

Établir la rémunération des juges

Perspectives multidisciplinaires



COMMISSION DU DROIT DU CANADA
LAW COMMISSION OF CANADA

ISBN 0-662-64237-6
N° de catalogue JL 2-4/99

Canada



Avant-propos

Le 7 mars 1998, la Commission du droit du Canada a tenu une Table ronde à Victoria, en Colombie-Britannique, afin d'examiner les répercussions de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*. La Table ronde a réuni des juges nommé(e)s par le fédéral (notamment des membres du Conseil canadien de la magistrature), des juges des cours provinciales, des sous-procureurs généraux et des représentant(e)s des organismes centraux de toutes les provinces et de tous les territoires.

Dans le cadre de cet exercice, la Commission du droit du Canada a demandé à certain(e)s universitaires de produire des documents à distribuer aux invité(e)s. Ces documents, préparés par des expert(e)s en droit, en philosophie, en sciences politiques et en administration publique ont été conçus pour offrir aux participant(e)s un point de vue multidisciplinaire sur les diverses questions soulevées par la décision. À la Table ronde elle-même, les exposés oraux de ces expert(e)s ont suscité des discussions très variées sur les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au Canada aujourd'hui.

À la suite de la Table ronde, plusieurs participant(e)s ont indiqué qu'ils aimeraient que les versions finales de ces documents soient disponibles sous une forme permanente. On a également demandé à la Commission du droit du Canada de préparer un bref sommaire des discussions de la Table ronde afin d'en faire une distribution plus générale.

Le présent recueil est le fruit de ces demandes. Les documents présentés ici représentent les commentaires experts des auteurs respectifs. Ils ne reflètent donc pas nécessairement l'opinion de la Commission du droit du Canada.

Nous remercions les expert(e)s invité(e)s à la séance d'avoir accepté de réviser leurs documents afin qu'ils soient publiés sous cette forme. Nous sommes confiant(e)s que ce document s'avérera une ressource



importante pour les gouvernements, les juges et les Canadiens et Canadiennes en général au fur et à mesure que les fonctionnaires commenceront à mettre en œuvre la décision de la Cour suprême. Nous espérons également que cela contribuera à susciter une réflexion plus approfondie sur la position constitutionnelle du pouvoir judiciaire au Canada, et peut-être même à un réexamen de la manière dont est établie la rémunération des fonctionnaires supérieur(e)s, de l'exécutif, des députés, des président(e)s des organismes administratifs et des juges.

Une version complète de ce document est disponible en format électronique sur le site Web de la Commission du droit du Canada, à l'adresse www.cdc.gc.ca, sous la rubrique Rapports — Table ronde sur le renvoi relatif à la rémunération des juges des cours provinciales.

Si vous avez des commentaires sur cette affaire ou à propos des idées exprimées dans les documents rassemblés ici, nous serions heureux de les recevoir, par la poste, à l'adresse suivante :

Commission du droit du Canada,
473, rue Albert, 11^e étage,
Ottawa (Ontario)
Canada, K1A 0H8

ou par courrier électronique à info@cdc.gc.ca.



Table des matières

Avant-propos	i
Table des matières	iii
Introduction	1
L'intégrité des institutions : rôles et relations dans le modèle constitutionnel	
Roderick A. Macdonald	7
<i>Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard</i>	
Elizabeth Edinger	27
Le contrôle de rationalité mis en place dans le <i>Renvoi relatif à la rémunération des Juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard</i> : réel, efficace et souple	
Danielle Pinard	37
Établir la rémunération des <i>juges</i> :	
Incidence de la décision de la Cour suprême du Canada dans le <i>Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard</i>	
Nicholas d'Ombraïn	75
Interdépendance, non pas indépendance : dimensions institutionnelles et administratives de l'indépendance de la magistrature	
Richard Simeon	89
Indépendance de la magistrature dans un contexte d'interdépendance	
Trudy Govier	101
Où allons-nous maintenant? Établir les bases de la relation entre le pouvoir exécutif et la magistrature	
Stephen Owen, c.r.	113



Résumé de la Table ronde	119
Annexe I : Notes biographiques des auteur(e)s et président(e)s de séance	127
Annexe II : Horaire de la Table ronde	131
Annexe III : Bibliographie sommaire	134

Établir la rémunération des juges

Perspectives multidisciplinaires



Introduction

Une des principales valeurs constitutionnelles des démocraties libérales modernes est l'indépendance du pouvoir judiciaire. Traditionnellement, cette indépendance est caractérisée par quatre éléments : un processus rigoureux de nomination des juges, l'inamovibilité des juges, le contrôle judiciaire de l'administration des tribunaux, des conditions fixes pour la rémunération des juges, y compris leurs pensions¹. Sous une forme ou une autre, tous ces éléments se retrouvent dans la Constitution canadienne. Certains sont mentionnés dans les dispositions sur la judicature (articles 96 à 101) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'autres font partie du droit constitutionnel non écrit dont le Canada a hérité de la common law du Royaume-Uni².

Au cours du siècle dernier, la Cour suprême du Canada a rendu plusieurs décisions qui portaient sur des aspects de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Toutefois, jusqu'en 1997, il n'a jamais été nécessaire d'interpréter les fondements historiques et constitutionnels des dispositions portant sur la judicature dans la constitution du Canada. Tout cela a changé le 18 septembre 1997 lorsque la Cour suprême du Canada a rendu jugement dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*³.

Cette décision a établi un cadre de base qui servira à régir la méthode selon laquelle on déterminera dorénavant la rémunération des juges. Elle a des conséquences importantes pour les Canadiens et Canadiennes, et pour tous les gouvernements au Canada. Dans sa décision, la Cour suprême a établi un certain nombre de principes constitutionnels jamais formulés dans une autre cause. La mise en pratique de ces principes nécessite l'établissement ou la modification du processus de rémunération des juges et d'autres processus dans presque toutes les provinces et tous les territoires canadiens.

Bien que la décision touche plusieurs questions importantes qui ont trait à la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, en dépit de sa longueur, elle n'est pas claire sur un certain nombre de



points. Au moment où elle a été rendue, des poursuites additionnelles s'annonçaient et, de fait, en janvier 1998, on a demandé à la Cour suprême de préciser certains aspects et certaines répercussions de sa décision⁴.

Objectif de la Table ronde

La Commission du droit du Canada croyait qu'elle pouvait aider les juges, les procureurs généraux, les organismes centraux et la population canadienne à comprendre les ramifications de la décision en tenant une Table ronde d'une journée pour réunir les fonctionnaires appelé(e)s à participer le plus directement à l'application des réformes institutionnelles demandées par la Cour suprême.

L'objectif principal de la Table ronde était de faciliter une discussion générale, exploratoire et constructive sur l'incidence de la décision sur les interventions futures du pouvoir exécutif et du Parlement. La discussion entre les participant(e)s invité(e)s se voulait avant-gardiste et axée sur la prévision de l'étendue et de la nature des processus qui pourraient répondre aux exigences de la Cour suprême du Canada.

La Commission du droit du Canada espérait que la Table ronde aiderait également les parties à explorer d'autres dimensions de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire dans une démocratie libérale. Elle cherchait à fournir une tribune par laquelle les questions soulevées dans l'affaire du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* pourraient être examinées à la lumière de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire telle qu'elle existe actuellement au Canada. Selon la Commission, une telle discussion devrait fournir une assise solide en vue de poursuivre les échanges concernant le caractère adéquat de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au Canada.

Fondement de la participation de la Commission du droit du Canada

La *Loi sur la Commission du droit du Canada* donne à la Commission la responsabilité de mener des initiatives qui stimuleront des discussions constructives sur les questions de droit et de justice d'un point de vue



social et économique large. La Commission du droit envisageait la Table ronde comme une occasion d'approfondir cet aspect multidisciplinaire de son mandat.

De plus, le sujet de la rémunération des juges lui-même est étroitement lié au programme général de recherche poursuivi par la Commission du droit. Un des thèmes de recherche adopté pour la période de 1997 à 2000 est celui des rapports de gouvernance. L'organisation de la Table ronde a été une occasion pour la Commission du droit d'apprendre directement quelles questions importantes soulève la gestion permanente des relations constitutionnelles entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, et comment les questions de rémunération sont abordées.

La Table ronde donnait également à la Commission du droit la possibilité de consulter des universitaires, des juges, des avocat(e)s, des procureurs généraux et des membres des organismes centraux à propos de programmes d'enquêtes et de sujets de recherche précis qui pourraient être abordés sous son thème : les rapports de gouvernance. Jointe à des consultations publiques plus vastes, la discussion de la Table ronde a contribué à définir les détails de certaines études maintenant menées par la Commission du droit.

Cadre de travail de la Table ronde

Pour aider les participant(e)s à traiter des questions constitutionnelles et pratiques soulevées par la décision dans un esprit ouvert, la Commission du droit du Canada a divisé la journée en quatre séances sous les rubriques suivantes :

- i) Qu'est-ce que le jugement pourrait signifier? Histoire et contexte de la relation entre l'exécutif et le judiciaire
- ii) Quelle est la portée réelle du jugement? Qu'est-ce qui semble désormais requis au plan constitutionnel?
- iii) Quelles sont les options et les conséquences du jugement en regard de l'organisation judiciaire?



iv) Qu'est-ce que l'avenir nous réserve? Établir les bases de la relation entre l'exécutif et le judiciaire?

La Commission du droit a demandé à des expert(e)s en droit, en philosophie, en sciences politiques et en administration publique, provenant de partout au Canada, de préparer de brefs documents sur les principaux aspects de la décision sous chacune de ces rubriques.

Ces documents visaient à offrir aux participant(e)s une perspective multidisciplinaire des questions soulevées par la décision et à stimuler la discussion sur ce qui a fait que les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire en sont arrivées là où elles sont. On croyait que cette perspective encouragerait également une discussion à propos de ce qui est maintenant requis, en plus des procédures établies dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, en vue de produire une relation constructive et productive entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

Les spécialistes invité(e)s ont tous présenté un exposé de 15 à 20 minutes sur les thèmes principaux de leurs documents. Ces présentations ont été suivies de discussions informelles sur des sujets variés, animées par des membres de la Commission du droit du Canada et de son Conseil consultatif. On ne visait pas par ces discussions à en venir à des propositions précises ou même à des résultats stratégiques définitifs. Elles étaient plutôt structurées de façon à mettre franchement sur le tapis les questions qui préoccupaient les membres de l'appareil judiciaire et les représentant(e)s des gouvernements.

Faire de la rémunération des juges une question de gouvernance

Depuis la tenue de la Table ronde, en mars 1998, les pouvoirs exécutif et judiciaire ont poursuivi leurs travaux concernant les répercussions du jugement de la Cour suprême. La plupart des gouvernements ont depuis établi des Commissions sur la rémunération ou encore ils ont modifié leurs Commissions existantes. Parmi celles-ci, certaines ont déjà terminé leurs premiers rapports. La Commission du droit continue néanmoins de penser que les communications présentées lors de la Table ronde devraient être mises à la disposition des Canadiens et Canadiennes sous



forme de délibérations de la Table ronde. Chaque exposé traite de questions qui sont intemporelles et qui doivent continuellement être revues et corrigées au sein d'une démocratie libérale.

La Commission du droit espère que les perspectives adoptées par les spécialistes des divers domaines ayant participé à cet exercice viendront enrichir la compréhension des aspects positifs et négatifs de la décision de la Cour suprême à titre de contribution à la conduite des affaires publiques au Canada. Elle espère aussi que cette somme de renseignements viendra alimenter la réflexion concernant la position constitutionnelle de la magistrature, de façon plus générale, et concernant des questions connexes comme les processus régissant la nomination et la rémunération des juges, de même que l'administration des tribunaux.

En terminant, étant donné que ces exposés abordent des questions de gouvernance plus générales dans une démocratie libérale, la Commission du droit est persuadée qu'ils stimuleront la réflexion au sujet de la façon dont nous devrions procéder pour fixer la rémunération de ceux et celles qui occupent des postes publics supérieurs — des parlementaires, les membres du Cabinet, le gouverneur-général, les membres des organismes gouvernementaux, ainsi que les haut(e)s fonctionnaires. Tout comme les questions touchant la rémunération des juges, il s'agit dans ce cas aussi d'une question de gouvernance fondamentale — assurer des processus de décision dont la corruption et la subornation sont exclues.

¹ Voir notamment, W. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956) 34 *Revue du barreau canadien* 769, 1139.

² P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^{ième} éd. (Toronto: Thomson, 1998) c. 7; G-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada* (Montréal: Wilson et Lafleur, 1990), c. IV.

³ [1997] 3 R.C.S. 3; jugement également rapporté en anglais sous le titre *Reference re: Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s. 10 (1997) 150 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.).

⁴ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* [1998] 1 R.C.S. 3; jugement également rapporté en anglais sous le titre *Reference re: Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s. 10 (1998) 155 D.L.R. (4th) 1 (C.S.C.).



L'intégrité des institutions : rôles et relations dans le modèle constitutionnel

Roderick A. Macdonald

Introduction

On peut voir au Louvre une formidable peinture qui évoque le jugement dernier de Dieu sur l'humanité. L'imagerie physique de cette toile est terrifiante. Elle est encore plus terrifiante au plan allégorique. Car aux portes du paradis, où le lion repose près de l'agneau, se tient le Dieu Tout-puissant — qui sait tout, qui voit tout, qui comprend tout — séparant les élus des damnés.

La possibilité que justice ne soit pas rendue, qu'il ne soit pas parfaitement rendu compte des vies vécues, qu'une erreur se glisse dans le jugement de ces existences, est lointaine. Dieu est l'incarnation de la vérité, de la justice, de la miséricorde et de la grâce : aucune appréciation incertaine des actes ou de leurs mobiles ne désajuste la balance du souverain Juge. Aucun dilemme moral ne vient infléchir la rigueur des arrêts de l'Éternel. Aucune faiblesse humaine, aucun préjugé ni aucune influence illicite n'entache le jugement de Dieu. Une connaissance et une clarté complètes de la finalité caractérisent la volonté divine.

Opposons à cela la mécanique d'un jeu informatique. Y a-t-il une logique plus terrible et inexorable que celle de la machine programmée, aux connaissances factuelles finies, aux règles décisionnelles définies par une structure normative fermée et au mode d'appréciation prédéterminé? Alors, en marge de l'interaction humaine normale — au royaume éthéré de la puce — on est à nouveau confronté au juge qui sait tout, voit tout et comprend tout. Ni le trait de caractère ni



l'apparence physique, ni l'inné ni l'acquis n'interviennent dans l'appréciation de l'acte perpétré.

La possibilité que ne soit pas découverte la norme appropriée, que soit négligé le moindre des faits, que se glisse une erreur de jugement dans leur appréciation, est lointaine. L'ordinateur étant l'incarnation de la précision, de l'exactitude, de l'impartialité et de la logique formelle impénétrable et irréductible, ici encore aucune appréciation incertaine des actes ou de leurs mobiles ne vient désajuster la balance décisionnelle. Aucun vilain dilemme moral ne vient infléchir la rigueur de données informatisées exhaustives. Et aucune faiblesse humaine, aucun préjugé, aucune influence illicite n'entache le jugement électronique. Une connaissance totale, d'une parfaite clarté, de tous les desseins est le propre de l'informatique.

Moïse, Maimonide et Martin Luther ont, chacun à leur façon, anticipé le paradoxe que suggère la juxtaposition de ces deux exemples où on laisse à un tiers le soin de décider : l'antithèse du divin, c'est tout simplement son envers : le technique. L'enfer, c'est moins le règne d'un mal inhumain que l'application d'un calcul déshumanisé aux affaires humaines. Ici-bas, condamnés à une existence mortelle, ceux qui ont à décider ne possèdent pas l'omniscience du ciel et ils ne peuvent trouver un refuge dans l'impénétrable et l'irréductible pour soutenir leurs jugements et arrêts. Il leur faut juger en sachant qu'à leur tour ils seront jugés. Néanmoins, la nécessité de faire preuve d'humilité dans l'exercice du pouvoir temporel, à laquelle cette constatation devrait mener, n'a pas toujours été, et n'est pas toujours, universellement admise.

Dans cet essai, j'ai recours à ces conceptions antagonistes de l'attribution à un tiers du pouvoir décisionnel afin que ressortent clairement les quatre principaux thèmes qui se profilent en toile de fond derrière tout débat sur la rémunération judiciaire¹.

Je veux d'abord situer le jugement de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (dorénavant, l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*²) dans son contexte historique plus large : la lutte, dans la tradition du parlementarisme, pour le développement des institutions gouvernementales libérales et démocratiques. Je note, en passant, que ni l'*Acte d'établisse-*



ment de 1701 ni les articles sur la judicature de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne font en fait référence à la notion d'indépendance judiciaire telle que nous la comprenons maintenant.

En second lieu, j'espère démontrer que certains de nos points de vue actuels sur l'indépendance judiciaire sont pris en réaction à de nouveaux artefacts juridiques que nous ne faisons que commencer à comprendre. Parmi ceux-ci, et non le moindre, figure bien évidemment la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais le rôle plus grand que joue l'État, à la fois providence et régulateur, en est un autre.

Mon troisième but est de montrer que les institutions par lesquelles diverses fonctions gouvernementales sont exercées ne sont pas fongibles. Dans les démocraties modernes, les fonctions publiques doivent être différenciées et ne peuvent être substituées les unes aux autres : chaque institution étatique exige des structures particulières des procédés particuliers et un personnel particulier. C'est pourquoi nous affectons certaines fonctions et certains rôles particuliers à certaines charges ou à certains postes, et choisissons certaines personnes en particulier, ayant certaines compétences particulières, pour en être titulaires.

En quatrième et dernier lieu, tous les rapports humains ne peuvent pas être ramenés à la froide logique des transactions que font des acteurs rationnels indépendants. On ne peut faire la médiation de tous les rôles ou fonctions institutionnels en termes d'interactions réciproques sur un marché. Les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif ne se comparent pas aux interactions entre un(e) employeur et son employé(e); ils sont beaucoup plus complexes et interdépendants.

Je traite maintenant de ces quatre thèmes tour à tour.

I. *L'Acte d'établissement de 1701* et la fonction judiciaire

Ce n'est pas d'hier que le rôle et les devoirs des juges de haute justice de la tradition de la *common law* préoccupent. Les Stuarts, en Angleterre, et leurs conseillers juridiques croyaient, au milieu du XVII^e siècle, que le Roi était l'incarnation même de la volonté divine. Il était, pour ses sujets, l'unique dispensateur temporel attribué de la justice divine. Les Stuarts



voyaient que Dieu n'avait au ciel nul besoin des autres points de vue qu'apportaient le parlement ou le juge pour rendre une justice parfaite. Pourquoi donc alors, raisonnaient-ils, son représentant sur la terre — le monarque — en aurait-il besoin? Les juges du Roi ne devaient pas être des sources de justice indépendantes, ils n'étaient que de simples instruments de la volonté du Souverain.

Contrairement à ce que l'on pense souvent, le point de vue des Stuarts n'a pas disparu avec eux. Il survit, exprimé ouvertement, dans les États théocratiques et dans les démocraties populaires que meut l'idéologie d'une légalité révolutionnaire. Ce qui est plus troublant, c'est qu'on le trouve présent implicitement même dans les démocraties libérales laïques, quoique déguisé sous les oripeaux de la rationalité scientifique. De nos jours, nous nous heurtons à des légions de juristes qui considèrent les tribunaux comme aussi indicibles que des machines, qui sont plus que prêt(e)s à reprendre, dans le domaine de l'interaction humaine quotidienne, les méthodes et les preuves de la prise de décision scientifique, parée de toutes les vertus. Pour eux ou elles, l'accessibilité démultipliée de l'information qu'apporte la donnée numérique et les moteurs informatiques de recherche approchent les ressources dont dispose la Divinité; et la jurimétrie promet une méthodologie fondée sur la rigueur de la logique booléenne et de la déduction pure.

C'est entre la subjectivité de la pensée juridique des Stuarts (où l'agent humain est subordonné à la grâce divine) et l'orgueilleuse objectivité du juge décodeur (où l'agent humain est, par la forme, subordonné à l'arbre décisionnel binaire) que nous devrions rechercher notre modèle juridique et politique : là devraient se trouver les usages du constitutionnalisme libéral contemporain. Ces usages reconnaîtraient la nécessité de l'élément politique du pouvoir juridictionnel et celle de l'encadrement légal de la politique pour la préservation même de la spécificité des deux modes décisionnels³.

Malheureusement, en cette fin du XX^e siècle, nous hésitons à admettre notre humanité et les dimensions humaines de notre régime constitutionnel. Nous avons récrit notre histoire constitutionnelle, substituant la fable de l'indépendance judiciaire au récit de l'interdépendance entre le juge et le législateur. En chemin, nous avons grandement



surestimé nos capacités de pousser jusqu'au bout la logique du concept constitutionnel qu'imposerait une stricte indépendance institutionnelle.

Transposé dans le contexte canadien de 1998, le conflit politique entre le monarque et le parlement qui a conduit à l'adoption de l'*Acte d'établissement de 1701* en Angleterre est redéfini comme un conflit entre le pouvoir exécutif (qui est maître du Parlement) et le pouvoir judiciaire au sujet de l'indépendance de ce dernier. C'est ce qu'à tout le moins semblent faire les jugements de la Cour suprême dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*⁴. Néanmoins, la controverse jacobite et carolingienne en Angleterre fut à la fois bien davantage et bien moins qu'un conflit au sujet de l'indépendance de la magistrature, selon l'idée qu'on s'en fait aujourd'hui⁵.

Elle fut bien davantage et elle a soulevé de bien plus graves questions : qui devait rendre la justice? à qui appartenait la *common law*? L'*Acte d'établissement de 1701* doit être rapproché d'autres jalons de l'histoire du droit, dont le *Case of Proclamations* de 1615 et le *Bill of Rights* de 1689. Paradoxalement, l'on pourrait dire que les luttes du XVII^e siècle ont traduit une progression graduelle de la théorie constitutionnelle où l'on est passé d'une conception du pouvoir politique où « l'État fait la loi » à une idée de l'art de gouverner où « la loi fait l'État ».

L'affaire des rois Stuarts fut aussi moins qu'un conflit au sujet de l'indépendance de la magistrature telle qu'on l'entend en cette fin du XX^e siècle. Le Parlement avait à juste titre présumé que la caractéristique fondamentale d'une constitution libérale était une dissociation des pouvoirs judiciaire et exécutif, non l'indépendance de la magistrature par rapport au Parlement. L'idée que le juge pourrait prétendre à un statut et à une légitimité qui ne seraient pas fondées sur la volonté du Parlement ne venait à l'esprit de personne.

Au XVII^e et au XVIII^e siècles, les juristes développèrent l'idée du magistrat de métier et ils avancèrent celle de « la raison juridique pure » comme moyen de contrôler le monarque et de faire respecter la séparation entre le spirituel et le temporel. De nos jours, pour la plupart des démocraties libérales, les possibilités d'une restauration théocratique sont lointaines. La menace vient d'ailleurs. La science (ou l'expertise — *techné*) se fait religion sans foi. Nous sommes constamment tenté(e)s, par



notre maîtrise scientifique présumée de notre univers, de penser que nos artefacts juridiques et nos institutions sont d'une puissance équivalente. Mais il nous manque les moyens de réprimer nos tentations juridico-politiques : la raison juridique pure n'est pas autolimitatrice; aucune borne inhérente ne vient arrêter la projection de la rationalité juridique sur l'activité humaine; et la constitutionnalisation des droits promet, à toute fin utile, une réparation judiciaire à tout dommage, de toute forme. Aucun mythe transcendant, comme celui de « la Chute » ne vient faire contrepoids et modérer la science du juge, comme c'était le cas de la justice divine, que tempérait la miséricorde. Ce qu'il faut comprendre, évidemment, c'est que, quel que soit le fondement sur lequel on assoit la VÉRITÉ juridique — sur la religion ou sur la science — lui accorder une suprématie sans partage est dévastateur pour le constitutionnalisme libéral⁶.

II. La différenciation des tâches et l'art de gouverner

Et cela nous mène aussi directement au thème de cette tribune. Les constitutions postérieures à l'âge des lumières, quelque forme qu'elles prennent — libérale ou communautariste, démocratique ou oligarchique, unitaire ou fédérale, monarchique ou républicaine, fermée ou ouverte — sont le fruit de la constatation que des sociétés complexes, éclatées, diffèrent fondamentalement du quartier, de la communauté ou de la tribu. Les cadres normatifs nécessaires doivent transcender le pouvoir personnel qui s'attachait à la négociation intersubjective locale, face à face. La diversité de la géographie, des sexes, des classes, des religions et des ethnies défie constamment la possibilité même du pouvoir personnel. Aucune société contemporaine hétérogène ne peut longtemps se maintenir sur le seul fondement du pouvoir personnel, même de celui d'un chef hautement charismatique⁷.

Tout comme l'émergence du capitalisme industriel répondit à une division du travail manuel et même l'exigea, l'émergence des démocraties constitutionnelles a répondu à une division du travail intellectuel. Depuis trois siècles, le défi politique lancé était : 1) de déduire, sur le fondement de l'expérience et de la raison, les principales



fonctions de coordination de la société humaine; 2) de déterminer quand il était profitable de différencier ces fonctions; 3) de réfléchir au moyen possible de les regrouper en structures significatives, cohérentes et reconnaissables.

Les parlementaires du XVII^e siècle se préoccupaient principalement des deux premières de ces considérations; aujourd'hui, c'est la troisième qui est la préoccupation première. Compte tenu de la diversité des réalisations politiques humaines, il ne peut y avoir de formule universelle de gestion des regroupements des fonctions gouvernementales. Des sociétés différentes imaginent leurs possibilités différemment et, donc, délimitent leurs bornes institutionnelles différemment. Mais l'idée même de la distinction et du regroupement des fonctions pose inévitablement deux questions pragmatiques de conceptualisation institutionnelle auxquelles les constitutions modernes, typiquement, essaient de répondre.

D'abord, jusqu'à quel point l'exercice effectif de ces fonctions différenciées et regroupées exige-t-il qu'on leur attribue un site institutionnel plus ou moins stable et protégé? En ce qui concerne la décision juridictionnelle, la question qui se pose est de savoir si (et, si oui, dans quel la mesure et selon quel rapport) la fonction judiciaire, en tant qu'institution étatique, mérite un statut de forteresse inexpugnable et des compétences inviolables. Ce sont là, évidemment, les questions structurelles au cœur de la plupart des litiges au Canada ayant pour objet l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ensuite, dès lors que tout site institutionnel de ce genre a été imaginé et édifié, comment ceux ou celles qui sont appelé(e)s à exercer la fonction institutionnelle désignée peuvent-ils ou elles être protégé(e)s des tentations de leur charge? En ce qui a trait à la fonction judiciaire, la question est de savoir comment faire pour que ceux ou celles qui l'exercent jouent ce rôle à la fois dans le respect de ses bornes institutionnelles et libres de toute ingérence externe illicite.

Au cours des quinze dernières années, les juristes canadien(ne)s en sont venus à se préoccuper de la façon de concilier les exigences de la charge, les processus de son exercice et les modes établis pour en choisir les titulaires et les protéger. Car c'est la conjonction de la charge du poste



et de son mode d'exercice qui nous permet de saisir quels doivent être les critères sur lesquels nous appuyer pour différencier les fonctions de gouvernance tout en respectant nos valeurs politiques fondamentales⁸.

Ne s'attarder qu'à la charge ou qu'à son titulaire, c'est mésestimer radicalement les raisons pour lesquelles et les façons selon lesquelles nous choisissons ceux ou celles auquel(le)s nous assignons le rôle de juges. Les titulaires réel(le)s de la charge ne sont pas les être abstraits que chérissent les défenseurs de l'économie selon l'école de Chicago. Ce sont des êtres humains, jouant divers rôles dans la vie : ceux d'enfants, de parents, d'amis, de voisins, de coreligionnaires, de professionnels, pour n'en donner que quelques exemples. Nous choisissons des gens non seulement pour leur faire occuper un poste ou une charge; nous le faisons pour qu'ils jouent un rôle, exercent une fonction, avec intégrité et loyalement, comme nous vous attendons à ce qu'ils ou elles le fassent.

Ceux ou celles qui sont appelé(e)s à exercer les fonctions de législateur sont choisi(e)s d'après leurs vertus particulières. Nous ne rendons pas service à nos législateurs en les attaquant sur la base de critères propres au choix des candidatures d'étudiant(e)s en médecine ou des membres de l'équipe olympique de hockey. Une déontologie définissable est attachée à la fonction de député(e). Nous espérons que notre processus de sélection — l'élection populaire — fonctionne et qu'il choisit ceux ou celles qui ont ces vertus et sont prêt(e)s à exercer ce rôle moral. L'institution parlementaire et ses processus sont eux-mêmes conçus pour appairer ces capacités aux fonctions à exercer.

Ceux ou celles qui sont appelé(e)s à être juges sont également choisi(e)s en fonction de leurs vertus particulières. Nous ne rendons pas service à nos juges si nous ne tenons pas compte de ces vertus ou les dénigrons, ou si nous cherchons à leur substituer d'autres vertus, moins compatibles peut-être avec les exigences de la charge. Une déontologie définissable est également attachée à la charge du ou de la juge. Nous espérons que notre processus de sélection — la nomination par le Gouverneur-en-conseil — fonctionne et qu'il choisit ceux ou celles qui ont ces vertus et sont prêt(e)s à exercer ce rôle moral. Ici aussi, l'institution judiciaire et ses processus sont conçus spécifiquement pour appairer ces capacités aux fonctions à exercer.



III. L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*

Dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, la Cour suprême du Canada a signalé que quelque chose n'allait pas dans la façon dont les tribunaux étaient considérés en tant qu'institution d'un État démocratique. Diverses consultations et divers sondages d'opinion ont révélé une profonde méfiance populaire face aux règles et aux processus du droit formel. Cela fait partie du scepticisme général entretenu par la société face à toute forme d'autorité. Ayant contesté successivement la religion, la classe sociale, la compétence professionnelle et le Parlement comme centre de pouvoir social et politique, les Canadiens et les Canadiennes s'attaquent maintenant aux tribunaux.

Dans le jugement initial de la Cour suprême sur l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, il est dit que l'indépendance judiciaire est le fondement de la confiance mise par la population dans les tribunaux; que, sans modes neutres d'établissement de leur traitement, les juges ne peuvent être indépendant(e)s et qu'un traitement décent est une condition nécessaire de l'impartialité de la magistrature.

Il n'y a pas beaucoup, cependant, de preuves empiriques de ce fait. La confiance de la population dans ses juges semble être davantage corrélée à l'impartialité et à l'intégrité individuelle plutôt qu'avec l'indépendance institutionnelle. À cet égard, il est plus juste de dire que les préoccupations de la population sont davantage qu'elle craint que la nomination de diver(e)s juges, individuellement, n'aient été des nominations « politiques » que l'idée que la magistrature dans son ensemble est « politisée ». L'indépendance institutionnelle est, nul doute, importante, mais son importance semble directement proportionnelle au fait que la population a le sentiment que les juges sont des créatures politiques.

Les preuves empiriques n'indiquent pas non plus, semble-t-il, que les Canadiens et les Canadiennes craignent que les traitements et les autres avantages rémunérateurs « peu concurrentiels » des juges compromettent les possibilités, pour le pays, d'attirer et de garder de bon(ne)s juges. D'ailleurs de nombreux(ses) candidat(e)s d'envergure n'attendent que la possibilité de servir leur pays dans la magistrature, sachant fort



bien qu'exercer une charge publique exigera d'eux ou d'elles de nombreux sacrifices. Il se peut qu'il leur faille renoncer à des investissements, renoncer à des ami(e)s, adopter un genre de vie modéré (au moins publiquement), sacrifier la vie privée et rajuster leur rémunération financière à la baisse.

Enfin, menaces, tentations financières et promesses de promotion ne semblent pas avoir infléchi, pour les juges du Canada, le maintien des normes les plus hautes d'intégrité et d'impartialité. Il est évidemment possible d'imaginer des pays où le chantage économique gouvernemental est couramment utilisé pour influencer l'opinion des magistrat(e)s. Au Canada néanmoins, la question n'est pas celle de l'existence ou non de garanties constitutionnelles et des règles de forme de prévention de telles situations, mais celle des éléments de notre tradition constitutionnelle qui les rendent impensables.

Comment alors expliquer la perte de confiance des Canadiens et Canadiennes dans le droit et les tribunaux que la Cour suprême, à juste titre, constate? Y a-t-il quelque chose de fondamental dans les rapports entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire que l'agglutination de normes constitutionnelles autour de la notion d'indépendance signale à la population? À mon avis, c'est le cas. Voici ce que je veux dire.

La législation et la décision à caractère judiciaire sont des processus distincts et identifiables d'ordonnement social répondant à un ensemble de valeurs et de fins distinctes et identifiables. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y aura jamais de cas où et le législateur et le ou la juge sortiront des bornes de leurs rôles traditionnels. Mais, lorsque la population a le sentiment d'une confusion inappropriée des fonctions judiciaires et législatives, elle se sent impuissante et incapable d'apprécier ce qui arrive et d'imputer des responsabilités. Pour bon nombre d'entre nous, c'est la crainte que les confusions de ce genre deviennent trop fréquentes — crainte nourrie par une mauvaise compréhension des leçons profondes du conflit du temps des Stuarts — qui fonde leur perte de confiance dans le droit et dans les tribunaux.



IV. Les décisions à caractère judiciaire à l'époque contemporaine

Au fil des ans, les caractéristiques spécifiques des normes définissant les fonctions législative et judiciaire ont été formulées de nombreuses façons. L'une, peu utile, consiste à dénoncer la politisation des tribunaux et la judiciarisation de la politique, comme si les deux processus pouvaient être clairement différenciés. Une meilleure question, rappelant la lutte entre les Stuarts et le Parlement, consiste à se demander quels sont les facteurs de l'édifice institutionnel qui font qu'une division constitutionnelle des fonctions peut fonctionner avec succès dans une démocratie libérale? Alors l'attention se porte sur deux caractéristiques par lesquelles peut être définie l'intégrité de tout processus institutionnel : la forme morale de la charge ou du poste et le rôle moral de son ou de sa titulaire.

Prenez la décision à caractère judiciaire. La thèse classique en ce qui a trait à ce qui distingue la décision à caractère judiciaire de *common law* de l'entreprise législative est celle soutenue par Lon Fuller dans ses essais « The Forms and Limits of Adjudication »⁹ et « The Implicit Laws of Lawmaking »¹⁰. Fuller pensait que la caractéristique de la décision à caractère judiciaire en tant que processus d'ordonnement social était le mode de participation à la prise de décision accordé aux parties en cause. Pour lui, la décision à caractère judiciaire impliquait l'administration de preuves stylisées et circonscrites de faits bruts et l'évocation d'arguments de raison au sujet de normes préexistantes. Le raisonnement judiciaire était borné, fondé sur des règles et plus causaliste que réactif.

Si l'indépendance de la magistrature préoccupe la population, il semble que ce soit parce que celle-ci croit déceler un glissement du droit vers la politique, c'est-à-dire ce qui semble être une réapparition, sous des oripeaux modernes, du pouvoir politique indifférencié auquel les Stuarts prétendaient. Ce qui, à son tour, peut être dû à certains déplacements fondamentaux de rationalité en ce qui a trait à la décision à caractère judiciaire et à nos attentes en matière de législation depuis la Seconde Guerre mondiale. Malheureusement, les théoricien(ne)s



constitutionnel(le)s canadien(ne)s n'y ont guère consacré leur attention. C'est malheureux, car, tant que nous n'aurons pas compris la nouvelle nature des rôles du ou de la juge et du législateur dans la société contemporaine, nous ne serons pas en mesure de dire si nous parvenons toujours à apparier d'une façon optimale vertu personnelle et fonction gouvernementale.

En quoi le rôle du ou de la juge est-il différent aujourd'hui de ce qu'il était hier? D'abord, même le droit privé s'écarte de la logique aristotélicienne de la justice¹¹. Le législateur demande maintenant au ou à la juge, même dans des questions de droit privé, de prendre des décisions quasi-législatives réparatrices aux conséquences considérables. Par exemple, il ou elle doit statuer sur des demandes de partage de biens familiaux et d'aliments en se référant à des normes *ex post facto*, et sur des dédommagements collectifs en responsabilité délictuelle en se référant à des principes de partage de la responsabilité du marché. En outre, des théories tirées de l'équité, telles l'abus de droit, l'enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation et la lésion poussent tous les jours la décision à caractère judiciaire vers la sphère de la justice distributive. Par définition, ces décisions d'allocations et de redistribution obligent les tribunaux à prendre des décisions « politiques » — avec un « p » minuscule — qui, autrefois, étaient laissées au jugement discrétionnaire du Parlement.

Les corps législatifs aussi se révèlent incapables de prendre des décisions sur l'adoption de diverses politiques. Le législateur succombe à la tentation de se défilier et il n'ose pas prendre la responsabilité de régler les questions difficiles. Il s'ensuit que c'est au ou à la juge que le ou la justiciable demande de se faire l'arbitre de problèmes sociaux complexes. L'invention de nouveaux droits, l'évolution du pouvoir d'injonction, en obligeant les tribunaux à exercer une surveillance permanente après le litige, et la transformation de la décision à caractère judiciaire en une sorte de justice du Cadi, ou à la Salomon, ont donné un nouveau cadre au rôle du ou de la juge. Le ou la juge, évidemment, aurait pu ne pas accepter — et il ou elle n'a pas à continuer d'accepter — cette abdication du Parlement à son détriment. Plutôt que de



chercher à régler ce que le règlement judiciaire ne peut régler, il ou elle pourrait renvoyer la balle au législateur.

Une meilleure compréhension de ce que le ou la juge fait réellement et des rapports entre la décision à caractère judiciaire formel et d'autres modes d'ordonnancement social et de règlement des conflits force à conclure que les qualités exigées ou de la du juge changent rapidement. Pour une grande part, la fonction judiciaire, de nos jours, consiste à gérer ou à superviser d'autres décideur(e)s : administratifs, politiques, législatifs ou privés. La tendance au recours au Règlement Extrajudiciaire des Conflits (REC), à l'arbitrage par compromis, à la médiation, aux conférences transactionnelles et à « l'arbitro-médiation » judiciaire s'est accélérée à un point tel que la caractéristique première du juge fédéral américain ou de la juge fédérale américaine, c'est d'être, au civil, un(e) « juge-gestionnaire »¹².

Une autre caractéristique de la vie publique en cette fin du XX^e siècle influe sur le rôle joué par le ou la juge. Les conflits, inévitables, entre les valeurs constitutionnelles d'une démocratie libérale et le désir de ceux ou celles qui veulent voir l'État défendre une homogénéité sociale plus profonde ont jeté le ou la juge dans l'arène publique, où il ou elle fait de plus en plus figure d'acteur politique. En faisant expressément du ou de la juge le censeur du législateur, la *Charte canadienne des droits et libertés* exacerbe les soupçons qu'entretiennent ceux ou celles qui n'ont qu'imparfaitement compris quel doit être l'encadrement juridique d'une démocratie libérale. Et comme les juges eux-mêmes ou elles-mêmes en sont encore à apprendre comment il leur faut exercer leurs pouvoirs, à ne pas abuser du bistouri sur la table d'opération des lois et à résister à la tentation — que connaît tout(e) réviseur — d'écrire le livre que le législateur n'a pas écrit, le ou la sceptique a beau jeu de donner des exemples d'excès judiciaires.

C'est devant cette toile de fond du changement de rôle du ou de la juge, en particulier du changement de la configuration du rôle moral du juge, que les préoccupations contemporaines au sujet des caractéristiques conceptuelles institutionnelles qui font qu'une division constitutionnelle du travail fonctionne dans une démocratie libérale doivent être vues. En d'autres termes, distinguer entre les fonctions de



l'État et les regrouper, entre le tribunal et le législateur par exemple, exige d'abord que nous sachions ce que nous attendons du ou de la juge. En décider n'est pas, je le répète, une évidence, et il n'en sera pas décidé non plus de la même façon en tout temps et en tout lieu.

V. Réflexion sur la fonction judiciaire d'aujourd'hui

L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales* est une étude fascinante de la façon dont les juges conçoivent leur rôle constitutionnel. Après tout, indépendamment du mode de configuration initial de l'attribution des fonctions étatiques, les processus en cours de prises de décision du législateur et, tout particulièrement, du ou de la juge vont transformer cette attribution. Une constitution bien faite possède une structure distinguant entre les genres d'activités étatiques et instituant différents processus institutionnels, avec différents degrés de difficulté et la nécessité d'obtenir différents degrés de consensus social pour que la structure puisse être modifiée expressément.

En dernière analyse, en l'absence de révision constitutionnelle expresse, c'est au Parlement et à la Cour suprême qu'il revient de négocier tacitement l'importance et l'étendue du contrôle judiciaire de la prise des décisions politiques et des cas où il est acceptable pour les tribunaux de porter des jugements politiques. Pour cette raison, il est intéressant d'étudier brièvement certains des postulats concernant le rôle du ou de la juge présumé dans le jugement de la Cour suprême donné dans l'arrêt sur les Juges des cours provinciales.

Ce qui importe le plus, c'est que ce jugement repose sur l'idée qu'une constitution libéro-démocratique non seulement exige une séparation stricte de la fonction judiciaire des fonctions législatives et exécutives, mais que, aussi, elle exige une indépendance absolue du ou de la magistrat(e). La Cour suprême assigne au ou de la juge une place qui se situe à l'extérieur du système politique même qui lui donne le pouvoir et la légitimité, quels qu'ils soient, qu'il ou elle possède. Le jugement implique que l'interdépendance des gouvernements et des tribunaux ne peut apparaître qu'au moment de l'institution d'une première constitution. Le constituant — ayant littéralement institué la structure



institutionnelle parfaite — peut, comme le Dieu de Descartes, laisser pour l'éternité les choses à elles-mêmes. Ni le constituant ni les simples mortels qui ont à vivre l'évolution des rapports établis ne doivent se préoccuper de sa gestion quotidienne. Les règles ayant été établies une fois pour toutes, il n'y a plus qu'à s'y conformer strictement et apolitiquement.

Pouvez-vous imaginer quelque autre genre de rapports permanents dont la nature, une fois établie, suit, sans débordements, son cours, à son rythme initial, dans les canaux originellement creusés pour lui? Mieux encore! Il est difficile de croire que l'on puisse penser sérieusement que ces rapports seront d'autant plus harmonieux que ceux qui en font l'objet ne s'en parleront jamais directement par la suite. Au contraire, l'indépendance réelle de ceux qui ont ces rapports, s'ils veulent vraiment être en mesure de conserver leur individualité, est entièrement tributaire d'une reconnaissance mutuelle de leur interdépendance. De même, la véritable indépendance de la magistrature, si elle veut vraiment être en mesure de demeurer séparée des autres pouvoirs de l'État, est entièrement tributaire d'une reconnaissance mutuelle par le ou la juge et le législateur de leur interdépendance.

L'usage que fait la Cour suprême du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour s'autoriser à faire de l'*Acte d'établissement de 1701* la source de la nouvelle norme constitutionnelle qu'elle proclame est également paradoxal. Il ne s'agit pas de prétendre qu'on ne peut dégager aucune règle de droit du préambule : il va de soi que les constitutions sont un amalgame complexe de droit exprès et de droit tacite; et, bien évidemment, on n'interprète un texte que dans un contexte de règles tacites de droit. Précisément! Le règlement politique du conflit à l'époque des Stuarts fait autant partie de l'Acte d'établissement que la lettre même de la Loi.

Les tribunaux interprètent les textes dans leur contexte de droit tacite. Mais les tribunaux doivent demeurer fidèles aux textes. On ne donne pas le droit tacite comme prétexte (notez l'étymologie : pré-texte) pour faire une nouvelle règle écrite. S'il existe une série de normes tacites sur l'indépendance de la magistrature, elles n'ont de sens qu'interprétées dans leur contexte historique et contemporain spécifiques, soit : ou bien des



textes constitutionnels comme, au Canada, l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les articles 7 et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou bien des textes quasi-constitutionnels, comme les règles de justice naturelle de la *common law*, la règle *delegatus non potest delegare* ou d'autres éléments des garanties implicites du Canada¹³.

Une troisième caractéristique du jugement, c'est cette curieuse conception de la façon dont les charges et les fonctions publiques sont occupées et exercées. La Cour fait deux dissociations fondamentales : elle dissocie la notion de charge de la notion d'organisation et elle dissocie la notion de rôle ou de fonction de la notion de relation et de rapport à l'autre. S'il est quelque chose qu'une société comme la nôtre, complexe, diversifiée et différenciée, a appris au cours des cinquante dernières années, c'est bien ceci : il n'existe pas d'individus qui ne sont pas situés socialement. Il ne peut y avoir de soi s'il n'y a pas l'autre. Ce que l'on est dépend de ce que l'on comprend d'un riche tissu d'affects interpersonnels — par exemple face à ses parents, à ses enfants, à une religion, à une ethnie, à un voisinage, à une langue et à une culture.

La leçon est universelle. Ce que l'on est dépend de ce que l'on comprend du riche tissu de charges et de postes que l'on occupe. Il ne peut y avoir de charges ou de postes spécialisés qui ne sont pas situés dans un réseau formé d'autres charges et postes spécialisés. Le sens de la charge de juge dans toute société dépend du sens donné aux autres charges publiques. Le rôle moral du ou de la juge dans toute société dépend des rapports entre ce rôle moral et d'autres rôles moraux.

Reconnaître la charge, le poste que l'on occupe dans un complexe de charges et de postes et jouer un rôle, avoir une fonction, dans une pièce où l'on ne peut en jouer, en avoir, qu'un seul ou qu'une seule, sont les conditions à remplir si l'on veut établir, alimenter, négocier et entretenir la constance et la loyauté dans les rapports. D'un(e) élu(e) qui transcende la politique, nous disons que c'est un homme ou une femme d'État : il, elle, s'élève au-dessus de la mêlée des partis et des factions pour servir une raison supérieure. Ceux ou celles qui ne le font pas, nous les qualifions de « politicien(ne)s ». Devons-nous nous surprendre que les juges qui abandonnent la raison du droit soient considérés comme des politiciens?



La Cour suprême ne semble pas croire que l'indépendance de la magistrature soit liée à la loyauté avec laquelle les juges jouent les rôles ou exercent les fonctions que leur assigne la Constitution. Fixer par le détail leurs propres conditions d'emploi, en principe, n'est pas un de ces rôles, une de ces fonctions. La Cour suprême semble également penser que l'interposition en permanence d'un médiateur ou d'une médiatrice, en l'espèce les Commissions sur la rémunération des juges, doit inévitablement faire partie du processus de reconnaissance mutuelle du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif. C'est là, pour le moins, une affirmation contestable dans une démocratie libérale.

Conclusion

Et c'est ainsi que je conclus — non sur une note pessimiste néanmoins. Ceux et celles, et par ce terme, j'entends autant les sous-procureurs généraux que les membres de la magistrature, qui ont demandé à la Commission du droit du Canada d'animer cette table ronde, savent que le jugement de la Cour suprême en lui-même ne contribuera guère à instituer la reconnaissance et le respect mutuels, nécessaires à une véritable indépendance de la magistrature. Il pourra sans doute, provisoirement, donner à l'un(e) ou l'autre des protagonistes un argument supplémentaire, mais, ce qui est vrai, c'est que, si le gouvernement demeure récalcitrant, le processus pourrait fort bien s'en trouver excessivement politisé, et si les juges continuent à faire des procès, ils ou elles vont jeter le discrédit sur l'ensemble de la magistrature.

Les rapports entre la magistrature et l'Exécutif ne sont pas comme un mariage : ils ne peuvent divorcer. Aussi fluides que soient ces rapports au cours des ans toutefois, ils sont inhérents à nos arrangements constitutionnels. L'autre ne va pas s'en aller. Et la victoire n'est jamais acquise. Prêter à ceux ou celles qui sont forcé(e)s de négocier, de gérer et de vivre ces rapports constitutionnels fondamentaux une voix pour le faire, en dernière analyse, c'est ce à quoi doit servir cette Table ronde.



- ¹ Ce texte a déjà été en partie publié dans R. A. Macdonald et A. Lajoie, « Auctionneers, Fence-viewers, Popes — and Judges » (1998) 9 Forum constitutionnel 95.
- ² [1997] 3 R.C.S. 3; [1998] 1 S.C.R. 3.
- ³ Voir l'analyse réfléchie de ce point dans J. Bakan, *Just Words : Constitutional Rights and Social Wrongs*, University of Toronto Press, Toronto, 1996.
- ⁴ À cet égard, l'évolution de la pensée de la Cour suprême entre l'arrêt *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673 et l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, précité note 2, mérite d'être signalée.
- ⁵ Pour une bonne analyse de l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, voir J. Ziegel, « The Supreme Court Radicalizes Judicial Compensation » (1998) 9 Forum constitutionnel 31, et aussi C. Baar, « Judicial Independence and Judicial Administration : The Case of Provincial Court Judges » (1998) 9 Forum constitutionnel 114.
- ⁶ À ma connaissance, la meilleure (et peut-être la seule) analyse de cette question est celle de B. Polka, « The Supremacy of God and the Rule of Law in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » : A Theological Analysis" (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 854.
- ⁷ Un point de vue qui fait réfléchir sur le point de savoir si cela a encore un sens de nos jours de parler d'État laïque territorial, compte tenu de ces multiples diversités, est exposé dans D. Downes et R. Janda, « Virtual Citizenship » (texte inédit destiné à la série de séminaires *Théories et émergence du droit*, Université McGill et Université de Montréal, mai 1998).
- ⁸ La question se pose, bien entendu, de la façon la plus aiguë en rapport avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir, par exemple, F. L. Morton, « The Charter Revolution and the Court Party » (1992) 30 *Osgoode Hall Law Journal* 627; M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics*, rev. ed., Thompson Educational Publishing, Toronto, 1994; et R. Sigurdson, « Left and Right-wing Charterphobia in Canada : A Critique of the Critics » (1993) 7-8 *Revue internationale d'études canadiennes*.
- ⁹ L. L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978) 92 *Harvard Law Review* 353.
- ¹⁰ L. L. Fuller, « The Implicit Laws of Lawmaking » dans K. Winston, dir., *The Principles of Social Order*, Duke University Press, Durham, 1983, à la page 158.



- ¹¹ Comme Ernie Weinrib l'a soutenu brillamment, cette idée que le juge applique des normes préexistantes à des faits préexistants afin de réparer un dommage identifiable dans la mesure seule du préjudice causé a été le fondement traditionnel du droit des contrats, de la responsabilité délictuelle et même du droit pénal. Voir E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- ¹² L'expression est de J. Resnik, « Managerial Judges » (1982) 96 *Harvard Law Review* 374.
- ¹³ Pour une analyse de ces divers éléments au regard de « l'équité procédurale » voir R.A. Macdonald, « Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law : Natural Justice and Fundamental Justice » (1987) 39 *University of Florida Law Review* 218-267.



Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard

Elizabeth Edinger

Introduction

Deux questions sont traitées dans le présent document. Qu'est-ce que la Cour a réellement dit dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (dorénavant, l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*)¹? Qu'est-ce qui semble maintenant requis au plan constitutionnel?

La réponse courte à la première question, c'est que la décision comporte beaucoup trop d'éléments pour qu'il soit même possible de les résumer aux présentes. La simple longueur des motifs de la décision de la majorité, rédigés par le juge en chef Lamer, en indique l'ampleur. Même lorsqu'on soustrait les pages où sont relatés les faits et l'historique au plan judiciaire des trois appels qui ont été réunis, les motifs de la majorité remplissent plus de cent quarante pages dans le recueil de la Cour suprême du Canada.

La réponse courte à la deuxième question, c'est que ce qui est désormais requis est passablement incertain. L'arrêt fait ressortir un ensemble de nouvelles questions se rapportant au principe de l'indépendance judiciaire, et l'examen des normes non écrites qui sous-tendent la Constitution fournit des munitions susceptibles d'alimenter des litiges constitutionnels pour des années à venir.



Les motifs de la majorité² sont divisibles en quatre parties qui traitent, par ordre décroissant de particularisation, de ce qui suit :

1. la relation entre les principes constitutionnels non écrits et la Constitution écrite ainsi que le rôle de la Cour dans l'interprétation des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*;
2. l'indépendance de la magistrature et ses diverses dimensions;
3. la dimension institutionnelle de la sécurité financière;
4. l'application des principes énoncés.

Les appelants ont mis l'accent sur ce que la Cour a déclaré être la dimension institutionnelle de la sécurité financière, mais ils ont également contesté diverses autres dispositions législatives soulevant des questions sur d'autres caractéristiques de l'indépendance judiciaire. Les éléments particuliers du jugement ne peuvent être compris qu'en regard de son ensemble, et particulièrement de l'examen de la relation existant entre les composantes écrites et non écrites de la Constitution.

Le rôle de la Cour et le portail de l'édifice constitutionnel

Dans cet arrêt, la Cour ajoute une nouvelle métaphore constitutionnelle à celles des compartiments étanches du vaisseau de l'État³ et de l'arbre en évolution de la Constitution⁴, et elle fait montre d'un degré d'activisme judiciaire qui n'avait pas été observé à ce jour dans les causes sur le fédéralisme.

Par les appels, on contestait la validité constitutionnelle de mesures d'économie provinciales prises par les gouvernements de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard et visant leurs cours provinciales respectives (les cours dont il est question au paragraphe 92(14) plutôt qu'à l'article 96), et touchant particulièrement la rémunération des juges. Les appelants se fondaient exclusivement sur l'alinéa 11*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour soutenir leur argumentation sur l'indépendance de la magistrature. La Cour suprême du Canada s'est intéressée à « la question plus générale de l'assise constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature »⁵, adoptant le point de vue selon lequel les dispositions expresses des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*



ne sont pas exhaustives. Les dispositions sur le pouvoir judiciaire de la *Loi constitutionnelle de 1867* (les art. 96 à 100) ne protègent que les cours supérieures, et alors de manière incomplète, tandis que l'alinéa 11 d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne protège que les cours et les tribunaux ayant compétence à l'égard de personnes accusées d'une infraction.

La Cour a statué que l'indépendance de la magistrature est l'une des normes ou l'un des principes fondamentaux non écrits dont l'origine ou la « source véritable » se trouve au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel :

(...) reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme je l'ai dit précédemment, ces dispositions ne font qu'établir ces principes structurels dans l'appareil institutionnel qu'elles créent ou envisagent. En tant que tel, le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la Loi.⁶

Le préambule constitue, par conséquent, le « portail de l'édifice constitutionnel ⁷ » et la Cour a pour rôle d'en combler les lacunes. Les lacunes doivent être comblées par le recours aux principes structurels susmentionnés.

Il est donc essentiel d'établir quels sont ces principes structurels. Deux d'entre eux sont précisés : le fédéralisme et la démocratie constitutionnelle⁸. La décision n'indique pas si cette liste est ou non exhaustive ou si l'on pourra déterminer, au besoin, que la catégorie compte d'autres principes structurels.

Indépendance de la magistrature : caractéristiques essentielles et dimensions

La Cour suit les décisions antérieures et statue que l'indépendance judiciaire comporte trois caractéristiques essentielles : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Elle statue en outre



que chacune de ces caractéristiques peut avoir tant une dimension individuelle qu'institutionnelle :

(...) les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature et les dimensions de cette indépendance sont deux concepts très différents. Les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature sont des facettes distinctes de la définition de cette indépendance. L'immovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative forment, ensemble, l'indépendance de la magistrature. Par contraste, les dimensions de cette indépendance indiquent lequel — du juge pris individuellement ou de la cour ou du tribunal auquel il appartient — est protégé par une caractéristique essentielle donnée.⁹

La sécurité financière, par conséquent, comporte deux dimensions, une individuelle et une institutionnelle, et c'est à l'égard de cette dernière que les mesures d'économie provinciales ont eu une incidence.

La dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire serait une conséquence logique du fédéralisme et de la Charte, requérant tous deux un arbitre indépendant, et une conséquence également de la séparation des pouvoirs, un autre principe ou norme non écrit. Puisque la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire a pour source primaire le préambule et non les dispositions expresses des *Lois constitutionnelles*, la protection découlant du principe s'étend à toutes les cours et vient restreindre tant les pouvoirs fédéraux que provinciaux.

La Cour statue, finalement, qu'il ne suffit pas qu'il y ait une certaine indépendance judiciaire. Un degré minimal d'indépendance est désormais requis par la Constitution¹⁰.

La dimension institutionnelle de la sécurité financière

Appliquant les propositions concernant l'indépendance judiciaire à la caractéristique essentielle de la sécurité financière en sa dimension institutionnelle, la Cour statue que cette dimension comporte trois éléments.

Premièrement, la Constitution requiert qu'un arrangement institutionnel particulier vienne établir les traitements, pensions et autres avantages des juges. Il faut créer des commissions de la rémunération et recourir à celles-ci puisqu'il faut éviter toute perception de manipu-



lation financière des juges. L'interposition d'une telle commission maintiendra le pouvoir judiciaire distinct des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement et dépolitisera cette relation.

La commission de la rémunération doit être indépendante, objective et efficace.

La Cour n'établit pas de modèle standard pour les commissions de la rémunération dont elle exige maintenant l'existence, mais elle établit pour celles-ci des critères minimaux devant assurer leur indépendance, leur objectivité et leur efficacité.

On peut obtenir l'indépendance au moyen de nominations d'une durée déterminée de trois à cinq ans. Le pouvoir de nomination doit être divisé ou partagé parmi les divers organes du gouvernement. Aucun critère n'est proposé quant à l'admissibilité à une nomination.

On peut obtenir l'objectivité en enjoignant que la commission reçoive les candidatures provenant de tous les organes du gouvernement et en suggérant que l'assemblée législative concernée fournisse à la commission une liste de facteurs pertinents à considérer.

Pour atteindre l'efficacité, il n'est pas nécessaire que les recommandations de la commission aient un caractère obligatoire; il faut toutefois que les rejets aient un fondement rationnel. Pour satisfaire à cette norme, il suffit que le gouvernement « justifie par un motif légitime » sa décision d'écarter la recommandation de la commission¹¹. La norme peut être plus onéreuse, toutefois, si les juges sont les seuls visés par une réduction de rémunération. Une « justification plus détaillée » peut alors être requise. Le rejet des recommandations des commissions pourra faire l'objet d'une révision judiciaire.

Pour atteindre l'efficacité, il faudra également que les commissions procèdent à des révisions périodiques de la rémunération.

Le second élément de la sécurité financière consiste en une interdiction. Le judiciaire ne doit pas engager de négociations sur le traitement des juges parce que de telles négociations ont « immanquablement un caractère politique ». Le juge en chef Lamer explique qu'il utilise le mot « négociation » dans le sens qu'il a dans le contexte des relations du travail, où cela « implique une certaine mesure de marchandage »¹². Il s'agit là d'un problème de définition, comme l'arrêt indique



expressément à l'interdiction énoncée les « préoccupations » au sujet de la rémunération exprimées par les juges en chef et les juges, lesquelles visent, la Cour précise-t-elle, à fournir de l'information¹³.

Le troisième élément de la sécurité financière en sa dimension institutionnelle concerne l'existence d'un traitement minimum des juges. La Cour s'abstient de spéculer le moins sur ce que ce traitement minimum pourrait être.

Seule une « crise financière exceptionnellement grave » provoquée par une guerre ou une faillite imminente justifiera de s'écarter de l'un ou l'autre des éléments de la dimension institutionnelle de la sécurité financière¹⁴.

Commentaires

En 1985, les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont été décrits dans *Valente c. La Reine*¹⁵ comme les garanties idéales de l'indépendance de la magistrature. Les cours provinciales sont protégées par l'alinéa 11*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982* mais, a-t-on statué, elles n'ont pas droit au même degré de protection que les cours visées à l'article 96. Seulement douze années plus tard, la Cour suprême du Canada statue que l'indépendance judiciaire est une norme ou un principe non écrit dont l'assise véritable est le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 96 à 100 et l'alinéa 11*d*) n'ont pas un caractère exhaustif. La Cour énonce les paramètres de l'indépendance de la magistrature. De nouvelles dimensions et de nouveaux éléments font leur émergence.

La décision a d'importantes répercussions quant au rôle du pouvoir judiciaire en matières constitutionnelles de façon générale, et quant à l'évolution future de l'indépendance de la magistrature.

La Cour affirme le rôle de rédacteur de la Constitution du pouvoir judiciaire. Dans le cadre de litiges futurs, lorsque les dispositions expresses des lois ne fourniront pas le fondement nécessaire d'une contestation constitutionnelle, les parties pourront désormais suggérer aux tribunaux de se conformer au préambule et de combler les lacunes au moyen des principes structurels reconnus par la Cour dans cet arrêt.



Cela va bien au-delà de l'interprétation des dispositions expresses, un rôle qui est bien connu au Canada. L'arrêt lui-même va plus loin que les précédents cités et avancés comme fondement de l'utilisation en cause du préambule.

*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*¹⁶, par exemple, a créé de nouveaux principes constitutionnels, celui de la reconnaissance totale et celui concomitant de l'application régulière de la loi. L'arrêt à l'étude prévoit pour sa part que de nouvelles institutions — les commissions de la rémunération — doivent être créées. Le fait que certains gouvernements aient déjà eu pour politique de mettre sur pied des versions de telles institutions ne rend pas le résultat atteint moins radical. On avait justifié cette décision par la nécessité et l'absence de solution meilleure. On pourrait se demander ce qui arrivera si l'on trouve une meilleure solution. Comment fait-on pour modifier la Constitution non écrite?

Rien ne permet de croire que la Cour ne se montrera enthousiaste à combler des lacunes que dans un domaine en particulier de la Constitution. Les principes structurels, tels qu'ils sont définis, sont applicables à tous les domaines sans exception. Encore faudra-t-il voir si les tribunaux inférieurs feront preuve du même enthousiasme.

Un tel enthousiasme semble curieux quand on considère les inquiétudes de la Cour au sujet de la séparation des pouvoirs et de la nécessité d'éviter la perception même d'ingérence du législatif et de l'exécutif à l'endroit du judiciaire. En comblant les lacunes des *Lois constitutionnelles de 1867 et de 1982*, les tribunaux exerceront une fonction législative réservée au pouvoir législatif selon le principe de la séparation des pouvoirs. Les organismes souverains habilités à créer des règles constitutionnelles sont bien sûr maintenant définis avec soin, ceux-ci pouvant varier selon les divers objets visés, à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'examen, dans cet arrêt, de la question de l'indépendance judiciaire est de si vaste portée et malgré tout de nature si générale qu'il en résultera assurément d'autres litiges. Il est indubitable que chaque commission sera assujettie à la révision judiciaire, de manière à garantir qu'elle respecte les normes minimales en matière d'indépendance,



d'objectivité et d'efficacité. Les actions intentées en Colombie-Britannique en offrent la preuve.

Le traitement relativement bref de la question de l'inamovibilité pourrait permettre de faire valoir que la Constitution requiert la prise de nouveaux arrangements institutionnels pour la nomination et la destitution des juges. Il y est fait allusion au cas des destitutions et, pour ce qui est des nominations, cela s'inscrit implicitement dans la logique de l'approche adoptée en matière de séparation des pouvoirs. En outre, on laisse entendre qu'une « enquête judiciaire », le cas échéant, sur l'aptitude d'un juge pourrait être interprétée comme ne pouvant être menée que par des juges. En d'autres termes, les membres profanes d'un conseil de la magistrature ne pourraient juger un juge.

Pour ce qui est de la rémunération, il existe déjà, en pratique, des précédents pour le recours à un organisme indépendant. Le Conseil de la magistrature aide le Parlement à exercer le pouvoir de destitution des juges prévu au paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les provinces, pour leur part, ont recours à divers régimes législatifs pour la destitution des juges des cours provinciales, mais aucune n'a encore utilisé un conseil ou une commission à cette fin. L'arrêt pourrait entraîner des litiges relativement à la dimension institutionnelle de l'inamovibilité et aux répercussions, sur l'indépendance judiciaire, de dispositions législatives non conformes aux paramètres énoncés par la Cour.

Rien dans les motifs de la majorité ne vient restreindre le principe de l'indépendance judiciaire aux cours supérieures et inférieures traditionnelles. De fait, la décision laisse entendre que les tribunaux visés à l'alinéa 11*d*) de la *Loi constitutionnelle de 1982* devraient également jouir de la protection offerte par le principe dans sa portée la plus large. D'autres tribunaux non visés par l'alinéa 11*d*) pourraient bientôt revendiquer eux aussi les avantages découlant du principe.

Il serait malheureux que le jugement aille à l'encontre du but recherché. L'approche activiste retenue par la Cour se justifie par la nécessité d'agir pour désamorcer le problème découlant des litiges intentés par des juges de cours provinciales dans diverses provinces. Si la décision a pour effet, comme j'indique que cela est vraisemblable, qu'on comble des lacunes et qu'il y ait de nombreux litiges concernant



l'indépendance de la magistrature, l'administration de la justice pourrait en être déconsidérée aux yeux du public. Or, la confiance du public constitue la justification fondamentale de la conception maintenant élargie de l'indépendance de la magistrature.

¹ [1997] 3 R.C.S. 3.

² La majorité est constituée du juge en chef Lamer, qui a rédigé les motifs, ainsi que des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci qui souscrivent à ses motifs. Le juge La Forest est le seul dissident.

³ *Attorney General of Canada v. Attorney General of Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326 (C.P.).

⁴ *Edwards v. Attorney General of Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

⁵ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 63.

⁶ *Ibid.* à la page 69.

⁷ *Ibid.* à la page 78.

⁸ *Ibid.* aux pages 69 et suivantes. La Cour poursuit avec des exemples d'affaires qui, selon elle, ont été tranchées sur le fondement des principes structurels du préambule, puis elle conclut comme suit (à la p. 75) : « Ces exemples — les principes de la reconnaissance totale et de la suprématie, la réparation novatrice que constitue la déclaration d'invalidité avec sursis, la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges des législatures provinciales, l'attribution à l'autorité fédérale du pouvoir de régler la liberté d'expression politique et la reconnaissance, par inférence, de limites implicites à la souveraineté du pouvoir législatif en matière de liberté d'expression politique — illustrent l'effet juridique particulier du préambule. Celui-ci énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* et invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel. »

⁹ *Ibid.* à la page 82.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 85.

¹¹ *Ibid.* à la page 110.

¹² *Ibid.* à la page 113.



¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* à la page 90.

¹⁵ [1985] R.C.S. 673.

¹⁶ [1990] 3 R.C.S. 1077.



Le contrôle de rationalité mis en place dans le *Renvoi relatif à la rémunération des Juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* : réel, efficace et souple

Danielle Pinard

Introduction

Le respect des institutions politiques et judiciaires est essentiel au bon fonctionnement de l'administration de la justice. Il postule l'existence d'un pouvoir judiciaire réellement indépendant et d'une structure qui atteste de cette indépendance. Certes, le pouvoir politique ne doit pas se comporter de façon à mettre en péril cette indépendance, ou même la seule apparence de cette indépendance. Mais les juges ont aussi des obligations dans ce contexte. En effet, notre système constitutionnel fait en sorte qu'il leur revient de définir les contours des exigences de l'indépendance judiciaire. Ils doivent s'acquitter de cette tâche avec la retenue et la sobriété qu'ils attendent des interventions politiques qui les concernent¹.

En septembre 1997, la Cour suprême du Canada a mis en place une structure de détermination de la rémunération des juges qu'elle estime exigée par la constitution. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (dorénavant l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*²), la Cour a lu dans le droit à un tribunal indépendant garanti à tout inculpé par le paragraphe 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*³ l'existence d'une protection relativement complexe du volet de la sécurité financière institutionnelle de l'indépendance judiciaire. Selon la Cour, cette disposition constitutionnelle interdit la négociation salariale entre les juges et le pouvoir politique, et impose à cet égard l'interposition d'une structure



indépendante, objective et efficace, le tout afin d'éviter toute manipulation financière réelle ou apparente.

L'objectif est ici de dépolitiser les rapports entre le judiciaire et les autres pouvoirs de l'État : tout comme les juges ne doivent pas intervenir publiquement sur des questions politiques, le législatif et l'exécutif ne doivent pas exercer de pressions politiques sur le judiciaire⁴.

La Cour dit souhaiter participer ainsi à l'élimination de ce qu'elle perçoit comme l'existence d'une certaine tension entre les gouvernements et les juges provinciaux relativement à la rémunération de ces derniers⁵, en précisant les arrangements institutionnels constitutionnellement requis à cet égard.

La Commission du droit du Canada a organisé, en mars 1998, une conférence portant sur l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi* et visant à créer des conditions de dialogue entre les juges des cours provinciales et les gouvernements provinciaux. Le présent texte constitue une version, que j'espère améliorée, de la présentation que l'on m'a invitée à y faire.

Une première partie décrit sommairement la structure et le processus de rémunération des juges mis en place dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi* et s'intéresse à la portée et aux effets de leur constitutionnalisation. Une seconde partie est consacrée à l'étude de la norme de contrôle élaborée par la Cour et en vertu de laquelle une assemblée législative ou un gouvernement provincial ne peut déroger à une recommandation d'une commission de la rémunération des juges qu'à la condition d'être en mesure de démontrer la rationalité de sa décision. On y aborde notamment l'efficacité de la norme et certaines questions de preuve qui s'y rattachent. Dans la mesure où ce texte apportera certaines pistes de réflexion, et, dans la meilleure des hypothèses, certains éléments de réponse aux acteurs et institutions touchés par la problématique qu'il aborde, il aura largement atteint son objectif.

I. L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*

La Cour met en place dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi* l'organisation de la rémunération des juges qu'elle estime constitution-



nellement requise. La présente partie est consacrée à une description sommaire de la structure et du processus mis en place, et à une brève discussion de la portée et des effets de leur constitutionnalisation.

1. La détermination de la rémunération des juges : structure et processus

Selon la Cour, le principe de l'indépendance judiciaire exige que le gouvernement et les juges ne soient pas directement impliqués dans des négociations relatives aux salaires de ces derniers⁶. L'interposition d'une structure dite indépendante, objective et efficace⁷, une « commission de la rémunération », s'impose afin d'éviter toute manipulation financière réelle ou apparente⁸.

Les traits essentiels et obligatoires de la structure et du processus mis en place sont les suivants. Des commissions provinciales de rémunération doivent être instaurées, dont les membres jouissent d'une certaine inamovibilité (mandats à durée déterminée)⁹. La nomination de ceux-ci ne doit pas relever exclusivement de l'un des trois pouvoirs, législatif, exécutif ou judiciaire¹⁰. Le mandat de ces commissions consiste à « présenter des recommandations objectives et équitables, dictées dans l'intérêt public »¹¹, et ce ou bien suite à une proposition gouvernementale ou encore, en cas d'inaction gouvernementale, à périodes fixes. Le gouvernement, ou l'assemblée législative, le cas échéant¹², conserve par la suite le plein pouvoir de déterminer la rémunération des juges, qu'il s'agisse d'augmentation, de diminution¹³ ou de blocage, par une mesure d'application générale ou encore par une mesure visant spécifiquement les juges¹⁴, mais doit démontrer la rationalité d'une décision de ne pas donner suite à une ou à des recommandations de la commission¹⁵.

On peut s'étonner de la créativité dont fait ici preuve la Cour suprême, eu égard à son rôle institutionnel¹⁶. Cette dernière précise cependant qu'elle ne souhaite pas « fixer dans la pierre constitutionnelle un cadre institutionnel particulier »¹⁷, et que les exigences ci-haut mentionnées peuvent être satisfaites dans le respect de la diversité permise par la compétence constitutionnelle provinciale en matière



d'administration de la justice¹⁸. Ainsi, la mise en place de la structure peut donner lieu à des négociations et à des consultations entre la magistrature et les autorités politiques. Restent notamment à déterminer la composition exacte des commissions (une certaine indépendance ainsi qu'une diversité seraient ici souhaitables), les détails des mécanismes de nomination, le type d'information dont la commission devrait tenir compte dans l'élaboration de ses recommandations. Somme toute, dans la mesure où elles assurent l'interposition d'une structure indépendante, objective et efficace dans le mécanisme de détermination de la rémunération des juges, les autorités gouvernementales conservent une marge de manœuvre importante.

2. La constitutionnalisation de la structure et du processus : portée et effets

Selon la Cour, la structure et le processus dont il vient d'être question sont bien plus qu'un souhaitable projet de politique législative, ils sont constitutionnellement requis¹⁹.

2.1 Portée

Tout d'abord, la structure et le processus mis en place dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *Renvoi* sont constitutionnellement requis en vertu des droits garantis au paragraphe 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le jugement rendu par la Cour ne porte en fait, techniquement, que sur la portée de cette disposition. Ainsi, minimalement, le processus de détermination de la rémunération de tous les juges du Canada appelés à rendre des jugements en matière pénale ou criminelle, qu'ils soient de nomination fédérale ou provinciale, devra respecter les exigences formulées par la Cour. Ces dernières semblent *a fortiori* applicables à tous les juges de nomination fédérale visés par l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit spécifiquement la sécurité financière des juges des cours supérieures et qui a été discuté par la Cour suprême dans l'affaire *Beauregard*²⁰. La Cour affirme en effet que « les paramètres constitutionnels du pouvoir de modifier ou de bloquer les traitements des



juges »²¹ bénéficient autant aux juges des cours supérieures visés par l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'aux juges des cours provinciales siégeant en matière pénale, dans le cas de ces derniers en vertu du paragraphe 11d) de la *Charte*.

On peut sans trop de risques inférer d'un long *obiter* de la Cour²² que la constitutionnalisation du processus de rémunération s'étend aussi à tous les juges des cours provinciales qui ne siègent pas en matière pénale et auxquels le paragraphe 11d) ne s'applique donc pas, et, à la rigueur, à l'ensemble des tribunaux judiciaires au Canada. En effet, la Cour consacre de longs propos à l'idée selon laquelle les dispositions constitutionnelles expressément relatives à l'indépendance judiciaire ne sont que des illustrations du principe constitutionnel fondamental de l'indépendance judiciaire qui, lui, est implicitement consacré par la référence à la constitution britannique que l'on retrouve au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la Cour, ce dernier « reconnaît et confirme les principes fondamentaux » de la constitution canadienne, et constitue « une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel »²³. Ainsi, la reconnaissance constitutionnelle explicite du droit des inculpés d'être jugés par un tribunal indépendant est-elle vue comme la manifestation d'un principe général s'appliquant à « tous les tribunaux, sans égard au type d'affaires qu'ils entendent »²⁴.

La Cour interprète donc la Constitution canadienne comme incluant une protection générale de l'indépendance judiciaire²⁵. Cela peut sembler à tout le moins surprenant puisque diverses tentatives de constitutionnalisation formelle du principe ont à ce jour échoué²⁶. Tout comme le juge La Forest, on peut s'inquiéter ici de ce que les déclarations de principe d'un vague préambule puissent l'emporter ainsi sur des dispositions à première vue délibérément ciblées²⁷.

2.2 Effets

L'application du principe de la suprématie de la constitution constitue l'effet premier et fondamental de la constitutionnalisation du processus par commission de la rémunération. En effet, sous réserve de l'exception prévue dans le jugement « en cas de crise financière



exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires, telles que le déclenchement d'une guerre ou une faillite imminente »²⁸, toute décision gouvernementale relative à la rémunération des juges et prise en violation des exigences processuelles formulées dans le jugement sera en principe inconstitutionnelle, et donc sans effet²⁹. Ces exigences consistent essentiellement, on l'a vu, en l'établissement d'une commission dont les membres sont indépendants et dont le gouvernement ne peut rejeter les recommandations qu'en démontrant la rationalité d'une telle décision. Si le non-respect de chacun des éléments présentés comme obligatoires dans le jugement peut donner lieu à un prononcé d'inconstitutionnalité, le débat portant sur la rationalité d'une décision gouvernementale risque d'être plus complexe. La deuxième partie de ce texte est consacrée à l'étude de ce contrôle judiciaire de la rationalité.

Un jugement concluant à l'absence d'indépendance d'un tribunal pour cause de non-respect de la structure et du processus de détermination de la rémunération des juges aurait des conséquences graves. Tout d'abord, minimalement, il entraînerait l'inconstitutionnalité de la mesure financière contestée³⁰. On comprend cependant qu'il n'y aurait pas toujours de telle mesure, puisque l'absence d'indépendance du tribunal pourrait aussi être le fait de l'inaction gouvernementale non justifiée suite à une recommandation périodique de la commission.

Plus encore, les justiciables pourraient refuser d'être jugés tant en matière pénale³¹ qu'en matière civile³² par un tribunal qui ne peut plus être considéré comme indépendant à cause du non-respect de la structure et du processus que la Cour a dit inhérents au volet de la sécurité financière institutionnelle de l'indépendance judiciaire³³. Paralyse de l'administration de la justice. Un coup fatal serait ici porté au cœur de la primauté du droit. Personne n'y gagnerait.

La récente opinion émise par la Cour le 10 février 1998, suite à une ré-audition dans le *Renvoi* qui nous intéresse³⁴, illustre on ne peut mieux cette inquiétude. Quant au passé, la Cour a dû y affirmer l'application de la doctrine de la nécessité afin d'éviter toute contestation des actes posés par des tribunaux dont l'indépendance était compromise en



raison des modalités de détermination de leur rémunération. Quant à l'avenir, elle a suspendu les effets du jugement de septembre 1997 pour une période d'un an (pour l'ensemble du Canada), faisant ainsi preuve d'un souci de réalisme vu les délais nécessaires à la mise en œuvre de la nouvelle structure de rémunération. A défaut d'une telle suspension, l'impact du jugement sur l'administration de la justice aurait été immédiat, et, à court terme du moins, désastreux.

II. La norme de rationalité : quelques réflexions

La Cour affirme que la structure constitutionnelle mise en place ne prive pas le gouvernement de son ultime pouvoir d'augmenter, de réduire ou de bloquer le salaire des juges. S'il décide cependant de le faire en contravention aux recommandations de la commission constitutionnellement requise, il doit être en mesure de démontrer la rationalité de son choix, au besoin devant une cour de justice³⁵. La Cour écrit :

En l'espèce ... la norme de justification est celle de la rationalité. Elle commande que le gouvernement justifie par un motif légitime sa décision d'écarter la recommandation de la commission et, le cas échéant, d'avoir traité les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics³⁶.

On abordera dans la présente partie certains aspects de cette norme de rationalité, tous reliés par un thème commun : cette norme permettra un contrôle réel et efficace, mais le contexte de la rémunération des juges exigera qu'on l'applique avec une souplesse particulière.

Le contexte d'élaboration de ce test de rationalité est en effet le suivant. La prévention de l'ingérence politique par le moyen d'une quelconque manipulation financière constitue la raison d'être du volet financier de l'indépendance judiciaire³⁷. La détermination de la rémunération des juges constitue cependant une affectation de fonds publics qui relève constitutionnellement des autorités gouvernementales et qui est une « question intrinsèquement politique »³⁸. Un compromis est mis en place : les autorités gouvernementales conservent ce pouvoir politique de déterminer la rémunération des juges, mais sont à cet égard assujetties à un contrôle public en ce qu'elles doivent



expliquer et justifier publiquement pourquoi, le cas échéant, elles dérogent à des recommandations décrites comme « objectives et équitables, dictées par l'intérêt public »³⁹.

1. Fardeau et moment du débat

Une remarque préalable s'impose relativement au cadre dans lequel aura lieu la discussion sur la rationalité de la mesure gouvernementale. La répartition traditionnelle des fardeaux de preuve dans un litige fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés* était le suivant : la partie qui invoque la violation de ses droits doit en faire la preuve, alors que c'est ensuite à la partie qui souhaite justifier la mesure contestée (généralement le gouvernement) d'en établir le caractère raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Or, dans le *Renvoi*, la Cour impose au gouvernement une obligation de démontrer la rationalité de sa décision à l'intérieur même de l'analyse du contenu du droit à un tribunal indépendant au sens de 11d), donc à l'étape de la détermination de l'atteinte au droit plutôt qu'à celle de l'étude du caractère raisonnable de cette atteinte. L'État doit donc apporter une certaine justification afin d'appuyer l'indépendance du tribunal en cause.

Si le tribunal est convaincu de la rationalité de la décision gouvernementale, il n'y a pas de violation des exigences constitutionnelles, et le débat est clos. À l'opposé, une conclusion de non-rationalité de la décision gouvernementale donnera lieu à un prononcé de violation du droit d'être jugé par un tribunal indépendant, sauf si le gouvernement établit qu'il s'agit d'une limite prescrite par une règle de droit et répondant aux critères des limites raisonnables développés par la jurisprudence.

On peut cependant se demander si le recours à la norme de justification de l'article premier ne devient pas alors tout à fait illusoire, puisque la Cour elle-même précise que la norme de justification de la rationalité sous 11d) est moins exigeante que celle de l'article premier⁴⁰. Si la première n'est pas satisfaite, la seconde ne le sera pas non plus.



2. La rationalité : éléments de définition⁴¹

La norme de contrôle mise en place par la Cour suprême est celle de la rationalité. Le gouvernement devra démontrer la rationalité de sa décision de ne pas donner suite à une recommandation de la commission, le cas échéant.

La rationalité, c'est le caractère de ce qui obéit aux lois de la raison, de ce qui peut être connu ou expliqué par la raison, de ce qui est raisonnable et semble fait avec bon sens⁴². Le bon sens, synonyme de sens commun, serait quant à lui la capacité de bien juger, sans passion, en présence de problèmes qui ne peuvent être résolus par un raisonnement scientifique⁴³. On mesure ici la gravité d'un prononcé judiciaire de non rationalité d'une décision gouvernementale, tout comme le caractère éminemment subjectif et relatif d'un jugement de rationalité.

A titre d'analogie, et en faisant les nuances qui s'imposent, on peut rappeler ici certains propos récents de la Cour suprême à propos d'une norme médiane de contrôle en droit administratif, soit celle du contrôle judiciaire de la décision administrative « déraisonnable »⁴⁴. Il s'agirait, selon la Cour, d'un type de contrôle intermédiaire, à mi-chemin entre le contrôle de la décision manifestement déraisonnable et celui de la décision erronée⁴⁵. « Est déraisonnable, écrit la Cour, la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé »⁴⁶. La question principale serait la suivante : « existe[-t-il] quelque motif étayant cette conclusion »⁴⁷? « En définitive, écrit enfin la Cour, la norme de la décision raisonnable ne fait que dire aux cours chargées de contrôler les décisions des tribunaux administratifs d'accorder un **poids considérable** aux vues exprimées par ces tribunaux sur les questions à l'égard desquelles ceux-ci possèdent une **grande expertise** »⁴⁸. L'expertise serait en fait le facteur décisif dans la détermination de la norme de contrôle applicable⁴⁹.

Ces propos relatifs à une norme de contrôle de caractère raisonnable [ou rationnel] d'une décision administrative sont empreints de retenue. Ils sont *a fortiori* applicables au contrôle judiciaire de la rationalité de la décision gouvernementale mis en place dans le *Renvoi*, puisque « les



décisions concernant l'affectation des ressources publiques relèvent généralement de la compétence de l'assemblée législative et, par l'entremise de celle-ci, de l'exécutif », et que « la dépense de fonds publics ... est une question intrinsèquement politique »⁵⁰.

3. La double efficacité de la norme

Selon la Cour, l'efficacité de la rationalité comme norme de justification se manifeste de deux façons.⁵¹ Tout d'abord, elle permet de départager les décisions comportant ingérence politique ou discrimination de celles adoptées dans l'intérêt public. Elle autorise de plus le contrôle judiciaire du fondement factuel de la décision gouvernementale.⁵²

Correctement situés dans une tradition jurisprudentielle établie, ni l'un ni l'autre de ces volets de la norme de rationalité n'imposent cependant un lourd fardeau de justification.

3.1 Déceler les décisions comportant ingérence politique ou discrimination

La Cour décrit ainsi le premier volet de l'efficacité de la norme de rationalité, soit le contrôle de l'objet de la mesure gouvernementale :

« [E]lle permet de déceler les décisions concernant la rémunération des juges qui reposent sur des considérations purement politiques, ou les mesures qui ont été édictées pour des motifs discriminatoires. Seules peuvent être justifiées les modifications ou blocages de traitement qui reposent sur des objectifs d'intérêt public, au sens large de cette expression.⁵³ »

La norme est ici formulée en termes de « considérations », de « motifs » et d'« objectifs ». Il s'agit d'un type de contrôle judiciaire traditionnel fondé sur des concepts, des idées, des perceptions. On retrouve donc une préoccupation relative à d'éventuelles tentatives de pressions politiques exercées sur le pouvoir judiciaire par le biais des questions financières⁵⁴. On rejoint le concept le plus traditionnel de l'indépendance judiciaire, soit la liberté de juger à l'abri de toute intervention politique. En vertu de ce concept, l'éventuel impact de toute mesure financière visant les juges devra passer le test de la perception de la personne raisonnable et bien informée. C'est là le test



orthodoxe, développé par une jurisprudence constante et utilisé par le juge La Forest dans son opinion dissidente⁵⁵.

Il est à noter que les juges majoritaires et le juge dissident s'entendent en l'espèce sur le fait qu'une mesure générale de réduction des salaires des personnes rémunérées à même les fonds publics, mesure adoptée en fonction des priorités budgétaires gouvernementales ne pose en principe aucun problème quant à l'indépendance des juges⁵⁶. La Cour admet en effet qu'une telle mesure serait à première vue une décision gouvernementale rationnelle. Elle « vise normalement à mettre en œuvre les priorités budgétaires globales du gouvernement et, par conséquent, vise généralement à réaliser un objectif plus vaste d'intérêt général »⁵⁷. On doit comprendre de ce passage que de strictes considérations budgétaires suffiront dans certains cas à démontrer la rationalité de décisions gouvernementales⁵⁸. La Cour explique du même trait de plume que moins la mesure contestée risque de servir de moyen de manipulation financière et d'ingérence politique, plus facile sera la preuve de sa rationalité⁵⁹. Le contrôle de rationalité décrit par la majorité de la Cour rejoint ici le test que privilégie le juge La Forest : la personne raisonnable et bien renseignée ne verra aucune atteinte à la sécurité financière des juges dans une mesure applicable à toutes les personnes payées à même les fonds publics⁶⁰.

3.2 Vérifier le « caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »

Selon la Cour, la norme de justification de rationalité est aussi efficace en ce qu'elle autorise le contrôle judiciaire « du caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »⁶¹. Non seulement la mesure budgétaire gouvernementale devra-t-elle refléter un objectif d'intérêt général, elle devra, de plus, être justifiée par les **faits**. On peut avoir momentanément l'impression de quitter le monde incertain des principes et des valeurs pour aller vers celui, plus objectif, des données empiriques⁶². L'impression est cependant brève, tant pour des raisons de principe que parce que la Cour y met rapidement et explicitement fin.

Au niveau des principes, d'abord, on doit d'emblée admettre que toute mesure gouvernementale de dépense publique demeure une



décision, un choix, certes fait à la lumière d'un contexte factuel particulier, mais nullement dicté par ce dernier⁶³. Il ne s'agit pas d'un fait brut; on pourrait à la rigueur parler d'un « fait évaluatif »⁶⁴. Il s'agit d'un exercice de pondération de valeurs et d'intérêts, de priorisation des uns par rapport aux autres, qui ne peut être réduit à une forme quelconque de raisonnement scientifique. La justesse ou l'exactitude d'une telle décision ne peut être scientifiquement démontrée. Il ne s'agit **pas** d'une question empirique⁶⁵.

Certainement consciente de cette réalité, la Cour relie expressément son exigence de démonstration d'un fondement factuel à l'approche qu'elle a développée dans l'arrêt *Anti-inflation*⁶⁶. On se souviendra que, dans cette affaire, dans un contexte où la constitutionnalité d'une loi fédérale réglementant les prix et salaires dépendait de l'état de la situation économique au pays, la Cour a précisé que la preuve factuelle n'était requise à cet égard qu'afin de démontrer l'existence d'un fondement rationnel à la décision législative⁶⁷.

Il s'agit d'un objet de preuve distinct de l'existence d'un fait, preuve traditionnellement connue en droit. Il s'agit de l'existence d'un fondement rationnel à la croyance législative en l'existence de certains faits, plutôt que de leur existence même⁶⁸. Ce type particulier d'objet de preuve serait devenu depuis lors la norme dans les litiges constitutionnels fondés sur le partage des compétences⁶⁹, et est peut-être en voie de le devenir dans les litiges fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁰. La nature des faits dont on parle ici, des faits économiques et sociaux aux contours incertains et à propos desquels on ne peut entretenir que des certitudes limitées, exige un tel objet de preuve⁷¹. De plus, ces faits ne sont pas en principe en litige, au cœur du débat judiciaire, mais servent plutôt à expliciter le contexte d'une mesure gouvernementale.

La Cour ne réfère pas par hasard au type de fardeau de preuve développé dans *Anti-inflation*. Elle le fait délibérément, dans un contexte de détermination de la rémunération des juges où se confrontent des faits économiques et sociaux à propos desquels la certitude empirique est à toutes fins utiles inexistante. On l'a vu, la décision relative à la rémunération des juges ne sera jamais bonne ou mauvaise, exacte ou



erronée. Elle ne sera que rationnelle ou non, à la lumière d'un certain contexte factuel.

Le caractère délibéré du renvoi à l'affaire *Anti-inflation* est confirmé lorsque la Cour exclut explicitement la méthodologie du test des limites raisonnables développé en rapport avec l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷². Selon la Cour, il ne s'agit donc pas, à propos de la rémunération des juges, de s'interroger sur l'importance de l'objectif poursuivi et sur la proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés⁷³.

4. Type de preuve

La Cour exige donc à la fois un énoncé public des motifs de la décision gouvernementale et la démonstration « du caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »⁷⁴.

4.1 *Insuffisance de la déclaration gouvernementale?*

La Cour impose aux autorités gouvernementales l'obligation d'énoncer les motifs légitimes pour lesquels elles ont pris une décision qui déroge aux recommandations de la commission de la rémunération des juges. Cette décision gouvernementale ne sera constitutionnelle que si elle est jugée « rationnelle » à la lumière d'un contexte factuel particulier.

Quel type de preuve sera requis afin d'asseoir un tel jugement de rationalité?

La simple affirmation de l'existence de certains faits, par une autorité gouvernementale ou législative, ne peut, en soi, en constituer la preuve absolue⁷⁵; mais elle doit minimalement en constituer une preuve *prima facie*. Cela est particulièrement vrai dans le contexte constitutionnel. Les principes acceptés de droit constitutionnel empêchent en effet de conférer une valeur déterminante à une telle déclaration. Une autorité législative ou gouvernementale ne peut placer son intervention à l'abri du contrôle judiciaire en déclarant d'office l'existence des faits nécessaires à sa validité constitutionnelle⁷⁶. Cette incapacité, si elle vaut pour l'établissement des faits, joue *a fortiori* pour la qualification constitutionnelle de ces faits. En matière de rémunération des juges, par exemple, un gouvernement ne pourra, par une affirmation péremptoire



de la rationalité de son intervention, placer cette dernière à l'abri du contrôle judiciaire. La disponibilité du contrôle judiciaire de constitutionnalité est enchâssée en droit constitutionnel canadien. De plus, on comprend aisément qu'accorder un poids décisif à une telle déclaration tronquerait l'équité du processus de contrôle judiciaire de constitutionnalité en fournissant à une partie le contrôle exclusif d'une arme fatale. L'équité exige une quelconque possibilité de contestation de déclarations gouvernementales de faits.

Les tribunaux devront toutefois accorder une considération réelle à de telles déclarations de faits⁷⁷. Ce nécessaire respect minimal que doivent manifester les juges se fonde à la fois sur une attitude de déférence à l'égard de l'évaluation législative des faits et sur la reconnaissance d'une meilleure expertise gouvernementale à cet égard.

Une déclaration d'existence de certains faits, par une assemblée législative ou un gouvernement, devra donc être traitée avec le plus grand respect. Elle ne lie certes pas le tribunal, mais elle représente une opinion éclairée et marquée par la légitimité démocratique. Une telle déclaration devrait *prima facie* être considérée comme vraie et être fondée sur une analyse adéquate de la situation⁷⁸.

4.2 Autres moyens de preuve

Les autres éléments de preuve pourront étayer la rationalité de la décision gouvernementale. S'agissant de faits sociaux, parfois appelés faits législatifs, ils seront plus faciles à établir. « Les faits législatifs, écrira ailleurs la Cour suprême, sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères »⁷⁹. Ils ne peuvent être prouvés « comme on prouve un fait dans une cause ordinaire »⁸⁰. Les moyens de preuve de ce type de faits sociaux sont ainsi plus souples et informels. C'est à leur propos qu'on réfère à la technique des Brandeis briefs⁸¹, et que les tribunaux ont considérablement assoupli les exigences traditionnelles de la connaissance d'office⁸². La Cour pourra, par exemple, prendre connaissance d'office d'une situation économique difficile⁸³ et de l'existence de mesures gouvernementales semblables prises dans d'autres juridictions. Des témoignages



d'experts pourront éclairer sur le contexte économique. Des études de sciences sociales et économiques pourront être déposées en preuve. Rappelons-le, ces divers moyens de preuve n'auront qu'à établir l'existence d'un fondement raisonnable à l'action gouvernementale et non pas la réalité des faits discutés en tant que telle.

4.3 *Preuve contraire*

Le fardeau de preuve imposé au gouvernement étant limité à la démonstration d'un fondement raisonnable à son action, la partie adverse est dans la position difficile d'avoir à démontrer l'irrationalité de la mesure gouvernementale. La cour n'a pas ici à se prononcer sur une quelconque prépondérance des preuves⁸⁴. La simple existence d'une preuve contraire est donc sans utilité. Elle ne devient pertinente que dans la mesure où elle détruit tout fondement rationnel à la croyance législative⁸⁵.

Je ne crois d'ailleurs pas que la Cour ait voulu mettre en place le décor d'une interminable bataille d'experts sur la gravité de la situation économique, ou encore sur l'urgence de la réduction du déficit. Les tribunaux ne peuvent⁸⁶ ni ne doivent arbitrer un tel débat. Je ne crois pas non plus qu'ils le veuillent.

L'efficacité de la structure mise en place réside plutôt dans la transparence et la justification publique qu'elle exige des interventions gouvernementales en matière de rémunération des juges⁸⁷ afin d'« assurer la confiance du public dans le système judiciaire »⁸⁸. Le respect des formalités mises en place est vu comme une protection efficace contre la manipulation financière et le gage du respect de l'indépendance judiciaire⁸⁹.

En matière de rémunération des juges constitutionnellement protégée, l'enjeu est en fait l'existence d'une justification publique judiciairement exigée pour éviter la manipulation financière des juges, et non pas la « vérité » d'allégations relatives à certains faits et qui est supposée naître du débat contradictoire.



5. Le poids des recommandations de la commission de la rémunération

L'existence même des recommandations de la commission de la rémunération constitue en principe le meilleur argument de celui qui souhaite contester la rationalité d'une décision gouvernementale de ne pas y donner suite. En effet, ces recommandations sont en principe « objectives et équitables, dictées par l'intérêt public »⁹⁰, fondées « sur des critères objectifs, et non sur des raisons d'opportunisme politique »⁹¹. Elles auront été élaborées par un organisme indépendant, bien informé, qui tiendra compte des observations de la magistrature, de l'exécutif et de l'assemblée législative, ainsi que d'une série de critères pertinents, et qui aura possiblement engagé des consultants et commandé des études de sciences sociales et économiques.

L'argument serait le suivant : la structure d'élaboration des recommandations de la commission garantit en principe leur caractère objectif, rationnel et bien fondé, et un gouvernement qui souhaite ne pas y donner suite mais qui a l'obligation constitutionnelle de démontrer la rationalité de son action devra d'abord être en mesure d'en signaler les lacunes. Un peu comme si une recommandation de la commission était une première décision que le gouvernement ne pouvait renverser qu'en démontrant les vicissitudes internes, soit le caractère erroné, déraisonnable ou irrationnel.

Cet argument, quoique présentant une certaine logique, ne peut être retenu.

Tout d'abord, il utilise un mode de pensée propre au droit administratif, du type contrôle judiciaire de l'erreur administrative déraisonnable, dans un contexte qui ne s'y prête pas. Les commissions de la rémunération ne sont nullement des organismes de décision capables d'autoriser des dépenses de fonds publics, la Cour elle-même le précise. Elles n'ont que des pouvoirs de recommandation non contraignante. Ce sont les autorités législatives ou gouvernementales qui sont toujours constitutionnellement habilitées à déterminer le montant de la rémunération des juges, qui doit être payé à même les fonds publics.



La Cour a d'ailleurs soigneusement évité un langage déjà utilisé par d'autres en matière de rémunération des juges et qu'on aurait pu interpréter comme créant pour les autorités législatives ou gouvernementales une obligation de démontrer les lacunes des recommandations de la commission auxquelles elles décident de ne pas donner suite. On pense ici à certaines dispositions de la *Provincial Court Act* (C.-B.)⁹², telles qu'elles ont été discutées et interprétées par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Judicial Compensation Committee*⁹³. Cette loi prévoyait la création d'une commission de la rémunération des juges dont les recommandations étaient exécutoires à moins que l'assemblée législative provinciale ne les rejette par résolution au motif qu'elles étaient injustes ou déraisonnables⁹⁴. Une telle résolution de rejet a été contestée par l'Association des juges provinciaux comme étant illégale et non autorisée par les dispositions législatives pertinentes. On doit remarquer qu'il s'agissait dans cette affaire d'une question de droit administratif et d'interprétation statutaire, et que la résolution de rejet n'a nullement été contestée en première instance comme portant atteinte au principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire⁹⁵. L'Association a notamment allégué que le texte et l'objet de la loi déterminaient de la façon suivante le pouvoir de l'assemblée législative : dans l'évaluation du caractère raisonnable ou non d'une recommandation de la commission, la seule question est de savoir si la recommandation est objectivement déraisonnable, c'est-à-dire clairement irrationnelle au point qu'aucune personne raisonnable ne pourrait l'appuyer. Les seules données pertinentes, dans le cadre de cette analyse, sont les conclusions de fait et les recommandations de la commission; l'assemblée législative n'est pas autorisée à tenir compte de ses propres considérations de politique gouvernementale, par exemple.

La Cour suprême de la C.-B. a rejeté cette argumentation et a jugé que la loi laissait à l'assemblée législative une marge de manœuvre beaucoup plus considérable. Le texte et l'objet des dispositions en cause l'amènent à la conclusion suivante : dans son évaluation des recommandations de la commission, l'assemblée législative peut procéder à sa propre évaluation, à la lumière de la situation financière de la province et de ses propres préoccupations face aux dépenses publiques⁹⁶. Le contrôle



judiciaire de la décision de l'assemblée législative doit en ces matières être imprégné de la plus grande retenue⁹⁷. En l'espèce, la Cour suprême de la C.-B. a confirmé la validité de la résolution contestée⁹⁸.

Des dispositions législatives n'autorisant que le rejet des recommandations d'une commission de la rémunération des juges considérées injustes ou déraisonnables ont donc été interprétées comme laissant à l'assemblée législative une marge d'appréciation importante. *A fortiori* une telle marge d'appréciation devra-t-elle être permise dans la structure mise en place dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, où nulle part on n'assujettit le pouvoir gouvernemental de détermination de la rémunération des juges à une obligation préalable de critique motivée des recommandations de la commission? Le langage de l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi* est clair : est imposée au gouvernement l'obligation de démontrer la rationalité de sa propre décision en matière de rémunération, et non pas celle de démontrer l'irrationalité ou le caractère déraisonnable de la recommandation à laquelle il décide de ne pas donner suite. Cette recommandation est certes un élément d'information pertinent dont le gouvernement doit « tenir compte »⁹⁹, mais la démonstration de ses lacunes, notamment en termes d'irrationalité, n'est pas une condition nécessaire à la rationalité de la décision gouvernementale de ne pas y donner suite. À partir d'un ensemble de données dont il dispose, qu'il n'a nullement l'obligation de divulguer à la commission, et à la lumière de ses priorités budgétaires [« décision intrinsèquement politique »]¹⁰⁰, le gouvernement pourra prendre une décision relative à la rémunération des juges tout aussi rationnelle que la recommandation à laquelle il déroge. En matière de politique sociale et économique, où « les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments »¹⁰¹, deux décisions différentes peuvent être tout aussi rationnelles l'une que l'autre. De plus, il se peut fort bien qu'en ces matières, « ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire »¹⁰².



Conclusion

En bout de ligne, tous les acteurs impliqués conservent des pouvoirs considérables. Le judiciaire a certes défini les paramètres applicables, les règles du jeu, ce que d'aucuns verront comme le pouvoir ultime. La Cour est en effet allée très loin. L'acérbe critique que l'on retrouve dans l'opinion dissidente du juge La Forest, notamment sa dénonciation du manque de légitimité du type de contrôle judiciaire mis en place par l'opinion de la majorité, n'est pas sans intérêt. L'opinion majoritaire se fonde en fait sur la prémisse selon laquelle la confiance du public en l'indépendance du pouvoir judiciaire est ébranlée par l'existence de négociations salariales directes entre les juges et les gouvernements, mais raffermie par l'interposition entre eux d'une structure dite indépendante et objective. Dans l'abstrait, cette prémisse mérite certes une réflexion approfondie. Elle apparaît cependant beaucoup plus fragile lorsqu'on la replace dans le contexte de l'affaire, soit celui 1) de réductions salariales générales applicables à l'ensemble des personnes rémunérées à même les fonds publics, et 2) d'une opinion dans laquelle la Cour suprême, au sommet de la hiérarchie judiciaire au Canada, définit une structure et un processus de détermination de la rémunération des juges, relativement complexes et détaillés, qu'elle dit constitutionnellement requis mais qui ne trouvent d'assise ni dans le texte ni dans la tradition constitutionnelle. On doit cependant savoir gré à la cour d'avoir malgré tout été relativement raisonnable dans sa grande créativité. Les gouvernements provinciaux conservent le pouvoir de déterminer la rémunération des juges, dans le respect de leurs priorités et sans être contraintes par un modèle uniforme pour toutes les provinces. Les gouvernements provinciaux doivent mettre en place une structure dont l'efficacité première devrait en principe être de rassurer la population face à un danger de politisation abusive, et donc d'encourager la confiance en l'administration de la justice. Les tribunaux évalueront la rationalité d'une décision gouvernementale de ne pas donner suite aux recommandations de la commission provinciale en vertu d'un critère souple qui ne devrait en fait que traduire les préoccupations de la personne raisonnable face aux dangers



de manipulation financière de la magistrature. Une coopération est possible, permettant l'exercice des pouvoirs respectifs vers un but commun : la protection de l'État de droit par la préservation de la confiance du public en l'existence d'une magistrature indépendante.

¹ C'est en partie une inquiétude à l'égard du caractère intéressé de l'interprétation de l'indépendance judiciaire par les juges qui animait Peter Russell à l'idée d'une éventuelle constitutionnalisation formelle du principe. Il a écrit : « There is a further, somewhat indelicate, thought that must be added to these reservations about a constitutional guarantee of judicial independence. In interpreting such a guarantee, judges are policing the boundaries of their own power. In doing so, their own institutional interests are involved in a manner that does not arise when they are umpiring constitutional disputes between the two levels of government or between the citizen and government. (...) Canadians might well be cautious about making changes in the Constitution which will give judges a more powerful role in defining their own power and shift power away from those who are politically accountable and represent other interests in society » : Peter H. Russell, *The Judiciary in Canada : the Third Branch of Government* (Toronto : McGraw-Hill Ryerson Ltd, 1987), à la page 97. Dans le même sens, à propos du problème soulevé par une éventuelle application d'une loi de réduction de salaires au pouvoir judiciaire, Holdsworth écrivait en 1932 : « It is a nice problem; but the difficulty is to find out who is to solve it. The judges cannot be judges in their own cases; and there is no other tribunal which has authority to settle the problem. (...) But the fact that it is now possible that a case can arise, in which it is constitutionally impossible for the judges to obtain an authoritative ruling upon a point of law by the ordinary methods open to any other subject, raises the much wider question of the policy pursued by the state in recent years with respect to the question of the remuneration of the judges », W.S. Holdsworth, « The Constitutional Position of the Judges » (1932) *Law Quarterly Review* 25, à la page 30. Pour une expression du même malaise, par la Cour suprême des États-Unis, dans le contexte d'une affaire portant sur l'applicabilité d'un impôt à la rémunération des juges : « Because of the individual relation of the members of this court to the question, thus broadly stated, we cannot but regret that its solution falls to us; (...) But jurisdiction of the present case cannot be declined or renounced », *Evans v. Gore*, (1919) 40 *Sup. Ct. Reporter* 550, 253 U.S. 245.

² [1997] 3 R.C.S. 3.



- ³ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.U. c. 11.
- ⁴ « [L]a législature et l'exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer de pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant, et (...), à l'inverse, les membres de la magistrature doivent faire montre de réserve lorsqu'ils s'expriment publiquement sur des questions touchant des politiques générales d'intérêt public susceptibles d'être soumises aux tribunaux, qui font l'objet de débats politiques et qui ne concernent pas la bonne administration de la justice » (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi, précité* note 2 à la page 91. Voir aussi les pages 87-88 et 93).
- ⁵ *Ibid.* à la page 33.
- ⁶ « [I] n'est en aucune circonstance permis à la magistrature (...) d'entamer avec l'exécutif ou des représentants de la législature des négociations concernant sa rémunération. De telles négociations seraient fondamentalement incompatibles avec l'indépendance de la magistrature » (*Ibid.* à la page 89). Sur l'interdiction de négociations, voir aussi les pages 112 à 115. On doit noter que la Cour y précise que l'interdiction de négociations n'empêche nullement la simple expression de préoccupations ou de représentations. Sur les dangers de politisation abusive reliés à une négociation directe entre les juges et le gouvernement, voir notamment Peter H. Russell, *précité* note 1 à la page 15 : « Collective bargaining implies that both sides may resort to economic or political sanctions when the bargaining breaks down ». Voir aussi Martin H. Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995) à la page 65 : « Il reste que plus on peut éviter une négociation directe entre l'exécutif et le judiciaire, mieux cela vaudra. L'existence d'un mécanisme tampon préviendra le risque de compromissions subtiles que représenterait par exemple l'octroi d'une augmentation du traitement ou de la pension contre la renonciation à faire obstacle à certaines initiatives gouvernementales majeures ». Voir enfin Richard Chernick et Steven S. Lucas, « The Need for Judicial Compensation Commissions » (1994) 78 *Judicature* 6 à la p. 6 : « [S]uch judicial lobbying may have adverse collateral effects. The specter of judges traveling to the legislature, hat in hand, to argue their cause tends to tarnish the judiciary with the imprint of politics in a manner inconsistent with the traditional role of the courts. The effect, over time, is to call into question the judiciary's autonomy and independence, attributes that are fundamental to public support of the justice system ». Le juge La Forest, dissident dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, a une vision fort différente de la question : selon lui,



en termes de rapports institutionnels, « la fixation de la rémunération des juges des cours provinciales relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du gouvernement » (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, précite note 2 à la page 198); il ne s'agit pas d'un objet de « négociation », et l'expression de préoccupations et de recommandations sur la question ne peut qu'être opportune (*Ibid.*).

⁷ Voir la description très systématique *ibid.* à la page 103 et s.

⁸ « Le fait d'interposer un organisme indépendant — une commission chargée d'examiner la rémunération des juges — entre le judiciaire et les autres pouvoirs contribue au respect de l'impératif de protection des tribunaux contre l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière » (*Ibid.* à la page 102). Si la Cour constitutionnalise ici les commissions de la rémunération, elle ne crée cependant pas le concept. En effet, tant au niveau fédéral que provincial, de telles commissions existaient déjà, mises en place par des textes législatifs. Il faudra maintenant voir si les structures existantes sont compatibles avec les exigences constitutionnelles explicitées par la Cour. Pour le juge La Forest, dissident, une telle structure n'est nullement requise par le principe de l'indépendance judiciaire, puisque, selon lui, « il est très clair qu'une personne raisonnable et bien renseignée ne percevrait pas que, en l'absence d'une commission, tous les changements apportés à la rémunération des juges des cours provinciales menacent l'indépendance de ces juges » (*Ibid.* à la page 192).

⁹ *Ibid.* à la page 104.

¹⁰ *Ibid.* à la page 105.

¹¹ *Ibid.* La Cour cite ici un rapport du ministère fédéral de la justice de 1995. La Cour ajoute : « Elles doivent présenter des recommandations sur la rémunération des juges en s'appuyant sur des critères objectifs et non sur des raisons d'opportunisme politique » (*Ibid.*).

¹² Selon les provinces, la détermination de la rémunération des juges peut relever de l'assemblée législative ou du gouvernement. À des fins de commodité de rédaction, on utilisera généralement ici la seule expression « gouvernement ».

¹³ La Cour accepte en effet d'emblée que la Constitution canadienne n'interdise pas, en principe, la diminution de la rémunération des juges. La seule limite à cet égard serait celle liée à l'existence d'un niveau minimal en deçà duquel l'indépendance judiciaire serait compromise (*Ibid.* aux pages. 112 à 115). *Contra* : la Constitution américaine, article III : « The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both



of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office ». Voir aussi le débat qui a eu cours en droit britannique, à propos de l'applicabilité aux juges du *National Economy Act*, 1931, prévoyant une diminution de 20 pour cent des salaires des personnes « in His Majesty's Service ». Voir notamment W. S. Holdsworth, *précité* note 1, qui argumente en faveur de la non-application de la loi aux juges au motif qu'ils ne sont justement pas « in His Majesty's Service ». Voir aussi R. F. V. Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940*, (Oxford : Clarendon Press, 1964) aux pages 513 et s.; W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *Revue du barreau canadien* 769 et 1139 aux pages 792 et s.; et enfin Shimon Shetreet, *Judges on Trial : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, (Oxford : North-Holland Publishing Company, 1976) qui écrit, à la page 35 : « The administrative reduction of judicial salaries invoked a heated public controversy and divided legal scholars. The judges strongly protested against the reduction. In meeting the Prime Minister and in a collective memorandum to the Lord Chancellor, which was subsequently read in the House of Lords, they argued that the independence of the judiciary would be impaired if their salaries were reduced in this manner. The government finally retreated and the reduction of judicial salaries was cancelled .»

¹⁴ « [S]uivant un principe constitutionnel général, les traitements des juges des cours provinciales peuvent être réduits, haussés ou bloqués, soit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant les salaires de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics ou de certaines d'entre elles, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges en particulier. (...) le gouvernement qui propose d'imposer spécifiquement aux juges, en tant que catégorie particulière, une réduction de traitement aura un lourd fardeau de justification à respecter » (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, *précité* note 2 à la page 88. Voir aussi les pages 94-5, 99 et 111).

¹⁵ Voir la partie II de ce texte, portant sur cette norme de rationalité. La structure mise en place par la Cour ressemble au AJS (American Judicature Society) Model Statute dont on retrouve le texte et le commentaire dans Richard Chernick et Steven S. Lucas, *précité* note 6. L'obligation de motivation rationnelle d'une décision de rejet y est cependant complétée par une procédure de résolution négative, selon laquelle les recommandations de la commission ont force de loi en cas de silence des autorités politiques.

¹⁶ À simple titre d'exemple, les exigences processuelles dites constitutionnellement requises étant formulées pour la première fois dans l'arrêt sur *les Juges des*



cours provinciales, Renvoi, on voit mal comment les autorités politiques auraient pu être en mesure de préparer en temps opportun une justification au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

- ¹⁷ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, précité note 2 à la page 111.
- ¹⁸ « Il faut que les désirs locaux puissent être respectés dans le cadre des paramètres de l'al. 11d), étant donné que la compétence sur les tribunaux provinciaux a été attribuée aux provinces par la *Loi constitutionnelle de 1867* » (*Ibid.* à la page 103).
- ¹⁹ Selon le juge La Forest, dissident, il s'agit à la rigueur de « mesures souhaitables du point de vue de la politique législative », mais certes pas de mesures constitutionnellement requises par le paragraphe 11d) de la *Charte* (*Ibid.* à la page 188).
- ²⁰ *Beauregard c. Canada* [1986] 2 R.C.S. 56.
- ²¹ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, précite note 2 à la page 102.
- ²² *Ibid.* aux pages 63 à 78.
- ²³ *Ibid.* à la page 69.
- ²⁴ *Ibid.* à la page 77.
- ²⁵ « En conclusion, les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte* ne codifient pas de manière exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature au Canada. L'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En fait, c'est dans le préambule, qui constitue le portail de l'édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental » *Ibid.* à la page 78.
- ²⁶ Il est intéressant à cet égard de relire aujourd'hui les propos de Martin Friedland, qui s'interrogeait, en 1995, sur l'opportunité de la constitutionnalisation d'un principe général d'indépendance judiciaire au Canada. Martin H. Friedland, précite note 6 aux pages 25 à 29. Il a notamment rappelé l'infructueuse tentative de le faire formellement par le Projet de loi sur la réforme constitutionnelle de 1978 [article 100 : Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire, compte tenu du principe de la primauté du droit et de la suprématie de la loi, est un principe fondamental de la Constitution du Canada]. Il a évoqué comme hypothèse d'explication de la non-reconnaissance à ce jour d'un principe général d'indépendance judiciaire constitutionnalisés la crainte des provinces à l'égard « du renforcement de l'autonomie institutionnelle que signifierait pareille mesure » (*Ibid.* à la page 27). Il a enfin mentionné l'existence de vaines



démarches judiciaires, dans les années 80 et 90, en vue d'encourager la constitutionnalisation de l'indépendance judiciaire, notamment au moment des accords de Meech et Charlottetown. De la même façon Peter Russell se demandait en 1987 si l'interprétation judiciaire d'une garantie constitutionnelle était la meilleure façon d'aménager les rapports entre les trois branches de l'État (Russell, *précité* note 1 à la page 97) et s'inquiétait de l'important pouvoir judiciaire de définition des éléments essentiels de l'indépendance judiciaire inhérent à la constitutionnalisation du principe. (*Ibid.* à la page 96).

²⁷ « Étant donné que les dispositions traitant expressément de la protection constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature précisent clairement à qui elles s'appliquent, il semble exagéré d'étendre la portée de cette protection en se référant à une déclaration générale faite dans un préambule » (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, *précité* note 2 aux pages 184–85).

²⁸ *Ibid.* à la page 90.

²⁹ Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit en effet que : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » .

³⁰ La Cour précise le caractère rétroactif d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'une mesure financière incompatible avec l'indépendance judiciaire (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *Réaudition* [1998] 1 R.C.S. 3 à la page 10 et s.; dorénavant, l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *Réaudition*) « Les déclarations invalidant les dispositions attentatoires des textes législatifs et réglementaires provinciaux ont annulé ces dispositions rétroactivement. » Voir le texte accompagnant la note 34, pour une présentation de cette réaudition. Dans le cas de l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, la mesure inconstitutionnelle en étant une de réduction de rémunération, l'inconstitutionnalité rétroactive implique un remboursement aux juges (*Ibid.* à la page 19 : la suspension d'un an couvre aussi « tout remboursement pour réduction antérieure de traitement »). Des problèmes plus complexes pourraient surgir dans les cas où la mesure financière en serait une d'augmentation de rémunération adoptée dans le non-respect des exigences processuelles. Son inconstitutionnalité rétroactive impliquerait-elle un remboursement de la part des juges cette fois-ci? Par ailleurs, dans l'hypothèse où on jugera qu'une décision gouvernementale de ne pas donner suite à une recommandation d'augmentation de rémunération faite par une commission dûment mandatée est irrationnelle, et donc inconstitutionnelle, quelle sera la sanction applicable au titre des mesures financières? La recommandation rejetée ne peut être mise en œuvre, la Cour ayant expressément rejeté les modèles de



force exécutoire et de résolution négative (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, *supra* note aux pages 107–8). Le *statu quo* financier ne ferait que perpétuer le manque d'indépendance des cours concernées. Pourrait-il s'agir d'un cas de « reading in » au sens de l'arrêt *Schachter c. Canada* [1992] 2 R.C.S. 731, la mise en œuvre de la recommandation inconstitutionnellement rejetée constituant la sanction appropriée en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

- ³¹ En vertu du paragraphe 11d) de la *Charte*.
- ³² Éventuellement en vertu du *Préambule de la Loi constitutionnelle de 1867* : voir *supra*.
- ³³ La Cour réfère en ces termes au statut inconstitutionnel des cours concernées : l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Réaudition*, précité note 30 à la page 10 : « L'arrêt de notre Cour a eu pour résultat que toute personne déclarée coupable d'une infraction par la cour provinciale de l'Alberta, du Manitoba ou de l'Île-du-Prince-Édouard a été privée des droits qui lui sont garantis par l'al. 11d) ».
- ³⁴ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Réaudition*, précité note 30.
- ³⁵ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, *supra* note 2 à la page 109.
- ³⁶ *Ibid.* à la page 110.
- ³⁷ « En ce qui a trait aux juges, la détermination du niveau de la rémunération payée sur les fonds publics est politique dans un autre sens, parce qu'elle évoque le spectre de l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière. Un gouvernement peu scrupuleux pourrait utiliser son pouvoir de fixer les traitements des juges comme moyen d'influencer le déroulement et l'issue des litiges. » (*Ibid.* à la page 93)
- ³⁸ *Ibid.* à la page 107. Voir aussi page 92 : « [L]a rémunération des personnes payées sur les fonds publics est une question intrinsèquement politique, en ce qu'elle met en jeu des politiques générales d'intérêt public. (...) La décision d'un gouvernement de réduire son déficit est une décision intrinsèquement politique. »
- ³⁹ *Ibid.* à la page 105.
- ⁴⁰ *Ibid.* à la page 110. Par ailleurs, si l'on accepte que l'indépendance judiciaire des cours provinciales ne siégeant pas en matière pénale est protégée en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*obiter* de la Cour, *Ibid.* aux pages 63 à 78), on peut se demander de quelle façon le test des limites raisonnables de l'article 1, techniquement limité aux droits et libertés garantis par la *Charte de 1982*, devrait jouer, le cas échéant.



- ⁴¹ Sur l'ambiguïté du concept de fondement rationnel en droit constitutionnel, voir Joseph Eliot Magnet, « The Presumption of Constitutionality », (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 87 à la p. 113 et s.
- ⁴² Nouveau Petit Robert, 1995.
- ⁴³ *Idem.*
- ⁴⁴ *Dir. des enq. & rech. c. Southam Inc.* [1997] 1 R.C.S. 748. La Cour d'appel de Colombie-Britannique fait référence à cette décision dans *Re Judicial Compensation Committee*, décision du 28 mai 1998, qui infirme une décision de première instance rapportée à (1997) 27 B.C.L.R. (3d) 134.
- ⁴⁵ *Ibid.* aux pages 775–776.
- ⁴⁶ *Ibid.* à la page 776.
- ⁴⁷ *Ibid.* aux pages 776–777.
- ⁴⁸ *Ibid.* à la page 779 (je souligne).
- ⁴⁹ *Ibid.* à la page 773.
- ⁵⁰ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi, précité* note 2 à la page 107.
- ⁵¹ *Ibid.* à la page 110.
- ⁵² « Deuxièmement, en cas de demande de contrôle judiciaire d'une telle mesure, la cour saisie de la question doit se pencher sur le caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement, de la même manière que notre Cour s'est demandé s'il y avait crise financière au Canada dans sa jurisprudence relative au partage des compétences. (*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* [1976] 2 R.C.S. 373) » (*Ibid.* à la page 110)
- ⁵³ *Ibid.* à la page 110.
- ⁵⁴ *Ibid.* à la page 91.
- ⁵⁵ « La menace pour l'indépendance judiciaire que constitue le pouvoir du gouvernement de fixer les traitements réside dans le fait que les juges seront peut-être influencés par la possibilité que le gouvernement les punisse ou les récompense financièrement pour les décisions qu'ils rendent. La protection contre cette possibilité est la raison d'être de l'aspect sécurité financière de l'indépendance judiciaire. » (*Ibid.* à la page 194) Pour le juge La Forest, le test traditionnel de la personne raisonnable est efficace et suffisant. Il écrit : « Selon moi, les juges sont en mesure de garantir leur propre indépendance par l'application appropriée de la Constitution. En recourant au critère de la



perception raisonnable, les juges sont capables d'établir une distinction entre les changements apportés à leur rémunération pour réaliser un objectif d'intérêt général valable et les changements visant à influencer leurs décisions. » (*Ibid.* à la page 196)

⁵⁶ *Ibid.* aux pages 111 et 192.

⁵⁷ « À mon avis, les mesures générales touchant la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics sont, à première vue, rationnelles. Par exemple, une réduction générale des salaires et traitements applicable entre autres aux juges vise normalement à mettre en œuvre les priorités budgétaires globales du gouvernement et, par conséquent, vise généralement à réaliser un objectif plus vaste d'intérêt général. » (*Ibid.* à la page 111)

⁵⁸ On doit relier cette affirmation aux propos du juge en chef Lamer sur le rôle des considérations financières dans les questions de droits et libertés constitutionnellement protégés (*Ibid.* aux pages 155–57). Il précisera que de telles considérations ne peuvent constituer un objectif suffisant au sens de l'article premier de la *Charte*, mais peuvent être pertinentes dans l'application du critère de l'atteinte minimale et dans la détermination de la réparation adéquate, le cas échéant.

⁵⁹ « Même si toutes les mesures touchant la rémunération des juges et qui dérogent à la recommandation d'une commission de la rémunération doivent satisfaire à la norme de justification — celle de la simple rationalité — certaines vont y satisfaire plus facilement que d'autres, parce qu'elles risquent moins de servir d'instrument de manipulation financière et, partant, d'ingérence politique. » (*Ibid.* à la page 111).

⁶⁰ Il écrit : « Il n'est tout simplement pas raisonnable de penser qu'une diminution de la rémunération des juges, qui s'inscrit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant le traitement de presque toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics, met en péril l'indépendance de la magistrature » (*Ibid.* à la page 192), puis « Il est pratiquement impossible qu'une telle manipulation financière se produise lorsque le gouvernement apporte des changements équivalents à la rémunération de toutes les personnes payées sur les fonds publics » (*Ibid.* à la page 194). Pour une formulation classique d'une idée semblable, en droit américain : « The exemption of salaries from diminution is intended to secure the independence of the judges, on the ground, as it was put by Hamilton in the *Federalist* (No. 79) that « a power over a man's subsistence amounts to a power over his will ». That is a very good reason for preventing attempts to deal with a judge's salary as such, but seems to me no reason for exonerating him from the ordinary duties of a citizen, which



he shares with all others. To require a man to pay the taxes that all other men have to pay cannot possibly be made an instrument to attack his independence as a judge. I see nothing in the purpose of this clause of the Constitution to indicate that the judges were to be a privileged class, free from bearing their share of the cost of the institutions upon which their well-being if not their life depends », le juge Holmes, dissident, avec l'appui du juge Brandeis, dans *Evans v. Gore*, précité note 1.

- ⁶¹ Arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, *supra* à la page 111.
- ⁶² Tribe a déjà critiqué en ces termes une approche judiciaire trop axée sur des études scientifiques et des analyses techniques coûts/bénéfices : « It is a managerial vision of deference to authority and expertise, couched in the technocratic garb of « cost-benefit analysis », and reinforced by the illusory precision and the pretended neutrality of a pseudo-scientific calculus for measuring claims and counterclaims », Laurence H. Tribe, « Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve » (1984) 36 *Hastings Law Journal* 155 à la page 156. Il dénonce de plus la déresponsabilisation à laquelle donne lieu une dépendance à outrance à l'égard des analyses dites scientifiques : « They create an illusion, a comforting illusion, of inexorability... They enable each of us to don a mantle that says, « I didn't do it » » (*Ibid.* à la page 168). »
- ⁶³ Hogg écrivait en ce sens en 1976 : « A legislature acts not merely on the basis of findings of fact, but upon its judgment as to the public perceptions of a situation and its judgment as to the appropriate policy to meet the situation. These judgments are political, and they often do not coincide with the views of social scientists or other experts. It is not for the court to disturb political judgment, much less to substitute the opinions of experts », Peter Hogg, « Proof of Facts in Constitutional Cases » (1976) 36 *U.T.L.J.* 376 à la page 396.
- ⁶⁴ Voir Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, 2^e éd. (San Diego, 1980) vol. 3, à la page 178 : « Even when they are controverted, judgmental facts may often be found without supporting evidence. A judgmental fact is a fact that is mixed with judgment, policy ideas, opinion, discretion, or philosophical preference ». Voir aussi Susan Kenny, « Constitutional Fact Ascertainment » (1990) 1 *Public Law Review* 134 à la page 143, qui écrira, à propos du contrôle constitutionnel américain en matière économique, qui se satisfait de l'établissement d'un fondement rationnel : « [R]elevant facts are likely to be virtually inseparable from matters of policy — the sole preserve of the elected branches of government ».
- ⁶⁵ Le juge Laskin écrira, dans *Renvoi : Loi anti-inflation* [1976] 2 *R.C.S.* 373 à la page 425 [ci-après *Renvoi Anti-inflation*] : « L'opinion des économistes peut être un



élément à considérer pour répondre à la question de savoir si en adoptant la Loi anti-inflation le gouvernement a agi de façon rationnelle. Elle ne peut dicter la réponse ». De la même façon, des juges de la Cour suprême ont accepté que, dans le cadre d'une analyse faite en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la rationalité du lien entre une mesure législative et la fin poursuivie était parfois une question de « gros bon sens », de « raison » et de « logique » : voir, par exemple, *RJR MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)* [1995] 3 R.C.S. 199. La juge McLachlin écrit : « [L]a mesure attentatoire doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. La question n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l'application du processus de la raison. Dans le contexte juridique, la raison comporte la notion d'inférence à partir de la preuve ou des faits établis. Il ne s'agit pas d'éliminer le rôle de l'intuition, ni d'exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d'insister sur une défense rationnelle et raisonnée » (par. 127), puis : « Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant à la suite d'une observation répétée que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la Loi réglementant les produits du tabac, le lien causal pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif » (par. 154) Voir aussi les propos du juge La Forest, au par. 84.

⁶⁶ *Renvoi Anti-inflation*, précité note 65.

⁶⁷ Le juge Laskin écrit : « En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s'ils démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire. Elle est appelée à prononcer [sic] sur une question de politique sociale et économique, c'est-à-dire sur le jugement exercé par le gouvernement et le Parlement. Il est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité » (*Ibid.* à la page 423). Le juge Beetz écrira quant à lui : « On nous a soumis de nombreux éléments de preuve extrinsèques dont l'examen,



espérait-on, nous permettrait de tirer des faits une conclusion en vue de déterminer si l'inflation a, oui ou non, atteint un niveau qui permet au Parlement d'invoquer son pouvoir extraordinaire ou s'il existe une base rationnelle à la décision du Parlement d'y recourir » (*Ibid.* à la page 470).

- ⁶⁸ « This test demonstrates a judicial deference to the legislative branch, when the latter makes controversial judgments as to the need for legislative intervention to address a social or economic problem. With such a test, the Court need not get into complex debates about the truth and reliability of the evidence filed. So long as the material is sufficiently cogent to show that the legislators were not acting arbitrarily in enacting the legislation, the statute stands », Katherine E. Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism : The Laskin-Dickson Years* (Toronto : Carswell, 1990) à la page 83.
- ⁶⁹ « The Anti-inflation Reference (1976) decides that, in distribution-of-power (or federalism) cases, the proponent of legislation need show no more than a rational basis for legislative facts that are prerequisite for the validity of the legislation », Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto : Carswell, 1992) à la page 1296.
- ⁷⁰ Danielle Pinard, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac » (1994) 39 *Revue de droit de McGill* 401 aux pages 419 et s. Voir aussi ce qu'écrit, dans des motifs toutefois dissidents, le juge Sopinka dans *Dickason c. Université de l'Alberta* [1992] 2 R.C.S. 1103, à propos de la preuve du lien rationnel entre l'objectif poursuivi et le moyen législatif choisi qu'exige l'article premier de la *Charte* : « [D]ans le cas d'acteurs gouvernementaux, il est souvent difficile, voire impossible, d'établir de façon habituelle qu'une mesure donnée atteindra effectivement son objectif. Par conséquent, si le législateur (fédéral ou provincial) ou un organisme gouvernemental avait un motif raisonnable de conclure que la mesure atteindrait son objectif, cela permet ordinairement de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif gouvernemental. Par conséquent, bien que le gouvernement n'ait pas pu établir que la publicité des jouets à la télévision avait un effet manipulateur sur les enfants, ni que la propagande haineuse favorisait la haine contre un groupe identifiable, ni que la pornographie causait du tort aux femmes, l'existence d'une preuve suffisante sur laquelle le législateur pouvait raisonnablement se fonder pour adopter la loi contestée dans la poursuite de son objectif permettait de la sauvegarder » (*Ibid.* aux pages 1195-96).
- ⁷¹ Voir Pinard, *précité* note 70 aux pages 409 et s; Danielle Pinard, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel » (1997) 31 *Revue juridique*



Thémis 315; Paul A. Freund, « Review of Facts in Constitutional Cases » dans Edmond Cahn (sous la direction de), *Supreme Court and Supreme Law* (New York: Indiana University Press, Bloomington, 1954), 47-54 à la page 47 « A conventional formulation is that legislative facts — those facts which are relevant to the legislative judgment — will not be canvassed save to determine whether there is a rational basis for believing that they exist, while adjudicative facts — those which tie the legislative enactment to the litigant — are to be demonstrated and found according to the ordinary standards prevailing for judicial trials ».

⁷² « En outre, je tiens à préciser que la norme de justification requise par l'al. 11d) n'est pas la même que celle exigée par l'article premier de la Charte. » (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi, précité* note 2 aux pages 110-11) « En l'espèce, par contraste, la norme de justification est celle de la simple rationalité. » (*Ibid.* à la page 110)

⁷³ Il est d'ailleurs remarquable que, si la Cour a initialement développé le test des limites raisonnables aux droits et libertés dans un langage traditionnel de preuve, elle a rapidement dû se replier là aussi sur de simples exigences de fondement rationnel : voir Pinard, *précité* note 70. *A fortiori* ne peut-on avoir que de telles exigences en matière de partage.

⁷⁴ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi, supra* note 2 à la page 111.

⁷⁵ Dans le même sens, voir Joseph Magnet, *précité* note 41 à la page 115.

⁷⁶ Voir, par exemple, Henry Wolf Bicklé, « Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action » (1924) *Harvard Law Review* 6 à la page 19 : « It is clear that the legislative finding as to the fact upon which the validity of the legislation depends cannot be allowed to be binding upon the courts, since this would furnish a simple means of preventing judicial review of such legislation in this class of cases » ; Henry P. Monaghan, « Constitutional Fact Review » (1985) 85 *Columbia. Law. Rev.* 229 à la page 252 : « [N]o legislature could insulate its action from judicial review by determining initially the facts upon which the constitutionality of those actions depended and thereafter making such factual findings binding upon the courts ».

⁷⁷ C'est ce qu'a fait la Cour suprême du Canada dans *Renvoi Anti-inflation, précité* note 65. Le préambule de la loi en cause se lisait comme suit : « Attendu que le Parlement reconnaît l'incompatibilité de l'actuel taux d'inflation avec l'intérêt général, ainsi que la gravité du problème posé par sa réduction et son endiguement, et qu'il importe en conséquence de limiter les marges bénéficiaires, les prix, les dividendes et les rémunérations » . Le juge Laskin y écrit :



« En l'espèce, le préambule indique suffisamment l'intention du Parlement d'introduire un programme d'envergure dicté par ce qu'il considère la gravité du problème national. Ce n'est pas à dire que la validité de la Loi anti-inflation dépend uniquement de ce préambule, mais on peut y recourir pour évaluer la gravité des circonstances qui ont amené l'adoption de la loi » (*Ibid.* à la page 422). Le juge Ritchie a aussi, dans les faits, accordé une importance certaine à la déclaration législative de faits (*Ibid.* à la page 438). Le juge Beetz, dissident sur cette question, a aussi considéré la déclaration factuelle du préambule de la loi, mais a jugé comme fatale l'absence de qualification des faits énoncés comme constituant une situation d'urgence. Selon lui, la gravité d'une telle qualification, en termes de partage fédéral des compétences législatives, exigeait que le Parlement en assume d'abord la responsabilité.

⁷⁸ Joseph Magnet, *précité* note 41 à la page 105 : « The presumption of regularity as applied to legislative declarations of facts can mean only that the facts as declared, at least prima facie, are true ... [T]he court presumes that the legislature presents an adequate picture resulting from a sufficient investigation ».

⁷⁹ *Danson c. P.G. Ontario* [1990] 2 R.C.S. 1086 à la page 1099, le juge Cory pour la Cour.

⁸⁰ *Renvoi Anti-inflation*, *précité* note 65.

⁸¹ Le premier dossier de sciences sociales présenté en cour par l'avocat Louis Brandeis ne visait justement qu'à établir la rationalité de la décision législative, et non pas la réalité des faits qui y étaient énoncés. Voir Danielle Pinard, « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : quelques réserves » (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 497 aux pages 507 et s.

⁸² Danielle Pinard, « La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de la preuve » (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 87; Danielle Pinard, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », *précité* note 71.

⁸³ C'est d'ailleurs en partie ce qu'elle a probablement fait dans le *Renvoi Anti-inflation*, pour conclure à la rationalité des contrôles de prix et de salaires institués par le Parlement fédéral dans un contexte économique difficile. Voir le commentaire dans : Danielle Pinard, (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 315 aux pages 337 et s.

⁸⁴ « The rational basis test enables a court to uphold the validity of legislation without the necessity for strict proof of the underlying facts. It enables a court to resolve conflicting evidence without the need to make a definitive ruling on the conflict » Hogg, *précité* note 69 à la page 1297.



- ⁸⁵ Paul Freund, *On Understanding the Supreme Court*, 88-89 (1949), cité dans Paul Brest, *Processes of Constitutional Lawmaking: Cases and Materials*, (Boston : Little, Brown, 1975) à la page 1006 : « The data are offered not for the truth of the facts asserted but only to establish that responsible persons have made the assertions and hold the opinions which are disclosed (...) Consequently, the introduction of countervailing evidence would be immaterial (...) The opponent must show that the opinion in support of legislation is wholly untenable. » Cet auteur nuancera cependant sa position : Paul A. Freund, « Review of Facts in Constitutional Cases » dans Edmond Cahn (sous la direction de), *précité* note 71 à la page 49 (à propos des Brandeis briefs) : « Even though the data adduced are presented not to demonstrate the truth of the facts but only to establish a respectable body of opinion holding them to be true, it would seem that upon challenge the data ought to be presented on the record, giving an opportunity to discredit or refute the body of opinion so offered » .
- ⁸⁶ *Contra* : la remarque du juge Lamer (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi, précité* note 2 à la page 117), à propos d'une éventuelle détermination du niveau minimal acceptable de rémunération des juges : « ... je souligne que notre Cour a, dans le passé, reconnu qu'elle avait l'expertise voulue pour statuer sur des droits comportant un aspect financier ... »
- ⁸⁷ Le gouvernement est formellement tenu de répondre aux recommandations de la commission (*Ibid.* à la page 108) et ses motifs doivent être légitimes (*Ibid.* à la page 110) et formulés par écrit (*Ibid.* à la page 109).
- ⁸⁸ « À mon sens, la nécessité de la justification publique découle de l'un des objectifs de la garantie d'indépendance de la magistrature prévue à l'al. 11d) — à savoir celui d'assurer la confiance du public dans le système judiciaire. Ce n'est que si elle est motivée que la décision du pouvoir exécutif ou législatif de modifier ou de bloquer les traitements des juges et de rejeter la recommandation que lui a fait un organisme mandaté par la Constitution — dont l'existence repose justement sur le besoin de préserver l'indépendance de la magistrature — de ne pas donner suite à cette décision sera jugée légitime et ne sera pas considérée comme indifférente ou hostile au principe de l'indépendance de la magistrature. » (*Ibid.* à la page 109).
- ⁸⁹ On pourrait légitimement se demander si le simple débat public en assemblée législative n'aurait pas pu, tout simplement, répondre à ces exigences. Voir, pour un éloge du débat parlementaire sur la rémunération des juges fédéraux : Peter H. Russell, *précité* note 1 aux pages 151-152 : « From a democratic perspective the legislative method of determining judicial remuneration has the advantage of exposing the process to public scrutiny and discussion. (...) The Canadian



judiciary is strong enough to take the buffeting which may be associated with periodic discussion of its level of compensation on the floor of the House of Commons. Legitimate debate on the remuneration of judges provides one of the few opportunities for public review of judicial performance. It would be a shame to eliminate this ounce of accountability ».

⁹⁰ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, précité note 2 à la page 105.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, art. 7.1.

⁹³ *Re Judicial Compensation Committee*, (1997) 27 B.C.L.R. (3d) 134, infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-britannique le 28 mai 1998. Voir le commentaire, à la note 98.

⁹⁴ « The Legislative Assembly may, by a resolution passed within 21 sitting days after the date on which the report and recommendations are laid before the Legislative Assembly under subsection (8), (a) resolve to reject one or more of the recommendations made in the report as being unfair or unreasonable (...) », *Provincial Court Act*, précité note 92, art. 7.1 (9).

⁹⁵ *Re Judicial Compensation Committee*, précité note 93, par. 57. La Cour d'appel a rendu jugement dans cette affaire le 26 mai 1998, donc après l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi* de la Cour suprême, et a discuté de la question constitutionnelle : voir *infra* note 98.

⁹⁶ « In this context, it is an appropriate use of the words “unfair or unreasonable” to characterize the recommendation as being one or the other or both based on the Legislature’s particular perspective towards matters of public spending, and the policy of the government with respect to that (...) Having regard to the language of s. 7.1, I conclude that the legislative intention was to allow the Legislature to make its own assessment of the fairness and reasonableness of recommendations, particularly in relation to the financial position of the government » , *Re Judicial Compensation Committee*, précité note 93 aux par. 38 et 40. La Cour d'appel a confirmé cette interprétation de la loi : par. 23 du jugement de la Cour d'appel.

⁹⁷ « While the resolution of the Legislative Assembly is subject to judicial review, it is relevant to consider that it is a resolution passed by a sovereign legislature under one of its own statute in relation to a question peculiarly within its area of responsibility and knowledge. That question relates, in the language of the section, to the current financial position of the government », *Re Judicial Compensation Committee*, précité note 93 à la par. 49. La Cour d'appel a plutôt



appliqué une norme de contrôle de rationalité, qu'elle dit être une norme de droit administratif, tout comme celle retenue par la Cour suprême dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi* : décision de la Cour d'appel à la par. 26.

⁹⁸ La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu son jugement dans cette affaire le 26 mai 1998. Elle a infirmé la décision de première instance, et affirmé que la résolution contestée ne respectait ni les exigences législatives provinciales, ni les critères constitutionnels entretemps développés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*. La Cour d'appel semble accepter que les dispositions de la loi provinciale étaient en l'espèce plus exigeantes que la structure mise en place dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*. Elle partage l'analyse de la cour de première instance, selon laquelle, dans son évaluation des recommandations de la commission, l'assemblée législative peut procéder à sa propre évaluation, à la lumière notamment de ses préoccupations financières. La Cour d'appel a cependant estimé que la résolution législative ne passait pas le test de rationalité (selon la Cour d'appel, un critère de droit administratif qui se trouve à être aussi celui utilisé par la Cour suprême dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*), notamment en ce qu'elle a rejeté en bloc les recommandations de la commission, y compris les plus anodines. C'est donc la norme de contrôle appliquée, et non pas l'interprétation du pouvoir législatif en cause, qui explique le jugement de la Cour d'appel. La Supreme Court avait plutôt utilisé une norme de contrôle de droit administratif beaucoup plus minimale, faisant preuve de déférence à l'égard de la souveraineté de l'assemblée législative. Par ailleurs, le critère de rationalité utilisé par la Cour d'appel ne semble pas respecter les exigences développées à cet égard par la Cour suprême dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*. En effet, la Cour d'appel ne s'interroge pas ici sur la légitimité de l'objectif gouvernemental poursuivi et sur le fondement rationnel de la mesure en cause. Elle semble plutôt procéder à une analyse au mérite de la décision et de l'**attitude** des autorités politiques.

⁹⁹ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi*, précité note 2 à la page 108.

¹⁰⁰ *Ibid.* à la page 92.

¹⁰¹ *McKinney c. Université de Guelph* [1990] 3 R.C.S. 229 aux pages 304–305, passage relatif à l'étude des incidences de la retraite obligatoire. Autre passage du même arrêt « Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes à l'égard desquelles d'éminents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce



genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales ... la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement » (*Ibid.* à la page 309, La Forest, Dickson et Gonthier). Voir enfin *Irwin Toy c. P.G. Québec* [1989] 1 R.C.S. 927 à la page 993 : « Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits et libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. ... Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents le choix des moyens comme celui de la fin exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles ».

¹⁰² *McKinney, ibid.* à la page 305.



Établir la rémunération des *juges* : Incidence de la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi de la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Nicholas d'Ombrain

Introduction

Le 18 septembre 1997, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement dans lequel elle exigeait que toutes les administrations canadiennes établissent des organismes indépendants et respectent les procédures prescrites nécessaires pour protéger l'indépendance de la magistrature en ce qui a trait aux questions concernant la rémunération des juges¹. Le présent document aborde les aspects de la décision de la Cour suprême ayant trait à l'institution et à la procédure, et leur incidence à l'égard des gouvernements et de la magistrature au Canada.

Décision de la Cour suprême du Canada

Le juge en chef Lamer a rédigé le jugement au nom des cinq juges de la majorité (L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci). La signification de la décision en ce qui a trait aux futurs mécanismes visant à fixer les traitements des juges est la suivante :

1. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les traitements des juges nommés par le gouvernement fédéral doivent être fixés par le Parlement. Les juges nommés par les provinces ne sont pas rémunérés conformément à une disposition constitutionnelle. Cependant,
 - comme il s'agit d'une question ayant trait à l'indépendance de la magistrature en général, découlant d'une disposition du préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* selon



laquelle le Canada est doté d'une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni, et pour assurer le droit à un procès juste et équitable aux termes de l'alinéa 11d) de la Charte², les traitements des juges doivent être établis dans le cadre d'un processus « dépolitisé ».

2. Pour établir un processus « dépolitisé », il est nécessaire de prévoir un mécanisme institutionnel qui servira de « tamis institutionnel » entre l'« exécutif » et la « législature », d'une part, et les juges, d'autre part.
3. Le tamis prendra la forme d'une commission établie dans chaque administration. Les membres de la commission doivent être nommés pour une période déterminée. La commission doit être formée de trois membres, un membre désigné par chacun des « pouvoirs », à savoir la magistrature, l'exécutif et la législature.
4. Aucun changement ne peut être apporté aux traitements des juges sans que l'on ait procédé à une consultation préalable et obtenu un rapport de la commission pertinente.
5. On devra prendre des mesures concernant les rapports de la commission « directement et avec un empressement et une diligence raisonnables »³ à l'intérieur d'un délai prescrit, et dans le cas où les recommandations ne sont pas suivies, une explication doit être déposée devant le Parlement et la législature, et celle-ci peut faire l'objet d'une contestation judiciaire afin de déterminer si les raisons données respectent le critère de la « rationalité simple ». Chaque commission doit examiner sur une base régulière les mesures prises à l'égard de ses recommandations.

Une nouvelle audition de certains aspects de la décision a eu lieu en janvier 1998. On y a abordé certains sujets (surtout la validité des procès dans certaines administrations suite aux mesures ayant trait aux traitements qui avaient été jugées « inconstitutionnelles » par la Cour). En février 1998, la Cour a publié des précisions établissant, notamment, une période de transition se terminant le 18 septembre 1998, et déclarant qu'à ce moment, chaque administration devra avoir établi « le mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la



rémunération des juges, y compris tout remboursement pour réduction antérieure de traitements »⁴.

Dissidence du juge La Forest

Le juge La Forest a rédigé une longue dissidence, prenant comme point de départ le fait que ses collègues ont erré en croyant qu'une « Constitution, similaire en principe à celle du Royaume-Uni » plaçait l'indépendance de la magistrature à l'abri de la portée du Parlement de Westminster⁵. Toutefois, il se préoccupait surtout du fait que les juges de la majorité s'avançaient inutilement sur un nouveau territoire constitutionnel et prescrivaient l'établissement d'institutions et de processus qui n'étaient pas justifiés, à son avis, par les faits soumis à la Cour.

Le juge La Forest signale que le jugement va au-delà des principes et des critères de l'indépendance de la magistrature énoncés par la Cour suprême dans l'affaire *Valente* en 1985, à savoir un critère de perception d'indépendance par une personne raisonnable et bien renseignée⁶. Compte tenu de ces prémisses, le juge La Forest a fait plusieurs observations relatives aux mesures institutionnelles et aux processus.

1. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement et les législatures fixent les traitements des juges et, jusqu'à maintenant, on a jugé qu'il s'agissait d'une protection suffisante de l'indépendance de la magistrature en matière de rémunération.
2. Rien dans la Constitution n'interdit aux juges de discuter directement avec le gouvernement de leur rémunération.
 - « Le gouvernement », en ce qui a trait à l'exigence constitutionnelle selon laquelle les traitements doivent être fixés dans le cadre d'une loi, détermine la rémunération exacte à verser aux juges. Il n'existe aucune obligation de discuter, de consulter ou de négocier les traitements avec les juges ou les associations de juges.
 - « L'atmosphère de négociation décrite par le Juge en chef, qui fait naître des attentes quant à des « concessions mutuelles » et encourage les « compromissions subtiles », ne s'applique donc pas aux discussions salariales entre le gouvernement et les



juges. Le danger qui, affirme-t-on, découlerait de ces discussions — à savoir que les juges troqueront leur indépendance contre des gains financiers — est donc illusoire »⁷.

3. « L'alinéa 11d) n'habilite pas notre Cour ou une autre cour à forcer les gouvernements à édicter une loi « type » accordant la protection suprême à l'indépendance judiciaire. C'est aux législatures et non aux tribunaux qu'il appartient de le faire »⁸.
4. L'exigence selon laquelle il y a lieu de renvoyer la question à une commission « constitue une victoire de la forme sur le fond »⁹ dans les circonstances où le gouvernement décide de modifier les salaires de juges dans le cadre d'une mesure économique appliquée généralement à tous les titulaires d'un poste public — une circonstance caractérisée « à première vue, rationnelle »¹⁰ dans la décision.
5. Contrairement à la décision des juges de la majorité, une personne raisonnable et bien renseignée « ne considérerait pas que l'établissement d'un lien entre la rémunération des juges et celle des fonctionnaires compromet l'indépendance de la magistrature »¹¹.

Contexte du point de vue fédéral

Le jugement a un effet à l'égard de tous les tribunaux au Canada, même s'il a été écrit à l'issue de renvois et d'appels découlant de jugements rendus au niveau des cours provinciales. Les parties n'ayant pas comparu devant la Cour, aucune mention n'a été faite de l'incidence de la décision à l'égard des mesures fédérales prises en vue d'établir les traitements des juges, y compris des juges de la Cour suprême. On ne reconnaît pas, non plus, que la décision a un effet direct à l'égard de la base salariale de tous les juges nommés en vertu de l'article 96.

L'historique des mesures institutionnelles fédérales est essentiel à la compréhension de la portée générale de la décision. Dès 1974, le gouvernement fédéral a désigné des comités spéciaux chargés d'examiner et de donner des avis au sujet du traitement des juges¹². En 1983, la première d'une série de commissions a été désignée



conformément aux modifications à la *Loi sur les juges* prévoyant la nomination tous les trois ans de ces organismes de révision¹³.

Les commissions triennales ont déposé un rapport en 1983, 1987, 1990, 1993 et 1996¹⁴. Elles ont toutes été établies sur une base temporaire et elles devaient faire rapport au plus tard six mois après leur nomination. Aucune mesure législative n'oblige le gouvernement à donner suite aux recommandations des commissions. Des réponses tardives, incomplètes, inadéquates ou même l'absence de réponse ont amené les commissions successives à se plaindre et à recommander que le gouvernement soit obligé de répondre à leur rapport, et plusieurs propositions intéressantes ont été faites pour forcer le gouvernement à donner effet aux recommandations des commissions.

La communauté judiciaire semble être d'avis que les commissions n'ont pas protégé adéquatement leur intérêt pécuniaire. Toutefois, fait à signaler, dès les premiers comités consultatifs informels des années 1970, les recommandations explicites ou implicites successives cherchaient à établir un barème selon lequel les juges de la cour supérieure recevraient un salaire relativement équivalent à celui du milieu de l'échelle des DM-3, c'est-à-dire le niveau fédéral le plus élevé d'un sous-ministre¹⁵. Et ce barème a généralement été respecté, malgré les plaintes des commissions successives au sujet de l'insuffisance des réponses données à leurs rapports. Bien entendu, le gel des salaires a touché tous les titulaires d'un poste public, dès lors que l'insuffisance des salaires versés aux sous-ministres aujourd'hui se reflète dans les salaires versés aux juges de la cour supérieure.

Le Conseil canadien de la magistrature et la Conférence canadienne des juges ont déclaré publiquement qu'ils s'opposaient au barème. La dernière commission triennale a préféré une comparaison avec les avocats en pratique privée¹⁶. La Cour pourrait faire un renvoi indirect à ses préférences dans le cadre de sa conclusion selon laquelle l'indépendance de la magistrature « peut être menacée par des mesures qui soit traitent les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics, soit les traitent de façon identique »¹⁷. Le juge La Forest est en désaccord, et il déclare qu'une personne raisonnable et bien renseignée « ... ne considérerait pas que l'établissement d'un lien entre



la rémunération des juges et celle des fonctionnaires compromet l'indépendance de la magistrature »¹⁸.

Le jugement de la Cour suprême devient teinté lorsqu'il est envisagé dans le contexte de l'expérience fédérale ayant trait aux commissions triennales et aux conséquences d'un gel de six ans des salaires fédéraux.

Il convient également de signaler que si les gouvernements n'avaient pas été face à une obligation impérative de réduire les déficits au cours des années 1990, les limites salariales n'auraient pas été imposées, et ces causes n'auraient pas pris naissance. Vu l'insistance dans la décision sur la « simple rationalisation » des mesures générales de rémunération, on peut se demander pourquoi il est temps, maintenant, d'établir une exigence constitutionnelle selon laquelle il convient de charger une institution de réviser la rémunération des juges. Selon la perception d'une personne raisonnable et bien renseignée, la réponse se trouve dans la frustration des juges nommés par le gouvernement fédéral face à ce que l'on qualifie d'attitude tardive et cavalière des gouvernements successifs devant les recommandations des commissions triennales — et plus particulièrement de l'effet du gel des salaires sur l'ensemble de la rémunération des juges.

Les répercussions de l'institution

Selon la Cour suprême, il faut établir des commissions; elle a également énoncé plusieurs critères applicables à plusieurs aspects importants du processus : la méthode de nomination de la commission, la nécessité de tenir des consultations avant de modifier la rémunération des juges et la façon de disposer des recommandations.

On constate une énorme différence entre le langage utilisé par le juge en chef Lamer et celui utilisé par le juge La Forest. Le juge en chef renvoie aux « trois pouvoirs » du gouvernement. Il va sans dire que les salaires des juges sont établis par le Parlement, mais bien entendu, le Parlement s'entend de la Couronne, et dans le contexte du gouvernement responsable, cela signifie l'exécutif agissant avec l'appui de la majorité de la Chambre des communes et du Sénat.

La décision de la Cour semble accorder beaucoup d'importance à la séparation des pouvoirs. Il ne fait aucun doute que la Reine, et les tribunaux, sont séparés et distincts des autres pouvoirs du gouverne-



ment. Toutefois, on fait une erreur en établissant une différence entre les pouvoirs de l'exécutif et ceux de la législature. Selon Bagehot, ils sont fusionnés de telle façon qu'on a tort d'en parler dans le contexte de la séparation des pouvoirs¹⁹.

Il ne s'agit pas d'une simple dispute insignifiante au sujet des aspects plus subtils du gouvernement responsable. La Cour a importé les principes républicains de la séparation des pouvoirs, et ses pensées à ce sujet l'amènent à des conclusions détaillées au sujet d'un changement institutionnel, plus particulièrement à l'égard de la nomination des commissions chargées de la rémunération de la magistrature.

Nominations

Selon la Cour, « les nominations ne relèvent pas entièrement de l'un des trois pouvoirs. Les commissions devraient être constituées de membres désignés par le pouvoir judiciaire, d'une part, et de membres désignés par les pouvoirs législatif et exécutif, d'autre part »²⁰. Dès lors, elle souhaite que chaque commission soit formée de membres désignés par la magistrature, par la législature et par l'exécutif.

Pour désigner une personne à une commission, la législature doit, dans la plupart des circonstances, obtenir une résolution de la Chambre des communes et du Sénat, ou d'un comité, ou de la législature pertinente. Par définition, cette résolution ne peut être adoptée que si la majorité des membres l'appuient et donc elle doit être appuyée par le gouvernement. Par conséquent, il ne peut y avoir d'expression véritablement indépendante de la volonté de la législature qui mène à l'action de l'exécutif et à la dépense des deniers publics. Cela n'est pas surprenant compte tenu de la fusion de l'exécutif et de la législature dans notre système de gouvernement responsable.

Il convient également de signaler que les personnes qui exercent les pouvoirs conférés par le Parlement sont nommées par la Reine, le gouverneur général, le gouverneur en conseil, les ministres et la Commission de la fonction publique — ou leurs délégués. De plus, selon les principes du gouvernement responsable, les dépenses publiques doivent être appuyées par une recommandation royale, et celle-ci ne peut être proposée au gouverneur général que par le Cabinet ou le Premier ministre, au nom du Cabinet. Tous ces aspects renforcent l'idée



selon laquelle la législature ne peut agir indépendamment de l'exécutif en confiant ou en finançant l'exercice des pouvoirs de l'État.

Tenter de trouver une façon d'appliquer cette partie de la décision aura pour effet de tendre les pouvoirs d'alchimie créatrice de l'organisation gouvernementale, même si heureusement, la Cour a renvoyé favorablement aux modèles qui ne respectent pas ces exigences mais qui sont susceptibles d'être plus applicables²¹. On pourrait peut-être confier à un comité parlementaire le soin de proposer les noms des personnes qui seront désignées par le gouvernement. On pourrait peut-être confier au Président de la Chambre le mandat de choisir quelqu'un. Peu importe la voie choisie, une nomination par la législature exigera l'appui du gouvernement.

La décision a également des lacunes au niveau de sa prémisse selon laquelle la participation directe de la législature dans le processus du choix des personnes pour siéger aux commissions contribue à l'établissement d'un processus « dépolitisé ».

Consultation préalable

Selon la décision, « toute mesure [réduction, hausse ou blocage des traitements] ... prise sans avoir eu recours au préalable à l'organisme indépendant est inconstitutionnelle »²².

Cette déclaration entraîne plusieurs répercussions. La plus évidente est que les commissions devront être nommées sur une base permanente, dès lors que même si elles n'examinent pas activement les traitements des juges, on peut faire appel à ses membres dans le cadre d'une consultation préalable aux changements, comme par exemple en 1992 et en 1995 lorsque le gouvernement fédéral a décidé d'imposer un gel général des salaires de tous les titulaires de postes publics.

Dans le cas des mesures d'application générale, les commissions devront être consultées avant le dépôt des budgets. Les deux gels récents ont été annoncés dans le cadre des mesures budgétaires du gouvernement fédéral. Cela soulève des questions importantes au sujet de la confidentialité des mesures budgétaires. Cela soulève également des problèmes d'ordre pratique parce que ces mesures sont connues d'un nombre si limité de personnes que peu d'individus à l'extérieur du ministère des Finances sont au courant de ce qui est proposé jusqu'à ce



que le budget soit déposé. Il y a de fortes chances que la ministre de la Justice, par exemple, ne participe pas aux décisions ayant trait aux mesures budgétaires générales.

La décision exige non seulement de consulter la commission, mais que celle-ci révise les mesures proposées et fasse rapport au gouvernement pertinent. Il reste à voir comment les planificateurs budgétaires du ministre des Finances et du Bureau du Conseil privé aborderont cette exigence. On pourrait, par exemple, annoncer les mesures générales, mais signaler que leur effet à l'égard des juges sera suspendu jusqu'à la révision de la commission et le dépôt de son rapport. Le but de cette révision serait de déterminer si la décision du gouvernement respecte le critère de la « simple rationalité ». Cela pourrait ne pas être plus encourageant pour les juges que pour le gouvernement, et créerait certainement une perception de traitement spécial.

Simple rationalité

Selon la décision, « les recommandations de l'organisme indépendant ne sont pas obligatoires. Cependant, si le pouvoir exécutif ou législatif décide de ne pas les suivre, il doit justifier sa décision suivant la norme de la simple rationalité — au besoin devant une cour de justice »²³. L'intention derrière cette partie de la décision est d'empêcher les futurs gouvernements d'ignorer, tout simplement, les recommandations de la commission.

Tel que signalé, cet aspect de la décision répond aux frustrations des juges nommés par le gouvernement fédéral à l'égard du sort qui a été réservé aux rapports des commissions triennales et aux effets des gels des salaires de 1992 et de 1995. À première vue, la mesure est sensée. Toutefois, il convient de signaler que les gouvernements successifs ont été extrêmement hésitants à répondre rapidement et intégralement aux recommandations des commissions. Dans une certaine mesure, il s'agit simplement d'un cas d'embarras à répondre Non ou Oui dans un contexte public structuré.

La décision de la Cour suprême s'intéresse énormément à la nature politique inhérente du gouvernement et à la nécessité de veiller à ce que les juges ne se polluent pas en se livrant à ce qui est appelé des « négociations salariales » avec le gouvernement. Bien entendu, les juges



ont raison au sujet de la nature politique du processus démocratique et des praticiens du gouvernement. Toutefois, ils auraient dû tenir compte du fait que l'une des raisons du retard à aborder les rapports des commissions a été de trouver des façons de faire face à la réaction négative du public aux augmentations de salaires dans le secteur public, y compris à l'égard des juges. La Cour a réfléchi sur cet aspect en signalant que les décisions reposant sur la « simple rationalité » pourraient faire l'objet d'une révision judiciaire. Toutefois, ils ne peuvent avoir accordé le poids qui revient au rôle du gouvernement de protéger les juges contre l'outrage du public si l'effet pratique est que les juges détermineront eux-mêmes combien ils devraient être payer à même les fonds publics.

Les réponses publiques rapides du gouvernement sont plus susceptibles d'être parcimonieuses que généreuses. De fait, si le public est forcé de penser aux salaires des juges à l'issue des réponses parlementaires formelles aux rapports des commissions, la règle à vue de nez selon laquelle les juges nommés en vertu de l'article 96 devraient être payés au même niveau que les sous-ministres fédéraux principaux, et encore moins excéder ce niveau, pourrait être plus difficile à justifier que certains pourraient le penser. En tout temps, il y a habituellement au plus 5 à 10 sous-ministres fédéraux principaux à Ottawa. Il s'agit du Secrétaire du Cabinet, du sous-ministre des Finances, du Secrétaire du Conseil du Trésor, du sous-ministre des Affaires étrangères et de quelques autres sous-ministres rémunérés au niveau DM-3 en reconnaissance de longs et précieux états de service.

Si l'on ajuste finalement à la hausse les salaires des sous-ministres afin de rétablir la comparaison avec les niveaux avant le gel et les différences avec le secteur privé, le fait de payer le même salaire (ou un salaire plus élevé aux juges en chef et aux juges de la Cour suprême) à environ mille juges nommés par le fédéral pourrait être difficile à défendre. Ce sera sans doute plus difficile pour les ministres s'ils sont visés par l'obligation de déposer une réponse publique, globale et en temps opportun aux recommandations des commissions.



Autres répercussions

La décision exige également que les commissions aient accès à des avis experts au sujet des questions de rémunération. Cet aspect est très sensé. Mais il ne sera pas appliqué à vil prix. La rémunération est un domaine très complexe et l'obtention de données exactes, pertinentes et bien interprétées est dispendieuse et contestée. Les gouvernements partout au Canada rédigent des projets de loi et, dans certains cas, ont déposé des mesures législatives pour répondre à la décision. Les commissions devront avoir un secrétariat permanent et on soutiendra sans doute que leur impartialité exige qu'elles ne soient pas situées au sein des ministères de la Justice ou du procureur général. Tout cela sera dispendieux et un dédoublement. Par conséquent, on peut favoriser l'établissement d'une banque d'expertise susceptible d'être consultée par les commissions. Il serait préférable, bien qu'irréaliste au Canada, d'établir une structure administrative commune à l'appui des commissions pour leur permettre d'accomplir leur travail.

Conclusions et observations

La Cour suprême a ordonné aux gouvernements d'exercer leurs pouvoirs à l'égard de la machine gouvernementale pour établir un mécanisme chargé de donner un avis faisant autorité sur la rémunération des juges. On semble croire que ces mécanismes pourront être aussi près que possible de ce que la Constitution autorise en matière de directives dans ces domaines.

Le mécanisme prescrit reflète une compréhension incomplète de la relation entre l'exécutif et le Parlement, et il repose sur l'opinion selon laquelle les méthodes actuelles ne permettent pas une perception adéquate de l'indépendance de la magistrature par l'observateur raisonnable et bien renseigné.

Le processus prescrit pourrait nuire au processus d'établissement du budget, et ne pas pouvoir être appliqué compte tenu des délais et de la confidentialité qui entourent le budget. Il a également pour effet de forcer le gouvernement à aborder publiquement et rapidement les questions qui peuvent être difficiles du point de vue politique, et qui



devraient être abordées par des méthodes indirectes préférées par les ministres, dans l'intérêt des juges.

La décision entraîne des coûts importants pour les fonds publics, ce qui pourrait être diminué si les gouvernements fédéral et provinciaux acceptaient de regrouper leurs ressources.

Les conséquences de la mise en œuvre de la décision risquent de placer la magistrature sous les yeux du public et il ne fait aucun doute que la Cour suprême trouverait cela regrettable. Les juges sont des représentants de l'État. Il ne leur incombe pas de décider combien ils devraient être payés. Cet aspect relève du devoir du gouvernement dûment élu, et les juges devraient être heureux du fait que c'est le gouvernement qui est responsable aux yeux du public de leur rémunération et non les juges. La décision est naïve à cet égard. L'objectif admirable de protéger l'indépendance de la magistrature est plus susceptible d'être miné si la décision est mise en œuvre de la façon prescrite par la Cour suprême du Canada.

De plus, la décision est un exemple évident de l'invasion par les tribunaux du champ de compétence du gouvernement, en prescrivant les détails des mesures législatives et en appuyant les modifications à la machine gouvernementale. Comme le fond de ce qui est définitivement et constitutionnellement établi par la Cour a un effet direct sur les avantages personnels de tous les juges, y compris des juges de la Cour suprême, la décision semble être plus qu'inopportune. Le fait qu'elle peut produire des conséquences non envisagées et perverses, de la nature exposée dans le présent document, sème le doute sur la sagesse de la Cour suprême. Le juge La Forest met ses collègues en garde contre cela, et il convient de lui laisser le dernier mot :

Je suis donc profondément préoccupé par le fait que la Cour prenne part à un débat sur cette question sans avoir entendu d'argumentation substantielle à cet égard. Je suis d'autant plus inquiet que la question met en jeu les rapports que doivent entretenir les organes politiques du gouvernement et la magistrature, point à l'égard duquel les juges peuvent difficilement être perçus comme indifférents, surtout lorsqu'il s'agit de leur propre rémunération. Dans de telles circonstances, il est absolument crucial que la Cour avance avec précaution et évite de tirer



des conclusions d'une grande portée, qui ne sont pas nécessaires pour décider l'affaire dont elle est saisie²⁴.

¹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (dorénavant, l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*).

² L'alinéa 11d) prévoit ce qui suit : « Tout inculpé a le droit : ... (d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

³ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 108.

⁴ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* [1998] 1 R.C.S. 3.

⁵ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 aux pages 178, 182-183.

⁶ *Valente c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 673.

⁷ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 aux pages 198-99.

⁸ *Ibid.* à la page 190.

⁹ *Ibid.* à la page 195.

¹⁰ *Ibid.* à la page 111.

¹¹ *Ibid.* à la page 194.

¹² Trois comités de cette nature ont été établis, présidés respectivement par Emmett Hall en 1974, Irwin Dorfman en 1978 et Jean de Grandpré en 1981.

¹³ Les dispositions de l'article 26 de la *Loi sur les Juges*, L.R.C. 1985, c. J-1 prévoient ce qui suit :

26 (1) À compter de 1986, et par la suite, tous les trois ans, le ministre de la Justice du Canada nomme, dans les six mois qui suivent le 1^{er} avril, de trois à cinq commissaires chargés d'examiner si les traitements et autres prestations prévues à la présente loi, ainsi que, de façon générale, les avantages pécuniaires consentis aux juges, sont satisfaisants.

26 (2) Dans les douze mois qui suivent leur nomination, les commissaires transmettent au ministre de la Justice du Canada un rapport assorti des recommandations qu'ils estiment utiles. Le ministre fait déposer ce rapport devant le Parlement au plus tard le dixième jour de séance qui suit sa réception.



- ¹⁴ Les commissions triennales étaient présidées respectivement par Otto Lang en 1983, Donald Guthrie en 1987, Jacques Courtois en 1990, Purdy Crawford en 1993 et David Scott en 1996.
- ¹⁵ Les juges puînés des cours supérieures reçoivent un salaire de 159 000 \$ et le point milieu de l'échelle salariale de la catégorie DM-3 est de 155 300 \$.
- ¹⁶ Voir : *Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages des juges* (Commission Scott) (Ottawa, ministère de la Justice, 1996).
- ¹⁷ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 99.
- ¹⁸ *Ibid.* à la page 194.
- ¹⁹ « Le secret de l'efficacité de la Constitution anglaise peut être décrit comme l'union étroite, presque la fusion complète, des pouvoirs exécutif et législatif » [traduction], Walter Bagehot, *The English Constitution*, London, Oxford University Press, 1958, initialement publié en 1867, à la page 9.
- ²⁰ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 105.
- ²¹ L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 105. « Il appartient aux gouvernements provinciaux d'arrêter le détail précis de ce mécanisme de nomination. De même, les membres nommés par les pouvoirs exécutif et législatif peuvent être choisis par le lieutenant-gouverneur en conseil, bien que rien n'empêche que les nominations soient faites par le procureur général, comme en Colombie-Britannique (*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, par 7.1(2)), ou, ce qui est concevable, par l'assemblée législative elle-même. »
- ²² *Ibid.* à la page 106.
- ²³ *Ibid.* à la page 158.
- ²⁴ *Ibid.* à la page 175.



Interdépendance, non pas indépendance : dimensions institutionnelles et administratives de l'indépendance de la magistrature

Richard Simeon

Tout est dans la manière d'instaurer le pouvoir judiciaire, avec des pouvoirs ni trop étendus ni trop limités; le rendre assez indépendant mais assez malléable a soulevé des problèmes complexes.

John Jay, premier juge en chef des États-Unis¹

L'indépendance de la magistrature n'est pas un slogan magique à invoquer chaque fois que le gouvernement remplit ses fonctions constitutionnelles, soit surveiller et réglementer les tribunaux fédéraux.

American Bar Association²

Ma tâche consiste à étudier les questions concernant la façon dont on établit les institutions pour arriver à une conception praticable de l'indépendance de la magistrature. Comment doit-on gérer le fonctionnement des tribunaux? Quel est le rapport approprié entre les tribunaux d'une part et les pouvoirs législatif et exécutif d'autre part? Comment établissons-nous le juste équilibre entre les éléments essentiels de l'indépendance de la magistrature et le besoin de créer un système de justice pénale intégré et efficace qui doit inévitablement et nécessairement comprendre tous les éléments de notre système politique?

Je m'attaque à cette tâche à la manière d'un politologue préoccupé de gestion et d'administration publiques. Je n'ai pas l'intention d'analyser la constitution pour recommander une façon de définir et de gérer la relation. En fait, au-delà des notions fondamentales d'inamovibilité et de sécurité financière qui sont examinées en profondeur dans des jugements récents, je ne pense pas que la constitution nous soit d'un



grand secours dans ce cas. Mon approche sera plus fonctionnelle, ou plus orientée vers l'action. En outre, je me concentrerai non pas sur l'indépendance décisionnelle des juges, mais sur leur indépendance institutionnelle et administrative.

Lorsque nous passons de l'indépendance décisionnelle à l'indépendance institutionnelle, toute la notion d'indépendance de la magistrature s'obscurcit. L'indépendance administrative est définie dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (dorénavant l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*) comme « un contrôle par les tribunaux sur les décisions administratives touchant directement et immédiatement à l'exercice d'une fonction judiciaire³ ». Le principe peut être clair, mais certainement pas sa mise en application. Presque toutes les décisions qui touchent aux budgets, à la dotation, aux installations, etc. influent sur la façon dont les juges accomplissent leur travail et sur les ressources auxquelles ils ont accès.

Par conséquent, jusqu'à quel point doit-on soutenir l'idée d'indépendance institutionnelle et administrative? En quoi cette notion essentielle éclipse-t-elle les notions également essentielles de responsabilité démocratique et de pouvoir décisionnel mises en application par la législature et d'efficacité administratives exercées par le pouvoir exécutif?

Je soutiens qu'aucune limite claire ne peut être tracée. Par conséquent, je tiens à souligner non pas l'**autonomie** des tribunaux et de la magistrature mais plutôt l'**interdépendance** entre les tribunaux et les autres organes du gouvernement⁴. La notion de séparation des pouvoirs est souvent invoquée pour justifier l'indépendance institutionnelle de la magistrature. Cependant, on oublie parfois l'autre principe fondamental de la constitution américaine — l'équilibre des pouvoirs. La constitution américaine n'envisage pas l'existence des trois pouvoirs parfaitement isolés les uns des autres. On évite plutôt la tyrannie en accordant un pouvoir équilibré entre chacun — autrement dit, en les rendant interdépendants. La relation entre les pouvoirs est en fait « inévitablement politique ». Comme un juge l'a dit, « une combinaison de séparation mais d'interdépendance, d'autonomie mais de réciprocité [traduction] »⁵. « Il y a toujours un dialogue ou une



négociation avec les autres pouvoirs à propos de budget, de juridiction, de taille, de procédure, d'administration [traduction] ».

Je désapprouve donc la forte insistance du juge en chef Lamer sur la dépolitisation de la relation entre les gouvernement et la magistrature — qui érige un coupe-feu entre eux. J'estime que c'est irréaliste et insoutenable. Il laisse entendre qu'il est illégitime pour les juges et les gouvernements de négocier ensemble; je ne peux pas imaginer pourquoi l'administration efficace de la justice ne les oblige pas à le faire.

Je ne crois pas non plus possible que les tribunaux occupent « une place à part ». Les tribunaux et les gouvernements interagissent, ou exercent une influence mutuelle, d'une multitude de façons qui sont et devraient être, dans le sens large du terme, politiques. Je ne crois pas non plus que la règle qui s'applique par défaut doive toujours favoriser l'indépendance, le fardeau de la preuve incombant à l'intervenant. L'indépendance de la magistrature elle aussi doit être justifiée et défendue. Là encore, la difficile question de savoir qui va l'emporter se situe à l'intersection des tribunaux et du processus politique et administratif plus large.

Cette interaction entre les tribunaux et les autres pouvoirs existe évidemment depuis longtemps. En fait, il semble que l'idée d'indépendance de la magistrature institutionnelle et administrative soit relativement nouvelle, du moins dans le contexte américain, et qu'elle ait peu de fondement dans sa constitution même.

L'indépendance prend également diverses formes — constitutionnelle, législative et administrative. La procédure de nomination détermine quels types de personnes seront juges. Les dispositions du Code criminel influent sur l'étendue de la discrétion judiciaire, tant dans la façon de définir les infractions que les règles concernant la détermination des peines. D'autres lois déterminent la charge de travail tandis que les budgets déterminent les installations et les ressources avec lesquelles les juges doivent s'organiser. Les règles administratives concernant la dotation, la planification, la gestion des cas et ainsi de suite déterminent les conditions de travail des juges. Même dans des pays comme les États-Unis et l'Australie, où les tribunaux jouissent d'un degré élevé d'autonomie et d'autogestion institutionnelle et administrative, l'éventail des pressions et des influences externes est très large⁶.



De plus, cette intervention des pouvoirs législatif et exécutif — et par extension, publics — dans la structure et dans le travail des tribunaux a lieu pour de très bonnes raisons, dont certaines sont d'ordre démocratique, non seulement en ce sens que les citoyens s'attendent à ce que la responsabilité et la transparence soient présentes dans le travail des institutions publiques, mais aussi en ce sens plus profond que la magistrature représente la société dans la définition et dans la mise en application des normes et des valeurs publiques. D'autres raisons sont plutôt d'ordre fonctionnel ou pratique. On doit se rappeler que les tribunaux ne sont qu'un maillon — bien qu'il soit essentiel — de la longue chaîne qui constitue le système juridique — depuis la rédaction des lois, jusqu'à l'exercice des pouvoirs de police, au jugement, à la détermination des peines et à l'application de mesures correctives. Aucun maillon de cette chaîne ne peut être détaché des autres. Les gouvernements, bien qu'ils délèguent la fonction judiciaire à une institution indépendante et hautement spécialisée qui se présente sous la forme de tribunaux, sont responsables du fonctionnement général de tout le système. Et bien que les juges soient à juste titre traités différemment des autres employés de la fonction publique en vertu de leur inamovibilité et de leur sécurité financière, ils sont indubitablement des « fonctionnaires ».

Au cours des dernières années, des facteurs très variés ont accentué la tension entre autonomie et interdépendance, ce qui a rendu la recherche de moyens efficaces de gérer les tribunaux plus importante et plus difficile. Là encore, sous diverses formes, ces tensions sont nées non seulement au Canada, mais aussi dans la plupart des autres pays.

Permettez-nous de mentionner quelques-unes de ces forces.

Du côté « démocratique » de l'équation, on trouve la « judiciarisation des politiques », qui s'est produite ailleurs aussi, mais qui a eu un impact spécialement frappant au Canada à cause de la Charte. Dans la mesure où les juges sont en fait, et sont vus comme des législateurs et des décideurs, il est inévitable que les décisions qu'ils prennent et la façon dont ils les prennent fassent l'objet de discussions et de débats publics approfondis. Cette situation est paradoxale; plus les juges assument ce rôle, plus les juges cherchent à affirmer leur indépendance afin de se distinguer eux-mêmes et leur procédure décisionnelle, des autres



facteurs politiques, mais plus des citoyens et des groupes divers sont enclins à les considérer simplement comme un autre ensemble des décideurs politiques assujettis aux mêmes contraintes que les autres décideurs.

En outre, il y a beaucoup d'autres préoccupations publiques — la criminalité et les peines, les coûts, les retards et ainsi de suite. En principe, le public revendique des changements auprès du corps législatif et du pouvoir exécutif en leur demandant d'intervenir. Plus les tribunaux semblent résister à ces préoccupations, plus il semble qu'un contrôle de gestion accru par les gouvernements soit justifié. Comme le juge White de la Saskatchewan l'a fait observer, « quelles que soient les subtilités du concept de l'indépendance de la magistrature, les intérêts des médias et du public exigent la responsabilité »⁷. Les tribunaux ne sont pas à l'abri de « la diminution de la déférence », qui amène les citoyens à se montrer plus critiques et exigeants vis-à-vis de toutes les institutions gouvernementales, y compris les tribunaux⁸. Ce phénomène est commun à toutes les sociétés modernes industrialisées. Comme le juge en chef de la Cour fédérale d'Australie le dit, l'évolution de la société a entraîné « un examen, un débat public et parfois des critiques, et ce dans une mesure généralement plus grande que par le passé »⁹.

L'efficacité et l'efficacité soulèvent également de nombreuses préoccupations. Au cours des dernières années, l'impact sur les tribunaux du besoin plus général pour les gouvernements de contrôler les coûts et de réduire les dépenses s'est accentué. Malgré les victoires annoncées sur le déficit, ces pressions purement financières ne disparaîtront vraisemblablement pas. Il est également peu probable qu'elles soient uniquement imputables au plafonnement global des budgets des tribunaux, la recherche d'économies entraîne les gouvernements plus profondément dans l'administration interne, dans des domaines comme la dotation et l'utilisation efficace des installations. Cela a également incité les gouvernements à presser plus énergiquement les tribunaux à adopter des techniques de gestion plus « modernes », comme l'évaluation du rendement, et à adopter la toute dernière technologie de l'information. Et tout ceci à une époque où l'augmentation du contrôle judiciaire sur les actions du pouvoir exécutif « a fait souffler le vent de l'orthodoxie juridique dans les couloirs



silencieux de la bureaucratie, assujettissant les pouvoirs dont l'exercice est susceptible de toucher les intérêts individuels aux exigences de l'équité procédurale »¹⁰.

Cette analyse montre qu'un vaste éventail de parties concernées est touché et intéressé par l'administration des tribunaux. Chacune apporte un point de vue et des préoccupations différents au débat. Le public est enclin à être le plus préoccupé des résultats — tant sur le plan de la fond que des procédures en ce qui a trait aux retards et autres. Il est aussi préoccupé par les coûts — non pas les coûts du système, mais les coûts que doivent assumer les défendeurs et les parties au litige. Les législateurs, en général, répondent aux préoccupations du public.

Les hauts fonctionnaires et les bureaucrates sont susceptibles de faire valoir que leur préoccupation majeure concerne avant tout les coûts et l'efficacité. Cela veut notamment dire qu'ils insistent fortement sur l'affectation et l'utilisation des ressources, la gestion efficace et l'adoption de la technologie de l'information. Les juges seront sans doute fondés de craindre que la primauté du droit et l'indépendance de la magistrature comme valeur essentielle permettant de garantir la primauté du droit, ne soient pas la préoccupation primordiale des bureaucrates chargés de la gestion du système judiciaire.

Les juges, certes, se préoccupent avant tout de ces questions ainsi que de la nécessité d'assurer le droit de regard de la magistrature sur les ressources, le personnel et les installations. Les bureaucrates auront sans doute raison de craindre que les juges ne se montrent pas disposés à s'inquiéter des coûts, de l'efficacité ou de la gestion efficace du personnel. Les bureaucrates pourraient fort bien avoir raison, du moins en partie, de penser que la magistrature est égocentrique, résistante au changement et méfiante à l'endroit des nouvelles technologies et des tout nouveaux modes de gestion.

Si chacun de ces groupes a un enjeu et une responsabilité dans la santé du système judiciaire et si, comme je l'ai indiqué, le mot d'ordre est interdépendance, quels peuvent être les modèles d'interaction possibles? Je n'ai pas les connaissances nécessaires pour proposer un modèle idéal et je n'en ai pas non plus le temps. Plusieurs observateurs ont émis des propositions intéressantes, comme plus récemment et de façon utile Martin Friedland dans l'étude qu'il a rédigée pour le Conseil



canadien de la magistrature et intitulée *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*¹¹.

Il serait toutefois utile d'envisager les relations possibles selon un continuum. D'un côté, il y a l'autonomie et l'autosuggestion; les tribunaux devraient se diriger eux-mêmes. On pourrait parler de « parfait isolement ». De l'autre côté, il y a la gestion publique. Les juges jugent : le cadre dans lequel ils exercent cette fonction est établi et géré par le gouvernement. Au milieu, il y a diverses formes de gestion coopérative qui peuvent tendre vers le pouvoir et l'autonomie judiciaires ou s'en éloigner.

La gestion autonome semble généralement être adoptée dans la plupart des ressorts aux États-Unis et l'Australie s'est écartée de la responsabilité traditionnelle du Procureur général pour passer à un système « autonome sur le plan judiciaire » ou « auto-administré »¹². Ce système défendu avec beaucoup de vigueur au Canada par le juge en chef Jules Deschênes dans son rapport intitulé *Maîtres chez eux : une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux*¹³.

Pour que les juges soient indépendants, soutient-il, ils doivent jouir d'une indépendance institutionnelle. « Vis-à-vis l'État envahissant, encore faut-il que la magistrature jouisse également d'une indépendance collective, car une décision administrative d'ordre général peut, tout autant qu'une approche individuelle, affecter le magistrat dans l'exercice de sa fonction. Dans l'intérêt de notre société, le temps est arrivé où les membres de la magistrature doivent enfin être maîtres chez eux »¹⁴.

Le degré voulu d'indépendance institutionnelle devrait être inscrit dans la constitution.

La progression vers cet objectif doit commencer par une plus grande consultation entre le gouvernement et la magistrature, suivie de décisions concertées, ce qui conduit finalement à une indépendance effective. Les tribunaux seraient régis par un conseil constitué en majorité de juges, qui ne serait pas nommé par le Cabinet et ne comprendrait pas non plus de ministres ou de représentants du gouvernement. Le principal administrateur du tribunal serait nommé par le conseil et serait responsable devant lui.

Il existe de solides arguments en faveur de cette position. Il y a des conflits d'intérêts possibles dus au fait que le procureur en chef devant



les tribunaux est également responsable de leur gestion, et il y a des tensions lorsque la direction du tribunal et le personnel de soutien servent deux maîtres. Il peut être intrinsèquement indésirable qu'une institution ayant un ensemble de responsabilités soit en grande partie gérée par une autre institution ayant un ensemble différents de points de vue et d'intérêts.

Cependant, comme je l'ai mentionné, il n'est ni possible ni souhaitable d'isoler les tribunaux si catégoriquement. Les tribunaux, comme je l'ai dit, font partie intrinsèque du secteur public et sont un maillon de la grande chaîne du système de justice. La responsabilité de l'ensemble du système judiciaire incombe au gouvernement et non aux tribunaux, tout comme la responsabilité de la gestion publique et des finances en général. C'est le gouvernement qui est responsable devant le corps législatif et devant les électeurs du fonctionnement général du système.

De plus, il y a beaucoup à dire sur le principe consistant à laisser aux juges le soin de juger. Il n'y a aucune raison d'attendre des juges qu'ils aient une aptitude, un intérêt ou une compétence particulière pour gérer les systèmes administratifs vastes, complexes et coûteux que sont devenus les tribunaux. Plus les tribunaux sont responsables de leur propre administration, plus il faudra consacrer d'énergie, de ressources et de temps à l'administration, et moins il y en aura pour les tâches importantes et essentielles qu'accomplissent les juges.

En fait, plus les tribunaux deviennent indépendants sur le plan institutionnel, plus ils devront établir leurs propres mécanismes favorisant l'ouverture, la sensibilité, la transparence et la responsabilité devant le corps législatif et le public¹⁵. C'est une tâche imposante que les juges ne voudront peut-être pas ou ne pourront pas accomplir.

La solution de rechange consistant à laisser pratiquement tous les aspects de la gestion de la magistrature au ministère du Procureur général est également inacceptable. Les cas qui sont à l'origine de la présente conférence ne sont que la pointe de l'iceberg en ce qui concerne l'insatisfaction qu'éprouvent tous et chacun à l'égard du statu quo.

Les solutions se trouvent donc forcément en terrain médian. Là encore, il existe différentes possibilités. L'une d'elles consisterait simplement à établir des relations de coopération plus étroites dans



lesquelles le dialogue pourrait contribuer à atténuer les tensions. Des égards et une coopération plus importants ne sont pas en eux-mêmes une garantie d'administration plus cohérente et efficace. Comme Miller et Baar l'indiquent, cela peut conduire « à une hésitation mutuelle à s'engager dans la zone interdite qui sépare les frontières mal définies du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire », et ainsi retarder « la mise en œuvre, la réforme et la modernisation de l'administration judiciaire »¹⁶. Friedland ajoute que les juges peuvent hésiter à innover sous prétexte que c'est le travail du gouvernement, alors que le gouvernement hésite à empiéter sur l'autorité judiciaire¹⁷. En outre, une coopération officieuse de cette sorte, derrière des portes closes, peut nuire à la perception de l'indépendance de la magistrature.

Une deuxième approche pourrait consister à clarifier le partage de la responsabilité entre les tribunaux et le gouvernement. Cela suppose la capacité de délimiter les aspects de l'administration judiciaire qui sont essentiels à l'indépendance décisionnelle des juges et les aspects qui doivent répondre à un intérêt public supérieur. Je ne pense pas qu'il soit possible de répartir les responsabilités aussi nettement.

Friedland propose donc l'établissement d'une troisième approche — la cogestion — cette approche reconnaîtrait l'interdépendance intrinsèque des deux pouvoirs et l'impossibilité de les séparer. Elle reconnaîtrait également, comme Martin Friedland l'indique, le besoin d'une coordination globale de l'ensemble de la magistrature.

Friedland propose l'établissement d'un conseil de gestion de la magistrature, semblable aux conseils d'administration des universités, qui représenterait les juges en chef des trois paliers de tribunaux, les autres juges, des membres du Barreau et quelques personnes de l'extérieur. Le président n'en serait pas un juge et les membres de l'extérieur constitueraient une faible majorité. Le conseil nommerait le gestionnaire en chef ou l'administrateur.

Plusieurs variantes de cette idée ont été publiées. Le conseil judiciaire proposé par le juge Deschênes serait en majorité composé de juges et ne serait pas nommé par le gouvernement. Il soumettrait son budget directement au pouvoir législatif. Le juge Thomas Zuber, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans son rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario déposé en 1987, proposait



un comité de gestion des tribunaux de l'Ontario, présidé par le juge en chef et en l'occurrence, comprenant trois représentants du ministère du Procureur général¹⁸. L'Association du barreau américain a recommandé une commission nationale permanente sur les tribunaux fédéraux, qui représenterait les trois pouvoirs, établirait des propositions à l'intention du Congrès sur les pratiques, les procédures, l'administration, etc. et évaluerait les propositions législatives touchant les tribunaux¹⁹. L'Afrique du Sud a établi une commission des services judiciaires comptant divers représentants²⁰, et dont le rôle est de conseiller le gouvernement national « sur toute question liée à la magistrature ou à l'administration de la justice »²¹.

C'est ce genre de solution que nous devrions, à mon sens, envisager. Elle reconnaît l'interdépendance plutôt que de la rejeter. Elle reconnaît le caractère ambigu de la ligne de séparation entre la responsabilité gouvernementale et l'indépendance de la magistrature. Elle concentre la responsabilité administrative en un seul endroit. La composition du conseil permet de tenir compte de la diversité inhérente des parties concernées dans le système judiciaire. Cette solution minimise la possibilité que le ministère et les tribunaux travaillent l'un contre l'autre. Grâce à sa procédure et aux liens hiérarchiques qu'elle suppose, la transparence et la responsabilité peuvent être assurées. Elle peut être conçue pour refléter un vaste éventail de facteurs essentiels pour le système de justice dans son ensemble.

Friedland cite Hugh Arnold, un spécialiste en gestion, à l'appui de sa proposition :

Si nous voulons favoriser de plus hauts niveaux de responsabilité dans l'ensemble de l'organisation, le véritable défi ... est de trouver des moyens de partager efficacement les ressources, de travailler de concert et d'éliminer les ambiguïtés. Le gestionnaire qui prétend qu'il doit avoir le contrôle de toutes les ressources nécessaires pour exercer ses responsabilités est, selon mon expérience du moins, une personne qui ne réussira pas dans les organisations plus fluides et plus souples qui changent plus rapidement de nos jours [traduction]²².

Qu'on le veuille ou non, le système judiciaire est ce type d'organisation. Comme l'association du barreau américain le dit dans son récent rapport sur l'indépendance de la magistrature, le défi pour le gouvernement consiste à superviser sans microgestion; et le pouvoir



judiciaire devrait reconnaître que tous les désaccords ne sont pas une menace à l'indépendance de la magistrature et que chaque question sur la façon dont il dépense l'argent n'est pas un acte d'hostilité²³.

-
- ¹ Cité dans L. Ralph Mecham, « Introduction: Mercer Law Review Symposium on Federal Judicial Independence » (1995) 46 *Mercer Law Review* à la page 637.
- ² *An Independent Judiciary: Report of the American Bar Association Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence: Findings, Conclusions and Recommendations*, 1997, à la page 5.
- ³ [1997] 3 R.C.S. 3 à la page 81.
- ⁴ Comme le dit l'actuel juge en chef des États-Unis, le Congrès et les tribunaux sont deux « secteurs » qui sont « séparés sur le plan constitutionnel, mais dont le fonctionnement au jour le jour trempe dans l'interdépendance [traduction]. » Voir Mecham, *précité* note 1 à la page 638.
- ⁵ Cité dans Martin H. Redish, « Federal Judicial Independence: Constitutional and Political Perspectives » (1995) 46 *Mercer Law Journal* 697.
- ⁶ *Ibid.*, *passim*.
- ⁷ Juge Timothy White, Cour provinciale de la Saskatchewan, « Responsible Governance: The Implications of Judicial Independence for Policy and Practice in the Provincial Courts in Canada » <http://www.acjnet.org/capcj/white.html>, à la page 4.
- ⁸ Voir Neil Nevitte, *The Decline of Deference: Canadian Values in Cross-national Perspective* (Peterborough: Broadview Press, 1996).
- ⁹ Juge en chef M. E. J. Black, Juge en chef, Cour fédérale de l'Australie, et « The State of the Courts in Australia », First Worldwide Common Law Judiciary Conference, Document 5. <http://www.primenet.com/~jldc/1stWorldwide/doc5.html>, à la page 1.
- ¹⁰ L'Honorable Sir Gerald Brennan, juge en chef de l'Australie, « Opening Remarks: Judicial Independence », « *The Australian Judicial Conference* », Canberra, Australie, 2 novembre 1996 : http://www.anu.edu.au/law/dev/law_reform/jca/brennan.html.
- ¹¹ M.L. Friedland, *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995).
- ¹² Voir Black, *précité* note 9 aux pages 3-4.



- ¹³ Jules Deschênes, *Maîtres chez eux : une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux* (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1981).
- ¹⁴ *Ibid.* à la page 11.
- ¹⁵ Gordon Bermant et Russell R. Wheeler appellent ceci « responsabilité interne ». Voir G. Bermant et R.R. Wheeler, « Federal Judges and the Judicial Branch: Their independence and Accountability » (1995) 46 *Mercer law Journal* 835 à la page 835.
- ¹⁶ Voir Perry S. Millar and Carl Baar, *Judicial Administration in Canada* (Kingston: McGill-Queen's University Press, 1981).
- ¹⁷ Friedland, *précité* note 11 à la page 221.
- ¹⁸ *Report of the Ontario Courts Inquiry* (Toronto; Ministry of the Attorney General, 1987).
- ¹⁹ *An Independent Judiciary: Report of the Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence: Executive Summary*, 1997, à la page 1.
- ²⁰ Elle est composée du juge en chef, du président de la cour constitutionnelle, d'un autre juge, du membre du cabinet responsable de l'administration de la justice, de quatre avocats praticiens, de six membres de l'Assemblée nationale (dont trois doivent être membres de partis de l'opposition), de quatre délégués permanents du Conseil national des provinces et de quatre autres membres nommés par le président après consultation des chefs des partis de l'opposition.
- ²¹ *Constitution de la République d'Afrique du Sud*, 1996. art. 178.
- ²² Cité dans Friedland, *précité* note 11 à la page 29.
- ²³ *An Independent Judiciary: Report of the American Bar Association Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence*, 1997, à la page 2.



Indépendance de la magistrature dans un contexte d'interdépendance

Trudy Govier

Dans toute société moderne complexe, il y a plusieurs niveaux d'interdépendance entre les personnes en tant qu'individus et quant aux rôles sociaux ou professionnels qu'elles peuvent jouer. Parce qu'en général un rendement compétent et motivé est normal la plupart du temps, nous sommes portés à croire que les autres feront leur part. Nous tenons pour acquis que les personnes rempliront les rôles des postes qu'elles occupent avec compétence et intégrité. Comme l'ont dit des sociologues, la confiance, en ce sens, est « l'élément de cohésion de la société »¹. Nous avons cependant tendance à ne pas apprécier à sa juste valeur le rôle fondamental de la confiance dans une société moderne comme le Canada parce que la confiance passe inaperçue tant qu'elle n'a pas été trahie. Par conséquent, nous sommes portés à sous-estimer la fidélité, la fiabilité et l'interdépendance et à prêter davantage attention aux phénomènes négatifs—les bris de confiance.

Dans une démocratie comme le Canada, l'indépendance de la magistrature est primordiale et essentielle de la primauté du droit. Bien que la magistrature doive être indépendante du pouvoir exécutif, c'est-à-dire qu'elle doive bénéficier d'une autonomie administrative, de l'inamovibilité et d'une sécurité financière, il faut également que les membres de la magistrature entretiennent des liens d'interdépendance avec d'autres autorités gouvernementales et ils doivent, par conséquent, se fier à celles-ci. Le sentiment de dépendance est réciproque et requiert un certain degré de confiance.

On peut illustrer le besoin d'accorder sa confiance et l'universalité du sentiment de confiance dans une société complexe par un voyage en avion. En montant à bord d'un avion, nous devons implicitement mettre notre confiance dans le comportement compétent et approprié du pilote, du copilote, de l'équipage, du personnel de piste, des mécaniciens, des contrôleurs aériens, des services de sécurité



aéroportuaires, des pilotes d'autres avions qui circulent dans le même secteur et même des co-voyageurs. Malgré tout, bon nombre d'entre nous prenons confortablement place à bord d'avions, l'ayant fait maintes et maintes fois sans jamais avoir connu d'aventures périlleuses. Ce faisant, nous présumons que des douzaines, sinon des centaines, de personnes ont fait leur travail de façon compétente et honnête; sans plus y penser, nous leur faisons implicitement confiance. C'est ce type de confiance qui est à la base du fonctionnement de nombreuses institutions modernes. Ironiquement, notre confiance a peut-être été si peu troublée qu'elle est devenue implicite et que nous n'y prêtons plus attention. Par contre, nous remarquons des choses comme les retards, les mésententes, les conflits, les poursuites judiciaires, les mensonges, les bris de promesse, la corruption, l'exploitation et la manipulation. Ces deux façons de voir les choses, qui découlent du fait que la confiance passe inaperçue la plupart du temps alors qu'un bris de confiance saute aux yeux et dérange, créent un préjugé négatif dans notre vision du monde. Elles donnent l'impression que la nature humaine et la société sous-estiment la fiabilité, la fidélité et l'interdépendance. Nous pouvons devenir tellement soucieux de nous protéger les uns des autres que nous venons à oublier jusqu'à quel point nous dépendons en réalité les uns des autres.

La confiance est un aspect fondamental des relations humaines, qu'il s'agisse de relations personnelles, sociales, institutionnelles ou politiques. Nous entendons souvent parler de confiance, cependant peu s'attardent à en préciser le sens. Qu'est-ce que la confiance? Avoir confiance en quelqu'un, c'est s'attendre à ce que cette personne réponde à nos attentes du simple fait qu'elle est compétente et bien motivée. En plaçant notre confiance en quelqu'un, nous devenons vulnérables, nous dépendons de l'autre et nous risquons d'être déçus si la personne en qui nous avons mis notre confiance ne répond plus à nos attentes. Nous prenons ce risque en toute confiance, parce que nous croyons dans l'autre. Faire confiance à quelqu'un pour juger une affaire de façon équitable, c'est s'attendre à ce que la personne possède les compétences nécessaires pour examiner les faits qui lui sont soumis et appliquer les règles de droit pertinentes et à ce qu'elle soit impartiale et ait à cœur de rendre une décision juste et raisonnable. On peut définir d'une façon



semblable la confiance que l'on place dans les collectivités et les institutions.

Parler de la **confiance du public** dans la magistrature c'est, en fait, sous-entendre que la plupart des membres du public lui font confiance, qu'ils supposent que les juges agiront avec intégrité et compétence. Au cœur même de cette confiance est l'assurance que les juges sont impartiaux et qu'ils ne sont pas soumis à des pressions de la part des pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. Dans ce contexte, la décision récente de la Cour suprême du Canada sur le traitement des juges selon laquelle des commissions doivent faire des recommandations sur cette question vise à assurer que les juges ne seront pas en position de négocier leur salaire avec les gouvernements, ou tentés de le faire, et que la rémunération des juges sera fonction de leur statut social et du besoin qu'ils soient à l'abri, et qu'ils soient perçus comme étant à l'abri, de toute tentative d'ingérence. Pour que la population canadienne ait confiance dans la magistrature et dans la primauté du droit, il faut que la magistrature soit vue comme étant compétente, motivée, impartiale et indépendante en ce sens que les juges ne sont pas soumis, dans les décisions qu'ils ont à prendre, aux ingérences des autorités exécutive et législative du gouvernement.

Dans les sociétés traditionnelles des villages, la confiance repose sur les relations et les connaissances personnelles. Dans les sociétés complexes modernes, par contre, il faut se fier à des personnes qui sont de purs étrangers ou presque. La façon de faire des achats illustre ce contraste. Dans un village, les gens achètent des biens de personnes qu'ils connaissent personnellement; ils font confiance aux produits et aux prix en raison de leurs connaissances et de leur expérience personnelle. Dans les sociétés modernes, nous devons interagir régulièrement avec des étrangers et de nombreuses affaires sont conduites avec des personnes que nous n'avons jamais vues et dont nous supposons qu'elles sont dignes de confiance — comme dans l'exemple du vol en avion. Quand des consommateurs canadiens achètent des produits, de la viande et des légumes par exemple, dans un supermarché tel Safeway ou IGA, ils font confiance à des personnes qu'ils ne connaissent pas ainsi qu'au fonctionnement et à la fiabilité des institutions — notamment, dans ce cas-ci, les agences d'inspection



gouvernementales². Dans les sociétés modernes comme le Canada, notre confiance repose en grande partie sur des rôles et des institutions. Parmi celles-ci, les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif du gouvernement sont d'une importance capitale.

Dans une société moderne, nous interagissons fréquemment avec des institutions. Nous entretenons non seulement des liens explicites avec elles (comme quand on fait sa déclaration d'impôt à Revenu Canada) ou implicites (comme quand on achète de la viande emballée et transportée conformément aux règlements gouvernementaux). De plus, bon nombre d'entre nous travaillons dans un cadre institutionnel. Nous sommes donc liés à des institutions en qualité de consommateurs ou d'utilisateurs mais aussi en qualité d'agents, puisque les activités des personnes qui jouent un rôle professionnel donné au sein d'une institution contribuent à faire de l'institution ce qu'elle est.

La capacité d'une personne d'agir dans un rôle donné est fonction de la fiabilité et de l'efficacité d'autres personnes qui remplissent d'autres rôles. Par exemple, une institutrice ne peut faire son travail de façon efficace que si les parents préparent convenablement les enfants pour l'école, si les enfants sont prêts à apprendre, si le directeur administre l'institution et si le conseil scolaire et le gouvernement élaborent les grandes politiques et accordent les fonds. *Nul ne peut faire un bon travail ou réaliser quoi que ce soit tout seul.* Cette pensée s'applique autant aux membres de la magistrature et de la fonction publique qu'à toute autre personne. En tant que question constitutionnelle, l'indépendance de la magistrature signifie que les juges doivent être libres de toute ingérence du pouvoir législatif et exécutif. Mais cela ne veut pas dire que les juges sont indépendants dans tous les sens du terme³.

L'interdépendance et l'indépendance sont les caractéristiques du rôle de la magistrature. Si les législateurs ne passaient pas de lois et n'accordaient pas de fonds, si les professeurs ne formaient pas les étudiants en droit, si les policiers n'appréhendaient pas les contrevenants et si les fonctionnaires n'administraient pas les ministères concernés du gouvernement et n'entretenaient pas les édifices où se trouvent les tribunaux, la magistrature ne pourrait pas fonctionner comme elle le fait. Ces rôles de législateur, de professeur, d'étudiant, de policier et de fonctionnaire — et les personnes qui les assument — sont



interdépendants. Ils remplissent leurs fonctions comme ils le font parce qu'ils travaillent en collaboration. Le fonctionnement efficace du système et la confiance du public dans ce système présupposent que les personnes qui remplissent les fonctions peuvent être certaines que chacun fera son travail avec compétence et intégrité et faire suffisamment confiance aux autres pour travailler ensemble en collaboration et de façon efficace. Si des différends au sujet du traitement ou d'autres questions devaient s'aggraver au point où le fonctionnement interdépendant était menacé, ce serait très grave. La magistrature ne travaille pas en vase clos; et même si cela était souhaitable, ce ne serait pas possible⁴. Nous devons examiner la question de l'indépendance de la magistrature parce que la question de la rémunération des juges, qui est un aspect de cette indépendance, est devenue un sujet controversé et le point central de la décision de la Cour suprême dont nous parlons. Mais encore faut-il que la question de l'**indépendance** soit bien comprise dans le contexte de l'**interdépendance** entre les institutions judiciaires et de nombreuses autres institutions.

L'accent mis sur l'interdépendance réalisable et sur la fréquence avec laquelle nous faisons confiance à d'autres personnes et comptons sur elles pour exercer nos fonctions de façon responsable et compétente ne sert pas à nier l'existence de la méfiance à bien des égards, ni à laisser entendre que cette méfiance n'est pas justifiée. Les problèmes de confiance ne se règlent pas facilement, aussi est-il fort tentant d'essayer de les éviter. Nous pouvons parfois le faire en mettant fin à la relation en question. Toutefois, ces ruptures sont rarement possibles quand il s'agit de personnes qui travaillent ensemble. Les juges doivent exercer leurs fonctions dans des administrations où des politiciens sont élus à une assemblée législative par suffrages exprimés et où les fonctionnaires font leur travail sous la direction de ces « maîtres de la politique ». Les juges n'ont aucune influence quant au choix des personnes qui occuperont ces postes; ils ne peuvent non plus contrôler le programme politique. Par ailleurs, les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement ne peuvent décider qui est un juge ni quelles sont les convictions des juges et les décisions qu'ils prendront⁵. Cette absence de contrôle peut parfois être difficile à accepter⁶.



Lorsque des collègues de travail ne peuvent se fier les uns aux autres, des problèmes désagréables et embarrassants surgissent, tels qu'un malaise, une gêne, une crainte, une insécurité, des malentendus, de mauvaises communications, des complexités inutiles, des erreurs, un manque de coopération et une restriction des activités. Selon une étude sur la gestion menée en 1972, dans un groupe où le chef avait la confiance des membres, la résolution des problèmes se faisait dans un climat d'ouverture et de créativité. Par contre, dans un groupe comparable où le chef n'avait pas la confiance des membres, chacun travaillait de façon à réduire les risques pour eux-mêmes. Les membres du groupe voyaient le gestionnaire comme tâchant d'avoir le contrôle; ils se méfiaient de lui et par conséquent chacun travaillait de façon à courir le moins de risque possible. Cette attitude les privait de toute créativité, les fermaient aux nouvelles idées et les rendaient intransigeants dans leur façon de penser⁷.

Des mesures comme la recherche du contrôle, des règlements plus contraignants, la sous-traitance d'éléments du service et la souscription d'assurance sont des stratégies visant à gérer et à contrôler la méfiance. Toutefois, ces stratégies ne peuvent éliminer complètement les difficultés dans les relations où règnent la méfiance. Lorsque des gens qui se méfient les uns des autres continuent à travailler ensemble, ils doivent si possible essayer de vaincre leur méfiance sinon leur style de travail deviendra stérile du point de vue de la créativité, désagréable, axé sur l'absence de risque et inefficace.

Des rôles différents exigent des talents et des intérêts différents et donnent un point de vue différent sur le monde. Par exemple, si une famille achète une trampoline, les parents vont y voir une source d'amusement pour les enfants à la maison; un philosophe pourrait se demander sur quels principes les enfants vont s'appuyer afin de partager équitablement le temps sur l'appareil; un médecin ou un orthodontiste pourrait voir là un danger de blessure; un professeur d'éducation physique, une façon de se mettre en forme; un avocat, une cause de poursuites. Il est bien évident que les juges, les législateurs et les fonctionnaires ont des rôles distincts. Des talents et des intérêts différents sont requis pour jouer ces rôles et des points de vue différents auront tendance à en découler.



Des conflits peuvent surgir des points de vue et des intérêts différents liés aux différents rôles. Par exemple, il appartient au doyen de fixer le nombre de postes pour chaque département, et au directeur d'un département de travailler pour le bien de son département la nature même de leurs rôles respectifs les met donc en conflit. Il peut y avoir des analogies entre le rôle des juges et d'autres rôles.

Bien qu'on le fasse souvent, il n'est pas très sensé, en fin de compte, de reprocher aux gens de former des points de vue selon les rôles qui définissent une bonne partie de leur vie. Une mère, par exemple, dépense beaucoup d'énergie à prendre soin des autres. C'est le rôle du directeur d'école de ramener à l'ordre les étudiants dont la conduite est désordonnée. Il n'est donc pas très sensé de critiquer une mère parce qu'elle a tendance à se préoccuper des intérêts des autres ou un directeur parce qu'il en est venu à croire qu'il doit intervenir lorsqu'il y a conduite désordonnée dans les situations de conflit. Dans le cas qui nous intéresse, il ne serait pas judicieux et nécessaire de liquer les fonctionnaires, les hommes politiques et les juges les uns contre les autres. Il ne fait aucun doute que les fonctions, les talents et même les valeurs liés à ces rôles diffèrent, toutefois ces différences ne devraient pas être source de ressentiment et de méfiance.

On pourrait appeler la **tragédie des rôles** les conflits qui surgissent entre des personnes dont les rôles sont, en fin de compte, interdépendants. Pour illustrer cette tragédie, prenons un exemple familier dans un contexte universitaire. Le directeur du département éprouve du ressentiment à l'endroit du doyen parce que celui-ci refuse d'accorder les fonds requis pour l'embauche du personnel supplémentaire pour un nouveau programme. Le doyen n'apprécie pas le directeur en raison de ses tentatives répétées et quelque peu agressives en vue d'obtenir les fonds nécessaires pour le nouveau programme alors que le doyen fait face à d'importantes pressions de n'attribuer qu'aux programmes actuels les fonds reconnus par tous comme nécessaires. La dynamique qui existe dans une situation de ce genre est tout à fait normale. Toutefois, on pourrait dire que cette situation est tragique parce qu'elle dresse les personnes les unes contre les autres du simple fait qu'elles font leur travail. Ces conflits s'aggravent lorsque les intéressés associent les personnalités aux postes et en viennent à voir chez les titulaires de



postes des faiblesses personnelles qui pèsent dans l'affaire. Nous devons tâcher d'éviter de telles tragédies entre les principaux intervenants que sont la magistrature et la fonction publique.

On peut limiter la *tragédie des rôles* :

- (a) en faisant clairement la distinction entre la personne et le rôle que joue cette personne;
- (b) en se souvenant qu'une même personne joue plusieurs rôles (un juge peut être à la fois un parent, un fils, un membre d'une église, etc.);
- (c) en comprenant comment notre rôle ou nos rôles limitent notre point de vue; et
- (d) en comprenant que certains motifs et points de vue sont inhérents à certains rôles et ne devraient pas servir de fondement au manque de respect envers ceux qui les exercent.

Dans les périodes de stress et de changement, les conflits et les soupçons sont plus fréquents et il faut davantage d'attention et d'effort pour les éviter. Étant donné la grande complexité des sociétés modernes et la diversité des rôles forts interdépendants qu'on y trouve, il faut faire des efforts pour préserver ou améliorer les relations. La confiance du public dans les divers pouvoirs du gouvernement et dans la magistrature sera grandement ébranlée si les relations entre les personnes dans des rôles différenciés se détériorent. Une des choses qui pourrait vraisemblablement miner la confiance du public est une situation où, dans la perception du public, ces pouvoirs perdent un temps précieux et toutes leurs énergies à se disputer entre eux.

*Il n'y a pas d'institutions à l'épreuve des personnes*⁸. Pour que nos institutions fonctionnent de façon juste et efficace et méritent la confiance du public, ceux qui exercent des rôles divers devraient pouvoir se respecter, se faire mutuellement confiance et coopérer de bon gré. On ne peut se passer de la compréhension mutuelle, de la confiance et du respect. La création de commissions chargées de faire des recommandations sur la question du traitement des juges n'aura pas pour effet d'éliminer le besoin de respect mutuel, de compréhension et de confiance; il ne fera que le déplacer. À un moment donné, des êtres



humains doivent délibérer sur les facteurs pertinents qui ont trait au statut et à la rémunération et faire une recommandation; à un moment donné, d'autres êtres humains doivent décider si on accepte cette recommandation; et (compte tenu d'une situation où le gouvernement essaie d'infirmer la recommandation d'une commission) d'autres êtres humains doivent décider à leur tour si cette décision est *raisonnable*. On ne peut contourner le mécanisme de décisions prises par des humains et auxquelles des humains réagissent. Il n'existe pas de machine divine ou infaillible capable de décider à notre place et, quand des personnes ont à prendre des décisions, elles dépendent d'autres pour ce qui est de l'information, l'appui, l'interprétation et d'une réponse raisonnée⁹. Les commissions créées à la demande de la Cour suprême peuvent aider à éviter le type de malaise qui découle de poursuites en justice, mais elles ne peuvent éliminer le besoin de faire appel au discernement, à la confiance et à la fiabilité d'êtres humains.

Les situations ne sont pas immuables; elles sont fluides, changeantes et peuvent être changées. Un intervenant à la Table ronde a raconté l'histoire d'une relation acrimonieuse entre des fonctionnaires et la magistrature dans laquelle il avait pu intervenir. Il l'avait fait en discutant pendant quelques heures avec les personnes concernées tout en buvant de la bière et en mangeant de la pizza. Cette conversation avait eu des effets bénéfiques énormes. Nous pouvons comprendre un tel revirement lorsque nous constatons l'effet que nous avons les uns sur les autres par nos émotions, nos attitudes et nos actions. La conduite des personnes dépend en grande partie de la façon dont elles sont traitées. Celles qu'on traite avec confiance et respect sont plus aptes à se conduire d'une façon compétente et digne de confiance. Lorsqu'un homme qui se méfiait d'une autre personne ou éprouvait du ressentiment à son égard apprend à la voir comme une personne amicale et bien intentionnée, sa perception du comportement de cette personne sera bien différente et ce changement de perception est susceptible de renforcer une attitude plus positive. Ces changements auront vraisemblablement un effet bénéfique dans les deux sens¹⁰.

Ce que nous ressentons, croyons et faisons a une incidence sur d'autres personnes et sur ce qu'elles ressentent, croient et font. Nos attitudes ont donc une grande influence dans les situations qui nous



concernent. Ces attitudes découlent du type de personnalité, des rôles et des relations humaines ainsi que de facteurs plus objectifs. Face à une nouvelle situation, nous avons de nouvelles possibilités d'action et celles-ci engendrent de nouvelles possibilités de réactions. Ces réactions à leur tour influent sur nos attitudes, nos actions et nos croyances ainsi que sur celles des autres. Et ces réactions entraînent à leur tour d'autres circonstances et d'autres conditions. La réflexivité et l'interactivité apparaissent à chaque étape. C'est au cours de cette interactivité et de cette réflexivité que peuvent surgir des mouvements descendants dans les relations, des situations où la méfiance engendre l'hostilité et que d'autres conflits et sentiments de méfiance surgissent dans un processus vicieux et sans fin. Mais les caractéristiques de l'interactivité et de la réflexivité peuvent aussi agir dans l'autre sens, de sorte que des situations ou des relations peuvent connaître des améliorations rapides et manifestes.

Quant aux changements et aux défis récents dans le domaine de la rémunération des juges et de la relation entre la magistrature et les autres pouvoirs du gouvernement au Canada, il peut y avoir une amélioration des relations si les responsables sont sensibilisés aux forces dynamiques et cherchent à améliorer ces relations. Il faut apporter une attention particulière aux aspects suivants :

- (a) *l'interdépendance* des rôles et des personnes qui exercent ces rôles;
- (b) la nécessité de *respecter les connaissances, les habiletés et le dévouement* de ceux qui exercent les rôles en question;
- (c) la compréhension des *contraintes situationnelles* qui vont de pair avec divers rôles et la reconnaissance du fait que les individus ne sont pas responsables de ces contraintes situationnelles;
- (d) la compréhension que les *attitudes* (confiance, méfiance, respect et manque de respect surtout) peuvent empirer ou améliorer les situations et les relations;
- (e) la souplesse et la *transparence*.



- ¹ J'ai fait valoir ce point en détail dans l'article intitulé *Social Trust and Human Communities* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 1997).
- ² Voir notamment Ann-Mari Sallerberg, « On Modern Confidence » (1982) 25 *Acta Sociologica* 39 et Niklas Luhmann, *Trust and Power* (traduit par H. Davies, J.F. Raffman et Kathryn Rooney) (London: John Wiley and Sons, 1979).
- ³ Cette interdépendance a été mentionnée par d'autres participants à la Table ronde, notamment par Roderick Macdonald, Stephen Owen et Richard Simeon.
- ⁴ Point souligné par Richard Simeon dans sa présentation.
- ⁵ C'est-à-dire qu'une fois nommée juge, une personne ne peut être destituée de ses fonctions par le pouvoir du gouvernement. Par conséquent, dans le cas d'une relation acrimonieuse entre les juges et des autorités gouvernementales découlant de la question de la rémunération ou de toute autre question, s'il y a de la méfiance exprimée notamment dans les procès, on ne pourra mettre fin à cette méfiance en mettant fin à la relation. La relation va continuer d'exister, avec plus ou moins d'efforts pour la gérer, ou (si on est plus optimiste) la méfiance sera abolie par une amélioration de la relation.
- ⁶ Dans sa présentation, Nicholas d'Ombain signale que les gouvernements ont l'habitude de prendre des décisions et d'avoir des solutions de rechange. La décision de la Cour suprême selon laquelle des commissions sur la rémunération doivent faire des recommandations sur la question de la rémunération de la magistrature place les gouvernements dans une situation bien différente. D'Ombain a prédit que les gouvernements auraient du mal à accepter de ne pas avoir le contrôle dans ce contexte.
- ⁷ Dale E. Zand, « Trust and Managerial Problem Solving » (1972) 17 *Administrative Science Quarterly* 229.
- ⁸ Comme l'a dit Richard Simeon, personne non plus n'est à l'épreuve des institutions. Les institutions ont une influence sur les personnes qui ont une influence sur les institutions. Étant donné que les titulaires de postes changent plus souvent que les postes mêmes, il semble opportun d'accorder plus d'importance à l'élaboration des institutions en tant que facteur de portée durable plutôt qu'aux personnes qui sont en poste. Toutefois, dans des cas particuliers, celles-ci peuvent être plus importantes que celles-là.
- ⁹ Ce point a été traité dans la présentation de Roderick Macdonald. Les façons dont nous dépendons les uns des autres pour des informations et des compétences sont décrites au chapitre 3 de *Social Trust and Human Communities*, précité note 1.
- ¹⁰ Intervention de l'honorable Ted Hughes à la Table ronde.



Où allons-nous maintenant? Établir les bases de la relation entre le pouvoir exécutif et la magistrature

Stephen Owen, c.r.

Introduction

La question de la rémunération des juges et du processus adapté pour l'établir afin de ne pas porter atteinte à l'indépendance de la magistrature est peut-être la tension la plus facile à soulager dans la relation entre le pouvoir exécutif et la magistrature. Les questions sont quantifiables, comparables et susceptibles d'être expliquées. La Cour suprême du Canada a énoncé les critères visant à guider ce processus, et les gouvernements provinciaux et fédéral les respectent¹.

Dans son excellent document, Trudy Govier a situé le débat sur la relation entre le pouvoir exécutif et la magistrature dans le contexte plus général de l'interaction humaine, où la confiance et la compréhension de l'interdépendance, même parmi ceux et celles qui assument des rôles officiellement indépendants, sont nécessaires pour établir des rapports sociaux positifs. Elle fait observer que le parti pris négatif résultant de l'attention disproportionnée que nous accordons aux actes fautifs des autres perturbe nos espoirs de bon comportement approprié. Toutefois, le cynisme qui en résulte est peut-être autolimitatif. Si nous nous attendons au mal, nous devons tôt ou tard commencer à remonter la pente et nous réjouir en constatant avec surprise que le bien est beaucoup plus fréquent. Cette reconnaissance est la base du respect nécessaire pour favoriser les rapports positifs. J'aimerais faire le lien entre ces observations générales et l'interaction du pouvoir exécutif et de la magistrature.

L'indépendance du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif (et du pouvoir législatif, dans la mesure où il n'est pas déjà assujéti au pouvoir



exécutif) est nécessaire pour que soient remplies les obligations prévues à l'alinéa 11d) de la *Charte* en matière de justice criminelle, lesquelles sont étendues à « toutes les poursuites judiciaires » en vertu des engagements internationaux². Cependant, ce « contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires »³ n'est pas nettement séparé de la responsabilité constitutionnelle des provinces en matière d'administration de la justice ni du rôle qui incombe au procureur général « de veiller à ce que l'administration des affaires publiques soit conforme à la loi » et « d'exercer une surveillance sur toutes les questions ressortissant à l'administration de la justice »⁴. D'où l'interdépendance et le besoin de confiance et de respect entre les pouvoirs gouvernementaux.

Questions

Toutefois, la nature fondamentale de la primauté du droit dans une démocratie n'est pas bien comprise par le public, y compris de nombreux membres du gouvernement. Les services sociaux et les structures économiques et politiques que nous considérons essentiels dans notre société sont, néanmoins, un produit de la stabilité et de la responsabilité que garantissent des lois et des procédés juridiques établis d'une manière démocratique et applicables à tous, y compris le gouvernement. Lorsque les budgets sont réduits, le gouvernement est rarement enclin à répondre aux appels en faveur de l'isolement du système de justice qui, aux yeux de plusieurs, a reçu un traitement spécial par le passé. Ce sentiment est amplifié par un ressentiment public général à l'endroit des privilèges. Le mot « élite » évoque rarement, aujourd'hui, le leadership, l'excellence et le sacrifice : il évoque plutôt un statut non mérité et une influence disproportionnée. Dans ce climat, prendre les juges pour cible peut être une bonne stratégie; il est peu probable que ce soit une politique publique judicieuse.

Le rôle du procureur général dans notre système de gouvernement à la fois comme avocat de la Couronne et comme ministre du Cabinet est souvent source de confusion. Ses fonctions quasi-judiciaires et nécessairement indépendantes peuvent empiéter sur ses fonctions



administratives et consultatives. Lorsque le procureur général fait droit à une contestation de la législation fondée sur la *Charte*, exerce-t-il(elle) un pouvoir quasi-judiciaire valide, empiète-t-il(elle) sur la responsabilité judiciaire d'interpréter le droit, usurpe-t-il(elle) la fonction du législateur ou prive-t-il(elle) le client à savoir l'exécutif, d'une défense?

La responsabilité du procureur général consistant à administrer les services judiciaires et à appuyer la fonction judiciaire peut empiéter sur le rôle judiciaire indépendant. Il en est ainsi surtout à cause des pressions actuelles visant à restreindre et à refondre le système judiciaire que beaucoup estiment trop onéreux, trop lent et trop complexe. Les tentatives que font la magistrature et le pouvoir exécutif pour diminuer les pressions qui s'exercent sur les tribunaux civils et criminels en réduisant le nombre de litiges et en favorisant leur règlement hâtif demandent une action concertée pour recueillir et analyser des données, essayer de nouvelles approches, établir des services de complément et de soutien judiciaires et déterminer les meilleures pratiques dans l'ensemble du pays. Cette interdépendance accroît à la fois les frictions possibles et le besoin de collaboration.

Les compensations nécessaires de l'indépendance et de la responsabilité judiciaires soulèvent des problèmes spéciaux. Une hiérarchie des responsabilités parfaitement comprise améliore le respect public envers tout appareil indépendant. Les processus de nomination, les conseils judiciaires, les codes de conduite, l'éducation et les processus de gestion des tribunaux font l'objet d'une grande attention, tout comme la rémunération des juges et les services de soutien judiciaire. La vulnérabilité particulière des juges aux critiques publiques, qu'elles soient individuellement justifiées mais injustement généralisées, ou superficielles et dérisoires, rend la notion d'indépendance judiciaire encore plus complexe.

Le fait qu'un(e) juge tienne le rôle de gestionnaire de cas, de médiateur, de commissaire d'enquête publique, de surveillant(e) des faillites ou de commentateur des médias peut brouiller l'impression qu'ont le public et le pouvoir exécutif de la fonction judiciaire et faire en sorte que son indépendance soit moins comprise. L'abdication par le pouvoir exécutif du rôle qu'il devrait jouer dans le règlement des



questions publiques controversées et le fait que la suprématie de la *Charte* soit sous tutelle judiciaire peuvent exposer la magistrature à la critique politique. La fréquence accrue des cas où un(e) juge retourne à la pratique active et souvent prestigieuse du droit peut rendre floues les distinctions entre la magistrature et la profession d'avocat(e).

Moyens à venir

L'éducation du public et le dialogue sur le système judiciaire sont essentiels pour qu'il soit bien compris. Compte tenu de son importance fondamentale pour notre système de gouvernement, il est extraordinaire que si peu d'attention lui soit accordée dans le programme scolaire. Les juges et les procureurs généraux devraient être des chefs de file constructifs et mutuellement coopératifs dans le débat public sur les questions juridiques et non pas seulement des personnes qui se contentent de réagir à des critiques injustes. Cette coopération aura pour effet d'améliorer la compréhension et le respect qui sont nécessaires pour construire des relations positives.

Les responsabilités politiques actuelles du procureur général rendent difficiles la communication et la collaboration avec la magistrature. Les responsabilités quasi-judiciaires et indépendantes du procureur général devraient être soulignées, peut-être en séparant ce rôle des fonctions exécutives qu'il exerce comme membre du Cabinet et ministre de la Justice. Le procureur général peut continuer d'agir à titre de conseiller juridique du gouvernement sans avoir des responsabilités directes en matière d'élaboration et de mise en œuvre des politiques.

Quoi qu'il en soit, les rôles que remplit le procureur général en matière d'administration des tribunaux et de soutien judiciaire devraient être aussi indépendants que l'est celui qu'il remplit en matière de poursuites criminelles, et s'accompagner de protections législatives contre l'apparence ou la possibilité d'ingérence indue⁵.

Le sous-procureur général, en qualité de haut fonctionnaire non politique chargé de l'administration de la justice, des services judiciaires et du soutien à l'indépendance de la magistrature, devrait travailler en étroite collaboration et établir des relations marquées par la confiance



et le respect avec les juges en chef. Cela devrait prendre la forme d'un échange confidentiel, constructif et continu d'idées, de besoins et de préoccupations en vue de l'administration conjointe efficace des attributions qui se chevauchent et qui sont interdépendantes. Les initiatives de réforme de la justice, les questions de retards (spécialement dans les affaires criminelles et les affaires de protection de l'enfance), les nominations judiciaires, les modifications législatives susceptibles d'intensifier les pressions sur les tribunaux et les plans judiciaires d'action sont autant de sujets importants pour un tel dialogue. À défaut de ces relations, aucun système équilibré ne pourra veiller à l'accomplissement sans heurt des responsabilités conjointes.

On devrait envisager la création d'un organisme indépendant de services judiciaires sous l'égide d'une administration supérieure responsable devant la magistrature et qui interagirait en son nom avec le pouvoir exécutif (par ex. ministère du Procureur général et du Conseil du Trésor). Toutefois, une telle mesure, bien qu'elle réussisse ailleurs, ne résoudra vraisemblablement pas les frictions en l'absence de relations positives avec le sous-procureur général dont nous avons fait état ci-dessus.

Enfin, la commission indépendante envisagée par la Cour suprême dans l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales* pourrait avoir un but plus large, à savoir celui de faciliter la collaboration et résoudre les conflits entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. À mon avis, ces commissions feront la preuve de leur valeur en ce qui a trait aux questions relativement directes concernant la rémunération et, par conséquent, se proposeront elles-mêmes comme endroits opportuns pour la résolution en toute sécurité des questions plus complexes.

¹ Renvoi relatif à la rémunération des juges des Cours provinciales de l'Île-du-Prince-Édouard [1997] 3 R.C.S. 3 (dorénavant, l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales*).

² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 14.

³ *R. c. Valente* [1985] 2 R.C.S. 673 à la page 712, le juge LeDain.

⁴ *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, al. 2 b) et c).



- ⁵ Par exemple, voir la *Crown Counsel Act*, S.B.C. 1991, c. 10, art. 5 et 6, selon lesquels le procureur général ou le sous-procureur général peut donner des directives en matière de poursuites ou à l'égard d'une affaire en particulier au chef du service des poursuites, mais celles-ci doivent être données par écrit et publiées dans *La Gazette du Canada*.



Résumé de la Table ronde

Les documents préparés par la *Commission du droit du Canada* à l'intention des participant(e)s de la Table ronde ont indiqué qu'aucun compte rendu officiel de la réunion ne serait rédigé. À l'issue de celle-ci, plusieurs participant(e)s ont toutefois demandé à la *Commission du droit du Canada* de préparer un résumé des discussions de la journée afin de le distribuer aux personnes présentes et à ceux et celles qui s'intéressent aux questions abordées à la Table ronde.

C'est avec cette suggestion en tête que la *Commission du droit du Canada* a fait circuler un résumé peu après. Le présent document est une mise-à-jour de ce résumé. Il se veut ni un compte rendu de la Table ronde ni une collection des opinions exprimées par un(e) participant(e) en particulier. Il s'agit plutôt des observations formulées par les trois commissaires de la *Commission du droit du Canada* qui étaient présents à la Table ronde, rien de plus.

Participant(e)s

Environ 70 personnes provenant de divers groupes intéressés ont assisté à la Table ronde. Au nombre de ses participant(e)s se trouvaient quatre membres du Conseil canadien de la magistrature, la plupart des juges en chef des cours provinciales et territoriales du Canada, un certain nombre de représentant(e)s de la Conférence canadienne des juges, ainsi que plusieurs fonctionnaires et représentant(e)s provinciaux de l'Association canadienne des juges de cours provinciales. En outre, les sous-procureurs généraux ou leurs délégué(e)s de dix des treize administrations canadiennes, divers représentant(e)s des organismes centraux et d'organismes qui s'intéressent aux affaires judiciaires ainsi que des personnes qui sont préoccupées par la rémunération des juges ou qui possèdent des connaissances spécialisées dans ce domaine ont assisté à la Table ronde.

Trois commissaires de la *Commission du droit du Canada*, soit Roderick Macdonald, Nathalie Des Rosiers et Stephen Owen, c.r., et un membre du Comité consultatif de la Commission, Gerry Ferguson, ont présidé les quatre séances. MM. Macdonald et Owen, de concert avec cinq



experts invités, les professeur(e)s Elizabeth Edinger, Danielle Pinard et Richard Simeon ainsi que M^{me} Trudy Govier et M. Nicholas d'Ombrain, ont présenté des documents.

Sujets de discussion généraux

Une trentaine de participant(e)s ont pris la parole pendant la journée, y compris des juges en chef, d'autres membres de la magistrature, des sous-procureurs généraux, des fonctionnaires des organismes centraux et des représentant(e)s d'autres organismes. Bien que la journée a été structurée autour de quatre thèmes, la discussion ne s'y est pas limitée. Chaque séance a touché à tous les thèmes identifiés au programme provisoire.

Les remarques formulées étaient de trois types. Elles ont porté sur : (1) le passé, (2) le présent et (3) l'avenir.

Un certain nombre de participant(e)s ont exposé leur point de vue sur l'origine du litige en question et l'utilité de la Table ronde pour faciliter la discussion sur les nouvelles exigences constitutionnelles découlant de la décision rendue par la Cour suprême du Canada. Ces discussions ont permis aux personnes (membres de la magistrature ou de l'appareil exécutif) directement visées par le processus de détermination du salaire d'exprimer leurs préoccupations.

Quelques participant(e)s ont envisagé la Table ronde d'un autre angle. Ils et elles ont soulevé des questions sur l'état actuel des procédures dans les diverses provinces et territoires et sur les mesures qui étaient prises pour répondre à l'arrêt de la Cour suprême. Ces interventions avaient pour objectif principal de faciliter l'échange d'information sur les diverses possibilités d'établissement de Commissions de rémunération.

D'autres ont cherché à engager des discussions sur le genre de relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif qui résulteront du jugement. Ils et elles ont parlé des exigences relatives à l'indépendance de la magistrature et du contexte dans lequel des relations de travail productives et efficaces peuvent être établies de façon à garantir la confiance du public dans l'indépendance du processus judiciaire.

Comme on aurait pu le prévoir lors d'une discussion sur les questions à portée financière, un certain nombre de commentaires détaillés



portaient exclusivement sur l'incidence de ce jugement sur la rémunération des juges. Les questions de rétroactivité, de contributions aux pensions de retraite et des bénéfices marginaux ont suscité plusieurs interventions.

D'autres juges ont été, cependant, plus intéressé(e)s par les questions d'ordre procédurale. Ils et elles ont émis des réserves sur les processus existants ou sur les réponses aux processus antérieurs de détermination du salaire des juges.

Les discussions ont clairement fait ressortir l'insatisfaction qu'éprouvent un grand nombre de juges au regard de la situation actuelle dans leur rapport avec l'exécutif. Selon la plupart des participant(e)s, néanmoins, la décision de la Cour suprême accorde aux parties concernées l'occasion de revoir les relations existantes et de les rééquilibrer.

Commissions sur la rémunération

De l'avis général, la question de la rémunération des juges est devenue si difficile que la création de Commissions sur la rémunération, telle qu'elle a été envisagée dans le jugement de la Cour suprême, constituerait le seul moyen d'aborder efficacement cette question. Divers points de vue ont été, toutefois, exprimés quant à la sagesse de la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

D'aucun(e)s ont été troublé(e)s par le fait que la Cour suprême ait inventé de nouvelles exigences et leur ait donné un caractère constitutionnel obligatoire. Certain(e)s ont fait remarquer que l'exigence selon laquelle le pouvoir exécutif devait justifier son refus de suivre, le cas échéant, les recommandations de la Commission sur la rémunération aiderait à améliorer les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire parce qu'il rendrait le processus plus transparent. D'autres se sont interrogé(e)s sur l'incidence qu'aura cette exigence sur le processus parlementaire. Certain(e)s juges ont été étonné(e)s d'apprendre que la décision de la Cour suprême suscitait autant de controverses auprès des érudit(e)s et des médias.

La plupart des participant(e)s ont toutefois indiqué que le renvoi de la question litigieuse relative à la rémunération des juges à un processus



distinct améliorerait considérablement les relations entre le pouvoir exécutif et la magistrature en ce sens qu'il leur permettrait de concentrer leurs efforts sur d'autres questions, tout aussi importantes, liées à l'organisation judiciaire.

Divers avis ont été exprimés sur la gamme des questions qui pourraient ou devraient être renvoyées à la Commission sur la rémunération, telle qu'elle a été définie dans la décision de la Cour suprême. Un bon nombre ont souligné qu'il existe un nombre minimal de questions que les Commissions devraient régler, mais aussi que les Commissions pourraient élargir leur mandat de façon à traiter d'autres genres de questions.

D'autres participant(e)s ont adopté un point de vue contraire. Ils et elles ne pouvaient pas, bien entendu, préciser avec certitude quelles étaient les questions qui devraient être tranchées par les Commissions sur la rémunération et dont on ne devrait pas discuter dans un autre contexte. Plusieurs ont constaté, en effet, que si l'on faisait une interprétation large de la décision de la Cour suprême, même la Table ronde pourrait être jugée comme une réunion inconstitutionnelle entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Les avis sur le mandat des Commissions sur la rémunération, telles que proposées dans la décision de la Cour suprême, ont été de trois ordres :

- (1) Certain(e)s croient que le jugement ne devrait viser que les questions directement liées à la rémunération et aux avantages sociaux;
- (2) D'autres estiment que le modèle permet de régler un large éventail de questions touchant les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, notamment le personnel de soutien, les clerks, les ordinateurs et les espaces de stationnement;
- (3) D'aucun(e)s ont toutefois fait remarquer que ces dernières questions ont toujours été du ressort des juges en chef et que s'il appartenait à la Commission de trancher en la matière, cela aurait pour effet de miner la relation entre les juges en chef et l'appareil exécutif et nuirait donc à la capacité des juges en chef d'administrer leurs tribunaux.



Un certain nombre d'observations ont été faites sur le fonctionnement des Commissions sur la rémunération. Les membres de la magistrature, les fonctionnaires gouvernementaux et les expert(e)s invité(e)s au tour de table ont exprimé des opinions très variées. Les commentaires sur la nature et le rôle des Commissions sur la rémunération ont été exprimés dans le cadre de questions comme celles qui suivent :

- (1) Les Commissions sur la rémunération doivent-elles fonctionner comme un groupe d'arbitrage du travail ou doivent-elles compter un plus grand nombre de représentant(e)s du public?
- (2) Dans le cadre de l'établissement de la structure de ces organismes, les gouvernements devraient-ils énoncer que les avis de ceux-ci ne sont que des recommandations ou devraient-ils les autoriser à formuler des recommandations exécutoires en cas de conflit de travail (cette dernière possibilité ne faisant pas, bien entendu, partie du cadre énoncé dans l'arrêt)?
- (3) La Commission devrait-elle avoir uniquement pour fonction de fixer le salaire et les avantages sociaux des juges ou devrait-elle également avoir le pouvoir d'examiner des questions comme celles de savoir si les juges doivent recevoir un salaire fixe, rajusté selon les années de service ou rajusté annuellement selon certains principes liés au mérite?
- (4) Les Commissions sur la rémunération devraient-elles être tenues d'agir à titre de fiduciaire en vue d'équilibrer certains des intérêts différents en ce qui a trait à la rémunération (salaire et pension de retraite, par exemple) qui peuvent avoir une incidence différente sur diverses catégories de postes au sein de la magistrature et sur la capacité du gouvernement d'attirer des postulants à des fonctions judiciaires provenant de certaines catégories de la profession?



Relations continues entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire

La plupart des participant(e)s estimaient que les relations actuelles entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif étaient tendues. Plusieurs personnes ont toutefois attribué cet état de fait à un manque de communication, non pas entre les sous-procureurs généraux et la magistrature, mais entre des organismes centraux comme le Conseil du Trésor et la magistrature. Certain(e)s ont fait remarquer que les relations entre les tribunaux et les sous-procureurs généraux étaient, dans leur province ou territoire, saines et productives. Tous les participant(e)s n'étaient cependant pas d'accord avec cette affirmation.

Quant à la relation avec les organismes centraux, on a indiqué non seulement que les fonctionnaires de ces organismes ne comprenaient pas l'importance du rôle que joue la magistrature dans un système parlementaire, mais encore que certains députés étaient dans le noir le plus complet. Plus particulièrement, les participant(e)s ont signalé que le grand public n'était pas bien informé de la différence entre l'indépendance et l'impartialité dans ces cas individuels et le besoin d'indépendance et d'impartialité de la magistrature à titre de question institutionnelle.

Certain(e)s ont fait remarquer que le Procureur général et d'autres personnes qui s'intéressent aux questions judiciaires avaient l'obligation de protéger la magistrature contre les attaques de ceux qui attribueraient aux juges une perspective intéressée à ce sujet. Par ailleurs, les participant(e)s ont laissé croire qu'il valait mieux sensibiliser la population au rôle de la magistrature et à l'importance de l'indépendance judiciaire.

D'autres ont toutefois indiqué que la communication est un processus bidirectionnel. Ils ou elles se sont demandé si la magistrature comprenait bien les contraintes avec lesquelles les organismes centraux ont dû composer pendant les périodes marquées par des déficits budgétaires croissants. En guise d'illustration, on a fait des comparaisons avec la rémunération des sous-ministres et des officiers nommés par le Gouverneur en conseil.



Observations finales

De l'avis général, les participant(e)s ont accepté le besoin de créer une quelconque Commission de rémunération. Plusieurs croyaient, néanmoins, que le modèle des Commissions envisagées par la Cour suprême n'était pas idéal. Un bon nombre de juges ont rappelé que même dans les provinces et territoires qui ont établi des Commissions de rémunération, l'attitude des gouvernements envers leurs recommandations a été, récemment, indigne.

De plus, personne n'était d'avis qu'un processus devant une Commission pourrait être considéré comme une panacée susceptible de régler tous les aspects des relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. En particulier, un certain nombre d'autres questions relevant de la compétence des juges en chef devraient être réglées. Plusieurs membres de la magistrature considéraient, toutefois, que le modèle pourrait être adapté pour régler une gamme de questions financières ayant trait au rapport entre l'exécutif et le judiciaire—notamment en ce qui concerne le personnel de soutien, les clercs, les ordinateurs et le stationnement.

Les participant(e)s se sont entendu(e)s pour dire qu'il fallait bâtir une relation de confiance entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif et que des conflits incessants étaient nuisibles. Ceux-ci risquaient de faire de la question de la rémunération des juges un point de ralliement pour ceux qui veulent réduire les budgets et de nuire aux bonnes relations entre les tribunaux et l'appareil exécutif.

Vers la fin du tour de table, quelques juges ont signalé que la tenue d'autres réunions entre les membres de la magistrature, les représentant(e)s du Conseil canadien de la magistrature, les sous-procureurs généraux et les organismes centraux pourrait se révéler utile. Certain(e)s ont mentionné que d'autres processus (peut-être même de dimension nationale) pourraient être envisagés. D'autres étaient de l'opinion qu'une Table de discussion pour les juges des cours provinciales et territoriales serait préférable. Cette idée n'a pas été relevée par d'autres participant(e)s, et on a jugé que les étapes suivantes ne devraient pas avoir lieu dans un cadre général, mais que l'initiative devrait plutôt incomber aux parties en cause dans chaque province ou territoire.



La plupart des participant(e)s ont conclu que, quoi qu'ils ou elles pensent de la décision de la Cour suprême, celle-ci a au moins donné à la magistrature et à l'organe exécutif l'occasion de renvoyer la question de la rémunération à un autre groupe et de s'intéresser à d'autres questions touchant le processus judiciaire du Canada. Plusieurs de ces questions, les représentant(e)s de la Commission du droit du Canada ont remarqué à la fin de la Table ronde, figurent déjà parmi celles que la Commission espère examiner dans le cadre de son thème de recherche —les rapports de gouvernance.



Annexe I : Notes biographiques des auteur(e)s et président(e)s de séance

Nathalie Des Rosiers | M^{me} Des Rosiers est professeure et vice-présidente de la Commission du droit du Canada. Depuis 1987, elle est professeure de droit à l'Université de Western Ontario. Ses intérêts en matière de recherche et d'enseignement sont le droit constitutionnel, le droit de l'environnement, le droit de la responsabilité délictuelle ainsi que le droit et les questions sociales.

M^{me} Des Rosiers est membre active de l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario et présidente sortante de la Canadian Law Teachers Association. Elle est membre de la Commission d'appel de l'environnement de l'Ontario. De 1993 à 1996, elle a été membre de la Commission de réforme du droit de l'Ontario.

M^{me} Des Rosiers a obtenu un baccalauréat en droit de l'Université de Montréal en 1981 et une maîtrise en droit de l'Université Harvard en 1984. Elle est devenue membre du Barreau du Québec en 1982 et du barreau de Haut-Canada en 1987.

Nicholas d'Ombrain | Spécialiste du système utilisé au Parlement et au Cabinet et conseiller auprès des gouvernements en matière d'organisation et de gestion, M. d'Ombrain possède 28 ans d'expérience comme conseiller auprès des gouvernements. Il a été fonctionnaire pendant 25 ans, dont quatre ans au niveau de sous-ministre et neuf ans comme sous-ministre adjoint. Ses longs états de services au coeur du gouvernement canadien lui ont permis de prodiguer des conseils sur les moyens pratiques de bâtir et de refondre des institutions publiques démocratiques et responsables qui créent un gouvernement ordonné tout en maintenant des normes élevées de gestion publique.

Elizabeth Edinger | M^{me} Edinger est professeure et vice-doyenne de la Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique. Elle a obtenu un baccalauréat-ès-arts (B.A.) et en droit (LL.B.) de l'Université de la Colombie-Britannique en 1964 et 1967. Elle a aussi obtenu un diplôme en droit (B.C.L.) de l'Université Oxford en 1977. Elle a été membre du comité de rémunération des juges de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique en 1993. Elle enseigne dans les domaines du droit constitutionnel, du droit international privé et des recours des créanciers.



Gerry Ferguson | M. Ferguson est membre du Conseil consultatif de la Commission du droit du Canada. Il est professeur de droit à l'Université de Victoria et siège au Comité de direction du Centre international pour la réforme du droit criminel et des politiques de justice criminelle (Programme de prévention du crime des Nations-Unies). Il est aussi membre de la Société internationale pour la réforme du droit criminel. Il a agi comme consultant auprès de la Commission de réforme du droit du Canada et du ministère de la Justice en matière de droit criminel et de détermination de la peine.

Trudy Govier | M^{me} Govier a obtenu un doctorat en philosophie de l'Université de Waterloo (1971). Pendant des années, elle a été professeure agrégée au Département de philosophie de l'Université Trent à Peterborough en Ontario. Elle a également enseigné à l'Université d'Amsterdam, à l'Université Simon Fraser et à l'Université de Lethbridge.

M^{me} Govier a écrit six livres, parmi lesquels il y a un texte fort utilisé sur l'argumentation intitulé *A Practical Study of Argument* (Wadsworth; quatrième édition, 1997) et, tout récemment, *Social Trust and Human Communities* (McGill-Queen's University Press, 1997). Elle s'intéresse présentement à la politique de la paix et au règlement des conflits. Elle demeure habituellement à Calgary où elle est affiliée à l'Institute for the Humanities à l'Université de Calgary.

Roderick A. Macdonald | M. Macdonald est président de la Commission du droit du Canada. Depuis 1994, il est également titulaire de la Chaire « *F. R. Scott* » de droit public et de droit constitutionnel à l'Université McGill, où il a été doyen de la faculté de droit de 1984 à 1989. Ses recherches et son enseignement portent principalement sur le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit civil, la philosophie et la sociologie du droit et le droit commercial.

M. Macdonald a été directeur du programme du barreau de l'Institut canadien des recherches avancées entre 1989 et 1994. Il a été président du groupe de travail sur l'accès à la justice du ministère de la Justice du Québec de 1989 à 1991. Il est devenu membre du barreau du Haut-Canada en 1977 et du Barreau du Québec en 1983. Il a été élu à la Société royale du Canada en 1996.

Stephen Owen, c.r. | M. Owen est professeur « *David and Dorothy Lam* » de droit et de politique publique de même que directeur de l'*Institute for Dispute Resolution* de l'Université de Victoria. Il a été sous-procureur général de la Colombie-Britannique de 1995 à 1997. Il a servi comme Commissaire et la commission sur les ressources et l'environnement (*Commission on Resources and the Environment*) de 1992 à 1995, comme ombudsman de 1986 à 1992 et comme directeur exécutif de la *Legal Services Society* de 1982 à 1986.



M. Owen a également été président de l'Institut international de l'Ombudsman de 1988 à 1992 et il a agi à titre de représentant juridique pour Amnistie Internationale dans le cadre de nombreuses affaires et enquêtes, notamment les assassinats des membres des services de sécurité dans l'ancienne Yougoslavie, l'apartheid en Afrique de Sud et l'enquête sur l'Armée républicaine irlandaise menée à Gibraltar.

M. Owen a obtenu son baccalauréat en droit de l'Université de la Colombie-Britannique en 1972, sa maîtrise en droit de l'université de Londres (Angleterre) en 1974 et sa maîtrise en administration des affaires (MBA) de l'Institut de management international, Université de Genève, en 1986.

Danielle Pinard | M^{me} Pinard est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal depuis 1987. Son enseignement et ses travaux de recherche portent surtout sur le droit constitutionnel et l'interprétation des lois. Elle a obtenu un baccalauréat spécialisé en service social (B.Sc.) de l'Université de Montréal en 1977, une maîtrise en service social (M.Sc.) de l'Université de Montréal en 1978 (M.Sc.), et un baccalauréat en droit (LL.B.) de l'Université de Montréal en 1983. Elle a ensuite obtenu une Maîtrise en droit (LL.M.) de l'Université de Londres, à la London School of Economics and Political Science en 1986.

Elle a publié plusieurs articles dont, plus récemment, « Le contexte factuel d'élaboration et d'application comme facteur d'interprétation de la norme juridique », dans Pierre-André Côté (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du Congrès international de méthodologie juridique, Éditions Yvon Blais, 1996, 171-183; « La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de la preuve », (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 87-148; « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 315-397; et « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs: quelques réserves », (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 497-513.

Richard Simeon | Richard Simeon a été professeur d'études canadiennes *William Lyon Mackenzie King* de l'Université Harvard en 1998, en congé de l'Université de Toronto où il est professeur de droit et de science politique. De 1988 à 1994, il a été vice-président de la Commission de réforme du droit de l'Ontario. Avant de se joindre à l'Université de Toronto, il a enseigné de nombreuses années à l'Université Queen's, où il a occupé les postes de directeur de l'Institut des relations intergouvernementales (1976-1982) et de l'École d'administration publique (1985-1990).

De 1983 à 1985, il a agi comme coordonnateur de la recherche (fédéralisme) pour la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de



développement du Canada. Il a également été conseiller du gouvernement de l'Ontario en matière constitutionnelle. Il a publié des ouvrages traitant de fédéralisme, de constitution et de politique publique au Canada; ses champs se sont récemment élargis pour inclure le volet comparatif de ces mêmes sujets ainsi que la question de la gouvernance.



Annexe II : Horaire de la Table ronde

- 8 h **Mot de bienvenue :** Roderick A. Macdonald,
Président, Commission du droit du Canada
George Thomson,
Sous-ministre de la Justice du Canada et
sous-procureur général du Canada
- 8 h 30 **Première séance :** **Qu'est-ce que le jugement pourrait signifier?
Histoire et contexte de la relation entre
l'exécutif et le judiciaire**
- Présidente : Professeure Nathalie Des Rosiers,
Vice-présidente, Commission du droit du Canada
- Conférencier : Roderick A. Macdonald,
Président, Commission du droit du Canada
- Thèmes :
- la relation entre l'exécutif et le judiciaire
 - la pertinence de structures et de processus en vue d'établir une relation appropriée
 - politiciser ou constitutionnaliser la relation : sont-ils les seuls choix possibles?
 - qu'est-ce qui suscite la confiance du public en ce qui concerne l'administration de la justice?
- 10 h **Pause santé**
- 10 h 30 **Deuxième séance :** **Quelle est la portée réelle du jugement?
Qu'est-ce qui semble désormais requis au
plan constitutionnel?**
- Président : Professeur Stephen Owen,
Commissaire, Commission du droit du Canada
- Conférencières : Vice-doyenne Elizabeth Edinger,
Faculté de droit, Université de la Colombie-britannique
Professeure Danielle Pinard,
Faculté de droit, Université de Montréal
- Thèmes :
- que signifie le « processus par commission spéciale »?
 - jusqu'où va la « constitutionnalisation » du processus?



- quels poids faut-il accorder aux recommandations de la commission? les suites données à celles-ci par le gouvernement sont-elles sujettes au contrôle judiciaire?
- quels sens doit-on donner au concept selon lequel les juges et l'exécutif ou les législatures ne peuvent « négocier » les salaires des juges?

12 h **Déjeuner**

13 h 30 **Troisième séance : Quelles sont les options et les conséquences du jugement en regard des questions d'organisation judiciaire?**

Président : Professeur Gerry Ferguson,
Conseil consultatif, Commission du droit du Canada

Conférenciers : Professeur Richard Simeon,
Sciences politiques, Université de Toronto
Nicholas d'Ombrain,
Consultant, St. Joseph (Nouveau-Brunswick)

Thèmes :

- à quelles contraintes le processus est-il assujéti?
- quel est le lien entre les valeurs que l'on cherche à promouvoir et les instruments disponibles?
- qu'est-ce que ces contraintes ont à voir avec la compétence et la portée du mandat?
- quelles sont les conséquences à l'égard des nominations à un organisme, et du contrôle des décisions de celui-ci?

15 h **Pause santé**

15 h 30 **Quatrième séance : Qu'est-ce que l'avenir nous réserve? Établir les bases de la relation entre l'exécutif et le judiciaire**

Président : Roderick A. Macdonald,
Président, Commission du droit du Canada

Conférenciers : Trudy Govier,
Chercheure indépendante, Calgary (Alberta)
Professeur Stephen Owen,
Commissaire, Commission du droit du Canada

Thèmes :

- quelles conditions sociales permettent une action coordonnée efficace? comment peut-on



les entretenir par la relation entre l'exécutif et le judiciaire?

- coercition et consensus dans la prise des décisions; règles, rôles et relations; solutions de rechange au modèle contradictoire
- confiance aux niveaux privé et public; dynamique des relations responsables; agent, statut et responsabilité sociale

17 h **Clôture**



Annexe III : Bibliographie sommaire

- C. Baar, « Judicial Independence and Judicial Administration: the Case of Provincial Court Judges » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 114.
- C. Baar, « Judicial Independence and Judicial Administration in the *Tobiass Case* » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 48.
- G-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada* (Montréal: Wilson et Lafleur, 1990), c. IV.
- Richard Chernick et Steven S. Lucas, « The Need for Judicial Compensation Commissions » (1994) 78 *Judicature* 6.
- Jean Sébastien Clément, « Les modifications salariales des juges doivent être examinées par un comité indépendant » (Octobre 1997) 5 *La Presse Juridique* n° 18, p. 16.
- S.M. Corbett, « Reading the Preamble to the *British North America Act, 1867* » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 42.
- J. Deschênes, *Maîtres chez eux : une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux* (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1981)
- A. Dieng, « The Independence of the Judiciary and the Rule of Law » dans M.A. Rishmawi, éd., *CJIL Yearbook: The Judiciary in Transition* (Genève, Centre pour l'indépendance des juges et des avocats, 1994)
- M.L. Friedland, « *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* » (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995)
- Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 1998) c.7
- Sir W. S. Holdsworth, « His Majesty's Judges » (1932) 173 *Law Times* 336.
- W. Lederman, « The Independence of the Judiciary » (1956) 34 *Revue du barreau canadien* 769, 1139.
- R.A. Macdonald et A. Lajoie, « Auctioneers, Fence-Viewers, Popes — and Judges » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 95.
- Y-M. Morissette et J. Leclair, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie coinstitutionnelle de complaisance » (1998) 36 *Osgoode Hall Law Journal* 485.



- W.H. McConnell, « The Sacrifice of Judicial Independence in Saskatchewan : the Case of Mr. Mitchell and the Provincial Court » (1994) 58 *Saskatchewan Law Review* 63.
- P. McCormick, « Judicial Councils for Provincial Judges in Canada » (1986) 6 *Recueil annuel d'accès à la justice de Windsor* 160.
- P. McCormick, « Twelve Paradoxes of Judicial Discipline » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 105.
- P. McCormick et I. Greene, *Judges and Judging : Inside the Canadian Judicial System* (Toronto : J. Lorimer, 1990).
- René Pépin, « Droit constitutionnel — indépendance du pouvoir judiciaire — salaires des juges — jusqu'où va la souveraineté du parlement? » (1982) 60 *Revue du barreau canadien* 699.
- W.N. Renke, *Invoking Independence : Judicial Independence as a No-Cut Wage Guarantee* (Edmonton, Center for Constitutional Studies, University of Alberta, 1994)
- W.N. Renke, « The Independence and Impartiality of Provincial Court Judges : Rapporteurs' Report » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 121.
- Robert G. Richards, « Provincial Court Judges Decision – Case Comment » (1998) 61 *Saskatchewan Law Review* 575.
- Mona Rishmawi, « The Independence of the Judiciary : Concepts and Challenges » dans *Human Rights in the 21st Century : Prospects, Institutions and Processes* (Montréal, Éditions Thémis, 1997), 51.
- P.H. Russell, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987).
- D.A. Schmeiser et W.H. McConnell, *L'indépendance des juges des cours provinciales : un gage commun* (Association canadienne des juges de cours provinciales, 1996).
- G.T. Seniuk, « Judicial Independence and the Supreme Court of Canada » (1998) 77 *Revue du barreau canadien* 381.
- Shimon Shetreet, *Judges on Trial : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (New York : North-Holland Publishing, 1976).
- Shimon Shetreet, « Judicial Independence : New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges » dans S. Shetreet et J. Deschênes, éd., *Judicial Independence : The Contemporary Debate* (Pays-Bas : Martinus Nyhoff Publishers, 1985) 590.



- R. Stevens, *The Independence of the Judiciary : The View from the Lord Chancellor's Office* (Oxford, Oxford University Press, 1993)
- Jacob S. Ziegel, « The Supreme Court Radicalizes Judicial Compensation » (1998),
9 *Forum constitutionnel* 31.
- Rapport du comité sur l'indépendance de la magistrature au Canada de l'Association du
barreau canadien* (Ottawa, Fondation du barreau canadien, 1985).
- Commission of Inquiry Re: Salaries of Provincial Court Judges Province of P.E.I.*
(MacLaughlan Report) (1987).
- Report on the Independence of Provincial Judges* (Winnipeg, Manitoba Law Reform
Commission, 1989) Rapport n°72.
- Report of the Saskatchewan Commission on Judges' Salaries and Benefits* (D.A.
Schmeiser, Chairman) (Saskatoon, The Commission, 1991).
- Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages
des juges* (Commission Crawford) (Ottawa, Ministère de la justice, 1993).
- Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages
des juges* (Commission Scott) (Ottawa, Ministère de la Justice, 1996).