

Le processus de nomination des juges en regard de leur « immense pouvoir politique »

Yves-Marie Morissette

Volume 25, Number 2, June 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056333ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056333ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Morissette, Y.-M. (1994). Le processus de nomination des juges en regard de leur « immense pouvoir politique ». *Revue générale de droit*, 25(2), 307–312.
<https://doi.org/10.7202/1056333ar>

Le processus de nomination des juges en regard de leur « immense pouvoir politique »

YVES-MARIE MORISSETTE

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université McGill

Ma contribution à ce débat sera brève. En ce qui concerne dans leur ensemble les tribunaux de première instance et les tribunaux d'appel du premier degré, je fais miennes les observations de madame le juge L'Heureux-Dubé. Le processus de nomination des juges doit servir à mettre en lumière la compétence et l'intégrité des futurs membres de la magistrature. Une procédure comparable à celle qui existe en Israël, uniforme, connue du public et à l'abri des pressions partisans, me paraît convenir à cette fin. L'exigence de compétence et d'intégrité une fois satisfaite, on peut supposer qu'un juriste, homme ou femme, aura eu dans sa vie professionnelle et dans sa vie privée des comportements et des convictions compatibles avec l'exercice d'une fonction judiciaire. Il me paraît en tout cas plus raisonnable de le présumer que de commencer à grands frais une enquête approfondie et publique sur l'intéressé. La pratique des *confirmation hearings* est une déformation dangereuse et inutile; ce qu'elle a de mauvais l'emporte largement sur ce qu'elle pourrait avoir de bon.

En ce qui concerne la Cour suprême du Canada, je suis de nouveau en accord avec la conclusion de madame le juge L'Heureux-Dubé. Cela dit, on verra par mes raisons que je me loge à une enseigne toute autre que la sienne. Il m'a semblé que je devais d'abord faire état de ces raisons pour participer au débat.

L'œuvre d'Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*¹, peut servir de point de départ utile dans cette réflexion.

Tout le monde sait que *De la démocratie en Amérique* est un livre admirable par sa lucidité. La première partie de l'ouvrage paraît en 1835, soit un peu plus de trente ans après la décision capitale de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Marbury v. Madison*². Cette décision, on s'en souvient, fonde le pouvoir de la Cour d'annuler les lois jugées contraires à la Constitution (laquelle comprend, bien sûr, le *Bill of Rights*).

Tocqueville fait une étude subtile et fort bien renseignée du pouvoir en question et, de façon plus générale, de la fonction judiciaire aux États-Unis. Son étude conserve de nos jours toute sa qualité analytique, même si elle est dépassée en tant que compte-rendu des pratiques en vigueur aux États-Unis. En schématisant, et en tentant de résumer le propos de Tocqueville à partir des mots mêmes qu'il emploie, je dirais que son analyse se réduit à deux points.

1. *Œuvres*, t. 2, Paris, Gallimard, 1992.

2. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Prenons d'abord le premier point : le pouvoir judiciaire aux États-Unis est très politique. Tocqueville écrit :

[...] jamais un plus immense pouvoir judiciaire n'a été constitué chez aucun peuple.³

[...]

Les Américains ont donc confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique.⁴

[...]

Ce pouvoir est le seul qui soit particulier au magistrat américain, mais une grande influence politique en découle. Il est, en effet, bien peu de lois qui soient de nature à échapper à l'analyse judiciaire, car il en est bien peu qui ne blessent un intérêt individuel, et que des plaideurs ne puissent ou ne doivent invoquer devant les tribunaux.⁵

Mais Tocqueville s'arrête sur un second point : cet immense pouvoir des juges est acceptable dans la démocratie américaine parce qu'il est très contrôlé. L'auteur écrit ici, et c'est l'idée générale :

[...] en [...] obligeant [les tribunaux] à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, [les Américains] ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.⁶

[...]

Ils l'ont exactement renfermé dans le cercle où il a l'habitude de se mouvoir.⁷

Et il ajoute, pour illustrer cette idée générale, que le pouvoir judiciaire est limité de plusieurs façons :

Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, c'est de servir d'arbitre. Pour qu'il y ait lieu à action de la part des tribunaux, il faut qu'il y ait contestation. [...] Lorsqu'un juge prononce sur une loi sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et pénètre alors dans celle du pouvoir législatif.

[...]

Le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de prononcer sur des cas particuliers et non sur des principes généraux.

[...]

Le troisième caractère de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie.⁸

[...]

Les Américains ont conservé au pouvoir judiciaire ces trois caractères distinctifs. Le juge américain ne peut prononcer que lorsqu'il y a litige. Il ne s'occupe jamais que d'un cas particulier; et, pour agir, il doit toujours attendre qu'on l'ait saisi.⁹

3. *Op. cit.*, note 1, p. 167. L'expression « immense pouvoir politique » revient ailleurs : voir aussi *id.*, p. 111.

4. *Id.*, p. 113. Tocqueville fait ici allusion au pouvoir d'annuler les lois en vertu de la constitution fédérale.

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

7. *Id.*, p. 110.

8. *Ibid.*

9. *Id.*, p. 111.

Enfin, outre ces limites inhérentes au pouvoir judiciaire, Tocqueville en retient une quatrième, propre au système américain :

En France, la Constitution est également la première des lois, et les juges ont un droit égal à la prendre pour la base de leurs arrêts; mais, en exerçant ce droit, ils ne pourraient manquer d'empiéter sur un autre plus sacré encore que le leur : celui de la société au nom de laquelle ils agissent. Ici la raison ordinaire doit céder devant la raison d'État.

En Amérique, où la nation peut toujours, en changeant sa Constitution, réduire les magistrats à l'obéissance, un semblable danger n'est pas à craindre.¹⁰

Je passe sur les développements, qui sont assez longs. Tocqueville écrit ceci au retour d'un séjour d'une dizaine de mois en Amérique, qu'il termine en février 1832. Entre la publication de la première partie de la *Démocratie* en 1834 et, *grosso modo*, la guerre de 1914-18, la description de Tocqueville donne une image fort juste de la réalité.

Vers 1916, année de l'accession du juge Louis D. Brandeis à la Cour suprême des États-Unis, on voit s'amorcer une période de radicalisation du droit constitutionnel américain. Cela durera jusqu'aux années soixante-dix. Lorsque cette période s'achève, disons autour de 1970, la description de Tocqueville ne correspond plus du tout à la réalité — même si sa démarche intellectuelle demeure à mon avis la bonne.

Revenons sur les deux points de son analyse.

En 1970 aux États-Unis, comme aujourd'hui au Canada, la Cour suprême est investie du pouvoir d'annuler les lois en s'autorisant de principes de fond très généraux (d'une *indétermination* foncière, aurait dit Kelsen¹¹, et donc aléatoires) inscrits dans une Charte — ou un *Bill of Rights*. Pensez aux « principes de justice fondamentale » de l'article 7. Pensez aux notions de *due process* et d'*equal protection* en droit américain.

D'autre part, les restrictions dont parlait Tocqueville se sont considérablement atténuées ou ont disparu.

Premièrement, l'éclatement des règles de l'intérêt pour agir en justice en matière constitutionnelle fait que presque tout groupe de pression peut être entendu sur toute hypothèse — que ce soit des regroupements comme le American Civil Liberties Union ou le National Association for the Advancement of Colored People aux États-Unis, ou le Legal Education and Action Fund/Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, au Canada. La présence de l'Association du Barreau canadien dans le dossier *La Reine c. Symes*¹² en est un exemple récent.

Deuxièmement, prétendre aujourd'hui que le juge constitutionnel¹³ ne se prononce que sur des cas particuliers et non sur des principes généraux relève à mon sens de la pure fantaisie. Il n'y a pas de commune mesure entre les questions

10. *Id.*, p. 113.

11. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 453-462.

12. [1993] A.C.S. n° 131 (Q.L.).

13. J'appelle ainsi les juges qui, en dernier ressort, tranchent les « grandes questions » constitutionnelles dont, entre autres, celles soulevées par la (ou les) Charte(s). Au Canada, donc, il s'agit des juges de la Cour suprême. Eux seuls sont dépositaires de ce pouvoir politique car eux seuls sont éventuellement saisis de toutes ces « grandes questions » et la fréquence de leurs interventions à ce titre accroît considérablement leur notoriété. En revanche, les juridictions de pre-

tranchées dans des arrêts comme *Roe v. Wade*¹⁴ ou *R. c. Morgentaler*¹⁵ et *Rodriguez c. Colombie-Britannique*¹⁶ d'une part, et d'autre part *Switzman v. Elbing*¹⁷ ou, *a fortiori*, *Poirier c. Faubert*¹⁸. Cette observation conserve toute sa portée quelle que soit, je m'empresse de le préciser, l'issue du débat de fond dont le tribunal peut être saisi; l'important, c'est qu'il en soit saisi.

Troisièmement, les tribunaux constitutionnels se réservent maintenant le pouvoir de gérer des contentieux dans le temps, comme on l'a vu de manière éclatante aux États-Unis avec la déségrégation raciale amorcée dans *Brown v. Board of Education*¹⁹ et qui dure encore, et comme on l'a vu au Canada dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*²⁰ et quelques autres décisions de portée constitutionnelle. Les arrêts *Askov*²¹ et *Schacter*²² ouvrent à cet égard des perspectives intéressantes.

Quatrièmement, peut-être pouvait-on concevoir en 1832 que le constituant intervienne pour « réduire les magistrats à l'obéissance », comme le disait joliment Tocqueville; à la fin du XX^e siècle, tant aux États-Unis qu'au Canada, cette hypothèse ne peut que faire sourire.

Que reste-t-il aujourd'hui de la description que donnait Tocqueville? Presque rien, sinon l'immense pouvoir politique du juge, devenu plus fort que jamais parce que les contraintes dont parlait Tocqueville ne sont plus ce qu'elles étaient autrefois. Voilà pourquoi, à mon sens, une certaine partie de l'opinion a réclamé aux États-Unis, et réclame aujourd'hui au Canada, des enquêtes publiques sur les vues politiques des candidats à la magistrature constitutionnelle.

Étant donné, donc, l'immense pouvoir politique qu'exercent les juges constitutionnels, il est naturel que tous les agents d'influence politique dans la société civile veuillent obtenir d'eux, publiquement, *on the record*, et avant leur accession à la magistrature constitutionnelle, des déclarations d'intention quant à leur conception de l'intérêt général, comme on l'exige le plus naturellement du monde des hommes et des femmes politiques avant de les élire. Personnellement, je déplore cette évolution, comme madame le juge L'Heureux-Dubé. Mais, contrairement aux vues exprimées par elle, j'estime pour ma part qu'il s'agit d'un symptôme indissociable d'un mal plus profond, celui de l'expansion hégémonique des « droits »²³ fondamentaux dans la société.

Plus les chartes, et au premier chef la Charte, prendront de l'importance dans la vie publique au Canada, plus la tendance s'accroîtra, au point, peut-être, de devenir irrésistible. Ce fut aussi le cas, par exemple, de la croissance que con-

mière instance et les tribunaux d'appel du premier degré continuent d'exercer dans la très grande majorité des cas qui leur sont soumis une fonction judiciaire traditionnelle conforme à l'analyse de Tocqueville. On peut avancer ici un parallèle avec l'anonymat de la fonction publique et la notoriété du cabinet.

14. 410 U.S. 113 (1973).

15. [1988] 1 R.C.S. 30.

16. [1993] 3 R.C.S. 519.

17. [1957] S.C.R. 285.

18. [1959] S.C.R. 459.

19. 347 U.S. 483 (1954) et, surtout, 349 U.S. 294 (1955), communément appelé *Brown II*.

20. [1985] 1 R.C.S. 721.

21. [1990] 2 R.C.S. 1199.

22. [1992] 2 R.C.S. 679.

23. « Droits » à géométrie éminemment variable, dont le contenu est sans cesse à redéfinir par les juges en fonction des controverses de l'heure.

nurent à la Cour suprême les effectifs des *law clerks* (« clerks », « stagiaires » ou « secrétaires juridiques », selon les diverses traductions de cette notion intraduisible) — ici encore, une importation *made in America*, comme nos voisins du Sud se plaisent à appeler leur grand pays.

Je ne dis pas, cependant, qu'on adoptera en toute chose exactement les mêmes pratiques qu'aux États-Unis. Il y a ici plusieurs nuances à faire :

1. La procédure suivie par le Sénat américain s'harmonise mal avec les institutions parlementaires canadiennes. C'est ce qu'a démontré ailleurs mon collègue le professeur Patrick Glenn²⁴. Comment se politisera le processus de nomination des juges constitutionnels? La question mérite examen.

2. La Cour suprême du Canada demeure, contrairement à celle des États-Unis, une cour d'appel générale pour le pays. Cela dilue de façon sensible le contenu proprement politique de son action. Le phénomène dont je fais état ici s'en trouve affaibli mais ne change pas de nature.

3. La culture judiciaire au Canada demeure influencée par des valeurs britanniques, quoiqu'elle n'en soit plus imprégnée comme jadis. Mais souvenons-nous que cela était vrai aussi des États-Unis il y a deux siècles.

4. Au Québec, sinon au Canada anglais, l'opinion publique et les organes d'information entretiennent avec les figures de la vie publique, parmi lesquelles j'inclus évidemment les juges, des rapports différents de ce que l'on observe aux États-Unis. La tentation du jaunisme est peut-être moins forte ici — du moins ne se manifeste-t-elle pas de la même façon que dans la culture politique américaine²⁵.

Concluons. Comment renverser la tendance? Comment ramener le débat sur l'intégrité et la compétence des candidats à la Cour suprême, et sur elles seules?

Une solution serait d'abroger la Charte, suggestion qui, bien entendu, dans le climat politique actuel au Canada, est de nature à soulever l'hilarité du plus grand nombre. Il n'est pas dit, cependant, que cela soit absolument exclu à plus long terme. Et, s'il y avait sécession entre le Québec et le Canada, comme le souhaite désormais l'Opposition officielle au Parlement canadien, cette question serait probablement à revoir dans l'une au moins des deux entités politiques qui naîtraient d'une telle conjoncture. L'occasion, après tout, fait le larron.

Une autre solution consisterait pour les juges de la Cour suprême à ne donner des droits fondamentaux que des interprétations délibérément minimalistes.

24. « Parliamentary Hearings for the Supreme Court of Canada » dans M. CHARLTON et P. BARKER, *Contemporary Political Issues*, 2^e éd., Nelson Canada (à paraître).

25. D'une part, l'opinion se montre à certains égards plus respectueuse de la vie privée.

Qu'on pense à Douglas Ginsburg, dont la mise en nomination à la Cour suprême des États-Unis a échoué en 1986 parce qu'il avait reconnu avoir déjà fumé de la marijuana avec ses étudiants. Je ne pense pas qu'on verrait ou même qu'on aurait vu une réaction semblable au Québec, ni aujourd'hui ni en 1986.

Qu'on pense aussi à nos mœurs politiques. Il n'est pas d'usage au Québec de reprocher aux membres de la classe politique les incartades du genre de celle qui ont eu raison de la candidature de Gary Hart à la présidence des États-Unis.

D'autre part, l'opinion publique et la presse peuvent se montrer singulièrement critiques envers les figures de la vie publique.

Ainsi, on a assisté au début de l'année 1994 à une campagne médiatique contre un juge, au cours de laquelle certaines vedettes journalistiques, qu'on me passe l'antiphrase, ont consacré une énergie considérable à jeter de l'huile sur le feu.

Mais, dans la mesure où cette solution ne fait pas l'unanimité parmi les juges eux-mêmes, ce qui ne manquerait pas d'être le cas aujourd'hui, elle est inefficace.

Je ne vois donc pas de solution, et la pression pour que se politise et se médiatise le processus de nomination des juges constitutionnels ne peut qu'augmenter avec le temps. Aussi est-il possible que l'on ait un de ces jours au Canada, sur toutes les chaînes, des Douglas Ginsburg, des Robert Bork et des Clarence Thomas, à cette différence près qu'ils seront généralement bilingues. Et peut-être verra-t-on aussi les législateurs jouer maladroitement au juge (comme ils le firent avec Clarence Thomas, un cas de figure dans le genre) afin de décider si certains juges sont qualifiés pour jouer au législateur (ou, si l'on aime ces distinctions, au constituant). Du moins les seconds, les juges, ont-ils l'excuse de ne pas avoir choisi cette situation, mais d'y avoir été placés par les premiers. Cela, malheureusement, ne les exempte pas des rigueurs de la vie politique.