

L'indépendance judiciaire et le processus de nomination des juges

Michel BASTARACHE*

On m'a demandé de parler aujourd'hui du processus de nomination des juges suite à l'étude de cette question dans le contexte de la Commission sur la nomination des juges au Québec que j'ai présidée il y a près de deux ans.

Je voudrais aborder cette question en examinant de façon particulière la notion d'impartialité, première condition de l'indépendance judiciaire. La Cour suprême du Canada a défini l'impartialité comme répondant au besoin d'adjuger sans contrainte et en l'absence de tout favoritisme. Elle fait aussi valoir que l'impartialité doit non seulement être réelle mais perçue comme telle.

Comme on le sait tous, il y a différentes façon d'aborder cette question. Je voulais comme commissaire obtenir des analyses variées; j'ai par conséquent demandé à quatre témoins experts de préparer des avis : un professeur de droit constitutionnel, un éthicien, un expert de la philosophie du droit, et un politicologue. J'ai aussi invité le public à participer; 19 personnes et institutions ont été entendues relativement au 2^e volet des travaux. Je voulais en effet adopter une approche pluridisciplinaire parce que le principe de l'indépendance judiciaire a bel et bien un fondement juridique, un fondement éthique et un fondement politique. En fait je voulais identifier les valeurs qui doivent sous-tendre le régime et faire porter la réflexion sur la meilleure façon de concrétiser celles-ci. Ceci s'ajoutait à l'enseignement des expériences étrangères. On a aussi fait l'analyse de la littérature scientifique, mais elle traitait surtout des cours suprêmes et abordait peu les dimensions éthiques et politiques.

* L'honorable, Heenan Blaikie, Ottawa (Ontario).

Les rapports d'experts et contributions d'institutions ont servi de base à des tables rondes assez informelles. En gros les rapports étaient complémentaires; la professeure de droit constitutionnel a concentré son travail sur la discrétion ministérielle; le politicologue a examiné les expériences étrangères et les divers régimes en vigueur au Canada. Il examine les objectifs implicites des réformes et décrit l'évolution dans ce domaine. Il insiste sur la nécessité de transparence et le contrôle de la discrétion ministérielle. Le philosophe s'est intéressé à la composition des comités de sélection et à la dimension humaine de la représentation judiciaire. Il a beaucoup parlé de la notion du 'meilleur candidat'. Tous ont parlé des considérations politiques acceptables et non acceptables. La dimension éthique a été abordée par un autre expert, avec un apport concernant la notion de la démocratie. On a questionné le fait de se fier au sens moral des personnes et suggéré qu'il faut un encadrement assez serré, et des moyens d'assurer l'imputabilité.

À mon avis, il y a un lien logique et évident entre les conditions d'indépendance judiciaire et le processus de nomination des juges. Si une nomination n'est pas fondée sur le mérite ou perçue comme n'étant pas fondée sur le mérite, le juge qui est nommé sera perçu comme étant illégitime; la perception du public sera que le juge est redevable à celui qui l'a nommé, ou à celui ou celle qui a vu à ce qu'il ou elle soit nommé.

Le processus de nomination des juges est donc directement relié à l'indépendance judiciaire. La question qui se pose dès lors est de savoir s'il y a un processus en particulier ou certains éléments essentiels à tout processus dont on doit tenir compte pour satisfaire à la norme, soit de prévenir toute perception que la nomination n'est pas fondée exclusivement sur le mérite et d'autres facteurs pertinents comme la représentation équitable des femmes et des membres des minorités ethniques.

La notion de mérite est assez floue en fait; elle doit s'apprécier en fonction du poste à combler et des circonstances environnantes, à mon avis. Le mérite dans le cas où l'on a besoin d'un criminaliste dans un district judiciaire particulier va avoir un contenu qui va exclure des avocats compétents pratiquant dans d'autres disciplines. Il se peut aussi que l'on cherche dans un district à trouver un équilibre entre les juges féminins et masculins, ou créer une représentation ethnique plus équilibrée, ou trouver un équilibre relativement à l'âge et l'expérience des juges. Il y a cependant manque de consensus quant à savoir si ces

dernières considérations doivent être l'affaire d'un comité de sélection ou du ministre.

En gros on peut dire qu'il y a trois modes de nomination. L'élection par le public, la structure bureaucratique, soit la sélection par un comité indépendant suivi d'une nomination ministérielle, et la simple nomination par le pouvoir exécutif, sans contrainte.

Dans le cas de l'élection on cherche à éliminer le rôle du pouvoir de l'exécutif pour respecter le partage des pouvoirs et créer une imputabilité directe. Dans le cas du processus bureaucratique on veut une contribution initiale de personnes indépendantes et qualifiées pour restreindre la discrétion ministérielle; il faut dans ce cas une assurance que le comité lui-même est indépendant du gouvernement et neutre, c'est-à-dire non-partisan et non-susceptible de favoriser une catégorie particulière de candidats. Certains ont dénoncé devant la commission le 'old boys club' des juristes chevronnés qui siègent sur les comités de sélection et dont on soupçonne qu'ils favorisent les candidats qui leurs ressemblent. Il faut aussi, pour la continuité et la constance, que les critères de mérite soient prédéterminés. Ce processus est en vigueur partout au Canada sous des formes diverses. Parfois le comité agréé un grand nombre de candidats sans faire de recommandation; parfois il limite la liste de candidats admissibles en limitant le choix du ministre à un nombre restreint de postulants; parfois il établit une liste avec priorité ou encore désigne un seul candidat pour ratification. Le choix de l'exécutif sans contrainte existe pour la nomination des juges de la Cour suprême du Canada.

Nos systèmes font une grande place au pouvoir exécutif parce que les comités de sélection ne font en général qu'exclure les candidats jugés non-compétents. Le mérite est une question d'appréciation, mais rares sont les systèmes où l'on tient compte du poste à combler à ce stade, ce qui à mon avis est un défaut. Les critères de mérite ne sont pas le plus souvent prédéterminés. Il y a peu de transparence pour garantir l'imputabilité. Au mieux on a plus d'objectivité et de garantie de probité au premier stade du processus. L'imputabilité du comité n'existe pas vu le manque de transparence. Le système ne garantit pas la représentativité au sein de la cour. La plupart des systèmes devraient à mon avis être améliorés.

Le problème des appartenances politiques n'a pas été résolu même si l'on affirme le plus souvent que c'est un facteur non pertinent. C'est que les dons politiques et les activités politiques restent suspects

pour les médias et pour le grand public. Heureusement il n'y a pas de débat important concernant les tendances idéologiques, quoique la nomination de nombreux procureurs de la couronne ait soulevé quelques craintes récemment. Le copinage peut aussi faire parler, notamment les contacts amicaux au sein du barreau ou d'autres réseaux influents. Le problème qui peut se poser dans ces cas est celui de la perception qu'il y a un facteur autre que le mérite qui entre en ligne de compte.

How is it possible to create a regime that is reliable and open enough to satisfy the necessity of public support?

First, there must be an appointment process for selection committees themselves that excludes executive intervention, provides for a large enough committee that it cannot be controlled, and that it can be fairly representative of the population to be served. It is better to have permanent committees from which special panels can be formed for different appointments because of the need for training and continuity and even application of merit factors. Participation on the committees should be of a majority of jurists. There is a real need for practical experience and immediate knowledge of the system to evaluate candidates.

Proceedings should be secret to preserve the confidentiality of applicants and the need to facilitate the applications of the best qualified candidates who usually hold positions of importance. However, the nature of proceedings, the number of applicants, the criteria applied, the reasons for favoring a particular candidate should be made public, as well as the names of committee members. The committees should publish reports of their proceedings and government responses without providing names. The executive should also publish its decisions by revealing the number of candidates considered, the criteria applied, the context-requirements of the judicial district, the type of judicial practice involved, whether recommendations were obtained and followed, and, if not, why a different appointment was justified.

Transparency is an essential feature to satisfy the need for public confidence and the integrity of the process. If equitable representation is an issue and this is a consideration to be assessed at the ministerial level, the executive report should give an explanation on its treatment. I personally think this is not an issue to be addressed by the selection committee but that the committee should itself be representative of the population to be served; this will indirectly cause the committee to concern itself with the need to have members of under-represented communities qualified in order to facilitate the ministerial choice that is

meant to establish equitable representation, thereby avoiding the minority's perception of exclusion. In my opinion, these matters are political rather than legal and accountability should therefore be that of the executive. This means, of course, that there are in fact legitimate political factors in the appointment process; this calls for institutional mechanisms to be adopted to give reality to the objective. Governments create the mechanisms, and that is appropriate, but they must be careful, open and transparent to avoid creating the perception that they are manipulating the system to ensure their control over appointments; flexibility is possible but the framework must be trusted.

The fundamental problem is the need for conciliation of discretion and legitimacy. The 'best' candidate is a notion that cannot be adequately defined. It depends on the context which is composed of many elements and on the values of those making a recommendation or decision. One reason for favoring permanent selection committees is that balancing applicable criteria must be consistent and possibly the same for the committees and the executive.

We favour ministerial discretion in Canada, but we should recognize that no discretion is absolute. The governing legislation should clearly define the legislative object and purpose, and set out the applicable principles. These should, in my view, comprise the following: no partisan considerations; recognition of the importance of the nature of the position to be the object of an appointment; equitable evaluation of candidates—no favouring of a model practice or experience; needs of the judicial district; diversity—minority communities within the population must not feel excluded or marginalized.

A fair process is still hard to define because there is not a true consensus on its configuration. For instance, is it appropriate for the minister to make additional consultations on his own after receiving the report of the selection committee? Is it appropriate to consult other ministers or party representatives? Is it appropriate to receive letters of recommendation or advice from outsiders? I think it is something that cannot be avoided in practice and that the best control is the establishment of a rule providing that the minister give in his report a list of all those who made representations or who were consulted. The motives of the ministerial appointment must be clear and public; they will not be trusted if there is not sufficient transparency.

As mentioned at the beginning of my short exposé, I think there is a real link between judicial independence and the judicial appointment

process because of the place of the judiciary in our democracy. After all, democracy is impossible in the absence of the rule of law. When the executive makes a judicial appointment, there is of necessity an issue regarding the separation of powers. It must be addressed in terms of political accountability; it is a question of equilibrium and institutional organization.