

Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu ?

Henri Brun and Denis Lemieux

Volume 18, Number 2-3, 1977

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042167ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042167ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brun, H. & Lemieux, D. (1977). Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu ? *Les Cahiers de droit*, 18(2-3), 265–313.
<https://doi.org/10.7202/042167ar>

Article abstract

Emphasis has recently been placed on the danger of governmental agencies moving in the direction of what may be termed "judicialisation", as a result of the growing tendency of the government to become involved in adjudication. Meanwhile, very little attention has been given to the independence of the judiciary, the watchdog over the governmental processes.

On the one hand, professors Brun and Lemieux realize that the prerequisites of the independence of some governmental activities are just maintained and that the Courts have adapted different tests to different type functions. On the other hand, they realize that the independence of the judiciary is at the same time more and more endangered. Government designations of judges, interventions in, and associations with, the judiciary may convince many people that the latter is but a branch of the former. Moreover, the Courts themselves generally show too dormant an attitude in this area.

Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu ?*

Henri BRUN**

Denis LEMIEUX**

Emphasis has recently been placed on the danger of governmental agencies moving in the direction of what may be termed "judicialisation", as a result of the growing tendency of the government to become involved in adjudication. Meanwhile, very little attention has been given to the independence of the judiciary, the watchdog over the governmental processes.

On the one hand, professors Brun and Lemieux realize that the prerequisites of the independence of some governmental activities are just maintained and that the Courts have adapted different tests to different type functions. On the other hand, they realize that the independence of the judiciary is at the same time more and more endangered. Government designations of judges, interventions in, and associations with, the judiciary may convince many people that the latter is but a branch of the former. Moreover, the Courts themselves generally show too dormant an attitude in this area.

	<i>Pages</i>
1. L'indépendance du judiciaire vis-à-vis du gouvernement	267
1.1. La nomination et la destitution des juges; l'administration de la justice ..	268
— Le fédéral et les cours supérieures des provinces	268
— La nomination des juges	269
— La destitution des juges	270
— L'administration de la justice	272
— Conclusions	274

* Cet article a été commandité par l'Institut canadien de l'administration de la justice. Les opinions exprimées n'engagent pas l'Institut.

** Professeur, Faculté de droit, Université laval.

	<i>Pages</i>
1.2. L'intervention officieuse du gouvernement dans le judiciaire	275
— La suggestion	275
— La pression	277
— La menace	279
— Conclusions	282
1.3. L'association du judiciaire au gouvernement	282
— La collusion	283
— La conscription	285
— Conclusions	291
1.4. Conclusions	292
2. L'attribution de tâches politiques à des organismes quasi-judiciaires	293
2.1. Les risques inévitables d'ingérence politique dans l'activité quasi-judiciaire	295
2.1.1. Les interventions antérieures à la décision	295
2.1.2. Les interventions postérieures à la décision	297
2.2. Les situations nouvelles de conflits d'intérêts suscitées par la « judiciarisation » de l'activité administrative	300
2.2.1. Situations de conflits découlant de la nature même des organismes quasi-judiciaires	301
— Le conflit institutionnel	301
— Le conflit du juge-délégué	303
2.2.2. Situations de conflits découlant de l'expertise des membres d'organismes quasi-judiciaires	306
2.2.3. Situations de conflits découlant de l'existence d'une politique administrative prédéterminée	310
2.3. Conclusion	311
Conclusion	312

On a vu se manifester au cours des dernières années deux phénomènes en apparence contradictoires mais qui tous deux pourraient être susceptibles, à première vue tout au moins, de bouleverser l'équilibre traditionnel entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire.

Une première tendance vise à confier à des juges des tâches qui semblaient relever de par leur nature du pouvoir politique. La présidence de commissions d'enquête et d'organes administratifs, l'octroi de « pouvoirs » qui font apparaître les juges comme les exécuteurs des basses-œuvres du pouvoir politique, les prises de position et commentaires des hommes politiques sur une affaire judiciaire, voilà autant de sujets de réflexions eu égard au principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'endroit de l'Exécutif.

A l'opposé, la création de nombreux tribunaux administratifs pour remplir des fonctions de nature politique et administrative ne risque-t-elle

pas de conduire à un morcellement du pouvoir central et à un nouveau féodalisme administratif dans la mesure où ces tribunaux seraient assujettis aux mêmes règles de conduite que les tribunaux judiciaires, échappant ainsi à leurs créateurs ?

Ce sont là les deux questions que nous aborderons au cours de la présente étude.

1. L'indépendance du judiciaire vis-à-vis du gouvernement

Le principe de l'indépendance des tribunaux n'a pas une valeur première dans les régimes constitutionnels de tradition britannique. Son affirmation historique fut plutôt une conséquence de l'avènement de la souveraineté parlementaire.

Cette situation découle des origines britanniques du principe, où certaines des conditions vitales de cette indépendance n'ont été imposées par le Parlement de Westminster qu'au début du XVIII^e siècle, bien après que la souveraineté parlementaire ne se fût largement imposée¹.

Au Québec et au Canada l'indépendance des tribunaux est apparue encore plus comme un accessoire de la souveraineté parlementaire. Les fondements premiers en ont été posés dans le but de favoriser l'indépendance de la législature coloniale davantage que l'indépendance des tribunaux².

L'indépendance de principe des tribunaux ne soustrait pas ces derniers à toute action gouvernementale. La suprématie législative qui a présidé à son avènement historique tend à en faire un principe plutôt relatif, dont l'essentiel est sauf dans la mesure où les tribunaux peuvent prendre leurs décisions indépendamment des gouvernements. Il faut voir jusqu'à quel point cette exigence minimale place le judiciaire à l'abri des influences indues des gouvernements.

Le régime de collaboration des pouvoirs que nous connaissons postule un degré d'interaction entre les organes étatiques exerçant des fonctions différentes. Le droit constitutionnel donne ainsi aux gouvernements

1. *An act for the further Limitation of the Crown and better securing of the Rights and Liberties of the Subject (Act of Settlement)*, 12-13 Will. III (1701), c. 2, art. 7 (R.-U.).

2. L'incompatibilité entre les fonctions de juges et de membres de la Législature a été imposée de haute lutte par la Législature québécoise, au début du XIX^e siècle, dans le but de diminuer le nombre de députés à la solde du Gouvernement. Les juges étaient alors encore nommés « durant bon plaisir ». Voir H. BRUN, *La formation des institutions parlementaires québécoises*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1970, pp. 211 ss.

d'importants moyens d'action officiels sur le judiciaire. Et ces moyens se complètent d'interventions officieuses et de tentatives d'association.

1.1. *La nomination et la destitution des juges; l'administration de la justice*

Les juges des tribunaux supérieurs des provinces sont nommés et destitués par le Gouvernement fédéral³. Les juges des autres tribunaux provinciaux⁴ et ceux des tribunaux fédéraux⁵ sont respectivement nommés et destitués par les gouvernements provinciaux et fédéral.

— Le fédéral et les cours supérieures des provinces

Pour certains, ces pouvoirs du Gouvernement fédéral sur les cours supérieures des provinces sont une garantie de l'indépendance du judiciaire⁶.

Si la nomination des juges par le gouvernement a un rapport avec l'indépendance du judiciaire, nous voyons mal quant à nous que ce rapport soit substantiellement différent suivant que cette nomination soit le fait du Gouvernement fédéral plutôt que du Gouvernement provincial⁷. Tout au plus ces pouvoirs fédéraux peuvent-ils permettre aux juges, une fois nommés, de se sentir plus indépendants des gouvernements provinciaux qui, généralement, administrent la justice⁸. Mais on peut se deman-

3. *Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867*, S.R.C. 1970, app. II, p. 191, art. 96 et 99(1).

4. Voir par exemple, pour le Québec, la *Loi des tribunaux judiciaires*, S.R.Q. 1964, c. 20, art. 72, 102 et 117, adoptée en vertu de l'article 92(14) de l'*A.A.N.B.*

5. Voir, par exemple, la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 4, et la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e suppl., c. 10, art. 5(2), adoptées en vertu de l'article 101 de l'*A.A.N.B.*

6. Voir *Toronto v. York*, [1938] A.C. 415, à la p. 426.

7. Sauf que le pouvoir de nomination du Gouvernement fédéral est assorti de modalités que le Parlement fédéral ne pourrait vraisemblablement pas modifier : *A.A.N.B. de 1867*, art. 97 à 100. Les lois provinciales stipulent sensiblement les mêmes principes au sujet de la nomination des juges des cours provinciales inférieures, mais ces lois pourraient être librement amendées par les parlements provinciaux. Voir *Re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, aux pp. 415-416 (par le juge Duff).

8. Le fait que le provincial et le fédéral doivent nécessairement collaborer pour qu'une magistrature supérieure existe dans une province, le premier créant le poste et le second nommant son titulaire, ne change fondamentalement rien à cet égard. Les parlements provinciaux ne peuvent retirer à ces cours les juridictions qu'elles possédaient en 1867, suivant l'arrêt *Séminaire de Chicoutimi v. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, mais le nombre de leurs juges et peut-être même leur existence, sinon leur articulation, relèvent d'eux. Une indépendance accrue des tribunaux supérieurs provinciaux ne découle donc pas de façon évidente de ce partage de compétences. Voir *infra*, note 24.

der s'ils sont pour autant beaucoup plus indépendants que les juges de la Cour suprême du Canada le sont par rapport au Gouvernement fédéral qui les nomme, les destitue et administre la justice à ce niveau.

On peut tout aussi bien penser que les pouvoirs du fédéral sur les cours provinciales supérieures ont surtout pour effet de placer celles-ci sous la dépendance relative de deux gouvernements au lieu d'un : le fédéral pour la nomination et la destitution, le provincial pour l'administration de la justice. Une chose est sûre, c'est que cette chinoiserie fédéraliste empêche les provinces d'organiser l'administration de la justice de façon rationnelle, conformément à la responsabilité que leur confie la constitution⁹. Tout cet aspect de la question a été étudié minutieusement par le professeur Pépin¹⁰.

— La nomination des juges

La nomination des juges, qu'elle relève du fédéral ou des provinces, se fait suivant des règles qui ignorent totalement l'idée d'indépendance du judiciaire. Les premiers ministres exercent à cet égard une prérogative gouvernementale dénuée d'à peu près toute entrave juridique¹¹.

Cette situation, qui fait du chef du gouvernement l'unique juge des qualités requises pour devenir juge, autorise le justiciable canadien comme l'observateur étranger à croire que l'affiliation politique est alors

9. *A.A.N.B. de 1867*, art. 92(14).

10. G. PÉPIN, *Les tribunaux administratifs et la constitution. Étude des articles 96 à 101 de l'A.A.N.B.*, Montréal, P.U.M., 1969.

11. Les articles 97 et 98 de l'*A.A.N.B.* énoncent que le Gouvernement fédéral doit choisir les juges des cours supérieures des provinces parmi les membres du barreau de la province pour laquelle ceux-ci sont nommés. La *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, art. 3, complète cette règle en ajoutant que les avocats choisis doivent avoir été membres du barreau d'une province pendant au moins 10 ans. Selon la *Loi des tribunaux judiciaires*, S.R.Q. 1964, c. 20, art. 72, 102 et 117, le Gouvernement québécois nomme suivant la même règle, qu'on a toutefois assouplie en permettant la reconnaissance d'expériences jugées équivalentes à celle d'avocat de la pratique. Enfin, la *Loi sur la Cour suprême* et la *Loi sur la Cour fédérale*, *loc. cit. supra*, note 5, art. 5 et 5(3) respectivement, complète l'*A.A.N.B.* et la *Loi sur les juges* en ajoutant que pour devenir juges de ces cours il faut avoir été membre d'un barreau ou juge d'une cour supérieure provinciale pendant 10 ans. On peut se demander si cette dernière précision signifie qu'il ne doit pas être tenu compte dans ces cas des années pendant lesquelles une personne a été juge d'une cour provinciale inférieure. Cette précision est cependant superflue dans les provinces où pour devenir juge des tribunaux inférieurs il faut pendant 10 ans avoir été membre du barreau. Enfin ces seules limites au pouvoir de nomination apparaissent très peu contraignantes pour les gouvernements.

le critère de sélection déterminant sinon prépondérant¹². Cette question de la nomination des juges a été souvent débattue, en elle-même¹³, et aussi dans le contexte grossissant de l'interprétation ultime des règles du partage fédératif des compétences entre le fédéral et les provinces par la Cour suprême du Canada¹⁴.

— La destitution des juges

Le Gouvernement fédéral ne peut destituer un juge d'une cour provinciale supérieure que pour des raisons d'inconduite, sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes¹⁵. Même si la « bonne conduite » exigée des juges a récemment été interprétée de façon moins restrictive qu'auparavant¹⁶, l'ensemble de cette procédure de destitution permet d'affirmer que les juges des cours supérieures des provinces sont à toute fin pratique inamovibles. Il semble que dans ces cas il soit plus facile pour le Gouvernement fédéral de forcer la démission d'un juge par des moyens détournés¹⁷. Cette procédure est garantie constitutionnellement; le

-
12. M. CROIZAT, *Le fédéralisme canadien et l'autonomie de la province de Québec*, Thèse de doctorat, Grenoble, 1964, p. 128. Voir J. WILLIS, "Methods of Appointing Judges", (1967) 1 *Can. Leg. Studies* 216, à 217 : il cite le professeur Risk, qui avait mené une étude sur le point, à l'effet que les juges nommés à la Cour suprême du Canada durant les 20 dernières années (en 1967) avaient des liens avec le parti au pouvoir à l'époque de leur nomination et que la plupart d'entre eux étaient actifs en politique à cette époque. Voir aussi W. A. ANGUS, "Judicial Selection in Canada; the Historical Perspective", (1967) 1 *Can. Leg. Studies* 220.
 13. Voir, par exemple, A. VINETTE, « Du choix des juges », (1969) 10 *C. de D.* 307; W. H. HURLBURT, "Appointment of Judges", (1968) 6 *Alta L.R.* 175; J. WILLIS, "Methods of Appointing Judges", (1967) 1 *Can. Leg. Studies* 216; H. HANSARD, "Election versus Selection of Judges", (1967) 15 *Chitty's L.J.* 253; W. H. ANGUS, "On Appointing Judges", (1967) *Chitty's L.J.* 45; E. A. TOLLEFSON, "The System of Judicial Appointment", (1971) 21 *U. of T. L.J.* 317. Ce sujet fut un des thèmes du congrès de l'Association des professeurs de droit du Canada en 1966 et du congrès de l'Association du Barreau canadien en 1971.
 14. Voir particulièrement J. BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution*, Montréal P.U.M., 1968.
 15. *A.A.N.B.*, art. 99(1).
 16. I. C. RAND, *Inquiry Re Honourable Mr. Justice Leo A. Landreville*, Ottawa, Imprimeur de la reine, p. 97 : dans son rapport, l'ancien juge de la Cour suprême suggère l'idée qu'une conduite jugée de nature à faire douter qu'un juge puisse s'acquitter de ses fonctions devrait suffire à justifier la destitution de celui-ci.
 17. L'affaire *Landreville*, en Ontario, en est un exemple, même s'il a fallu 5 ans (1962 à 1967) de pressions avant qu'une démission soit obtenue. Voir ANGUS, *op. cit. supra* note 6, pp. 247-8.

Parlement fédéral ne pourrait pas permettre au Gouvernement fédéral d'y déroger¹⁸.

Les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada peuvent être destitués suivant une procédure plus simple. Le Gouvernement fédéral peut y procéder, pour des raisons de mauvaise conduite ou d'incapacité, sur rapport en ce sens du Conseil de la magistrature¹⁹.

Enfin, les juges des cours provinciales inférieures sont également, au Québec, nommés « durant bonne conduite ». Mais le Gouvernement québécois peut les destituer sur rapport rédigé par la Cour d'appel du Québec à la suite d'une enquête tenue à la demande du ministre de la justice²⁰.

18. C'est pour cette raison que nous pensons que la procédure simplifiée de destitution prévue à l'art. 32(3) de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, est inconstitutionnelle eu égard aux juges des cours supérieures provinciales. D'une part, l'*A.A.N.B. de 1867*, art. 99(1), a aboli la prérogative royale en la matière et, d'autre part, il est plus que douteux que le Parlement fédéral puisse lui-même modifier cet article 99(1) en vertu de l'article 91(1) de l'*A.A.N.B.* Il s'agirait difficilement là d'une modification de la constitution fédérale. Le pouvoir de destitution du fédéral est une exception par rapport à la compétence générale des provinces sur ces tribunaux provinciaux. Voir W. R. LEDERMAN, "The Independence of the Judiciary", (1956) 34 *R. du B. Can.* 1139, à 1163.

En 1960, d'ailleurs, l'article 99(2) de l'*A.A.N.B.*, fixant l'âge de retraite des juges des cours supérieures à 75 ans, a été adopté par le fédéral et les 10 membres de la fédération, en la forme d'une loi du Parlement britannique : *A.A.N.B. de 1960*, 9 *Elis. II*, c. 2 (R.-U.). En d'autres termes, la destitution des juges des cours supérieures provinciales fait l'objet de garanties constitutionnelles, et il ne nous semble pas que le fait de parler de cessation de traitement plutôt que de destitution change quelque chose à cet égard. Dans *Landreville v. R.*, Cour fédérale, 7 avril 1977, le juge Collier conclut, "withdoubt", que l'art. 99 n'empêche pas le Gouvernement fédéral d'*instaurer simplement une enquête* au sujet de la conduite d'un juge d'une cour supérieure provinciale.

19. *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, art. 32(2) et (3). La validité de cette procédure simplifiée ne nous semble pas faire de doute eu égard aux tribunaux relevant du fédéral en vertu de l'article 101 de l'*A.A.N.B. de 1867*. Cet article donne pleine compétence au Parlement fédéral quant à ces tribunaux. Il en fait des organes fédéraux, dont l'existence même dépend de la volonté du Parlement fédéral. Partant, il est difficile de voir pourquoi ce Parlement ne pourrait modifier l'article 99(1) de l'*A.A.N.B.* relativement à ces tribunaux exclusivement fédéraux. L'article 101 est dit s'appliquer malgré les autres dispositions de l'*A.A.N.B.* et l'article 91(1) permet au Parlement fédéral de modifier la constitution fédérale. Il ne change rien à cet égard que ces tribunaux soient des cours supérieures au sens de 99(1), — ce dont on pourrait d'ailleurs discuter de ce point de vue dans le cas de la Cour fédérale. En vertu de l'article 31(1) de la *Loi sur les juges*, l'article 32(2) et (3) vise les cours supérieures en général.

20. *Loi des tribunaux judiciaires*, S.R.Q. 1964, c. 20, art. 72, 76, 102, 105 et 119.

Le Parlement du Québec pourrait sans obstacle amender cette procédure ou en prévoir d'autres. Ainsi, le juge en chef ou le juge en chef adjoint de la Cour du bien-être social

— L'administration de la justice

La justice est administrée au Canada d'une façon peu favorable à l'indépendance du judiciaire. Cette administration relève, d'une façon générale, du parlement provincial pour les tribunaux provinciaux et du Parlement fédéral pour les tribunaux fédéraux²¹. Mais dans l'un et l'autre cas, les lois délèguent au gouvernement une partie importante de ces pouvoirs d'administration. Dans la mesure où il s'agit de pure administration, il est nécessaire que le parlement délègue. Mais il n'est pas nécessaire, cependant, qu'il le fasse dans tous ces cas au profit du gouvernement.

Les tribunaux sont créés, composés, et leurs compétences leur sont attribuées par lois²². La jurisprudence reconnaît que ces pouvoirs n'appartiennent pas au gouvernement, mais rien n'empêcherait une délégation expresse²³. L'existence, la composition et la compétence des tribunaux ne font en effet l'objet d'aucune garantie constitutionnelle : par simple loi, le parlement compétent pourrait, directement ou indirectement, éliminer une cour, réduire à discrétion le nombre de ses membres ou diminuer indéfiniment sa compétence²⁴. C'est dire que le système judiciaire lui-même repose sur des assises précaires, surtout si l'on tient compte de l'influence dominante du gouvernement sur le parlement dans notre système constitutionnel.

Le traitement des juges est également prévu dans des lois²⁵. Les gouvernements ne peuvent par conséquent pas porter atteinte à l'indépendance du judiciaire en coupant ou en menaçant de couper le traitement d'un juge. Tant que ce dernier est en poste, il a droit à son

peut, avec l'assentiment du procureur général, remplacer un juge de cette cour par une autre personne (*Loi des tribunaux judiciaires*, art. 103).

21. *A.A.N.B.*, art. 92(14) et 101.

22. Voir la *Loi sur la Cour suprême*, la *Loi sur la Cour fédérale*, et la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, *loc. cit. supra* note 5. Voir aussi le *Code criminel* et le *Code de procédure civile* du Québec.

23. Voir *Steve Dart Co. v. Commission d'arbitrage*, [1974] 2 C.F. 215, au sujet de l'article 101 de l'*A.A.N.B.*

24. Sauf pour ce qui est des compétences qui appartenaient en 1867 aux cours supérieures des provinces : les parlements provinciaux ne peuvent pas les leur retirer, en raison, suivant la jurisprudence, du pouvoir fédéral de nommer les juges de ces cours. Voir *Séminaire de Chicoutimi v. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681. On peut se demander, suivant cette logique, si l'existence de ces cours ne se trouverait pas garantie pour la même raison et si un nombre minimum de juges les composant ne se trouverait pas également garanti.

25. Voir la *Loi des juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, art. 4 sq. et la *Loi des tribunaux judiciaires*, S.R.Q. 1964, c. 20, art. 74, 105, et 123.

traitement en vertu de la loi. La compétence législative suit sur ce point le pouvoir de nomination; le traitement des juges des cours supérieures des provinces est exceptionnellement fixé et fourni, en vertu de l'*A.A.N.B.*, par le Parlement fédéral²⁶. Dans ce cas, la garantie législative du traitement des juges se trouve en conséquence doublée d'une garantie constitutionnelle : le Parlement fédéral ne pourrait pas déléguer au Gouvernement le pouvoir de fixer les traitements des juges des cours supérieures provinciales²⁷. Il pourrait par contre le fixer pour les tribunaux fédéraux²⁸ et les parlements provinciaux pour les tribunaux inférieurs des provinces²⁹.

Les principales règles de procédure judiciaire sont aussi fixées législativement³⁰. Et les tribunaux les complètent eux-mêmes. Ainsi un gouvernement n'a aucun droit d'exiger qu'une instance judiciaire soit réouverte afin qu'il puisse intervenir pour faire valoir son interprétation d'une loi dont il a été l'initiateur. Il doit rencontrer les critères législatifs ou jurisprudentiels de la réouverture d'instance³¹. De même est-il sujet à la pleine discrétion judiciaire, comme n'importe quel justiciable, lorsqu'exceptionnellement il demande lui-même l'émission d'un bref de prérogative. Malgré les origines historiques de ces brefs, il est soumis aux règles habituelles de la procédure judiciaire et ne peut donner d'ordres à un tribunal³².

L'initiative des poursuites pénales revient en revanche au gouvernement (ministère public ou « couronne »)³³. Mais là encore, le dernier mot

26. Art. 100.

27. Pour les motifs exprimés à la note 18.

28. Pour les motifs exprimés à la note 19.

29. En vertu de 92(14) de l'*A.A.N.B.*

30. La procédure criminelle relève du fédéral, suivant l'article 91(27) de l'*A.A.N.B.*, de même que devant les tribunaux fédéraux en raison de l'article 101 de l'*A.A.N.B.* Dans les matières autres que le droit criminel, la procédure semble, malgré l'article 92(14) de l'*A.A.N.B.*, un accessoire du titre de compétence substantive impliqué, sauf que l'on suivrait quand même la procédure provinciale dans les matières fédérales où le fédéral n'aurait pas occupé le champ. Voir B. LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, 4^e éd., 1973, par A.S. ABEL, p. 811.

31. Voir *Canfarge v. Neumann*, (1975) 51 D.L.R. (3d) 759 (Sask. C.A.), à la p. 761 (par le juge Culliton, pour la Cour).

32. Voir *P. g. Canada v. P.P.G. Industries*, (1976) 7 N.R. 209 (C. supr.), à la p. 217 (par le juge en chef Laskin, pour la Cour).

33. Dans les provinces, il s'agit généralement du gouvernement provincial, en raison de l'article 92(14) de l'*A.A.N.B.*; mais le Parlement fédéral semble pouvoir donner aussi cette compétence au Gouvernement fédéral dans les matières relevant de sa compétence, comme il l'a fait pour les lois fédérales autres que le *Code criminel* par l'article 115(2) du *Code criminel*. La logique qui préside à cette situation semble analogue à celle qui prévaut en matière de procédure. Voir *supra*, note 30.

revient au judiciaire, qui peut opposer sa discrétion à l'action gouvernementale³⁴.

Enfin, plusieurs pouvoirs de gestion en matière de justice reviennent également aux gouvernements³⁵. Or il n'est pas sans rapport avec l'indépendance du judiciaire que la gérance des affaires judiciaires soit ainsi confiée à un ministère du gouvernement plutôt qu'à une autorité administrative relevant du parlement ou des tribunaux. Dans cette situation, le parlement met à la disposition du gouvernement les sommes que ce dernier lui a demandées pour les fins de l'administration de la justice et le gouvernement jouit d'une grande latitude dans la disposition des sommes ainsi votées³⁶. Il faut se souvenir, par exemple, des batailles que les tribunaux doivent régulièrement mener auprès des gouvernements pour obtenir le personnel dont ils ont besoin et les espaces nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.

— Conclusions

Les contacts officiels entre le gouvernemental et le judiciaire ont tendance à ignorer le principe de l'indépendance du judiciaire au chapitre de la nomination des juges et à surestimer celui-ci au chapitre de la destitution des juges. Comme la majorité des auteurs³⁷, nous pensons que l'objectif d'indépendance serait mieux atteint si le pouvoir de nomination était assorti d'exigences formelles en termes de consultation, d'approbation et de publicité³⁸. En revanche, il y aurait possibilité que les juges des cours supérieures provinciales n'échappent pas à tout jugement,

34. Voir *R. v. Rourke*, (1976) 25 C.C.C. (2d) 555 (B.C.C.A.), aux pp. 561 et 564 (par le juge McIntyre, pour un banc de 5 juges). On y a décidé que face à des abus de procédure de la part du procureur général, le juge à un procès criminel avait la discrétion de ne pas exercer sa discrétion.

35. Voir la *Loi du ministère de la justice*, S.Q. 1965, c. 16 et S.R.C. 1970, c. J-2.

36. Voir BRUN et GARANT, (1971) 12 C. de D. 659, à la p. 671.

37. Voir VINETTE, *op. cit. supra* note 7, p. 321; HURLBURT, *id.*, p. 180; HANSARD, *id.*, p. 258; ANGUS, *op. cit. supra* note 6, p. 258. Voir aussi "A Symposium on the Appointment, Discipline and Removal of Judges", (1973) 11 *Alta L.R.* 279.

38. Remplacer le gouvernement responsable par un organisme irresponsable ne semble pas une solution. La nomination gouvernementale devrait toutefois pouvoir ne pas s'appuyer uniquement sur la consultation du Barreau. Enfin ces nominations pourraient faire l'objet d'une approbation des deux tiers des membres de la chambre électorale du parlement, comme c'est le cas pour le protecteur du citoyen du Québec. La publicité qui accompagne nécessairement cette démarche semble de nature à garantir un niveau supérieur de qualifications intellectuelle, humaine et morale, et, de la part du justiciable, une meilleure perception, ce qui importe presque autant que la réalité des choses.

sans pour autant qu'il ne soit porté atteinte à leur indépendance vis-à-vis des gouvernements. Le droit fédéral suggère un modèle; il s'agirait de le rendre constitutionnellement applicable aux cours supérieures des provinces.

De ces deux situations opposées résulte, en faveur de l'indépendance du judiciaire, un équilibre apparent. Une fois nommé, le juge est libre à l'endroit du gouvernement, sauf pour ce qui est de l'évolution ultérieure de sa carrière³⁹. Mais cette liberté n'améliore pas les qualifications qui ont présidé à la nomination et qui fondent principalement l'indépendance d'esprit.

L'administration de la justice pourrait d'autre part être conçue d'une façon qui donne aux tribunaux, directement ou indirectement, les moyens matériels d'accomplir leurs tâches sans se trouver à la merci des gouvernements. L'objectif pourrait être atteint par la mise sur pied, dans chaque province et pour le fédéral, d'une « Régie des affaires judiciaires » qui relèverait des tribunaux ou du parlement, et qui gèrerait un budget autonome obtenu directement du parlement compétent.

1.2. *L'intervention officieuse du gouvernement dans le judiciaire*

Les gouvernements n'ont pas, pour influencer le judiciaire, que les moyens officiels que leur fournissent les principes régissant l'organisation judiciaire. Ils peuvent aussi y aller de leur initiative. Et la situation qui prévaut à ce chapitre est particulièrement révélatrice de l'état d'indépendance d'un système judiciaire. Car le succès et par conséquent l'existence même de ces interférences témoignent de la qualité d'un système : c'est dans la mesure où ses moyens légaux sont disproportionnés qu'un gouvernement peut influencer indûment les tribunaux.

Ces moyens d'action officieux vont de la suggestion à la menace, en passant par la pression.

— La suggestion

Il arrive parfois que les gouvernements agissent d'une façon qui tende à orienter les décisions qu'est appelé à prendre le judiciaire. Bien que cette façon de faire ne soit généralement pas voulue, les tribunaux semblent disposer des techniques d'immunisation appropriées.

39. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1972, p. 278.

Dans l'affaire *Carrochia*, des raids policiers avaient eu lieu dans certains établissements industriels et des accusations avaient été portées pour infractions à des règlements municipaux d'hygiène. Avant que les sommations n'aient été signifiées, la police émit un communiqué de presse dans lequel elle relia les accusés au monde du crime organisé et fit état d'accusations additionnelles à venir. L'essentiel de ce communiqué fut publié le lendemain dans cinq grands quotidiens. Sur requête des intéressés, la Cour supérieure⁴⁰ puis la Cour d'appel du Québec⁴¹ reconnurent que la police avait posé un acte propre à affecter l'indépendance du judiciaire et s'était de ce fait rendue coupable d'outrage au tribunal⁴².

En plus du recours au mécanisme de l'outrage au tribunal, les juges peuvent aussi, face à certaines méthodes gouvernementales, se récuser⁴³ ou, dans certains cas, refuser d'exercer leur discrétion⁴⁴. Et s'ils ne réagissent pas eux-mêmes à ces activités suggestives, il y aura parfois possibilités que leurs décisions soient cassées par voie d'appel ou de contrôle, pour raison de préjugé. Cette situation est particulièrement fréquente dans le cas des tribunaux administratifs.

Dans l'affaire *Cathcart*, une décision de la Commission de la fonction publique a été annulée parce que le ministère des postes avait transmis à la Commission le dossier qui avait fondé sa recommandation de congédier la personne en cause⁴⁵. On a jugé que même si le tribunal était indépendant du gouvernement, la communication particulière qui avait eu lieu entre les deux était de nature à faire craindre la partialité⁴⁶.

En revanche, les tribunaux du Manitoba se sont montrés davantage laxistes dans l'affaire du *Winnipeg Free Press*. Dans cette affaire, le premier ministre et le ministre du travail de la province s'étaient exprimés en faveur de l'accréditation syndicale d'un groupe d'employés du *Winnipeg Free Press*. Le second, plus particulièrement, avait dit espérer que l'accréditation soit accordée rapidement. L'accréditation fut effectivement accordée aux employés requérants par le tribunal provincial

40. *R. v. Carrochia*, (1974) 14 C.C.C. (2d) 354.

41. *Idem*, (1974) 43 D.L.R. (3d) 427.

42. *Idem*, à la p. 434 (par le juge Brossard, pour un banc de 5 juges).

43. Dans une affaire *Caron*, le juge Beaudet, de la Cour provinciale du Québec, s'est récusé récemment parce que le ministère public avait joint la feuille de route d'un accusé qui comparait devant lui au dossier qu'on lui avait transmis concernant cette affaire. Voir *Le Soleil*, 11 septembre 1976.

44. Voir *R. v. Rourke*, (1976) 25 C.C.C. (2d) 555 (B.C.C.A.).

45. *Cathcart v. C.F.P.*, [1975] C.F. 407.

46. *Id.*, à la p. 414 (par le juge Smith).

compétent, en un temps apparemment record. L'employeur demanda alors l'annulation de cette décision, pour partialité au moins apparente⁴⁷.

En première instance on a considéré, essentiellement, que ce serait insulter les membres d'un tribunal institutionnellement indépendant du Gouvernement que de croire que ceux-ci ont pu être influencés par des craintes ou des espoirs⁴⁸. Qu'un ministre privilégie une philosophie, a-t-on ajouté, ne conditionne pas le travail d'un tribunal indépendant⁴⁹. Cette décision et ses motifs ont été ensuite confirmés par la Cour d'appel⁵⁰.

Qu'il nous soit permis de penser que l'à propos de cette décision est douteux. L'indépendance institutionnelle d'un tribunal dont la nomination, la destitution et l'avancement des membres dépend des relations que ceux-ci entretiennent avec le gouvernement est quelque chose de très relatif. Elle dépend beaucoup, justement, de l'admissibilité de semblables interventions gouvernementales qui n'ont effectivement pas pour objet une philosophie générale mais bien plutôt un cas particulier⁵¹.

— La pression

Lorsque la suggestion est consciente, elle s'appelle incitation. Et lorsque l'incitation vient du gouvernement elle devient facilement de la pression. Les tribunaux subissent aussi ce genre d'intervention et semblent s'en défendre assez mal.

La célèbre « affaire des juges », qui s'est déroulée au printemps de 1976, fournit le meilleur exemple contemporain de ce genre de situation. Les circonstances de cette affaire sont assez connues; il suffira d'en évoquer succinctement les données essentielles⁵².

À la suite d'un procès pour outrage au tribunal intenté contre un ministre fédéral, le juge outragé cherche à faire payer par le Gouvernement fédéral les honoraires de l'avocat qui l'avait représenté dans cette

47. *Re Winnipeg Free Press and Newspaper Guild*, (1974) 44 D.L.R. (3d) 276 (Man. Q.B.).

48. *Id.*, à la p. 280 (par le juge Wilson).

49. *Id.*, à la p. 281.

50. *Id.*, à la p. 285.

51. Il nous semble qu'il faut considérer d'un œil différent les déclarations de portée générale que peut faire un ministre. Voir, par exemple, *Le Soleil* du 5 mai 1976, au sujet d'une déclaration du ministre du grand nord et des affaires indiennes à l'effet qu'il ne croyait plus au gazoduc du MacKenzie, alors que la question faisait l'objet d'une enquête devant la Commission nationale de l'énergie.

52. *Le Devoir*, 4 mars 1976 : « La correspondance MacKay-Basford sur le cas Ouellet; les ingérences dans l'administration de la justice ».

affaire. Le Gouvernement refuse. Le juge adresse alors au ministre de la justice une longue lettre ouverte dans laquelle il dénonce les pressions gouvernementales sur la justice. De fait, il révèle trois interventions. Par la première, vieille de sept ans, un conseiller du premier ministre lui aurait demandé, pour des raisons diplomatiques, de retarder son jugement dans une affaire dans laquelle des étrangers étaient accusés. Dans le second cas, un ministre aurait tacitement, cinq ans plus tôt, pressé un autre juge de rendre une décision rapide dans une affaire de faillite ayant des conséquences économiques pour le district électoral dont il était le député. Enfin, un ministre serait intervenu auprès du juge chargé d'entendre la présente affaire d'outrage au tribunal, pour l'inviter à ménager son collègue.

Les circonstances de cette dénonciation laissent planer des doutes sur la pureté des intentions de son auteur. Il est difficile de prendre très au sérieux celui qui s'offusque à retardement ou pour le compte d'autrui. Aussi certains commentateurs se sont-ils contentés de juger le cas sous cet angle.

Le professeur McWhinney, pour un, se contente d'un jugement circonstanciel qu'il prétend fonder sur une abondante jurisprudence de *common law* dont il ne cite toutefois aucun exemple. Loin de comporter des dangers, ce genre de rapports entre le gouvernement et le judiciaire est selon lui commandé par l'intérêt public. Il prend beaucoup de place pour affirmer à foison que cette opinion repose sur la jurisprudence, mais il ne dévoile pas ses sources⁵³.

En fait, nous différons à peu près totalement d'opinion avec le professeur McWhinney. Le contexte de la dénonciation du juge Mackay démontre simplement que les juges sont mal équipés pour se soustraire à ces interventions du gouvernement. Il faut qu'un juge soit exacerbé pour en arriver à protester ouvertement contre certains agissements du gouvernement. L'indépendance du judiciaire devrait permettre aux tribunaux de ne tolérer que les interventions gouvernementales dépourvues de toute pression ou incitation, lorsqu'un motif limpide d'intérêt public les justifie. Sans quoi le justiciable peut douter de tout. Dans les circonstances, seul le troisième cas d'intervention méritait d'être retenu. Et nous sommes soulagé de constater que le Gouvernement ait été suffisamment sensible à l'anomalie de cette pression sur le judiciaire pour que celle-ci entraîne la démission du ministre qui en avait été l'instigateur⁵⁴.

53. *Idem*, le 31 mars 1976 : « Beaucoup de bruit pour peu de choses; les dimensions constitutionnelles de l'Affaire des Juges ».

54. *Idem*, 16 mars 1976.

La pression du gouvernement sur le judiciaire s'exprime parfois plus ouvertement. Suite à un jugement de la Division des petites créances de la Cour provinciale du Québec, statuant que les employés occasionnels du gouvernement québécois avaient droit à certains avantages marginaux, le ministre de la fonction publique somma ainsi le juge, publiquement, de motiver sa décision⁵⁵. . . . Lorsque par contre la pression s'exprime par le moyen d'un recours judiciaire (bref de prérogative demandé à une cour supérieure à l'encontre d'un juge d'un tribunal inférieur), il n'est légitime de s'en plaindre que dans l'hypothèse d'abus de procédures⁵⁶.

Il ne semble pas que notre système judiciaire soit de nature à encourager les gouvernements à systématiser leurs pressions auprès des tribunaux, comme ce semble être la situation dans le cadre d'autres systèmes⁵⁷. Pour autant, il n'est pas moins important que la magistrature se donne les moyens de refléter un haut degré d'intolérance vis-à-vis des tentatives en ce sens.

— La menace

Il y a enfin des cas où l'intervention gouvernementale prend la forme de menaces, plus ou moins voilées. Il semble que dans ces cas le judiciaire sait mieux se défendre grâce, en particulier, au mécanisme de l'outrage au tribunal.

L'affaire *Borowski* constitue un cas patent⁵⁸. Quelqu'un, dans cette cause, avait porté plainte contre le ministre des transports du Manitoba pour infraction à une loi de la province. Une accusation fut portée et le ministre sommé de comparaître. Ce dernier produisit alors une requête visant à ce que la poursuite soit abandonnée pour le motif qu'elle ne reposait sur aucun fondement. Le juge rejeta cette requête. Par la suite, le ministre fut interviewé par deux journalistes; les propos qu'il tint à cette occasion firent l'objet d'un reportage et d'une radiodiffusion partielle. Il y rappelait que le juge qui avait rejeté sa requête était un conservateur qui avait été nommé juge par un gouvernement conservateur. Selon lui, sa décision était tellement dépourvue de pertinence juridique qu'elle ne pouvait être basée que sur des considérations politiques. Puis il ajoutait :

“If that bastard hears the case I will see to it that he is defrocked and debarred”.

55. *Le Soleil*, 11 juin 1976.

56. *Idem*, 11 septembre 1976 : « Un juge accuse l'État d'ingérence dans l'administration de la justice ».

57. Au sujet de la situation en France, où la magistrature est intégrée à la fonction publique, voir « Le cri d'un juge », dans *Le Nouvel Observateur*, 2 juillet 1973, p. 27, et, surtout, « Des libertés menacées ? », dans *Le Monde diplomatique*, avril 1976, p. 11.

58. *R. v. Borowski*, (1971) 3 C.C.C. (2d) 402 (Man. Q.B.).

Des accusations d'outrage au tribunal furent par la suite portées contre le ministre, qui fut condamné.

Selon la Cour, il y avait outrage en raison des intentions prêtées au juge⁵⁹. Mais il y avait outrage surtout en raison des menaces proférées⁶⁰. Le fait que les paroles incriminées avaient été prononcées par un ministre accentuait leur côté menaçant. Bien que, par ailleurs, il importait peu que la menace ait été ou non exécutable et que le ministre ait ou non cherché à l'exécuter.

La récente affaire *Ouellet* est célèbre et de commune renommée. Il est donc légitime de n'en rappeler que l'essentiel.

Le 19 décembre 1975, le ministre fédéral de la consommation, André Ouellet, utilisa entre autres les mots suivants pour commenter l'acquittement que le juge MacKay, de la Cour supérieure du Québec, venait de prononcer en faveur de grandes compagnies de sucre que le Gouvernement fédéral avait accusées de monopole illégal :

"I think it is a silly decision. I just cannot understand how a judge who is sane could give such a verdict. It is a complete shock and I find it a complete disgrace".

Il fut en conséquence accusé et reconnu coupable d'outrage au tribunal, en Cour supérieure et en Cour d'appel⁶¹.

En Cour supérieure, le juge en chef adjoint Hugessen a dû consacrer une partie importante de son énergie à réfuter les moyens, parfois farfelus⁶², invoqués par la défense. Pour l'essentiel, il a reconnu l'outrage au tribunal en raison de l'atteinte portée à l'autorité des tribunaux, étant donné l'intérêt public à ce que cette autorité soit préservée. Mais il a aussi reconnu l'outrage en raison de la menace que laissaient tacitement planer sur le juge les propos de Ouellet. Il fait un lien direct entre cette menace et le fait que Ouellet était un ministre du Gouvernement qui a le pouvoir de destituer les juges des cours supérieures⁶³. Ce verdict de culpabilité fut confirmé unanimement par la Cour d'appel, qui ne reprit toutefois que le premier des deux motifs du juge Hugessen⁶⁴.

Cette décision a donné lieu, de la part des professeurs McWhinney et Baccigalupo, à des commentaires étonnamment superficiels, et partiellement fondés sur de faux principes juridiques.

59. *Idem*, à la p. 410 sq. (par le juge Nitkman).

60. *Id.*, p. 412.

61. *R. v. Atlantic Sugar; Re Ouellet*, C.s., 23 janvier 1976, et C.a., 20 octobre 1976.

62. Comme son manque de connaissance de la langue anglaise dans laquelle Ouellet avait prononcé les paroles incriminées, ou le fait que l'outrage avait été commis en Ontario.

63. *Loc. cit. supra* note 59, aux pp. 5 et 27 des motifs du juge Hugessen.

64. Par le juge en chef Tremblay.

Pour le professeur McWhinney, l'intervention du ministre Ouellet se justifie d'abord en raison de la « . . . nouvelle vocation de nature législative, voire politique », que s'est donnée la Cour suprême du Canada depuis 1949 et surtout depuis que le juge Laskin a été nommé juge en chef de ce tribunal⁶⁵. Le lien apparaît ténu et douteux : sauf rares incartades, les tribunaux canadiens, la Cour suprême en tête, s'en tiennent au droit positif comme le leur commande le principe de la suprématie législative.

Le professeur McWhinney prétend ensuite que le pouvoir exécutif peut « invoquer de très fortes justifications constitutionnelles pour appuyer son indépendance à l'endroit de l'autorité des tribunaux »⁶⁶. Il affirme même que : « Aucun n'est hiérarchiquement subordonné à l'autre » Ces assertions apparaissent franchement fausses. Elles contredisent carrément la *rule of law* sur laquelle est construit le droit public canadien⁶⁷. C'est néanmoins sur cette base, uniquement, qu'il fonde son opinion voulant que l'outrage au tribunal ne puisse jouer contre un ministre du gouvernement⁶⁸. Selon lui, le juge outragé n'aurait pu que se plaindre à la Chambre des communes⁶⁹.

Le professeur Baccigalupo, pour sa part, justifie l'action officieuse du ministre à partir des moyens officiels d'action du gouvernement sur le judiciaire; en raison de la dimension politique que prennent souvent les procès dans lesquels le gouvernement est partie; et, enfin, parce qu'il y va de la liberté d'expression de l'élu⁷⁰. On peut pourtant se demander pourquoi l'existence d'accrocs officiels à l'indépendance du judiciaire devrait être aggravée par des atteintes officieuses à cette indépendance. On peut se demander également si les affaires dans lesquelles le gouvernement est partie ne sont pas précisément celles où l'indépendance des tribunaux importe le plus. Et on peut se demander, enfin, si en l'occurrence la charge du ministre relevait de la liberté d'expression.

65. *Le Devoir*, 31 mars 1976 : « Beaucoup de bruit pour peu de choses; les dimensions constitutionnelles de l'Affaire des Juges ».

66. *Idem*.

67. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L., 1972, pp. 167, 173 ss., 295 et 297; R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, Québec, P.U.L., 1974, p. 1092 sq. Cet état de droit a permis que les premiers ministres Duplessis et Bennett soient condamnés à des dommages en Cour suprême du Canada : *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 et *Jones v. Bennett*, [1969] R.C.S. 277.

68. Il prétend que la jurisprudence ne fournit aucun exemple de condamnation de ministre pour outrage. Il y a pourtant l'affaire *Borowski*, de 1971, citée plus haut.

69. Il faut toutefois se rendre compte des limites de ce moyen dans un système où la majorité gouvernementale domine la Chambre.

70. *Le Devoir*, 4 mai 1976 : « Démocratie ou « juriscratie » ? L'Affaire des juges : des défis nouveaux pour l'équilibre des pouvoirs ».

Dans la mesure où elle visait à la défense du consommateur canadien contre de grosses compagnies, la charge du ministre Ouellet pouvait plaire. Mais il faut quand même se rendre compte que le judiciaire agressé dans ce contexte sympathique est aussi le judiciaire sur lequel l'individu devra pouvoir compter dans les cas bien plus nombreux où il aura à affronter des gouvernements qui prétendront alors représenter la paix, la sécurité officielle et l'ordre établi. L'autorité des tribunaux ne peut être sapée parce que le ciel est bleu et restaurée parce que le ciel est devenu gris. L'attaque du ministre Ouellet était une menace pour le judiciaire et non pour le juge MacKay personnellement, ce qui est bien plus sérieux : il serait illusoire de penser que des juges isolés et passablement démunis pourraient être indépendants d'esprit face à des gouvernants qui, issus de la même classe sociale qu'eux, pourraient les bafouer librement.

— Conclusions

Il nous semble important que les tribunaux conservent intacts les quelques moyens dont ils disposent pour repousser et décourager les suggestions, pressions et menaces des gouvernements. Leur utilisation doit être proportionnée à la nature de l'intervention gouvernementale, de la simple récusation jusqu'à la condamnation pour outrage, en passant par la dénonciation publique. Et les tribunaux supérieurs ne devraient pas hésiter à annuler les décisions des tribunaux inférieurs qui leur apparaîtraient entachées de préjugés parce que prises sous l'influence gouvernementale.

C'est depuis le XIV^e siècle que le gouvernement n'est plus censé pouvoir donner d'instructions aux tribunaux⁷¹. Edward Coke pouvait écrire, au XVII^e siècle :

“Obedience to His Majesty's command to stay proceedings would have been a delay of justice, contrary to law, and contrary to oaths of the judges”⁷²

La place de plus en plus grande que prennent les gouvernements devrait inciter à la préservation jalouse de cet élément d'équilibre étatique que constitue un système judiciaire aussi indépendant que possible des interventions officieuses du gouvernement.

1.3. *L'association du judiciaire au gouvernement*

L'indépendance du judiciaire ne dépend pas que de l'action unilatérale des gouvernements. Elle dépend aussi des démarches com-

71. Voir W. R. LEDERMAN, “The Independence of the Judiciary”, (1956) 34 *R. du B. Can.* 769, à la p. 778.

72. Cité par lord DENNING dans *The Road to Justice*, p. 10.

munes, auxquelles les tribunaux sont associés parfois de bon gré, parfois malgré eux. Cet aspect de la question est peut-être celui qui menace le plus aujourd'hui l'indépendance du judiciaire, d'autant plus que les tribunaux ne réagissent que très rarement à l'une ou l'autre de ces sortes d'atteintes à leur intégrité.

— La collusion

Pour les gouvernements, il est souvent du plus haut intérêt d'inviter le judiciaire à participer à ses activités. Il donne ainsi à certains de ses actes des apparences d'objectivité. Pour le judiciaire l'effet est inverse. Sa participation à des tâches de nature gouvernementale diminue son image d'impartialité. Mais pour des motifs qu'on peut soupçonner, le judiciaire accepte allègrement ces invitations qui compromettent pourtant l'exercice de ses fonctions propres.

Le lieu privilégié de cette association volontaire du gouvernement et du judiciaire est la commission d'enquête. À l'occasion des travaux de la Commission d'enquête sur le crime organisé, un comité du Barreau du Québec a récemment dénoncé cet acoquinage dans des termes évocateurs :

« L'expérience semble démontrer que trop souvent les problèmes à caractère politique ou para-politique, sont référés à des commissions d'enquête ce qui permet alors le recours à des membres de la magistrature respectés (. . .) pour lessiver pour ainsi dire les problèmes que le gouvernement trouve trop délicats pour les régler lui-même ou encore pour rechercher les solutions suggérées par ces mêmes commissions, solutions que le gouvernement n'aurait pas eu la volonté de prendre lui-même, précisément pour des raisons politiques »⁷³.

Le Barreau suggère dans ce rapport quelques palliatifs à cette situation. Il recommande pour ces commissions « le maximum d'indépendance et de non-intervention de la part des autorités politiques ». Il propose que les commissaires jouissent dans tous les cas des immunités des juges des cours supérieures, disposent d'un budget autonome de celui du gouvernement et engagent eux-mêmes leurs conseillers juridiques, enquêteurs et experts⁷⁴. Mais ce que le Barreau suggère surtout, c'est que le gouvernement et le parlement fassent eux-mêmes leur travail :

« Si le gouvernement veut avoir recours à un enquêteur pour s'informer d'une situation de fait ou pour obtenir des recommandations, il a à sa disposition tous les moyens pour ce faire et à défaut de tribunaux administratifs compétents, le parlement est souverain pour constituer au niveau du parlement des comités

73. « Rapport du Comité d'étude sur les commissions d'enquête », dans *Barreau 76*, mai 76, p. 14.

74. *Idem.*

formés des élus du peuple assistés s'il le faut de techniciens déjà à l'emploi du gouvernement pour conduire quelque enquête que ce soit »⁷⁵.

Malheureusement, il est très rare que le judiciaire se refuse à se prêter à cette collaboration qui l'identifie aux yeux du justiciable à l'activité gouvernementale. En juin 1976, le juge en chef Deschênes, de la Cour supérieure du Québec, a toutefois eu l'occasion d'exprimer indirectement une protestation publique. Il fallait que la situation soit intolérable, et elle l'était effectivement.

Il s'agissait de la Commission d'enquête sur le bilinguisme aérien, formée de trois juges, que le Gouvernement fédéral venait de créer pour mettre un terme à une grève des pilotes de lignes. En plus d'avoir vu le jour de façon précipitée et dans un climat politique surchauffé, cette Commission était sujette à des conditions assez singulières. Elle devait veiller à associer les associations des pilotes et des contrôleurs aériens à ses travaux, choisir ses experts à partir de listes préparées par ces associations et le ministère des transports, insérer dans son rapport le texte intégral des interventions des deux associations et ne livrer que des conclusions unanimes et sûres au-delà de tout doute raisonnable, conclusions qui seraient ensuite soumises à un vote libre de la Chambre des communes . . .⁷⁶.

Le juge Deschênes a simplement réclamé, sans plus de commentaires, que le Conseil canadien de la magistrature se réunisse et s'interroge à savoir si l'indépendance du judiciaire risquait dans ce contexte de se trouver compromise⁷⁷. Sa démarche, malheureusement, semble n'avoir reçu aucun écho du côté du Conseil, et les trois juges désignés ont pour leur part indiqué ultérieurement qu'ils trouvaient leur mandat acceptable⁷⁸.

Dans des commentaires consécutifs à cette affaire, les professeurs Gagné et McWhinney ont donné raison au juge Deschênes. Le premier a mis l'accent sur le caractère inadmissible des conditions imposées à la Commission⁷⁹. Alors que le second a surtout souligné que le bilinguisme aérien était une question exclusivement politique, de sorte qu'en créant la

75. *Id.*, p. 13.

76. Voir *Le Devoir*, 30 juin 1976.

77. Voir *id.* et *Le Soleil*, 30 juin 1976.

78. Voir *Le Devoir*, 7 juillet 1976.

79. *Id.*, 22 juillet 1976 : « La crise du bilinguisme aérien : la magistrature et le Barreau étaient-ils justifiés de s'abstenir ? ».

Commission, on avait en fait cherché à faire faire par le judiciaire du travail proprement gouvernemental ou législatif⁸⁰.

Cette tendance des gouvernements à faire appel au judiciaire pour se délester d'œuvres délicates se manifeste aussi à l'endroit des tribunaux administratifs⁸¹. Et la manie fâcheuse qu'on a, particulièrement au Québec, de conférer le statut de juge aux titulaires de plusieurs de ces instances administratives, accentue davantage la portée néfaste de cette tendance à l'exploitation abusive du judiciaire⁸². Enfin, d'une façon plus générale, l'indépendance du judiciaire est incompatible avec une pratique, isolée mais tenace, qui consiste à nommer des personnes juges, non pas en raison des fonctions que celles-ci sont appelées à exercer, mais plutôt pour les faire bénéficier d'un certain statut. De sorte qu'on peut en arriver à cette situation incongrue et surtout dangereuse qui fait qu'un juge peut être un conseiller juridique du gouvernement⁸³. Rien n'est évidemment plus susceptible de semer de la confusion dans l'esprit des justiciables, au détriment du judiciaire.

— La conscription

Dans le but d'associer le judiciaire à ses œuvres, les gouvernements n'y vont pas toujours directement; ils passent parfois par le canal de la

80. *Id.*, 4 juillet 1976 : « Le juge Deschênes et la commission sur le bilinguisme aérien ». Dans ce texte, le professeur McWhinney apparaît avoir beaucoup évolué par rapport au point de vue qu'il avait exprimé quelques mois auparavant à l'occasion de l'« affaire des juges ». Voir *supra*, note 65. Voir aussi Y. OUELLETTE, « La stérilisation politique des juges », (1968) 3 *Thémis* 167, à la p. 169 : « Les juges ne peuvent remplir correctement leurs fonctions que s'ils jouissent de la confiance des justiciables, laquelle repose dans la croyance en l'impartialité des juges. Mais si un juge s'immisce publiquement dans une question politique, cette attitude risque de faire naître dans l'esprit du public un doute sérieux sur l'impartialité dont il peut faire preuve dans l'exercice de ses fonctions ».
81. Voir *Le Devoir*, le 10 septembre 1976 : ce reportage fait état, entre autres, de la protestation de la Régie québécoise des mesures anti-inflationnistes devant le fait que le Gouvernement du Québec avait obligé celle-ci à décider de la validité d'une augmentation de 28% du traitement des juges des cours inférieures de la province, question qui est sensée relever de la compétence exclusive du parlement. Voir *supra*, note 25. La Régie a protesté, mais elle a dû quand même trancher la question . . . de façon positive.
82. La *Loi des tribunaux judiciaires*, S.R.Q. 1964, c. 20, art. 73 et 125, prévoit expressément le cas pour les juges de la Cour des sessions et de la Cour provinciale.
83. À l'occasion d'un débat sur la Convention de la Baie James, organisé en mars 1976 par le Centre d'étude nordique de l'Université Laval, je fus fort surpris d'entendre le haut fonctionnaire chargé de la mise en application de la Convention présenter le juge de la Cour provinciale qui l'accompagnait comme son conseiller juridique. Le juge en question n'a rien rectifié. Et pour cause, car il travaillait effectivement pour le Gouvernement, à plein temps.

législation. Ce détour a l'avantage, pour le gouvernement, de laisser peu de choix aux tribunaux. Ces derniers ont d'ailleurs rarement protesté contre ces embrigadements qui à toute fin pratique en font des agents du gouvernement.

La fonction judiciaire, essentiellement, consiste en l'individualisation de normes générales. Pour l'exercer, il faut pouvoir juger librement de la conformité ou de la compatibilité d'actes particuliers avec des règles de portée générale. Ce qui suppose, nécessairement, une dose de discrétion.

Le principe de la suprématie législative, qui sous-tend notre régime constitutionnel, implique pour l'application des lois l'existence d'une fonction judiciaire qui jouisse d'un minimum d'indépendance vis-à-vis du gouvernement. Mais ce corollaire a pour limites, à cause de la même suprématie législative, les prescriptions expresses et claires de la loi⁸⁴. C'est ainsi, par exemple, qu'il semble acquis, malgré une certaine jurisprudence britannique⁸⁵, qu'un parlement canadien peut par loi spéciale priver les tribunaux de toute discrétion relativement à un cas particulier⁸⁶. C'est ainsi, également, qu'il est admis qu'une législation peut explicitement diminuer ou écarter le contrôle judiciaire de certains actes gouvernementaux⁸⁷. Mais il y a aussi des textes de lois qui tendent à forcer les

84. Ceci par opposition à un contexte de séparation des pouvoirs où la constitution garantit au judiciaire un domaine propre. Voir H. BRUN, « La séparation des pouvoirs, la suprématie législative et l'intimité de l'exécutif », (1973) 14 C. de D. 387, aux pp. 391 ss.

85. Voir la célèbre affaire *Liyanage v. R.*, [1967] 1 A.C. 259 et aussi l'arrêt *Kariapper v. Wijesinha*, [1968] A.C. 717.

86. Voir *Succession Woodward v. Ministre des finances*, [1973] R.C.S. 120; *Drewery v. Century City Developments (No. 2)*, (1975) 52 D.L.R. (3d) 515 (Ont. H.C.), 52 D.L.R. (3d) 523 (Ont. C.A.). Seuls un arrêt de 1949, un *obiter* plus récent et une doctrine pourraient fonder le point de vue contraire. Voir *R. v. Hess (No. 2)*, [1949] 4 D.L.R. 199 (B.C. C.A.), à la p. 205 (par le juge O'Halloran, pour la Cour); *Gagnon et Vallières v. R.*, [1971] C.A. 454, à la p. 472 (par le juge Montgomery); J. N. LYON, "Constitutional Validity of Sections 3 and 4 of the Public Order Regulation, 1970", (1972) 18 *McGill L.J.* 136.

D'une façon générale sur cette question, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L., 1972, pp. 275 sq.

87. Voir *Farrell v. W.C.B.*, [1962] R.C.S. 48, à la p. 52 (par le juge Judson, pour la Cour); *Pringle v. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, à la p. 826 (le juge Laskin, pour la Cour); *R. v. Ganapathi*, (1973) 34 D.L.R. (3d) 495 (B.C.S.C.), à la p. 506 (par le juge Hinkson). Cet aspect de la question a été beaucoup traité par les auteurs : voir, entre autres, H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit. supra* note 86, p. 277 et R. DUSSAULT, *op. cit. supra* note 67, pp. 1159 sq. Lors de la rentrée des tribunaux, en septembre 1976, le juge en chef Deschênes, de la Cour supérieure du Québec, a dénoncé la tendance en ce sens de la législation : *Le Devoir*, 13 septembre 1976.

tribunaux à poser dans certains cas des actes précis sans la moindre discrétion, conformément en fait aux instructions du gouvernement.

Face à ces situations, les tribunaux devraient au moins ne pas agir de façon à aggraver leur cas. Dans la mesure où la loi ne les lie pas de façon absolue, ils devraient éviter de se considérer eux-mêmes ainsi liés, même si les circonstances de faits dans lesquelles ils doivent évoluer leur laissent peu de marge de manœuvre.

Le juge en chef Deschênes, dans l'interprétation d'une disposition d'une loi spéciale de retour au travail⁸⁸, a manifesté ce souci. Il a interprété cette disposition d'une manière tendant à éviter autant que possible que la Cour n'apparaisse comme un instrument servile de la volonté politique du Gouvernement⁸⁹. Cette disposition stipulait que, pour assurer le respect de la loi spéciale, la Cour supérieure émettait une ordonnance sur requête du Gouvernement fédéral. Le juge Deschênes a insisté pour dire qu'une telle disposition laissait au juge une discrétion⁹⁰.

Prétendre que les tribunaux jouissent d'une discrétion dans l'exercice d'un pouvoir donné ne signifie pas qu'ils doivent exercer ce pouvoir d'une certaine façon. Ça ne signifie pas, par exemple, que doivent s'appliquer alors toutes les règles de la justice naturelle, consignées ou non dans une charte ou une déclaration des droits. Une telle prétention veut simplement dire que le juge impliqué doit nécessairement faire jouer sa faculté d'appréciation et prendre une décision personnelle suivant les principes de justice applicables au cas d'espèce. Les tribunaux peuvent être par exemple requis par le gouvernement de prendre des décisions intérimaires ou conservatoires qui ne permettent pas l'audition de l'intéressé⁹¹. Mais ceci ne signifie pas pour autant qu'aucun droit n'est alors en jeu et que le juge peut se permettre d'agir dans ces cas de façon automatique comme s'il ne jouissait à leur égard d'aucune discrétion. En agissant ainsi, le judiciaire se montrerait encore plus dépendant du gouvernement qu'il ne l'est en réalité.

Dans l'arrêt *Jacob*⁹², la Cour d'appel fédérale a exprimé des motifs qui, par leur portée très générale, donnent à penser que les tribunaux n'exercent aucune discrétion lorsqu'ils émettent des mandats de perquisi-

88. *Loi de 1975 sur les opérations portuaires du Saint-Laurent*, S.C. 1974-75, c. 39, art. 16.

89. *P.g. Canada v. Association internationale des débardeurs*, [1975] C.S. 478, p. 482.

90. *Idem*, pp. 481-2.

91. Voir H. BRUN, « Le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires de l'administration », (1976) 54 *R. du B. Can.* 590.

92. *Sales and Armand Ltd. v. Juge Jacob*, [1976] 1 C.F. 445 (le juge Pratte, pour la Cour d'appel).

tion et de saisie⁹³. Dans l'arrêt *Shumiatcher*⁹⁴, pourtant, on avait expressément posé le principe qu'une telle décision était sujette à contrôle et annulation si elle était prise uniquement à partir de l'opinion du gouvernement requérant, vu l'impact de la question pour les droits de l'individu.

Suivant la *Loi sur l'expropriation*, le Gouvernement fédéral acquiert le droit de prendre possession d'un immeuble sur avis, après l'écoulement d'un délai⁹⁵. Une fois le délai écoulé, le Gouvernement fédéral, s'il est empêché de prendre possession de l'immeuble, demande à la Cour fédérale ou à une cour supérieure un mandat. Une audition est alors prévue⁹⁶. Au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge en chef Jackett a considéré expressément que le juge qui émet ce mandat n'exerce aucun pouvoir discrétionnaire, vu que le droit du Gouvernement de prendre possession de l'immeuble existe à partir de l'expiration du délai⁹⁷. Il renversait alors une décision du juge Décary⁹⁸ et la permission d'en appeler à la Cour suprême a été refusée⁹⁹.

Cette affaire illustre bien cette tendance gouvernementale à chercher à se lier le judiciaire pour faire endosser par lui certains de ces actes. Elle illustre aussi le masochisme dans lequel semble se complaire le judiciaire à cet égard. Il était possible mais non inéluctable de concéder que la loi, en l'occurrence, liait irrémédiablement la Cour au Gouvernement. Une interprétation moins étroite eut pu donner un sens à l'audition prévue par la loi au stade du mandat. Enfin, il eut été également possible de faire prévaloir la *Déclaration canadienne des droits*¹⁰⁰, comme l'avait fait le juge Décary.

Pour obtenir l'extradition de quelqu'un, le Gouvernement fédéral peut parfois avoir besoin de recevoir certaines dépositions au Canada. Suivant la *Loi sur l'extradition*, celles-ci sont reçues par un juge

93. En vertu de l'article 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

94. *Shumiatcher v. A.-G. Sask.*, (1960) 129 C.C.C. 267 (Sask. Q.B.), à 268 (par le juge en chef Hall) : au sujet de l'article 181(1) du *Code criminel*. Voir aussi *Re United Distillers*, [1974] 3 D.L.R.900 (B.C.S.C.), à 902 (par le juge en chef Farris).

95. S.R.C. 1970, 1^e suppl., c. 16, art. 17.

96. *Idem*, art. 35.

97. *R. v. Bolton*, [1976] 1 C.F. 232.

98. [1975] C.F. 31.

99. (1976) 8 N.R. 252. Nous considérons de même nature ces certificats que le Gouvernement fédéral peut faire enregistrer devant la Cour fédérale pour leur donner force de jugement. Voir *Lambert v. R.*, [1975] C.F. 548, au sujet de l'article 223 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

100. S.R.C. 1970, app. II, p. 457, art. 2 e).

compétent pour émettre les mandats d'arrestation¹⁰¹. En l'occurrence, le fugitif a cherché à se faire représenter par un avocat auprès de ce juge, afin de pouvoir contre-interroger les témoins. Cette demande lui a été refusée, et dans une décision très décevante le juge Dickson, pour une majorité de la Cour suprême du Canada, a expliqué que le juge qui reçoit ces dépositions n'exerce aucune discrétion et ne peut par conséquent pas être forcé de recevoir l'avocat mandaté par le fugitif¹⁰².

Évidemment, on est vite amené à se demander pourquoi un tel pouvoir serait confié au judiciaire s'il ne comportait pas la moindre parcelle de discrétion. En tout cas le judiciaire devrait essayer d'éviter d'interpréter lui-même ses pouvoirs de façon aussi restrictive, sous peine de se voir considéré comme un simple outil du gouvernement.

Parfois ce sont plutôt les circonstances dans lesquelles un pouvoir doit être exercé par les tribunaux qui font que ceux-ci apparaissent à toute fin pratique liés. Il en est ainsi, par exemple, des injonctions qu'est habilitée à émettre la Cour supérieure du Québec lorsque la santé ou la sécurité publiques ou l'éducation d'un groupe d'élèves est en danger¹⁰³. La Cour supérieure n'exerce ce pouvoir que sur demande du procureur général, après que le lieutenant-gouverneur en conseil eut décidé que la santé ou la sécurité publiques, etc. . . était effectivement en danger. C'est donc dire qu'un juge seul est placé, pour exercer sa discrétion, face à une décision *ad hoc* de l'organe central du Gouvernement, dans des conditions de gravité et d'urgence exceptionnelles.

La Cour suprême du Canada a elle-même jugé que la Cour supérieure exerçait dans ce cas un pouvoir de nature administrative, non sujet aux règles élémentaires de la justice naturelle¹⁰⁴. Et le bâtonnier Henri Grondin semble avoir bien résumé la situation en écrivant que, par ce pseudo pouvoir, . . . « L'État transfère toutes ses responsabilités sur le dos de la magistrature »¹⁰⁵. Il aurait tout aussi bien pu écrire . . . « le Gouvernement » ». Il faut toutefois ajouter que depuis lors un juge a osé refuser au Gouvernement l'injonction que celui-ci réclamait pour forcer

101. S.R.C. 1970, c. E-21, art. 31.

102. *Re Vardy*, (1976) 8 N.R. 91, à la p. 101 (le juge Dickson parlait alors pour 7 juges sur 9).

103. *Code du travail*, S.R.Q. 1964, c. 14), art. 99.

104. *Syndicat des employés du transport de Montréal v. P.g. Québec*, [1970] R.C.S. 713 à 719 (par le juge en chef Fauteux, pour 5 juges sur 7). Voir par contre les motifs de dissidence du juge Pigeon (à la p. 723), qui considère justement que si le pouvoir en question était un pouvoir ministériel, la loi l'aurait confié au Gouvernement et non à une cour.

105. *Le Devoir*, 8 mai 1976 : « Comment éliminer l'abus de l'injonction dans les conflits de travail ? ».

certains employés de l'Hydro-Québec à retourner au travail¹⁰⁶. Sa décision n'a toutefois pas été critiquée seulement par le Gouvernement¹⁰⁷.

Enfin, il y a des cas où la loi elle-même ne laisse aucun choix aux tribunaux : le pouvoir conféré est un pouvoir parfaitement lié au bon vouloir du gouvernement. Les lois fédérales apparaissent les plus fertiles en la matière et la Cour fédérale semble celle qui écope le plus.

Bien sûr ces situations sont légales. Et les tribunaux peuvent se contenter d'en prendre note. C'est ce qu'on fit par exemple dans l'affaire *Thompson*¹⁰⁸, au sujet de l'article 18(2) de la *Loi sur la libération conditionnelle des détenus*¹⁰⁹. Lorsqu'une libération est révoquée, la personne en cause est amenée devant un juge, qui doit alors ordonner son incarcération. Avec raison, le juge a noté qu'il était obligé d'agir ainsi, de sorte que la personne dont la libération est révoquée n'a ni droit, ni même intérêt, à être avisée de cette comparution. Il aurait pu se demander, à cette occasion, pourquoi ce travail d'estampillage lui revenait.

En vertu de l'article 145 de la *Loi sur les douanes*¹¹⁰, le procureur général du Canada peut demander à un juge de la Cour fédérale d'émettre un mandat « de main-forte » en faveur d'un préposé de la Division des enquêtes des douanes et accises. Ce mandat est émis sur affidavit d'un autre préposé (à l'effet que celui pour lequel le mandat est demandé est bien un préposé) et il reste en vigueur tant que ce dernier demeure un préposé de la Division. Il permet d'entrer partout en tout temps, de tout ouvrir et de tout saisir.

Comme le juge Jackett avait déjà jugé qu'il s'agissait là d'un pouvoir lié¹¹¹, le juge Collier s'est récemment senti obligé de décider dans le même sens¹¹². Mais il s'est aussi permis d'exprimer son étonnement devant le fait que la Cour était ainsi, à l'aveuglette, contrainte de prêter son assistance au Gouvernement¹¹³. À la lumière des . . . « abus récents du

106. *P.g. Québec v. Syndicat des employés de métiers de l'Hydro-Québec, C.s.*, Montréal, 27 juillet 1976, par le juge Maurice Lagacé. Son principal motif est à l'effet que la preuve avait révélé que les membres du syndicat assuraient les services essentiels.

107. Voir un éditorial de Claude Ryan dans *Le Devoir* du 29 juillet 1976 : « Non à l'injonction, et après ? ».

108. *Ex p. Thompson*, (1976) 25 C.C.C. (2d) 228 (N.S.S.C.), à la p. 236 (par le juge Cowan).

109. S.R.C. 1970, c. P-2.

110. S.R.C. 1970, c. C-40.

111. *Re Mandats de main-forte*, [1965] R.C.E. 647, aux pp. 650-1.

112. *Re Le P.g. Canada et la Loi sur les douanes*, [1976] 1 C.F. 254.

113. *Id.*, à 255 : « . . . je fus d'abord très surpris et j'eus de la difficulté à croire qu'on puisse demander une chose pareille à la Cour ou qu'elle doive, à la lumière de données si ténues et si peu révélatrices, prêter son concours pour investir un préposé gouvernemental inconnu de si vastes pouvoirs pour une période indéterminée ».

pouvoir exécutif aux États-Unis » . . . , il a fermement dénoncé cette pratique¹¹⁴. Il convient de noter que ce n'est pas là le seul cas où la loi permet au Gouvernement fédéral d'extorquer au judiciaire de semblables mandats dits de main-forte¹¹⁵.

Quelque légales que soient ces situations, il n'est pourtant pas requis qu'elles soient supportées avec une résignation silencieuse. Autant nous demeurons convaincu que les tribunaux doivent respecter la suprématie législative lorsqu'ils exercent leurs fonctions judiciaires¹¹⁶, autant il nous semble devenu important que la magistrature s'oppose concrètement à ces atteintes « légales » à l'intégrité de ses fonctions. Lorsque la justice est rendue sans discrétion, sans possibilité d'apprécier les situations particulières, elle apparaît alors aux yeux du justiciable comme un instrument du gouvernement.

— Conclusions

Pour que le judiciaire soit en état de jouer son rôle, il est nécessaire que les tribunaux et la magistrature soient le moins possible associés à l'activité gouvernementale.

Autant que possible, les gouvernements devraient faire leurs enquêtes eux-mêmes. S'ils devaient avoir absolument besoin des services de la magistrature, dans le cas d'une enquête dont le déroulement serait susceptible d'affecter plus particulièrement les droits des individus, il serait souhaitable pour le judiciaire que les juges enquêteurs soient désignés par la magistrature et qu'on fournisse à ceux-ci les meilleures conditions possibles d'indépendance¹¹⁷.

Il est important, également, qu'aucun juge ne soit amené à participer de façon permanente aux tâches gouvernementales. Les instances ad-

114. *Id.*, p. 257. Les protestations du juge Collier ont eu un effet : les ministres de la justice et de la santé ont dit récemment qu'ils ne demanderaient pas d'autres mandats permanents jusqu'à ce que soit terminée une étude au sujet de ces mandats. Voir *Le Soleil*, 28 février 1977.

115. Voir par exemple la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, art. 10(3), en vertu de laquelle un juge de la Cour fédérale doit émettre un semblable mandat de main-forte sur demande du ministre de la santé nationale et du bien-être social. Le Gouvernement fédéral disposerait de 935 mandats permanents. *Le Soleil*, 28 février 1977.

116. Voir H. BRUN, « Les tribunaux et le « droit naturel » », dans *Le Devoir*, 18 février 1976.

117. La seule interdiction de rémunération supplémentaire stipulée pour les juges des cours supérieures fédérales et provinciales par la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, art. 38(1), n'est pas suffisante. Voir également la *Loi des tribunaux judiciaires* S.R.Q. 1964, c. 20, art. 8, 26, 73 et 125.

ministratives ne devraient pas être présidées par des personnes ayant le statut de juges. Sauf dans les cas où il s'agit de véritables tribunaux, qui n'exercent que des fonctions judiciaires et para-judiciaires¹¹⁸.

Enfin, il faudrait éviter, autant que possible, que les lois n'attribuent aux tribunaux des pouvoirs liés qui, par définition, sont de nature exécutive et non judiciaire. Certains de ces pouvoirs ont été confiés au judiciaire dans le but d'assurer le contrôle d'actes gouvernementaux affectant très directement les droits des individus, à une époque où un contrôle de ces pouvoirs par les tribunaux semblait possible. Dans d'autres cas, il s'agit de véritables trompe-l'oeil contemporains. Il importerait d'apprécier les situations *in concreto* et d'identifier les cas dans lesquels les tribunaux se trouvent à hériter de pouvoirs effectivement liés. Certains de ces pouvoirs pourraient être exercés aussi bien par le gouvernement lui-même; d'autres pourraient l'être par une instance para-gouvernementale dont le statut fournirait des garanties. Pour la santé du judiciaire, il apparaîtrait souhaitable qu'on fasse preuve d'imagination à ce chapitre.

1.4. Conclusions

L'indépendance du judiciaire face au gouvernement est depuis longtemps perçue comme un principe constitutionnel fondamental. Maintenant que le gouvernement est si souvent partie aux litiges, civils comme criminels, il serait désolant de voir ce principe s'éteindre par inadvertance. Le danger que des personnes soient favorisées devant la justice en raison de leurs affiliations politiques avec le juge est remplacé aujourd'hui par le danger plus sérieux que certaines idées, en l'occurrence celles véhiculées par les gouvernements en place, soient privilégiées. C'est d'indépendance d'esprit dont il s'agit.

Qu'il y ait danger actuel ou virtuel est secondaire. L'indépendance apparente importe autant que la réelle. Le judiciaire ne peut être utile que s'il inspire confiance.

Les rapports entre le gouvernemental et le judiciaire affectent de plusieurs façons l'indépendance d'esprit du judiciaire. Lorsque l'attaque est frontale, celui-ci se défend bien. Par exemple lorsque les gouvernements exercent des pressions ou profèrent des menaces. Mais lorsque

118. Les articles 75 et 125 de la *Loi des tribunaux judiciaires*, S.R.Q. 1964, c. 20, permet que des juges de la Cour des sessions et de la Cour provinciale du Québec puissent être affectés à n'importe quelle tâche gouvernementale ou à peu près, nous semble inconciliable avec le principe de l'indépendance du judiciaire.

l'attaque est voilée, il souffre en silence . . . , quand il ne contribue pas lui-même à son mal. Soit par attrait de la gloire ou du devoir, comme dans le cas des commissions d'enquête; soit par tradition séculaire de retenue et de discrétion.

En fait, la nature de ces dangers donne à penser que le judiciaire est le plus en mesure de protéger l'indépendance du judiciaire. À la condition, bien sûr, qu'il se discipline, quitte son mutisme et se décide à s'occuper activement de politique judiciaire. Les tribunaux peuvent difficilement compter sur la bonne volonté des gouvernants et la vigilance des parlementaires. Il semble devenu nécessaire que les juges s'expriment collectivement d'une manière beaucoup plus vigoureuse en ce qui regarde les conditions d'exercice de la fonction judiciaire. Ils peuvent le faire d'une façon parfaitement respectueuse de la suprématie législative, ce qui est d'ailleurs très souhaitable.

C'est à cette condition que le judiciaire évitera de devenir un simple ministère du gouvernement¹¹⁹. L'existence de tribunaux indépendants n'est pas une valeur absolue; elle est cependant la composante essentielle, à titre de contrepoids à l'omniprésence gouvernementale, d'une démocratie que nous avons les moyens de nous offrir.

2. L'attribution de tâches politiques à des organismes quasi-judiciaires

Les nombreuses interventions de l'État dans des secteurs jusque là réservés à l'initiative privée ont amené la création de multiples autorités administratives dotées d'un large pouvoir décisionnel.

Dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires qui leur sont confiés, ces nouveaux organismes sont susceptibles d'affecter directement les conditions de vie des citoyens. Aussi s'est-il développés dans la population, du moins dans les secteurs organisés, une volonté d'être présent dans l'élaboration de ces décisions.

Les tribunaux ont pour leur part réagi assez tôt face au développement du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Ils ont ainsi qualifié maintes fonctions administratives de « quasi-judiciaires » afin de permettre aux intéressés d'être entendus par l'Administration préalablement à une décision.

Le Parlement a reconnu cette volonté de participation et confirmé l'attitude des tribunaux en étendant la procédure contradictoire, dans une

119. Ce qu'il n'est toujours pas censé être : *Dagenais v. Courcelles*, [1974] C.S. 403, à la p. 404. Voir aussi B. LASKIN, *The Institutional Character of the Judge*, The Magnes Press, Jerusalem, 1972, p. 5.

forme plus ou moins élaborée, à de larges secteurs de l'activité administrative. Il a de plus conféré à divers organismes administratifs des pouvoirs et immunités quelque peu analogues à ceux des tribunaux judiciaires. On a donc assisté à la création de tribunaux administratifs destinés à assurer aux individus et aux groupes intéressés un forum impartial pour présenter leurs vues et confronter leurs arguments. Certains de ces tribunaux ressemblent à s'y méprendre à des tribunaux judiciaires. Cette ressemblance frappante est encouragée par la présence d'avocats et de juristes à la fois comme membres de ces organismes et procureurs ou porte-paroles des parties.

Cependant, cette façade judiciaire peut parfois prêter à confusion. En effet, il ne faut pas oublier que la qualification « quasi-judiciaire » sert essentiellement pour les fins de l'audition. Le pouvoir décisionnel lui-même demeure de nature administrative et discrétionnaire. Les décisions prises seront souvent élaborées en fonction de choix politiques. De plus, en dépit de leur autonomie fonctionnelle, les autorités administratives s'inscrivent organiquement dans le cadre de la pyramide gouvernementale et sont placées sous la responsabilité d'un ministre.

Il en découle donc que l'activité de ces organismes quasi-judiciaires sera soumise à certaines règles de droit public comme « juges » et à d'autres règles comme « administrateurs ». Cette dualité de régimes ne va pas sans causer des difficultés. L'application à des organismes administratifs de règles propres à assurer l'indépendance du judiciaire se heurtera parfois à d'autres règles destinées à permettre l'exercice du contrôle gouvernemental et ministériel.

Les risques d'interférence sont de deux ordres. En premier lieu, le contrôle ministériel sur un tribunal administratif pourra apparaître comme une influence indue conduisant ce dernier à agir sous la dictée du ministre.

Par ailleurs, la qualité des personnes nommées par le gouvernement ou par des corps intermédiaires pour occuper des fonctions quasi-judiciaires rendra parfois inévitable l'existence de préjugés dus à la fonction qu'ils exercent ou à leurs activités passées.

Nous tenterons de montrer l'extrême fragilité de cette nouvelle séparation des pouvoirs qui demeure au fond assez artificielle. À cette fin, il convient de savoir si un trop grand « protectionnisme » des organes judiciaires de surveillance et de contrôle à l'endroit des tribunaux administratifs (leurs cousins éloignés ?) ne porte pas atteinte à l'indépendance et à la liberté d'action du pouvoir politique en appliquant à

ce dernier des principes établis à l'origine par et pour les tribunaux judiciaires.

2.1. *Les risques inévitables d'ingérence politique dans l'activité quasi-judiciaire.*

L'un des principes les plus fondamentaux du droit administratif est que le détenteur d'un pouvoir discrétionnaire (à plus forte raison si celui-ci s'apparente au pouvoir judiciaire) doit l'exercer en toute indépendance, sans ingérence extérieure.

Ce principe fut rappelé avec force par la Cour suprême du Canada en 1959 pour dénoncer les pressions indues du premier ministre Duplessis à l'endroit du président de la Commission des liqueurs du Québec pour amener ce dernier à retirer le permis de vente de boissons alcooliques du restaurateur Frank Roncarelli, sympathisant des Témoins de Jéhovah¹²⁰.

On pourrait donc s'attendre à ce que les détenteurs de fonctions quasi-judiciaires soient, à l'instar des juges, à l'abri des interventions du pouvoir politique. La réalité est bien différente puisqu'un certain nombre de contrôles politiques viennent limiter cette indépendance.

Certaines interventions gouvernementales sont de nature préventive et tendent à « éclairer » les juges administratifs. D'autres types d'interventions viseront à contrôler l'opportunité de décisions prises dans le cadre d'un processus quasi-judiciaire¹²¹.

2.1.1. Les interventions antérieures à la décision.

La multiplication des organismes administratifs a amené l'introduction de mécanismes de contrôle destinés à assurer la cohérence et l'uniformisation de l'activité gouvernementale. De cette façon, on veillera à ce que les décisions prises soient compatibles avec les orientations d'ensemble du gouvernement.

120. *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

121. Nous utiliserons pour cette partie de notre étude un rapport de recherche de P. KENNIF, D. CARRIER, P. GARANT, D. LEMIEUX et V. LEMIEUX, « Le contrôle gouvernemental des décisions d'adjudication des organismes exerçant des fonctions régulatrices et quasi-judiciaires, en particulier dans le domaine des communications ». Ce rapport encore inédit a été soumis en avril 1976 au ministère fédéral des communications.

Voir, plus généralement, sur cette question : ZAMIR, "Administrative control of administrative action", (1969) *California Law Rev.* 866.

Il s'ensuit que les tribunaux administratifs ne se contentent pas d'appliquer des normes législatives ou réglementaires à des situations particulières. Ils devront également, à l'occasion, se référer à des énoncés de politique, des discours, des directives, qui sont autant de moyens de canaliser et d'orienter l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire vers des choix politiques décidés au niveau de l'Exécutif.

Parfois, la loi accordera au ministre ou au Cabinet le pouvoir de dicter certaines normes de conduite aux autorités administratives placées sous leur juridiction. Dans la plupart des cas, ces interventions « préventives » se fonderont plutôt sur le principe de la responsabilité, devant le Parlement et le Cabinet, du ministre chargé de l'application de la loi constitutive d'un tribunal administratif.

Ces manifestations d'autorité du pouvoir politique pourront aller de simples suggestions jusqu'aux « diktats »¹²². Quel que soit leur caractère normatif, elles constituent autant d'entorses à l'indépendance des tribunaux administratifs en limitant leur liberté de manœuvre et parfois d'appréciation des faits.

Bien entendu, les Cours sanctionneront de nullité des cas d'abus de pouvoir du type de l'affaire *Roncarelli*¹²³. Mais combien y a-t-il d'affaires analogues ? Dans les rares cas où l'on a allégué une telle ingérence politique, le requérant n'a pu faire la preuve de cette ingérence¹²⁴ ou n'a pu persuader la Cour que le tribunal administratif risquait d'être influencé par la « suggestion » du ministre¹²⁵.

La règle ne trouvera donc application que dans des cas d'ingérence grossière, de plus en plus rares compte tenu du développement graduel d'une tradition administrative. Les risques d'ingérence existent encore, néanmoins, notamment lorsqu'un ministre prend position sur une question qui est à l'étude devant un tribunal administratif.

Ainsi, alors que l'Office national de l'énergie entendait une requête visant l'établissement d'un pipeline de gaz naturel dans la vallée de la

122. Voir, par exemple, la *Loi de la Régie de l'assurance-maladie*, L.Q. 1969, C. 53, art. 26 (tel que modifié par L.Q. 1974, c. 40, art. 22).

123. *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, particulièrement aux pages 153 et 156 (par le juge Martland).

124. *Hlookoff v. City of Vancouver*, (1968) 67 D.L.R. (2d) 119.

125. *Winnipeg Free Press v. Man. Lab. Bd and Newspaper Guild*, (1974) 44 D.L.R. (3d) 276. Dans cette affaire, dont nous avons déjà fait état, le ministre du travail et le premier ministre avaient manifesté publiquement leur appui à la demande d'accréditation d'un syndicat. La Cour conclua que ces « remarques malheureuses » n'avaient pu influencer la juridiction du travail.

rivière Mackenzie, le ministre responsable de l'Office affirma qu'il ne croyait plus à ce projet¹²⁶. De telles remarques sont de nature à affaiblir la crédibilité d'un tribunal vis-à-vis de l'opinion publique et du secteur économique réglementé. Par ailleurs, un tribunal comme l'O.N.E. ne peut pas ne pas tenir compte de cette volonté politique dans ses délibérations, surtout si la décision prise est susceptible de révision par le pouvoir politique.

L'intervention du pouvoir politique demeure nécessaire pour coordonner l'action des différents organes administratifs déconcentrés. Cette intervention devrait cependant se limiter à l'aspect politique du pouvoir décisionnel.

Elle devrait aussi s'exprimer de manière générale, en s'attachant à une catégorie de cas plutôt qu'à un cas particulier où elle serait perçue comme une ingérence directe et une substitution du ministre ou du Cabinet à l'organisme que la loi habilite exclusivement¹²⁷. Enfin, cette intervention devrait être portée à la connaissance du public et des intéressés, de manière à prévenir les pressions irrégulières.

Les Cours de justice paraissent accepter que les tribunaux administratifs puissent être guidés légitimement dans leur action par la politique générale du gouvernement, telle qu'exprimée ouvertement par ses représentants, à condition qu'ils continuent d'étudier chaque cas particulier avec un esprit ouvert et en tenant compte de la preuve soumise, ainsi que nous le verrons plus loin.

2.1.2. Les interventions postérieures à la décision.

L'une des caractéristiques du pouvoir judiciaire consiste dans l'immutabilité des jugements par rapport au pouvoir politique. On sait que seul le législateur peut, en le stipulant explicitement, mettre de côté l'effet d'un jugement¹²⁸. Les gouvernants doivent, pour leur part, s'incliner devant les décisions des cours de justice, lesquelles ne peuvent être remises en cause que par d'autres cours, selon la hiérarchie établie.

126. Cf. *Le Soleil*, 5 mai 1976, p. E-10. Voir aussi, A. R. LUCAS et T. BELL, "National Energy Board Policy and Procedure: the Dow-Dome Ethylene Export Application", (1976) 10 *U.B.C.L. Rev.* 266.

127. Évidemment, le législateur peut permettre qu'un tribunal administratif soit dessaisi d'un dossier au profit du pouvoir politique. Voir par exemple l'art. 39a de la *Loi des transports*, L.Q. 1972, c. 55, telle que modifiée par le projet de loi 251, art. 19, sanctionné le 19 décembre 1975. Ce pouvoir de retrait nécessite une habilitation législative explicite. Voir aussi l'art. 21 de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c.-1-2.

128. Voir par exemple "The Burmah Oil Affair", (1965-66) 79 *Harvard L. Rev.* 614.

Il n'en va pas nécessairement ainsi des décisions des tribunaux administratifs. Il est vrai que dans plusieurs cas, l'organisme chargé d'entendre les appels de décisions administratives est lui-même un tribunal administratif distinct du pouvoir politique. C'est le cas d'organismes comme le Tribunal des professions¹²⁹, le Tribunal des transports¹³⁰ et la Commission des affaires sociales¹³¹, qui agissent respectivement comme cour d'appel des conseils de discipline professionnelle, de la Commission des transports et de certains organismes relevant du ministère des affaires sociales. Les décisions de ces tribunaux administratifs d'appel sont elles-mêmes finales et sans appel.

Il existe cependant d'autres cas où les décisions prises par un organisme autonome de type quasi-judiciaire peuvent être modifiées directement par le pouvoir politique. La technique utilisée sera le procédé d'approbation¹³², d'annulation¹³³, d'appel¹³⁴ ou de révision¹³⁵. Elle permettra au pouvoir politique de contrôler au mérite les décisions prises. Généralement, ce contrôle s'attachera à vérifier la compatibilité d'une décision particulière avec la politique sectorielle ou générale du gouvernement¹³⁶.

Le contrôle gouvernemental des décisions administratives, jusqu'à récemment limité à certains cas d'exception, a pris de l'ampleur ces dernières années avec l'adoption de mesures comme la Loi fédérale anti-inflation¹³⁷ et la Loi québécoise sur la langue officielle¹³⁸.

129. *Code des professions*, L.Q. 1973, c. 43.

130. *Loi des transports*, L.Q. 1972, c. 55.

131. *Loi de la Commission des affaires sociales*, L.Q. 1974, c. 39.

132. Certaines décisions de l'Office national de l'énergie relativement à une licence ou un certificat doivent être approuvées par le Cabinet fédéral. Cf. *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, c. N-6, (telle que modifiée par S.R.C. 1970, 1^{er} suppl., c. 27), art. 13, 17, 29, 44.

133. Le Cabinet fédéral peut annuler ou modifier toute décision, règle ou ordonnance de la C.C.T., de sa propre initiative ou sur requête. Cf. art. 64 (1) de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N.-17.

Les décisions du C.R.T.C. touchant les licences de radiodiffusion peuvent aussi être annulées par le Cabinet ou renvoyées devant le C.R.T.C. pour nouvel examen. Cf. art. 23(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, c. B-11.

134. L'art. 25 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17 permet l'appel au ministre des transports des décisions de la C.C.T. relatives à un permis de transport.

135. La *Loi sur la mise en marché des produits agricoles*, L.Q. 1974, c. 36, permet (art. 13) la révision de certaines décisions de la Régie des marchés agricoles par le Conseil des ministres.

136. Voir le rapport de P. KENNIFF et al., *op. cit. supra* note 121.

137. *Loi ayant pour objet de limiter les marges bénéficiaires, les prix, les dividendes et les rémunérations au Canada*, S.C. 1974-75-76, c. 75.

138. *Loi sur la langue officielle*, L.Q. 1974, c. 6.

On peut se demander si le recours au ministre ou au Cabinet ne risque pas d'apparaître comme un recours alternatif ou exclusif du contrôle judiciaire en ce qui a trait au contrôle des fins poursuivies et de la motivation des décisions ? Le problème ne se pose pas dans le cas de l'approbation puisque celle-ci ne constitue pas une voie de recours mais plutôt un procédé de tutelle administrative¹³⁹. Pour les autres procédés de contrôle, il semble que le contrôle judiciaire puisse s'exercer nonobstant l'existence du contrôle administratif¹⁴⁰. L'exercice illégal du contrôle administratif peut même, à la limite, être contrôlé par les tribunaux¹⁴¹.

Le contrôle administratif permettra la substitution de la conception du gouvernement des exigences de l'intérêt public à celle du tribunal administratif, ce que ne permet pas le contrôle judiciaire traditionnel¹⁴². À la limite, ce contrôle administratif peut cependant discréditer les tribunaux administratifs. L'absence d'audition formelle au niveau politique, la considération possible de facteurs extérieurs à la preuve soumise en première instance, le poids d'un désaccord du ministre ou du Cabinet face à une décision importante d'un tribunal administratif, sont autant de points qui peuvent fausser le processus décisionnel en y ajoutant un élément d'incertitude. Les cours ne peuvent pas rétablir l'équilibre puisque les procédés de contrôle administratif sont eux-mêmes prévus par la loi et s'exercent dans le laconisme le plus complet.

L'intervention du pouvoir politique pourrait avoir pour effet de miner auprès des citoyens la crédibilité dont jouissent les tribunaux administratifs dès lors qu'elle s'exercerait régulièrement et non plus exceptionnellement. Si une fonction comporte un caractère vraiment politique, ne vaudrait-il pas mieux qu'elle soit alors exercée par les hommes politiques, quitte à ce que ces derniers procèdent à des enquêtes préalables ? Cette

139. La Cour fédérale a admis implicitement cette façon de voir dans l'affaire *Ass. des consommateurs du Canada v. Hydro-Ontario (No. 1)*, [1974] 1 C.F. 710.

140. Au niveau fédéral, les art. 28, 29 et 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e suppl., c. 10, permettent à la Cour fédérale d'appel d'exercer son pouvoir de contrôle sur les questions de droit et de compétence par le biais du droit d'appel et de la demande d'examen et d'annulation. Cf. *C.T.C. v. Worldways Airlines Ltd*, (1975) 55 D.L.R. (3d) 389.

Les lois fédérales qui prévoient un recours administratif prévoient habituellement aussi un recours judiciaire. Ex : art. 64(2) de la *Loi nationale sur les transports* et art. 26 de la *Loi sur la radiodiffusion*, *loc. cit. supra* note 133.

Le contrôle judiciaire garde aussi sa place au Québec, où les contrôles gouvernementaux sont demeurés exceptionnels. Cf. P. KENNIFF et al., *op. cit. supra* note 121.

141. Cf. *National Aviation Consultants Ltd v. Starline Aviation Ltd*, [1973] 1 C.F. 571; *Padfield v. Min. of Agriculture*, [1968] A.C. 997.

142. Voir par exemple la décision de la Cour suprême du Canada in *C.T.C. v. Worldways Airlines Ltd*, (1975) 55 D.L.R. (3d) 389.

position aurait le mérite de clarifier les règles du jeu et d'établir le partage des responsabilités¹⁴³.

Les tribunaux administratifs devraient conserver leurs attributions dans des domaines que l'on désire soustraire aux influences politiques. À cet égard, ils peuvent bénéficier de la protection des cours de justice pour assurer leur indépendance. Les grandes lignes de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire pourront néanmoins être délimitées par les règlements et directives émis par l'autorité politique compétente, suivant les exigences que nous avons proposées¹⁴⁴.

2.2. *Les situations nouvelles de conflits d'intérêts suscitées par la « judiciarisation » de l'activité administrative.*

L'application des règles dites de justice naturelle à certaines fonctions administratives, qualifiées à cet égard de quasi-judiciaires, emporte comme conséquence que les détenteurs de ces fonctions doivent présenter extérieurement toutes les apparences de l'impartialité. Les administrateurs impliqués dans le processus quasi-judiciaire devront posséder toutes les caractéristiques d'une entière indépendance à l'endroit des influences extérieures. Ils ne devront laisser subsister aucun doute raisonnable pouvant laisser croire qu'ils seraient préjugés.

La règle que « nul ne peut être juge dans sa propre cause », développée au cours des âges par les tribunaux judiciaires, a donc été rendue applicable à un large secteur de l'activité administrative. À l'origine, cette règle visait quelques situations relativement claires de conflits d'intérêts. Il s'agissait essentiellement de cas d'intéressement financier de même que de ceux engendrés par des liens d'amitié, d'animosité, de parenté ou d'association entre un juge et l'une des parties. Ce sont ces cas que l'on retrouve notamment dans l'énumération de l'article 234 du *Code de procédure civile*.

Ces cas de conflits d'intérêts « primaires » sont de plus en plus rares. L'impersonnalisation grandissante des rapports administrateurs-administrés et la sévérité accrue des règles d'éthique applicables aux détenteurs de charges publiques ont fortement minimisé ces types de conflits d'intérêts, au demeurant assez facilement contrôlables.

143. C'est l'attitude qu'a prise le législateur fédéral dans la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, S.C. 1973-74, c. 46, où le pouvoir décisionnel appartient au ministre alors que l'Agence d'examen de l'investissement étranger n'a qu'un pouvoir de conseil et d'avis.

144. Cf. *Loi d'urgence sur les approvisionnements d'énergie*, S.C. 1973-74, c. 52, où l'on prévoit l'émission de directives et l'adoption de règlements pour guider l'Office de répartition des approvisionnements d'énergie dans son action.

Il n'en va pas de même pour d'autres types de conflits d'intérêts généralement inconnus pour les tribunaux judiciaires mais que l'on retrouve au niveau des tribunaux administratifs.

Ces situations nouvelles qui risquent de porter atteinte au principe d'impartialité découlent de la nature même de ces organismes administratifs, de la spécialisation des personnes appelées à y siéger et des fonctions, à certains égards politiques, qu'elles ont à y remplir.

2.2.1. Situations de conflits découlant de la nature même des organismes quasi-judiciaires.

On sait que la règle que « nul ne peut être juge dans sa propre cause » constitue un principe général qui sert à interpréter ou à pallier l'insuffisance des textes législatifs. Le législateur peut donc, s'il le désire, passer outre au principe d'impartialité en le spécifiant clairement dans un texte de loi. C'est un peu ce qu'il a fait, du moins indirectement, en prévoyant des structures administratives à paliers décisionnels multiples et en associant au centre de décision des représentants de certains groupes intéressés.

— Le conflit institutionnel

Il est généralement admis par la jurisprudence qu'un juge ne peut siéger en appel de sa propre décision. Si ce principe paraît aller de soi, il n'en est pas moins battu en brèche dans plusieurs cas parce que la loi constitutive de certains organismes prévoit formellement la participation d'une même personne à plus d'un palier décisionnel.

Ainsi, s'il est impensable qu'un juge d'une cour supérieure qui a rendu jugement dans une affaire participe ultérieurement au jugement de la cour d'appel saisie du même dossier, il a été reconnu qu'un membre d'un conseil de discipline d'une corporation professionnelle¹⁴⁵, d'un comité universitaire¹⁴⁶ ou d'un organisme de régulation économique¹⁴⁷

145. *Re Merchant and Benchers of the Law Society of Sask.*, (1973) 32 D.L.R. (3d) 178; *Re Dancyger and Alberta Pharmaceutical Ass.*, (1971) 17 D.L.R. (3d) 206.

146. *Re Elliot and Governors of University of Alberta*, (1973) 37 D.L.R. (3d) 197; *King v. University of Saskatchewan*, [1969] R.C.S. 678; *Re Schabas and Caput of University of Toronto*, (1975) 52 D.L.R. (3d) 495, où le juge Pennell (à 505) a estimé que : "Subject to evidence of actual bias, I am of opinion that the Court should be reluctant to say that a presumption of bias can arise in so far as it relates to the personnel of a quasi-judicial body where the composition of the tribunal is specifically authorized by the legislature."

147. *In re Gardiner*, (1948) 1 D.L.R. 611, où il fut décidé que le président de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario pouvait siéger en appel de sa propre décision. La

qui avait décidé d'une sanction à l'endroit d'un individu pouvait par la suite siéger au sein de l'organisme d'appel qui pouvait reviser la première décision¹⁴⁸. Seule une manifestation actuelle de partialité pourrait alors entraîner l'annulation de la décision¹⁴⁹.

Ces procédés de cooptation entre paliers décisionnels permettent, bien entendu, une meilleure connaissance des dossiers puisque les membres cooptés sont déjà « sensibilisés » à l'affaire soumise. En revanche, on peut se demander si une personne qui a déjà pris position dans un sens donné sera capable de faire abstraction de son jugement antérieur et de conserver l'esprit ouvert pour participer à nouveau à la décision dans cette même affaire. La situation envisagée n'est pas celle de comités chargés seulement de recueillir les faits (fact-finding boards) mais bien d'organismes qui, à partir des faits recueillis, recommandent ou décident des cas qui leur sont soumis¹⁵⁰. Il est difficile pour la personne en cause de croire en l'impartialité d'individus qui ont déjà rejeté ses arguments et

loi fut amendée ultérieurement pour éviter la répétition d'une telle situation. Cf. REID, "Administrative law and practice", Butterworth, 1970, p. 228. Le problème subsiste néanmoins, comme en témoigne la récente affaire *In re W.D. Latimer Co. Ltd and Bray*, (1973) 52 D.L.R. (3d) 161, où des membres de la Commission des valeurs mobilières ont pu agir à la fois comme accusateurs et juges, parce que la loi permettait ce double mandat. Pour le juge Dubin (à 169) : "In the instant case, the Commission is by statute the investigator, the prosecutor and judge. Where a statute by its terms or by clear implication precludes the introduction of a common law rule and where the imposition of such a rule would frustrate the will of the legislature or of Parliament as expressed in the statute, the Count is not free to insist that the common law rules prevail, however inviting it may be for a Court to do so".

148. Le problème ne se posera évidemment que pour les organismes quasi-judiciaires. Ainsi, dans l'affaire *Walter v. Essex County Board of Education*, [1974] R.C.S. 481, le conseil scolaire avait présenté un projet d'expropriation qui avait fait l'objet d'une recommandation défavorable de l'enquêteur. Or, l'article 6 de la Loi ontarienne sur l'expropriation, R.S.O. 1970, c. 154, prévoyait que ce même conseil avait le pouvoir d'approuver ou de rejeter le rapport de l'enquêteur. Le conseil rejeta évidemment le rapport même s'il était techniquement « juge dans sa propre cause ». Comme il s'agissait d'un pouvoir purement discrétionnaire, le principe d'impartialité ne trouvait pas d'application ici.
149. Cf. note 146. Voir-aussi S. A. de Smith, *Judicial review of administrative action*, 3^e édition, Londres, Stevens and Sons, 1973, p. 230.
150. La distinction entre « recommandation » et « décision » a donné lieu dans l'affaire *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 R.C.S. 767, à des développements pour le moins byzantins chez les juges majoritaires qui niaient l'existence d'un double palier décisionnel et maintenaient qu'il ne s'agissait que d'une seule décision à étapes multiples. Le juge Laskin, dissident, contesta cette interprétation. Pour lui (à 773), « l'audition devant l'assemblée n'était pas une audition *de novo*, ni une audition dans laquelle l'assemblée se voyait présenter simplement des conclusions de fait. C'était une audition basée sur des conclusions de culpabilité que le procureur visé tentait d'infirmes et qu'on l'avait invité à contester. »

qui s'apprêtent à décider à nouveau de son cas à partir du dossier déjà constitué.

Cette situation pour le moins curieuse est voulue par le législateur ou prévue par la constitution interne d'organismes jugés apparemment « au dessus de tout soupçon » par les tribunaux judiciaires.

Ainsi, la Cour suprême du Canada a-t-elle décidé dans l'affaire *French*¹⁵¹ qu'un membre d'un comité qui avait recommandé la suspension d'un avocat pouvait siéger comme membre du conseil du Barreau qui pouvait confirmer ou infirmer cette recommandation. Mais la forte dissidence du juge Laskin indique que beaucoup de juges tenteront d'interpréter la loi de manière à ne pas permettre à cette situation de conflit chaque fois qu'une telle interprétation sera possible. Pour le juge en chef de la Cour suprême¹⁵² :

« Celui qui juge ne peut régulièrement siéger dans des procédures ultérieures fondées sur son jugement pas plus qu'un accusateur ne peut siéger comme membre du tribunal qui instruit son accusation, sauf autorisation de la loi. »

Fort heureusement, les cas de conflits d'intérêts institutionnels se limitent pour l'essentiel aux organismes disciplinaires décentralisés. De plus, la création du Tribunal des professions, composé de juges de la Cour provinciale, pour siéger en appel des décisions des conseils de discipline au lieu et place des conseils généraux des corporations professionnelles a déjà éliminé, du moins au Québec, le cas le plus manifeste de conflit d'intérêts institutionnel.

Le développement du syndicalisme dans le monde de l'éducation a également fait disparaître les risques de conflits entourant les décisions relatives à la carrière d'un enseignant¹⁵³.

— Le conflit du juge-délégué

Depuis quelque temps déjà s'est fait sentir un mouvement provenant de certains groupes, en vue d'être associés à certaines étapes du processus décisionnel de l'Administration lorsque leurs intérêts étaient en

151. *Idem.*

152. *Ibid.*, à 775. Pour une critique de cet arrêt, voir H.-L. FORTIN et D. LEMIEUX, « Un arrêt inquiétant de la Cour suprême sur l'impartialité des membres des conseils de discipline, (1975) 16 C. de D. 732.

Voir aussi l'intéressant *obiter dictum* du juge Dickson dans une affaire assez analogue à l'affaire *French*, mais décidée sur autre point, *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons of Alberta*, (1976) 9 N.R. 383, confirmant (1975) 52 D.L.R. (3d) 584.

153. Les étudiants sont encore sujets à de tels risques. Voir M. LARUE, *Le contrôle judiciaire dans le processus décisionnel des autorités universitaires*, mémoire de licence inédit, Faculté de droit, Université Laval, août 1976.

cause. La concrétisation de cette volonté de participation a pris diverses formes. On a assisté à la prolifération des consultations préalables par voie de commissions d'enquête, d'auditions publiques, de référendums. De multiples conseils consultatifs ont été créés au sein des différents ministères afin d'institutionnaliser cette participation des groupes qui y sont représentés.

Plus récemment, on a vu apparaître cette participation au sein même des organismes décisionnels. Dans certains cas, le pouvoir politique a pris l'initiative de cette formule afin de rehausser la crédibilité de certains organismes ou encore d'atténuer le choc d'interventions gouvernementales dans des secteurs jusque là réservés à l'entreprise privée.

Ainsi, dans le domaine des tribunaux administratifs à vocation économique ou sociale, on retrouvera dans certains cas des représentants d'associations de producteurs ou de consommateurs¹⁵⁴, de patrons ou d'employés¹⁵⁵. Ces personnes siègent comme membres à part entière de ces organismes, i.e. avec droit de parole et de vote.

Il n'y a pas lieu de soulever ici l'opportunité de cette intégration au processus décisionnel de représentants de groupes d'intérêts privés qui ne présentent pas les garanties d'indépendance normalement exigées des détenteurs de fonctions quasi-judiciaires.

Qu'ils soient élus, nommés ou désignés, ces membres-délégués ont pour mission de représenter le point de vue de leur association et implicitement d'influencer ainsi la prise de décision.

Cette situation de fait, encore une fois voulue par le législateur, aboutit à rendre ces membres-délégués mandataires des groupes dont ils émanent et fait d'eux, du moins lors de leur nomination, une sorte de cinquième colonne opérant derrière les lignes de l'affrontement entre l'intérêt public, représenté en principe par les diverses commissions, régies et tribunaux administratifs, et les divers intérêts individuels et sectoriels qui avancent leurs positions respectives.

154. Voir, par exemple, *la Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, S.C. 1970-71-72, c. 65. Voir aussi, *la Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, L.Q. 1975, c. 53, art. 8.

155. *Burnbrae Farms Ltd v. O.C.C.O.*, [1976] 2 C.F. 217. Dans cette affaire, on a admis que les représentants des producteurs d'œufs des provinces de l'Ouest pouvaient participer à l'étude d'une demande d'un producteur ontarien, même si leurs intérêts pécuniaires s'opposaient à ceux du requérant. La loi constitutive de l'Office exigeait ce mode de nomination. De plus, l'absence des membres intéressés aurait privé l'Office du quorum nécessaire.

Cet arrêt a été suivi dans l'affaire *Gray v. O.C.C.O.*, Cour fédérale d'appel, 3 novembre 1976, dossier A-110-76.

Étant donné le champ de compétence spécialisé de ces organismes administratifs, il y aura perpétuellement un conflit d'intérêts latent entre l'intérêt général et celui des groupes représentés. Dans certains cas, les personnes qui étaient hier les porte-paroles d'un groupe ou les principaux protagonistes dans une affaire seront nommés le lendemain membres de l'organisme qui aura à trancher cette même affaire dans le cadre d'un processus de nature judiciaire. Dans bien des cas aussi, ces nouveaux membres maintiendront leurs liens avec les groupes dont ils proviennent.

Cette situation de conflit est propre au droit administratif puisque le mode de nomination des membres des tribunaux judiciaires exclut cette possibilité. Dans le cas extrême où un juge serait appelé à siéger dans une affaire où il avait autrefois représenté l'une des parties, sa récusation serait automatique.

L'attitude de la jurisprudence est cependant plus nuancée lorsqu'un organisme administratif est en cause. Les juges admettent que l'on doit respecter la volonté du législateur comme l'on respecte celle des parties dans le cas de l'arbitrage commercial ou de l'arbitrage des griefs. Une personne qui serait inhabile à siéger à cause de son association avec l'une des parties intéressées pourra donc le faire valablement¹⁵⁵. En revanche, les cours sanctionneront toute décision prise avec la participation d'un membre-délégué possédant un intérêt moral ou un intérêt pécuniaire direct et immédiat dans une affaire¹⁵⁶. Elles toléreront cependant un intérêt personnel indirect lorsque celui-ci est la conséquence de la volonté du législateur¹⁵⁷ mais interdiront toute manifestation extérieure démontrant l'existence d'un préjugé réel à l'endroit d'une partie intéressée¹⁵⁸.

156. *Szilard v. Szaz*, [1955] R.C.S. 3.

On pourra aussi obtenir l'annulation d'une décision lorsque la personne nommée par une partie a un intérêt personnel, soit directement ou à titre de conseiller ou procureur d'une partie, dans un litige similaire que la décision à prendre est susceptible d'influencer. Voir *Ghirardosi v. Min. of Highways for B.C.*, [1966] R.C.S. 367; *Metropolitan Properties Co. v. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577; *Asbestos Co. Ltd v. Synd. nat. des travailleurs de l'amiante*, [1974] C.S. 508.

157. Ainsi, dans l'affaire *Re Retmar Niagara Peninsula Development*, (1975) 8 O.R. (2d) 549, le juge Morden indiquait (à 561) que :

It may well be that the Chicken Board members who heard the first appeal were "indirectly financially interested" by reason of being producers but since the composition of this local Board has been expressly directed to comprise producers . . . This ground of attack should fail.

158. R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, P.U.L., 1974, p. 1371; S. A. de SMITH, *Judicial review of administrative action*, *op. cit. supra* note 149, pp. 232 ss.

Il ressort donc de la jurisprudence que le principe d'impartialité subsiste au niveau d'organismes dont certains ou la totalité des membres sont nommés par une partie ou un groupe intéressé. C'est par analogie avec l'arbitrage que les cours de justice sont parvenues à cette solution qui respecte à la fois la volonté du législateur et l'intérêt de toutes les parties impliquées¹⁵⁹. Elles n'interviendront donc qu'en cas de situation de conflit qui irait à l'encontre de cette volonté¹⁶⁰.

2.2.2. Situations de conflits découlant de l'expertise des membres d'organismes quasi-judiciaires.

La complexité grandissante des problèmes techniques auxquels ont à faire face les tribunaux administratifs conditionne le choix des personnes appelées à en faire partie. Celles-ci auront souvent œuvré, avant leur nomination, à l'intérieur du champ d'action couvert par ces organismes. Dans bien des cas, l'expertise professionnelle sera le critère qui déterminera la nomination d'une personne à un tribunal administratif. Cette expertise des membres des Tribunaux administratifs confère à ceux-ci un avantage indéniable sur les tribunaux judiciaires, les juges n'ayant pas, sauf exception, de spécialisation particulière en dehors de leurs connaissances juridiques.

Cette qualification spéciale des membres des tribunaux administratifs a cependant une contrepartie inévitable, soit le risque que ces personnes

159. Voir notamment l'arrêt *Szilard v. Szaz*, [1955] R.C.S. 3, où le juge Rand, s'exprimant au nom de la Cour suprême, déclarait (à 4) que : "The arbitrators are to exercise their fonction not as the advocates of the parties nominating them, and a fortiori of one party when they are agreed upon by all, but with as free, independent and impartial minds as the circumstances permit. In particular they must be untrammelled by such influences as to a fair minded person would raise a reasonable doubt of that impersonal altitude which such party is entitled to."

Cet arrêt a été suivi à plusieurs reprises. Voir notamment *Norwood Div. Ass. No. 8 of Man. Teachers' Soc. v. Norwood School Div. 8*, (1972) 5 W.W.R. 485; *Min. of Highways for B.C. v. Shaw*, (1971) 18 D.L.R. (3d) 636.

160. Le cas de l'arbitrage tripartite est assez spécial. On pourrait prétendre que l'institution comporte en elle-même l'association de personnes intéressées au processus décisionnel, sous réserve du poids déterminant du président du tribunal nommé conjointement par les parties ou, à leur défaut, par une personne extérieure. Cf. Y. BERGERON, « De la règle d'impartialité en matière d'arbitrage de griefs », (1975), 35 *R. du B.* 163. Mais l'atténuation souhaitée par certain ne s'est pas manifestée et les cours maintiennent l'application des règles de justice naturelle. Ainsi, pour le juge Colas, s'exprimant dans l'arrêt *Asbestos Co. Ltd v. Synd. nat. des Travailleurs de l'amiante*, [1974] C.S. 508, à 511 : « Les trois membres d'un tribunal d'arbitrage, même si deux d'entre eux sont désignés par les parties elles-mêmes, ne doivent en aucune façon avoir été impliqués dans le conflit dont ils sont saisis. »

aient sur certains dossiers des idées préconçues, qu'elles ont peut-être d'ailleurs déjà exprimées publiquement. Cette connaissance préalable de certaines affaires pourrait donc faire douter de l'ouverture d'esprit et de l'absence de préjugés de ces juges-experts. Cette situation, parfois définie comme l'*occupational bias*, découle implicitement de la nature même des organismes en cause et des pouvoirs qu'ils doivent exercer. En désignant les titulaires de ces fonctions parmi les personnes qui sont activement impliquées dans le secteur d'activité régi, les autorités politiques ne font que reconnaître le caractère distinctif des tribunaux administratifs à vocation spécialisée.

Encore une fois, comment le principe d'impartialité pourra-t-il s'adapter à ce contexte particulier ?

La jurisprudence distingue sur ce point entre la connaissance d'ordre général d'un dossier que possède un membre-expert et la prise de position arrêtée face à ce même dossier. Ainsi, le fait d'avoir travaillé dans le passé pour une société commerciale ou un syndicat ne rendra pas de ce seul fait un membre-expert inhabile à participer à une affaire impliquant cette société ou ce syndicat, à condition toutefois qu'il n'ait pas continué d'agir comme conseiller, même à titre gratuit, pour cette association après son entrée en fonctions comme membre à plein temps du tribunal¹⁶¹.

Il en ira de même de la connaissance personnelle du dossier qu'un membre d'un tribunal administratif peut avoir, indépendamment de la preuve qui lui sera soumise¹⁶². La jurisprudence permettra même, à la limite, que ce membre-expert puisse siéger même s'il était encore à l'emploi de cette société ou de ce syndicat lorsque l'affaire soumise à pris naissance¹⁶³. En revanche, les cours considèrent comme inhabile à siéger le « juge-expert » qui pouvait bénéficier indirectement de l'effet de la décision qu'il aura à prendre¹⁶⁴.

Par ailleurs, la jurisprudence semble également interdire la participation d'un membre qui a déjà, alors qu'il n'était pas encore membre du tribunal, pris position publiquement sur la question soumise, en raison de

161. *In re le tribunal antidumping*, [1972] C.F. 1078, infirmé par [1973] C.F. 745 mais confirmé par la Cour suprême à (1975) 7 N.R. 209.

162. *Bambrough v. Comm. de la fonction publique*, (1976) 2 C.F. 109. Voir aussi *Fogel v. Min. of Manpower and Immigration*, (1976) 7 N.R. 172.

163. *Tomko v. N.S. Labour Rel. Bd.*, (1975) 9 N.S.R. (2d) 277.

164. *Re Maskalyk-Walker and Ontario College of Pharmacy*, (1976) 58 D.L.R. (3d) 665. On a jugé inapte à siéger au sein d'un tribunal disciplinaire un pharmacien qui s'apprêtait à racheter les intérêts commerciaux d'un autre pharmacien qui comparaisait devant ce même tribunal.

sa fonction¹⁶⁵. La règle à suivre dans ce domaine est bien précisée par le juge MacKeigen dans l'affaire *Tomko*¹⁶⁶ :

"mere prior knowledge of the particular case or preconceptions or even pre-judgments cannot be held per se to disqualify a panel member. It would be a different situation, of course, if the member were an officer of the union which was a party to the proceeding before the Panel or an officer of an employing company before the Panel: such a direct interest would clearly disqualify him. An obvious likelihood of bias would exist."

Cette dernière distinction est probablement la plus délicate puisqu'elle risque dans certains cas d'aller directement à l'encontre de la volonté du pouvoir politique. Il pourra en effet arriver que le gouvernement nomme à un tribunal administratif une personne qui s'est déjà prononcée sur certaines questions dont le tribunal aura à décider, en raison de la fonction qu'il occupait auparavant. Ce cas n'est pas hypothétique puisqu'il s'est présenté clairement dans l'affaire *Crowe*¹⁶⁷.

M. Crowe était, avant sa nomination à la présidence de l'Office national de l'énergie, président de la Corporation de développement du Canada. En cette qualité, il avait été associé à un consortium pour l'établissement d'un pipeline dans la vallée de la Mackenzie. Cette association se termina avec sa nomination à la tête de l'Office par le Cabinet fédéral, nomination en bonne partie justifiée par la connaissance acquise par M. Crowe dans des dossiers complexes comme celui de la vallée de la Mackenzie¹⁶⁸.

Une fois nommé, M. Crowe eut à entendre, avec deux autres membres de l'Office, une requête de la Canadian Arctic Gas Pipeline, société membre du consortium, en vue d'une autorisation d'établir un pipeline dans la vallée de la Mackenzie. Saisi aussitôt d'une demande de récusation dirigée à l'endroit de M. Crowe, l'Office demanda à la Cour fédérale d'appel de se prononcer sur cette question de droit, conformément à l'article 28 (4) de la Loi constitutive de la Cour¹⁶⁹.

165. *Diamond Construction v. Construction and General Labourers*, (1975) 39 D.L.R. (3d) 318; *A.-G. of Canada v. P.P.G. Industries Canada Ltd*, (1975) 7 N.R. 209, particulièrement à 216, par le juge Laskin.

166. *Tomko v. N.S. Lab. Rel. Bd*, (1975) 9 N.S.R. (2d) 277. Dans cette affaire, deux membres à temps partiel du Labour Relations Board de la Nouvelle-Écosse avaient participé à des rencontres syndicales concernant un arrêt de travail dont la légalité fut ultérieurement contestée devant le Board, en présence des deux membres impliqués.

167. *Committee for Justice and Liberty v. N.E.B.*, (1976) 9 N.R. 115, infirmant [1976] 2 C.F. 20, *sub. nom.* *In re pipeline de gaz arctique canadien Ltée et al.*

168. Cf. S. DUNCAN, "Broad issues hang on Crowe decision", *Financial Post*, 14 février 1976.

169. *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e suppl., c. 10.

La Cour fédérale répondit par la négative à la question posée. Elle estima que deux ans avaient passé depuis la démission de M. Crowe de la C.D.C. et que les circonstances avaient changé pendant ce temps. Elle jugea qu'il n'y avait pas de doute raisonnable quant à l'ouverture d'esprit du président de l'Office face au cas soumis. Selon le juge Thurlow¹⁷⁰ :

« Aujourd'hui, il (Crowe) n'a rien à perdre ou à gagner d'aucune décision qu'il pourra être appelé à rendre à titre de président de l'Office au sujet des demandes qui lui sont soumises, que ces décisions soient conformes ou contraires à celles qu'il a appuyées lorsqu'il participait aux activités du groupe d'étude. Mis en présence de nouveaux éléments de preuve suggérant un point de vue différent sur les questions qu'il a étudiées au moment de sa participation aux activités du groupe d'études, rien ne porte à croire qu'il serait impuissant ou peu disposé à rejeter les préjugés qu'il pourrait avoir ni qu'il serait influencé à son insu par les décisions qu'il a appuyés à titre de participant du groupe d'étude. »

La Cour suprême infirma majoritairement ce jugement et estima que Crowe avait conservé un intérêt moral dans l'affaire soumise à cause de sa participation personnelle aux réunions d'un groupe d'étude formé par la consortium¹⁷¹. Dans une dissidence bien motivée, le juge De Grandpré insista pourtant sur la difficulté d'appliquer à un tribunal administratif des normes d'impartialité calquées sur celles d'un tribunal judiciaire¹⁷². Selon lui¹⁷³ :

"Members of administration boards acquire their expertise by virtue of previous exposure to the industry which they are appointed to regulate. The system would not work if it were not premised on an assertion of faith in those appointed to adjudicate."

La décision de la Cour suprême, justifiable au niveau des principes, demeure critiquable en pratique puisqu'elle aboutit à priver l'Office national de l'énergie des lumières de M. Crowe dans un dossier administratif et politique très important. À cette critique on pourrait toutefois répliquer que les services de M. Crowe auraient pu être retenus à titre d'expert dans ce dossier, sans pour autant limiter son efficacité.

Aussi longtemps que l'on conservera pour l'étude et la prise de décision d'affaires à saveur politique des tribunaux administratifs autonomes, il sera normal que de temps à autre, les cours rappellent le gouvernement au respect des règles du jeu, règles peut-être inappropriées mais qui servent en d'autres circonstances les intérêts du gouvernement en désamorçant et canalisant des affrontements qui risqueraient autrement d'exploser au niveau du Cabinet.

170. [1976] 2 C.F. 20, à 30.

171. (1976) 9 N.R. 115, particulièrement à 135, par le juge Laskin.

172. *Id.*, à 139. Cette dissidence avait l'appui des juges Martland et Judson.

173. *Id.*, à 142.

2.2.3. Situations de conflits découlant de l'existence d'une politique administrative prédéterminée.

En faisant adopter par le législateur les lois constitutionnelles des organismes quasi-judiciaires, les autorités politiques ont voulu assurer l'opinion publique que certaines décisions susceptibles de les affecter directement seraient prises à l'intérieur d'une maison de verre, i.e. publiquement et en portant à la connaissance des intéressés les différents éléments susceptibles d'influencer ces organismes dans leurs décisions. Ces exigences, destinées à encourager une participation « éclairée » des personnes intéressées aux travaux des organismes quasi-judiciaires, fait en sorte que ces organismes doivent en principe définir leurs objectifs et les critères qui guident leur action.

Ces organismes développeront donc une politique administrative destinée à assurer que leurs décisions s'inscrivent dans une logique d'ensemble. Cette initiative sera rendue encore plus impérieuse lorsque la politique gouvernementale dans le champ de compétence du tribunal administratif sera elle-même incomplète ou inexistante. Cette politique administrative se manifesterà de diverses façons. Elle sera affirmée par le biais de circulaires, de discours, de publications et même de décisions particulières comportant des implications à portée générale¹⁷⁴.

Une telle façon d'agir est éminemment souhaitable puisqu'elle permet aux parties intéressées de connaître à l'avance la position de l'organisme dans un domaine particulier. Elle est aussi un gage contre l'adoption de décisions arbitraires ou déraisonnables¹⁷⁵. Toutefois, l'établissement d'une telle politique comporte un danger, celui de rendre l'organisme incapable d'examiner chaque cas soumis au mérite, sans lier à l'avance l'exercice de son pouvoir discrètement à une politique trop rigide.

L'hypothèse envisagée est celle où un tribunal administratif se trouve à préjuger de sa décision dans une espèce donnée en raison d'une politique trop rigide. Les cours ont eu à se pencher à plusieurs reprises sur de

174. Cf. P. GARANT et H. GRENIER, « Réflexion sur l'acte réglementaire et quasi-réglementaire », (1976) 17 C. de D. 515.

175. Ainsi, dans l'affaire *Bourdon v. Directeur du Bureau des véhicules-automobiles*, [1975] C.S. 914, le juge Rodrigue Bédard estimait-il (à 915) « normal et même souhaitable que les autorités administratives élaborent des normes qui puissent leur servir de guides dans la considération de cas concrets surtout lorsque, comme ici, ces normes ont été rendues publiques. »

Il s'agissait en l'occurrence d'un Guide médical pour déterminer l'aptitude à conduire un véhicule automobile.

tels cas. Leur attitude a été de respecter à la fois la nécessité pour les tribunaux administratifs d'adopter une telle politique d'ensemble et l'exigence qui leur est propre de conserver l'esprit ouvert et d'aborder sans préjugés chaque cas particulier.

La jurisprudence est assez réticente à accepter qu'un énoncé de politique ou quelque autre forme de directive ait pu transformer un pouvoir quasi-judiciaire en un pouvoir lié. Il faudra donc que l'influence de cette directive apparaisse déterminante sur la décision prise¹⁷⁶.

Le critère jurisprudentiel appliqué à ces cas de *departmental bias* consistera à scruter à la loupe le texte qui dénoterait un préjugé d'ordre administratif afin de découvrir si le tribunal administratif s'est empêché, en le formulant, de déroger le cas échéant à sa propre politique pour tenir compte d'éléments nouveaux¹⁷⁷.

Le juge-administrateur prudent prendra donc la précaution de nuancer ses énoncés de politique de certaines atténuations¹⁷⁸.

2.3. Conclusion

L'action du législateur depuis quelques années permet de conclure à l'existence de deux phénomènes en apparence contradictoires. D'une part, on assiste à la création presque mensuelle d'un nouveau tribunal, commission ou régie dont les fonctions sont en partie ou en totalité de type quasi-judiciaire et à qui l'on confie des tâches administratives nouvelles. Par ailleurs, les autorités politiques ont manifesté la volonté bien compréhensible de mieux contrôler l'activité de ces organismes qui

176. Cf. *In re Capital Cities Communications Inc.*, [1975] C.F. 18.

177. Voir *R. v. Pickersgill, Ex p. Smith*, (1970) 14 D.L.R. (3d) 717. On s'est demandé si un discours prononcé par le président de la C.C.T. où il avait pris une position ferme concernant la fermeture des lignes ferroviaires non-rentables empêchait son auteur de siéger lors d'une demande contestée de fermeture de ligne. On jugea que le discours n'était qu'un énoncé de politique générale qui ne liait pas la commission dans l'étude d'un cas particulier. Voir aussi *Leduc v. R.A.Q.*, [1972] C.A. 344. Plus généralement, voir R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, P.U.L., 1974, pp. 1376 ss.

178. Cf. *Padfield v. Min. of Agriculture*, [1968] A.C. 997; *British Oxygen Co. v. Board of Trade*, [1971] A.C. 610.

Notre cour d'appel semble moins soucieuse et moins sourcilieuse à cet égard. Ainsi, dans l'affaire *Dorchester Commerce Realty Ltd v. Ville de Montréal*, C.A.M., 27 avril 1976, dossier 09-000376-72, le juge Owen s'exprimait ainsi :

The second ground of appeal is that the Board of Revision blindly followed the norms of the City of Montreal and disregarded the evidence. This second ground of appeal does not indicate a situation which would warrant the intervention of this Court.

pourraient tendre, comme c'est parfois le cas aux États-Unis, à devenir autant de mini-gouvernements.

Face à ce chassé-croisé, les organes judiciaires de surveillance et de contrôle tendent tant bien que mal d'assurer le maintien de conditions minimales d'indépendance dans le processus quasi-judiciaire de ces organismes administratifs, sans pour autant contrôler le bien-fondé des structures de ces organismes ni des décisions adoptées à la suite d'une procédure de type quasi-judiciaire. Les tribunaux administratifs devenant donc dans une catégorie à part, mais une catégorie de l'ordre administratif. Le contrôle judiciaire a clarifié quelque peu leur statut, il n'en a pas fait des mutants.

Conclusion

Depuis que l'État libéral s'est lui aussi donné pour mission le partage des richesses, la nature des tâches de ses gouvernements s'est sensiblement modifiée. De plus en plus l'adjudication tend à l'emporter sur la surveillance. En revanche, les postulats du libéralisme commandent que cette fonction distribution soit exercée conformément à certaines normes de forme : bien distribuer importe autant que de distribuer. D'où la prolifération d'instances paragouvernementales pour la mise en œuvre dépolitisée des politiques socio-économiques des gouvernements.

Cette évolution des charges pouvait faire craindre qu'une judiciarisation de fonctions de nature fondamentalement gouvernementale n'empêche l'accomplissement de certaines politiques. La preuve de ce danger ne semble toutefois pas être faite. Il apparaît plutôt que les tribunaux ont su proportionner les exigences de forme à la nature des devoirs lorsqu'ils ont été appelés à contrôler l'exercice de ces fonctions, particulièrement en ce qui concerne le degré d'impartialité exigé des titulaires. S'ils ont péché, c'est plutôt par laxisme, en permettant que certains types de fonctions (l'octroi de permis par exemple) ou certains types d'autorités (par exemple les ministres) puissent échapper à presque tout contrôle. Les conditions minimales de l'indépendance des organismes administratifs à vocation adjudicative sont tout juste maintenues.

De façon bien paradoxale, il semble que ce soit le pouvoir judiciaire traditionnel qui ait le plus souffert de cette évolution qui avait pourtant pour but l'impartialité dans la distribution des biens et services essentiels. Les gouvernements cherchent à associer le judiciaire à la réalisation de leurs œuvres sociales et économiques, justement dans le but d'afficher leur impartialité. Ils interviennent dans le processus judiciaire, ils confient

des missions douteuses à des juges. Au niveau des titulaires, tribunaux administratifs et cours de justice sont souvent confondus. Et tout ceci dans un contexte d'interventionnisme qui fait des gouvernements les clients privilégiés des cours de justice.

En termes de danger, il faut davantage parler de politisation du pouvoir judiciaire que de judiciarisation du pouvoir politique.