éthique publique

Éthique publique

vol. 13, n° 1 (2011)
Faire des lois sur l'éthique ?

Peter McCormick

Libérer les juges : éliminer la politique (et les politiciens) de la sélection des juges

Avertissement
Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.
Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.
Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

revues.org

Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le Cléo, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique
Peter McCormick, « Libérer les juges : éliminer la politique (et les politiciens) de la sélection des juges », *Éthique publique* [En ligne], vol. 13, n° 1 | 2011, mis en ligne le 20 décembre 2011, consulté le 13 octobre 2012. URL : http://ethiquepublique.revues.org/426 ; DOI : 10.4000/ethiquepublique.426

Éditeur : Éditions Nota bene
http://ethiquepublique.revues.org
http://www.revues.org

Document accessible en ligne sur : http://ethiquepublique.revues.org/426
Ce document est le fac-similé de l'édition papier.
Tous droits réservés

LIBÉRER LES JUGES : ÉLIMINER LA POLITIQUE (ET LES POLITICIENS) DE LA SÉLECTION DES JUGES

PETER MCCORMICK
Université de Lethbridge

Résumé : L'un des grands défis de l'ère moderne consiste à concilier le pouvoir judiciaire avec une reddition de comptes démocratique, et le processus de nomination des juges constitue l'un des points de jonction critiques d'un conflit éventuel entre les deux. Comme l'a montré récemment l'affaire Bellemare au Québec, les procédures actuelles de nomination dans bien des provinces ont prévu une présélection professionnelle des candidats à la magistrature d'une façon qui n'élimine pas un potentiel important de favoritisme politique, et ce, dans des proportions qui risquent de compromettre la légitimité des juges nommés. Le présent article expose et défend une autre façon de nommer les juges, qu'illustre parfaitement la Judicial Selection Commission britannique, comme assise plus solide des tribunaux actifs de ce nouveau siècle.

L'un des grands défis de ce nouveau siècle consiste à concilier la présence croissante du pouvoir judiciaire avec le principe de la reddition de comptes démocratique, qu'illustre si bien le titre de l'ouvrage de Alec Stone-Sweet, *Governing with Judges* (2000). De nos jours, les juges entendent quotidiennement des causes portant sur un éventail plus varié que jamais de sujets, et ils se montrent moins réticents que jamais à annuler les décisions des élus. Ils s'inscrivent ainsi dans le processus gouvernemental d'une manière tout à fait nouvelle ; toute description de la démocratie qui ferait fi de leur existence serait tout simplement erronée. Fait important à

noter, il s'agit là d'une évolution mondiale – l'ouvrage de Stone-Sweet ne traite pas du Canada ou des États-Unis, mais de l'Europe. Les Canadiens sont portés à considérer le pouvoir judiciaire comme une résultante de l'enchâssement de la Charte mais, en fait, notre cas n'est qu'un exemple parmi bien d'autres d'un phénomène omniprésent, qui semble donner l'occasion de tirer parti de l'expérience d'autres pays.

Le problème crucial que pose ce nouveau rôle judiciaire est évident : le pouvoir judiciaire n'est pas démocratique. Certes, son attrait tient beaucoup au fait qu'il répond à des valeurs professionnelles plutôt que populaires, à un principe plutôt qu'au pragmatisme. Mais cela sous-entend forcément ce que Theodore Bickel (1962) a qualifié il y a bien longtemps de « difficulté contre-majoritaire ». Les juges sont nommés et non élus ; ils sont choisis parmi les membres d'une élite restreinte de la profession plutôt que dans le grand public. Et même s'ils ne sont aucunement dispensés de rendre compte de leurs actes, ils sont redevables non pas au « peuple » mais plutôt à d'autres éléments de l'élite juridique et politique – et pourtant, de temps à autre, ils empêchent les gouvernements élus de faire ce pour quoi ils ont été élus. De manière aussi simple qu'évidente, cet état de choses ne semble pas démocratique et esquive le problème de suggérer que « le peuple » a déjà « voulu » la Constitution ou que les juges et leurs décisions sont souvent populaires dans les sondages d'opinion publique, ou encore – stratagème américain habituel, exposé tout récemment dans *The Will of the People* de Barry Friedman (2009) – qu'au cours d'une période raisonnable, les juges ne sont jamais complètement déphasés par rapport aux nouvelles préférences et idées populaires. Il n'est pas si facile de combiner l'huile et l'eau d'un pouvoir judiciaire démocratique.

Dans un sens, structurer une relation appropriée entre les juges et les élus n'est guère un problème nouveau – le concept et l'exercice de l'indépendance de la magistrature ont été précisément créés à cette fin. Mais la configuration fondamentale de l'indépendance de la magistrature dans la common law est née il y a trois cents ans (dans l'Act of Settlement britannique de 1701) ; on ne réduit nullement ce progrès en se demandant s'il a besoin d'être adapté aux circonstances contemporaines.

Les choses sont différentes aujourd'hui. Traditionnellement, nous ne considérions pas les juges comme les détenteurs de « pouvoir » au sens fort. Il y a vingt-cinq ans, les entrevues que j'ai menées auprès de 100 juges

canadiens se répartissaient entre, d'une part, ceux qui niaient l'existence même d'un pouvoir judiciaire et, d'autre part, ceux qui acceptaient difficilement sa réalité émergente ; une question consistant à savoir si les juges faisaient la loi ou l'interprétaient tout simplement a suscité la même réponse. Aujourd'hui, ces deux questions sembleraient désespérément naïves, voire peu sincères. Les sociétés occidentales ont connu une « révolution des droits » (titre du premier livre marquant de Charles R. Epp – 1998), tandis que le pouvoir judiciaire de nombreux pays était axé sur des questions de droit dans des proportions qui étaient tout à fait impensables il y a seulement quelques décennies. Dans bien des pays, les élus ont collaboré de manière extraordinaire en adoptant, par la loi ou autrement, des catégories de droit ambitieuses (thème de l'ouvrage provocateur de Ran Hischl, *Towards Juristocracy* – 2007). La notion d'examen judiciaire a pour sa part évolué depuis une comparaison dossier par dossier d'interventions précises de l'État avec une liste distincte d'interdictions constitutionnelles spécifiques, vers une adhésion à une idéologie implicite dont certains droits constituent une instanciation et que la cour a le devoir de déployer de manière progressiste et évolutive (comme le décrit David Robertson dans son ouvrage *The Judge as Political Theorist* – 2010). Plus récemment, les bureaucraties publiques et privées ont progressivement adopté un style de « reddition de comptes légalisée » qui officialise les procédures, pratiques et objectifs institutionnels d'une manière qui suscite et facilite l'examen judiciaire (comme le décrit l'ouvrage plus récent d'Epp, *Making Rights Real* – 2009). En raison de toute cette évolution, suggérer que les juges détiennent un pouvoir n'a plus rien de provocateur ; ce serait aujourd'hui manquer de crédibilité que de le nier.

Pour compliquer les choses, nous sommes parallèlement entrés dans une ère peu facile pour la démocratie, avec l'affaiblissement et la fragmentation des partis politiques, ainsi que la profonde remise en question de nos institutions démocratiques traditionnelles, comme en atteste l'érosion constante d'un niveau de participation aussi simple que le vote aux élections. La déférence a laissé place au cynisme au cœur de l'engagement du public envers les institutions politiques. L'ancien équilibre entre la magistrature et les élus n'est plus aussi crédible ni acceptable qu'autrefois – les juges en font plus que jamais, ils jouissent d'une confiance plus grande que jamais (et de ce que James L. Gibson et ses collaborateurs (1998)

qualifient de « soutien diffus »), tandis que la confiance envers les politiciens s'amenuise.

Une question cruciale d'ordre pratique dans cette relation a trait au processus de la nomination des juges – soit les procédures et mécanismes selon lesquels certaines personnes sont sélectionnées pour remplir certaines fonctions judiciaires bien précises : en termes plus directs, comme notre système incarne un fort sentiment d'indépendance judiciaire, qui va jouir de cette indépendance et pour quoi en faire vraisemblablement ? Comme nous avons pris conscience que les juges exercent un véritable pouvoir discrétionnaire, à titre tant individuel que collectif, nous nous sommes éloignés de l'« ancienne » pratique qui consiste à laisser les responsables politiques nommer à leur gré tout avocat officiellement qualifié. Dans le nouvel univers du pouvoir judiciaire, nous devons nous soucier de savoir qui est nommé et pourquoi, qui aurait fait pression auprès des décideurs en leur nom, et qui doit quelles faveurs à qui en conséquence. Tout aussi regrettable que ce soit de bien des manières, l'affaire Bellemare a rendu à tout un chacun, et pas seulement au Québec, le service de mettre carrément cette question sous les feux des projecteurs.

Dans les années 1970, plusieurs provinces canadiennes ont commencé à imposer officiellement des contraintes au processus de nomination. Les candidats à des postes de juge étaient présélectionnés par un organisme professionnel indépendant, ce qui réduisait le bassin de candidats susceptibles d'être nommés. Au départ, cet organe de sélection était généralement l'un des conseils judiciaires provinciaux créés à l'époque pour traiter les plaintes déposées contre les juges de la province ; petit à petit, on a eu tendance à recourir à des comités de sélection ponctuels indépendants de tailles variées. En 1995, l'Île-du-Prince-Édouard fut la dernière province à adopter ce type de méthode.

De manière générale, on peut donc dire aujourd'hui que les candidats à un poste de juge d'une cour provinciale au Canada (et le dépôt de la candidature est actuellement la façon normale de procéder) doivent relever le défi d'une présélection professionnelle indépendante de leurs titres suivie d'une entrevue personnelle. Il s'agit d'un processus que franchissent à peine la moitié des candidats, après quoi l'élu ou les élus font leur propre sélection parmi les candidats ainsi retenus. Cette généralisation masque soigneusement les véritables différences – certaines provinces recourent

toujours à des conseils judiciaires plutôt qu'aux comités de sélection plus récents ; certains traitent des candidatures visant des postes vacants bien précis, tandis que d'autres dressent à même les candidatures des listes permanentes qui prévoient les vacances possibles de poste dans l'avenir ; d'autres encore produisent de longues listes de candidats qualifiés, tandis qu'un très petit nombre dresse des listes restreintes des candidats les plus qualifiés ; certains sont en fait des comités permanents, tandis que d'autres jouissent d'une existence plus sporadique, plus ponctuelle –, mais cette généralisation reprend les aspects cruciaux de la pratique actuelle.

Mais cela nous ramène tout simplement à la question aussi évidente que capitale : sur quelle base les élus (le ministre de la Justice à lui seul, ou le ministre et le premier ministre, ou l'ensemble du conseil des ministres) exercent-ils en fin de compte leur choix à partir de la liste finale ? N'oublions pas que la liste est parfois très longue ; en Alberta, par exemple, elle compte près d'une centaine de noms. Convenons qu'il n'existe aucune façon objective de définir à l'avance quel candidat fera le meilleur juge ; convenons également que le mérite doit parfois être compensé par des facteurs tels que la nature représentative du pouvoir judiciaire. Mais le témoignage sous serment devant la commission Bastarache confirme ce que la plupart des gens ont soupçonné en tout cas : quels que soient les autres éléments qui pourraient être pris en compte, les élus ont directement connaissance des affiliations partisanes et des relations des divers candidats, et au moins dans certains cas, il s'agit là d'un facteur sans doute décisif qui intervient dans la sélection.

Selon les témoignages officiels déposés devant la commission Bastarache, il semblerait que nombreux sont ceux que ce degré de pouvoir discrétionnaire ne dérange pas. Ils pourraient espérer restreindre les facteurs qui pourraient être pris en compte, ou réduire la liste des candidats, ou encore exiger une explication publique officielle du choix final mais, pour eux, un choix discrétionnaire persistant fait par les représentants politiques constitue une manière souhaitable de concilier le pouvoir judiciaire et la légitimité démocratique. De manière plus pragmatique, ce genre de pratique favorise également un ajustement continu de l'idéologie judiciaire et des priorités de valeurs, empêchant toute divergence durable de principe ou de politique entre le gouvernement de l'heure et la magistrature. Il se pourrait fort bien que les responsables politiques fassent parfois des choix

sous-optimaux (c'est-à-dire qu'ils ne réussissent pas à sélectionner le candidat le plus solide selon des critères purement objectifs) parce qu'ils soupèsent des valeurs et des priorités qui rivalisent, mais cette tendance peut être atténuée par des procédures plus strictes, par la vigilance des organismes professionnels et par la surveillance des médias et du public. Le problème, amplement démontré par l'affaire Bellemare, c'est que cela fait fi de l'évidence, notamment de l'importance du parti politique – ce que l'on pourrait qualifier de tentation de favoritisme. Il semble n'y avoir aucune façon crédible de permettre aux élus d'exercer un choix discrétionnaire sans courir le risque que parfois, peut-être même de manière habituelle, l'affiliation à un parti politique joue un rôle prépondérant dans l'exercice de ce choix ; cette éventualité vient compromettre la confiance du public dans les juges qui sont sélectionnés et porte même atteinte à ceux qui ont en fait été choisis strictement en fonction de leur mérite. Il ne s'agit pas de concilier le pouvoir judiciaire avec la légitimité démocratique, mais plutôt la subordination persistante de la sélection des juges avec les priorités et valeurs des partis politiques.

Si j'ai décrit un défi moderne omniprésent, d'autres pays doivent tenter à leur manière de le relever. Et ils le font. Songeons par exemple à l'Angleterre (et je dis bien l'Angleterre plutôt que la Grande-Bretagne, parce que l'Écosse et l'Irlande du Nord ont toutes deux établi leurs propres structures et procédures qui sont légèrement différentes). En même temps que les grandes réformes judiciaires qui ont donné naissance à une nouvelle Cour suprême du Royaume-Uni, il a été déterminé qu'une véritable indépendance judiciaire est incompatible avec quelque intervention des élus dans le processus de nomination. Là où nous avons des comités de présélection, qui fonctionnent sous des désignations quelque peu trompeuses, l'Angleterre a une commission de nomination qui repère le seul candidat convenant le mieux à chaque nomination. Cette commission compte généralement un nombre égal de magistrats, d'avocats et de non-juristes ; non seulement les membres non-juristes sont choisis selon une procédure qui exclut l'intervention des élus, mais également l'un d'eux préside la commission.

En Angleterre, la commission n'a pas échappé à certains problèmes ; après quatre ans d'existence, elle se heurte à un examen majeur et a déjà perdu son premier président. Mais ces difficultés tiennent surtout à la

lourdeur de la tâche qui lui a été confiée : elle fait 450 recommandations de nomination par an, deux par jour ouvrable, ce qui comporte forcément une délégation importante de ses responsabilités (aux agents de sélection qui président leur propre groupe) et un problème de délai de décision. (La Commission écossaise – qui compte une proportion encore plus grande de membres non-juristes et, là encore, un président non-juriste, mais à raison d'un dixième seulement du nombre de décisions à prendre – est peut-être un modèle qui s'appliquerait mieux au contexte provincial du Canada.) Par ailleurs, la Commission anglaise offre un exemple aussi intéressant qu'instructif. D'une part, elle se base sur un énoncé officiel et substantiel de critères de nomination, agencé selon des éléments bien précis qui se prêtent à un examen bien ciblé des titres et de l'expérience des candidats. D'autre part, elle a expérimenté des exercices de sélection qui comportent entre autres des examens écrits portant sur le poste précis à remplir et des scénarios de jeux de rôle. Dans une certaine mesure, cela rappelle les systèmes judiciaires civilistes d'Europe, où le recrutement des magistrats se fait selon un système d'examen annuel fondé sur le mérite, supervisé par une commission de la fonction publique, même si les candidats sont alors des stagiaires déjà diplômés plutôt que des avocats en exercice chevronnés.

Les détails relatifs à la taille, aux membres et aux présidents des comités sèment parfois la confusion ; précisons donc l'élément fondamental : le processus anglais diffère fondamentalement de tout ce qui existe actuellement au Canada. Les élus sont tenus complètement à l'écart de toute décision de nomination ; ils n'ont pas leur mot à dire quant à qui siège à la commission, et ils sont uniquement informés du nom de la personne à nommer. Par contre, les comités canadiens sont aussi indépendants que les politiciens le désirent. Tous les membres non-juristes et certains des autres membres des comités canadiens sont nommés par le ministre ; ils fournissent une liste (généralement assez longue) des candidats admissibles parmi lesquels les élus exercent leur choix à leur gré ; et même cette liste peut être rejetée ou parfois (étonnamment) tout simplement laissée pour compte. Le cas le plus flagrant, ce sont les commissions fédérales de nomination où chaque membre du comité est choisi par le ministre fédéral, qui n'est pas officiellement tenu de prêter quelque attention que ce soit à la longue liste non différenciée du comité dans la décision subséquente de nomination, qui dans tous les cas attend la propre

consultation du ministre et son enquête poussée. Ce qui est frappant, c'est que la plupart des comités canadiens ne sont même pas des organes statutaires mais plutôt les créatures plus officieuses des décrets de ministères ou du pouvoir exécutif. Si l'on écrivait un livre, les divers comités canadiens et la Commission anglaise figureraient dans deux chapitres différents.

Les Anglais ont-ils trouvé la solution parfaite ? Pas tout à fait. Hormis les détails pratiques (tels que la bureaucratisation et les retards), certains problèmes théoriques se posent également. Le plus important est que si le gouvernement n'a aucun pouvoir de placer des « visages amis » sur le banc, cela risque d'orienter les deux branches du pouvoir dans des directions tellement différentes qu'une friction néfaste persistante pourrait en découler. C'est en fait le potentiel qui s'inscrit dans toute séparation officielle des pouvoirs, toute intégration significative de l'indépendance institutionnelle. Mais je doute que ces problèmes soient insurmontables ou qu'ils soient plus graves que ceux que crée la tendance actuelle qui consiste à « placer ses amis dans les tribunaux ».

Plus précisément, se baser sur un vaste ensemble de critères de nomination a pour effet d'avantager certains types de candidats par rapport à d'autres et révèle très clairement quels types de candidats jouissent de cet avantage. Par exemple, plusieurs provinces canadiennes se basent déjà sur de vastes critères de nomination publiés et en soulignent toutes l'intérêt démontrable pour la réforme du droit et pour les modes extrajudiciaires de règlement des différends, chose qui n'est certes pas aussi vraie de tous les membres de la profession juridique. Le réexamen périodique de ces critères et leur révision possible constituent donc un mécanisme publiquement transparent qui permet de réorienter les nominations en termes généraux, tout comme l'est le réexamen périodique des critères de sélection des membres non-juristes de la commission de sélection. Ces mesures indirectes conviennent mieux à une véritable séparation des pouvoirs.

Selon le vieil adage, la justice doit non seulement être rendue, mais doit également être perçue comme étant rendue. De même, nous pouvons dire non seulement que les juges doivent être indépendants, mais aussi qu'ils doivent être perçus comme étant indépendants ; et l'intervention directe des élus dans la nomination des juges (sans parler de leur accession à des postes plus élevés et à des cours de niveau supérieur) compromet gravement cette indépendance. Ce qui est marquant dans l'affaire Bellemare

n'est pas qu'elle ait éclaté au Québec (contrairement à ce que prétend la revue *Macleans*), mais c'est qu'elle aurait pu se produire dans une autre province, étant donné que tant d'entre elles sont dotées de comités faibles qui accordent un vaste pouvoir discrétionnaire aux élus. Cela se répétera, à moins que le processus ne soit modifié pour protéger la nomination des juges contre toute intervention partisane directe et pour donner un véritable sens à la séparation des pouvoirs.

BIBLIOGRAPHIE

BICKEL, Theodore (1962), *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics,* New Haven, Yale University Press.

EPP, Charles R. (1998), *The Rights Revolution : Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective,* Chicago, University of Chicago Press.

EPP, Charles R. (2009), *Making Rights Real : Activists, Bureaucrats, and the Creation of the Legalistic State,* Chicago, University of Chicago Press.

FRIEDMAN, Barry (2009), *The Will of the People : How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution,* New York, Farrar, Straus and Giroux.

GIBSON, James L., Gregory A. CALDEIRA et Vanessa BAIRD (1998), « On the legitimacy of national high courts », *American Political Science Review,* vol. 92, nº 2 (juin), p. 343-358.

HIRSCHL, Ran (2007), *Towards Juristocracy :The Origins and Consequences of the New Constitutionalism,* Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

ROBERTSON, David (2010), *The Judge as Political Theorist : Contemporary Constitutional Review,* Princeton, Princeton University Press.

STONE-SWEET, Alec (2000), *Governing with Judges ; Constitutional Politics in Europe,* Oxford University Press.