

L'INDÉPENDANCE INSTITUTIONNELLE DU POUVOIR JUDICIAIRE : LÉGITIMITÉ ET PARTICIPATION AU DÉBAT PUBLIC

Karim Benyekhlef

Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en 1982, la jurisprudence a eu l'occasion de définir les composantes du principe de l'indépendance judiciaire. L'alinéa 11d) de la Charte canadienne aura agi comme un catalyseur. En effet, l'alinéa 11d) ne constitue qu'une source, parmi d'autres, de l'indépendance judiciaire¹. Pourtant, cette disposition constitutionnelle aura eu le mérite de sortir le thème de l'indépendance judiciaire des cercles éthérés de discussion pour en faire un sujet de préoccupation pratique. La Cour suprême du Canada s'est employée à énumérer et expliciter les éléments constitutifs de l'indépendance judiciaire. Dans le cadre de cette tâche, elle a cerné les composantes de l'indépendance institutionnelle. Dans une première partie, nous examinerons ces composantes de même que le concept nouveau de partialité institutionnelle. Rappelons que l'alinéa 11d) de la Charte garantit à chaque inculpé le droit à un procès public et équitable devant un tribunal indépendant et impartial.

Dans une seconde partie, il convient de dépasser le cadre strictement juridique afin de se pencher sur les conséquences socio-politiques de l'indépendance institutionnelle des tribunaux judiciaires. En effet, l'expression «indépendance institutionnelle» ne saurait recevoir une seule acception, soit celle dégagée par la Cour suprême dans son exercice de détermination et d'explicitation des composantes de l'indépendance judiciaire. L'indépendance institutionnelle suppose, outre les questions afférentes à l'indépendance administrative sur lesquelles nous reviendrons en première partie, que le pouvoir judiciaire exerce pleinement le rôle démocratique que lui a confié le constituant dans la Charte

¹Professeur de droit, Université de Montréal.

¹Lire R. c. *Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56 [ci-après *Beauregard* avec renvois aux R.C.S.]. Le juge Dickson identifie ces autres sources aux pages 72-73: «Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit que le Canada doit avoir une constitution «reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Étant donné que l'indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été transféré au Canada par le texte constitutionnel du préambule. En outre, en vertu de l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux qui existaient déjà dans les provinces qui se fédéraient ont continué d'exister dans le nouveau Dominion. Les traditions fondamentales de ces tribunaux, y compris l'indépendance judiciaire, ont également été maintenues. De plus, les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives aux juges, particulièrement les art. 96, 99 et 100, appuient le pouvoir et l'indépendance judiciaire, du moins au niveau des cours supérieures, de district et de comté ... En résumé, l'histoire de la Constitution du Canada et le droit constitutionnel canadien actuel établissent clairement les racines profondes, la vitalité et le caractère vibrant contemporains du principe de l'indépendance judiciaire au Canada.»

canadienne. Cela signifie notamment que le pouvoir judiciaire ne doit entretenir aucun doute quant à la légitimité de son action constitutionnelle. En raison de l'importance du nouveau rôle confié aux tribunaux par l'avènement de la Charte canadienne en 1982, ces derniers sont de plus en plus souvent l'objet d'une attention scrupuleuse de la part des médias et du public. Afin d'assurer l'indépendance de l'institution judiciaire, il convient alors de reconnaître aux juges et à l'institution elle-même une plus grande liberté d'expression. Cette liberté d'expression apparaît nécessaire afin de permettre aux tribunaux d'expliquer et, parfois, de justifier la portée et les conséquences socio-politiques de leurs décisions.

1. LES GARANTIES INSTITUTIONNELLES DU POUVOIR JUDICIAIRE

Il convient d'abord d'examiner les composantes de l'indépendance institutionnelle telles qu'elles ont été identifiées par la Cour suprême du Canada. Ensuite, nous nous pencherons sur le concept de partialité institutionnelle.

1.1 L'indépendance institutionnelle

Le juge Dickson, dans l'arrêt *Beauregard*, nous invite à distinguer entre l'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle. Il circonscrit ainsi la portée de l'indépendance institutionnelle :

La raison d'être de cette conception moderne à deux volets de l'indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s'agit évidemment là d'un rôle. C'est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées – la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importants. En d'autres termes, l'indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges dans les affaires individuelles. Il constitue également l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques.²

Il est juste de considérer le pouvoir judiciaire comme une institution chargée de défendre les valeurs constitutionnelles d'une société. En démocratie, il nous semble que ce rôle institutionnel, dans l'ordonnancement étatique, ne souffre aucune contestation. Cependant, il faut éviter de céder à une catégorisation hâtive qui a le défaut de la facticité. Ce rôle institutionnel fondamental ne peut être joué si le pouvoir judiciaire ne bénéficie pas d'une indépendance adjudicative. C'est pour cette raison que les notions d'indépendance individuelle et institutionnelle sont interdépendantes. La reconnaissance de ces deux notions ne doit pas mener

²*Ibid.* à la p. 70.

à la création de deux définitions du principe de l'indépendance judiciaire.³ La distinction a alors un objet pédagogique. Elle facilite l'identification des composantes de l'indépendance judiciaire.

Quelles sont ces composantes? Quant à l'indépendance individuelle, nous avons identifié les points suivants : la nomination et l'inamovibilité, les questions financières, l'impartialité, l'immunité judiciaire et l'indépendance intra-judiciaire.⁴ Pour ce qui est de l'indépendance institutionnelle, on peut énumérer l'indépendance administrative, le principe de la séparation des pouvoirs, la révocation⁵ et la non-pertinence du statut du tribunal.⁶

La Cour suprême, dans l'arrêt *Valente*, précise le cadre normatif de l'indépendance judiciaire :

La norme de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'a.11d) ... doit nécessairement être une norme qui reflète ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada ou ce qui est au centre de ces conceptions.⁷

Comme l'affirme le professeur Pépin, «le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire donne naissance à un certain nombre de conditions, sans lesquelles il n'est pas d'indépendance digne de ce nom».⁸ Ces conditions, ou composantes, isolées par la Cour suprême, sont minimales et essentielles. Elles sont également dites *objectives*. Quelles sont-elles? La Cour suprême, dans *Valente*, évoque l'inamovibilité, les questions financières et l'indépendance

³Le juge Le Dain écrit dans *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673 à la p.687 [ci-après *Valente* avec renvois aux R.C.S.]: «Le rapport entre ces deux aspects de l'indépendance judiciaire est qu'un juge, pris individuellement, peut jouir des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire, mais si la Cour ou le tribunal qu'il préside n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction, on ne peut pas dire qu'il constitue un tribunal indépendant».

⁴K. Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988 aux pp. 48-99.

⁵La révocation peut sembler s'intégrer plus aisément dans la notion d'indépendance individuelle au même titre que l'inamovibilité. Pourtant, nous estimons que la question de la révocation dépasse l'aspect simplement individuel de l'indépendance et s'inscrit dans une perspective résolument institutionnelle, puisqu'il s'agit, somme toute, de l'ultime «châtiment» dont dispose un des pouvoirs du gouvernement pour sanctionner un autre pouvoir. Nous nous trouvons donc en présence d'un rapport conflictuel entre deux corps d'État qui se caractérise par sa portée institutionnelle.

⁶Cette composante signifie simplement que les garanties inhérentes à l'indépendance judiciaire, telles qu'identifiées par le juge Le Dain dans l'affaire *Valente*, *supra* note 3, sont applicables quel que soit le niveau judiciaire du tribunal concerné. Sur ces composantes, lire *Les garanties constitutionnelles*, *supra* note 4 à la p. 134.

⁷*Valente*, *supra* note 3, à la p.694.

⁸Gilles Pépin, «La jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire au Canada depuis l'arrêt *Valente*» [1995] 55 R. du B. 313 à la p. 330.

institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives. L'interprète peut donc évaluer les garanties constitutionnelles d'indépendance d'un tribunal en se référant à ces trois conditions essentielles objectives. Le texte législatif créant le tribunal doit donc comprendre, en principe, ces trois conditions. Mais, au surplus, le tribunal, dont le statut est sous étude, doit être raisonnablement perçu comme indépendant. Le juge Le Dain, dans *Valente*, affirme au sujet du critère de l'indépendance judiciaire :

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la Charte soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice ... Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère d'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.⁹

La perception ne se limite alors pas à un simple examen de la personne du décideur – indépendance et impartialité de celui-ci – mais doit comporter une étude des dispositions inhérentes à la structure du tribunal afin de confronter celles-ci aux conditions essentielles objectives. On conviendra qu'il s'agit là d'un critère alambiqué. En effet, la "personne raisonnable" n'est qu'un leurre. Comment un tribunal peut-il être perçu comme indépendant si sa loi constitutive ne reconnaît pas, par exemple, l'inamovibilité? Il s'agit, dans ce dernier cas, d'une condition objective. D'une condition indiscutable. D'une condition qui ne saurait se satisfaire d'une simple perception. Ce défaut du critère développé par la Cour suprême n'a pas échappé au professeur Pépin :

Il revient donc à une personne fictive de "décider", après avoir analysé la preuve, si les membres de la cour dont l'indépendance fait problème peuvent être raisonnablement perçus comme indépendants ou dépendants, c'est-à-dire comme jouissant ou ne jouissant pas des conditions objectives essentielles, individuelles et collectives, de l'indépendance judiciaire. Le juge saisi du litige fait ensuite écho ... à cette "décision" de la personne fictive. Cela donne une allure démocratique au débat, l'indépendance judiciaire ayant d'ailleurs pour but de rassurer les justiciables. Mais, comme l'a signalé le professeur Garant, cette intervention de l'hypothétique personne sensée est la source d'un sérieux malaise. En effet, il ne s'agit pas d'apprécier si une certaine situation de fait peut raisonnablement être perçue comme donnant naissance à une appréhension raisonnable de partialité; il

⁹*Valente*, supra note 3 à la p. 689.

faut plutôt décider si des juges sont ou ne sont pas assujettis aux normes objectives, essentielles et constitutionnelles de l'indépendance judiciaire. Comment cette décision peut-elle dépendre de la perception d'une tierce personne raisonnable? Comment concilier cet appel à la perception d'une personne raisonnable avec la proposition claire de la Cour suprême voulant que le "statut" de la magistrature "doit garantir" que le juge échappe à toute ingérence d'autrui?¹⁰

Il ne serait pas inutile, pour la Cour suprême, de préciser, dans l'avenir, ce qu'elle entend exactement par ce mélange, plutôt inusité, entre des conditions dites essentielles et objectives d'une part et, d'autre part, la perception que peut entretenir une personne raisonnable. On peut se demander, à l'instar du professeur Pépin, si cette personne raisonnable ne constitue pas une façade derrière laquelle se retrouve tout simplement le juge.

Abordons maintenant, plus directement, l'une de ces conditions essentielles objectives, à savoir l'indépendance administrative. Bien que le juge Le Dain ait affirmé, dans *Valente*, que l'indépendance institutionnelle "du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires"¹¹ soit une condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'article 11d) de la Charte canadienne, il précise néanmoins : "Si la plus grande autonomie ou indépendance administrative qu'il est recommandé d'accorder aux tribunaux, ou une partie de celle-ci, peut se révéler hautement souhaitable, elle ne saurait, à mon avis, être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11d) de la Charte".¹² Autrement dit, les tribunaux ne peuvent aspirer, pour le moment du moins, à une autonomie administrative complète, à l'image de ce que connaît la Cour suprême des États-Unis.¹³ Ainsi, les tribunaux ne sauraient exiger, au nom de l'indépendance judiciaire, de pouvoir contrôler tous les aspects administratifs liés à la décharge de leurs fonctions. On pense ici à la gestion des ressources humaines¹⁴ (secrétaires, greffiers etc.) et à la gestion matérielle et patrimoniale¹⁵ (immeubles, bibliothèques, ordinateurs etc.). Cette autonomie administrative, envisagée notamment par le juge Deschênes dans son

¹⁰Pépin, *supra* note 8, p.337. Sur ce point, lire également *Les garanties constitutionnelles*, *supra* note 4, aux pp. 141-147.

¹¹*Valente*, *supra* note 3 à la p. 708.

¹²*Ibid.* à la p. 711-712.

¹³R.B. McKay et J.M. Parkinson, «United States of America», dans S. Shetreet et J. Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 358.

¹⁴Cette question apparaît souvent comme une pomme de discorde entre le judiciaire et l'exécutif, lire, entre autres: *Shatilla c. Shatilla*, [1982] C.A. 511; *Gold c. Québec*, [1986] R.J.Q. 2924 (C.S.); *Poirier c. Québec (P.G.)*, [1994] R.J.Q. 2299 (C.S.) et *Pellerin c. Québec (ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 912 (C.S.).

¹⁵Voir *Bisson c. Québec (P.G.)*, [1993] R.J.Q. 2581 (C.S.).

rapport *Maîtres chez eux*¹⁶, n'apparaît donc pas comme une condition essentielle objective.

Qu'entend-on alors par l'expression indépendance administrative? La Cour suprême a une vision très étroite de cette notion. Le juge Le Dain, dans *Valente*, cite avec approbation le juge Howland, qui s'applique à distinguer entre l'indépendance adjudicative et l'indépendance administrative:

Lorsqu'on étudie l'indépendance du pouvoir judiciaire, il est nécessaire de distinguer soigneusement entre l'indépendance en matière de décisions et l'indépendance en matière d'administration. C'est l'indépendance en matière de décisions qui intéresse la Cour dans le présent appel ... Parfois, la démarcation entre l'immixtion dans la fonction décisionnelle et les contrôles adéquats de gestion est ténue.¹⁷

L'indépendance administrative ne constitue donc, aux yeux de la Cour suprême, une condition essentielle que sous certains aspects. Le juge Le Dain précise le champ de cette condition essentielle:

Le contrôle judiciaire sur les questions mentionnées par le juge en chef Howland, savoir l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions, a généralement été considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l'indépendance institutionnelle ou collective.¹⁸

Mais, comme l'indique le juge Le Dain¹⁹, les demandes formulées par les tenants d'une indépendance administrative intégrale vont beaucoup plus loin que cela, et c'est ce "surplus", en quelque sorte, qui ne reçoit pas l'agrément de la Cour suprême. La position de la Cour suprême est compréhensible. Elle ne procède pas d'un choix, mais d'une nécessité. S'il avait fallu que la Cour suprême tînt un discours différent sur ce point, il y a fort à parier qu'elle-même n'aurait pas répondu aux critères d'indépendance administrative.

Doit-on conclure, de ce qui précède, que l'indépendance institutionnelle se résume à la simple autonomie administrative des tribunaux dans les décisions qui touchent directement l'exercice de leurs fonctions judiciaires? La Cour suprême semble nous y inviter. Pourtant, il nous semble que l'indépendance institutionnelle ne saurait être limitée à cette simple perspective. Il faut tout d'abord reconnaître

¹⁶J. Deschênes et C. Baar, *Maîtres chez eux: Une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux*, 1981 (Étude commanditée par le Conseil canadien de la magistrature en collaboration avec la Conférence canadienne des juges et l'Institut canadien d'administration de la Justice).

¹⁷*Valente*, supra note 3 aux pp. 708-709.

¹⁸*Ibid.* à la p. 709.

¹⁹*Ibid.* aux pp. 709-710.

le cadre restreint de l'arrêt *Valente* : cet arrêt porte sur le libellé de l'alinéa 11d). Le juge Le Dain n'affirme-t-il pas :

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al.11d) de la Charte qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dispositions législatives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l'indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d'une infraction sont diverses et variées. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al.11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al.11d), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer.²⁰

En outre, comme l'indiquait le juge Dickson, dans l'affaire *Beauregard*²¹, les tribunaux ont un rôle institutionnel fondamental, à savoir la protection de la Constitution et des valeurs qui y sont inscrites. Par conséquent, toutes les questions qui relèvent des rapports entre les pouvoirs législatifs et exécutifs, d'une part, et le pouvoir judiciaire, d'autre part, relèvent, de prime abord, de l'indépendance institutionnelle. Ainsi, par exemple, on peut condamner, au nom de la séparation des pouvoirs, concept auquel se nourrit l'indépendance institutionnelle, les réquisitions de services. Celles-ci peuvent être définies comme des actes de compétence liée que le législateur impose aux tribunaux d'accomplir. Le magistrat, soumis à un tel exercice, ne jouit d'aucune discrétion; son rôle se limitant à vérifier si les conditions d'application de la loi sont satisfaites.²² On donne souvent l'exemple du cas où le juge n'a d'autre choix que d'émettre une injonction pour répondre à une loi ordonnant le retour au travail des grévistes. Il y a fort à parier que la Cour suprême inclurait dans le concept d'indépendance institutionnelle ces situations où le pouvoir exécutif malmène la liberté adjudicative des magistrats.

Quoi qu'il en soit, l'indépendance institutionnelle ne saurait constituer un concept exclusivement juridique. La question de l'indépendance de l'institution judiciaire dépasse cette perspective et embrasse également celle des fondements démocratiques de notre société. Nous y reviendrons.

²⁰Ibid. à la p.693.

²¹Voir *Beauregard*, *supra* note 1 à la p.77: «Sur le plan institutionnel, l'indépendance judiciaire s'entend de la préservation de l'indépendance et de l'intégrité du pouvoir judiciaire et d'une garantie de son immunité contre toute ingérence injustifiée des pouvoirs législatif et exécutif ou même contre toute cohabitation trop étroite avec ceux-ci.»

²²Les garanties constitutionnelles, *supra* note 4 à la p.108.

1.2 Le concept de partialité institutionnelle

L'alinéa 11d) de la Charte canadienne garantit à chaque inculpé le droit à un procès public et équitable devant un tribunal indépendant et impartial. L'impartialité du tribunal apparaît donc comme une garantie supplémentaire. Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain s'emploie justement à établir une distinction entre les deux notions :

L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial», comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant» à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.²³

Nous savons que la règle d'impartialité se traduit par le critère de l'appréhension raisonnable de partialité.²⁴ Nous savons également que c'est ce critère qui a inspiré le juge Le Dain, dans *Valente*, dans l'élaboration du critère de l'indépendance judiciaire. L'impartialité apparaît donc comme un complément naturel à l'indépendance. La distinction entre "indépendance" et "impartialité" est facile à énoncer, mais son application concrète apparaît plus difficile. Cette distinction est d'autant plus difficile à saisir au plan concret que la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Lippé*²⁵ où l'on traitait de la question de l'indépendance des juges des cours municipales au Québec, a développé le concept d'impartialité institutionnelle. Le juge Lamer écrit sur les rapports entre les notions d'impartialité et d'indépendance :

La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance n'est qu'un «moyen» pour atteindre cette «fin». Si les juges pouvaient être perçus comme «impartiaux» sans l'«indépendance» judiciaire, l'exigence d'«indépendance» serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire. Cependant, les faits de l'espèce montrent clairement que, dans certaines situations, il peut arriver que l'indépendance judiciaire ne soit

²³*Valente*, supra note 3 à la p.685.

²⁴*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369 [ci-après *Office national de l'énergie* avec renvois aux R.C.S.].

²⁵*R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114.

pas suffisante. L'indépendance judiciaire n'est qu'un élément de l'impartialité judiciaire.²⁶

Après cette mise en exergue de la notion d'impartialité dans le dispositif constitutionnel, le juge Lamer reconnaît que l'impartialité, à l'instar de l'indépendance, recèle une composante aussi bien individuelle qu'institutionnelle :

Nonobstant l'indépendance judiciaire, il peut aussi exister une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel. Bien que le concept de l'impartialité institutionnelle n'ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial» doit être suffisamment étendue pour la renfermer. Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel, il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire. Je ne saurais interpréter la Charte canadienne comme garantissant l'une sur le plan institutionnel, et l'autre simplement au cas par cas.²⁷

Le juge Lamer poursuit :

Le *Statut* objectif du tribunal peut s'appliquer tout autant à l'exigence d'«impartialité» qu'à celle d'«indépendance». Par conséquent, qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt Valente, précité, l'apparence d'impartialité est importante pour assurer la confiance du public dans le système.²⁸

Le critère applicable à l'impartialité institutionnelle est toujours celui identifié par la Cour suprême dans l'affaire *Office national de l'énergie*.²⁹ Il convient donc de se demander, à la lumière de tous les facteurs pertinents de l'espèce (statut du tribunal, des juges etc.) si une personne parfaitement informée éprouverait une crainte raisonnable de partialité dans un *grand nombre* de cas.³⁰ Si la réponse est négative, il n'y a pas de crainte de partialité au plan institutionnel et la question doit se régler au cas par cas. Si la réponse est plutôt positive à cette première

²⁶*Ibid.* à la p. 139.

²⁷*Ibid.* à la p. 140.

²⁸*Ibid.* aux pp. 140-141.

²⁹*Office national de l'énergie*, *supra* note 24 à la p. 394: «[L]a crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ... ».

³⁰*Lippé*, *supra* note 25 à la p. 144.

question, comme elle l'a été dans l'affaire *Lippé*³¹, il faut alors se demander quelles sont les garanties normatives existantes qui réduiront au minimum les effets préjudiciables, et si ces garanties sont suffisantes pour respecter la notion d'impartialité institutionnelle inscrite à l'alinéa 11d) de la Charte canadienne.³² Dans *Lippé*, le juge Lamer a estimé que le serment que doit prêter le juge municipal, l'immunité judiciaire dont il bénéficie, le Code de déontologie et les règles relatives aux conflits d'intérêt auquel le juge municipal est soumis, constituent des garanties suffisantes pour qu'une personne parfaitement informée n'éprouve pas une crainte de partialité dans un grand nombre de cas³³.

L'interprète est en droit de se demander pourquoi il est nécessaire de procéder ainsi en deux étapes. Ne pouvait-on pas tenir compte de ces garanties existantes dès la première étape? D'autant plus que la personne *parfaitement renseignée* devait déjà le savoir! Le critère de l'impartialité institutionnelle apparaît inutilement compliqué. Cette affaire illustre, nous semble-t-il, le fait que la Cour suprême est plus à l'aise avec la notion d'impartialité qu'avec celle d'indépendance. La question de l'indépendance peut soulever des difficultés au plan de l'ordonnement des pouvoirs. En effet, le principe de l'indépendance judiciaire touche aux structures mêmes de l'État et peut, ne serait-ce que de ce fait, inhiber les tribunaux. Il semble alors plus aisé de régler le problème par le biais de la notion d'impartialité.³⁴ En effet, il nous semble que la question, soulevée par l'affaire *Lippé*, aurait pu tout aussi bien se régler en faisant appel aux conditions essentielles objectives de l'indépendance judiciaire.³⁵ Il devient pour le moins difficile d'établir une distinction fonctionnelle et opérationnelle entre l'impartialité

³¹Dans *Lippé, ibid.*, le juge Lamer écrit à la page 146: «[J]estime que la pratique du droit [par le juge municipal] donne lieu à une crainte raisonnable de partialité dans un *grand nombre* de cas et que, par conséquent, elle est intrinsèquement incompatible avec les fonctions d'un juge.»

³²*Ibid.* à la p.144.

³³*Ibid.* à la p.152.

³⁴Sur cette question, lire *Les garanties constitutionnelles, supra* note 4 à la p. 167 [ci-après «*Les garanties constitutionnelles*»]

³⁵Le professeur Friedland écrit à ce propos: «Le juge Gonthier a, pour sa part, prononcé de brefs motifs concordants, mais il a rejeté le sens restreint que donne le juge en chef Lamer à l'indépendance judiciaire. À son avis, il faut ranger parmi les menaces contre l'indépendance judiciaire les pressions et les ingérences de «quelque origine que ce soit». Ce qui comprendrait les particuliers et les compagnies géantes. En définitive, la majorité de la Cour a convenu avec le juge Gonthier que l'indépendance ne se limite pas à l'indépendance vis-à-vis du gouvernement. Il s'agit là d'un résultat imprévu qui rend cette décision difficile à catégoriser. Si le juge en chef Lamer avait connu à l'avance cette conclusion de la majorité, aurait-il centré son analyse sur l'impartialité pour aboutir au nouveau concept d'impartialité institutionnelle objective? Ou aurait-il au contraire analysé l'affaire sous l'angle de l'«indépendance» ou, préférablement, sous l'angle des deux concepts étroitement liés d'indépendance et d'impartialité, laissant l'impartialité aux affaires de partialité apparente ou réelle?». Voir M.L. Friedland, *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, 1995, à la p.16.

institutionnelle ou structurelle et l'indépendance judiciaire. L'élaboration du concept d'impartialité institutionnelle répond peut-être à la nécessité de développer un faisceau de règles applicables aux tribunaux administratifs.³⁶ En d'autres termes, puisque la notion d'indépendance n'est applicable, en principe, qu'aux tribunaux judiciaires, il convient sans doute, par le biais de l'impartialité institutionnelle, de garantir à la justice administrative une certaine autonomie par rapport aux autres pouvoirs de l'État. Mais, ce résultat étonne lorsque l'on sait que les cours municipales sont, en principe, des tribunaux judiciaires.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que la notion d'impartialité institutionnelle recoupe en bonne partie celle d'indépendance judiciaire. Ne serait-ce qu'en raison de ce fait, son utilité, en ce qui concerne les tribunaux judiciaires, nous apparaît plutôt douteuse.

2. LA LÉGITIMITÉ INSTITUTIONNELLE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Nous avons dit, en introduction, que l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire ne saurait recevoir une acception strictement juridique, c'est-à-dire celle dégagée par la Cour suprême dans *Valente*, notamment. Il convient également de signaler l'importance de l'institution judiciaire en tant qu'acteur du jeu démocratique (2.1). Nous dépassons alors ici la simple question de l'allocation des pouvoirs dans la décharge administrative de la mission judiciaire. En contrepartie de la reconnaissance du rôle fondamental du pouvoir judiciaire dans l'ordonnement démocratique, il faut attribuer un certain degré d'imputabilité à la décision judiciaire. L'attention, souvent scrupuleuse, portée aux décisions judiciaires par les autres acteurs du jeu démocratique (médias, lobbys etc.) est une illustration de cette imputabilité. Les tribunaux doivent alors pouvoir participer aux discussions entourant leurs décisions. Une plus grande liberté d'expression doit être, par conséquent, accordée aux juges et à l'institution judiciaire elle-même (2.2).

2.1 Le polycentrisme

La légitimité du contrôle constitutionnel par les tribunaux est une question qui ne cesse d'alimenter la réflexion des juristes. Le débat tourne autour de la question de l'étendue du pouvoir judiciaire dans sa tâche de contrôle de constitutionnalité, tenant compte du fait que ce contrôle peut mener à la négation de la volonté général (législateur élu) par un pouvoir dénué de toute la légitimité attribuée, dans la psyché démocratique, au suffrage universel (majorité). Nous avons déjà dénoncé ailleurs le caractère primaire de cette interprétation de la démocratie.³⁷

³⁶Lire justement *Bande indienne de Matsqui c. Canadien Pacifique*, [1995] 1 R.C.S. 3.

³⁷K. Benyekhlef, «Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit» (1990) 38 R.D. McGill 91 [ci-après «Démocratie et libertés»].

Il importe, disions-nous, de démasquer le caractère captieux de la proposition selon laquelle l'essence démocratique se ramène à une formule mathématique (50+1). La croyance selon laquelle la démocratie s'incarne essentiellement et exclusivement dans le suffrage universel ou la représentativité constituée, ce que nous appelions, un paradigme démocratique élémentaire. C'est autour de ce paradigme que toutes les discussions, relatives à la légitimité du contrôle judiciaire, s'articulent. Or, il s'agit là d'une approche erronée fondée sur une conception primitive de la démocratie.

Le Cour suprême du Canada n'est pas à l'abri de tout reproche sur ce point. En effet, le juge Lamer affirme, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, que les tribunaux ne doivent entretenir aucun doute quant à la légitimité de leur action constitutionnelle :

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la Charte dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.³⁸

Voilà qui semble régler la question. Pourtant, dans la même affaire, le juge Lamer semble tempérer cette affirmation lorsqu'il écrit :

Ni avant ni après l'adoption de la Charte, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution.³⁹

Ce refus d'apprécier la sagesse ou l'opportunité d'une loi se confond avec le principe de la retenue (ou de la déférence) judiciaire. Ce principe est évidemment fondé sur cette fiction juridique selon laquelle les motifs des décisions judiciaires sont de nature exclusivement juridique. On ne saurait mêler à ces motifs juridiques des considérations politiques. Ces dernières relèvent de la seule compétence de l'exécutif ou du législatif. Cette dichotomie artificielle entre «juridique» et «politique» suppose que le droit est une science autonome qui ne se laisse pas pénétrer par l'ordre politique. On avance également que cette dichotomie est nécessaire afin de légitimer le discours judiciaire. En d'autres termes, le travestissement des arguments politiques en des rationalités juridiques a pour objet, selon certains, de légitimer le discours judiciaire qui, autrement, perdrait de sa superbe et ne deviendrait qu'un élément de plus dans l'argumentaire

³⁸ *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, [1985] 2 R.C.S. 486 à la p. 497.

³⁹ *Ibid.* à la p. 496.

politique.⁴⁰ Cette fiction a donc pour objet de conserver au droit cette auréole de transcendance sans laquelle il perdrait sa capacité de convaincre l'autre.⁴¹ Pourtant, nous savons que le droit est plutôt une science hétéronome qui se nourrit à des déterminations politiques, économiques et sociales.⁴² Le contraire serait étonnant lorsque chacun sait que le droit n'est finalement qu'un appareillage visant à *normer* les rapports et relations entre les individus, les institutions, les groupes etc. Cette *normalisation* ne se fait pas dans un vacuum. Elle est le fruit des rapports de force existants, des conjonctures économiques et sociales etc.⁴³

Il s'agit là d'une conception moderne du droit, dépouillée de tout archaïsme mystico-religieux selon lequel le droit est une vérité immanente et les juges des oracles qui se font les simples échos de celle-ci. L'interprétation juridique est plutôt un exercice subjectif par lequel le juge tente d'adhérer le plus fidèlement possible aux valeurs et principes communs à la démocratie tels qu'ils se déploient dans le texte constitutionnel.⁴⁴ Exercice perfectible à l'instar de toute activité humaine. Cela dit, cette conception moderne s'intègre parfaitement, nous semble-t-il, à la théorie politique du polycentrisme.

Nous avons déjà dit que le paradigme démocratique élémentaire, par la prééminence qu'il accorde au suffrage universel et à la représentativité, réduit somme toute la démocratie à un savant jeu procédural. La procédure électorale devient dès lors le mode de réalisation des valeurs démocratiques. Or, la démocratie ne saurait être ainsi réduite. Ce primat exagéré du suffrage universel, du moment électoral, oblitère malheureusement le fait que la démocratie n'est pas qu'une affaire purement formelle à intervalle périodique :

Ce n'est pas la forme institutionnelle et symbolique de la démocratie qui a fourni dans l'histoire moderne sa puissance mobilisatrice, mais cet idéal d'égalité et de justice qui a pu être pensé à travers les institutions de la modernité comme un idéal intrinsèque à l'homme. En séparant la forme dans laquelle cet idéal a pu s'exprimer et se réaliser de son contenu, pour ne plus retenir finalement que la première, on est conduit, encore une fois, à considérer la démocratie comme une procédure dont le sens et la légitimité lui seraient intrinsèques.⁴⁵

⁴⁰Lire notamment M. Gold, «La rhétorique des droits constitutionnels», [1988] 22 R.J.T. 1.

⁴¹«Il est alors bien entendu nécessaire au droit, afin d'asseoir son autorité normative et sociale et d'emporter l'adhésion des profanes, de prétendre à l'objectivité, à la neutralité et à l'autonomie»: «Démocratie et libertés», supra note 37 à la p. 125.

⁴²*Ibid.* à la p. 120 et s.

⁴³P. Bourdieu, «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique» (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales 3 à la p. 3.

⁴⁴Sur le juge, traducteur plus ou moins fidèle des valeurs communes ou du code culturel, lire G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F. 1993.

⁴⁵A. Insel, «De la démocratie inachevée», (1990) 8 Revue du M.A.U.S.S. à la p. 60-61.

Le paradigme démocratique élémentaire ne traduit donc qu'imparfaitement l'idéal démocratique. Cet idéal est également fondé sur la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés. Cette reconnaissance et cet exercice passent notamment par une consécration constitutionnelle qui, elle-même, se voit traduite dans la réalité par le jeu de l'interprétation judiciaire. Toutefois, le pouvoir judiciaire ne peut exercer de monopole sur l'interprétation des droits et libertés. Les pouvoirs législatif et exécutif peuvent également participer à la définition et au déploiement des droits et libertés.⁴⁶ Voilà une illustration du polycentrisme. Baechler écrit à ce propos :

La seule solution rationnelle pour des sociétaires [citoyens] qui veulent éviter le risque de verser dans l'autocratie, n'est pas de diviser le pouvoir, puisqu'ils ne le peuvent, mais de diviser la politique elle-même ou plutôt les activités qui l'animent, en les répartissant en plusieurs centres, dont chacun a son pouvoir propre plein et entier, de manière qu'aucun centre ne puisse imposer son pouvoir aux autres. Le pouvoir ne se trouve divisé qu'en un sens très précis : personne, dans un régime démocratique, ne dispose de toute la puissance, de toute l'autorité et de toute la direction disponibles Les démocrates trouvent la solution théorique de leur dilemme dans un polycentrisme équilibré.⁴⁷

Le polycentrisme suppose donc une répartition des tâches de la politique en plusieurs centres. Cette division correspond, on l'aura reconnu, aux pouvoirs de l'État moderne : judiciaire, exécutif et législatif. Mais, cette division ratisse plus large : elle comprend tous les centres qui peuvent être définis "comme une unité d'action, où des projets sont formés, des moyens rassemblés et des actes accomplis".⁴⁸ On peut penser aux associations syndicales ou patronales, aux médias, aux lobbys de tout acabit, aux groupements populaires spontanés ou formels etc. La pluralité des centres de pouvoir apparaît donc consubstantielle à la démocratie :

En démocratie, les libertés sont réelles ou bien la démocratie n'existe pas. Elles sont réelles, à condition que la pluralité des centres soit garantie et réalisée. Or les centres ultimes qui constituent la politique sont les sociétaires eux-mêmes, dont les centres intermédiaires ne sont que des regroupements volontaires pour atteindre des fins partielles. Les libertés reposent en définitive sur la volonté des individus d'être et de rester libres, en se considérant comme les centres ultimes de décision, dont tous les autres ne sont que des émanations temporaires, circonscrites et réversibles. Homo democraticus se prête, il ne se donne pas. En se prêtant, il ne fait qu'assurer ses fins. Il se réserve aussi la possibilité de se défendre contre les risques d'autocratie que recèle toute délégation de pouvoir. En effet, en répartissant ses délégations entre une pluralité de centres, il peut en appeler d'un

⁴⁶L'adoption par le législateur de lois anti-discriminatoires illustre notre propos. Le législateur tente de définir et d'assurer l'exercice des droits à l'égalité.

⁴⁷J. Baechler, *Démocraties*, Paris, Calmann-Lévy, 1985, aux pp. 60-61.

⁴⁸*Ibid.* à la p. 62.

centre contre un autre. Si la politique ne constituait qu'une agence unique tentaculaire, il perdrait la possibilité de bloquer la marche au pouvoir absolu de ses dirigeants. En multipliant les centres ou agences sociales, il peut les opposer les unes aux autres et maintenir entre elles un équilibre au centre duquel se dresse sa liberté.⁴⁹

Le paradigme démocratique élémentaire est visiblement fondé sur une conception à courte vue de l'appareillage démocratique. Révérant en apparence le principe de la séparation des pouvoirs, s'en réclamant même parfois, les tenants de ce paradigme, en insistant sur l'exclusivité démocratique du législatif, ont en fait mal compris la logique de ce principe au regard de l'idéal démocratique. Leur interprétation constitue un cas patent d'usurpation, au profit du centre législatif, de l'essence démocratique.

L'institution judiciaire constitue donc un centre de pouvoir dans la Cité démocratique. Il ne saurait être question de limiter son rôle ou sa mission au nom d'une conception passéiste et primaire de la démocratie (principe de retenue judiciaire). Au contraire. La démocratie, telle qu'elle apparaît par le prisme du polycentrisme, réclame, voire commande, que l'institution judiciaire exerce pleinement et sans complexe le rôle qui est le sien. La censure, par les tribunaux, d'une loi, votée par des représentants élus, ne représente donc pas une usurpation de la démocratie, mais s'inscrit plutôt dans la réalisation de l'idéal démocratique. À cet égard, les tribunaux ne doivent pas chercher à établir des distinctions artificielles, gratuites et qui ne trompent plus personne entre, d'une part, un contrôle fondé sur les garanties du texte constitutionnel et, d'autre part, le refus d'évaluer ou d'apprécier la sagesse d'une loi.⁵⁰ L'examen constitutionnel comprend aussi bien l'un que l'autre. Ce faisant, les tribunaux exercent simplement leur devoir.⁵¹ Prétendre, comme ne manquent pas de le faire certains⁵², que les tribunaux empiètent alors sur le terrain politique en exerçant pleinement et complètement leurs attributions, suppose que l'on ne comprend rien à l'essence de la démocratie telle qu'elle se traduit par le polycentrisme et que l'on accorde encore foi à la fiction juridique selon laquelle le droit constitue une vérité immanente, détachée des contingences sociales, économiques et politiques. Dire le droit est une fonction indéniablement politique et non pas politicienne. L'interprétation de la Charte canadienne constitue un exercice politique balisé par

⁴⁹*Ibid.* aux pp. 66-67.

⁵⁰Lire *supra* note 39 et texte correspondant.

⁵¹L'existence dans la Charte canadienne d'une clause dérogatoire (article 33) devrait rassurer ceux qui pensent que notre thèse aurait pour effet d'attribuer un trop grand pouvoir aux tribunaux. Sur ce sujet, lire J. Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvoir Blais, 1991 aux pp. 225-256.

⁵²Lire entre autres: M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* Toronto, Wall & Thompson, 1989; P.J. Monahan, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987.

les valeurs et les principes fondateurs de notre société démocratique. Soutenir que le droit est politique ne signifie pas que les juges se transforment en politiciens à la petite semaine, préoccupés par des contingences électoralistes. Cela signifie plus simplement que les grands choix jurisprudentiels s'inscrivent dans une mouvance politique. Ainsi, par exemple, la détermination du champ de la liberté d'expression est un exercice politique dans une démocratie. Rien de plus, rien de moins. Ces grands choix jurisprudentiels sont tributaires de la vision démocratique que peuvent entretenir les juges. Or, cette vision démocratique n'est souvent que le reflet des déterminations sociales contingentes. Cette vision évolue avec la société. Il se peut, par ailleurs, que les choix jurisprudentiels heurtent de front les sensibilités de certains autres centres de la politique. Que se passe-t-il alors? Conformément au polycentrisme, un débat démocratique doit s'engager. Toutefois, pour que les tribunaux puissent participer à ce débat, il convient de leur reconnaître une plus grande liberté d'expression que celle qui leur a été traditionnellement accordée. C'est là l'objet des lignes qui suivent.

2.2 La liberté d'expression

L'institution judiciaire participe aux débats par son action constitutionnelle. Elle occupe un espace public important en interprétant et en structurant le champ des droits et libertés de chacun. Dans le cadre de cette mission, nous savons que le pouvoir judiciaire doit bénéficier d'une indépendance par rapport aux autres pouvoirs de l'État. C'est au nom de cette indépendance que l'on reconnaît curieusement des limites à la liberté d'expression des juges. Le juge Gonthier écrit, dans l'arrêt *Ruffo* :

Le devoir de réserve lié à la charge de magistrat est un principe fondamental. En soi, il est une garantie supplémentaire de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires et vise à assurer que la perception du justiciable ne soit pas affectée sous ce rapport. La valeur d'un tel objectif s'apprécie pleinement, d'ailleurs, lorsqu'il est rappelé que les juges demeurent les seuls arbitres impartiaux à qui l'on peut recourir dans les cas où les autres modes de résolution de conflits s'avèrent infructueux. Le respect et la confiance qui s'attachent à cette impartialité commandent donc tout naturellement que le juge soit à l'abri de remous et de controverses susceptibles d'entacher la perception d'impartialité que doit dégager son comportement.⁵³

Ainsi, le juge, qui s'exprime sur tel ou tel sujet, risque de perdre cette aura d'impartialité au regard du public. En effet, en s'exprimant, suppose-t-on, il aura pris parti. L'objectivité judiciaire, dont le juge est soi-disant titulaire, ne peut admettre l'expression d'opinions; cette expression ayant pour résultat de *subjectiviser* l'office du juge. Le professeur MacKay estime qu'il s'agit là d'une vision passéiste qui relève plus du mythe fondateur que de la réalité pratique :

⁵³ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 aux pp. 330-331.

There is beginning to emerge a more modern conception of the role of the judge which is more tolerant of elements of subjectivity. Those who support this version of the judge argue that to completely factor out all subjective perceptions would make judging mechanical and inhuman. It would also be virtually impossible to do. This more subjective and human judge is not to be substituted for the objective judge. The challenge is to put the two roles together. The argument for representation in the judiciary follows from this paradigm : more perspectives leads to more open-mindedness, more ways of seeing things. This in turn destroys stereotypes that may otherwise not be confronted if the dominant image of objectivity is not challenged.⁵⁴

Prenant acte de l'illusion objective, le professeur MacKay propose que l'on reconnaisse une plus grande liberté d'expression aux juges afin de permettre aux parties, et au public en général, de mieux connaître les opinions de la magistrature sur les grandes questions politiques et sociales tout en imposant néanmoins certaines limites au discours judiciaire :

Knowing where individual judges stand on broad social and political issues is crucial to the administration of justice. Once one accepts that judges have views on broad social and political issues, the litigants are better served by knowing the judge's perspective in advance.⁵⁵ The guarantee of freedom of expression contained within the Charter should thus expand and protect judicial expression outside the court. The judge must, of course, not prejudge the issue at hand. On the other side of the coin, the equality values entrenched in the Charter provide some limitations to judicial expression in and out of court. Prejudicial comments or views issued from the Bench regarding vulnerable groups, specifically those protected in section 15 of the Charter, ought to be censured. Needless to say, the values expressed by the Charter provide guidelines to judicial speech uttered outside the courtroom as well.⁵⁶

Selon le professeur MacKay, la contrepartie de cette plus grande liberté d'expression accordée à la magistrature serait une plus grande imputabilité (*accountability*), par le biais notamment de l'élaboration d'un code de déontologie.⁵⁷ On reconnaîtrait une plus grande liberté d'expression, mais celle-ci

⁵⁴A.W. Mackay, «Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but Not Heard?» (1993) 3 N.J.C.L. 159 à la p.171.

⁵⁵Sur ce point, le professeur MacKay, *ibid.* à la p. 175, écrit : «The more subjective and human virtues, such as a sense of justice, fairness, empathy and an understanding of the human condition, are also vital to good judging. In order to assess whether judges have some of these latter characteristics judges should be encouraged to speak about some of their basic values and how they relate to social issues of the day. Once it is accepted that judges, like the rest of us, have values on social issues, the expression of such values and opinions is less offensive.»

⁵⁶*Ibid.* à la p. 174.

⁵⁷«Any expansion of judicial free speech must be accompanied by effective mechanisms of accountability for abuse of this freedom. Judicial speech and accountability should go hand in hand». *Ibid.* à la p.175. L'auteur distingue entre les mécanismes formels d'imputabilité et les mécanismes informels. Dans la première catégorie, il range les conseils de la magistrature qui, à l'aide des codes

serait, somme toute, plus sévèrement encadrée par différents mécanismes de surveillance. On peut se demander, à bon droit, si la mise en place de tels mécanismes ne restreindraient pas finalement les velléités d'expression des juges. La proposition du professeur MacKay semble être de donner d'une main et de reprendre de l'autre... .

Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons qu'exprimer notre désaccord avec les motifs mis de l'avant par le professeur MacKay pour justifier une plus grande liberté d'expression des juges, bien que nous soyons d'accord avec l'objectif ultime poursuivi par l'auteur. Tout d'abord, est-il vraiment utile pour les parties à un litige ou pour le public en général de connaître à l'avance les opinions d'un juge sur tel ou tel sujet de nature politique? En quoi cette connaissance contribue-t-elle à une meilleure administration de la justice, ainsi que le prétend l'auteur? Réglons d'abord la question de l'impartialité. Nous ne croyons pas que l'expression de telles opinions ait pour effet d'entâcher l'impartialité du juge, à moins qu'elles ne visent précisément l'objet d'un litige à lui être soumis ou les parties appelées à plaider devant lui. C'est là, croyons-nous, à l'instar du professeur Webber le véritable sens de la règle de l'impartialité : «Bias concerns the persons involved in a dispute, or the application of law to the particular facts in question; it does not concern judges' views on the merits of legal rules, principles, or arguments».⁵⁸

Par ailleurs, pour ce qui est des motifs justifiant une plus grande liberté de parole des juges, il nous semble que la libre expression des juges et de la magistrature, en tant qu'institution, a pour *objet essentiel* d'enrichir le débat démocratique et s'inscrit, de ce fait, dans la théorie du polycentrisme. Il importe, avons-nous dit, de permettre aux juges et à l'institution judiciaire de participer au débat public dans les cas où la contribution judiciaire apparaît nécessaire pour défendre une décision rendue ou pour critiquer la décision d'un autre centre de pouvoir; décision qui irait à l'encontre peu ou prou des valeurs constitutionnelles communes.⁵⁹ Il ne s'agit pas, dans ce dernier cas, d'une opposition de nature politique au sens parlementaire du terme, mais plutôt d'une opposition basée sur les principes fondateurs de la démocratie.⁶⁰ De même, il importe que la

de déontologie entre autres, peuvent «discipliner» les juges trop bavards. Quant à la deuxième catégorie, on peut retrouver les collègues (the Bench), le Barreau, les professeurs de droit, les médias et les lobbys.

⁵⁸J. Webber, «The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger» (1984) 29 R.D. McGill 369 à la p. 390.

⁵⁹L'exemple du silence des juges allemands durant la promulgation des lois racistes et antisémites du régime nazi surgit spontanément à l'esprit. La même remarque peut être formulée à l'endroit des juges sud-africains durant l'établissement du régime légal de l'apartheid.

⁶⁰À ce propos, le professeur Webber signale qu'une liberté d'expression accrue a été reconnue aux juges en matière constitutionnelle, et ce malgré l'affaire Berger: «The changing of a constitution is not merely a particularly important type of law-making. The constitution forms the basic institutional and

magistrature puisse défendre ses décisions si celles-ci sont attaquées. La défense participe alors du débat et peut amener la magistrature à modifier ou à altérer sa position à l'issue d'une discussion publique et ouverte.

La magistrature ne peut plus se retrancher derrière une neutralité passive au nom de la volonté d'éviter la controverse :

Judges do not make public comments on particular cases tried in their courts nor, generally, are they available for press interviews on general questions or on matters relating to law, courts and the administration of justice. Moreover, they do not reply to criticisms passed upon them by the Press. As Lord Denning said in one case «from the nature of our office we cannot reply to criticism. We cannot enter into public controversy. We must rely on our conduct itself to be its own vindication».⁶¹

Cette opinion n'a déjà plus vraiment de sens au Canada où les juges de la Cour suprême n'hésitent pas à donner des interviews à la presse ou à participer à des conférences publiques.⁶² Cette attitude s'explique facilement aujourd'hui. La magistrature ne saurait rester dans sa tour d'ivoire, refusant le débat public du revers de la main au nom d'une impartialité quasi aristocratique, à l'heure où le public scrute les comportements, les actions et les décisions de tous les corps publics. Cette hypermédiation est certes critiquable, mais il semble bien que l'on ne puisse y échapper. Le quatrième pouvoir oblige les corps publics à occuper l'espace public, l'agora de la Cité. Ce faisant, les médias participent, sans doute souvent involontairement, à la mise en oeuvre pratique de la théorie du polycentrisme.

La participation d'un juge ou de la magistrature, en tant qu'institution, au débat public a donc pour finalité essentielle et exclusive la mise en valeur ou la défense des idéaux enchâssés dans notre Constitution. La liberté d'expression du pouvoir judiciaire doit s'articuler autour de la promotion et de la défense des valeurs constitutionnelles et démocratiques qui fondent la société canadienne. Il ne s'agit pas de permettre au juge d'intervenir dans des débats contingents de

normative framework within which judges, legislators, and civil servants operate. It therefore can never be the exclusive preserve of one branch of the state, for the structure defines the duties and powers of all. The autonomy guaranteed each branch under the constitution requires that all branches be able to comment on constitutional matters (although this right to comment need not be enshrined in a particular amending formula – it may be permitted informally): Voir Webber, *supra* note 58 à la p. 387.

⁶¹S. Shetreet, *Judges on Trial. A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976 à la p. 319.

⁶²Lire Mackay, *supra* note 54 à la page 173 où l'auteur cite le juge Sopinka: «While I support the rationale for *some* restrictions on speech, the public must also realize that judges do have views on issues and must have the confidence that the judiciary is capable of setting aside personal political views when such views threaten to interfere with their impartiality in deciding particular cases.»

nature politicienne, mais plutôt de participer, à sa manière, à l'édification et à la préservation de l'idéal démocratique. Ne pas intervenir en ce sens, c'est pour la magistrature manquer à tous ses devoirs et commettre, d'une certaine manière, un acte de trahison à l'égard de l'idéal démocratique. Le polycentrisme, consubstantiel à la démocratie, commande que le pouvoir judiciaire exerce ses responsabilités non seulement par le biais de son action jurisprudentielle, mais également par une participation active aux débats fondamentaux entourant le sens et la portée de l'idéal démocratique. Ce faisant, le pouvoir judiciaire affirme une véritable indépendance institutionnelle et contribue, par son action, au jeu démocratique.

Faut-il établir des règles balisant le discours judiciaire? En d'autres termes, importe-t-il de préciser, par le détail, les types de discours auxquels les juges peuvent se livrer? Avant de répondre à cette question, il va de soi que l'expression par un juge d'une opinion ne s'inscrivant pas dans la poursuite de l'idéal démocratique peut être sanctionnée par un conseil de la magistrature. Le juge qui, par exemple, exprimerait publiquement sa préférence pour le candidat d'un parti politique à des élections, ne pourrait invoquer la liberté d'expression telle que nous l'avons plus haut définie. Cela dit, l'élaboration d'un code de déontologie pour la magistrature constitue sans doute un pas vers une meilleure définition de la portée de la liberté d'expression des juges. Mais, là encore, il ne s'agit pas de détailler avec précision tous les cas licites ou illicites d'expression. Sur ce plan, nous partageons l'opinion du juge Gonthier lorsqu'il affirme :

La règle de déontologie, en effet, se veut une ouverture vers la perfection. Elle est un appel à mieux faire, non par la sujétion à des sanctions diverses mais par l'observation de contraintes personnellement imposées. Une définition, par ailleurs, en déterminant des règles fixes, tend par là même à devenir un plafond, une autorisation implicite de poser les gestes qui ne se veulent pas prohibés.⁶³

Pour reprendre la formule vaguement éculée mais, somme toute, très utile, chaque cas est un cas d'espèce. Le principe demeure néanmoins clair : les juges doivent se voir reconnaître le droit d'intervenir publiquement pour défendre leurs décisions, lorsque celles-ci sont l'objet de critiques de nature fondamentale, ou lorsque d'autres centres de pouvoir portent atteinte, par leurs actions ou leurs paroles, à l'idéal démocratique. C'est là, nous semble-t-il, une conséquence concrète de l'indépendance institutionnelle.⁶⁴ Le pouvoir judiciaire, en tant qu'institution polycentrique, doit, sous peine de se désavouer et de manquer à ses devoirs démocratiques, prendre toute sa place dans l'espace public afin de

⁶³Ruffo, *supra* note 53 aux pp. 332-333.

⁶⁴Pour assurer la défense et la qualité du débat démocratique, le juge n'a pas à intervenir, en général, lorsqu'on lui reproche, par exemple, une sentence trop lourde ou trop légère. Son intervention doit répondre à des critiques de fond.

promouvoir et de défendre l'originalité de notre forme de gouvernement, c'est-à-dire la démocratie.

L'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire ne saurait être restreinte aux simples composantes identifiées par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Valente* et *Beauregard*.⁶⁵ Ces composantes sont évidemment fondamentales. À celles-ci s'ajoute toutefois la vocation de l'institution judiciaire de défendre et de promouvoir l'idéal démocratique tel que celui-ci est défini par notre Constitution. Cette défense et cette promotion ne passent pas simplement par l'action jurisprudentielle, ainsi que l'a reconnue le juge Dickson dans l'affaire *Beauregard*. Elles supposent que la magistrature occupe, sans complexe, l'espace public afin de débattre avec les autres centres de pouvoir, dans notre société, des enjeux fondamentaux qui définissent et structurent l'essence démocratique. En outre, il n'est plus aujourd'hui acceptable, au plan socio-politique, que la magistrature rejette toute participation au débat public au nom d'une impartialité quasi aristocratique. Le public ne comprendrait pas que de tous les corps publics, seul le pouvoir judiciaire échappe ainsi à une saine et nécessaire dialectique critique. Le pouvoir judiciaire ne peut assurer son indépendance institutionnelle s'il refuse de participer pleinement et entièrement aux débats fondamentaux qui agitent la société démocratique. Le principe de l'indépendance ne peut être appréhendé comme une simple défense des intérêts judiciaires (acception négative⁶⁶), il doit également avoir une acception proactive ou positive par laquelle le pouvoir judiciaire affirme, de manière concrète, l'exercice de son autonomie. La participation du pouvoir judiciaire aux débats démocratiques sera d'ailleurs souvent, pour le public, la seule marque réelle et visible de l'indépendance institutionnelle de celui-ci.

⁶⁵Lire *supra* note 1 et texte correspondant.

⁶⁶Nous voulons simplement signifier par là que les composantes de l'indépendance judiciaire ne constituent pas simplement un ordre de s'abstenir d'agir, à l'instar de la liberté d'expression qui somme l'État de s'abstenir d'interférer ou d'agir à l'encontre des intérêts expressifs des citoyens.