme l'affaire *Flahiff*, la consultation est impensable.

Il y a aussi des cas où le juge, par conviction, va se comporter d'une manière qui exclut la possibilité d'une consultation préalable, puisqu'il est personnellement persuadé que sa conduite est légitime. Peut-être y avait-il d'ailleurs de cela dans le cas *Moreau-Bérubé*.

Il faut donc un complément de solution. Et je dirais que le complément de solution, si l'on devait faire une suggestion de *lege ferenda*, pourrait être d'habiliter les conseils de la magistrature à fournir des avis directifs, quoique ex post facto, mais être revêtu d'une sanction envers l'intéressé.

Friedland l'avait lui-même suggéré, l'avertissement au juge sans conséquence disciplinaire et qui n'a pas valeur de réprimande. Cette possibilité existe en droit ontarien. Il me semble que dans certaines décisions de comités d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec, on sent, en particulier lorsque l'on invoque – on ne le fait plus très souvent, mais on l'a fait pendant quelques années – la doctrine « de minimis », on

sent dis-je une carence dans le dispositif qui pourrait être comblée par ce moyen.

D'autre part, je signale également que, dans la réglementation fédérale, les règles du Conseil canadien de la magistrature viennent d'être modifiées pour permettre quelque chose qui est de la nature d'un avertissement. On appelle cela une « expression of concern », livrer ses préoccupations à l'intéressé; c'est en deçà de la réprimande et cela permet, je pense, de préciser la portée de la règle déontologique sans pour autant porter atteinte au juge dans sa capacité de remplir sa fonction.

Il y a donc une dimension inexorablement casuistique à la déontologie, et je crois que la façon de résoudre ce problème est de procéder comme je viens de le dire.

On doit pouvoir s'attendre d'un juge qu'il se montre sensible à l'avis de ses pairs. Ce n'est pas faire une entorse à l'indépendance de la magistrature que de fixer cette exigence parce que, après tout, l'indépendance de la magistrature, c'est l'indépendance du corps constitué qu'est la magistrature et non pas l'indépendance du juge en tant qu'individu.

On s'attend du juge à ce qu'il soit impartial et l'indépendance de la magistrature est une condition de réalisation de son impartialité. Aussi selon moi dénature-t-on ce principe lorsqu'on l'invoque pour justifier l'attitude farouchement intraitable d'un juge convaincu d'avoir raison envers et contre tous; cette forme d'individualisme opiniâtre nuit au corps lui-même.

Enfin, troisième point, dont je vais traiter rapidement: La déontologie et l'autonomie ou le libre arbitre du juge.

Malheureusement, il se trouve encore des situations, qui sont du domaine public, où l'on voit des comportements de la part de juges qui, incontestablement, ternissent l'image de la justice.

Je fais ici allusion, par exemple, à la décision assez récente de la Cour suprême du Canada, l'affaire *Mackin*, décidée en 2002, où le juge Binnie décrit dans un jugement dissident auquel souscrit le juge Lebel un comportement qui s'échelonna sur une assez longue période et qui, il me semble, s'il avait été connu du public, aurait très certainement terni la réputation de la magistrature. Il faut que les conseils de la magistrature continuent d'exercer le contrôle que l'on sait, et que parfois ils sévissent vigoureusement, mais comme le dit le Professeur Glenn dans un passage que je cite:

« Nous avons toujours dit qu'il vaut mieux tolérer certaines faiblesses individuelles au sein d'une institution judiciaire indépendante, plutôt que d'affaiblir l'institution par la recherche de faiblesses individuelles. »

Bref, tout est question de dosage.

Lorsque l'on regarde le corpus litigieux devant les conseils de la magistrature, aussi bien au Québec qu'ailleurs, on constate que le Canada, Québec compris, se distingue assez nettement de l'Angleterre, et des États-Unis au niveau étatique.

On voit d'abord que, oui, dans certains cas, il y a des plaintes abusives ou manipulatrices contre des juges. Il y en a eu quelques-unes devant le Conseil de la magistrature du Québec, plaintes qui se sont rendues jusqu'au stade de l'enquête et où un comité d'enquête, avec raison, dénonce le caractère querulent ou manipulateur d'une plainte.

Si l'on fait une analyse quantitative du corpus litigieux, une réalité s'impose immédiatement. Cette analyse est relativement facile à faire pour ce qui concerne la magistrature québécoise parce que le Conseil de la magistrature du Québec publie annuellement des rapports très détaillés avec d'amples statistiques, ventilées dans plusieurs catégories. On voit que de 1980 à 2001, il y a eu 933 plaintes (ce sont des chiffres qui vous

sont probablement connus). De ces 933 plaintes, il y a eu 72 enquêtes, c'est-à-dire dans 7,8% des cas, et dans 30 de ces cas, c'est-à-dire un très faible pourcentage, il y a eu des réprimandes, dont certaines survenaient d'ailleurs autour de plusieurs plaintes visant le même incident.

On ne peut pas conclure de ces chiffres, il me semble, que nous sommes en présence d'une réalité alarmante, surtout si l'on met ces chiffres en rapport avec l'ensemble du phénomène contentieux dans la société.

Si, par exemple, on établissait une corrélation entre le nombre de journées siégées ou le nombre d'heures de contact entre la magistrature et les justiciables, d'une part, et, d'autre part, les plaintes devant le Conseil, on s'apercevrait que ce phénomène de plaintes disciplinaires est véritablement minime par rapport à ce qui existe, par exemple, dans la plupart des états américains.

Une analyse qualitative révèle que la plupart des plaintes se regroupent en cinq catégories: les problèmes de santé, les retards à rendre jugement, les comportements extra-judiciaires, l'apparence de partialité, le manquement au devoir de réserve et les incidents d'audience. Mais celles qui dominent dans ces 64 affaires surviennent à la suite de ce que j'appelle des incidents d'audience, c'est-à-dire un juge qui perd patience, un juge qui emploie un langage qui lui est par la suite reproché. Ces plaintes prédominent et je ne pense pas que, lorsque l'on prend connaissance de ces dossiers d'enquête, assez souvent soldés par des réprimandes, on peut soutenir que le système est une menace pour l'indépendance de la magistrature. Au contraire, il me semble être empreint de modération de A à Z.

Néanmoins, il faut reconnaître, et je voudrais conclure sur ce point, que les conseils de la magistrature ont aussi pour rôle de soutenir la magistrature : il leur appartient de rappeler, de dire avec force lorsque les circonstances le justifient, que

l'autonomie décisionnelle du juge est elle aussi une valeur importante, implicite dans l'idée d'indépendance de la magistrature. Il ne faut pas qu'une partie ou un avocat détourne la déontologie de sa fin légitime pour inquiéter le juge et attaquer indirectement une décision ou une procédure qui le désavantage.

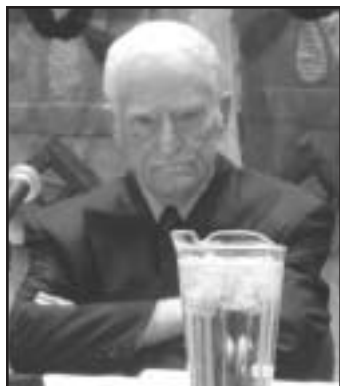
Cela se produit à l'occasion. J'en donne comme exemple récent une plainte portée devant le Conseil canadien de la magistrature contre le juge MacPherson de la Cour d'appel de l'Ontario. Je n'irais pas jusqu'à dire qu'on l'avait directement accusé de racisme, car cette affaire reposait plutôt sur des insinuations, mais on lui a reproché par cette plainte d'avoir tenu en salle d'audience, et dans le cadre de questions posées à une avocate, des propos qui pouvaient dénoter de sa part des préjugés racistes. L'incident s'est produit au cours des débats dans l'affaire *Mack*. La Cour entendait un recours collectif que des Canadiens d'ascendance chinoise avaient intenté afin d'obtenir du gouvernement fédéral un dédommagement pour la capitation (ou le « head tax ») imposée au début du XX<sup>e</sup> siècle à leurs parents ou grands-parents. Cette insinuation de racisme, ai-je besoin de le dire, est extrêmement grave dans une société comme la nôtre aujourd'hui. Dans une décision qui fut rapidement rendue publique sous forme d'échange épistolaire avec les plaignants, le Conseil, par l'entremise de la vice-présidente du comité de déontologie, rejette la plainte au stade du filtrage. Il y démontre en termes fermes son absence de fondement et pourquoi elle était inconsiderée dans les circonstances. De telles décisions sont nécessaires pour soutenir l'autonomie décisionnelle du juge et un conseil ne devrait jamais hésiter à se porter à la défense d'un juge accusé inconsiderément d'inconduite par un justiciable mécontent. Il suffit parfois de classer ces plaintes sans leur donner de suite, au stade de l'examen initial, mais lorsque l'accusation d'inconduite est déjà du domaine public, il peut être préférable

de prendre le temps d'en disposer au fond, pour faire ressortir dans une décision pleinement motivée le caractère abusif de la plainte. Il en va là aussi de l'indépendance de la magistrature.

En somme, nous avons parcouru une distance considérable depuis 1980. Il y a maintenant beaucoup de décisions des conseils de la magistrature et plusieurs rapports détaillés sur les relations entre la magistrature et le public. Les règles se raffinent, deviennent mieux calibrées. Le Conseil canadien de la magistrature, par exemple, vient d'adopter de nouvelles règles de procédure qui permettront, je pense, d'éviter le genre de problème qui s'est produit cet été dans le dossier Boilard. Ce dossier est toujours en cours. Si vous me réinvitez dans un an ou deux, je pourrai peut-être vous livrer mes observations à ce sujet.



# Claude Ryan



## *Le pouvoir judiciaire face aux pouvoirs exécutif et législatif*

J'ai accepté avec plaisir l'invitation qui m'a été faite de prendre la parole dans le cadre de ce Colloque, et ce en raison de la haute estime dans laquelle je tiens la fonction judiciaire. Sous quelque forme et à quelque niveau qu'elle s'exerce, la fonction judiciaire est un rouage essentiel de toute société civilisée. Sont tout essentiels l'indépendance de ce pouvoir face au pouvoir politique, le respect dont il doit être entouré, et la compétence et l'intégrité avec lesquelles il doit être exercé. En acceptant votre invitation, je voulais d'abord vous dire mon attachement à ces principes.

Je me suis vite rendu compte, cependant, que j'avais relativement peu de choses vraiment originales à vous communiquer concernant le thème dont j'ai été invité à vous entretenir, soit les rapports du pouvoir judiciaire avec les deux autres pouvoirs qui forment l'armature de notre société, soit les pouvoirs exécutif et législatif. La raison en est bien simple. Les responsables de ce Colloque s'attendaient sans doute, quand ils m'ont invité à y participer, à ce que j'aborde ce sujet à partir de

mon expérience à titre de participant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif à Québec pendant de nombreuses années. Or, cette expérience a été, tout compte fait, assez réduite, et la raison en est fort simple. Pendant les neuf années où je fis partie du gouvernement, les questions touchant la magistrature figurèrent rarement à l'ordre du jour des réunions du cabinet et des comités ministériels. Quand elles y étaient inscrites, elles soulevaient généralement peu de discussion. Les ministres n'étaient guère intéressés à débattre de ces sujets. Je n'ai jamais pu déterminer si c'était par déférence ou par indifférence. Toujours est-il que l'on passait rapidement sur ces sujets. Quand ils venaient sur le tapis, surtout à propos de nominations, c'était généralement à l'initiative du ministre de la Justice. Sauf pour regretter parfois le peu de cas qui avait été fait de leurs suggestions, les ministres se contentaient plus souvent qu'autrement d'entériner les recommandations du ministre responsable, en étant conscients qu'elles avaient au préalable été visées par le Premier ministre.

Quant aux rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, ils étaient à toutes fins utiles inexistantes. J'ai l'impression que la situation n'a guère changé. Ayant consulté avant de rédiger ces notes le compte-rendu des travaux en commission parlementaire qui entourèrent l'adoption des crédits du ministère de la Justice pour la présente année, j'ai en effet constaté que la fonction judiciaire y avait été passée complètement sous silence. Les choses se passaient de la même manière quand je faisais partie de l'Assemblée nationale. On y parlait peu de la magistrature. Sauf quand il y avait apparence de scandale ou qu'il était question de confier un mandat spécial à un magistrat, le traitement des questions touchant la magistrature était entièrement laissé à la discrétion du pouvoir exécutif.

Mon expérience directe des rapports entre les trois pouvoirs fut ainsi plutôt limitée. Il y a néanmoins de nombreuses années que j'observe le rôle du pouvoir judiciaire dans notre société. J'espère être en mesure, sur cette double base, de vous soumettre quelques réflexions utiles.

Le respect réciproque que se doivent le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire ne sera jamais trop élevé. Il en va de même de la distance qui doit être maintenue entre les deux.

J'ai fait partie d'un gouvernement qui sut, je pense, respecter l'indépendance et l'autorité des juges. J'aurais souhaité que nous soyons plus ouverts et surtout plus agissants quand était soulevée la question épineuse de la rémunération des magistrats. Hormis ce sujet délicat à propos duquel notre lenteur à agir fut causée en partie par un contexte budgétaire très difficile et en partie peut-être par une certaine insensibilité de notre part, nous avons un respect réel pour l'institution judiciaire dans la mesure où ses décisions pouvaient affecter la liberté d'action du pouvoir exécutif.

En qualité de ministre, je fus impliqué dans plusieurs dossiers dont furent saisis les tribunaux. Dans les ministères dont j'eus la charge, les conseillers juridiques qui m'entouraient étaient des gens compétents, voués au service de l'État et respectueux de la magistrature. Ils savaient qu'ils devaient se comporter avec diligence et courtoisie devant les tribunaux. Ceux-ci traitaient en général le gouvernement de la même manière. Certaines décisions judiciaires donnèrent lieu à des réactions d'étonnement, voire de désappointement de notre part. Plutôt que de nous en prendre aux auteurs de ces décisions, nous préférons exercer au besoin les recours en appel que nous accordait la loi. Je ne me souviens d'aucune affaire à propos de laquelle une affaire au niveau judiciaire aurait donné lieu à des accusations d'influence indue ou de pressions inadmissibles de la part du gouvernement. Je ne me souviens pas davantage de la

moindre histoire où la qualité des rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif aurait été sérieusement compromise par des comportements indignes du pouvoir judiciaire. Très rares furent enfin les cas où le gouvernement fut saisi d'histoires mettant en cause l'intégrité de membres de la magistrature.

On peut ainsi affirmer, pour s'en réjouir, que l'indépendance et l'intégrité de la magistrature sont désormais inscrites dans nos mœurs et que les juges peuvent exercer leurs fonctions librement, suivant leurs consciences, sans avoir à craindre les pressions de l'extérieur ou les sanctions du pouvoir exécutif. Il serait cependant inexact de soutenir que la magistrature doit échapper totalement à l'action du pouvoir exécutif. Celle-ci s'exerce de trois façons principales, soit par les nominations, la détermination des conditions de travail et le pouvoir de destitution.

Les nominations sont faites sous le régime actuel par le pouvoir exécutif. La loi prévoit cependant que le gouvernement peut déterminer par règlement la procédure suivant laquelle seront retenus les noms des personnes aptes à accéder à la magistrature. Le règlement actuel permet d'effectuer un tamisage auquel participent des représentants de la magistrature, du Barreau et du public. Comme le nombre de candidats jugés aptes dépasse généralement le nombre de postes à combler, cette procédure laisse au gouvernement en place une marge de latitude dont il use pour nommer plus souvent qu'autrement des candidats dont les opinions politiques se rapprochent des siennes. Si le même parti devait rester au pouvoir pendant vingt ans, il en résulterait à la longue des effets négatifs. Vu qu'aucun gouvernement n'a duré plus de deux mandats depuis 1960, les écarts d'un gouvernement ont généralement été compensés par ceux de l'autre. Quoi qu'il en soit, il faut que les juges soient nommés par quelqu'un. Pourvu

qu'existent des mécanismes de vérification crédibles concernant la compétence et l'intégrité des personnes sujettes à nomination, je suis d'avis que les nominations doivent relever du pouvoir exécutif. Concernant le tamisage préalable des candidatures, je préfère notre manière de faire à celle suivant laquelle les nominations judiciaires devraient être assujetties à l'approbation du pouvoir législatif. Notre méthode se prête moins à la partisanerie et à la démagogie. Elle donne par ailleurs de bons résultats.

Au sujet de la rémunération des juges, il est normal que le dernier mot relève du pouvoir exécutif. Il est non moins logique qu'en période de restriction budgétaire, les magistrats soient appelés à porter leur juste part du fardeau que doit supporter la population. Ces réserves étant faites, il est hautement souhaitable qu'il soit procédé à des ajustements périodiques dans la rémunération des juges et que le gouvernement recueille avant d'agir des avis émanant de sources compétentes et impartiales. Le gouvernement devrait aussi, me semble-t-il porter une meilleure attention aux conditions matérielles dans lesquelles les magistrats sont appelés à exercer leurs fonctions.

Concernant les procédures de sanction et de destitution, la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Therrien* a dissipé, me semble-t-il, les malentendus qui pouvaient exister quant au rôle conféré par le législateur au ministre de la Justice, au Conseil de la magistrature et à la Cour d'appel. Le rôle de chacun de ces intervenants me semble défini d'une manière qui permet de bien servir les intérêts de la justice tout en assurant le respect des droits des magistrats.

Par-delà les questions relatives au statut et aux conditions de travail des juges, il convient de s'interroger sur d'autres formes de rapports qui devraient s'établir entre le pouvoir judiciaire et les deux autres pouvoirs.

En premier lieu, des rapports réguliers doivent exister entre le juge en chef et le ministre de la Justice autour de diverses questions d'ordre administratif touchant la bonne marche de la justice. De tels rapports m'apparaissent normaux et désirables. Il pourrait être utile, cependant, que viennent s'ajouter à ces rapports d'autres formes de rapports pouvant impliquer plus d'un ministre. À titre d'exemple, il existe des liens indéniables entre l'orientation générale des sentences, les politiques en matière de libérations conditionnelles et les politiques gouvernementales en matière de détention et de réinsertion sociale. Autour de sujets comme ceux-la, des rencontres d'échanges d'informations auxquelles participeraient le ministre de la Justice, le ministre de la Sécurité publique, voire aussi le ministre de l'Éducation et le ministre de la Santé et des Services sociaux pourraient s'avérer très utiles.

En second lieu, il appartient au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif de définir, dans les limites de leurs compétences respectives, jusqu'où doit aller le rayon d'action des tribunaux judiciaires et de juger s'il y a lieu d'instituer des instances administratives pour le traitement de dossiers qui requièrent une approche plus spécialisée et plus expéditive. La justice des tribunaux est en soi la plus sûre sous l'angle de l'indépendance des magistrats et de la protection des droits des justiciables. Mais elle doit observer des règles élaborées de procédure et de preuve. Elle est en conséquence de plus en plus coûteuse et difficile d'accès pour le contribuable ordinaire. Souvent aussi, elle est mal équipée pour faire face à des dossiers requérant une expertise spécialisée. Il appartient aux pouvoirs exécutif et législatif de juger si des formes plus expéditives de justice peuvent mieux servir la population dans divers domaines. Une interprétation trop littérale des chartes de droits par les tribunaux peut être de nature à rendre la justice moins accessible. Il faut éviter dans ces matières l'excès de judiciarisation, le mieux étant parfois l'ennemi du bien.

En troisième lieu, les juges doivent demeurer disponibles pour des mandats que peut vouloir leur confier le gouvernement dans des dossiers où leur expertise et leur impartialité peuvent être très utiles pour le règlement de situations difficiles. Les commissions d'enquête dirigées par des juges sont moins nombreuses qu'autrefois pour la bonne raison que certaines commissions en étaient venues à durer trop longtemps et à coûter trop cher. Il existe désormais des manières plus efficaces et moins coûteuses de disposer de situations pour lesquelles on recourait naguère à des commissions d'enquête. Cette réserve étant faite, la possibilité de recourir à un juge pour une mission délicate d'enquête, de conciliation, de médiation, d'arbitrage, voire de tutelle, doit toujours demeurer ouverte pour le pouvoir exécutif. De telles nominations contribuent aussi à rehausser l'autorité de la magistrature dans l'esprit de la population.

En quatrième lieu, il faut viser à établir des rapports davantage institutionnalisés entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Ainsi que je l'ai mentionné plus tôt, je me suis rendu compte, en préparant cette communication, que les rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif sont pratiquement inexistantes. C'est là une lacune sérieuse à laquelle il importe de remédier. Dans son travail courant, le pouvoir législatif reçoit son impulsion principale du pouvoir exécutif. Pour que la société soit dirigée efficacement, celui-ci doit en effet exercer un leadership fort en ce qui touche la planification et le déroulement des travaux parlementaires. Même si elle doit accepter ce leadership du gouvernement, l'assemblée des élus du peuple est cependant loin de n'avoir qu'un pouvoir nominal sous notre système de gouvernement. Le pouvoir des députés s'exerce de manière plus visible par l'intermédiaire des députés de l'Opposition, dont c'est le rôle de s'objecter aux politiques du gouvernement. Mais il s'exerce aussi, quoique de manière plus discrète mais souvent de manière plus efficace, à l'intérieur de la députation gouvernementale, par l'intermédiaire des

réunions de caucus et de l'accès plus facile dont jouissent les députés ministériels auprès des ministres. Les personnes qui sont passées par là savent d'expérience qu'un chef de gouvernement ou de parti doit conserver l'appui de ses députés pour se maintenir en selle. Par le pouvoir réel dont ils disposent sur la vie du gouvernement et sur l'autorité de leur chef, les élus sont en mesure d'exercer une influence non-négligeable sur leurs décisions. Les parlementaires sont en dernière analyse les véritables détenteurs du mandat reçu de la population. À condition d'être bien informés, ils peuvent exercer une influence bienfaisante sur les décisions du pouvoir exécutif concernant les conditions dans lesquelles doit s'exercer la fonction judiciaire.

Il serait souhaitable en conséquence que des rapports réguliers s'établissent entre les députés et la magistrature. À l'occasion de l'étude annuelle des crédits du ministère de la Justice, le juge en chef et ses adjoints pourraient être invités à rencontrer la commission parlementaire des Institutions afin de rendre compte des conditions dans lesquelles s'exerce le travail des juges et d'expliquer les besoins qui existent à cet égard. Des rencontres périodiques pourraient aussi avoir lieu entre la même commission parlementaire et des représentants du Conseil de la magistrature et de la Conférence des juges. En un temps où l'on juge nécessaire de revaloriser la fonction parlementaire, il m'apparaît hautement désirable que des rapports s'établissent entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif.

Une attitude de réserve s'impose toujours à mon avis concernant le rôle du magistrat dans la cité. En raison des garanties d'indépendance et d'impartialité qu'exige la nature arbitrale de son rôle, le magistrat doit éviter toute familiarité avec les milieux qui ont un intérêt direct ou indirect dans les affaires dont il peut être appelé à traiter. Il doit éviter de s'impliquer dans des débats publics pouvant avoir des liens avec



la politique partisane. Il doit aussi éviter de s'impliquer dans des activités lucratives et dans des activités rémunérées autres que celles qui sont reliées à son mandat. Je doute même pour ma part qu'il soit souhaitable, comme cela se produit assez souvent, qu'un juge fasse partie du conseil d'administration d'un établissement de santé ou d'éducation ou encore d'une œuvre à but caritatif ou social qui tire une partie significative de ses revenus de subventions gouvernementales et qui doit en conséquence entretenir des rapports constants avec le pouvoir exécutif.

Je suis de même enclin à considérer qu'une grande discrétion s'impose au magistrat en matière d'interventions publiques autres que celles qu'il est appelé à faire du haut du banc. Il incombe au juge en chef et à ses adjoints, de même qu'aux porte-parole autorisés du Conseil de la magistrature et de la Conférence des juges, de faire les interventions publiques qu'ils jugent nécessaires afin que la population soit bien informée du travail accompli par les juges. Il peut aussi arriver qu'un magistrat possède une expertise ou une autorité telle sur un sujet donné que sa participation à des activités extérieures traitant de ce sujet soit jugée nécessaire ou fortement souhaitée. C'est le cas, par exemple, du magistrat que la loi autorise, moyennant l'autorisation de ses supérieurs, à donner un enseignement rémunéré ou encore de celui qui se livre à la rédaction d'ouvrages ou d'articles spécialisés ou qui participe à des réunions de spécialistes dans son domaine de compétence. En dehors de ces cas, le juge devrait, sauf circonstances exceptionnelles, s'en tenir à bien user de la tribune prestigieuse que lui confère sa fonction et laisser à d'autres le soin de mener les débats sur la place publique.

Je voudrais en terminant souligner l'importance du travail qu'accomplit la Cour du Québec. Cette Cour n'est pas la plus importante quant à l'ampleur des matières dont elle peut être

saisie. Ses jugements sont en outre sujets à révision par des tribunaux investis d'une autorité plus étendue. Elle est néanmoins pour le justiciable québécois la principale porte d'accès au système judiciaire. Non seulement est-elle le tribunal qui est saisi annuellement du plus grand nombre d'affaires, et cela par une grande marge, mais ses décisions sont finales dans la grande majorité des cas dont elle traite. Elle mérite en conséquence que les personnes qui sont appelées à y œuvrer s'acquittent de leur mandat avec le maximum de compétence, d'application et d'intégrité et jouissent de la considération et de la collaboration des pouvoirs exécutif et législatif.

Il serait souhaitable à mon sens que, sauf pour la Cour suprême, les nominations judiciaires relèvent toutes du gouvernement du Québec. Il en découlerait une meilleure unité pour notre système judiciaire et des perspectives de cheminement professionnel enrichies pour les personnes qui entrent dans la carrière par la voie d'une nomination à la Cour du Québec. Les plus anciens se souviendront probablement qu'une recommandation en ce sens avait été inscrite dans le Livre beige sur le renouvellement de la Constitution canadienne publié en 1980 par une Commission du Parti libéral du Québec que présidait M<sup>e</sup> Reynold Langlois et dont faisait partie entre autres M<sup>e</sup> Louis LeBel, aujourd'hui membre de la Cour suprême. La Commission recommandait dans son rapport que le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire soit inscrit dans une Constitution canadienne renouvelée mais elle constatait aussi que la séparation des compétences en matière de nominations à la magistrature avait « créé des problèmes importants aux chapitres de l'établissement des tribunaux administratifs, de la juridiction des cours inférieures instituées par les provinces et de l'aménagement du contrôle judiciaire sur les actes de l'administration et des tribunaux inférieurs ». Elle recommandait en conséquence que la Constitution « attribue

aux provinces le pouvoir et l'obligation d'organiser les cours de justice et de nommer les juges des cours supérieures de juridiction générale ». Le temps n'était pas mûr à l'époque et ne semble pas l'être davantage aujourd'hui pour l'adoption d'un tel changement. L'idée était néanmoins fort intéressante. Sous l'angle de la cohérence et de l'unité, elle le demeure toujours à mes yeux.



# Michele de Salvia



## *L'indépendance judiciaire et la mondialisation de la justice*

Assurément, le thème qu'il m'incombe de traiter aujourd'hui dans le cadre du colloque du Conseil de la magistrature du Québec s'inscrit bien dans l'air du temps. Il reflète le lent, mais inévitable, cheminement vers une justice qui puisse être partagée par tous au nom de la solidarité entre les différentes communautés de notre planète, au moment même où celle-ci rétrécit à vue d'œil, grâce aux progrès des sciences, et se recompose au moyen d'une coopération nécessaire dans tous les domaines, y compris dans celui du droit. Il n'est que de penser au maillage juridique résultant d'instruments internationaux qui couvrent tous les aspects du droit : civil, pénal, commercial, administratif voir même constitutionnel.

Si la recherche d'une justice bonne et équitable (*ars boni et aequi*) constitue bien l'idéal à atteindre, le juge est l'élément central de cette recherche, à telle enseigne que l'on pourrait même concevoir un droit avec peu de règles préétablies, mais jamais une véritable justice sans juge indépendant.

Dans le sillage du resserrement des liens entre tous les acteurs de la vie internationale (les États, les organisations internationales, les firmes multinationales, les organisations non-gouvernementales), le droit dépasse désormais l'horizon strictement territorial qui coïncide avec les frontières de l'État. Se juxtaposant au droit international classique, le droit d'origine nationale se mondialise, soit parce qu'il doit intégrer de plus en plus le droit découlant de nombreux instruments internationaux auxquels les États sont parties, soit parce qu'il doit tenir compte d'une dimension supranationale de coopération renforcée.

Bien évidemment, tout cela n'est pas sans avoir des conséquences directes sur la façon même de dire le droit, et avant tout sur les méthodes d'interprétation et la recherche de la norme juridique à appliquer. Bref, c'est la fonction judiciaire qui est, sinon transformée, du moins lestée d'un poids nouveau : le juge national devient ainsi comptable de ses décisions par-devant une communauté juridique qui va bien au-delà des frontières territoriales du droit.

À l'inverse, l'internationalisation du droit, que la coopération entre les États entraîne nécessairement, donne naissance à des systèmes juridiques intégrés, surtout à caractère transnational, qui se dotent tour à tour -et de façon plus ou moins intense- de cours et tribunaux chargés à la fois d'interpréter les dispositions contenues dans les instruments internationaux, et de trancher les différends pouvant surgir à leur égard.

Grâce à l'action conjuguée de ces facteurs, le droit qui dans certaines de ses composantes constitue le dernier rempart du particularisme (ou du nationalisme) étatique, se décroïsonne lentement mais sûrement. Le juge national et le juge international se situent désormais dans une relation d'interaction et de complémentarité.

Mais qu'en est-il de ce qui constitue peut-être l'attribut principal de la fonction des juges, c'est-à-dire de l'indépendance

judiciaire face à l'internationalisation du droit due à la globalisation des comportements et des activités et, donc, face à la mondialisation d'une justice qui se cherche des espaces vitaux par delà les clivages étatiques?

La première partie de l'exposé abordera donc le problème de l'indépendance judiciaire du point de vue du juge national, car c'est ce dernier qui est appelé d'ordinaire à dire le droit dans l'immédiateté des situations qui lui sont présentées.

La deuxième partie de l'exposé sera consacrée à un problème qui n'est pas évoqué d'ordinaire : l'indépendance judiciaire des juges supranationaux laquelle pose des questions foncièrement différentes de celle des juges nationaux.

### **L'indépendance judiciaire du juge national face à la mondialisation de la justice**

Découlant de la notion bien connue de la séparation des pouvoirs, le principe de l'indépendance judiciaire constitue le fondement d'une justice chargée d'assurer la garantie des droits. La communauté internationale semble attacher à ce principe un poids particulier. L'Assemblée générale des Nations Unies a proclamé les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature en 1985 (résolutions 40/32 du 29/11/1985 et 40/46 du 13/11/1985). Il y est notamment affirmé que (point 2) « les magistrats règlent les affaires dont ils sont saisis impartialement, d'après les faits et conformément à la loi, sans restrictions et sans être l'objet d'influences, incitations, pressions, menaces ou interventions indues, directes ou indirectes, de la part de qui que ce soit ou pour quelque raison que ce soit ». La formule a été reprise par la suite, presque mot à mot, dans un texte adopté le 13 octobre 1994 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, à savoir la Recommandation n° R (94) 12 aux États Membres sur

l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges (Principe I, point 2 d.). Dans le préambule de cette recommandation qui renvoie, entre autres, à l'article 6 de la CEDH, il y est également souligné le « rôle essentiel que jouent les juges et les autres personnes exerçant des fonctions judiciaires dans la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Si l'on examine attentivement ces textes, on constate que la notion d'indépendance qui y est affirmée concerne surtout des aspects que l'on pourrait qualifier d' 'organiques'. Ils visent le juge en tant que titulaire de la fonction judiciaire (rapports avec les pouvoirs exécutif et législatif, garanties constitutionnelles en matière d'inamovibilité, carrière, autorité des juges, conditions de travail, etc...). Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) donne de l'indépendance judiciaire sinon une définition exhaustive, du moins des repères qui aident à la préciser. Ainsi, pour établir si un organe à compétence juridictionnelle peut passer pour indépendant, il faut prendre en compte le mode de désignation, la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a, oui ou non, apparence d'indépendance (Cour EDH, BRYAN, 37). L'inamovibilité des juges en cours de mandat est à considérer comme un corollaire de leur indépendance (Cour EDH, CAMPBELL et FELL, 80). De plus il peut y avoir un chevauchement entre les notions d'indépendance et d'impartialité du juge.

Toutefois, rapportée au phénomène de l'internationalisation de la justice, l'indépendance judiciaire du juge est susceptible, me semble-t-il, d'être affectée en particulier en ce qui concerne le processus décisionnel qu'il est amené à suivre pour décider d'une affaire. Ainsi, la prise en compte nécessaire de cette dimension internationale peut l'obliger à se référer à des paramètres nouveaux, tels des textes et des applications



jurisprudentielles supranationaux, de sorte que son autonomie de jugement peut s'en trouver derechef limitée.

### **Les limites générales découlant du droit des traités**

La première forme de mondialisation du droit, et donc par ricochet de la justice, est celle résultant de l'existence de règles impératives de droit international général ou coutumier et de traités internationaux. L'on sait que *grosso modo* deux conceptions s'affrontent pour ce qui est de la valeur à attribuer au droit international par rapport au droit interne : la théorie dite dualiste et celle dite moniste.

La première théorie, part de l'idée que le droit interne et le droit international sont deux systèmes juridiques égaux et séparés qui diffèrent quant aux sources (le droit interne procède de la volonté du seul État, le droit international résulte de la volonté de plusieurs États) et quant aux sujets (en droit interne les individus ou l'État, en droit international les États entre eux). En conséquence, le droit des traités, pour être valable et d'application en droit, doit être transformé par un acte législatif (réception en droit interne).

Par contre, La théorie moniste, en se réclamant surtout de la règle *pacta sunt servanda*, entend faire prévaloir le droit international sur le droit interne qui se trouverait dès lors subordonné au premier.

Si la pratique internationale ne semble pas privilégier l'une ou l'autre des théories, le droit interne quant à lui opte fréquemment pour des solutions, exprimées le plus souvent de façon générique, telles que la soumission du droit interne au droit international et l'incorporation des règles du droit international en droit interne. Dans cette dernière optique, et par rapport au droit des traités, il y a des systèmes qui accordent aux traités une valeur de droit interne, prévalant en principe sur

les seules lois antérieures. D'autres systèmes accordent aux traités une valeur supérieure à la loi, d'autres enfin reconnaissent à certains traités -comme ceux qui se réfèrent aux droits de l'homme- une valeur constitutionnelle.

On mesure, par-là, la difficulté dans laquelle se trouve le juge lorsqu'il doit appliquer une règle de droit qu'il est censé connaître mais qu'il maîtrise parfois difficilement car pour ce faire, il doit intégrer une dimension internationale ou transnationale.

L'on peut songer, par exemple, à une situation dans laquelle, outre qu'à des dispositions du droit interne, le juge est tenu de se référer à des normes internationales de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales contenues dans un traité ratifié par l'État, ainsi qu'à des résolutions ou des constatations émanant d'organes de contrôle mis sur pied par ce traité (Comité des droits de l'homme de Genève, par exemple) pour comprendre la signification exacte que l'on a voulu donner aux droits et aux libertés.

Or, il est clair qu'en recherchant le paramètre à appliquer dans le cas d'espèce, par référence à des sources externes à l'ordre juridique national, le juge accepte par-là consciemment ou inconsciemment une logique et un raisonnement étrangers parfois à sa façon d'interpréter le droit, mais qui s'imposent désormais à lui grâce à la mondialisation du droit et de la justice. Ceci conduit à une sorte de dilution de l'autonomie de jugement qui pourrait se répercuter sur l'indépendance judiciaire telle qu'elle est d'ordinaire comprise dans un cadre étatique déterminé, si par cette expression l'on entend la soumission du juge à la seule loi votée par le parlement. Il y a lieu de préciser que cet affaiblissement relatif de l'indépendance du juge est avant tout la conséquence de l'amointrissement de la souveraineté étatique, battue en brèche par les limitations consenties, mais en fait obligatoires, au niveau international.

Un autre exemple intéressant est constitué par un phénomène récent mais qui est appelé à avoir une importance capitale : la globalisation de la justice dans le cadre de la lutte contre l'impunité pour ce qui est de la répression de crimes particulièrement graves. Les deux Tribunaux pénaux créés à cet égard témoignent de la volonté de la communauté internationale d'agir concrètement pour que pareils crimes ne demeurent plus impunis. Il s'agit toutefois de juridictions (le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de 1993 et le Tribunal pénal international pour le Rwanda de 1994) dont la compétence est circonscrite à des aires géographiques déterminées. La récente entrée en vigueur du *Statut de Rome de 1998* portant création de la Cour pénale internationale, est susceptible de changer la donne. Compétente à l'égard de crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes d'agression), la Cour pénale internationale est complémentaire des juridictions pénales nationales (art. 1 du Statut), sa juridiction n'entrant en action que si l'État concerné n'a pas la volonté -ou est dans l'incapacité- de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites (art.17, par. 1 a).

On mesure par là aussi la responsabilité que le droit international fait peser sur le juge interne et donc sur son autonomie, d'autant que les pratiques judiciaires nationales et internationales tendent parfois à s'opposer, comme le démontre l'« Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 ». L'on se souviendra que dans cette affaire, qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour internationale de justice (CIJ) en date du 14 février 2002, était en jeu la licéité en droit international d'un mandat d'arrêt émis et signé par un juge belge à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères en exercice, l'inculpant d'infractions graves aux conventions de Genève de 1949 ainsi que de crimes contre l'humanité. La compétence pour ce faire avait été

attribuée au juge belge par une législation en vigueur en Belgique consacrée à la répression de ces infractions (loi du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 19 février 1999). La CIJ a estimé que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt avait violé l'immunité et l'inviolabilité dont le ministre bénéficiait en vertu du droit international. On voit aussi par cet exemple de quelle façon le droit international interprété peut limiter l'autonomie du juge national.

Toutefois, compte tenu de l'extrême diversité voire de la grande richesse d'un droit des traités dans lequel le juge peut puiser pour peu qu'il soit ouvert à cette perspective, l'on est en droit de se poser la question de savoir si le fait d'enserrer le juge dans un cadre, qui ajoute à la dimension juridique nationale une dimension internationale, n'est pas sans avoir des conséquences, somme toute positives, dans la mesure où le juge peut tirer profit de l'appel d'air représenté par des repères juridiques souvent plus ouverts et moins contraignants et, surtout, correspondant à une évolution des conceptions que le droit purement national peine parfois à consacrer.

### **La dépendance du juge interne au regard de la justice supranationale : la situation européenne**

S'il est un domaine où l'indépendance judiciaire à caractère fonctionnel est mise en question, c'est bien celui de la relation qui s'établit entre le juge interne et le juge supranational dans le contexte spécifique de l'Europe qui, comme l'on sait, est engagée sur la voie d'une union toujours plus étroite. S'il faut exclure pour l'instant que l'on puisse envisager une stricte subordination du premier par rapport au second, il est constant cependant que le juge supranational se voit confier des pouvoirs qu'il tient directement des États et que, donc, son action s'inscrit pleinement dans le cadre du dessein institutionnel tracé par ces derniers.

### a) L'ordre juridique de la Communauté européenne (CE)

Comme il se déduit du célèbre arrêt *Costa/Enel* du 15 juillet 1964, l'ordre juridique communautaire est intégré aux systèmes juridiques des États membres. Toutefois, l'on considère qu'il y a séparation entre les deux systèmes juridiques. Dès lors, il ne peut pas y avoir subordination entre les juridictions nationales et la juridiction communautaire, c'est-à-dire la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) de Luxembourg. Si les deux niveaux de juridictions sont bien autonomes l'un par rapport à l'autre, cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas y avoir d'interférences entre la justice supranationale et celle des États qui composent la Communauté. En effet, pour reprendre l'une des affirmations faites par la CJCE, l'ordre juridique communautaire « s'impose à leurs juridictions ». Partant, issu d'une source autonome par rapport à l'ordre juridique national, l'ordre juridique communautaire ne saurait « se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit », y compris un texte de nature constitutionnelle. S'adressant directement au juge interne, chargé en premier lieu d'appliquer et d'interpréter le droit communautaire, la CJCE a également précisé que « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978). Du principe général de la primauté du droit communautaire sur le droit interne, il se déduit que seule la CJCE a compétence pour statuer sur la validité des actes communautaires.

Compte tenu de l'ensemble de ces considérations, quel est le rôle que l'on reconnaît dans ce contexte au juge national? L'on

sait que celui-ci est chargé d'appliquer en premier lieu, à l'intérieur du système juridique dans lequel il opère, le droit communautaire afin d'assurer le plein effet de ses normes. Pour ce faire, le juge est tenu d'avoir égard à la jurisprudence de la CJCE qui a donné une interprétation authentique de la règle de droit communautaire pertinente.

Le système juridique communautaire prévoit un moyen par lequel le juge national, saisi d'une affaire ayant un aspect communautaire, doit requérir l'avis de la CJCE s'il estime, par exemple, qu'il peut y avoir contradiction entre une norme interne et la norme communautaire. Il s'agit du renvoi préjudiciel, prévu à l'art 234 du traité CE. Le but de cette procédure, qui s'analyse en un véritable renvoi en interprétation, est de préserver le caractère communautaire du droit en assurant à ce dernier, en toutes circonstances, le même effet dans tous les États de la Communauté. Le juge national se voit donc obligé de recourir à cette procédure si sa décision est susceptible de porter atteinte à une norme communautaire. Par le biais du renvoi préjudiciel, la CJCE exerce une véritable fonction d'uniformisation du droit communautaire. Il s'ensuit que l'arrêt que la juridiction communautaire est appelée à rendre va lier non seulement la juridiction nationale qui a décidé de la saisir mais aussi toute autre juridiction d'un État membre qui se trouverait confrontée à un problème de même nature que celui qui a formé l'objet du renvoi.

Si le juge national est de ce fait lié par l'interprétation donnée par la CJCE, il n'est pas, pour autant, toujours soumis à l'autorité d'une juridiction qui ne relève pas stricto sensu du système juridique dans lequel il exerce sa fonction. La pratique européenne montre qu'il est des circonstances où le juge pourrait ne pas appliquer une norme communautaire, s'il est d'avis que celle-ci heurte de front une des valeurs fondamentales, en matière par exemple de respect des droits de

l'homme. Bien qu'il s'agisse d'une hypothèse difficilement envisageable, le Traité sur l'Union se référant expressément à la CEDH et la CJCE appliquant depuis très longtemps et la CEDH et la jurisprudence de la Cour EDH y relative, deux Cours constitutionnelles européennes ont par le passé fait état de certaines réserves fondées sur une possible contrariété de la norme supranationale avec les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis dans leurs pays respectifs. Il s'agit de la Cour constitutionnelle allemande par ses arrêts dits « Solange » et de la Cour constitutionnelle italienne par un arrêt de décembre 1973. Ceci démontre en définitive que, bien que soumis à une discipline judiciaire supranationale qui limite de facto son autonomie de jugement, le juge national peut considérer qu'il ne peut pas accepter de cautionner un acte contraire à ce qu'il croit être un principe suprême de son ordre juridique national, par exemple un principe se rattachant aux droits fondamentaux.

#### b) L'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)

Dans le cadre de ce qui est considéré unanimement comme le système de protection judiciaire des droits de l'homme et des libertés fondamentales le plus évolué au monde et qui a donné naissance à un ordre juridique supranational d'un genre particulier, la CEDH est susceptible d'affecter le juge national pour ce qui est de l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État. On doit souligner à cet égard que le droit de la CEDH embrasse des secteurs sensibles du droit où s'exerce d'habitude une compétence nationale exclusive de tout contrôle extérieur : par exemple, celui des droits et libertés de nature constitutionnelle. Il s'agit de secteurs pour lesquels les États situés en dehors de l'Europe gardent jalousement leurs prérogatives souveraines, n'acceptant pas ou peu d'ingérences,

surtout si elles sont contraignantes car émanant d'un tribunal international ou supranational.

D'emblée, il faut souligner que la CEDH considère le juge national comme le gardien naturel des droits et des libertés qu'elle consacre et pour lesquels l'État a assumé des obligations au plan international (art. 1 CEDH). C'est à ce juge qu'il incombe de faire en sorte que l'individu se voit effectivement reconnaître ces droits et libertés, et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la saisine de la Cour EDH n'est possible que si le requérant a mis, au préalable, le juge national en mesure de pouvoir examiner les griefs qui seront par la suite soulevés devant l'organe supranational, afin que celui-ci puisse réparer le tort prétendument subi par l'intéressé. La jurisprudence de Strasbourg considère que la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes traduit bien l'idée de subsidiarité qui préside au système de protection européenne. En agissant de la sorte, le juge accomplit deux missions : d'abord, comme on vient de le voir, il doit garantir les droits et libertés proclamés par la CEDH ; ensuite en remédiant aux éventuelles violations de la CEDH au moyen des ressources offertes par le droit interne, il protège par là efficacement l'ordre juridique interne.

Le cadre dans lequel se déroule le contentieux, de même que les conséquences découlant d'un constat de violation illustrent bien ces propos. Le système de la CEDH repose essentiellement sur l'exercice du droit de recours individuel qui en est la pierre angulaire. C'est par le truchement de ce moyen d'action qui échoit à tout individu que la Cour EDH applique le droit conventionnel aux cas d'espèce qui lui sont présentés. L'on sait, qu'à la suite du constat d'une violation, la Cour EDH peut, par un arrêt définitif, accorder une somme d'argent à titre de satisfaction équitable. Cependant, les conséquences d'une décision de cette nature ne s'arrêtent pas là. Il suit du caractère contraignant des arrêts prononcés par la Cour, que l'État est



tenu à certains comportements, comme l'adoption de mesures individuelles (restitution in integrum) ou générales (modifications législatives). La tâche de s'assurer qu'il a été donné exécution aux arrêts de la Cour, également sous cet angle, incombe au Comité des Ministres, qui est l'organe politique représentant la collectivité des États.

Dans le système de la CEDH, le juge national a donc un rôle important à jouer pour ce qui est de la protection judiciaire des droits et libertés. Ainsi, le juge national ne doit pas se limiter à une lecture passive des règles de droit nationales voire même internationales. Dans le cadre de ce système, il ne saurait négliger la jurisprudence de la Cour EDH, car en définitive ce qui lie les États, et donc les juridictions nationales, c'est bien le droit interprété. En effet, plus qu'un droit conventionnel et donc écrit, le droit commun des droits de l'homme apparaît de plus en plus comme un droit de dérivation prétorienne, à l'instar de ce qui a été le développement du droit romain avant la codification ou, si l'on veut, de ce qui se passe dans le système de *common law*.

Si, dans un cadre de coopération renforcée, comme c'est le cas de la CEDH, la relation qui s'établit entre le juge national et le juge supranational est, comme on l'a vu, de relative dépendance du premier par rapport au second, cela ne veut pas nécessairement dire que ce dernier ne tienne pas compte des évolutions jurisprudentielles au niveau national, surtout si elles concernent des droits pouvant affecter la dignité de l'être humain. Un exemple puisé dans la jurisprudence récente de la Cour est éclairant. Dans l'affaire *Pretty* concernant le Royaume-Uni (arrêt du 29 avril 2002), la requérante atteinte d'une maladie dégénérative progressive incurable, souhaitait que son mari l'aide à mettre fin à ses jours et demandait que celui-ci fût exonéré de toute responsabilité pénale pour cela. La requérante soutenait que le refus qui lui avait été opposé en dernier lieu par

la Chambre des Lords violait son droit à la vie, constituait un traitement inhumain et dégradant et portait atteinte à sa vie privée. Concernant ce dernier aspect, la Cour a pris en considération, entre autres, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans une situation comparable (affaire *Rodriguez c. Procureur Général du Canada*, [1994] 2 L.R.C. 136). À cet égard, la Cour EDH a noté l'opinion majoritaire de la juridiction canadienne, selon laquelle « l'interdiction de se faire aider pour se suicider imposée à la demanderesse contribuait à la détresse de cette dernière et l'empêchait de gérer sa mort ». La Cour EDH a observé en outre que « si la Cour suprême du Canada avait à examiner la situation sous l'angle d'une disposition de la Charte canadienne non libellée de la même manière que l'article 8 de la Convention, la cause soulevait des problèmes analogues relativement au principe de l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (par. 66 de l'arrêt). En recherchant si une justification objective et raisonnable pouvait sous-tendre le refus litigieux sous l'angle considéré, la Cour a pris en considération l'opinion exprimée par la juridiction canadienne en ces termes : « La Cour considère néanmoins, avec la Chambre des lords et la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rodriguez*, que les États ont le droit de contrôler, au travers de l'application du droit pénal général, les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui. Plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids dont pèseront dans la balance les considérations de santé et de sécurité publiques face au principe concurrent de l'autonomie personnelle. » (par. 74 de l'arrêt).

S'il est hasardeux de soutenir qu'en l'occurrence la Cour EDH a été influencée d'une manière déterminante par une décision prise par une Cour suprême d'un État, au demeurant non partie à la CEDH, il faut néanmoins souligner que la Cour EDH recherche toujours -et tient compte souvent- de toute jurisprudence pertinente émanant d'autres juridictions, comme

par exemple celle des Cours suprêmes européennes y compris de celle de la CJCE, qui puissent l'aider à résoudre un problème d'interprétation de la CEDH. D'autres exemples confirment cette tendance de sorte que l'on peut déceler, là, les prémises d'une communauté judiciaire mondiale, ceci toutefois, dans le respect d'une autonomie régionale nécessaire à mieux cadrer le contentieux pour qu'il corresponde à l'évolution des sociétés dans le respect du principe de subsidiarité.

Dans le cadre européen, l'on peut aussi relever la collaboration, au niveau de la prise en compte des jurisprudences respectives, qui existe entre la Cour EDH et la CJCE. Si besoin est, la Cour EDH tient compte de l'état de la jurisprudence communautaire dans les domaines qui peuvent se recouper, ne fût-ce que partiellement. C'est le cas du contentieux de la fonction publique, pour lequel la Cour EDH a appliqué des critères dégagés par la CJCE (affaire *Pellegrin*). Cela a aussi été le cas, plus récemment, pour la réglementation en matière de transsexualisme où la Cour EDH a noté l'évolution marquante représentée par la jurisprudence communautaire (affaire *Goodwin*). A l'inverse, la CJCE intègre depuis fort longtemps la jurisprudence élaborée par la Cour EDH, lorsqu'elle est appelée à examiner un grief concernant le respect des droits fondamentaux, en particulier pour ce qui est du procès équitable ou du respect de la vie privée. Il est même soutenu à cet égard par certains juristes, qu'en cas de conflit entre les deux jurisprudences sur le contenu à donner à un droit fondamental, c'est bien la jurisprudence de la Cour EDH qui l'emporte. D'ailleurs, il est évident que l'adhésion envisagée de l'Union à la CEDH constituera une forme de limitation de l'autonomie du droit communautaire et de la CJCE par rapport à des domaines relevant de la compétence principale de la Cour EDH.

Les développements qui viennent d'être faits démontrent à l'évidence, me semble-t-il, que le juge national est de plus en plus investi d'une mission qui dépasse le rôle traditionnel dans lequel on souhaiterait souvent le voir confiné. Au contraire, l'ouverture du droit national à l'international comme à d'autres systèmes juridiques et la nécessaire complémentarité des solutions jurisprudentielles doivent amener le juge national à faire preuve d'une sensibilité accrue, en particulier en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux reconnus tant au niveau national qu'au niveau international. De ce fait, le juge doit essayer d'envisager la règle de droit sous un angle autre que celui du strict cadre national, afin de donner à cette règle une interprétation qui soit conforme aux principes élaborés au niveau international.

### **L'indépendance judiciaire des juges internationaux : en particulier le cas des juges de la Cour européenne des droits de l'homme**

L'ouverture croissante du droit à l'international, qui s'est considérablement accélérée au cours des cinquante dernières années, a engendré la prolifération de juridictions chargées, dans les différents cadres de coopération, de décider du contentieux issu en matière d'application des textes. Ainsi, à côté de la juridiction à compétence universelle appelée à trancher les différends pouvant surgir entre les États, par référence aux normes de droit international général ou conventionnel, on a vu apparaître des juridictions spécialisées dont la compétence a été délimitée en raison de l'objet du contentieux (*ratione materiae*), tels les tribunaux pénaux internationaux déjà mentionnés (Ex-Yougoslavie et Rwanda) et la Cour pénale internationale qui vient de voir le jour, ainsi que le Tribunal de la mer compétent en matière de contentieux maritime. La sensibilité accrue de la communauté

internationale pour que les droits de l'homme et les libertés fondamentales soient mieux sauvegardés par une protection internationale qui prendrait le relais de la garantie nationale lorsque celle-ci serait défailante ou incomplète, a poussé les États à prévoir des systèmes de garantie judiciaire : le système européen, axé sur la Cour EDH, et le système américain qui s'est doté d'une Cour interaméricaine des droits de l'homme. Une mission spécifique est confiée à la CJCE qui est en fait une juridiction supranationale chargée d'assurer l'application uniforme du droit communautaire, essentiellement dans le domaine économique et social.

### **Composition des tribunaux et indépendance des juges**

La composition de ces juridictions et, en particulier, le mode de désignation des juges sont de la plus haute importance, s'agissant d'organes qui ne s'insèrent pas dans une structure institutionnelle de caractère étatique, comme l'est d'ordinaire l'administration de la justice. Il faut noter à cet égard que, de par le mode de désignation des juges, les juridictions internationales ressemblent fort aux cours constitutionnelles existant dans bon nombre d'États, dont les membres sont désignés très souvent -en tout ou en partie- par la représentation parlementaire nationale, voire même par la tête de l'exécutif (Président de la République, entre autres). En effet, à l'instar de celles-ci, les juridictions internationales sont composées de juges qui ne sont pas nécessairement des magistrats, mais des personnalités ayant une grande expérience dans les matières juridiques. Ainsi, par exemple, les professeurs de droit, les avocats et de hauts fonctionnaires côtoient les magistrats issus de l'ordre judiciaire de leurs pays respectifs.

En ce qui concerne, en particulier, la composition des tribunaux internationaux, elle varie sensiblement en fonction du cadre institutionnel et du but assigné à la juridiction par la

collectivité des États composant l'Organisation. Ainsi, par exemple, la Cour internationale de Justice est composée de 15 juges élus pour neuf ans par le Conseil de Sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies, siégeant indépendamment l'un de l'autre. Ce système de désignation dissocie le nombre de juges et le nombre des États parties à l'Organisation. Il est largement utilisé pour la composition d'autres tribunaux internationaux, y compris par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Pour d'autres juridictions, il est prévu un nombre de juges correspondant exactement au nombre d'États parties. C'est le cas notamment des deux Cours qui marquent, en quelque sorte, l'espace judiciaire européen : la Cour EDH et la CJCE. De cette différence quant au nombre de juges, il apparaît que plus le système international est intégré -et s'inscrit donc dans une logique supranationale- plus l'organe qui est appelé à prendre des décisions contraignantes doit refléter l'ensemble des collectivités étatiques.

Qu'en est-il de l'indépendance des juges dans ce contexte particulier? Il est évident que la question, loin d'être occultée, mérite que l'on s'y attarde, car en définitive elle résume les appréhensions que l'on pourrait nourrir à l'égard de telle ou telle autre juridiction quant à l'indépendance judiciaire de ses membres. Il est évident que si la juridiction est composée d'un nombre restreint de juges, ceux-ci sont désignés en fonction de critères comme, par exemple, celui qui fait référence à la répartition géographique et/ou aux différents systèmes juridiques représentés au sein de l'Organisation. Des accords entre États sont donc nécessaires pour que l'on y parvienne. Dans ces conditions, la procédure de sélection et d'élection des candidats peut faire naître un doute quant à l'indépendance d'un juge qui doit son élection à un accord de nature politique entre un groupe d'États. Par ailleurs, il est tout aussi évident qu'un juge, dont le mandat est suffisamment long et, de plus, n'est pas

renouvelable, offrira une apparence d'indépendance plus grande que celle dont bénéficie un juge dont la durée du mandat est réduite et qui se trouve soumis à la procédure de réélection. Un poids particulier doit aussi être attribué à la nature des tâches confiées à ces juges et qui est fonction du but que l'on assigne à l'organe judiciaire : trancher un différend pouvant surgir de temps en temps, ou bien représenter une sorte de juridiction de droit commun afin de réaliser les objectifs de l'Organisation. Ceux-ci peuvent être, par exemple, une uniformisation du droit dans des secteurs vitaux de l'économie (CJCE) ou l'harmonisation des principes qui sous-tendent une protection effective des droits fondamentaux (Cour EDH).

Pour des raisons qui tiennent largement au fait que le système de la Cour EDH m'est plus familier que celui de la CJCE, j'essaierai de brosser un tableau le plus objectif possible -je l'espère- des questions que l'on est en droit de se poser quant à l'indépendance judiciaire des juges de la Cour EDH, lorsque l'on sait que cette juridiction représente, à l'heure actuelle, la forme la plus achevée de coopération judiciaire européenne en matière de droits fondamentaux.

### **Les juges de la Cour EDH et l'indépendance judiciaire**

Pour entrer dans le vif du sujet, deux sont les questions qui me semblent pertinentes à cet égard :

- Le mode de présentation des candidatures et d'élection des juges offre-t-il suffisamment de garanties organiques d'indépendance?
- Le travail quotidien de la Cour révèle-t-il des éléments qui peuvent laisser planer un doute sur l'indépendance fonctionnelle des juges?

Quant à la première question, on doit relever d'emblée qu'en ce qui concerne la Cour de Strasbourg le mode d'élection de ses membres est le plus transparent -ou si l'on veut le moins opaque- de tous les modes de désignation de juges internationaux. Que l'on songe aux modes de désignation des membres des tribunaux classiques, voire même à celui des juges de la CJCE, lesquels sont proposés par leurs États respectifs et désignés par consensus par le Conseil des Ministres de la Communauté. Par contre, les juges de la Cour EDH, eux, sont élus par un organe parlementaire, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, à partir d'une liste de trois noms proposés par l'État au titre duquel le juge va siéger. De plus, la liste présentée par chaque État est soumise auparavant à cette Assemblée qui exerce un contrôle sur la validité du choix opéré par l'État quant aux profils des candidats ainsi qu'aux conditions que ceux-ci doivent posséder pour être élus juges d'un tribunal chargé de protéger les droits de l'homme. Ce contrôle est effectué notamment au moyen d'une interview auquel tous les candidats sont conviés et à l'issue de laquelle la commission parlementaire, chargée de cette tâche, formulera ses propositions quant au choix final. Bien évidemment le dernier mot appartient à l'Assemblée plénière, qui exerce en la matière un pouvoir souverain.

S'il est vrai que le mandat du juge de la Cour EDH n'est que de six ans, mandat qui est toutefois renouvelable, et que donc le juge peut en théorie être soumis à une certaine tension lors du renouvellement de son mandat, même si celle-ci n'est pas provoquée directement par des déclarations ou pressions venant de cercles gouvernementaux ou politiques, il est également vrai que, dans une certaine mesure, cet inconvénient se trouve tempéré par le fait que toute décision que l'État peut prendre à ce sujet est examinée avec beaucoup d'attention par l'Assemblée parlementaire, voire même par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Cela étant, il est clair qu'une amélioration



à cet égard ne peut venir que du changement de la durée du mandat, qui devrait passer à neuf, voire même à douze années, mais qui serait alors non renouvelable.

Quant à la question relative à l'indépendance fonctionnelle du juge, il y a lieu de rappeler d'emblée le texte même de la CEDH, qui dispose en son article 21 que « les juges siègent à titre individuel » (par. 2) et que « pendant toute la durée de leur mandat, les juges ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité requise par une activité exercée à plein temps » (par. 3).

Une des questions les plus fréquemment posées, généralement par un public non averti, se rapporte à l'indépendance du juge lorsque la Cour décide que l'État au titre duquel il a été élu a violé la CEDH. La réponse se trouve sans conteste dans les arrêts eux-mêmes. L'examen de ces arrêts montre, on ne peut plus clairement, que les juges se déterminent en fonction de critères juridiques et de la façon dont ils croient devoir interpréter telle ou telle autre disposition de la CEDH, ce qui peut amener le juge dit « national » à voter, s'il estime que c'est cela que sa conscience lui dicte de faire, contre l'État qui l'a proposé. Ce fait peut être aisément vérifié car les juges peuvent joindre à l'arrêt leurs opinions séparées. Dès lors, et presque toujours, le public peut connaître les noms des juges qui ont composé respectivement la majorité et la minorité. Le fait même, qu'en règle générale, les juges qui le souhaitent sont reproposés est une preuve de plus, s'il en fallait une, que les États respectent le travail des juges. À l'évidence, ceci renforce aux yeux de l'opinion publique leur indépendance judiciaire. L'on doit observer, à cet égard, que compte tenu de la nature des tâches qui sont les leurs la situation des juges de la Cour EDH est singulière, sinon unique. Il ne faut pas oublier que les juges de la Cour EDH ont été élus afin d'assurer la protection des

droits fondamentaux souhaitée par les États eux-mêmes, c'est-à-dire sauvegarder l'essence même de la communauté de droit qui s'organise en Europe et pour la réalisation de laquelle les États ont consenti à limiter, en partie, leurs prérogatives souveraines dans les domaines couverts par la CEDH.

## CONCLUSION

Se situant à plusieurs niveaux et amenant à prendre en compte des éléments fort différents, suivant qu'il s'agisse du cadre national ou du cadre international, le thème que j'ai brièvement traité ne se prête pas, à l'évidence, à des conclusions tranchées.

Des quelques développements qui viennent d'être faits, il semble cependant ressortir ce qui suit.

L'indépendance du juge est non seulement inscrite dans le code génétique d'un État de droit : elle constitue surtout la base même du contrat qui lie le justiciable, et donc le citoyen, à la société dans laquelle il vit. Partant, celui-ci doit pouvoir compter sur un juge qui se détermine seulement en fonction de règles précises, offre l'apparence d'impartialité requise et soit à l'abri de toute pression. Cependant, le juge ne saurait se cantonner dans une lecture minimale des règles et des principes de droit. Il ne doit pas craindre, notamment, que son indépendance puisse se trouver affectée par la prise en compte d'une réalité juridique due à la mondialisation qui fait fi des frontières et des habitudes, si ancrées soient-elles.

Si la question de l'indépendance des juges internationaux se pose d'une autre manière et appelle d'autres considérations tenant spécialement au caractère international des fonctions, elle ne semble pas foncièrement différente de l'identique question que l'on peut se poser à l'égard de l'indépendance des juges des cours constitutionnelles, lorsque ceux-ci sont nommés par le pouvoir politique notamment. Il faut relever,

toutefois, que les systèmes nationaux prévoient en l'occurrence des règles précises et offrent un degré de transparence qui fait parfois défaut au niveau international.

Cela étant, de nombreux exemples montrent que si, en apparence, les juges internationaux ou supranationaux n'offrent pas toutes les garanties objectives que l'on retrouve, par exemple, dans le système de la CEDH pour ce qui est de l'élection des juges de la Cour EDH, l'indépendance judiciaire semble l'emporter sur tout autre comportement qui pourrait faire croire à une certaine déférence du juge envers l'État ou la collectivité des États qui l'ont soutenu. Pour s'en convaincre, il n'est que de parcourir les arrêts et décisions rendus par l'organe judiciaire auquel pareils juges appartiennent.



# ANNEXE

## Présentation des conférenciers

### **Professeur Peter Leuprecht**

Doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill depuis 1999, M<sup>e</sup> Leuprecht enseigne les théories de justice et ses recherches portent principalement sur le droit international et les droits de la personne. Auteur de nombreuses publications, M<sup>e</sup> Leuprecht a déjà enseigné aux universités de Strasbourg et Nancy (France) ainsi qu'à l'Académie de droit européen de Florence (Italie).

### **M<sup>e</sup> François Aquin**

Admis au Barreau du Québec en 1956, M<sup>e</sup> Aquin a enseigné à la Faculté de droit de l'Université de Montréal de 1969 à 1989 dans les domaines de la responsabilité civile, des responsabilités professionnelles, de la preuve et de la procédure. Il dirige un cabinet dont les concentrations ont trait notamment au droit administratif et civil dans le secteur de la responsabilité. M<sup>e</sup> Aquin a également agi comme conférencier dans le cadre de colloques portant sur l'indépendance judiciaire.

### **Professeur Guy Rocher**

Professeur titulaire au Département de sociologie, il œuvre également comme chercheur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Ses recherches portent notamment sur la sociologie du droit et de l'éthique ainsi que sur la sociologie de l'État et des pouvoirs. M. Rocher a publié plusieurs livres et est l'auteur d'un grand nombre d'articles et de rapports de recherche.

### **Professeur Luc Bégin**

Professeur titulaire à la Faculté de philosophie de l'Université Laval, l'enseignement de M. Bégin porte notamment sur la philosophie des droits et libertés de la personne, l'éthique et la société. M. Bégin est l'auteur de plusieurs articles qui traitent de la philosophie du droit, de l'éthique appliquée et de la philosophie politique et il a présenté plus d'une quarantaine de conférences dans les mêmes domaines d'expertise.

### **Professeur Hubert Van Gijseghem**

Professeur titulaire à l'École de psychoéducation de l'Université de Montréal, les recherches de M. Van Gijseghem portent notamment sur les abus sexuels intra et extra familial, la personnalité de l'abuseur sexuel, la psychopathie et l'impact du processus judiciaire sur l'enfant. M. Van Gijseghem est l'auteur de différentes publications publiées tant au Canada qu'à l'étranger.

### **M<sup>c</sup> Pierre A. Michaud**

Admis au Barreau du Québec en 1961, M<sup>c</sup> Michaud a pratiqué le droit pendant plus de 20 ans dans un cabinet de Montréal dont il est devenu associé principal. Il a ensuite été nommé juge à la Cour supérieure du Québec en 1983. De 1992 à 1994, il a agi à titre de juge en chef adjoint de cette Cour. En 1994, il devient le dix-huitième juge en chef du Québec, poste qu'il a occupé jusqu'en juin 2002, avant de retourner en pratique privée.

### **Professeur Yves-Marie Morissette**

Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université McGill, M<sup>e</sup> Morissette enseigne la théorie du droit et le droit comparé, le droit de la preuve, la révision judiciaire ainsi que l'éthique et le droit. Il a écrit de nombreux textes sur ces sujets et a prononcé des allocutions à travers le monde.

### **Monsieur Claude Ryan**

Au début de sa carrière, M. Ryan occupe des fonctions reliées à l'éducation des adultes. En 1962 il devient éditorialiste au journal *Le Devoir*, puis directeur de cette publication de 1964 à 1978. Il quitte *Le Devoir* pour se porter candidat à la direction du Parti libéral du Québec et demeure en politique active jusqu'en 1994. Récipiendaire de plusieurs doctorats honorifiques, M. Ryan enseigne à l'Université McGill et siège sur différents conseils d'administration.

### **M<sup>e</sup> Michele de Salvia**

Détenteur d'un doctorat en droit de l'Université d'État de Milan, M<sup>e</sup> de Salvia a été nommé agent du Conseil de l'Europe en 1965 et affecté au secrétariat de la Commission européenne des Droits de l'Homme où il a occupé différents postes jusqu'en 1998. En 1998, il est nommé greffier de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme. Depuis 2001, il occupe le poste nouvellement créé de jurisconsulte de la Cour où il a notamment pour fonctions de conseiller la Cour sur les questions de jurisprudence et de superviser le travail de recherche du greffe.







