

Cheryl Bjornson
Ryerson Polytechnic University
Courriel : cbjornson@robergs.com

**Nominations à la Cour suprême :
l'heure est venue d'un changement**

Il faut réformer le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada pour assurer l'indépendance du judiciaire et préserver la démocratie. Le système actuel, dans lequel le premier ministre exerce le pouvoir unilatéral de nommer les juges, compromet l'indépendance du judiciaire et va à l'encontre des principes de la démocratie. Le Canada a toujours accordé une grande place à la démocratie, comme en témoigne notre histoire, nos mécanismes politiques et notre niveau de développement social. Récemment, on a réaffirmé l'importance de cette valeur en l'incluant dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ministère de la Justice du Canada). La démocratie passe par la souveraineté du peuple et le droit des citoyens de participer de façon significative à la gouvernance de la société. Le Canada étant une démocratie représentative, les citoyens exercent ce droit en élisant des représentants qui forment le pouvoir législatif; c'est le parti majoritaire à la Chambre qui incarne le pouvoir exécutif. En tant que représentants élus, les détenteurs du pouvoir exécutif et législatif sont responsables devant les citoyens des décisions qu'ils prennent pour gouverner la société; c'est le principe de souveraineté populaire.

Le judiciaire, composé de fonctionnaires nommés qui jouent le rôle d'arbitres impartiaux dans les différends opposant des particuliers, des ordres de gouvernement ou les deux, constitue le troisième pouvoir. La *Charte canadienne des droits et libertés*, adoptée en 1982, a élargi le mandat des tribunaux, en particulier celui de la Cour suprême, en enchâssant des droits et des libertés dans la Constitution. Le contrôle judiciaire, qui autorise les tribunaux à annuler une loi ou une partie d'une loi jugée discriminatoire ou contraire à la *Charte*, garantit la protection de ces droits et libertés. Par conséquent, les tribunaux rendent maintenant des jugements définitifs dans des dossiers sociaux et économiques de grande importance (Fogden et Makarenko), s'appropriant ainsi un rôle autrefois réservé aux législateurs élus. La Cour suprême du Canada assume aussi l'importante fonction d'« arbitre du fédéralisme » (McCormick 9). La Constitution prévoit un système (articles 91 et 92) dans lequel les pouvoirs du fédéral et des provinces sont divisés de façon qu'« aucun ne soit subordonné à l'autre » (Dyck 249). La Cour suprême tranche les différends intergouvernementaux et interprète les articles clés de la Constitution.

On s'entend généralement pour dire que les tribunaux doivent respecter les principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire. La Cour suprême elle-même s'est d'ailleurs penchée sur le lien qui unit les deux. Précisant les motifs de sa décision dans l'arrêt *R. c. Lippé*, le juge en chef Lamer (tel était alors son titre) a écrit :

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. (139)

On s'attend donc que les juges « œuvrent indépendamment des pouvoirs exécutif et législatif » (Dyck 198) et à l'abri de toute ingérence externe ou politique, même s'ils sont nommés unilatéralement par l'exécutif. Il reste que les nominations sont souvent perçues comme partisans, peut-être parce que rien dans le processus ne l'interdit. On convient généralement que « les récentes nominations n'ont pas causé de véritables problèmes » (Fogden et Makarenko). Or ce qui nous préoccupe, ce n'est pas que nos juges soient mal choisis, mais plutôt « qu'aucun mécanisme n'existe ni en droit ni en pratique pour empêcher que cela ne se produise dans l'avenir » (McCormick 9).

La nomination des juges se fonde davantage sur des conventions que sur des dispositions législatives, comme le fonctionnement de nombreuses institutions politiques canadiennes (Rand 232). L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le Parlement à créer des

tribunaux, mais ne prévoit pas expressément la création d'une « cour suprême ». La Cour suprême a été mise sur pied conformément à la *Loi sur la Cour suprême* de 1875. Toutefois, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres est resté le tribunal de dernière instance du Canada jusqu'en 1949 (Cour suprême du Canada). La *Loi sur la Cour suprême* prévoit que « la nomination des juges se fait par lettres patentes du gouverneur en conseil revêtues du grand sceau » (article 4), mais reste muette sur la façon de choisir les candidats. Dans une monarchie constitutionnelle comme le Canada, le gouverneur en conseil exerce son pouvoir sur le conseil du premier ministre. Le premier ministre peut donc, grâce à son énorme pouvoir discrétionnaire, nommer quiconque remplit les exigences minimales énoncées dans la loi.

On pourrait penser que les postes de juge à la Cour suprême sont réservés aux juges des tribunaux inférieurs qui ont fait leurs preuves, mais aucune convention n'y oblige. Beaucoup sont des candidats politiques défaits ou soutiennent un parti politique. (Rand 354). S'il n'est pas nécessaire de gravir tous les échelons pour siéger au plus haut tribunal du pays, alors qui peut présenter sa candidature? Aux termes de la *Loi sur la Cour suprême*, les candidats doivent avoir été inscrits au barreau pendant au moins dix ans comme juge, avocat ou notaire (article 5). La Loi exige aussi que trois des juges proviennent du Québec (article 6). Par convention, trois des six juges restants proviennent de l'Ontario, deux d'une province de l'Ouest et un d'une province de l'Est. Même s'il est tenu de consulter le ministre de la Justice, les procureurs généraux des provinces, les associations d'avocats et d'autres institutions juridiques, le premier ministre a le pouvoir unilatéral de nommer les juges (Fogden et Makarenko). Ces consultations, qui ont lieu à huis clos et souvent sans préavis, pèsent d'ailleurs très peu dans la balance, puisqu'elles sont empreintes de copinage et de favoritisme.

La tendance croissante à renvoyer les dossiers épineux comme l'avortement, l'euthanasie et les questions liées à l'homosexualité à la Cour suprême justifie la nécessité d'une réforme. Dans un contexte où la Cour suprême détermine le sens des lois et de la Constitution, « un système dans lequel des juges siègent à la Cour suprême simplement parce que le premier ministre en a décidé ainsi pose problème » (McCormick 9). De plus, à cause du pouvoir illimité du premier ministre, on craint que les juges de la Cour suprême ne favorisent le fédéral dans les différends avec les provinces. Chaque fois qu'elle rend un jugement en faveur du fédéral, elle s'expose à des critiques voulant qu'elle soit la « cour d'Ottawa, et en conséquence incapable de rendre une décision juste ». Cette situation ne fait qu'amplifier le « déficit du fédéralisme » (McCormick 9). On peut se demander s'il existe réellement un biais, mais il ne fait aucun doute que la perception joue un rôle clé dans l'établissement de l'impartialité.

En tant que représentant élu, le premier ministre est censé répondre de ses nominations politiques devant la population. Or les juges de la Cour suprême sont nommés à vie et restent en poste malgré les changements de gouvernement. Pour cette raison, il faut établir un système qui prévienne les injustices au lieu de les redresser de façon indirecte une fois qu'elles ont été commises. Mais si le système actuel est inacceptable, pourquoi le réformer?

Il est utile d'examiner le processus de nomination judiciaire des États-Unis, notre plus proche voisin, et de la Grande-Bretagne, notre mère patrie. Les juges de la Cour suprême des États-Unis sont nommés par le président (pouvoir exécutif), mais doivent résister à l'examen attentif des membres élus du comité judiciaire du Sénat pour recevoir la confirmation de ce dernier (Lieberman). Bien que ce système donne à l'électorat voix au chapitre par l'entremise de ses élus, il est perçu par beaucoup comme une politisation inacceptable du judiciaire. Un tel système, dans lequel les candidats sont soumis à un contre-interrogatoire et à un examen législatif, renforce l'impression que le judiciaire est redevable envers le législatif, ce qui va à l'encontre du principe d'indépendance judiciaire (Association du barreau canadien 1). De plus,

le Sénat canadien n'est pas élu, mais c'est là le sujet d'une toute autre analyse. Inutile de dire que le modèle américain nécessiterait une adaptation considérable même si les Canadiens étaient prêts à accepter le concept des audiences de type congressionnel.

Le processus de nomination judiciaire britannique diffère sensiblement de ceux retrouvés en Amérique du Nord. Le tribunal de dernière instance, composé de Lords juristes, est aussi un comité de la Chambre des Lords. Les Lords juristes siègent aussi à la Chambre (qui remplit une fonction comparable à celle du Sénat canadien). Ils sont nommés par le grand chancelier, qui est aussi le Président de la Chambre (Royaume-Uni). Le système britannique repose en grande partie sur les conventions et les traditions et, contrairement au nôtre, ne comporte aucun pouvoir judiciaire indépendant. Le modèle britannique demeure toutefois digne de mention, car il subit actuellement une réforme visant principalement à supprimer le double rôle des Lords juristes, qui cumulent simultanément des fonctions législatives et judiciaires. Le nouveau modèle propose d'instituer une Cour suprême à la tête de tous les tribunaux du pays et de former une commission indépendante chargée d'examiner les nominations judiciaires. Composée de représentants de la justice, de membres de la profession juridique et d'autres personnes, celle-ci conseillerait le secrétaire d'État sur la nomination des juges (Cour suprême du Royaume-Uni). Le secrétaire d'État serait redevable de ses nominations envers le Parlement, comme le veut la notion de gouvernement responsable.

C'est le principe d'indépendance judiciaire qui a donné son impulsion à cette réforme. Comme l'a affirmé Lord Falconer, secrétaire d'État pour les affaires constitutionnelles du Royaume-Uni : « Il est de plus en plus anormal qu'un ministre supervise la sélection des juges [...] Par chance, nos juges ne sont ni partisans, ni corrompus; ils ont été choisis parmi les plus compétents et jouissent d'une réputation internationale sans pareille. Nous croyons cependant qu'une commission chargée d'examiner les nominations judiciaires isolera davantage le processus des politiciens » (cité à la Cour suprême du Royaume-Uni).

L'idée de former un tel comité n'est ni nouvelle, ni propre à la Grande-Bretagne. Après la publication du rapport McKelvey par l'Association du barreau canadien en 1984, on a créé des comités consultatifs composés de représentants de la population, de la profession juridique, du judiciaire et du gouvernement afin de proposer des candidatures et d'évaluer les juges potentiels de manière objective (Association du barreau canadien 5). Ces comités évaluent les candidats et font rapport au Cabinet avec la mention « recommandé, hautement recommandé ou non recommandé », mais n'ont pas pour mandat d'établir une liste restreinte (Russell et Ziegel). Il est intéressant de constater qu'un comité consultatif a été mis sur pied pour chaque palier du système judiciaire canadien, sauf pour la Cour suprême, malgré les recommandations à cet égard (Association du barreau canadien 3).

Certaines caractéristiques de la Cour suprême, comme la rareté de ses nominations comparativement aux autres tribunaux, ont peut-être alimenté l'hésitation du gouvernement à instituer un comité consultatif permanent. De plus, il faudrait tenir compte de la représentation régionale, ce qui serait difficile et guère utile étant donné les conventions régissant la provenance des juges de la Cour suprême.

Si un comité permanent n'est pas pratique, alors pourquoi ne pas former un comité spécial chaque fois qu'une vacance survient? C'est vraisemblablement le raisonnement qu'a suivi le gouvernement plus tôt cette année lorsqu'il a mandaté le Comité spécial intérimaire pour la nomination des juges de la Cour suprême pour examiner les candidatures aux deux postes créés par le départ des juges Arbour et Iacobucci. Le Comité était composé de parlementaires de tous les partis représentés à la Chambre des communes et de représentants du Barreau du

Haut-Canada et du Conseil canadien de la magistrature. Le ministre de la Justice a témoigné publiquement devant le Comité et répondu à des questions sur l'expérience et les compétences des candidats. À l'issue des audiences, le Comité a déclaré les candidates, les juges Rosalie Abella et Louise Charron, « éminemment qualifiées pour siéger à la Cour suprême du Canada » (Lee).

Certes, la création d'un comité consultatif constitue un pas dans la bonne direction, mais cela ne suffira pas pour réformer vraiment le système. Le Comité a d'ailleurs fait remarquer dans son rapport qu'il ne disposait pas des informations nécessaires au sujet des candidates pour interroger convenablement le ministre. De plus, comme seulement deux candidats ont été proposés pour combler les deux vacances, le Comité n'a pas pu les évaluer par rapport à d'autres (Lee). Le simple fait que la capacité de nommer des juges demeure la chasse gardée de l'exécutif montre que le gouvernement n'est pas disposé à ouvrir le processus. Par ailleurs, le gouvernement a clairement établi que ses nominations ne pourraient être renversées quel que soit l'avis du Comité, réduisant du même coup le mécanisme à une farce manifestement destinée à « couvrir le pouvoir nu du premier ministre d'un manteau de légitimité » (LeRoy).

Ce dont nous avons besoin maintenant, c'est d'un système basé sur la collaboration pour le choix des juges qui trancheront les questions de haute importance pour notre société. Les comités consultatifs (sauf le Comité spécial intérimaire) constituent la meilleure solution jusqu'ici, car ils réunissent des représentants de divers milieux. Cependant, leurs recommandations n'ont aucune valeur exécutoire. Autre lacune flagrante mise en évidence par le Comité spécial intérimaire : le premier ministre choisit soigneusement les candidatures qui seront examinées, ce qui est loin de favoriser l'indépendance des nominations. Pour qu'elle en vaille la peine, la réforme devra prévoir une véritable participation de la part des parties intéressées – l'électorat, par l'entremise de ses représentants provinciaux et fédéraux et par l'inclusion de simples citoyens; les juristes, par l'intermédiaire de leurs organismes réglementaires; et le judiciaire. Toutes les grandes réformes depuis 30 ans prévoyaient la participation des provinces à la nomination des juges de la Cour suprême (McCormick 9); il n'y a aucune raison de ne pas poursuivre dans le même sens. À tout le moins, la participation des provinces atténuerait la perception selon laquelle la Cour suprême favorise le fédéral et permettrait à chaque région de proposer les candidats les plus aptes à les représenter au sein d'un tribunal qui, par convention et en réalité, est censé représenter tout le Canada. Chaque fois qu'une vacance survient, un comité pourrait être formé dans chaque province, avec des représentants de chaque parti siégeant à l'Assemblée législative, du barreau, du procureur général et du grand public. Le comité lancerait un appel de candidature au lieu de choisir les candidats arbitrairement. Il analyserait les candidatures dans un délai raisonnable afin de fournir une liste restreinte au premier ministre, ainsi que des renseignements généraux sur chaque candidat et un aperçu de leurs compétences. Ce compromis respecterait la convention voulant que ce soit le premier ministre qui nomme les juges, tout en permettant un examen plus complet et plus objectif des candidatures. Le premier ministre pourrait choisir l'un des candidats de la liste restreinte, ou rejeter la liste en *motivant sa décision*. Le cas échéant, si le Parlement juge les motifs satisfaisants, le comité soumettrait au premier ministre une seconde liste restreinte; si le Parlement juge les motifs insuffisants, le premier ministre serait forcé de choisir un candidat de la première liste. De cette façon, le processus se déroulerait à l'abri de tout favoritisme. Le premier ministre ne serait pas forcé de choisir parmi des candidats non satisfaisants, mais ne pourrait pas non plus rejeter une liste de candidats sans justifier sa décision.

Le système que je viens de présenter renforcera l'indépendance du judiciaire en répartissant le pouvoir de nommer les juges de la Cour suprême entre diverses instances. Sortir le processus des coulisses pour le rendre public favorisera la confiance de la population, l'impartialité et, du même coup, l'indépendance du judiciaire. La démocratie sera non seulement préservée, mais aussi consolidée, car la Cour suprême du Canada, tribunal de dernière instance et organe chargé d'interpréter des notions juridiques de très haute importance, ne peut être gouvernée que par la volonté du peuple.

Ouvrages cités

Ministère de la Justice du Canada, Lois constitutionnelles de 1867 et 1982.
<http://laws.justice.gc.ca/fr/const/index.html> (consulté le 18 novembre 2004).

Ministère de la Justice du Canada, Loi sur la Cour suprême.
<http://laws.justice.gc.ca/fr/const/index.html> (consulté le 18 novembre 2004).

Cour suprême du Canada, La Création et les débuts de la Cour.
http://www.scc-csc.gc.ca/AboutCourt/creation/index_f.asp (consulté le 19 novembre 2004).

Association du barreau canadien, Processus de nomination à la Cour suprême du Canada, mars 2004. <http://www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/04-10-03-fr.pdf> (consulté le 4 novembre 2004).

Dyck, Rand, Canadian Politics, 2^e éd., Scarborough : Thomson, 2002.

Fogden, S. et Makarenko, J., « Supreme Court of Canada Appointments: Canadian Politics and the Process of Appointing the Judiciary ». Mapleleafweb, Septembre 2004.
Mapleleafweb.com : site Web éducatif sur la politique canadienne.
<http://www.mapleleafweb.com/features/judicial/supreme-court/appointment/index.html> (consulté le 4 novembre 2004).

Lee, Derek, « Rapport du Comité spécial intérimaire pour la nomination des juges de la Cour suprême », Ministère de la Justice du Canada, août 2004.
http://www.justice.gc.ca/fr/dept/pub/scc_courtsup/index.html (consulté le 2 novembre 2004).

LeRoy, Sylvia, « Convenient Judges for Liberal Aims », Fraser Institute, 27 août 2004.
<http://www.fraserinstitute.ca/shared/readmore1.asp?sNav=ed&id=298> (consulté le 2 novembre 2004).

Lieberman, Jethro K., « Supreme Court of the United States », Microsoft Encarta Online Encyclopedia 2004. <http://encarta.msn.com> (consulté le 15 novembre 2004).

McCormick, Peter. « Could we, should we, reform the Senate and the Supreme Court? » Policy Options, janvier-février 2000, p. 7-10.

R. c. Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114.

Russell, Peter et Ziegel, Jacob., « Judges: a better way to choose them ». Globe and Mail, 15 mai 2004, p. A23.

« UK Supreme Court », The Source – Public Management Journal, mis à jour le 21 juillet 2003, <http://www.sourceuk.net/indexf.html?03656> (consulté le 15 novembre 2004).

Parlement du Royaume-Uni, The House of Lords, mis à jour le 28 juin 2004.
<http://www.parliament.uk/works/lords.cfm#loorg> (consulté le 21 novembre 2004).