

1^{er} septembre 2010

Sélection des juges des tribunaux de première instance : comparaison des pratiques contemporaines

Rapport pour la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec

Cette étude reflète les opinions de son auteur et non celles de la Commission.

Peter McCormick

Professeur, Département de science politique, Université de Lethbridge

SOMMAIRE.....	4
INTRODUCTION	7
Sélection des juges : les principales options	10
Que faisons-nous ? La raison d'être des comités de sélection.....	13
PREMIÈRE PARTIE : LA NOMINATION DES JUGES PROVINCIAUX AU CANADA.....	20
Les comités de sélection judiciaire dans les provinces canadiennes de nos jours.....	24
La sélection des juges de cours provinciales au Canada : composition	28
composition 1. juges.....	28
composition 2. avocats	28
composition 3. non-juristes/membres du public.....	29
composition 4. membres d'autres organismes du gouvernement.....	31
composition 5. représentants élus.....	31
composition 6. sommaire sur la composition	32
composition 7. présidence du comité.....	34
La sélection des juges de cours provinciales au Canada : procédures.....	36
Sélection des juges des cours provinciales au Canada : critères	41
DEUXIÈME PARTIE : PROBLÈMES ET CHOIX.....	45
La taille du comité : le problème de la représentativité.....	45
Comment vient-on à être nommé à un comité : types de membres.....	47
Types de comité : la question des comités permanents versus comités spéciaux.....	50
Présélection, recommandation et désignation : la place des comités dans le processus.....	55
Public, mais à quel point? : équilibrant la transparence et la confidentialité.....	62
Addenda : note sur les données.....	66
TROISIÈME PARTIE : MÉCANISME DE NOMINATION DANS LES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE : AUTRES JURIDICTIONS	69

A. Mécanisme de nomination au fédéral (Canada).....	69
B. Mécanisme de nomination dans les tribunaux des États des États-Unis.....	73
C. Mécanisme de nomination de la magistrature en Afrique du Sud.....	81
D. Mécanismes de nomination au Royaume-Uni.....	88
D.1 La Judicial Appointments Commission en Angleterre et au pays de Galles.....	88
D.2 Le Scottish Appointments Board	93
D.3 Irlande du Nord	95
E. Mécanismes de nomination dans les tribunaux de première instance en Europe.....	97
CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	101
ANNEXE A : COMPOSITION DES CONSEILS ET DES COMITÉS PROVINCIAUX	114
ANNEXE B : LES PROVINCES : CRITÈRES DE NOMINATION À LA MAGISTRATURE.....	118
ANNEXE C : AUTRES JURIDICTIONS : CRITÈRES DE NOMINATION À LA MAGISTRATURE.....	124

Sommaire

Ce rapport compare les mécanismes utilisés pour nommer les juges dans les provinces canadiennes et dans quelques autres pays sélectionnés pour leur pertinence. Il décrit diverses réformes introduites récemment, traite de leurs objectifs implicites, des enjeux qu'elles soulèvent et des choix qu'elles entraînent. Il propose un cadre de référence conceptuel pour analyser les choix qui doivent être faits dans ce domaine et conclut avec une série de recommandations quant à la meilleure façon de sélectionner les juges de nos jours.

La fonction judiciaire a de l'importance. Il s'ensuit que l'identité des juges en a également et, partant, que la méthode par laquelle ils sont sélectionnés importe aussi. Essentiellement, au sens large, il existe trois méthodes de sélection des juges :

1. l'élection démocratique, comme dans les États américains;
2. les concours bureaucratiques fondés sur le mérite, comme dans les pays européens de tradition civiliste;
3. la nomination par le pouvoir exécutif, soit le système qui est, de loin, le plus souvent utilisé dans le monde, y compris au Canada.

En supposant que la nomination par le pouvoir exécutif soit le mécanisme à privilégier, deux stratégies modernes distinctes permettent d'en limiter le caractère discrétionnaire :

- « en aval », au moyen de la ratification ou du rejet de la personne nommée par l'exécutif (comme le fait le Sénat américain à l'égard des juges nommés en vertu de l'article III de la Constitution américaine);
- « en amont », au moyen de comités de présélection ou de nomination (comme les commissions de sélection au mérite dans les États américains).

Le rapport explore la stratégie «en amont» qui est la plus prometteuse, tenant compte du fait que toutes les provinces sont plus ou moins engagées dans cette voie. Il faut toutefois commencer par déterminer la raison d'être de ces structures, les objectifs ou les fins qu'elles cherchent à atteindre, parmi lesquelles l'auteur propose les suivantes :

- le mérite
- la reddition de comptes
- l'ouverture
- l'objectivité
- la représentativité
- la probité

Première partie :

Les pratiques qui ont actuellement cours dans les provinces canadiennes en ce qui a trait aux comités de nomination consultatifs évoluent depuis les années 1970, et elles ont toujours comporté (et continuent de comporter) beaucoup de diversité. On peut discerner une première phase (vers 1970-1985), alors que les Conseils de la magistrature à vocations multiples constituaient le système le plus commun (mais loin d'être universel), puis une deuxième phase (vers 1985-1999), qui a vu l'adoption très répandue (mais pas universelle non plus) des comités de sélection à vocation unique. La diversité demeure : certaines provinces continuent d'avoir recours aux Conseils de la magistrature, d'autres font appel à des comités de sélection permanents, et d'autres encore, à des comités de sélection spéciaux (et une province, le Nouveau-Brunswick, utilise un groupe de conseillers dispersés au lieu d'un « comité », au sens normal du terme). Même s'il y a moins de

diversité en ce qui concerne les procédures, il existe tout de même certaines différences qui méritent d'être soulignées.

La première partie est consacrée à une étude de la diversité des structures sous divers aspects, à savoir :

- la composition des comités
- la présidence des comités
- les procédures des comités
- les critères annoncés et utilisés par le comité

Deuxième partie :

La diversité des structures et des procédures peut être vue comme témoignant d'un « débat silencieux » sur la *meilleure* façon de réaliser le *meilleur* ensemble de priorités parmi les différents objectifs poursuivis. La deuxième partie du rapport cherche à cerner les principales questions implicites et à clarifier les choix, ces grandes questions étant :

- la taille du comité
- le mode de sélection des membres du comité
- la décision de constituer un comité permanent versus un comité spécial
- la mesure dans laquelle le comité contribue à la sélection finale
- la transparence et la confidentialité

Toutes ces questions sont débattues, dans la mesure où différentes provinces y ont trouvé différentes réponses. Un « cadre conceptuel », tiré de la doctrine internationale de plus en plus abondante, est proposé afin d'organiser et de mieux comprendre ces réponses diverses.

Troisième partie :

On a assisté, au cours des dernières décennies, à une évolution rapide des mécanismes de sélection des juges dans plusieurs juridictions comparables. Bien qu'il ne faut pas perdre de vue le fait que le mécanisme de sélection des juges, dans différents pays, est conçu pour résoudre des problèmes particuliers et pour répondre à des priorités spécifiques, une étude comparative de ces divers mécanismes nous permet d'apprécier les leçons qu'on peut en tirer et les éléments dont on peut s'inspirer. Les systèmes particuliers qui sont examinés et qui contribuent, chacun à sa façon, à alimenter la réflexion sont les suivants :

- Les comités de sélection de la magistrature au fédéral au Canada : caractérisés par un minimum de limites imposées à la sélection par l'exécutif; susceptibles de subir une manipulation partisane.
- Les commissions de nomination au mérite dans les États américains : prépondérance d'une politique bipartisane plutôt que non partisane et inquiétudes récurrentes au sujet de la portée de la participation utile des non-juristes.
- Les comités de sélection de la magistrature en Afrique du Sud : l'accent mis sur la « transformation » pour s'éloigner d'un passé marqué par l'apartheid et en arriver à une société multiculturelle et dominée par les Noirs, ce qui nécessite un recours important à la participation de politiciens élus dans les comités.
- Les commissions de nomination judiciaire au Royaume-Uni : plutôt des comités de sélection que de présélection, en mettant l'accent sur des processus de sélection indépendante même des membres des commissions afin d'y retrouver une forte composante de non-juristes.
- Les systèmes civilistes en Europe : la sélection au mérite au terme d'un processus formel d'examen afin de sélectionner les juges en toute indépendance du pouvoir exécutif.

Conclusions et recommandations

- Une commission indépendante de nomination représente le moyen approprié de sélectionner des juges.
- Un comité à vocation unique est préférable à un Conseil de la magistrature à vocations multiples.
- Un comité permanent est préférable à un comité spécial.
- Un grand comité est préférable à un petit comité.
- Un comité réactif est préférable à un comité anticipatoire.
- Un comité qui fournit une liste restreinte est préférable à un comité qui crée un bassin de candidats; un comité fournissant une liste de noms par ordre d'importance ou proposant un seul nom est préférable à un comité fournissant une simple liste restreinte.
- Un comité créé par une loi est préférable à un comité mis sur pied aux termes d'un décret.
- Un nombre important de membres du public ou de non-juristes qui participent activement est préférable à un nombre peu élevé d'entre eux et à leur présence purement symbolique.
- Un ensemble étendu de critères officiels à l'égard des nominations est préférable.
- La nomination de membres d'office est préférable à des dispositions plus permissives; il est préférable d'éviter les nominations directes par l'exécutif des membres du comité.
- Il est important d'établir une exigence de présentation d'un rapport annuel.
- Il est important que le comité ait une présence publique visible et un porte-parole.

Introduction

La fonction judiciaire est importante; il s'ensuit que l'identité des juges l'est également. Les politologues travaillent depuis longtemps avec le paradigme du « système politique » regroupant trois fonctions, soit la création des règles de droit, leur application et leur interprétation. Ce troisième domaine est surtout celui des juges, même s'ils ne le dominent pas entièrement. L'importance des juges persiste, malgré l'adhésion de quelques-uns à une méthode interprétative restrictive tels l'originalisme, le formalisme ou l'interprétation stricte. Cela est d'autant plus vrai, en ce début de XXI^e siècle, que les juges à tous les niveaux peuvent jouer un rôle important dans l'établissement des politiques. La prise de position sur des questions politiques n'est plus l'apanage des pouvoirs législatif et exécutif. Au Canada, on attribue généralement cette situation à l'enchâssement dans la constitution de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982. Toutefois, de nombreux universitaires y voient le fruit prévisible et logique d'un État providence mûr et bien développé. Entre autres effets, l'avènement de l'État providence autorise les juges, voire les y oblige, du moins à l'occasion, à trancher des différends selon une logique de justice distributive plutôt que de justice commutative¹.

Il est donc à la fois compréhensible et approprié que les pratiques en matière de nomination des juges au Canada aient été modifiées considérablement au cours des dernières décennies. Pour ce qui est de la Cour suprême du Canada, nous avons traversé une demi-décennie étrange, qui a débuté par la comparution du ministre de la Justice devant un comité des Communes (dans le cadre de la nomination des juges Abella et Charron en 2004), suivie par la comparution de la personne nommée elle-même devant un comité spécial des Communes à l'issue des travaux d'un comité de mise en candidature de juges, où un professeur de droit chevronné pouvait intervenir afin d'empêcher les questions inappropriées (dans le cadre de la nomination du juge Rothstein en 2006), pour finalement revenir à l'unilatéralisme du bureau du premier ministre (avec la nomination du juge Cromwell en 2008).² Comme deux juges de la Cour suprême prendront leur retraite en 2013, nous attendons avec intérêt le prochain chapitre de cette curieuse histoire. Quant aux autres juges nommés par le fédéral, un système de comité de mise en candidature a été

¹ John Ferejohn, « Judicializing Politics, Politicizing Law » *Contemporary Problems*, Vol. 65 (2002) 41.

² Voir par exemple Peter McCormick, « Selecting the Supremes: Appointing Judges to the Supreme Court of Canada » *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 7 (2005); Peter W. Hogg, « Appointment of Justice Marshall Rothstein to the Supreme Court of Canada » *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 44 (2006) 527; Peter McCormick, « A Serendipitous Solution to the Problem of Supreme Court Appointments » *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 44 (2006) 539; Jacob Zeigel, « A New Era in the Selection of Supreme Court Judges » *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 44 (2006) 547.

établi en 1988 et semble fonctionner raisonnablement bien³, même si certaines personnes ont exprimé des réserves à propos de la mesure dans laquelle ce système est parvenu à limiter le favoritisme dans le cadre de la nomination des juges fédéraux.⁴

Il s'est produit encore plus de changements dans la nomination des juges « purement provinciaux » (article 92), quoique ces changements aient été très mal examinés dans les publications universitaires récentes. Un examen approfondi des conseils de la magistrature provinciaux, qui, à l'époque, constituaient le mécanisme principal d'examen de la nomination des juges, a été publié en 1986⁵, mais au moment de sa publication, il était déjà périmé (le Nouveau-Brunswick ayant délégué cette responsabilité à son conseil de la magistrature après la présentation de l'article mais avant l'impression de celui-ci). Le rapport magistral de Friedland présenté au Conseil canadien de la magistrature en 1995 effectue un examen bref et rigoureux de la situation qui régnait au milieu des années 1990, mais comporte quelques erreurs (par exemple, en supposant que l'Alberta et la Saskatchewan utilisaient encore des processus de veto comme en Ontario) et quelques ambiguïtés apportant de la confusion (le nouveau comité du Manitoba agit comme un comité spécial en se penchant sur une vacance particulière, mais il est aussi un peu plus permanent).⁶ L'article de Vaillancourt publié en 1994⁷ met l'accent sur le Québec et comprend un résumé de deux pages qui expose raisonnablement bien les changements survenus au cours de la décennie précédente dans plusieurs autres provinces, mais a rapidement été dépassé par un certain nombre de changements survenus à la fin des années 1990; Bilodeau et Roy fournissent, en 2000, la meilleure description des pratiques (postérieures à 1988) utilisées au Nouveau-Brunswick, sans toutefois établir de lien ou de comparaison avec les faits nouveaux survenus dans d'autres provinces.⁸

Les observations doctrinales les plus récentes sur les pratiques en matière de nomination dans les provinces sont contenues dans le texte de Ted Morton, dans la

³ Andre S. Millar, « The 'New' Federal Judicial Appointments Process: The First Ten Years » *Alberta Law Review*, Vol. 38 (2000), 616.

⁴ Voir, par exemple, Peter H. Russell et Jacob S. Ziegel, « Federal Judicial Appointments: An Appraisal of the First Mulroney Government's Appointments and the New Judicial Advisory Committee » *University of Toronto Law Journal*; Vol. 4 (1991), 5; Troy Riddell, Lori Hausegger et Matthew Hennigar, « Judicial Selection in Canada: A Look at Federal Appointments since 1988 », document présenté à l'assemblée générale annuelle de l'Association canadienne de science politique de 2006; York University, Toronto, Ontario; juin 2006. Document consulté en ligne au <http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2006/Riddell.pdf>.

⁵ Peter McCormick, « Judicial Councils for Provincial Judges in Canada » *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 6 (1986) 160.

⁶ Martin L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada: A Report prepared for the Canadian Judicial Council* (1995), 243-246.

⁷ Louis Vaillancourt, « Je veux devenir juge : à qui m'adresser? » *Revue générale de droit*, Vol. 25 (1994) 269.

⁸ Roger Bilodeau et Denis Roy, « Le processus de consultation et d'évaluation entourant les nominations à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick » *Alberta Law Review*, Vol. 38 (2000) 867.

collection publiée sous la direction de Malleson et Russell en 2006,⁹ mais elles sont décevantes dans la mesure où elles décrivent très mal les pratiques actuelles. Par exemple, l'auteur prétend que dans plusieurs provinces, la nomination des juges provinciaux est entièrement laissée à la discrétion du procureur général, sans aucun processus de présélection; il n'y avait en fait qu'une province dans cette situation en 1990, et aucune en 1995. Il prétend que plusieurs provinces ont un système selon lequel le procureur général propose une personne, à l'égard de laquelle un conseil de la magistrature peut ensuite exercer un droit de veto; aucun processus du genre n'est utilisé dans les provinces depuis 1990. En outre, il semble prétendre que l'Ontario, l'Alberta et la Colombie-Britannique ont toutes aujourd'hui un système dans le cadre duquel les procureurs généraux reçoivent le nom d'une seule personne, qu'ils peuvent rejeter (même s'ils le font rarement); ce n'est le cas dans aucune de ces provinces. Malheureusement, l'article de Morton semble être devenu la référence dans les milieux juridiques et universitaires; par exemple, lorsque le gouvernement écossais a examiné les pratiques utilisées en matière de nomination dans le Commonwealth en 2008, le résumé de Morton a été accepté d'emblée dans son rapport.¹⁰ Dans la présente étude, je m'efforcerai de rétablir les faits concernant ce sujet important.

L'objectif premier du présent document est d'examiner la gamme des pratiques qui ont vu le jour au Canada au cours des vingt dernières années et d'utiliser cet examen comme contexte dans lequel le système québécois peut être perçu et dans lequel les changements peuvent être envisagés. Afin d'étoffer cet exercice, j'aborderai un certain nombre de questions mettant en relief les choix qui devront être faits à mesure que le système de nomination des juges évoluera. Quelles que soient les réserves que l'on peut avoir à propos du texte de Morton, son sous-titre est tout à fait juste : nous faisons effectivement face à un « système en transition », même si, curieusement, ce système a emprunté trois voies différentes plutôt qu'une. Sans prétendre que le résultat sera ou devrait être un seul modèle canadien unifié, il est utile d'examiner l'ensemble de ces trois voies afin de voir ce qui peut être appris. Dans le cadre de ce processus, je proposerai et

⁹ F.L. Morton, « Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition », dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (presse de l'Université de Toronto, 2006).

¹⁰ Gouvernement écossais, « Matters of Judicial Appointments, Conduct and Removals in Commonwealth Jurisdictions - Research Findings »; consulté en ligne au <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2008/01/04135549/0> le 20 juillet 2010. Le paragraphe pertinent indique ce qui suit: [trad.] « Le système des cours provinciales varie d'une province à l'autre. Il y a trois modèles : (i) aucun comité, les nominations sont faites par le procureur général; (ii) des comités de présélection par l'entremise desquels le procureur général effectue le recrutement et soumet ensuite le candidat à l'approbation d'un autre organisme; (iii) un organisme de mise en candidature chargé d'effectuer le recrutement initial et de soumettre une liste de candidats au gouvernement » (p. 5). En fait, même si les systèmes varient effectivement d'une province à l'autre, ils sont tous des variantes de la troisième des trois options énumérées.

défendrai un cadre de travail conceptuel fournissant une toile de fond systématique à des fins de discussion, de comparaison et d'évaluation de systèmes particuliers.

L'objectif secondaire du présent document sera d'examiner les expériences récentes d'un petit nombre de systèmes judiciaires comparables (en particulier, les États américains, la Judicial Appointments Commission de l'Angleterre et la Judicial Service Commission de l'Afrique du Sud) afin d'en tirer des leçons, tant sur le plan des aspects positifs à imiter que sur celui des aspects négatifs à éviter. C'est toutefois un objectif secondaire, un complément des façons de faire canadiennes et non un remplacement de celles-ci, étant donné les difficultés bien connues liées à la transplantation juridique et constitutionnelle d'un système à un autre; l'institution ou la pratique transplantée finit souvent par être complètement différente après s'être ajustée à un contexte différent.¹¹ Je dois aussi préciser que je mettrai l'accent sur la nomination des juges de première instance, en particulier les juges de première instance à compétence restreinte. Je ne m'attarderai donc pas à la sélection des juges des cours d'appel ni à celle des juges des cours suprêmes nationales, étant donné que ces nominations soulèvent des questions distinctes (parce qu'elles surviennent beaucoup moins souvent et peuvent donc se faire d'une manière beaucoup plus méticuleuse, ce qui prendrait cependant beaucoup plus de temps¹².

Sélection des juges : les principales options

Essentiellement, au sens large, il existe trois grandes méthodes de sélection des juges¹³, soit l'élection démocratique, la nomination fondée sur le mérite déterminé de manière bureaucratique et la nomination effectuée par le pouvoir exécutif. Voici une brève description de chacun de ces mécanismes :

L'élection démocratique est le mécanisme préféré dans les tribunaux des États américains pour conférer une légitimité démocratique aux autorités judiciaires et pour créer un mécanisme sensé de responsabilité à l'égard du public. Ce mécanisme était très courant au début du 19^e siècle; on y avait recours afin d'empêcher que l'élite, par l'entremise de la nomination des juges par l'exécutif, domine le système judiciaire, et afin

¹¹ À un moment donné, le terme préféré pour décrire cette façon de faire était l'« emprunt »; les Américains, pour des raisons évidentes, préfèrent habituellement parler d'« exportation » d'idées juridiques et constitutionnelles; à l'heure actuelle, la métaphore de choix est la « migration ». Voir par exemple Sujit Choudhry (éd.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press, 2006).

¹² À la Cour suprême du Canada, par exemple, un nouveau juge est nommé tous les dix-huit mois en moyenne (les neuf juges restant en poste 13 ans en moyenne depuis 1970); à la Cour de justice de l'Ontario, cependant, 15 nouveaux juges ont été nommés par année en moyenne au cours des vingt dernières années.

¹³ Cette liste pourrait être augmentée : les anciens Grecs croyaient que le tirage au sort dans la population était la seule manière véritablement démocratique de combler les vacances; dans certaines autres collectivités, on rassemblait toute la population, sous la forme de conseils des aînés, afin de résoudre les différends; dans d'autres sociétés, les processus judiciaires sont le prolongement des pratiques religieuses et, par conséquent, se trouvent d'office sous la responsabilité des autorités religieuses. Toutefois, ces pratiques sont plutôt exotiques et ne sont pas très utiles dans le cas qui nous occupe.

de faire obstacle à la corruption, mais les observateurs se sont vite rendu compte que le remède n'était pas toujours préférable à la maladie.¹⁴ Il faut savoir que lorsque les juges sont élus, ils ne sont habituellement pas choisis aux termes d'une démarche standard «chaque parti présente un candidat choisi à l'issue d'un vote simple après une campagne partisane». Ces pratiques, autrefois omniprésentes, ont été remplacées ou modifiées dans la plupart des États dans le cadre du processus de réforme qui a eu lieu au cours des années 1960 et 1970. À l'heure actuelle, on privilégie habituellement soit des élections non partisans, soit la nomination par l'exécutif sur la recommandation d'une commission de mise en candidature bipartisanne et professionnelle, guidée par le mérite, suivie d'une élection de confirmation après un certain temps (qui ne renverse pratiquement jamais la nomination et qui la rend plus permanente). Même si le mécanisme d'élection démocratique ne vient pas immédiatement à l'esprit des Canadiens (je refuse de prendre au sérieux le sondage d'opinion publique qui est fait occasionnellement et qui est censé constater un appui important à cette idée), soit sous la forme d'un concours partisan direct ou d'élections non partisans ou d'élections simples de confirmation ou de renouvellement, les commissions de mise en candidature américaines peuvent nous apprendre quelque chose.

La méthode axée sur le mérite, mesuré de manière bureaucratique, est celle qui est utilisée par les systèmes civilistes d'origine européenne. Elle a été exportée à un nombre suffisant de pays pour devenir une méthode de sélection des juges très populaire. Dans le cadre de ce modèle, les personnes choisissent, avant d'entreprendre leur carrière, de devenir avocat ou juge, et suivent la formation appropriée. (Comme la formation en droit est un parcours de premier cycle, comme le baccalauréat ès arts ou le baccalauréat ès sciences au Canada, il s'agit là d'une formation postérieure au premier volet, acquise dans un établissement spécialisé.) Cette formation culmine par un concours annuel, qui classe tous les candidats participants; les postes judiciaires à combler, en ordre décroissant d'intérêt et de prestige, sont alors offerts aux candidats qui ont le mieux passé le concours, et les candidats qui ne sont pas retenus pourront participer au prochain concours. Les candidats retenus entreprennent ensuite un processus axé à la fois sur le mérite et l'expérience qui les mènera plus haut dans la hiérarchie judiciaire, qui est à la fois plus vaste et plus limitée que la nôtre; le rôle des dirigeants politiques dans le cadre de ce processus a été réduit graduellement. Le fait que cette méthode rende le système judiciaire beaucoup plus près d'un service public bureaucratique ordinaire est moins problématique en Europe qu'il ne le serait en Amérique du Nord, étant donné que le fonctionariat et la

¹⁴ Nous aurions tort de rejeter l'idée du revers de la main; le principe de l'élection directe partisane des juges jouit à l'heure actuelle de l'appui de fervents défenseurs aux États-Unis. Voir par exemple Chris W. Bonneau et Melinda Gann Hall, *In Defense of Judicial Elections* (New York; Routledge, 2009). Pour une critique bon enfant mais cinglante de l'élection des juges, voir Herbert Kritzer, « Law is the Mere Continuation of Politics by Different Means: American Judicial Selection in the Twenty-First Century » *DePaul Law Review*, Vol. 56 (2007) 423.

hiérarchie administrative sont encore plus valorisés là-bas qu'ils ne le sont habituellement ici. Dans notre système, les juges sont recrutés parmi les avocats qui ont du succès, la magistrature étant considérée comme le point culminant de la profession juridique (et non comme une voie parallèle); comme l'indique Shapiro, ce lien robuste avec une profession ancienne et farouchement indépendante est souvent un élément oublié de notre concept d'indépendance judiciaire. Notre système préconise également un rôle plus créatif et plus substantiel pour les juges, ce qui rend le modèle bureaucratique moins attrayant. Cependant, comme les méthodes de sélection européennes en ont plus à révéler que cette simple description introductive de base, j'examinerai davantage cet aspect à la partie 3 du présent document.

Le troisième mécanisme est la *nomination par le pouvoir exécutif*. Il s'agit encore de la méthode de sélection des juges la plus répandue dans le monde.¹⁵ Le grand accomplissement du système anglais, et la fondation de l'indépendance judiciaire qui a été si importante dans l'expérience des pays anglo-américains, a été d'enlever au monarque le pouvoir de nommer les autorités judiciaires et de confier ce pouvoir aux dirigeants politiques, qui sont désignés à l'issue d'élections populaires; la contrainte la plus importante a été le fait que les personnes nommées provenaient d'une profession juridique farouchement autonome. (L'approche continentale visait plutôt à restreindre le pouvoir récemment ressenti des juges en les limitant à un rôle plus mécanique encadré par un droit codifié, mais les deux approches remplacent le pouvoir royal par un pouvoir fondé sur la démocratie.) Jusqu'à tout récemment, curieusement, cet énoncé simple était suffisant pour décrire l'essence du processus -- en supposant qu'elles avaient la formation juridique requise, les dirigeants politiques pouvaient nommer les personnes de leur choix sans autre explication. Les détails de ce processus -- la manière dont le nombre de candidats possibles a progressivement diminué jusqu'à ce qu'une seule personne se dégage des autres candidats -- étaient fort peu transparents, même s'il était bien connu que les liens partisans étaient importants et même si l'on soupçonnait parfois des motifs encore moins nobles. Mais le favoritisme n'avait pas de connotation négative jusqu'à une période relativement récente, et la rotation des partis au pouvoir a rendu cette pratique moins problématique qu'elle aurait pu l'être : tout le monde avait sa chance, même s'il devait peut-être attendre un peu.

Il existe deux voies que l'on peut emprunter afin d'atténuer l'incidence, sur le plan politique et pratique, des nominations politiques sans entrave, deux modifications modernes de plus du pouvoir discrétionnaire absolu des dirigeants politiques. La première de ces deux voies est la *ratification législative*, qui fait appel à un autre acteur démocratique après le choix de l'exécutif mais avant l'entrée en fonction du candidat désigné. L'exemple

¹⁵ Kate Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 82.

le plus évident est celui des États-Unis, où le Sénat doit examiner les nominations à la Cour suprême, aux cours d'appel fédérales et aux *district courts* fédérales des États-Unis, et y consentir. Quand le même parti ne contrôle pas à la fois la présidence et le Sénat, ou lorsque des règles de prise de décision au Sénat exigent le vote d'une supermajorité, en particulier, cela peut limiter de manière très réelle le pouvoir de nomination. Au mieux, cela peut donner lieu à un système qui encourage la nomination de juges ayant une solide réputation et des opinions modérées; au pire (et il semble que cela a été le cas au cours des dernières années), cela peut créer une impasse qui empêchera toute nomination pendant des mois ou des années. D'une manière ou d'une autre, cela peut représenter toute une épreuve pour les candidats, et plusieurs peuvent décider, à raison, de renoncer à leur candidature. Au Canada, cette idée a été abordée partiellement et de manière plutôt timide au moment de la nomination du juge Rothstein à la Cour suprême du Canada en 2006, même si cette pratique semblait avoir été abandonnée au moment où le juge Cromwell a été nommé en 2008. Quoi qu'il en soit, cette méthode semble irréalisable dans le cas des tribunaux de première instance purement provinciaux (article 92), dont le nombre de juges est plus grand et le nombre de postes à combler l'est aussi par conséquent.

La deuxième de ces voies comporte un mécanisme antérieur plutôt que postérieur au choix de l'exécutif, et limite le bassin de candidats à partir duquel ce choix peut être fait. Les *commissions de nomination au mérite* dans les États américains constituent un exemple de ce mécanisme (démocratisé davantage par le recours à des élections de confirmation de la nomination du candidat retenu à l'issue de ce processus); les provinces canadiennes ont eu recours à un éventail de comités de mise en candidature dont la composition et les méthodes varient; le gouvernement fédéral dispose d'un mécanisme similaire aux fins de la nomination des juges des cours supérieures provinciales depuis plus de 20 ans; et plusieurs autres pays, notamment l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande du Nord et l'Afrique du Sud) ont adopté le même principe depuis le tournant du siècle. Cette voie semble être la plus appropriée aux réformes du processus de nomination des juges dans un avenir immédiat, étant donné qu'elle est déjà tout à fait en harmonie avec les attentes en matière politique, juridique, constitutionnelle et quasi-constitutionnelle dans ce pays.

Que faisons-nous ? La raison d'être des comités de sélection

Commençons par la question la plus évidente : quel est le but de cet exercice ? Pourquoi établissons-nous des comités consultatifs chargés d'intervenir dans le processus de nomination ? Quelles valeurs cherchons-nous à promouvoir et quelles inquiétudes cherchons-nous à apaiser, qui rendent souhaitable l'utilisation de différentes méthodes de nomination des juges, et ces méthodes différentes en particulier ? Quels problèmes cherchons-nous à éviter ou à atténuer en créant de tels organismes et de telles procédures ? Quel genre de magistrature, réagissant de quelle manière, à quel genre de public, souhaite-t-on implicitement ou explicitement obtenir ? Je laisse de côté pour le

moment la question des qualités recherchées chez les juges qui sont ultimement nommés; à l'heure actuelle, la plupart des comités et des conseils qui participent aux processus de nomination provinciaux ont élaboré une description, parfois très détaillée, des critères qu'ils emploient. J'aborderai ce sujet un peu plus tard. Ma question, connexe mais distincte sur le plan de la logique, est la suivante : pourquoi avons-nous recours à des conseils de la magistrature et à des comités en premier lieu ? Comme le fait remarquer Charles Geyh de manière concise mais convaincante, [trad.] « en définitive, le meilleur type de système [de sélection des juges] dépend de ce que nous recherchons »¹⁶.

Kate Malleson soulève une question similaire dans son livre intitulé *The New Judiciary*. Au moment de présenter son examen des changements qui pressent le système judiciaire anglais, elle établit le thème principal d'une réponse à une [trad.] « pression accrue en faveur d'une meilleure reddition de compte et d'une plus grande ouverture »¹⁷ et développe cette idée en abordant successivement les thèmes de l'indépendance, de la nomination, de la formation et de l'inspection. Aux fins de ma recherche plus ciblée sur les changements qui ont créé un mouvement, au Canada, vers des mécanismes différents de nomination des juges, je m'attarderai à ces deux éléments mais y ajouterai certains autres qui se rapportent à cette série de changements. Ma liste, dont chaque élément sera développé ci-après, est la suivante :

- le mérite
- la reddition de comptes
- l'ouverture
- l'objectivité
- la représentativité
- la probité

Ce sont ces questions qui ont donné lieu à des réformes jusqu'à présent et qui continueront de le faire. J'élabore ci-dessous sur chacune de ces notions :

1. La première et principale préoccupation concernant la nomination des juges est bien entendu le *mérite* -- s'assurer que les gens qui sont nommés sont ceux qui peuvent faire le travail adéquatement¹⁸. Le mérite n'est toutefois pas un terme qui se définit lui-même, et déceler « le meilleur » parmi un groupe raisonnablement vaste et divers n'est pas une tâche qui peut rallier l'unanimité.

¹⁶ Charles Gardner Geyh, « The Endless Judicial Selection Debate and Its Implications for the Future of Judicial Independence », Indian School of Law at Bloomington Legal Studies Research Paper Series, Research Paper Number 85, septembre 2007, 23. Consulté en ligne par l'entremise de ssrn.

¹⁷ Kate Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth Publishing Co.; 1999), 1.

¹⁸ J'évite intentionnellement d'employer l'expression « choisir le meilleur » parce qu'elle renvoie à une approche de style « tournoi » qui n'est pas particulièrement utile.

Cela signifie toutefois que la manière dont nous structurons le groupe qui fait le choix déterminera, dans une mesure non négligeable, le type de réponse que nous obtiendrons -- les priorités qui sont attribuées aux divers aspects du mérite, la preuve qui est considérée comme la plus convaincante, et ainsi de suite. Un comité composé exclusivement de juges aurait tendance à favoriser un certain type de candidat, un comité composé exclusivement d'avocats pencherait peut-être pour un autre type et un comité composé de non-spécialistes informés en choisirait encore un autre. Le fait d'inclure des personnes de ces trois groupes dans un seul comité chargé d'établir, collectivement, la liste des candidats à retenir, et le fait de composer le groupe selon un équilibre quelconque des trois groupes ou un autre, en tenant compte de la représentativité d'ailleurs, indique de manière implicite ce qui compte (et à quel degré) dans le processus. Cela est d'autant plus important qu'il ne s'agit pas simplement du mérite professionnel dans le cadre d'une sorte de tournoi¹⁹, une certaine gamme discrète de réalisations et d'habiletés pouvant être évaluées et mesurées à l'intérieur de limites claires, mais plutôt d'une tentative d'évaluation et d'application d'un certain amalgame de réalisations professionnelles, d'intérêts pertinents, de traits de personnalité, de style personnel et de potentiel d'apprentissage.

2. La deuxième question est celle de la *reddition de comptes*. Il peut sembler curieux de mettre l'accent sur ceci, étant donné que le système parlementaire repose sur une double notion de reddition de comptes : le concept de gouvernement responsable se rapporte à l'obligation qui incombe au cabinet de rendre des comptes à l'assemblée législative tous les jours de la session, et le concept de mandat se rapporte à l'obligation qui incombe au gouvernement de rendre des comptes à l'électorat en période de campagne électorale. Les gouvernements rendent des comptes dans plusieurs domaines et la manière dont ils nomment les juges n'en est qu'un. Toutefois, la question de la qualité et du choix des juges peut se perdre dans le bruit partisan de la législature, et finit habituellement par occuper très peu de place sur une longue liste de critères pendant les campagnes électorales; ces deux notions sont donc insuffisantes. Les membres d'un conseil ou d'un comité ont une double obligation de rendre des comptes -- d'abord à

¹⁹ Stephen Choi et G. Mitu Gulati ont publié une série de textes qui ne laissent pas indifférent et qui s'articulent autour de l'idée d'un « tournoi » qui donnerait une note objective à un éventail de personnes en vue de choisir, parmi un groupe de juges actuels, le juge qui mérite le plus une promotion. Voir Choi et Gulati, « A Tournament of Judges? », *California Law Review* Vol. 92 (2004) 299; Choi et Gulati, « Choosing the Next Supreme Court Justice: An Empirical Ranking of Judge Performance », *Southern California Law Review*, Vol. 78 (2004) 23. Ces auteurs ont lancé une polémique qui a duré plusieurs années dans les revues américaines, en particulier dans l'édition spéciale du *Florida State University Law Review* (Vol. 32, 2005), consacrée exclusivement aux réactions à leurs idées. On ne peut toutefois pas dire qu'ils ont gagné la bataille, les questions évidentes (Quelle est la liste exhaustive de facteurs? Peut-on véritablement les quantifier? Quel devrait être la pondération de chacun?) demeurent non résolues, et ils abordaient, en tout état de cause, la question de promouvoir des juges d'une cour d'appel à une cour d'appel supérieure.

- l'organisme ou à la fonction en vertu duquel ils y siègent²⁰, et ensuite aux autres membres du comité qui prennent part à ces activités importantes²¹.
3. *L'ouverture* est aussi importante, et ce, à double titre. D'une part, le processus est ouvert parce que tout le monde sait ce qu'est le processus, quels sont les critères, qui participe aux décisions et à qui ces personnes ont l'obligation de rendre des comptes, avec quelles conséquences. La nomination d'un juge n'est pas quelque chose qu'un politicien annonce soudainement; c'est plutôt l'aboutissement d'une période prolongée d'étude attentive et approfondie d'un groupe de personnes approprié ayant un accès complet à l'information pertinente. D'autre part, le processus est ouvert parce que chaque personne possédant certaines qualifications objectives peut participer au concours en ayant la possibilité raisonnable de voir sa candidature prise au sérieux ou même d'être couronnée de succès.
 4. Le quatrième objectif est celui de l'*objectivité*, au sens où un résultat devrait être intelligible et défendable par rapport aux facteurs objectifs annoncés au préalable, et le processus établi pour les évaluer et les appliquer. L'un des éléments les plus importants de la méthode scientifique est la possibilité de réplication, soit le fait qu'une expérience scientifique soutenant une hypothèse ou un modèle particuliers puisse être répétée par quiconque et produire les mêmes résultats. Toutefois, s'il est une chose que nous puissions résolument affirmer à propos de l'« ancien » système de nomination, c'est que si une autre personne avait été le ministre et, certainement, si un autre parti avait été au pouvoir, un autre candidat aurait été nommé, et cela est l'antithèse de l'objectivité. En fait, il serait peut-être impossible de faire en sorte que quelque comité bien structuré que ce soit appliquant les mêmes critères parviendrait exactement au même résultat; c'est toutefois le but duquel il faut s'approcher.
 5. Le cinquième objectif est la *représentativité*, ce qui signifie non seulement que les juges choisis pendant une période donnée devraient être représentatifs dans une certaine mesure, mais aussi que les gens chargés de choisir les juges devraient l'être également. Pour plus de clarté, précisons que nous parlons ici de représentativité au sens très strict. Au sens plus robuste, cela supposerait que les gens représentés choisissent ceux qui les représentent et que ceux-ci ont

²⁰ Cela rend problématique la question de la nomination de membres du public par le ministre, au moyen d'un décret. J'y reviendrai un peu plus loin.

²¹ Brian Lennox, alors juge en chef, fait allusion à cette question lorsqu'il affirme que la taille, la composition et la structure du Comité consultatif sur les nominations à la magistrature de l'Ontario libèrent effectivement celui-ci du contrôle du ministre et sous-tendent son indépendance fonctionnelle. Voir le texte de Brian Lennox intitulé « Judicial Independence -- Judicial Appointment and Judicial Remuneration in the Ontario Court of Justice » présenté à l'International Conference and Showcase on Judicial Reforms à Makati City, aux Philippines, en novembre 2005; consulté sur le site Web du Judicial Reform Network, au <http://jrn21.judiciary.gov.ph/index.html>.

directement l'obligation de leur rendre des comptes; or, ce n'est pas de cela dont il est question. Nous ne cherchons pas non plus à créer un reflet exact, où chaque groupe et chaque catégorie de la population serait représenté proportionnellement. Il est toutefois approprié de parler d'un système largement représentatif si l'on peut démontrer clairement que pendant une période donnée, aucun groupe important et pertinent n'était exclu du processus, non seulement chez ceux qui souhaiteraient être choisis mais aussi chez ceux qui choisissent.

6. Le dernier objectif du processus réformé est la *probité* -- nous souhaitons nous assurer non seulement que les facteurs appropriés ont été pris en compte, mais aussi qu'aucun mauvais facteur n'est venu influencer le processus. À l'heure actuelle, l'un des phénomènes jugés mauvais est le favoritisme. Le favoritisme était autrefois très accepté; on le considérait comme un facteur de cohésion des partis politiques, ces derniers jouant un rôle important de la gouvernance démocratique. À une certaine époque, on pouvait affirmer raisonnablement que tant qu'il y avait une certaine assurance de qualité, le favoritisme n'était pas répréhensible, ne faisait aucun mal et pouvait même avoir des effets positifs.²² Cependant, les valeurs publiques changent et le favoritisme a maintenant une étiquette tout à fait péjorative; l'indignation publique qu'a soulevée le scandale libéral des commandites a démontré la force de ce sentiment et l'a grandement renforcé. L'idéologie est aussi un concept que l'on juge mauvais dans le contexte de la nomination des juges. On prend tout à fait pour acquis dans les milieux universitaires et politiques américains que les valeurs idéologiques d'un candidat à la magistrature constituent, dans la pratique, un critère important dans le choix d'un candidat et dans la mobilisation des intérêts opposés.²³ Si vous participiez à un colloque en sol américain et affirmiez que l'idéologie et les décisions judiciaires sont deux choses complètement séparées, on vous considérerait naïf au point d'en être absurde; au Canada, toutefois, les opinions et les attentes sont complètement différentes : nous ne voulons pas que les juges soient choisis en fonction de leur idéologie.²⁴ Le capitalisme de réseau

²² Par exemple, il est souhaitable qu'au fil du temps, le système judiciaire ne devienne pas trop isolé d'une société en évolution, mais qu'il reste attaché aux principes directeurs et aux valeurs de base des partis au pouvoir.

²³ L'ouvrage de référence en la matière est celui de Nancy Scherer intitulé *Scoring Points: Politicians, Activists and the Lower Federal Court Appointment Process* (Stanford University Press, 2005). Selon son argumentation, le poids donné à l'allégeance politique s'est amoindri au point où celle-ci a pratiquement perdu toute pertinence, et (comme le titre l'indique), cela s'applique uniformément aux tribunaux fédéraux et non seulement à la Cour suprême.

²⁴ Cela peut expliquer l'événement étrange survenu vers la fin de la campagne électorale de 2006 alors qu'on s'est soudainement inquiété du fait que si M. Harper remportait l'élection, il serait en mesure de nommer des juges partageant ses points de vue. En réponse, M. Harper a fait une annonce publique tout aussi étrange en indiquant que même un gouvernement majoritaire conservateur serait très limité par les juges et les

(« copinage », le « *old boys network* »), qui permet aux personnes ayant certains antécédents, certains contacts et certaines associations d'être favorisées, et qui empêche de nombreux candidats éventuels d'être considérés pleinement et de manière légitime, constitue un troisième concept jugé mauvais. Enfin, une dernière considération inadéquate serait la corruption. Par là, je ne suggère aucunement que la nomination des juges, que ce soit au fédéral ou au provincial, est souvent liée à des allégations en ce sens, mais simplement qu'un bon système de nomination en est un qui minimise cette possibilité en plus de fournir un processus transparent qui applique des normes claires et objectivement souhaitables.

Je dirais que c'est cette combinaison de facteurs qui sous-tend les réformes effectuées récemment. Ils reflètent dans leurs grandes lignes une intention de confier la sélection des juges davantage à un comité éclairé formé de personnes soigneusement choisies, et caractérisé par l'indépendance, l'expérience et le professionnalisme plutôt que de s'en remettre à la discrétion absolue des dirigeants politiques. Les attentes liées à la sélection des juges ont changé presque partout dans le monde de la common law -- j'aborderai les faits nouveaux survenus en Angleterre ci-après. Au Canada, il y avait une forte tendance en faveur de la modification des méthodes dans les années 1970.²⁵ Sur le plan fédéral et dans presque toutes les provinces, les gouvernements ont créé volontairement des mécanismes qui limitaient le bassin à partir duquel les dirigeants pouvaient faire leur choix, et ces mécanismes mettaient l'accent sur les valeurs professionnelles, le mérite professionnel et l'expérience. Pendant plusieurs décennies, au Canada, la réalité de la nomination des juges a été celle d'un choix politique de plus en plus limité, mais les structures et les procédures qui ont été appliquées sont tellement diverses que toute tentative d'aller au-delà de ces généralités doit faire l'objet de réserves.

Le texte qui suit est divisé en quatre parties. La première partie porte sur l'évolution des processus de sélection des juges de première instance dans les provinces canadiennes au cours des quarante dernières années, en comparant la diversité surprenante des structures et des procédures sous plusieurs angles; on examinera aussi s'il existe un

fonctionnaires nommés par les Libéraux. Je considère cet événement comme le reflet d'une inquiétude au sujet du lien qui existe entre l'idéologie et la nomination des juges qui a été soulevée par la perspective d'un gouvernement conservateur et non, pour une raison ou une autre, par la perspective d'un gouvernement libéral. Les modifications que les Conservateurs ont apportées aux comités sur la nomination des juges des cours supérieures (retirer le droit de vote du président du comité et ajouter un représentant du milieu policier) indiquent à quel point la question de l'idéologie peut influencer sur la conception des structures et des procédures de sélection des juges.

²⁵ Il est surprenant de constater que c'est pendant cette même période que les vastes réformes aux États-Unis sont survenues; dans une majorité d'États, l'élection partisane directe des juges a laissé sa place à des commissions de nomination bipartisanes et à des élections de confirmation subséquentes. Toutefois, cet élan de changement a manifestement pris fin aux États-Unis et ces réformes sont maintenant contestées; les réformes progressistes de la méthode de nomination sont demeurées à l'ordre du jour au Canada.

mouvement d'évolution qui anime les changements dans les provinces individuelles et si les pratiques se répandent dans les autres provinces. Dans la deuxième partie, je reviens sur ces descriptions et comparaisons afin de dégager et de décrire plus amplement les possibilités et les choix principaux qui différencient les diverses structures et procédures, et j'évaluerai leurs conséquences. Dans la troisième partie, j'approfondirai l'étude en examinant les pratiques utilisées dans d'autres juridictions, en particulier en ce qui a trait aux nominations, par le fédéral, aux cours supérieures provinciales, les pratiques utilisées par les États américains et les nouveaux organismes qui ont vu le jour au Royaume-Uni et en Afrique du Sud. Je conclurai en examinant brièvement les procédures de nomination employées en Europe continentale. Dans la quatrième partie, en guise de conclusion, je présenterai des recommandations à la suite de la description et de l'analyse des trois premières parties. Des documents factuels plus détaillés seront présentés dans les trois annexes : une liste de la composition de chaque organisme provincial, les critères de nomination dans chaque province canadienne et les critères de nomination analogues dans certaines autres juridictions.

Première partie : La nomination des juges provinciaux au Canada

Pendant le premier siècle d'existence du Canada, le processus de nomination des juges aux premiers échelons des tribunaux, ceux qui ont été établis par les assemblées législatives provinciales en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et distincts des cours supérieures des provinces auxquelles les articles 96 à 100 font référence, peut aisément se décrire ainsi : le ministre provincial de la justice (habituellement appelé le procureur général) nommait toute personne à sa discrétion (qu'elle ait ou non une formation et des titres juridiques), et celle-ci exerçait ses fonctions à titre amovible. Le processus était peut-être plus ou moins officialisé selon l'importance de la province, mais cette description générale rend assez bien compte de la situation. Mais tout cela a changé dans les années 1970, une décennie exceptionnelle marquée par des réformes progressistes et des changements politiques d'un bout à l'autre du pays.

En particulier, les années 1970 ont été une décennie importante pour le système judiciaire canadien²⁶, alors qu'une vague de réformes transformait le système de fond en comble. Le processus de nomination des juges à la Cour suprême a changé, de manière informelle, afin d'attirer un bassin plus large de candidats et de mettre l'accent sur les universitaires, l'expérience acquise dans les cours d'appel et les antécédents de services publics accumulés ailleurs qu'au sein d'un parti politique²⁷. La cour s'est vu confier un contrôle important, mais non total, sur la sélection de ses propres dossiers et elle en a profité pour promouvoir une tendance vers la constitution de formations plus importantes, et, du moins pendant un certain temps, des niveaux d'unanimité plus élevés. Des cours d'appel distinctes ont été établies dans les dix provinces, et les cours supérieures provinciales ont été fusionnées afin de créer une cour de première instance de juridiction générale au lieu des paires qui existaient, sous toutes sortes d'appellations, à l'extérieur du Québec.

Néanmoins, les changements ont été plus radicaux au bas de la pyramide judiciaire, puisque les « *magistrates courts* » ont disparu pour être remplacées par des « cours provinciales », ces dernières étant, contrairement aux premières, des cours d'archives dotées d'un personnel qui comprenait des avocats en règle. Deux grandes innovations institutionnelles formaient le pivot de ces changements : le Conseil de la magistrature pour les juges provinciaux²⁸ d'une part, et le juge en chef d'autre part. Ces deux changements servaient à renforcer l'indépendance judiciaire de la nouvelle cour provinciale en créant,

²⁶ J'utilise la référence aux années 1970 de façon assez générale : la période commence en fait lors des réformes de l'Ontario en 1968, et le Nouveau-Brunswick n'a établi son Conseil de la magistrature qu'en 1985.

²⁷ Voir James G. Schnell et Frederick Vaughan, *The Supreme Court of Canada: History of an Institution* (University of Toronto Press, 1985).

²⁸ Voir Peter McCormick, « Judicial Councils for Provincial Court Judges » *Windsor Yearbook of Access to Justice* Vol. 6 (1986) 160, pour un premier compte rendu, qui n'est plus tout à fait actuel.

pour le premier, un processus disciplinaire entièrement indépendant du gouvernement, et pour le second, un tampon administratif entre le gouvernement et les activités quotidiennes des juges. Ces changements ont eu lieu avant l'enchâssement de la Charte, mais ils ont ensuite été confirmés (dans *Valente*²⁹), comme étant conformes aux exigences fondamentales de l'indépendance judiciaire. Cela a eu comme répercussion que ces dispositifs institutionnels ont été eux-mêmes, dans une certaine mesure, « constitutionnalisés », et qu'on ne pouvait pas les abolir ou les affaiblir considérablement sans de lourdes conséquences. Alors que la Cour suprême a continué à formuler sa doctrine de l'indépendance judiciaire dans une longue série de décisions (plus d'une douzaine)³⁰, les Conseils de la magistrature ont constamment bénéficié de témoignages de confiance, quoique la fonction de juge en chef n'a pas été traitée avec la même bienveillance³¹.

Les neuf provinces qui ont créé des Conseils de la magistrature leur ont donné un certain rôle à jouer dans le processus de traitement des plaintes contre les juges, bien que ces rôles variaient considérablement³². Toutefois, comme la Cour suprême l'a indiqué dans son exposé de l'historique des Conseils de la magistrature dans *Ell*, le motif central de la création des Conseils de la magistrature a peut-être été, dans les provinces qui ont mené cette démarche (l'Ontario et la Colombie-Britannique), l'inquiétude que suscitaient les influences partisans dans la nomination des juges. Une étape importante en vue de surmonter cette perception était la participation d'un « comité indépendant échappant à toute influence politique » (par. 46). Au moins au début, le fonctionnement effectif des Conseils de la magistrature a démenti cette interprétation de l'histoire : les conseils étaient divisés de façon presque égale entre ceux qui participaient d'une certaine manière (pas toujours la même) dans le processus de nomination (Colombie-Britannique, Alberta, Saskatchewan, Ontario et Terre-Neuve), et ceux qui n'y participaient pas (Manitoba, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick³³ et Québec).

²⁹ *Valente c. La Reine* [1985] R.C.S. 673.

³⁰ Voir par exemple *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)* [2002] 1 R.C.S. 249, par. 43-53. « Les conseils de la magistrature peuvent être considérés comme uniques non seulement parmi les tribunaux administratifs, mais même parmi les organismes disciplinaires professionnels. » ([para 44]). *Ell c. Alberta* [2003] 1 R.C.S. 857 met également l'accent sur l'importance du conseil de la magistrature dans un contexte autre que la discipline judiciaire ou la destitution.

³¹ Je pense à certains commentaires critiques dans les motifs des juges majoritaires dans *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale* [1997] 3 R.C.S. 3, même si le point est fait plus directement dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias* [1997] 3 R.C.S. 391.

³² Certains conseils faisaient enquête sur la plainte eux-mêmes et adressaient des recommandations au ministre; d'autres créaient des sous-comités de leurs propres membres à cette fin; certains faisaient des enquêtes pour savoir si la plainte était assez grave et fondée, puis la réfèrent à un organisme ou agent externe – tel qu'un juge de la cour supérieure provinciale – pour qu'il examine la plainte et fasse les recommandations nécessaires.

³³ Même si Bilodeau et Roy indiquent que le Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick est devenu un conseil de présélection après 1985.

Dans mon étude initiale sur les Conseils de la magistrature³⁴, qui s'appuyait sur des entrevues que j'avais menées au début des années 1980, j'ai été frappé par le fait que malgré la large dissémination de l'idée d'avoir, comme politique de base, des Conseils de la magistrature, il n'y avait aucune dissémination parallèle ni quant aux structures respectives de ceux-ci et aux rôles qu'ils jouaient dans le processus de plainte, ni (pour les conseils qui s'étaient vu attribuer cette fonction) sur leur participation à la nomination des juges. L'Ontario et la Saskatchewan étaient ce que j'appelais des « conseils de veto » : les conseils dans ces provinces recevaient du ministre de la Justice une proposition de candidat (le nom d'une personne précise pour occuper un poste vacant en particulier), puis ils cherchaient à établir que la personne se conformait aux critères de nomination. En Ontario, ce processus comprenait toujours une entrevue personnelle, mais pas en Saskatchewan. Leur réponse au ministre se limitait à un simple « oui » ou « non »; il ne s'agissait pas, par exemple, de recevoir plusieurs noms, puis de désigner la personne qui semblait la plus apte. Bien que ces personnes prenaient leur responsabilité au sérieux, il n'y avait aucune indication à ce moment-là qu'elles aient en fait rejeté un quelconque candidat proposé (même si l'on pourrait croire que leur seule présence suffisait à dissuader les candidats clairement marginaux qui méritaient probablement un refus). D'un autre côté, la Colombie-Britannique donnait l'exemple de ce que j'appelais un « conseil de présélection » : son conseil recevait des demandes de candidats à la magistrature, menait des enquêtes et des entrevues, puis produisait une liste de candidats qualifiés parmi lesquels le procureur général pouvait faire son choix en cas de vacance.

La situation était passablement plus compliquée en Alberta, où la loi suivait délibérément le modèle de celle de l'Ontario, et où l'intention (du ministre et de l'auteur du rapport Kirby, qui avait mené à la création du conseil³⁵) était que le conseil fonctionnerait là aussi comme un conseil de veto. Mais en pratique, c'est l'exemple de la Colombie-Britannique qu'on a suivi : après avoir reçu des demandes, on procédait à une présélection pour produire un bassin de candidats qualifiés. Après certaines frictions initiales, le gouvernement a accepté cette réorientation. Une évolution similaire, d'un conseil de veto à un conseil de présélection, s'est produite à Terre-Neuve. L'intention législative collective des gouvernements et des assemblées législatives des différentes provinces avait été de créer un conseil de présélection et quatre conseils de veto (moins influents); mais en fait, ils se sont retrouvés avec deux conseils de veto et trois conseils de présélection (plus influents)³⁶.

La position du Québec était unique : ici, on a créé un Conseil de la magistrature et on a entrepris de limiter la discrétion du ministre de la Justice quant aux nominations, mais on

³⁴ McCormick, « Judicial Councils for Provincial Court Judges », *op. cit.*

³⁵ Entrevues personnelles au début des années 1980.

³⁶ Avec le Nouveau-Brunswick qui est devenu brièvement le quatrième conseil de présélection au milieu des années 1980.

n'a pas utilisé le conseil pour établir cette limite. À la place, on a pris des dispositions pour constituer un comité spécial formé de trois personnes (juge, avocat, membre du public non-juriste) pour traiter les demandes concernant une vacance en particulier. Cela permettait au Québec de se démarquer de deux façons : premièrement, c'était la seule province à avoir décidé, avant la fin des années 1970, d'avoir une structure à vocation unique au lieu de greffer le processus de nomination à un mandat élargi du Conseil de la magistrature; deuxièmement, c'était également la seule province à avoir adopté un comité spécial au lieu d'un comité permanent composé des mêmes membres. Ces deux décisions ont depuis été reprises par d'autres provinces.

Le tableau qu'on peut brosser 25 ans plus tard est assez différent. En fait, seules trois provinces ont conservé les pratiques qu'elles avaient au début des années 1980 : la Colombie-Britannique (avec son conseil de présélection au mandat clair), Terre-Neuve (avec son conseil de présélection *de facto*) et le Québec (avec ses comités spéciaux ne relevant pas du conseil). L'Ontario a transféré la responsabilité d'examiner les candidats aux nominations judiciaires du Conseil de la magistrature à un comité spécialisé à vocation unique; le Nouveau-Brunswick a brièvement attribué une fonction de présélection à son Conseil de la magistrature en 1985 pour ensuite établir un processus alternatif unique en 1988; la Nouvelle-Écosse a créé un comité de présélection sans jamais avoir confié cette fonction à son Conseil de la magistrature. La Saskatchewan a retenu le Conseil de la magistrature comme mécanisme, mais sa fonction a évolué d'un conseil de veto (réagissant aux candidats proposés par le procureur général) à un comité de présélection (recevant les demandes et recommandant des candidats qualifiés) alors même que la loi conserve l'ancien libellé. L'Alberta a conservé son Conseil de la magistrature en tant que mécanisme de présélection, mais a ajouté un nouveau comité consultatif en 1999 afin de réduire encore plus la liste de candidats à présenter au ministre. Enfin, deux provinces (le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard) ont imité le Québec en adoptant un comité spécial à constituer quand un poste se libère pour fin d'exécuter une présélection en vue de la nomination éventuelle à ce poste.

Cela représente toujours beaucoup de diversité et étonnamment peu en fait d'émulation. Toutefois, on pourrait suggérer un centre de gravité en ce qui a trait à la diversité du début des années 1980. La plupart des provinces limitaient le choix du pouvoir exécutif, et la plupart de celles-ci le faisaient en utilisant un Conseil de la magistrature à vocations multiples, dont les membres variaient, et la plupart de celles-là utilisaient des conseils de présélection *de facto* au lieu de conseils de veto. On peut également trouver un tel centre de gravité de nos jours : les dix provinces limitent le choix du pouvoir exécutif; la plupart le font par le truchement de comités consultatifs à vocation unique, soit des comités permanents (trois exemples), soit des comités spéciaux réactifs (trois exemples). L'autre façon de parvenir au même but consiste à continuer d'utiliser le modèle plus ancien

des Conseils de la magistrature à vocations multiples (quatre exemples)³⁷. Les arrangements particuliers au Nouveau-Brunswick sont inclassables dans ces catégories. En général, des Conseils de la magistrature à vocations multiples ont été, dans les années 1970 et 1980, le véhicule privilégié pour approuver les nominations judiciaires, mais au cours des vingt dernières années, ils ont cédé la place à des comités à vocation unique de deux types différents.

Les comités de sélection judiciaire dans les provinces canadiennes de nos jours

L'annexe 1 contient l'information détaillée, province par province, sur la composition des comités pertinents. Le tableau 1 contient les désignations des comités, l'acronyme correspondant et la date de leur création. Cette compilation sera utile parce que j'utiliserai souvent les acronymes pour éviter la répétition fréquente des noms en entier.

Tableau 1 : Désignations des comités de nomination dans les provinces canadiennes de nos jours

Province	Structure	Abrév.	Année
Colombie-Britannique	Judicial Council	BC JC	1969
Alberta	Judicial Council	AB JC	1975
Alberta	Provincial Court Nominating Committee	AB PCNC	1999
Saskatchewan	Judicial Council	SK JC	1978
Manitoba	Comité de nomination des juges	MN CNJ	1990
Ontario	Comité consultatif sur les nominations à la magistrature	ON CCNM	1989 ³⁸
Québec	Comité de sélection		1979
Nouveau-Brunswick	Conseillers d'examen des nominations judiciaires provinciales	NB ENJP	1988
Nouvelle-Écosse	Advisory Committee on Provincial Judicial Appointments	NS ACPJA	1989
I.-P.-E.	Judicial Appointments Advisory Committee	PEI JAAC	1995
Terre-Neuve	Judicial Council	NF JC	1975

Les compositions des comités indiquées à l'Annexe 1 témoignent d'une diversité causant pas mal de confusion, ce qui montre que pour les comités de nomination comme pour les Conseils de la magistrature dans les années 1980, la propagation d'une idée fondamentale n'entraînait pas des notions communes sur sa mise en pratique. Pour faciliter

³⁷ Cela donne un total de 11, et non de 10, parce que l'Alberta utilise à la fois un conseil de la magistrature pour la sélection et un comité consultatif pour les entrevues et les recommandations.

³⁸ Comme projet pilote proposé par un ministre; la loi a été adoptée en 1995.

l'examen de cette diversité, les tableaux 2 et 3 montrent la composition des institutions pertinentes qui ont participé aux procédures de nomination des juges de cours provinciales à l'époque « moderne » (si l'on prend les années 1970 comme point de départ). La division dans ces deux tableaux est motivée par la logique plutôt que par la simple commodité : le tableau 2 comprend des organismes de présélection des nominations qui étaient également des Conseils de la magistrature à vocations multiples (l'autre grand objectif, et il ne s'agit pas du seul autre objectif, étant de traiter les plaintes contre les juges), et le tableau 3 comprend les comités consultatifs à vocation unique. (Le tableau 3 est également divisé en deux « blocs » : les trois comités consultatifs spéciaux sur la gauche, et les quatre comités consultatifs permanents sur la droite.) Il est intrigant de voir à quel point ce classement logique est également temporel, et j'en dirai davantage à ce sujet plus loin. L'Alberta apparaît deux fois dans le tableau parce qu'elle a actuellement deux structures différentes : la première est le Conseil de la magistrature qui a existé dans la province pratiquement sans changement³⁹ depuis 1975, et la deuxième est le Provincial Court Nominating Committee qui a été établi en 1999. Mais la nouvelle institution n'a pas remplacé l'ancienne; elle n'a fait que la compléter. L'Alberta est la seule province à avoir adopté un tel mécanisme dédoublé⁴⁰, mais puisque les deux institutions font partie du processus, les deux ont été incluses dans le tableau. La division en deux parties permet également de rendre compte des onze organismes pertinents sans trop embrouiller la présentation du matériel.

³⁹ Sauf pour le fait que l'élément judiciaire était réduit d'un quand la division de première instance de la Cour suprême a été combinée à la cour de district pour créer la Cour du Banc de la Reine en 1979; et que la présidence a été déplacée d'un des membres non juristes quand cette pratique a été critiquée dans le procès menant à la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la rémunération* [1997] 3 R.C.S. 3.

⁴⁰ Vaillancourt suggère que l'Ontario a également utilisé un double mode similaire, avec l'intervention du Conseil de la magistrature après le comité de nomination -- voir Louis Vaillancourt, « Je veux devenir juge; à qui m'adresser? » (1994) 25 R.G.D. 269, 275 – mais c'était purement un effet transitoire pendant la période de « projet pilote » pour le CCNM et ne s'applique pas de nos jours.

Tableau 2 : Conseils de la magistrature en tant que comités consultatifs

	<i>Ontario</i>	<i>C.-B.</i>	<i>Alberta</i>	<i>T.-N.</i>	<i>Saskatchewan</i>	<i>N.-B.</i>
Début :	<i>1968</i>	1974	1975	1975	1978	<i>1985</i>
JCCP	<i>Oui</i>	Oui*	Oui	Oui*	Oui	<i>Oui*</i>
JCCA	<i>Oui*</i>		Oui		<i>Oui*</i>	<i>Oui</i>
JCBR	<i>Oui</i>		Oui		Oui	
Barreau prov.	<i>Oui</i>	Oui	Oui	Oui	Oui	<i>Oui</i>
ABC (prov)		Oui				
Autre juge prov.	<i>Oui (2)</i>	Oui (2)		Oui	Oui (2)	
Non-juriste/public	<i>Oui (2)</i>	Oui (2)	Oui (2)	Oui (2)	Oui (2)	<i>Oui (2)</i>
Autre avocat		Oui (1)				
Autre		Oui (1)				
Taille	<i>8</i>	9	6	5	8	<i>5</i>
Type	<i>Conseil</i>	Conseil	Conseil	Conseil	Conseil	<i>Conseil</i>
Spéc./perman.	<i>Perman.</i>	Perman.	Perman.	Perman.	Perman.	<i>Perman.</i>
Fin :	<i>1995</i>					<i>1988</i>

La première « vague » d'organismes de nomination était composée de Conseils de la magistrature provinciaux, et cela domine les pratiques des années 1970. La date de début dans la deuxième rangée du tableau 2 indique généralement l'année où le conseil a été créé, mais pour la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick, le Conseil de la magistrature n'avait pas au début un rôle de présélection des nominations : celui-ci a été ajouté quelques années plus tard. Pour les deux, la date de « début » est l'année où elles ont commencé la présélection des nominations. Mais deux de ces conseils (ceux de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick, les deux provinces qui sont indiquées en italique de part et d'autre du tableau 2) ne jouent plus le rôle de présélection des nominations, puisqu'il a ensuite été attribué ailleurs; la ligne « fin » indique l'année au cours de laquelle cette réattribution a eu lieu, et le tableau 3 montrera la structure qui a pris la relève⁴¹.

La deuxième vague d'arrangement institutionnel du rôle de présélection des nominations consistait en la constitution de comités consultatifs à vocation unique, mais ces innovations ont pris deux voies différentes. Un ensemble de choix comprenait la formation d'un comité spécial, lequel était formé à l'occasion d'une vacance réelle ou anticipée afin de traiter les demandes concernant un poste à pourvoir. Ni le comité, ni la liste ne duraient au-delà de la nomination spécifique⁴². Le processus du Québec a été établi en 1979, et le Manitoba lui a emboîté le pas (utilisant explicitement l'idée de base du modèle du Québec, mais en aboutissant à la création d'un comité plus important) en 1990;

⁴¹ Les dates pour l'Ontario ne semblent pas concorder, puisque 1989 est le début du projet pilote JAAC, et 1995, l'année où les lois pertinentes ont été modifiées pour intégrer JAAC de façon officielle au processus.

⁴² Les procédures du Québec envisagent la possibilité d'avoir des comités de sélection pour Montréal et Québec, lesquels demeureraient en activité pendant une année complète pour participer au processus relatif aux postes vacants de l'agglomération concernée et traiter toutes les candidatures reçues.

l'Île-du-Prince-Édouard a également adopté la même idée de base en 1995, avec un comité dont la taille est supérieure à celle qui est prévue au Québec et inférieure à celle qui est prévue au Manitoba.

Tableau 3 : Comités consultatifs par rapport aux nominations judiciaires

Province	Québec	Manitoba	I.-P.-E.	N.-B.	Ontario	N. E.	Alberta
Début	1979	1990	1995	1988	1989	1989	1999
JCCP		Oui*	Oui*				
JCCA				Oui			
JCBR				Oui			
Barreau prov.		Oui	Oui	Oui	Oui	Oui (2)	Oui
ABC (prov)		Oui	Oui	Oui	Oui		Oui
Autre juge prov.	Oui	Oui		Oui	Oui (2)	Oui (2)	Oui
Membre non-juriste/public	Oui	Oui (3)	Oui (2)	Oui (2)	Oui (7)	Oui (4)	Oui (4)
Autre avocat	Oui			Oui (2)	Oui (1)		Oui (4)
Autre					Oui (1)		
Taille	3	7	5	9	13	8	11
Type	Comité	Comité	Comité	Comité	Comité	Comité	Comité
Spéc./perman.	Spécial	Spécial	Spécial	Perman.	Perman.	Perman.	Perman.

L'autre ensemble de choix comprenait un comité permanent, et ce modèle a été adopté plus ou moins en même temps en Ontario et en Nouvelle-Écosse. Comme les Conseils de la magistrature, ces comités permanents reçoivent tout le temps des demandes non associées à des vacances en particulier, et leur objectif est donc de produire un « bassin » de candidats qualifiés, parmi lesquels on peut faire une nomination rapidement, au besoin. L'Ontario est l'exception, et « coupe la poire en deux » entre les autres comités permanents, d'une part, et les comités spéciaux comme ceux du Québec, du Manitoba et de l'Î.-P.-E., d'autre part; même si le comité est permanent, c'est l'annonce d'une vacance qui déclenche la réception des candidatures à présélectionner, et celles-ci doivent viser spécifiquement cette vacance (même s'il y a des dispositions pour « mettre en banque » les candidatures récentes infructueuses mais intéressantes, ou pour répondre aux vacances inattendues).

L'Alberta est unique, puisque cette province a participé aux deux « vagues », non pas, comme l'ont fait l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, en commençant par un conseil à vocations multiples pour le remplacer par un comité à vocation unique, mais plutôt en commençant par un conseil de présélection, puis en rajoutant un comité de nomination permanent comme deuxième étape du processus. Comme on le décrira ci-dessous, il est de pratique assez commune pour les conseils ou comités de commencer par élaguer les candidatures pour produire un ensemble plus étroit de candidats méritant de passer une entrevue, puis d'utiliser une rencontre avec le comité au grand complet pour resserrer

encore plus la liste en vue de présenter des recommandations au ministre. L'Alberta est un cas inhabituel en ce que ces deux fonctions d'élagage sont confiées à des organismes indépendants et structurellement distincts.

La sélection des juges de cours provinciales au Canada : composition

Mes rubriques de la colonne de gauche sont un peu simplifiées. En effet, les termes « Juge en chef » comprennent également « ou délégué »; par ailleurs, mon abréviation « JCBR » correspond aux initiales de la désignation la plus courante, mais non la seule pour la cour supérieure provinciale de première instance (maintenant un seul niveau). Le doublon « non-juriste/public » me permet d'inclure à la fois les membres décrits par la désignation la plus ancienne (les « membres non-juristes ») et ceux dont la désignation est l'autre forme qui devient maintenant plus courante (« membres du public »), les deux étant identifiés comme ni juges, ni avocats.

composition 1. juges

Les juges constituent le premier des trois groupes représentés dans ces organismes. La personne qui est incluse le plus souvent est le juge en chef de la cour provinciale (ou délégué)⁴³, qui siège à six organismes et en préside deux, même s'il y a une nette distinction entre conseil et comité dans ce cas : le JCCP siège à tous les Conseils de la magistrature, mais à moins de la moitié des comités spécialisés qui participent à la nomination des juges provinciaux. D'autres juges provinciaux siègent à neuf organismes, parfois le (ou un) juge en chef adjoint comme membre imposé par la loi (C.-B.) ou nommé par le juge en chef (Ontario, N.-E.), mais plus souvent il est un simple juge qui a été sélectionné par ses homologues collectivement (Manitoba ou Saskatchewan), ou par l'association des juges provinciaux (par exemple, C.-B., Terre-Neuve, Nouveau-Brunswick). Le Québec est l'exception, avec une nomination exécutive (par décret), même si la pratique ici peut en fait faire intervenir une sélection par le juge en chef qui est normalement ratifiée telle quelle par le ministre. Les cours supérieures provinciales sont représentées sur seulement trois des organismes, deux conseils (Alberta et Saskatchewan) et un comité (Nouveau-Brunswick); et si une des cours supérieures (première instance et appel) est représentée, elles le sont alors toujours toutes les deux.

composition 2. avocats

Les avocats constituent le deuxième des trois groupes. Le barreau provincial intervient dans chaque province, et la division provinciale de l'Association du Barreau canadien, dans six provinces. Dans deux provinces, d'autres groupements d'avocats sont également concernés : l'Association des bâtonniers de comtés et districts en Ontario, ainsi

⁴³ Je suis conscient que ce ne sont pas tous les tribunaux créés en vertu de l'art. 92 qui sont désignés comme « Cour de (province) », et je sais que ce ne sont pas toutes les provinces qui utilisent le titre de « juge » pour le personnel judiciaire de ces tribunaux. Toutefois, pour faciliter les choses et éviter d'avoir à constamment rappeler ce fait, j'adopterai les termes favorisés dans la plupart des provinces.

que l'Association des juristes d'expression française et l'Association des avocats de la défense au Nouveau-Brunswick. Au Québec, l'avocat est nommé par décret (après consultation avec l'organisation); plus souvent, les avocats sont membres parce qu'ils sont présidents de leur association, ou qu'ils ont été désignés par le président, ou parce qu'ils ont été élus (et je présume que le libellé au Québec permet en fait une pratique similaire).

composition 3. non-juristes/membres du public

Les membres du public sont le troisième groupe également présent dans chacune des institutions pertinentes. Le terme plus ancien est « membre non-juriste », mais cela semble être en voie de disparaître, remplacé soit par « membre du public », soit par « représentant du public », mais quoi qu'il en soit, il demeure que ce sont des personnes qui ne sont ni des juges, ni des avocats, et elles sont là pour offrir une perspective généralisée de la collectivité dans laquelle les juges occupent leur fonction. C'est uniquement au comité spécial du Québec que l'on ne trouve qu'un seul tel membre, mais à l'autre extrême, ils constituent la majorité (sept sur treize) des membres du comité consultatif de l'Ontario. Il y a une dernière ligne que j'appelle simplement « autre », avec seulement une entrée pour la Colombie-Britannique : c'est une nomination par décret qui, par convention, est toujours remplie par un juge de paix judiciaire (c'est-à-dire pas *tout à fait* un juge, mais pas un non-juriste pour autant).

Les membres du public sont l'élément distinctif des organismes modernes de sélection judiciaire, mais leur présence est également la plus problématique. Les juges et les avocats sont là parce qu'ils partagent une profession avec les gens envisagés pour la nomination, ils partagent également une expérience de travail personnelle qui est directement pertinente, et normalement ils ont une fonction ou un poste spécifique dans une organisation (ou en sont à tout le moins membres) à qui ils doivent leurs sièges au comité; mais les membres du public sont présents précisément parce qu'ils n'ont ni les titres professionnels, ni l'expérience professionnelle. (D'ailleurs, le terme « membre non-juriste » le montre le mieux en suggérant qu'ils sont choisis pour ce qu'ils ne sont pas, et non pour ce qu'ils sont, alors que « membre du public » donne au moins une impression plus positive.) La question de savoir pourquoi cette personne en particulier siège à titre de membre du public, et ce qu'elle apporte au comité, est toujours et partout très vague. Comprendre la portée et le type de participation qui sont appropriés pour ces personnes, et en tirer profit dans la plus grande mesure possible, cela représente le principal défi de la conception et de la procédure des comités, pas seulement dans les provinces canadiennes, mais partout, et j'en parlerai ultérieurement dans ce rapport.

Tableau 4 : Membres non-juristes aux organismes consultatifs provinciaux

	Type	Nombre	Mandat	Renouvelable?
Colombie-Britannique	Conseil de la magistrature	2	3 ans	Oui
Alberta (1)	Conseil de la magistrature	2	Non indiqué	?
Saskatchewan	Conseil de la magistrature	2	3 ans	Oui (une fois)
Terre-Neuve	Conseil de la magistrature	2	3 ans	Oui
Alberta (2)	Comité permanent	4-6	Non indiqué	?
Ontario	Comité permanent	7	3 ans	Oui
Nouvelle-Écosse	Comité permanent	2-4	« 1 ou 2 » ans	Oui
Manitoba	Comité spécial	3	Sans objet	Sans objet
Québec	Comité spécial	1	Sans objet	Sans objet
I.-P.-E.	Comité spécial	2	Sans objet	Sans objet
Nouveau-Brunswick	Autre	2	Non indiqué	?

Ce tableau illustre encore la variété des pratiques au Canada, ainsi que le manque d'orientations ou de schémas communs dans la structure et le fonctionnement des comités. Le nombre de non-juristes/membres du public varie : un au Québec et sept en Ontario (le fait que des provinces voisines, et les plus grandes du pays, se placent aux deux extrêmes souligne la diversité qui existe au Canada); la moyenne est de trois, mais le nombre le plus courant est de deux. La durée du mandat est également problématique, parce que la notion de « mandat » ne signifie pas grand-chose pour les comités spéciaux (lorsque le comité n'existe que pour produire des recommandations visant une seule nomination) ou pour le processus du Nouveau-Brunswick. La durée « normale » du mandat pour les autres provinces et comités semble être de trois ans, même si la Nouvelle-Écosse fonctionne avec un étonnement vague « un ou deux » ans. Je suis sûr qu'il existe un mandat spécifique pour les nominations par décret des membres non-juristes au Conseil de la magistrature de l'Alberta – les exigences constitutionnelles des décisions de la CSC en matière d'indépendance judiciaire sous-entendent des règles plus strictes pour ces organismes à vocations multiples — même si ce n'est pas indiqué dans la législation ou dans les documents que j'ai pu consulter. Je présume que le mandat est de trois ans, et je suis raisonnablement certain qu'il est renouvelable; il l'était certainement dans les années 1980. D'un autre côté, il se peut très bien que le service au Provincial Court Nominating

Committee de l'Alberta soit moins structuré, même au point de ne pas avoir une durée définitive et qu'en fait, le service est effectivement à titre révocable⁴⁴.

composition 4. membres d'autres organismes du gouvernement

Il y a un quatrième groupe dont l'absence est remarquable : celui des membres d'autres organismes du gouvernement. Si l'on envisage ce phénomène selon une perspective comparative plus large, Garoupa et Ginsburg mentionnent ce groupe (avec les juges et avocats) comme la troisième patte du tabouret. Pourtant, ils sont complètement absents de tous les organismes canadiens⁴⁵. Les organisations de juges et d'avocats sont représentées, mais c'est une question différente. De même, bien que les non-juristes/membres du public aient souvent des connexions organisationnelles et des antécédents de différentes sortes qui montrent clairement que c'est ce qui explique en partie leur désignation, ce n'est pas la même chose non plus. L'une des caractéristiques des Conseils de la magistrature du continent européen (par exemple) est précisément qu'ils comprennent des représentants du gouvernement comme partie non dominante de la structure, et c'est ce qui fait manifestement défaut dans tous les conseils ou comités canadiens. (Je dois faire remarquer qu'au moment de mes entrevues du début des années 1980, un des deux membres non-juristes du Conseil de la magistrature de Terre-Neuve était un représentant du ministère de la Justice; je ne sais pas si cette pratique s'est poursuivie, mais si oui, cela représenterait le seul exemple « pur », parmi les provinces canadiennes, de ce que Garoupa et Ginsburg identifient comme une des catégories normales de composition.) Il n'y a pas non plus de ministres du cabinet, mais on peut présumer que cela reflète le fait que ces comités sont essentiellement des conseillers du ministre de la Justice, qui sera en fin de compte chargé de sélectionner la personne devant être nommée.

composition 5. représentants élus

Les représentants élus sont également absents; c'est-à-dire, non pas les ministres ou les bureaucrates, mais les députés. Cette suggestion n'est pas complètement farfelue; dans

⁴⁴ Le gouvernement de l'Alberta a utilisé plusieurs comités consultatifs assez informels pour soutenir les actions de différents ministres au cours des quinze à vingt dernières années, à tel point que cela pourrait être considéré comme une partie de son mode de fonctionnement normal. Par exemple : le premier ministre Ralph Klein avait un comité consultatif sur les relations intergouvernementales pendant quelque six ans, qui se réunissait environ une fois par mois pour discuter de questions ou de problèmes d'actualité. Je faisais partie de ce groupe, mais il n'y a jamais eu de lettre de nomination officielle, on n'a jamais mentionné la durée du mandat (en fait, les membres du groupe ne changeaient jamais) et, en fin de compte, le groupe n'a jamais été officiellement dissous, mais a simplement cessé de se réunir. On nous a dit que le premier ministre Klein avait formé plusieurs tels groupes sur une variété de sujets, mais que le nôtre lui était le plus utile et a donc duré plus longtemps; d'ailleurs, nous a-t-on également dit, il n'était pas le seul ministre à créer de tels groupes.

⁴⁵ Nuno Garoupa et Tom Ginsburg, « Guarding the Guardians : Judiciary Councils and Judicial Independence », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57 (2009) 103, 120. L'argument dans cet article est plus directement lié à ce projet qu'on ne pourrait le croire à première vue, parce que les « conseils de la magistrature » sont utilisés comme terme plus vaste, et les procédures de nomination sont pour eux une partie de la notion d'indépendance judiciaire.

la mesure où les ministres de la Justice et le gouvernement dont ils font partie sont redevables des organismes judiciaires, c'est traditionnellement à l'assemblée législative que cette responsabilité s'exerce. Et si l'on considère que le patronage politique a été une préoccupation occasionnelle dans la façon dont les postes de juge sont attribués, le fait de faire intervenir des membres élus de partis autres que le parti au pouvoir serait une réponse raisonnable. Il y a des exemples à l'étranger : aux États-Unis, le Vermont Judicial Board comprend six représentants élus (trois de la chambre haute, trois de la chambre basse) pour constituer la majorité d'un comité comprenant onze membres; en Afrique du Sud (dont on parlera plus bas), il y a un très grand nombre de députés dans les deux commissions comparables. Malleon se demande si l'exclusion des députés peut être soutenue alors que la conscience du pouvoir croissant des tribunaux se répand⁴⁶. Mais dans la pratique canadienne, cette idée est vraiment farfelue, et aucun conseil ou comité consultatif n'a présentement ni n'a jamais compté dans ses rangs un membre de l'assemblée législative.

composition 6. sommaire sur la composition

Pour résumer : tous exemplaires mis ensemble, le processus de la présélection des juges est composé à 31 % de juges, à 30 % d'avocats, et à 39 % de membres du public ou non-juristes. En moyenne, ces organismes comptent huit membres, mais une meilleure indication de la dynamique implicite est de « faire comme » s'il y en avait sept, dont deux juges, deux avocats et trois membres du public : cela reflète mieux le ratio de la composition, quitte à légèrement sous-estimer le nombre de membres. Seulement deux conseils sont dominés (plus que la majorité) par un de ces trois éléments : le Conseil de la magistrature de la Saskatchewan par les juges, et le comité consultatif de l'Ontario par les membres du public. (Le Conseil de la magistrature de l'Alberta a trois membres sur six qui sont des juges, et le comité de la Nouvelle-Écosse a quatre membres sur huit qui sont des représentants du public.)

⁴⁶ Kate Malleon, « The New Judiciary Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles? », dans Kate Malleon et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (University of Toronto Press, 2006), 49.

Tableau 5 : Composition des organismes provinciaux de nomination, par type de membre

Province	Juges	Avocats	Autre	Total
Colombie-Britannique	3	3	3	9
Alberta (1)	3	1	2	6
Alberta (2)	1	6	4	11
Saskatchewan	5	1	2	8
Manitoba	2	2	3	7
Ontario	3	3	7	13
Québec	1	1	1	3
Nouveau-Brunswick	3	4	2	9
Nouvelle-Écosse	2	2	4	8
I.-P.-E.	1	2	2	5
Terre-Neuve	2	1	2	5
Total global	26	26	32	84

Mais il est plus utile de distinguer entre les organismes à vocation unique qui sont des comités consultatifs sur les nominations judiciaires, et ceux qui sont des Conseils de la magistrature à vocations multiples et qui prennent part au processus de discipline judiciaire; la logique de l'indépendance judiciaire, énoncée dans le *Renvoi relatif à la rémunération* de la CSC, exige une proportion plus élevée de membres judiciaires et un membre judiciaire comme président de ces organismes disciplinaires. Et il est également utile de souligner la divergence de comités plus récents en distinguant entre les comités permanents et les comités spéciaux. Le tableau 6 établit cette distinction.

Tableau 6 : Composition des conseils, comités spéciaux et comités permanents

	Juges	Avocats	Public	Total	N	Moyenne
Conseils de la magistrature	13 (46 %)	6 (21 %)	9 (32 %)	28	4	7
Comités spéciaux	4 (27 %)	5 (33 %)	6 (40 %)	15	3	5
Comités permanents	9 (22 %)	15 (37 %)	17 (41 %)	41	4	10
Tous organismes concernés	26 (31 %)	26 (31 %)	32 (38 %)	84	11	7,6

En général : la différence entre les conseils à vocations multiples et les comités à vocation spécifique est que les premiers ont plus de juges, et les deuxièmes, plus d'avocats et de membres non-juristes; les juges forment le plus grand des trois groupes sur les Conseils de la magistrature, mais le plus petit sur les comités consultatifs. La taille relative du groupe de membres du public suggère fortement que leur participation est un argument majeur pour la création de ces derniers organismes, ce qui est indiqué par le fait que même s'ils sont présents à la fois aux Conseils de la magistrature à vocations multiples et aux

comités consultatifs à mandat unique, ils sont sensiblement plus nombreux (au point d'être le plus important des trois groupes) sur les comités consultatifs. En passant d'un comité à l'autre : comme les nombres globaux le suggèrent, tous les Conseils de la magistrature sont à forte proportion composés de juges, qui forment la majorité absolue au conseil de la Saskatchewan, constituent l'élément le plus important du conseil de l'Alberta et arrivent *ex æquo* en tête au conseil de Terre-Neuve (avec les membres non-juristes) et au conseil de la Colombie-Britannique (trois groupes égaux). En revanche, la composition non-juriste/public est la plus prononcée pour les comités, puisqu'ils forment une majorité absolue du comité de l'Ontario, sont le principal élément des comités de la Nouvelle-Écosse et du Manitoba, et arrivent *ex æquo* en tête au comité de l'I.-P.-E. (avec les avocats). Seulement un comité – celui du Nouveau-Brunswick – fait des avocats et organisations d'avocats le plus grand élément des trois; un conseil (C.-B.) et un comité (Québec) représentent les trois groupes de façon égale.

La présence judiciaire est de loin la plus discrète au comité de nomination des juges provinciaux de l'Alberta : un seul membre sur un comité en comptant onze. C'est suffisamment loin des autres organismes pour qu'on y porte une attention spéciale. On peut présumer que c'est au moins en partie parce que la présélection initiale des compétences et des titres professionnels a été faite par un Conseil de la magistrature avec (comme tous les Conseils de la magistrature) une présence judiciaire beaucoup plus prononcée; on combine les deux nombres, et les juges forment un peu moins que le quart du total des deux comités de l'Alberta, ce qui est très compatible avec les chiffres globaux.

composition 7. présidence du comité

Tout comité a besoin d'un président pour présider la réunion, appliquer son ordre du jour, en diriger les délibérations au besoin, et y mettre fin lorsque cela est approprié, tout en étant responsable de préparer la réunion suivante. Les présidents peuvent être assertifs ou facilitatifs, mais au moins, quelqu'un doit déclarer la séance ouverte, appliquer l'ordre du jour et ajourner la réunion à la fin. Il me semble que plus le comité est petit, plus petite sera l'influence additionnelle suggérée par la position de présider la réunion, mais c'est seulement mon impression et je ne dispose pas de données empiriques pour l'appuyer. Mais cette simple question -- qui préside? – amène une variété de réponses comme l'indique le tableau suivant.

Tableau 7 : Présidence des organismes provinciaux de nomination

Province	Type	Président
Colombie-Britannique	Conseil de la magistrature	Juge en chef, Cour prov.
Alberta	Conseil de la magistrature	Choisi par Conseil
Saskatchewan	Conseil de la magistrature	Juge en chef, Province
Terre-Neuve	Conseil de la magistrature	Juge en chef, Cour prov.
Alberta	Comité permanent	Nommé par ministre
Ontario	Comité permanent	Nommé par ministre
Nouvelle-Écosse	Comité permanent	Choisi par comité
Manitoba	Comité spécial	Juge en chef, Cour prov.
Québec	Comité spécial	Nommé par ministre
I.-P.-E.	Comité spécial	Juge en chef, Cour prov.
Nouveau-Brunswick	Autre	[sans objet] ⁴⁷

J'ai inclus le type de conseil ou de comité dans le tableau (en suivant l'ordre conseil/comité permanent/comité spécial) seulement pour souligner qu'il n'y a qu'une petite corrélation entre ce facteur et la désignation de la présidence. Si l'on compare l'information dans ce tableau à celle des tableaux 2 et 3, il y a une manière très facile de rendre compte de la variété apparente : si un ou plusieurs juges en chef ou autres juges siègent au comité, l'un d'entre eux est presque toujours le président du comité. Cette généralisation rend compte de cinq des six exemples. S'il n'y a ni juge en chef ni autre juge au comité, c'est le ministre qui nomme le président. Cette généralisation est illustrée par trois exemples sur quatre. Les deux exceptions (le PCNC de l'Alberta pour les comités incluant le juge en chef, la Nouvelle-Écosse pour les comités excluant le juge en chef) exigent que le comité sélectionne son propre président.

Les Conseils de la magistrature à vocations multiples tendent normalement à avoir des juges en chef ou autres juges comme présidents. Puisqu'ils s'occupent également des plaintes et de la discipline judiciaire, les principes de l'indépendance judiciaire énoncés par la Cour suprême du Canada exigent une présence judiciaire forte, voire dominante, dans le processus⁴⁸. Le litige qui a mené au *Renvoi relatif à la rémunération* mettait en cause une critique grave du conseil de l'Alberta pour avoir un non-juriste comme président, même si la décision de la Cour suprême n'a pas souligné cet aspect particulier de l'affaire. Si la présélection des nominations judiciaires est un élément additionnel de ce que font ces

⁴⁷ Le « comité » du Nouveau-Brunswick est un groupe consultatif, et un ensemble désigné de personnes fournissent des évaluations distinctes de candidats par écrit au ministre. Puisqu'il ne se réunit pas pour cela, et j'ai l'impression qu'il ne se réunit jamais, il n'a pas besoin d'un président et n'en a pas.

⁴⁸ Voir Peter McCormick, « New Questions About an Old Concept: The Supreme Court of Canada's Judicial Independence Decisions », dans *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 37 (2004) 839.

conseils de plainte/discipline, alors un président judiciaire est une conséquence normale et prévisible. L'avantage clair d'avoir une telle désignation est qu'elle permet d'offrir une base stable pour les opérations courantes du comité – une personne responsable facile à identifier et un personnel permanent qui servent à la fois à conserver les dossiers et à assurer un certain degré de continuité.

Le deuxième choix le plus courant -- le président est nommé par le ministre – souligne le rôle purement consultatif du comité auprès du ministre, et identifie le ministre et le ministère comme points de contact et dépositaires des dossiers. En même temps, il me semble que cela confère moins d'importance à l'indépendance du comité et de son président. Il serait intéressant de savoir comment cette discrétion a été employée par les ministres -- c'est-à-dire, s'ils choisissent les juges ou avocats ou non-juristes comme présidents, et (pour les comités permanents) si la même personne est présidente pour un certain temps ou s'il y a beaucoup de roulement ou une tendance (par province ou parti politique ou avec le temps) visant à utiliser le pouvoir de désignation --, mais l'information qui permettrait de répondre à ces questions n'est tout simplement pas disponible. Le seul conseil ou comité pour lequel j'ai de l'information à jour (le Provincial Court Nominating Committee de l'Alberta) est présidé par un des avocats membres.

Le choix le moins courant -- le président est choisi par les membres -- est évidemment une option qui n'est offerte qu'aux conseils et comités permanents; il serait peu raisonnable d'imaginer une réunion supplémentaire pour un comité spécial dont le seul point à l'agenda serait de choisir un président. Il s'agit du plus inhabituel des modes de nomination des présidents pour les organismes provinciaux de nomination avec seulement deux exemples, l'un (l'Alberta) étant un Conseil de la magistrature à vocations multiples et l'autre (la Nouvelle-Écosse) un comité de nomination à vocation unique. Parmi l'ensemble des options, c'est celle qui souligne le mieux l'indépendance du comité et sa possibilité d'acquérir une identité cohérente.

La sélection des juges de cours provinciales au Canada : procédures

Parce que la diversité des procédures est plutôt moindre que la diversité des compositions, ce qui n'est pas étonnant parce que les étapes de ce processus sont plutôt évidentes, dans cette section, je ne passerai pas d'une province à l'autre, mais je ferai plutôt une description globale nuancée et annotée de chaque étape du processus.

Le processus commence maintenant par le dépôt de la candidature. Ce n'est pas peu dire, et ce n'est pas nécessairement le choix le plus évident puisque l'ancienne façon de faire consistait pour les avocats d'attendre modestement une « tape judiciaire sur l'épaule » de la personne responsable de la nomination. Même s'il y a pu y avoir des pressions au nom de certains avocats, ou si ces avocats eux-mêmes ont pu faire des pressions, cela se passait

en coulisse, et l'apparence officielle en était une de réponse passive à une initiative officielle.

De mes entrevues avec un certain nombre de juges de cours provinciales et juges en chef au début des années 1980, il ressort qu'on pourrait également identifier une période de transition pour les premières étapes des réformes des années 1970, et mon appellation préférée pour cela est « l'ère du juge en chef héroïque », le but étant de souligner le très réel défi auquel cette première vague de juges en chef faisait face, soit d'établir la crédibilité de leur nouvelle cour très rapidement, et ce, de A à Z. Sur plusieurs fronts, nous voyons un retrait de la position centrale des juges en chef de cours provinciales, et une limitation des pouvoirs et initiatives qu'ils exerçaient : dans plusieurs provinces, les juges en chef ont maintenant des mandats de durée limitée, et ils sont sélectionnés de façon à faire participer les juges ordinaires. Mais au début des années 1980, les juges en chef étaient très actifs dans la mise sur pied de leurs cours, et cela impliquait des efforts de recrutement considérables -- plusieurs juges en chef m'ont dit qu'ils passaient jusqu'à la moitié de leur temps à chercher des candidats valables et à essayer de les persuader d'envisager une nomination judiciaire, et de nombreux juges provinciaux m'ont dit qu'ils étaient devenus juges parce qu'ils avaient été sollicités par un juge en chef. Mais c'était une étape de transition, et la même normalisation qui a tellement limité la fonction de juge en chef ces dernières années a également formalisé cette étape préliminaire des procédures de nomination.

Le processus commence par le dépôt de la candidature -- même si je nuancerais cela légèrement. Il y a encore des provinces où les procédures ou le mandat charge le conseil ou comité d'examiner les « nominations » ainsi que les candidatures déposées par les candidats eux-mêmes, mais les personnes sélectionnées et les candidats doivent normalement remplir un formulaire d'information sur les candidats judiciaires (les désignations varient un peu) qui semblerait à n'importe qui constituer un formulaire de candidature assez normal, exposant la formation et l'expérience et donnant les noms de personnes de référence. Dans la plupart des provinces, on s'attend à ce que ces formulaires dépouillés soient complétés par d'autres documents justificatifs, de toute évidence le *curriculum vitae*, mais ailleurs (par exemple dans l'Île-du-Prince-Édouard), les candidats sont invités à ne pas envoyer de documents additionnels.

Mais quand on dit que « le processus commence par le dépôt de la candidature », il faut se demander « à quoi une personne soumet-elle sa candidature? », et il existe deux réponses différentes à cette question qui montrent des approches clairement différentes du processus de nomination judiciaire.

La réponse la plus courante, qui est vraie dans six provinces sur dix⁴⁹ : on pose sa candidature pour l'éventualité qu'un poste judiciaire devienne disponible dans un laps de temps assez court (la période habituelle est de trois ans, ou deux ans à Terre-Neuve et Labrador). Il est possible ou non que la possibilité d'une accession à la magistrature ait été ébruitée ou qu'il soit notoire qu'un juge prendra bientôt sa retraite, mais la candidature n'est pas la réponse à une vacance spécifique, mais plutôt une anticipation de la possibilité éventuelle d'une vacance. L'objectif pour le candidat ici est de passer le processus du conseil ou comité pour être ensuite ajouté à une liste à partir de laquelle une personne sera nommée si un poste devient vacant; c'est le bassin dans lequel on peut faire une nomination rapidement au moment opportun, sans autres obstacles procéduraux. La désignation que je suggère pour les conseils ou comités qui sont définis par un tel processus est celle d'« anticipatoire ».

L'autre réponse, qui s'applique aux quatre autres provinces⁵⁰, consiste à poser sa candidature pour un poste particulier qui a été spécifiquement et individuellement publié, probablement avant la date effective de la vacance, mais en fonction d'une information spécifique et non d'une hypothèse. (Par opposition, dans les provinces qui emploient des procédures anticipatoires, des vacances spécifiques peuvent ou non être publiées, et la plupart ou la totalité des candidatures ne viseront pas de telles annonces.) La désignation que j'utiliserais pour les conseils ou comités qui sont définis par ce processus est celle de « réactive ». Dans le processus réactif, la présentation de candidatures et l'évaluation par les membres du comité peuvent viser plus spécialement les détails spécifiques du poste à combler. Une des préoccupations (surtout dans les provinces plus importantes) est l'emplacement géographique, certaines nominations judiciaires (normalement celles dans les grands centres) étant plus attrayantes que d'autres; mais une autre serait les spécialisations de plus en plus critiques qui émergent et deviennent importantes pour de nombreuses cours provinciales. La vieille idée peut avoir été qu'un « juge est un juge est un juge » (une phrase que j'ai entendue dans plusieurs entrevues au début des années 1980), mais maintenant qu'on a des cours criminelles, des cours civiles, des cours familiales, des tribunaux de la jeunesse, de la santé mentale, de la toxicomanie, de la dépendance et de la médiation, qui coexistent tous dans le même cadre, cela ne semble plus plausible.

La deuxième étape est une vérification ordinaire de l'admissibilité : si la personne est membre du barreau provincial et a le nombre requis d'années d'expérience, généralement dix, mais cinq pour l'I-P-É et le Nouveau-Brunswick, et quinze pour la Nouvelle-Écosse. C'est parfois la responsabilité du conseil ou comité, parfois du juge en chef de la cour provinciale, parfois du ministère de la Justice lui-même. C'est relativement simple, même si

⁴⁹ Ces provinces sont : la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, et Terre-Neuve et Labrador.

⁵⁰ Ces provinces sont le Manitoba, l'Ontario, le Québec et l'Île-du-Prince-Édouard.

seulement un petit nombre d'informations et de formulaires de candidature stipulent clairement le point de départ pour des vérifications à cette fin.

La troisième étape est celle de l'inspection plus formelle de la candidature par la police et le barreau provincial. Dans mes entrevues au cours des années 1980, les membres de Conseil de la magistrature étaient étonnamment mal à l'aise à l'égard des questions concernant cet aspect du processus. En ce qui concerne les vérifications auprès de la police, on avait commencé par me dire qu'aucun candidat ne pouvait être sérieusement envisagé s'il y avait une raison quelconque de faire une vérification auprès de la police (ce qui semble présumer la question résolue); en ce qui concerne le barreau, on m'avait dit qu'il n'y avait pas de processus formel, mais que le membre du conseil qui représentait le barreau était normalement le président du comité de discipline et pourrait présenter toute chose pertinente à l'attention du conseil – c'était une surprise pour le membre du barreau, qui n'était pas en fait membre du comité de discipline et ne pensait pas qu'il aurait dû l'être. À présent, aucun échange de ce genre n'aurait lieu. Une partie standard du formulaire d'information du candidat est la signature du consentement pour une enquête de Centre d'information de la police canadienne (CIPC) et pour que le barreau communique toute information pertinente; quelques provinces demandent que les candidats fournissent directement eux-mêmes ces deux types d'information.

La quatrième étape comprend des consultations avec des personnes ou des groupes pouvant avoir de l'information pertinente et qui sont disposés à la fournir au comité ou au membre du comité qui sollicite des renseignements sur un candidat. En Angleterre, on parle de « *secret soundings* » (sondages secrets). La plupart des conseils et comités qui fournissent aux candidats des renseignements sur le processus (ce qui ne peut pas être pris pour acquis) mentionnent spécifiquement que le comité fera des « enquêtes discrètes », ce qui fait qu'ils ne peuvent garantir que la candidature ne sera pas ébruitée. De façon inhabituelle, la Colombie-Britannique, dans le cadre d'une démarche qui lui est propre, fait participer l'Association du Barreau canadien (division de la Colombie-Britannique). Dans cette province, l'ABC (C-B) a créé son propre comité consultatif au Conseil de la magistrature. Ce comité mène des « enquêtes complètes et discrètes » auprès de membres de la communauté juridique afin de produire un rapport à l'intention du conseil. Comme j'en parlerai dans une autre section, il existe une certaine controverse concernant cette partie du processus, puisqu'il avantage certains types de candidats et qu'il crée la possibilité que la demande d'un candidat soit discréditée sans aucun droit de réponse, le principal effet pouvant être de compromettre les chances d'avoir une magistrature plus diversifiée en handicapant précisément les candidats non traditionnels que la plupart des gouvernements veulent maintenant encourager.

La cinquième étape est celle du resserrement de la liste par les membres du comité. Pour le Nouveau-Brunswick et l'Ontario, cela est fait par les membres du comité délibérant

seuls (c'est-à-dire sans réunion plénière officielle du comité), en remplissant individuellement des formulaires pour ensuite produire des recommandations qui sont tabulées de façon centrale; plus normalement, c'est fait par tous les membres du comité ou conseil considérant quels candidats méritent une entrevue officielle. Même si je n'ai pas accès à tous les chiffres de tous les comités pour savoir quelle proportion de candidats passe en entrevue, les comités qui fournissent cette information ont donné à comprendre qu'un resserrement important a parfois lieu : le Conseil de la magistrature de la C.-B. ne convoque à des entrevues que la moitié environ des candidats. En revanche, le comité de l'Ontario semble convoquer un pourcentage bien plus élevé.

La sixième étape est celle de l'entrevue avec les candidats⁵¹. (Dans l'I.-P.-E., le formulaire de candidature judiciaire ne fait que mentionner qu'une entrevue sera peut-être nécessaire; en Saskatchewan, l'entrevue peut ne pas avoir lieu si le candidat est suffisamment bien connu du conseil.) En temps normal, l'entrevue est avec tous les membres du conseil ou comité; un aspect particulier de la procédure ontarienne (et compréhensible, compte tenu du nombre exceptionnellement grand de membres du comité) est que même si tous les membres du comité sont présents aux entrevues, les membres individuels ne posent des questions que dans la moitié des entrevues. Les entrevues sont indiquées comme étant d'une trentaine de minutes (Ontario), ou de 45 à 60 minutes (C.-B.). Le Nouveau-Brunswick fait figure à part : d'abord, parce que l'entrevue est menée par d'autres personnes, et ensuite, parce qu'un candidat ne passe en entrevue qu'après que le ministre a sélectionné son nom dans un bassin de candidats qualifiés pour la nomination, et le comité d'entrevue approuve (ou, on le présume, pourrait en théorie ne pas approuver) la personne spécifique pour cette nomination spécifique. L'Alberta fait figure à part dans l'autre sens : les candidats passent d'abord une entrevue avec le Conseil de la magistrature, puis séparément avec le comité de nomination (et trois membres sont communs aux deux groupes, soit la moitié du conseil et environ le quart du comité, qui compte plus de membres); seulement les noms qui ont été recommandés ou hautement recommandés après ces deux obstacles peuvent être nommés.

La septième étape comprend les délibérations du conseil ou du comité après que tous les candidats ont passé l'entrevue. Pour certains conseils ou comités, les candidats peuvent être divisés en groupes : « très qualifié », « qualifié » et « autre » (N.-B.), ou en groupes « recommandé », « non recommandé » et « non recommandé pour le moment ». La procédure normale est que cette liste de noms soit mise à la disposition du ministre, soit immédiatement (dans le cas de comités réactifs), soit sur demande (dans le cas de comités anticipatoires). Toutefois, deux comités ont une responsabilité plus précise. Dans le cas du

⁵¹ L'exception peut être Terre-Neuve et Labrador; je n'ai pu trouver aucune déclaration précise pour confirmer ou nier la tenue d'une entrevue dans le cadre du processus, mais puisque le conseil a mené des entrevues personnelles dans les années 1980, quand j'ai parlé à plusieurs membres du conseil de la magistrature de Terre-Neuve, il serait assez étonnant qu'ils aient cessé de le faire.

Manitoba, le comité doit fournir au ministre au moins trois et au plus six noms – on pourrait présumer qu’une liste de candidats « qualifiés » pourrait dans certains cas être plus longue. Et dans le cas de l’Ontario, ils sont non seulement chargés de recommander au moins deux noms, mais également de mettre ces noms en ordre de préférence : une intrusion un peu plus grande dans le choix discrétionnaire du ministre⁵². Si un « bassin » de noms qualifiés a été produit, les noms demeurent actifs pendant trois ans (deux ans à Terre-Neuve et Labrador); ce délai peut être prolongé pour une durée équivalente au moyen d’une nouvelle demande en utilisant un processus allégé.

Sélection des juges des cours provinciales au Canada : critères

Qu’est-ce que les conseils ou comités essaient d’évaluer? Quels sont les critères qu’ils utilisent pour sélectionner les candidats qualifiés et écarter les autres? Les réponses se trouvent à plusieurs endroits. Le plus évident est dans le texte des lois, règlements ou lignes directrices qui ont été officiellement rédigés pour définir les rôles de chaque conseil ou comité; un deuxième, ce sont les annonces qui sont publiées pour indiquer une vacance spécifique et qui décrivent la procédure en même temps; un troisième se trouve explicitement dans les formulaires de demande (ou d’information sur le candidat) qui sont remis aux candidats éventuels; un quatrième, implicite, est dans les formulaires, en ce qui a trait aux documents qui sont spécifiquement demandés; et un cinquième, et peut-être le plus important, ce sont les critères détaillés publiés par certains conseils ou comités.

Ces critères constituent implicitement des théories sur la nature de la fonction de juge dans un tribunal moderne de première instance à compétence restreinte, ce qui les rend intéressants en tant que tels. Mais dans le contexte de ce projet, ils ont une autre fonction cruciale : ils renforcent l’ouverture et l’objectivité du processus en envoyant des signaux clairs à deux auditoires différents. Le *premier* est l’univers des candidats potentiels à qui l’énoncé des critères pertinents envoie des signaux leur permettant de savoir s’ils ont ou non les qualités attendues par le conseil ou comité, en sus des critères de formation et d’expérience de base. Plus les critères sont énigmatiques et secrets, plus on aura l’impression que les connexions et contacts jouent un rôle important dans le processus décisionnel; plus ils sont publics et précis, plus on aura l’impression que le processus est ouvert à tous et que les décisions sont prises en fonction d’une information concrète. Le *deuxième* auditoire est le grand public, à qui l’information représente une forme d’éducation sur le rôle moderne de la magistrature et sur ce que l’on attend des juges. Ces deux possibilités sont perdues si les critères sont, d’une part, énoncés en langage télégraphique et suranné, ou, d’autre part, s’ils ne sont pas faciles à trouver. Quatre provinces (C.-B., Alberta, Ontario et Nouvelle-Écosse) ont rédigé des critères détaillés, sous forme de listes pouvant comprendre une vingtaine de points sur plusieurs pages. La

⁵² Mais le ministre peut – et, pendant les années du gouvernement Harris, l’a fait plusieurs fois -- refuser la paire de noms et en demander d’autres, ou demander qu’on ajoute des noms à la liste.

Saskatchewan a un ensemble de critères comparables, mais un peu plus concis. En revanche, seulement deux de ces provinces (la C.-B. et, surtout, l'Ontario) rendent l'information facilement disponible à une personne qui fait des recherches rapides. En Nouvelle-Écosse et en Saskatchewan, le texte des critères est disponible, mais à des endroits moins évidents. Ceux de l'Alberta sont très difficiles à retracer⁵³. Le Manitoba, le Québec et l'Î.-P.-E. ne fournissent que des indications brèves et laconiques des critères et si le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve fournissent quoi que ce soit, je n'ai pas pu les retracer⁵⁴.

Mes observations ci-dessous sont fondées en grande partie sur les ensembles de critères plus exhaustifs qui ont été rendus publics, c'est-à-dire en Ontario, en Colombie-Britannique, en Nouvelle-Écosse, en Alberta et en Saskatchewan. Un ensemble plus complet de critères publiquement disponibles se trouve à l'Annexe B.

Le premier critère est le plus évident : la *compétence attestée par des titres*. Le minimum de base est la qualité de membre en règle d'un barreau provincial (pas nécessairement la province où la nomination doit avoir lieu, même si on présume qu'il en est ainsi dans la grande majorité des cas). Puisque l'adhésion à un barreau présuppose l'obtention d'un diplôme en droit et le fait d'avoir passé avec succès un examen d'admission, et puisque le statut de membre en règle présuppose l'absence de plaintes significatives ou sérieuses à l'égard de la pratique du droit, ce sont des critères minimums évidents. Mais la plupart des énoncés de critères traduit l'attente de quelque chose au-delà de ce minimum⁵⁵. L'Ontario et la Nouvelle-Écosse précisent un « haut niveau de réalisations professionnelles ». La Colombie-Britannique demande une « brillante réputation juridique » et une « excellence démontrée ». Les candidats doivent également donner des renseignements sur les honneurs ou prix reçus et donner la liste de leurs publications. Ces exigences paraissent cohérentes avec le fait que seulement une fraction des candidats détenant les titres appropriés (que j'estime à un quart ou un cinquième) finit par être approuvée ou recommandée en vue d'une nomination, et qu'une proportion encore plus infime est « hautement » approuvée ou « fortement » recommandée ou désignée comme « hautement » qualifiée dans les juridictions où le comité a le choix de ces qualificatifs. Le message général, en toute logique, est qu'on exige des qualités dépassant de beaucoup un rendement satisfaisant ou moyen pour la nomination.

⁵³ Une fois qu'on trouve la bonne personne, on se fait dire que les critères sont un document public et on s'en fait remettre une copie sans hésitation, mais cette bonne personne n'est pas facile à trouver. Mais, en toute équité, je me suis fait dire qu'ils ont déjà eu un site Web et qu'ils espèrent en avoir un de nouveau.

⁵⁴ Pour Terre-Neuve, on peut trouver le formulaire en ligne (même si plusieurs liens de ce formulaire sont périmés); pour le Nouveau-Brunswick, je n'ai rien trouvé.

⁵⁵ « Plupart » bien sûr exclut « tous » -- l'exception, étrangement, est la Saskatchewan, qui mentionne seulement [trad.] « un niveau minimum de réalisations académiques » et une « formation professionnelle ». Je trouve cela étrange parce que je doute vraiment que les attentes réelles en Saskatchewan soient si minimes.

Le deuxième critère est *l'expérience pertinente, juridique ou autre*. Le minimum de base, bien sûr, est un nombre déclaré d'années d'exercice du droit, datant de l'admission au barreau. La durée relativement standard de service exigé est dix ans, même si c'est moins à Île-du-Prince-Édouard et au Nouveau-Brunswick (cinq ans) et plus en Nouvelle-Écosse (quinze ans). On penserait qu'un autre aspect de cette expérience serait la connexion entre le type de droit exercé et le type de tribunal visé par la nomination, mais ce n'est pas systématiquement mentionné dans les critères. En Ontario, cette connexion directe est « souhaitable, mais non essentielle », et ni la Colombie-Britannique, ni la Nouvelle-Écosse ne la mentionnent. Dans les provinces où le comité crée un bassin de candidats qualifiés au lieu de réagir à une vacance spécifique, cela ne peut les intéresser, bien entendu. Cela peut toutefois être problématique : par exemple, en Alberta, on s'est plaint que plus de la moitié des juges provinciaux de la division criminelle nommés pendant une période de huit ans avaient peu ou pas d'expérience en droit criminel⁵⁶.

Mais si l'on ne met pas l'accent sur un lien direct entre le droit exercé et le tribunal à doter, d'autres aspects de l'expérience juridique sont clairement soulignés. On met l'accent sur un engagement démontré envers la formation continue et sur une expérience professionnelle « qui permet de se tenir au courant de l'évolution du droit ». Tout aussi intéressant est l'emphase sur les expériences qui reflètent et montrent un intérêt envers les modes alternatifs de résolution de différends et envers la médiation. De façon plus prosaïque, la démonstration d'une expérience ou d'un intérêt pour les aspects purement administratifs d'une position judiciaire est également mentionnée.

Le processus d'évaluation met également l'accent sur d'autres aspects de l'expérience en demandant aux candidats un « engagement démontré » envers le service public, et les formulaires d'information de différentes provinces demandent d'ordinaire une liste de participations pour les services publics et communautaires. (Au Manitoba et à l'Île-du-Prince-Édouard, le terme utilisé à cette fin est celui de « connaissance de la collectivité »). Cela dépasse le souci de savoir si un candidat est un « bon citoyen » pour devenir quelque chose de plus précis et axé sur l'emploi; la question est de savoir dans quelle mesure cela contribue à une connaissance des « problèmes sociaux » qui amènent bien des cas devant la cour, et à la « sensibilité » à l'égard de l'évolution des valeurs sociales par rapport aux questions de droit criminel et de droit de la famille. Le signal clair est que les « techniciens juridiques », dans un sens étroit, ne sont pas les candidats favoris, mais que des membres soucieux et actifs de l'ensemble de la collectivité le sont.

Le troisième critère est celui de la *personnalité* y compris des qualités telles que l'écoute, le sens d'équité, la ponctualité dans le travail, la politesse et la délicatesse, la compassion et l'empathie, « l'adaptabilité et la flexibilité » par rapport à l'évolution des

⁵⁶ « Who's Best for the Bench? » *Edmonton Journal*; le 12 août 2007.

exigences reliée à l'emploi et l'aptitude à coopérer et à travailler avec autrui. Il est intéressant de noter qu'un élément de la liste est commun à l'Ontario, à la Nouvelle-Écosse et à l'Alberta en termes identiques, soit « l'absence de manières pompeuses et de tendances à l'autoritarisme » (*an absence of pomposity and authoritarian tendencies*). Il est également intéressant de constater que l'ensemble des quatre listes plus longues de critères mentionnent le « courage moral ».

Le quatrième critère est celui de la *représentativité*, et puisque le paragraphe pertinent est pratiquement le même en Ontario, en Nouvelle-Écosse et en Alberta, je me contenterai de le reproduire ici : « La magistrature provinciale devrait être raisonnablement représentative de la population qu'elle sert. Il convient donc de supprimer la sous-représentation des femmes et des personnes handicapées, ainsi que de plusieurs minorités visibles, culturelles et raciales ». C'est évidemment une préoccupation critique pour la dotation de la magistrature moderne, mais qui demeure difficile à articuler par rapport à un accent mis sur le mérite; j'en parlerai plus loin en mentionnant l'importance de critères objectifs « concrets » pour résoudre ce problème.

Quelques autres questions se posent. La compétence linguistique est mentionnée en Nouvelle-Écosse, et la mesure dans laquelle un candidat est disposé à déménager dans la province est mentionnée directement en Nouvelle-Écosse et, de façon un peu moins directe, en Colombie-Britannique. Seulement la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse mentionnent la « bonne santé » comme une considération. Il est intrigant de voir que seule la Nouvelle-Écosse identifie explicitement un intérêt pour des juges qui peuvent traiter des aspects de politique découlant du rôle accru des tribunaux en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés. C'est évidemment intéressant pour toute personne qui étudie le système judiciaire et son processus judiciaire, mais tous les autres documents sont silencieux à cet égard.

J'ai longuement parlé de ces documents parce que je pense qu'ils font partie de la sensibilisation du public par les cours, qui est essentielle au XXI^e siècle. Ils projettent une image du rôle judiciaire non seulement aux candidats eux-mêmes (ce qui est important), mais également à tous les membres intéressés du grand public. Le refus par plusieurs provinces d'utiliser cette occasion pour améliorer l'éducation et l'information publiques est à la fois surprenant et décevant.

Deuxième partie : Problèmes et choix

La taille du comité : le problème de la représentativité

Il faut d'abord énoncer l'évidence : il n'existe aucune taille standard pour les conseils ou les comités consultatifs relatifs aux nominations à la magistrature, aucune tendance à la convergence à cet égard et aucune corrélation évidente entre, par exemple, la taille du conseil ou du comité et la population. Ceci est vrai même s'il pourrait sembler raisonnable, à première vue, de présumer que les provinces les plus peuplées comptent plus de groupes souhaitant être représentés, ce qui pourrait faire augmenter la taille du comité (le comité du Québec est trop petit et celui du Nouveau-Brunswick est trop grand pour laisser entrevoir la moindre apparence de corrélation). Dans le tableau ci-dessous, j'apporte une distinction entre les conseils de la magistrature à vocations multiples et les comités consultatifs à vocation unique, mais cela ne fait qu'accentuer la diversité. Étrangement, il n'y a pas deux conseils ou comités consultatifs qui sont exactement de la même taille. La taille moyenne des comités est à peine un peu plus grande que celle des conseils, soit huit membres, comparativement à sept membres, et c'est parmi les comités consultatifs que l'on retrouve à la fois le plus petit et le plus grand des organismes. Les cas particuliers suggèrent fortement que la question de la taille est laissée au hasard : la province la plus grande a le comité le plus grand, mais la deuxième province la plus grande a le plus petit comité.

Tableau 8 : Taille des conseils ou comités, par type

	Conseils de la magistrature	Comités spéciaux	Comités permanents
13 membres			Ontario
11 membres			Alberta
9 membres	Colombie-Britannique		Nouveau-Brunswick
8 membres	Saskatchewan		Nouvelle-Écosse
7 membres		Manitoba	
6 membres	Alberta		
5 membres	Terre-Neuve	Île-du-Prince-Édouard	
3 membres		Québec	

Organisés de cette façon, on discerne une certaine logique. Les comités spéciaux à vocation unique tendent à être les plus petits, les comités permanents à vocation unique tendent à être les plus grands, et les conseils de la magistrature tendent à être de taille intermédiaire. La séquence chronologique des différentes options décrites ci-dessus est également intéressante : alors que les conseils de la magistrature de taille moyenne ont commencé, à la fin des années 1980, à ne plus être considérés comme étant le meilleur

moyen de présélectionner les candidatures, les nouvelles pratiques se sont divisées entre les comités spéciaux plus petits et les comités permanents de plus grande taille. Mais il semble qu'il ne soit pas possible d'associer ces changements à la diffusion d'une politique (ou même à la simple copie des politiques d'une province voisine), à la taille de la population de la province, ou à quelque autre explication. Tout ce que nous avons est deux modèles différents, et même ceux-ci ne sont pas copiés fidèlement lorsqu'il est question de la taille de l'organisme ou de sa composition.

Existe-t-il une taille optimale pour présélectionner les candidatures? L'évolution des pratiques provinciales suggère qu'il n'y a aucun consensus qui se dégage sur cette question, qu'aucune idée dominante ne fait l'objet d'une diffusion quelconque et qu'il n'y a aucune convergence avec le temps sur un ensemble unique de pratiques et de compositions des comités. Tout ce qu'on peut dire, c'est que les comités qui ont été le plus récemment mis sur pied tendent à être les plus grands et que tout remplacement officiel d'un modèle de présélection par un autre (en Ontario, au Nouveau-Brunswick et en Alberta) a entraîné une augmentation considérable au niveau de la taille. La tendance, s'il en est une, est aux comités de plus grande taille.

Quel serait l'avantage de plus petits comités? Le premier est qu'ils facilitent la planification des réunions, qui conviendraient vraisemblablement aux horaires d'une plus grande partie des membres. Dans le cas des grands comités, la possibilité d'adopter un petit quorum devrait être étudiée attentivement, mais pourrait aussi potentiellement poser problème. Le deuxième avantage (particulièrement vrai pour les comités spéciaux formés pour s'occuper d'une vacance spécifique) est qu'il serait probablement plus facile d'établir une procédure de travail plus rapidement lorsqu'il y a moins de personnes touchées. Et un troisième serait que les entrevues sembleraient plus efficaces lorsque le comité est plus petit. Non seulement c'est beaucoup plus intimidant pour un candidat d'avoir une entrevue devant dix, onze ou même treize personnes, mais il serait plus difficile de mettre au point une stratégie cohérente pour faire participer tous les membres du comité tout en traitant adéquatement toutes les questions pertinentes⁵⁷. Et un quatrième avantage serait que le processus décisionnel est beaucoup plus court pour les plus petits comités, même lorsque chaque membre participe activement. Une grande taille peut être l'ennemie d'une vraie délibération réciproque.

⁵⁷ Voilà probablement pourquoi le comité du Nouveau-Brunswick, composé de neuf membres, délègue la tâche des entrevues à un petit groupe de trois, soit le juge en chef actuel de la province (ou un ancien juge en chef), le juge en chef actuel de la cour provinciale (ou un ancien juge en chef) et un des deux membres du public. Voir Roger Bilodeau et Denis Roy, « Le processus de consultation et d'évaluation entourant les nominations à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick », *Alberta Law Review* Vol. 38 (2000), 867, à la p. 877. Étrangement, l'Alberta suit la logique inverse : le Conseil de la magistrature, composé de six membres, procède à la présélection initiale, mais un plus grand comité de onze membres mène les entrevues.

L'avantage pragmatique d'un plus grand comité est qu'il est plus difficile pour un groupe ou des intérêts donnés d'en « prendre le contrôle » ou, pour une seule personne, de le dominer. Un autre élément important est le fait qu'il permet à plusieurs groupes, plusieurs intérêts et plusieurs catégories de personnes d'être « représentés » au comité : plusieurs échelons du système judiciaire, diverses organisations d'avocats, plus de représentants du public tirés d'une plus grande gamme d'organismes communautaires et reflétant une plus grande diversité démographique. Le CCNM de l'Ontario est le plus grand des comités et il illustre parfaitement ce point : il comprend des avocats de cinq différentes organisations d'avocats (le Barreau, l'Association du Barreau canadien, l'association des avocats de la défense, l'association du barreau de district, et l'association des avocats francophones); des musulmans, des juifs, des catholiques et des protestants; des minorités visibles, des hommes et femmes d'affaires, un ancien éducateur, un ancien membre d'un conseil scolaire, un membre possédant de l'expérience dans l'administration d'un gouvernement local et au moins deux membres du Nord de l'Ontario. La diversité qui en résulte (soit une magistrature très représentative) est peut-être la chose la plus importante, mais la diversité au niveau du processus (un comité très représentatif) est également importante, en grande partie parce qu'elle constitue une invitation implicite pour obtenir des candidatures plus représentatives et en plus grand nombre.

Comment vient-on à être nommé à un comité : types de membres

Il existe essentiellement trois différents types de membres qui siègent aux divers conseils et comités qui participent au processus de nomination des juges provinciaux au Canada, soit :

1. les membres d'office
2. les membres nommés par un groupe externe
3. les membres qui sont nommés par le biais d'un décret

Le tableau qui suit indique la répartition de ces trois types parmi les conseils et comités actuels.

Tableau 9 : Composition des conseils et comités, selon le type de nomination

Province	Membres d'office	Nomination externe	Décret	Total
Colombie-Britannique	4	0	5	9
Alberta (conseil)	4	0	2	6
Alberta (comité)	2	0	9	11
Saskatchewan	4	2	2	8
Manitoba	1	3	3	7
Ontario	0	6	7	13
Québec	0	2	1	3
Nouveau-Brunswick	0	7	2	9
Nouvelle-Écosse	0	4	4	8
Île-du-Prince-Édouard	1	2	2	5
Terre-Neuve	2	1	2	5
TOTAL	18	27	39	84

Le premier type de membres est le membre d'office, c'est-à-dire une personne qui occupe un poste (comme celui de juge en chef de la cour provinciale, de juge en chef de la province ou de bâtonnier) pour lequel il y a une indication spécifique selon laquelle son titulaire est membre du conseil ou du comité. Une telle nomination vise bien sûr à assurer la représentation de l'organisme particulier au sein duquel le poste existe (la Cour d'appel, le barreau, etc.), mais cette forme de représentation a une portée encore plus importante : personne ne peut manipuler le processus de nomination ni n'a l'occasion de le faire. La participation au processus de nomination découle simplement, à titre de produit dérivé, d'un autre processus décisionnel complètement indépendant. Cette catégorie de membres est la plus petite. Elle ne constitue une partie importante que de quatre conseils et comités et elle n'existe pas dans quatre autres d'entre eux.

De toute évidence, les membres d'office se retrouvent presque exclusivement dans les conseils de la magistrature à vocations multiples qui effectuent la présélection des candidatures dans quatre provinces (la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan et Terre-Neuve). En fait, ils constituent la majorité absolue des membres de ces comités. La plupart des membres d'office sont des juges (les juges en chef ou d'autres juges des diverses cours de la province). Les autres sont les bâtonniers des barreaux pertinents. La prééminence de ce type de membres est peut-être un produit de son époque : ces conseils ont tous été établis entre 1969 et 1978. Mais il est plus probable que cela résulte du fait que

ce sont des organismes à vocations multiples qui exécutent également d'autres fonctions (surtout traiter les plaintes contre des juges, mais aussi des responsabilités touchant la réforme du système judiciaire et la formation judiciaire). Les enjeux au niveau de l'indépendance judiciaire sont élevés lorsque ces questions sont soulevées, et les membres d'office constituent les moins corrompibles de toutes les formes de membres. Toutefois, si on ne tient pas compte de ces conseils de la magistrature à vocations multiples et qu'on s'en tient aux comités consultatifs en matière de nomination, il ne reste plus que quatre membres d'office dans trois provinces différentes (l'Alberta, le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard); la moitié d'entre eux étant le juge en chef de la cour provinciale présidant un comité spécial. Si le passage des conseils de la magistrature à vocations multiples aux comités consultatifs à vocation unique est une caractéristique qui a marqué les organismes de présélection des candidatures au cours des dernières années, alors une tendance qu'on a aussi remarquée est la présence de moins en moins fréquente des membres d'office au sein de ces comités.

Le deuxième type de membres au sein de ces comités rassemble les membres qui sont nommés ou élus par un représentant officiel autre que le ministre de la Justice. Par exemple, un des membres au Nouveau-Brunswick est décrit comme « un juge de la Cour d'appel, nommé par le juge en chef » et il en va de même pour les autres cours de la province. Une variante est la manière dont les organisations d'avocats sont représentées au sein de ces comités lorsqu'il n'est pas précisé que « le bâtonnier » (ou président) est membre. Le poste au sein du comité est accordé à un avocat nommé par l'organisation (toujours le barreau, parfois la division provinciale de l'Association du Barreau canadien et occasionnellement un autre groupe organisé d'avocats), ou à un conseiller du barreau élu par les conseillers. Le comité du Manitoba comprend un juge de la cour provinciale nommé par les juges de cette cour. Le Conseil de la magistrature de la Saskatchewan comprend deux juges de la cour provinciale élus par les juges de cette cour en formation plénière. Le comité du Nouveau-Brunswick comprend trois membres avocats, chacun nommé par chacune des trois organisations d'avocats de la province.

Enfin, le troisième type de membre de ces comités est le membre nommé par décret. Ces membres sont choisis par le ministre de la Justice ou par le cabinet (dans ce cas, je présume que le ministre de la Justice est le membre du cabinet le plus actif, et peut-être même le seul membre actif, participant à la sélection, du moins dans la mesure où il n'y a pas de raison d'apporter une distinction nette entre les deux). Ces membres sont de loin les plus nombreux des trois types de membres, mais ils sont aussi les plus problématiques. La caractéristique de tous ces conseils et comités est qu'ils servent à limiter ce qui serait autrement l'exercice d'un choix discrétionnaire et sans entrave du ministre, mais une grande partie des membres de ces conseils et comités sont choisis par le ministre, d'une manière qui est justement discrétionnaire et sans entrave. L'expression permettant

d'identifier le plus grand danger qui guette les comités de nomination est la « prise de contrôle » (*capture*), soit la possibilité que le comité (et, par voie de conséquence, un pan grandissant du système judiciaire) soit contrôlé par des intérêts et des priorités qui jouiront ainsi d'un certain avantage. Les nominations par décret sont les plus susceptibles de donner lieu à une telle prise de contrôle, ou à la possibilité ou à l'apparence d'une prise de contrôle. Pour accentuer le dilemme, il existe bien sûr d'autres mécanismes et d'autres organismes officiels pour nommer des juges et des avocats au comité, mais on voit difficilement comment la représentation du public pourrait être assurée, si ce n'est qu'au moyen des nominations par décret. L'une des raisons pour lesquelles il y a lieu de s'intéresser aux organismes de nominations britanniques est qu'ils ont trouvé une façon de se sortir de cette impasse.

Petite mise en garde : j'ai présenté trois catégories de membres, mais les frontières n'en sont pas si nettes. La plupart des membres d'office (onze des dix-huit) se trouvant sur la liste portent la mention « ou délégué ». En présumant que cette délégation est à long terme plutôt que ponctuelle (c'est-à-dire, non pas « qui peut prendre ma place à la réunion du conseil la semaine prochaine ? », mais plutôt, « qui est disposé à ajouter le conseil à ses fonctions pour la prochaine année ? »), elle devient dans les faits une nomination à un conseil ou à un comité par un agent externe. D'après mes entrevues au cours des années 1980, il était évident que la délégation provenant des cours supérieures provinciales était carrément permanente et que les juges exerçaient leurs fonctions pendant une longue période. De même, certaines nominations par décret, soit les deux membres non-juristes en Saskatchewan et l'avocat membre au Québec, doivent faire l'objet d'une « consultation » (avec les juges en chef de la cour et de la province en Saskatchewan, et avec le bâtonnier au Québec), ce qui les place également dans la catégorie « nomination par un agent externe »⁵⁸. Cela présente en quelque sorte une solution à l'apparence très discrétionnaire des membres nommés par décret, solution dont l'utilisation plus répandue pourrait être envisagée. Il y a également en Colombie-Britannique une convention voulant qu'une des quatre nominations par décret aille au président actuel ou à un président passé de l'association des juges de la province, et qu'une autre de ces nominations aille à un juge de paix judiciaire, ce qui apporte une autre contrainte à un choix qui peut paraître ouvert de prime abord.

Types de comité : la question des comités permanents versus comités spéciaux

Il existe deux types de comités différents : les comités permanents, dont la composition est stable pendant un certain nombre d'années et dont les membres servent durant des mandats à durée échelonnée pour assurer une certaine continuité et pour

⁵⁸ Le concept de « consultation » peut être flou. Le sens précis du terme, comme il est utilisé dans la *Postsecondary Learning Act* de l'Alberta, par exemple, a entraîné un grand nombre de conflits qui ont mené à l'arbitrage ou aux tribunaux pour des clarifications. Je présume que l'expression possède un sens raisonnablement fort dans le processus des comités consultatifs qui est reconnu et respecté dans les deux cas.

conserver l'expérience, et les comités spéciaux, qui sont formés pour s'occuper d'un poste vacant donné existant ou raisonnablement anticipé et qui cessent d'exister lorsque le poste est pourvu. J'ai suggéré précédemment qu'un autre point de vue à cet égard serait d'apporter une distinction entre les conseils et comités réactifs (créés en réaction à un poste particulier) et les conseils et comités anticipatoires. Pour les besoins actuels, je ne tiendrai pas compte de cette distinction. Il y a lieu de noter toutefois, et j'en discuterai à la fin de cette section, que le CCNM de l'Ontario chevauche cette dichotomie et constitue le seul exemple d'un comité permanent réactif.

Pendant un certain temps, l'Alberta a chevauché cette dichotomie d'une autre façon. Depuis 1975, le Conseil de la magistrature a reçu des demandes, rencontré des candidats en entrevue et produit une liste de candidats « qualifiés/très qualifiés » parmi lesquels le procureur général peut choisir pour les nominations éventuelles. En 1999, en réponse à un comité qui avait effectué une évaluation du processus de nomination, le ministre a ajouté le Provincial Court Nomination Committee (composé au départ de cinq membres, puis de huit membres, et maintenant de onze membres). Au départ, ce comité agissait de façon réactive, tirant des noms de la liste approuvée par le Conseil de la magistrature en réponse à un poste vacant particulier et présentant des recommandations au ministre pour combler la vacance en question. Cette situation unique donnait à l'Alberta un conseil de la magistrature permanent anticipatoire et un comité de nomination permanent réactif, et les candidats devaient être approuvés par les deux organismes avant leur nomination. Toutefois, par la suite, cette pratique a été abandonnée et le PCNC est aussi maintenant un comité anticipatoire qui traite les demandes dès qu'elles sont acceptées par le conseil. À un moment donné, alors qu'il y avait un retard, les membres du PCNC choisissaient les candidats qu'ils voulaient passer en entrevue. Maintenant que le retard a été comblé, ils peuvent planifier les entrevues aussitôt qu'ils reçoivent les noms du conseil.⁵⁹

L'avantage d'un comité spécial réactif est de pouvoir concentrer les discussions sur un poste vacant en particulier et sur les demandes et exigences particulières à ce poste. Bien qu'il a peut-être déjà été valable de dire des juges provinciaux que « un juge est un juge », c'est-à-dire que les juges peuvent, dans une certaine mesure et au gré des besoins, être transférés d'un poste à un autre au sein de la cour provinciale, cet adage démodé est de moins en moins convaincant⁶⁰. Les cours provinciales traitent maintenant toute une variété de questions et sont organisées pour les traiter d'une façon qui oblige souvent les juges à se spécialiser considérablement -- chambre civile, chambre criminelle,

⁵⁹ Mes commentaires sont fondés sur une courte entrevue téléphonique avec le secrétaire du Provincial Court Nominating Committee en juillet 2010.

⁶⁰ Pendant mes entrevues, il y a 25 ans, plusieurs des juges avec qui j'avais discuté m'en avaient parlé de l'approche « un juge est un juge », même s'ils m'avaient alors mentionné que cela était déjà remis en question et qu'il y avait certaines branches de la cour provinciale (surtout à la chambre de la famille) où cela n'était strictement pas le cas.

chambre de la jeunesse, chambre de la famille, chambre de la dépendance (toxicomanes), et ainsi de suite. L'approche de « justice thérapeutique » suggère cette tendance à la spécialisation, tout comme l'accent mis sur les processus extra-judiciaires et sur la médiation. L'approche universelle n'est plus la meilleure façon de traiter la question. De même, elle peut ne plus être la meilleure façon de concevoir un comité consultatif en matière de nomination. Pour les nominations qui requièrent de l'expérience ou des compétences particulières qui ne s'appliquent pas aux autres sections de la cour, il peut non seulement être utile de modifier les critères, mais aussi les personnes qui évaluent la demande en fonction de ces critères, en fonction de leur expérience et priorités particulières.

Le désavantage d'un comité spécial réactif est justement la flexibilité de sa dotation pour effectuer la fonction de présélection. La mise sur pied d'un tel comité peut certes donner lieu à un assemblage unique de compétences et d'expériences, mais il ne faut pas ignorer le fait que cette capacité de « composition sur mesure » peut être utilisée à toutes sortes de fins, certaines moins défendables que d'autres. Plus le processus de sélection des personnes concernées est opaque, plus il est possible de le manipuler, ou d'y voir une apparence de manipulation ou une opportunité stratégique d'alléguer une manipulation, que ce soit le cas ou non. Si le problème vient du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif (et en définissant le processus comme étant une restriction de ce pouvoir discrétionnaire, je présume que c'est le cas), la solution ne peut être d'accorder encore plus de pouvoir discrétionnaire à l'exécutif.

Le temps constitue un autre désavantage pratique de ces comités. Si on doit attendre qu'un poste soit vacant ou le soit raisonnablement à brève échéance pour ensuite publiciser la sollicitation de demandes, structurer un nouveau comité pour évaluer ces demandes et fixer les entrevues et discuter des candidats pour ensuite présenter des recommandations, cela peut entraîner des retards importants (ceci constitue un des reproches envers la nouvelle procédure anglaise, dont je discuterai plus loin).

Enfin, un système qui compte sur une série de comités spéciaux, sans garantie de conserver les mêmes membres, crée des problèmes de continuité tant au niveau des standards que des procédures. Par leur définition, les comités spéciaux n'ont aucune mémoire. Le problème n'est pas qu'un comité donné se comporte d'une mauvaise façon, mais plutôt que des comités successifs peuvent agir de manière parfaitement raisonnable, mais chacun de façon complètement différente. Et dans la mesure où le système dans son ensemble souhaite atteindre une plus grande représentativité de sa magistrature, un comité spécial « à usage unique » ne peut véritablement prendre cela en considération, et encore moins l'intégrer dans ses discussions de façon systématique, parce que chaque comité n'existe que pour un poste en particulier, et pour lequel il ne peut que déclarer qu'un certain nombre de candidats sont qualifiés. C'est au Québec que ce problème se pose

avec le plus d'acuité; il est possible qu'aucun membre ne siège à plus d'un comité (bien que la pratique réelle peut apporter un peu de continuité). Les deux autres provinces qui prévoient des comités spéciaux (le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard) incluent toutes deux le juge en chef de la cour provinciale (sans la mention « ou délégué »), ce qui assure une certaine continuité ou mémoire institutionnelle, et le processus d'apprentissage que cela apporte.

L'avantage d'un comité permanent anticipatoire est de créer et de renouveler continuellement un bassin de candidats qualifiés, à l'aide duquel le ministre peut procéder à une nomination rapidement, au besoin. Les postes vacants imprévus ne constituent alors pas plus un problème que ceux qui sont prévus et ils peuvent être pourvus aussi rapidement. Comme leurs membres sont relativement stables et que ce sont les mêmes pour tous les candidats, on ne peut pas, en apparence, truquer les cartes pour favoriser un candidat particulier. Puisque ces comités sont habituellement de taille plus grande que les comités spéciaux, beaucoup de personnes peuvent présenter des objections possibles, d'autant plus que la plupart de ces comités parviennent à formuler leurs recommandations au terme d'un système de vote plus exigeant que « les oui l'emportent sur les non ». Le fait que les responsabilités différentes des différents juges de la cour provinciale requièrent une expérience, des titres de compétences et des habiletés différentes peut être réglé en augmentant la taille du comité pour comprendre des membres présentant des profils différents, ce qui leur permettra d'évaluer correctement tous ces différents éléments, chacun des membres jouant alors un rôle plus ou moins important selon le dossier pertinent.

L'expérience a toutefois démontré que ces commentaires sont quelque peu naïfs : autrement dit, ça ne fonctionne pas toujours de cette façon. L'Alberta fait partie des six provinces dont les procédures permettent d'obtenir un bassin de candidats qualifiés à partir duquel tout poste doit être pourvu, mais on s'est demandé à plusieurs reprises dans cette province si les compétences et l'expérience des candidats répondent de façon appropriée aux exigences d'un poste donné. Cette situation a atteint un sommet en 2007 lorsque la Cour suprême du Canada a ordonné un second procès pour une affaire en critiquant le juge de première instance provincial. Un article de journal a soulevé la controverse en indiquant que plus de la moitié des juges de première instance de la chambre criminelle nommés pendant les huit années précédentes avaient peu ou pas d'expérience à titre d'avocat en droit criminel.⁶¹ La faute n'en revient pas directement au comité consultatif de l'Alberta (qui, selon le processus établi, ne peut que dire si la personne est qualifiée pour être juge provincial, et non si la personne est qualifiée pour une spécialisation particulière au sein de la cour) et il est frappant de constater que l'article suggérait que la situation était encore pire dans le cas des nominations à la cour supérieure

⁶¹ « Who's Best for the Bench? », *Edmonton Journal*, le 12 août 2007.

par le gouvernement fédéral, mais cela indique que le système actuel n'est pas totalement efficace. On pourrait peut-être remédier à ce problème (dans le cas des comités permanents formant un bassin de candidats) en leur permettant d'indiquer si un candidat est particulièrement qualifié pour une certaine chambre de la cour, ou, et c'est peut-être un peu problématique, s'il n'est pas particulièrement qualifié pour une ou plusieurs chambres. En tant que telle, la dichotomie « qualifié/non qualifié » (et même la trichotomie « très qualifié/qualifié/non qualifié », dont se servent quelques comités) risque de répéter la notion que « un juge est un juge est un juge ». Un comité anticipatoire ne peut s'appuyer sur les compétences et l'expérience de ses membres pour appairer un candidat particulier à un poste donné, mais c'est une chose que les comités réactifs peuvent bien faire.

Le plus grand désavantage des comités anticipatoires est évident : si le but d'un comité de nomination est de restreindre le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif en le soumettant au fonctionnement transparent d'un comité indépendant et représentatif qui travaille en fonction de critères clairement établis, alors le problème d'un comité anticipatoire est qu'il minimise cette contrainte et maximise le pouvoir discrétionnaire. Le « bassin » de candidats qualifiés en Alberta contient environ une centaine de noms, ce qui est environ au moins dix fois plus que ce dont on aura besoin pendant une seule année⁶²; en Saskatchewan, le bassin est d'environ trente noms, soit un ratio semblable⁶³. Peu importe les priorités du ministre une fois le problème des qualifications réglé, un tel bassin crée un potentiel énorme de choix discrétionnaire. Et si nous pouvions être certains que les priorités étaient toujours irréprochables, alors le ministère pourrait sûrement mener ses propres évaluations des compétences au moins aussi efficacement.

La procédure du CCNM de l'Ontario raffine ces distinctions et lui permet d'obtenir le meilleur des deux mondes. D'un côté, il s'agit d'un comité réactif : il est avisé d'un poste vacant, annonce le poste et traite les demandes lorsqu'il les reçoit, pour ensuite présenter des recommandations après une ronde d'entrevues. Ces recommandations peuvent donc viser directement un poste donné et l'expertise qu'il exige, apportant la distinction appropriée entre un candidat qui ferait un bon juge de la chambre criminelle et un autre qui ferait un bon juge de la chambre de la famille, par exemple, plutôt que de simplement ajouter les deux noms à une liste de candidats « qualifiés » et d'espérer que les distinctions ne seront pas perdues en cours de route. D'un autre côté, comme il s'agit d'un comité permanent, il est plus grand et donc plus représentatif et il peut apprendre de son

⁶² Ma logique est fondée sur le fait que, sur une période de 19 ans, le CCNM de l'Ontario a pu voir les nominations tirées de ses recommandations totaliser un nombre un peu inférieur à l'effectif total de la Cour de justice de l'Ontario. On peut donc dire de façon générale que l'effectif de la magistrature ontarienne est renouvelé en vingt ans, ce qui signifie qu'environ 5 % de l'effectif total est remplacé au cours d'une année. En appliquant cette estimation à l'effectif total de la cour provinciale de l'Alberta (114 juges) et à celle de la Saskatchewan (50 juges), on peut obtenir une estimation du nombre de nominations par année.

⁶³ Bien sûr, dans les deux provinces, une demande n'est valable que pour trois ans, mais elle peut être renouvelée grâce à une procédure accélérée.

expérience tout en conservant une certaine continuité, ce qui contribue à l'inter-commensurabilité de ses évaluations d'un concours à l'autre.

Enfin, le comité de l'Ontario peut, lorsque cela est nécessaire, fonctionner comme un comité constituant un bassin de candidats. Par exemple, si un poste se libère de façon imprévue, il peut aller chercher des personnes qu'il a déjà évaluées pour d'autres postes dans le but d'identifier rapidement des personnes qui sont qualifiées et qui pourraient toujours être intéressées. De plus, si le candidat qui a terminé au deuxième rang lors du dernier concours est meilleur que les candidats actuels, il peut également le mentionner.

Présélection, recommandation et désignation : la place des comités dans le processus

Il existe une dimension du rôle du comité dans le processus de nomination qui échappe aux descriptions procédurales précédentes. Toutefois, en raison des problèmes que cela pose relativement à notre compréhension du comité et à sa place dans un processus plus grand, je souhaite d'abord revenir en arrière et établir le grand cadre conceptuel à l'intérieur duquel cette discussion peut avoir lieu. Ce cadre est présenté au tableau 10. L'idée de base est tirée d'un rapport préparé pour le gouvernement de Hong Kong, mais je l'ai beaucoup modifiée et étayée pour les besoins actuels⁶⁴.

⁶⁴ Liu, Eva, et Wai-lam Cheung, 2001. *The Process of Appointment of Judges in Hong Kong and Some Foreign Countries: Overall Comparison*. (Hong Kong : Research & Library Services Division, 2001). Consulté en ligne (en anglais) au <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp01.pdf>.

Tableau 10 : Cadre conceptuel des étapes du processus de nomination

Étape	Description
Agent initiateur	A la capacité pratique ou officielle de présenter des noms « en jeu » parmi les candidatures à évaluer
Agent chargé de la présélection	A la capacité pratique ou officielle de présélectionner parmi les noms donnés initialement, pour retirer les candidats qui n'ont pas les compétences ou les qualifications requises, ou qui n'ont pas fourni tous les renseignements demandés
Agent consultatif	A la capacité pratique ou officielle d'offrir des conseils <i>non contraignants</i> dans le cadre du processus de réduction du bassin de candidats
Agent chargé de la recommandation	A la capacité pratique ou officielle de créer une liste de longueur moyenne de candidats potentiels à partir du bassin de candidats présélectionnés, et ces noms sont les seuls qui peuvent être considérés par la suite
Agent chargé de la désignation	A la capacité pratique ou officielle de créer une liste courte de candidats potentiels, potentiellement en ordre de préférence, à partir de laquelle le choix final sera fait
Agent chargé de la sélection	A la capacité <i>de facto</i> de fait la capacité de faire le choix final en choisissant un seul nom d'une plus longue liste
Agent doté d'un veto	A la capacité pratique ou officielle de bloquer ou d'annuler la décision de l'agent chargé de la sélection, forçant ainsi un nouveau choix
Agent chargé de la nomination	A la capacité officielle de nommer le juge
Agent chargé de l'aval	A la capacité officielle de confirmer ou d'avaliser le choix de l'agent chargé de la sélection

Ce tableau vise à décrire le processus le plus élaboré et complet possible en une série d'étapes logiques. Je ne connais pas de pays (et ce n'est certainement pas le cas au sein du Canada) dont la procédure de nomination comporte un agent identifiable pour chacune de ces neuf étapes. En pratique, les différentes procédures rassemblent un certain nombre de ces étapes en un seul bloc, traité par un seul agent. Par exemple, on peut regarder le style prototypique « anglais » que l'on retrouvait partout au Canada jusque dans les années 1960 et que suivent toujours certains pays comme la Nouvelle-Zélande et l'Australie. Dans les faits, chaque étape, à partir de l'initiation jusqu'à la sélection, relève du ministre de la Justice pertinent, qui pourrait déléguer certaines d'entre elles au personnel de son ministère, et le seul autre agent pertinent est le lieutenant-gouverneur ou le gouverneur en conseil, qui entérine la nomination officielle. Dans le cas d'un modèle procédural aussi simple, le tableau n'est qu'un embellissement inutile. Pour la période moderne, le tableau est une façon utile d'organiser la pensée et de rendre les comparaisons plus rigoureuses.

Au cours de l'étape d'initiation, des noms sont lancés aux fins d'évaluation pour la nomination. Selon l'ancienne pratique canadienne, nous avons des raisons de croire que les noms étaient lancés par des personnes au sein du parti politique ayant de l'influence. Par exemple, certaines biographies de juges de la Cour suprême du Canada parlent des pressions faites en leur faveur et il est évident que certaines personnes ont aussi moussé leur propre candidature⁶⁵. Plus récemment, lorsque le premier ministre Trudeau et le ministre de la Justice John Turner ont commencé à réformer le processus de nomination fédéral à la fin des années 1960, un élément de ces changements était de développer un réseau fournissant des suggestions de noms de plusieurs sources différentes. Pour la cour provinciale actuelle au Canada, il s'agit presque exclusivement d'une situation où les personnes présentent leur propre candidature dans une demande formelle. Seules quelques provinces permettent dans le processus que des noms soient proposés par d'autres personnes.

Cependant, le bassin doit être réduit puisqu'il est habituellement trop grand au départ. Le libellé des lois et règlements se concentre habituellement sur les candidats qui se démarquent (la question « pourquoi *cette* personne est-elle juge? »). Je crois qu'il est plus utile de considérer le processus dans l'angle opposé de l'élimination des noms pour en arriver à un résultat. Pour utiliser l'exemple par excellence de l'été 2010 : d'un certain angle, la Coupe du monde raconte bien le chemin de l'équipe de l'Espagne vers la victoire, mais elle raconte également l'histoire de plus de 200 équipes nationales éliminées pendant quatre ans pour en venir aux 32 équipes qui se sont rendues en Afrique du Sud, dont seize ont survécu à la ronde préliminaire, huit se sont rendues en quart de finale, et ainsi de suite. De même, le communiqué officiel annonçant la nomination d'un juge provincial constitue dans les faits l'étape finale d'un processus qui a permis de passer d'un bassin initial de candidats pour cette nomination à la magistrature pour en venir finalement à une seule personne.

Les expressions utiles pour explorer le déroulement de ce processus sont, placées dans un continuum logique, *présélection*, *recommandation*, *désignation* et *sélection*. En parlant de « présélection », je désigne le processus initial visant à s'assurer que la personne qui présente une demande est un candidat sérieux. Par exemple, lorsque j'ai rencontré des membres des Conseils de la magistrature pendant les années 1980, un juge a mentionné que presque tout le monde pouvait présenter une demande, même une personne comme moi, qui n'a pas de diplôme en droit et n'est évidemment pas membre d'un barreau. Une telle personne subirait même une entrevue, mais ne devrait pas avoir trop d'espoir. Sans vouloir offenser qui que ce soit, ce processus aurait été extrêmement inefficace. Les personnes n'ayant pas les compétences de base devraient être écartées rapidement dans le

⁶⁵ Fitzpatrick, qui est passé en 1906 directement du poste de ministre de la Justice dans le cabinet fédéral au poste de juge en chef de la Cour suprême, paraît en être un bon exemple.

cadre d'une procédure qui est purement administrative. Une personne qui a presque le nombre minimal d'années d'expérience pose un plus grand problème, puisque plusieurs énoncés officiels mentionnent que de telles nominations peuvent être possibles, uniquement dans une situation inhabituelle. Le fait de décider si les circonstances sont suffisamment inhabituelles constitue plus qu'une procédure administrative.

Si cela constituait les seules tâches d'un comité consultatif, ce serait peu. Par exemple, lorsque le Conseil de la magistrature de la Colombie-Britannique a étudié 50 demandes pendant une période de trois ans pour les nominations à titre de juge de paix (ce qui constitue une de ses tâches en plus d'étudier les demandes de nomination à la magistrature), il en a approuvé 47. Le fait que ces trois personnes aient été écartées n'est pas négligeable, mais ces chiffres laissent entendre que le comité n'ajoute pas beaucoup au processus. Dans le cas des demandes de nomination à la magistrature, le conseil de la Colombie-Britannique est plus agressif. Pendant cette même période de trois ans, il y a eu 176 demandes, dont environ la moitié (79) ont été approuvées pour la prochaine étape du processus, soit l'entrevue formelle du candidat par le comité.

Je désigne par l'expression « recommandation » la deuxième réduction du bassin de candidats, en cherchant plus que les compétences de base, tout en laissant un certain choix pour les décideurs de plus haut niveau plus tard dans le processus. Selon le processus utilisé dans les provinces canadiennes, cette étape est de toute évidence celle où le travail le plus important est effectué. Des renseignements sont recueillis, le comité se rencontre (habituellement, mais pas toujours) pour traiter des renseignements et pour passer en revue la liste des candidats, des entrevues (presque toujours menées par le conseil ou le comité lui-même) sont planifiées puis menées avec certains candidats, et font ensuite l'objet de nouvelles discussions, et ces renseignements sont traités pour produire une liste de personnes « qualifiées » (et parfois aussi une liste de personnes « très qualifiées »). Si on regarde encore une fois l'exemple de la Colombie-Britannique (la seule qui fournit une liste complète de données à partir desquelles j'ai pu travailler), parmi les 176 premiers candidats et les 79 qui ont passé des entrevues, 36 ont fait l'objet d'une recommandation aux fins de la nomination.

J'utilise l'expression « désignation » pour désigner une partie encore plus intrusive du processus de réduction, soit l'obtention d'une « liste restreinte » de candidats parmi lesquelles on choisira la personne nommée. Le fait de demander au conseil ou au comité d'identifier les personnes « qualifiées/très qualifiées » signifie en quelque sorte qu'il « désigne » plutôt qu'il « recommande ». De plus, dans certains cas et au moins dans certaines provinces, le nombre de candidats très qualifiés est si petit que la distinction que je tente d'apporter importe peu. Toutefois, certains comités reçoivent un mandat plus explicite. Par exemple, au Manitoba, le comité doit fournir une liste de trois à six noms pour

pourvoir un poste donné. En Ontario, le comité mentionne qu'il fournit au procureur-général une liste restreinte d'au moins deux noms, en ordre de priorité⁶⁶.

La dernière catégorie de cette série est la « sélection », ce qui signifie de choisir parmi les candidats ayant « survécu » la personne qui sera nommée. On pourrait imaginer qu'il revient au conseil ou au comité de faire ce choix, mais aucun des organismes canadiens n'a jamais reçu ou assumé ce mandat. Le comité de sélection anglais, dont je parlerai plus loin, le fait, mais c'est un aspect du processus qui n'a pas trouvé écho au Canada. Dans les provinces canadiennes, ce processus final de sélection est effectué par le ministre de la Justice. Puisque la plupart des conseils et comités se retrouvent dans la catégorie de la recommandation plutôt que de la désignation (surtout les comités anticipatoires fournissant un bassin), le ministre prend sa décision à partir d'une liste plus longue que courte.

Ma série est interrompue par la catégorie de l'« agent consultatif ». Cette partie du processus est clairement importante. Nous n'aurions pas beaucoup d'égard pour un système complètement isolé qui ne fait que recevoir les demandes et ne cherche pas à obtenir d'autres renseignements. Dans le cas de toutes les provinces qui ont une description formelle de la procédure à suivre, la police et le barreau de la province se trouvent sur cette liste. Les formulaires de consentement à une enquête de la CIPC et un consentement à la divulgation de renseignements par le Barreau font partie des formalités administratives de base. La Colombie-Britannique est la seule à identifier l'Association du Barreau canadien (division de la Colombie-Britannique) comme un agent officiel à qui on demande une évaluation écrite des candidats et l'ABC (C.-B.) a créé son propre comité permanent pour répondre à cette attente. En pratique, bien sûr, la consultation ratisse plus large. Toutes les descriptions de procédure et les formulaires de demande et d'information mentionnent des enquêtes « discrètes, mais approfondies » auprès de différentes sources et, bien que la confidentialité soit demandée, elle ne peut être entièrement garantie. On m'a informé par téléphone que le conseil de la Saskatchewan présume « bien sûr » que les membres du comité faisant partie de la magistrature (qui comprend également dans cette province les cours supérieures) posent des questions aux autres juges de leur tribunal. Je crois qu'il est raisonnable de présumer que cela s'applique également aux autres provinces. Pour bien comprendre le processus d'une province, nous devons comprendre ce que cette zone de consultation peut être et la façon dont elle s'intègre au processus de réduction. Ceci est d'autant plus nécessaire puisque le processus de consultation peut ne pas traiter tous les candidats équitablement. On peut présumer que certains groupes au sein de la communauté juridique, définis soit par des facteurs démographiques, par le domaine de

⁶⁶ Dans le rapport de 2007, le CCNM mentionne qu'il a recommandé 31 candidats, dont 6 ont été nommés. En présumant que les 31 recommandations visaient les six postes (c'est-à-dire qu'il n'y pas eu de recommandations visant des postes qui n'ont pas été comblés par la suite), ceci signifie que pendant cette année, en moyenne cinq personnes ont été recommandées pour chaque poste vacant.

droit pratiqué ou par la taille de la communauté, fréquentent moins les personnes qui sont normalement consultées et qui ne peuvent donc pas espérer tirer avantage d'un commentaire favorable. Ce qui peut sembler pour une personne être une source normale et opportune peut représenter la « vieille clique » pour une autre personne.

Les dernières lignes de mon tableau sont plus officielles. À une époque, les conseils de la magistrature de certaines provinces exerçaient une simple fonction de veto potentiel. Le procureur général proposait le nom de la personne qu'il souhaitait nommer juge provincial et le conseil examinait et évaluait le dossier de la personne (et la convoquait parfois en entrevue) avant d'annoncer officiellement s'il approuvait ou non la candidature. La nomination n'avait lieu que si leur conclusion était positive. Les conseils de l'Ontario et de la Saskatchewan fonctionnaient de cette façon au début des années 1980, et les conseils de Terre-Neuve et de l'Alberta devaient au départ fonctionner ainsi, mais ils se sont intégrés en pratique à une autre étape du processus⁶⁷. Actuellement, le Nouveau-Brunswick est la seule province qui prévoit ce processus (sous forme d'un comité d'entrevue spécial qui évalue la personne que le ministre propose de nommer parmi le bassin de candidats qualifiés approuvés par les conseillers d'examen des nominations judiciaires provinciales).

Dans notre système parlementaire, la nomination officielle incombe au gouverneur en conseil, mais il s'agit principalement d'une formalité. Difficile d'imaginer les circonstances dans lesquelles le cabinet provincial contesterait la décision de son ministre de la Justice, et encore plus difficile d'imaginer un refus du lieutenant-gouverneur.

L'étape de l'aval dédouble en quelque sorte mon étape du veto, et le principal exemple est le pouvoir d'« avis et consentement » du Sénat américain relativement aux juges de la Cour suprême et de la Cour fédérale des États-Unis. Je l'ai inclus comme une étape logique distincte en raison de l'argument de Wood voulant que, contrairement à mon étape du veto (alors qu'une évaluation négative du comité de veto empêche une nomination), le texte pertinent aux États-Unis mentionne que le président procède à une nomination qui est ensuite ratifiée, ou non, par le Sénat⁶⁸. En pratique, les deux étapes peuvent être considérées comme essentiellement semblables. En tout état de cause, on ne retrouve pas du tout cette catégorie dans la pratique actuelle des provinces canadiennes.

⁶⁷ En lui-même, ceci constitue un fait intéressant sur l'évolution de la pratique par rapport à l'encadrement légiféré. Il est également intéressant de constater que, bien que la législation de la Saskatchewan n'ait jamais été modifiée, le « conseil de veto » que j'ai rencontré au début des années 1980 est devenu un comité de présélection au début des années 1990. D'autre part, en Ontario, le rôle de veto du Conseil de la magistrature a été officiellement complété, puis remplacé intentionnellement par l'organisme totalement différent que j'ai décrit précédemment.

⁶⁸ Rebecca Wood, « Comparing Judicial Selection Systems in Common Law Systems: A Framework for Analysis », article présenté à l'assemblée annuelle 2006 de la Midwest Political Science Association, Chicago (Illinois), avril 2006. Consulté en ligne, en anglais, sur le site Web de la MPSA.

Tableau 11 : Application du cadre conceptuel

Étape du processus	Description
Agent initiateur	<i>Demandeur (toutes les provinces)</i>
Agent chargé de la présélection	JC de l'Alberta
Agent consultatif	ABC (C.-B.)
Agent chargé de la recommandation	JC de la C.-B.; PCNC de l'Alberta; JC de la Saskatchewan; comité spécial du Québec; JAAC de l'Î.-P.-É.; conseillers ENJP du N.-B.; ACPJA de la N.-É.; JC de T.-N.
Agent chargé de la désignation	CCNM de l'Ontario; CNJ du Manitoba
Agent chargé de la sélection	<i>Procureur-général (toutes les provinces)</i>
Agent doté d'un veto	N.-B. [comité d'entrevue]
Agent chargé de la nomination	<i>Gouverneur en conseil (toutes les provinces)</i>
Agent chargé de l'aval	<i>[aucun exemple au Canada]</i>

Le tableau 11 applique le cadre conceptuel aux modèles et pratiques actuelles pour les nominations de juges aux cours provinciales au Canada. Manifestement, l'option de « recommandation » est le centre de gravité du tableau : huit des dix provinces possèdent un conseil, un comité ou un groupe de conseillers dont la fonction est d'étudier plus attentivement les compétences des demandeurs présélectionnés, puis de produire une liste plus courte (mais pas « restreinte ») des candidats considérés comme qualifiés ou très qualifiés pour la nomination, ce qui comprend presque⁶⁹ toujours une entrevue avec le candidat⁷⁰. La taille du bassin approuvé varie, tout comme le ratio du nombre de nominations à faire dans une certaine période, mais elle est habituellement assez grande. Lorsque j'ai pu avoir des données pour certaines provinces, ce chiffre était dans les douzaines. Deux provinces donnent à leur comité un rôle un peu plus important, soit celui de présenter une liste restreinte plutôt qu'un bassin élargi (en Ontario, cette liste comprend un classement) à partir de laquelle la nomination se fera. Le Nouveau-Brunswick est la seule province qui utilise un processus de veto supplémentaire, aux termes duquel un comité spécial rencontre en entrevue et évalue la personne choisie par le ministre à partir du bassin élargi. Cette procédure est le vestige de la procédure de « conseil de veto » lancée par l'Ontario au tout début, plus ou moins imitée par trois autres provinces, qui l'ont toutes maintenant abandonnée.

⁶⁹ L'Île-du-Prince-Édouard indique qu'il « peut » y avoir une entrevue. La Saskatchewan dispense de l'entrevue si la personne est bien connue des membres du conseil, ce qui est possible, mais pas fréquent.

⁷⁰ Le Nouveau-Brunswick est le cas isolé, puisque ses conseillers ne se rencontrent pas en comité et parce que le processus de recommandation ne comprend pas d'entrevue.

Le conseil de veto semble à certains égards être l'option assortie des pouvoirs les plus importants. Il s'agit de la seule variante du processus qui permet à un organisme externe d'arrêter la nomination par le ministre de la Justice de son candidat favori au poste de juge provincial. Toutefois, il ne s'agirait que d'une illusion, comme en font foi mes entrevues auprès de plusieurs membres des conseils au cours des années 1980. D'abord, le conseil de veto indiquait s'il approuvait ou non le choix sans vraiment avoir tous les renseignements. Une des personnes que j'ai rencontrées avait l'impression de ne jamais connaître les autres choix : ils ne pouvaient que dire si le candidat était qualifié ou non de façon absolue et abstraite, sans pouvoir dire si le candidat était le meilleur pour le poste ou s'il était meilleur que les autres choix. De plus, le conseil de veto est nécessairement en confrontation directe avec le ministre et, plus la nomination était de notoriété publique, plus grande aurait été la gêne politique si le conseil de veto utilisait effectivement son veto. Il n'est donc pas surprenant, d'après ce que j'ai pu vérifier, qu'aucun conseil de veto n'a jamais exercé son veto contre une nomination⁷¹.

Par conséquent, « plus loin dans le processus » ne signifie pas nécessairement que les conseils et les comités jouent un plus grand rôle, et le cadre conceptuel n'est que la première étape dans l'évaluation adéquate de ce rôle. Je suggère qu'une mesure raisonnable de l'impact de ces conseils ou comités consultatifs soit obtenue à l'aide d'une combinaison de deux ratios différents. Le premier est le ratio entre le nombre de demandes reçues et le nombre de noms qui passent à la prochaine étape du processus. Ceci permet de mesurer dans quelle mesure les standards établis par le comité sont plus élevés que ceux auxquels sont tenus des praticiens de la profession en général. Autrement dit, à quel point devez-vous être meilleur que la moyenne de vos pairs pour être recommandé à titre de juge? Ceci est une mesure importante du sérieux avec lequel le comité applique (ou peut appliquer) la notion stricte de mérite et crée ainsi un lien ferme avec la raison principale de mettre sur pied le comité initialement. Le deuxième est le ratio entre le nombre de noms que le comité envoie et le nombre de juges nommés, mais il ne s'applique qu'aux comités réactifs qui se penchent sur un poste vacant. Dans le cas des comités anticipatoires, un tel ratio surestime grandement leur influence.

Public, mais à quel point? : équilibrant la transparence et la confidentialité

Le processus de sélection des juges a historiquement et traditionnellement été une procédure des plus secrètes. Mais ceci va à l'encontre de la tendance moderne qui privilégie l'ouverture et la transparence, avec une expectative répandue d'une certaine garantie que les bonnes choses ont été évaluées et que les mauvaises ont été mises de côté. Bien sûr, chaque décision d'embauche (ce que la sélection d'un juge est en fait) comporte un certain

⁷¹ Je note toutefois que Lennox n'écarte pas aussi facilement cette possibilité. Il mentionne que, dans l'« ancien » système de conseil de veto ontarien, qui a d'abord été complété puis remplacé par le CCNM, il a approuvé le choix du ministre dans la « vaste majorité des cas » (cit. op., 1), ce qui semble contredire mon « jamais ».

degré de confidentialité. On ne peut s'attendre à ce que les comités rendent publique la liste de tous les demandeurs avec une note indiquant lesquels n'ont pas été admis en entrevue ou n'ont pas fait l'objet d'une recommandation après l'entrevue (par contre, certains pays le font, comme les États-Unis). Aucun des comités canadiens, sans exception, ne le fait.

Au-delà de ces considérations toutefois, il n'y a pas de raison valable pour dissimuler des renseignements de base, comme l'existence, la structure, la composition et les procédures du comité, et il devrait en être de même des rapports réguliers sur les tâches qu'il a accomplies. Malleson mentionne que le premier élément pertinent pour évaluer l'ouverture d'un système de nomination est [trad.] « la mesure selon laquelle le mécanisme du processus et les critères de sélection adoptés sont portés à la connaissance du public. »⁷² Selon moi, au 21^e siècle, Internet devrait constituer l'outil normal pour fournir ces renseignements, mais le Canada fait bien piètre figure à cet égard.

Seules deux provinces, soit l'Ontario⁷³ et la Colombie-Britannique⁷⁴, disposent d'un site Web pour le conseil ou le comité pertinent. Ces sites Web contiennent bien sûr des renseignements sur les procédures et les critères de nomination à la magistrature, ainsi que les formulaires de demande et de renseignements pertinents. Il n'est donc pas surprenant de constater que ces deux provinces sont celles dont le conseil ou le comité produit des rapports réguliers de ses activités (une fois par année dans le cas de l'Ontario, tous les deux ou trois ans dans le cas de la Colombie-Britannique) de plus de douze pages. Il est possible de consulter tous les rapports des dix dernières années (et ces rapports respectent des normes de présentation pour de semblables données d'une année à l'autre, de sorte que l'on puisse en faire la comparaison). Toutefois, dans les deux cas, le site Web est en réalité une « page » du site Web de la cour provinciale, suivant le même format et utilisant les mêmes barres de navigation internes que les autres pages du site, plutôt qu'un site Web clairement indépendant et autonome qui serait simplement accessible à partir du site de la cour provinciale. Si l'on compare avec d'autres juridictions, c'est nettement inférieur à la moyenne. Pourtant, aucune autre province n'offre quoi que ce soit de vaguement semblable. L'Ontario est la seule province où on peut constater une réelle tentative d'informer le public à propos du processus : ses membres sont disponibles pour donner des conférences à différents groupes à propos de la magistrature et du processus de nomination et ses rapports annuels mentionnent la fréquence de ces conférences.

⁷² Kate Malleson, *The New Judiciary: The Effects of Expansion and Activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 92.

⁷³ Le Comité consultatif sur les nominations à la magistrature de l'Ontario possède sa propre « page » sur le site Web de la Cour de justice de l'Ontario (distinct de son propre site Web indépendant, avec un lien vers le site Web de la CJO), au <http://www.ontariocourts.on.ca/jaac/fr/>.

⁷⁴ Le Judicial Council de la Colombie-Britannique possède sa propre « page » sur le site Web de la cour provinciale de la Colombie-Britannique (distinct de son propre site Web indépendant, avec un lien vers le site Web de la BCPC), au <http://www.provincialcourt.bc.ca/judicialcouncil/>.

Le Conseil de la magistrature de la Saskatchewan possède une seule page sur le site Web de la cour provinciale de la Saskatchewan, comportant des liens vers la loi pertinente (la *Provincial Court Act*) et vers le formulaire d'information sur le candidat à la magistrature. La page Web donne la description réglementaire des membres, mais ne donne pas les noms des membres actuels. Elle donne également des renseignements sur les procédures et les critères. Toutefois, comme le conseil est un organisme à vocations multiples, il y a beaucoup plus de renseignements sur le processus de plainte visant les juges de la cour provinciale. Il n'y a toutefois pas de rapport annuel ou de description des activités passées, ni quoi que ce soit s'y rapprochant.

Le comité de la Nouvelle-Écosse ne possède pas de site Web ni de page Web sur le site d'un gouvernement ou d'une cour. Pour obtenir des renseignements sur l'organisme et son processus, vous devez effectuer quelques recherches. En utilisant les bons termes de recherches, vous finirez par trouver le site Web du Department of Justice Court Services de la Nouvelle-Écosse, qui offre, à l'aide d'une phrase un peu sibylline, des liens vers deux documents PDF. Le premier contient les lignes directrices en matière de nomination, dans un document de cinq pages décrivant la procédure et les critères de nomination des juges à la cour provinciale. Il y est indiqué que ce document a été approuvé par le conseil exécutif en 2009 mais il ne contient aucune référence et aucun lien vers une loi ou un règlement quelconque. Le deuxième document est le formulaire de demande de nomination à la magistrature. Une fois trouvés, la procédure et les critères constituent un aperçu utile, mais c'est tout ce qu'on peut trouver et il n'y a aucun lien vers de plus amples renseignements.

En Alberta, le Judicial Council est décrit dans une entrée de quatre lignes sur le site Web du ministère de la Justice, avec un lien vers la loi pertinente (non pas la *Provincial Court Act*, comme l'on pourrait s'y attendre et comme c'est le cas dans la plupart des provinces, mais plutôt la *Judicature Act*, qui traite des cours supérieures de la province). Il n'y a pas d'autres renseignements sur les membres du conseil ou les procédures de nomination. Le Provincial Court Nominating Committee, mis sur pied plus récemment, possède également sa propre page sur le site Web du Justice Department, mais il ne s'agit que d'une description simple de deux lignes ne contenant aucun lien vers un autre site. L'organisme n'est mentionné dans aucune loi. S'il a été créé par règlement, je ne l'ai pas trouvé. Ni le conseil ni le comité n'a produit de rapports. Le président d'un de ces organismes est choisi par les membres et l'autre est nommé par le ministre, mais on ne peut trouver ces renseignements nulle part. Cela est particulièrement ironique puisque, lorsque le ministre a annoncé la création du PCNC dans l'assemblée législative (au moyen d'une simple annonce), c'était dans le but de rendre la procédure de nomination en Alberta plus ouverte et transparente pour les Albertains. Elle est dans les faits aussi ouverte qu'un coffre fort et aussi claire qu'une nappe de pétrole. Toutefois, chaque communiqué

annonçant la nomination d'un juge à la cour provinciale comprend une brève description du conseil et du comité, et mentionne le fait qu'ils ont participé au processus.

Le site Web de la Cour du Québec offre des liens vers la réglementation du gouvernement du Québec qui concerne les comités de nomination, mais sans description de la structure ou de la procédure en cause. Pour obtenir ces renseignements, il faut visiter la page Web du Barreau du Québec, qui offre, sur une seule page, une description du processus, de la composition du comité établi par la réglementation, ainsi qu'une courte mention des critères pertinents. Il n'y a aucun lien vers une autre page et aucune information facile à trouver sur les activités des comités de sélection pendant une période donnée.

Le site Web de la Cour provinciale du Manitoba contient une description, en une seule phrase, de la composition du comité de nomination, mais le seul lien mène vers une formule de renseignements sur le candidat à la magistrature. Étrangement, la description ne mentionne même pas que le comité est constitué par la loi (la *Loi sur la Cour provinciale*), et n'offre pas de lien vers cette loi. La Cour provinciale publie ses propres rapports annuels, mais ils ne mentionnent jamais le comité ou le processus de nomination.

Dans le cas du Conseil de la magistrature de Terre-Neuve, il n'existe aucun site ou page Web sur un site d'un gouvernement ou d'une cour. En utilisant un moteur de recherche général, il est possible de trouver un formulaire de demande, mais les liens sur ce formulaire ne fonctionnent plus, même si le formulaire a été mis en ligne l'an dernier. Il est bien sûr possible de trouver la structure du conseil dans la *Provincial Court Act*, mais il n'y a aucun renseignement à ce sujet de la part d'une cour ou d'un gouvernement.

Le processus du Nouveau-Brunswick est décrit brièvement en une seule phrase sur le site Web de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick (à titre de processus de présélection mené par un comité), mais il n'y a pas d'autres renseignements sur ce « comité » ou sur le processus de nomination. Il n'est pas mentionné dans une loi ni, à ce que j'ai pu constater, dans un règlement. Les seuls renseignements à ce sujet que j'ai pu dénicher sont dans des sources académiques, une de 1995 (le rapport « A Place Apart » de Friedland) et une de 2000 (l'article de Bilodeau et Roy dans l'*Alberta Law Review*). Les communiqués de presse annonçant des nominations dans la province ne mentionnent pas le groupe de conseillers ni ne décrivent le processus.

Voilà qui représente au total bien peu de renseignements. À l'exception de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, le citoyen moyen est toujours à l'époque du « faites-nous confiance » relativement au processus de nomination des juges. Il y a peu ou pas de renseignements disponibles sur le processus, sur les activités des conseils ou des comités, ou sur les critères utilisés. Même les communiqués annonçant les nouvelles nominations à

la cour provinciale n'incluent pas, dans de nombreuses provinces, de mention du comité de présélection ou du processus de consultation, ce qui constitue un oubli troublant.

Comme le mentionne Malleson, le deuxième aspect d'une procédure véritablement ouverte est que le candidat sait s'il a été retenu ou non, et s'il ne l'a pas été, pour quelles raisons⁷⁵. La pratique canadienne à cet égard est en train d'évoluer, mais on est encore très loin de ce que Malleson propose. Dans plusieurs provinces (l'Ontario, la Colombie-Britannique et le Manitoba), la procédure indique clairement qu'un candidat ne saura pas s'il a fait l'objet ou non d'une recommandation (et il en connaîtra encore moins les raisons).⁷⁶ En Alberta (qui utilisait une pratique semblable dans les années 1980), les candidats savent assez rapidement s'ils ont fait l'objet ou non d'une recommandation, mais ils n'en connaîtront pas les raisons (et ils ne savent pas s'ils ont été « très » recommandés ou non). Si le processus de nomination des juges à la cour provinciale au Canada sort des ténèbres dans lesquelles il s'est toujours trouvé, il est clair qu'il n'est pas sorti bien loin.

Addenda : note sur les données

À titre de spécialiste en sciences sociales, je ne suis pas entièrement satisfait des descriptions données précédemment. C'est bien de connaître les structures, les procédures et les voies à suivre, mais je veux savoir à quoi ressemble vraiment le système en pratique et sur le terrain. Quelle est la charge de travail des membres des conseils et comités et combien de temps y consacrent-ils?⁷⁷ Dans quelle mesure réduisent-ils le bassin de candidats lorsqu'ils présentent des recommandations? Et (question connexe, mais différente) dans quelle mesure restreignent-ils le choix discrétionnaire du représentant politique? C'est bien de regarder la carte du système de métro, mais je veux connaître un peu sur la circulation.

Peu de provinces donnent suffisamment de renseignements pour s'en faire une bonne idée. La Colombie-Britannique et l'Ontario sont les exceptions. Les rapports « annuels » du Conseil de la magistrature de la Colombie-Britannique (en réalité, il s'agit d'un rapport couvrant plusieurs années publié tous les deux ou trois ans) offrent des renseignements pour une période de dix ans, soit de 1999 à 2008. Pendant cette période, le conseil a étudié 668 demandes, soit un peu moins de 70 par année, et 157 d'entre elles (soit 23,5 %) ont été approuvées. Ces 157 demandes approuvées ont mené à 60 nominations, ce

⁷⁵ Kate Malleson, *The New Judiciary: The Effects of Expansion and Activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 92.

⁷⁶ Malleson suggère (p. 147) que le CCNM de l'Ontario a adopté des procédures officielles visant à informer les demandeurs de la progression de leur demande à plusieurs étapes du processus, mais il semble que la déclaration du CCNM au sujet de ses procédures la contredit lorsqu'elle affirme que les candidats ne seront pas informés de l'inclusion ou non de leur nom sur la liste restreinte faisant l'objet d'une recommandation au ministre.

⁷⁷ Le CCNM de l'Ontario fournit une estimation du temps consacré dans ses rapports annuels. Les trois organismes du Royaume-Uni le mentionnent également, sur une base de « jours par mois » pour lesquels les membres reçoivent des allocations quotidiennes.

qui signifie qu'une demande approuvée sur 2.6 (soit 38 %) fait l'objet d'une nomination. Au cours de cette période, le ratio des demandes par rapport aux nominations était de onze pour une. De même, les rapports de l'Ontario offrent des données complètes pour neuf années, soit de 1999 à 2007. Pendant cette période, le CCNM de l'Ontario a évalué 1 149 demandes (environ 130 par année), et 478 d'entre elles (soit 41 %) ont été recommandées au ministre, qui a procédé à 119 nominations⁷⁸. Un candidat recommandé sur quatre (soit 25 %) a donc fait l'objet d'une nomination. Au cours de la période, le ratio des demandes par rapport aux nominations était un peu en deçà de dix pour une⁷⁹.

Voici une partie de l'équation. L'autre question qui se pose maintenant porte sur le nombre de postes à pourvoir en moyenne par année. Il est possible de déduire une règle pratique de l'expérience du CCNM de l'Ontario. Son rapport pour 2007 mentionne que, sur une période de 19 ans, au total 266 nominations ont été faites à la Cour de justice, sur un effectif total de 286 juges. On peut donc dire en général que cette cour se « renouvelle » tous les vingt ans, ce qui signifie qu'environ 5 % de son effectif doit être remplacé chaque année. Les données pour la Colombie-Britannique sont un peu différentes. Ses soixante nominations en dix ans, sur un total variant entre 140 et 150 juges à la Cour provinciale, suggèrent un renouvellement complet environ tous les vingt-cinq ans et un taux de remplacement par année plus près de 4 %.

En comparant ces deux séries de données, soit une tendance normale de dix à douze demandes pour un poste et un ratio de disponibilité des postes de 4 à 5 % de l'effectif total, on obtient des résultats très intéressants : un conseil ou comité de nomination à la magistrature devrait s'attendre à recevoir des demandes sérieuses pour une nomination correspondant environ à la moitié du nombre total de juges. Le fait que ces données soient semblables pour les deux provinces, dont l'une possède un comité réactif et l'autre un

⁷⁸ Le document de consultation publique du gouvernement de la Nouvelle-Zélande mentionne que le CCNM de l'Ontario a reçu 2000 demandes pour les nominations à la magistrature en 2001. Je crois qu'ils ont simplement mal interprété le tableau pertinent à la p. 20 du rapport annuel du CCNM pour 2001. Les 2152 demandes sont en réalité le total pour la période de 13 ans se terminant en 2001, et le chiffre pour 2001 est plutôt un modeste 100 (soit le deuxième plus petit nombre pour ces treize années). Voir Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, « Appointing Judges: A Judicial Appointments Commission for New Zealand? » (document de consultation publique, avril 2004), consulté en ligne (en anglais) au <http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/a/appointing-judges-a-judicial-appointments-commission-for-new-zealand-a-public-consultation-paper-april-2004>.

⁷⁹ Le juge en chef de la cour provinciale à l'époque, Brian Lennox, a présenté un article dans lequel il suggère un chiffre un peu plus élevé et mentionne que le CCNM de l'Ontario rencontre quinze demandeurs pour chaque poste. Voir Brian Lennox, article présenté à l'International Conference and Showcase on Judicial Reforms, Makati City (Philippines), novembre 2005 (consulté en ligne, en anglais, au [http://jrn21.judiciary.gov.ph/forum_icsjr/ICSJR_Canada%20%20\(B%20Lennox\).pdf](http://jrn21.judiciary.gov.ph/forum_icsjr/ICSJR_Canada%20%20(B%20Lennox).pdf)). Le chiffre plus précis, obtenu à partir des rapports annuels du CCNM, est d'un peu moins de dix entrevues par nomination. Lennox mentionne également le processus d'étude des demandes pour choisir les personnes à rencontrer en entrevue. Je dois respectueusement mentionner que je crois que cela est trompeur, parce que, selon les rapports du CCNM, il semblerait qu'il soit très rare (moins de 5 % du temps) qu'un candidat ne soit pas rencontré en entrevue.

comité par anticipation, est frappant, mais les ratios peuvent être quelque peu différents pour les provinces plus petites⁸⁰.

⁸⁰ L'Alberta dispose actuellement de 100 noms sur la liste approuvée et un effectif de 140 juges, tandis que la Saskatchewan dispose d'une liste approuvée d'environ 30 juges et d'un effectif de 40 juges. Puisque les demandes restent actives pour trois ans, je crois que ces données sont également conformes.

Troisième partie : Mécanisme de nomination dans les tribunaux de première instance : autres juridictions

A. Mécanisme de nomination au fédéral (Canada)

Depuis 1988, le gouvernement fédéral a recours à des comités consultatifs de la magistrature dans le cadre du processus de nomination aux cours supérieures provinciales et aux cours fédérales (première instance et appel)⁸¹. Le processus normal débute par la réception des demandes de candidature. Les statistiques maintenues à l'intention des comités servent pour les candidatures prises en considération, bien qu'il soit également possible que d'autres personnes proposent des candidats admissibles⁸². Avant 1999, les juges siégeant aux cours provinciales ou territoriales qui souhaitaient être nommés à une cour supérieure provinciale ou à une cour fédérale étaient réputés admissibles à la nomination sans évaluation du comité pertinent. Cette pratique a été modifiée en 1999 afin de stipuler que les candidatures devaient être envoyées au comité pertinent pour faire l'objet de « commentaires non contraignants » joints au dossier, qui continuait cependant d'être transféré automatiquement à la catégorie « candidat admissible ».

Les comités étaient composés à l'origine de cinq membres -- un membre désigné par le barreau de la province ou du territoire, un membre désigné par la division provinciale ou territoriale de l'Association du Barreau canadien, un juge nommé par le juge en chef de la province ou du territoire visé, un membre désigné par le procureur général de la province ou le ministre de la Justice du territoire, et un membre désigné par le ministre de la Justice fédéral afin de représenter le public. Cette structure a été modifiée en 1994, faisant passer le nombre de personnes désignées par le ministre de la Justice d'un à trois, dont deux doivent être des non-juristes et un, un avocat⁸³. Le gouvernement Harper a annoncé des changements à la composition du comité en novembre 2006 et ajouté un nouveau poste, soit celui de membre désigné par la collectivité des responsables du maintien de l'ordre. Par ailleurs, le membre de la magistrature faisant partie du comité a été déclaré membre non votant, sauf dans le cas d'une égalité des voix entre les autres membres du comité. Ces

⁸¹ Il existe également un comité distinct pour la Cour canadienne de l'impôt.

⁸² Le document de consultation du gouvernement de la Nouvelle-Zélande attribue à Malleson l'observation à savoir que [trad.] « les comités sont établis sur une base consultative et ne recrutent pas activement de candidats. Ils évaluent les candidatures présentées par le pouvoir exécutif. » [*Appointing Judges: A Judicial Appointments Commission for New Zealand?* Document de consultation publique du gouvernement de la Nouvelle-Zélande, avril 2004; Annexe 2. Accès en ligne à <http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/a/appointing-judges-a-judicial-appointments-commission-for-new-zealand-a-public-consultation-paper-april-2004/appendix-two-judicial-appointments-practice-in-selected-overseas-countries>] Cependant, cette affirmation est incorrecte; les personnes posent leur candidature et, sous réserve d'une vérification des antécédents par le Commissaire à la magistrature fédérale, les candidatures sont transmises au comité pertinent pour examen.

⁸³ Information résumée par Andre S. Millar, « The 'New' Federal Judicial Appointment Process: The First Ten Years » *Alberta Law Review*, Vol. 38 (2000), 616.

modifications ont été très controversées lorsqu'elles ont été adoptées, et elles le sont toujours. J'en parlerai davantage plus avant dans mon exposé. Les membres des comités sont nommés pour un mandat de trois ans, qui peut être renouvelé une seule fois.

Il est intéressant de noter, à propos de la mention « membre désigné » figurant dans le paragraphe ci-dessus, que cela ne signifie pas que la personne siégeant au comité est directement nommée par la personne ou l'organisation en cause (même si c'est ce que l'on pourrait raisonnablement croire d'après les termes similaires utilisés pour les comités de sélection à la magistrature provinciale); cela veut plutôt dire qu'une liste de noms pour chaque poste a été soumise au ministre de la Justice, qui choisit les personnes qui siégeront au comité.

La présidence du comité a fait l'objet de deux descriptions différentes et contradictoires dans les sources pertinentes examinées. Selon l'information figurant actuellement sur le site Web du Commissariat à la magistrature fédérale, chaque comité choisit son propre président; mais les discussions suivant les changements apportés par le gouvernement conservateur en 2006 font constamment référence au fait que le membre de la magistrature devient un président non votant plutôt qu'un président votant⁸⁴. Cela peut vouloir dire que même si les comités sélectionnent leur propre président, dans la pratique, ils sélectionnent le membre qui est juge. À noter qu'il ne s'agit pas d'une exigence, mais d'une tendance générale.

Il y avait au départ douze comités pour les dix provinces et les deux territoires. On a apporté des modifications en 1994 afin de faire passer le nombre de comités en Ontario de un à trois, et le nombre de comités au Québec de un à deux, en fonction de la représentation géographique. Un autre comité a été ajouté pour le territoire du Nunavut lorsque celui-ci a été séparé des Territoires du Nord-Ouest en 2000. Il y a donc maintenant seize comités consultatifs de la magistrature pour les provinces et les territoires, et un dix-septième pour la Cour canadienne de l'impôt. Le ministre fédéral de la Justice rencontre annuellement les présidents de tous les comités, une pratique officialisée en 1999.

Le comité reçoit du Commissariat à la magistrature fédérale des candidatures dont les antécédents ont été vérifiés et entreprend des « consultations exhaustives » avec les communautés juridiques et non juridiques. Son mandat inclut le respect de la diversité et il est encouragé à prendre en compte l'expérience dans tous les domaines du droit, y compris les domaines non traditionnels. Il n'y a aucune indication dans les sources examinées à savoir qu'une entrevue avec tous les candidats ou certains d'entre eux fait partie du

⁸⁴ Voir à titre d'exemple le document de l'Association du Barreau canadien intitulé « Background on the Federal Judicial Appointment Process » publié en réponse aux changements apportés en 2006 à l'URL <http://www.cba.org/cba/advocacy/pdf/judicial-appointment.pdf>. Voir aussi l'entrée de Joseph Ziegel du 3 décembre 2009 sur le blogue de la faculté de l'École de droit de l'Université de Toronto : « The judicial member is reduced to a vote-less chair. »

processus. Le comité discute de chacun des candidats et décide si leur candidature sera recommandée. Au départ, le comité plaçait les candidatures dans les catégories « admissible » et « non admissible ». En 1991, ce mécanisme a été modifié et on a établi trois catégories : « fortement recommandé », « recommandé » et « sans recommandation ». En 2006, on a de nouveau modifié le mécanisme et établi deux catégories : « recommandé » et « sans recommandation ».

Tableau 12 : Candidatures recommandées et nominations au fédéral, 2004-2009

Année	Candidatures		Fortement recommandées	Candidatures	
	reçues	Recommandées		des juges	Nominations
2004/2005	562	170	62	54	38
2005/2006	481	151	76	16	8
2006/2007	550	146	-	21	75
2007/2008	552	228	-	23	63
2008/2009	460	171	-	14	68
TOTAL	2605	1004 ⁸⁵		128	252

Le Tableau 12 résume la charge de travail et les résultats des comités de nomination de la magistrature fédérale sur une période de cinq ans⁸⁶. (Les chiffres correspondent également aux chiffres pour la période de 1989 à 1999 présentés dans l'article de Millar.) Les comités reçoivent un peu plus de 500 candidatures par année et entre 35 % à 40 % de celles-ci font l'objet d'une recommandation de nomination, soit environ 200 par année; le nombre moyen de nominations par année est d'à peu près 50. Ces chiffres concordent aussi de façon surprenante avec les chiffres obtenus de la Colombie-Britannique et de l'Ontario auxquels on fait référence dans l'Addenda ci-dessus; grosso modo, la même proportion de candidats fait l'objet d'une recommandation, soit dix candidats en moyenne pour chaque nomination. En dernier lieu, le nombre de nominations par année pour les juges nommés au fédéral correspond exactement au taux de remplacement annuel de 5 % que montrent les chiffres de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, ce qui donne encore plus de poids aux prédictions de roulement dans une juridiction comparable.

Les évaluations des comités restent valables pendant deux ans (trois ans avant 1999). Durant cette période, un candidat recommandé reste inscrit sur la liste des personnes que le ministre de la Justice peut sélectionner ou recommander en cas de poste vacant. Le mandat officiel des comités ne renferme aucune indication à savoir que le ministre ne peut nommer une personne n'ayant pas été recommandée par un comité; cette pratique repose sur un « engagement personnel » du ministre de la Justice en poste en 1994. Cet engagement a été honoré depuis, mais n'a jamais été officialisé davantage. Cependant, avant de recommander un nom figurant sur la liste, le ministre effectue ses

⁸⁵ Inclut les candidatures « recommandées » et « fortement recommandées »

⁸⁶ Statistiques tirées du site Web du Commissariat à la magistrature fédérale.

propres consultations exhaustives auprès de la magistrature, de la communauté juridique, du ministre provincial ou territorial en cause et des membres du public.

En ce qui me concerne, l'examen du processus de nomination des juges fédéraux est utile à deux fins, bien que celles-ci mènent à un constat de prudence plutôt qu'à une émulation. Tout d'abord, j'estime qu'il est utile d'examiner les comités et les procédures de sélection des juges avec un œil sceptique, voire cynique, en appliquant une perspective s'approchant de la théorie du « méchant » d'Oliver Wendell Holmes aux motivations des ministres qui ont élaboré ce système. Dans cette optique, le processus utilisé au fédéral comporte de nombreuses lacunes. Premièrement, ce mécanisme ne comporte aucun fondement législatif; il est plutôt assujéti au pouvoir discrétionnaire du ministre, de sorte que la composition des comités peut être augmentée, leurs modalités peuvent être modifiées ou leur mandat, étendu (aux candidats de la magistrature) ou resserré sans avis ou recours. Ensuite, la composition réelle du comité est en grande partie le produit de la volonté du ministre. À l'heure actuelle, la plupart des postes vacants sont comblés à partir d'une liste de membres désignés soumise au ministre pour qu'il fasse un choix; les autres membres sont nommés par décret directement par ce dernier. En outre, étant donné que le comité est anticipatoire plutôt que réactif, il ne peut déclarer qu'un candidat en particulier est le meilleur pour occuper ce poste; il peut seulement dire de façon plus abstraite qu'une personne possède les qualités pour être juge. Qui plus est, depuis 2006, le comité ne peut même pas dire si la personne possède ou non des qualifications particulières. Par ailleurs, la sollicitation de commentaires auprès des comités par le biais du processus de consultation ne représente qu'une partie du processus, parce que le ministre entreprendra par la suite un procédé parallèle. En dernier lieu, le ministre n'est absolument pas obligé de s'en tenir à la liste de noms recommandés par le comité, parce que cette restriction n'existe qu'à titre « d'engagement personnel » pris par un ministre il y a quinze ans. Les plus cyniques diront que les comités n'existent que pour la forme.

Deuxièmement, les récents changements apportés au comité sont entachés de partisanerie politique et idéologique; il n'est pas nécessaire d'être sceptique pour être de cet avis, car le ministre et le premier ministre eux-mêmes ont fait cette déclaration en public. Comme l'a dit le premier ministre à la Chambre des Communes en parlant des changements annoncés : « Nous voulons nous assurer que nous adoptons des lois qui s'attaquent à la criminalité et rendent nos rues et nos collectivités plus sûres. ... Nous voulons nous assurer que la sélection des juges permet d'atteindre ces objectifs. »⁸⁷ Cet argument est souvent exposé en termes théoriques -- le mode de composition des comités et les ratios entre les divers intervenants ayant leurs propres priorités implicites font

⁸⁷ Débats de la Chambre des communes, no 110 (14 février 2007) à 1400; cité dans Carissima Mathen, « Choices and Controversies: Judicial Appointments in Canada » *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, Vol. 58 (2008) 53, 61.

partie intégrante de la structure de ces comités --, mais les commentaires du premier ministre montrent bien qu'il lui donne une portée littérale et immédiate. L'on peut regarder et tout de suite comprendre le processus de modification au fur et à mesure qu'il s'effectue. Il est donc impératif d'élaborer soigneusement la structure initiale des comités et d'inscrire les dispositions dans la loi à tout le moins, afin d'empêcher qu'elles ne soient occasionnellement manipulées.

B. Mécanisme de nomination dans les tribunaux des États des États-Unis

Au fédéral, la sélection des juges américains se fait au moyen d'une nomination par le pouvoir exécutif suivie par la confirmation par le pouvoir législatif (dans ce cas, le Sénat). Les expériences récentes aux États-Unis montrent qu'une procédure de ce genre génère beaucoup de problèmes durant une période de division partisane intense; presque toutes les nominations de juges au fédéral (Article III) sont devenues des luttes qui sont âprement disputées et le parti disposant d'une infime majorité ne peut même pas espérer gagner toutes ces batailles, sans compter que le processus de nomination subit des retards importants⁸⁸. Mis à part la brève expérience entourant la nomination du juge Rothstein, le Canada ne semble plus s'intéresser sérieusement à cette procédure, même pour la nomination des juges à la Cour suprême; il n'est donc pas nécessaire de l'explorer dans le contexte de notre étude.

Si le processus de sélection des juges fédéraux américains se résume facilement, il n'en est pas de même pour ce même processus dans les États. Au départ, on sélectionnait les juges surtout au moyen de nominations directes -- parfois par le gouverneur, parfois par le pouvoir législatif, et parfois par le gouverneur sous réserve d'une confirmation par le pouvoir législatif. Cependant, cette méthode a soulevé beaucoup d'insatisfaction durant l'ère de la démocratie jacksonienne; la nomination était vue comme « un outil pour renforcer les privilèges et renier au commun des mortels son droit à la souveraineté populaire. »⁸⁹ L'élection partisane des juges, considérée comme un instrument démocratique, était bien en place dans les années 1830, et lorsqu'a éclaté la Guerre civile,

⁸⁸ Voir le commentaire de Carl Tobias « Why Filling the 100 Federal Lower Court Vacancies Is a Key Priority »; 8 janvier 2010, accès en ligne à http://writ.news.findlaw.com/commentary/20100108_tobias.html. Ce commentaire a été formulé parce que le nombre de vacances à la cour fédérale (première instance et appel) était passé à 100 ce jour-là, ou à juste un peu plus de 11 % de leur pondération totale nominale. Voir aussi Sarah Binder et Forrest Maltzman, « Senatorial Delay in Confirming Federal Judges 1947-1998 » *American Journal of Political Science*, Vol. 46 (2002) 190.

⁸⁹ Rachel Paine Caufield, « How the Pickers Pick: Finding a Set of Best Practices for Judicial Nominating Commissions » *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 34 (2007), 163, 167.

les deux tiers des États élaient tous leurs juges (ou presque); tous les États admis dans l'Union pendant les cent années suivantes ont adopté ce modèle⁹⁰.

Cependant, les problèmes liés aux élections directes ont attiré l'attention des réformateurs au 20^e siècle; surtout dans les grandes villes, où il était acquis que l'élection des juges était l'affaire des appareils parfois corrompus des partis. « Au début du 20^e siècle, on considérait que les magistratures élues étaient victimes d'incompétence et de corruption. »⁹¹ Pour résoudre ce problème, on a d'abord adopté un mode d'élection non partisan -- si le problème était l'appareil du parti, alors l'exclusion des partis serait peut-être la solution qui permettrait de continuer à tenir des élections directes. Même si certains États ont trouvé cette solution satisfaisante (plus d'une douzaine d'États continuent à fonctionner ainsi, soit deux fois plus que les États qui utilisent encore les élections directes partisans⁹²), cette idée n'a pas réussi à se répandre largement, surtout parce que l'on doutait de la capacité de nombreux citoyens à faire des choix éclairés sans l'aide du parti et que le taux de participation a chuté à un niveau très faible. L'American Judicature Society (AJS) a commencé à faire circuler l'idée des commissions de nomination au mérite comme solution à ce problème, idée qui a été adoptée tout d'abord par le Missouri en 1940 (d'où l'appellation « Plan Missouri », que l'on pourrait tout aussi bien désigner « plan AJS »). Cette idée a fait son chemin dans les années 60 et 70 et est maintenant utilisée par la majorité des États⁹³.

⁹⁰ Même si l'on entend souvent des critiques à savoir que l'élection des juges compromet leur indépendance en les rendant peu enclins à prendre des décisions impopulaires, l'un des arguments pour l'élection des juges au dix-neuvième siècle était précisément que l'on s'attendait à ce que les juges élus soient plus indépendants que les amis des gouverneurs choisis par ceux-ci. Voir Caleb Nelson, « A Reevaluation of Scholarly Explanations for the Rise of the Elective Judiciary in Antebellum America » *American Journal of Legal History*, Vol. 37 (1993) 190. Voir aussi F. Andrew Hanssen, « Learning About Judicial Independence, Institutional Changes in State Courts » *Journal of Legal Studies* Vol. 33 (2004) 431: « Les élections des juges avaient surtout pour objectif de fournir à ces derniers une base de pouvoir indépendant leur permettant d'affronter la pression du pouvoir législatif. »

⁹¹ Stephen P. Croley, « The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law » *University of Chicago Law Review*, Vol. 62 (1994) 689. (Ce titre fait référence au commentaire célèbre de Bickel sur la « difficulté contre-majoritaire » dans la notion du pouvoir de la magistrature.)

⁹² Voir American Bar Association, « Judicial Selection: The Process of Choosing Judges » (ABA; 2008), p. 7. Accès en ligne à http://www.abanet.org/justice/pdf/judicial_selection_roadmap.pdf.

⁹³ Il est clair que l'engouement pour les commissions au mérite s'est dissipé, et il pourrait même y avoir un effet de rebond amenant les États dans une autre direction, probablement vers des élections non partisans. Voir l'éditorial « Saving the Missouri Plan » *Judicature* Vol. 91 (2008) p.160, qui soutient que le système au mérite fait l'objet d'une « attaque coordonnée et concertée. » De même, Geyh note que les « élections non partisans des magistrats sont en train de renaître », dans la mesure où l'American Bar Association ne milite plus en faveur des commissions au mérite, ayant plutôt adopté une approche plus nuancée appuyant des élections non partisans comme option. Voir Charles Gardner Geyh, « The Endless Judicial Selection Debate and Its Implications for the Future of Judicial Independence » *Indian School of Law at Bloomington Legal Studies Research Paper Series*, document de recherche numéro 85, septembre 2007. Accès en ligne par ssrn. Par ailleurs, des décisions rendues récemment par les tribunaux (comme *Republican Party of Minnesota v. White* 416 F.3d 738 (8th.Cir.) (2005)) ont semé le doute à savoir que la ligne entre les élections partisans et non partisans puisse survivre aux enjeux liés à la liberté d'expression.

Toutefois, la mise en garde de Malleson -- qui soutient que l'idée d'une commission de nomination au mérite n'est pas un modèle standard ou à taille unique, mais plutôt un ensemble de variables pouvant être juxtaposées de différentes façons tout dépendant du contexte local⁹⁴ -- est parfaitement illustrée par le cheminement de cette idée dans les États américains. Même la terminologie employée varie : on parle de conseils, de comités, de commissions; de nomination, de sélection, d'examen ou de consultation. Ironiquement, bien que l'appellation standard soit « comité de nomination au mérite »⁹⁵, il n'y a qu'un seul comité dans toute la liste à avoir le mot « mérite » dans son titre, sans compter que l'État utilisant cette appellation est l'un des plus récents à avoir adopté ce type de comité (Caroline du Sud, 1996)⁹⁶. Les comités peuvent être inscrits dans la Constitution de l'État ou avoir été créés par une loi, ou encore être de simples produits d'un décret relevant du pouvoir exécutif. Leur taille varie selon les États, s'échelonnant des 5 membres de l'Alabama aux 21 membres du Massachusetts (en passant par les 18 membres de la Géorgie et les 17 membres du Tennessee). Les tailles les plus courantes sont 7 membres (11 États), 9 membres (8 États) et 11 membres (6 États). (La plupart des comités ont un nombre de membres impairs, mais huit d'entre eux ont un nombre pair.) Certains s'appliquent à quelques tribunaux de l'État mais pas à tous; certains États disposent de différentes commissions pour différents niveaux de tribunaux alors que d'autres comportent des comités divers à composition variée pour différents comités au sein de l'État.

Il est difficile de dresser la nomenclature des États qui utilisent les commissions de nomination au mérite, en raison de la grande diversité des organismes, des structures et des procédures et aussi parce que les États changent leurs pratiques à un rythme tellement rapide qu'il n'est pas aisé d'avoir un compte exact en tout temps. Deux organismes ont établi des listes et des catégories sur les comités de nomination : le National Council of State Courts (NCSC), qui tient un site Web incluant une grande variété de données sur les tribunaux étatiques, y compris les méthodes de sélection; et l'American Judicature Society, qui soutient encore énergiquement la réforme des comités de sélection au mérite et a tout intérêt à suivre la progression de ce concept. Néanmoins, les données les plus à jour sur ces deux sites ne sont pas uniformes; non seulement les décomptes sont différents, mais la manière de catégoriser les États varie elle aussi. Par exemple, sur le site du NCSC, on

⁹⁴ Kate Malleson, « The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles? » dans Kate Malleson et Peter Russell (dir.) *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 40.

⁹⁵ Armitage s'objecte à l'appellation « commission de nomination au mérite » (*merit nomination commission*) parce qu'elle comporte que les défenseurs d'autres méthodes de sélection ne sont pas intéressés par le mérite, tout en admettant à contrecœur que cette appellation s'est imposée pour cette approche. Voir Kelley Armitage, « Denial Ain't Just a River in Egypt: A Thorough Review of Judicial Elections, Merit Selection, and the Role of State Judges in Society » *Capital University Law Review*, Vol. 29 (2001-2) 625, 625.

⁹⁶ Judicial Merit Selection Commission.

indique que la Pennsylvanie est un État ayant recours aux commissions de nomination au mérite, information qui ne figure pas sur le site de l'AJS. Et sur le site Web de la Pennsylvanie, on indique simplement que cet État n'utilise pas et n'a jamais utilisé cette méthode. Par ailleurs, l'AJS exclut la Caroline du Sud, même si cet État a amendé sa constitution en 1996 pour demander l'établissement de comités de nomination au mérite⁹⁷. Et que faut-il penser des trois États (Maine 2003; Ohio 2007; New Jersey 2010) qui, au cours des sept dernières années, ont créé par décret des comités consultatifs qui émettent des avis non contraignants aux gouverneurs relativement aux nominations de la magistrature? S'agit-il là du maillon le plus faible des commissions de nomination au mérite? Ou du maillon le plus fort d'un autre type de structure? Le NCSC et l'AJS ne sont pas complètement uniformes sur ce point. Pour ma part, j'ai résolu le problème en distinguant les comités selon leur fondement juridique (constitutionnel, législatif ou par décret), du plus fort au plus faible.

Le tableau suivant permet d'illustrer les pratiques actuelles des États américains sur la sélection des juges, en attribuant parfois à l'ensemble de l'État des pratiques qui s'appliquent seulement à la plupart des tribunaux et non à la totalité d'entre eux, et en gardant intacte la distinction entre les États qui utilisent les commissions de nomination au mérite seulement pour les nominations intérimaires (entre les élections générales) et ceux qui les utilisent pour les nominations régulières (pour la plupart des tribunaux à tout le moins). Le tableau ne correspond pas parfaitement aux chiffres qui figurent ailleurs dans les ouvrages spécialisés (le chiffre qui revient le plus souvent est 32 États et le district de Columbia), mais je crois que cette situation reflète d'une part des commentaires qui ne sont plus à jour en raison de l'évolution rapide des pratiques et d'autre part l'application de choix différents, mais raisonnables, à certaines modalités inhabituelles adoptées par les États. Ma liste est tirée de la documentation de l'AJS, ajustée en fonction de l'information provenant du NCSC et contre-vérifiée par rapport aux sites Web des tribunaux dans les États où l'information ne semble pas uniforme ou sûre.

⁹⁷ Pour avoir de l'information sur le Merit Selection Committee de la Caroline du Sud, voir le site Web à l'URL <http://www.scstatehouse.gov/html-pages/judmerit.html>. Au sein de ce comité de sélection au mérite, les juges sont nommés non pas par le gouverneur mais par la législature, ce qui est plutôt inhabituel; c'est à cet organisme que le comité signale ses observations sur les candidats aux postes de juge.

Tableau 13 : Commissions de nomination au mérite dans la sélection des juges étatiques des États-Unis⁹⁸

	Constitutionnel	Législatif	Par décret
Nominations intérimaires	Dakota du Nord Kentucky Nevada	Idaho Minnesota Montana Virginie-Occidentale	Géorgie Ohio Wisconsin
Nominations intérimaires et régulières	Alabama Alaska Arizona Caroline du Sud Colorado Connecticut Dakota du Sud Floride Hawaii Iowa Kansas Missouri Nebraska Nouveau-Mexique Oklahoma Rhode Island Utah Vermont Wyoming	D. de Columbia Indiana Tennessee	Delaware Maryland Maine Massachusetts New Hampshire New Jersey New York

Il apparaît clairement que le centre de gravité de ce tableau se trouve dans les dix-neuf États ayant des dispositions constitutionnelles couvrant les nominations régulières et intérimaires; et, dans un sens différent, les 29 États (28 plus le District de Columbia) ayant un certain fondement juridique (constitutionnel, législatif ou par décret) grâce auquel les commissions de nomination au mérite traitent toutes les nominations; cependant, force est de constater que les dix États ayant davantage de dispositions limitées relativement à ces commissions font partie du phénomène dans son sens le plus large. Il n'y a qu'une douzaine d'États qui n'utilisent pas du tout les commissions de nomination au mérite. Les trois différents fondements juridiques des commissions reflètent la fermeté de l'engagement envers chacune des pratiques, qui diminue de gauche à droite du tableau. Cependant, il ne

⁹⁸ Tiré principalement de l'American Judicial Society, *Judicial Merit Selection: Current Status* (American Judicial Society, 2010); consulté en anglais sur le site Web de l'AJS à l'URL http://www.judicialselection.us/uploads/Documents/Judicial_Merit_Charts_0FC20225EC6C2.pdf.

faut pas oublier que les États américains individuels sont constamment en train d'amender leurs constitutions respectives (voire de la remplacer complètement à l'occasion); l'inscription dans la Constitution de l'État représente donc une mesure beaucoup moins définitive que l'enchâssement dans la Constitution du Canada⁹⁹.

Tableau 14 : Résumé - Commissions de nomination au mérite

	Constitutionnel	Législatif	Par décret	Total
Nominations intérimaires	3	4	3	10
Nominations intérimaires et régulières	19	3	7	29
Taille	22	7	10	39

La première question à se poser est celle-ci : À quoi ressemble la composition de ces commissions ? Bien que leur taille varie, il est raisonnable de penser que neuf ou onze membres par commission représente une taille assez typique. Habituellement (mais pas toujours), la magistrature est représentée à la commission, généralement par un seul juge¹⁰⁰. (Le Nouveau-Mexique et le Dakota du Nord représentent les exceptions les plus importantes, avec des commissions de quatorze et de neuf membres respectivement.) Les autres membres sont soit des avocats, soit des non-juristes (définis comme des personnes qui ne sont « ni des avocats ni des juges »); habituellement, le rapport entre les deux est bien précisé, mais parfois laissé ouvert à interprétation (il est seulement indiqué « personnes qui ne sont pas des juges »). Parfois, les commissions sont représentées majoritairement par des avocats -- en Floride, ils sont six sur neuf membres, au Minnesota, huit sur treize, et au Nouveau-Mexique, huit sur quatorze. (La nouvelle commission du Maine est composée exclusivement d'avocats, sans juge ni membre du public, comme au Wisconsin, ce qui met ces deux États dans une catégorie à part.) Parfois, les commissions sont composées en majorité de non-juristes (l'Arizona est le meneur à cet égard, avec dix représentants du public sur une commission de seize membres). Dans la plupart des cas cependant, on observe un bon équilibre entre les deux groupes, et souvent une égalité stricte. Ainsi, une commission « normale » serait constituée de quatre avocats, quatre membres du public et un juge (bien que seuls le Kansas et le Nebraska aient cette composition précise, et seul l'Iowa affiche une composition parallèle 5/5/1 pour une commission comptant onze membres). Le Vermont Judicial Nomination Board est composé différemment, avec trois avocats, deux membres du public et six représentants élus (trois de la chambre basse et trois de la chambre haute), mais cette situation est très atypique.

⁹⁹ Voir James A. Gardner, *Interpreting State Constitutions: A Jurisprudence of Function in a Federal System* (Chicago University Press, 2005) p.28; Alan Tarr, *Understanding State Constitutions* (Princeton University Press, 1998), 3.

¹⁰⁰ Voir Mary L. Clark, « Judges Judging Judicial Candidates: Should Currently Serving Judges Participate to Screen and Recommend Article III Candidates Below the Supreme Court Level? » *Pennsylvania State Law Review* Vol. 114 (2009), Appendix A, pour avoir une liste État par État de la participation de la magistrature aux comités de sélection.

La plupart des membres de la magistrature servent d'office¹⁰¹ et la plupart des autres membres sont nommés par un juge en chef. Les avocats sont habituellement choisis par l'association du barreau de l'État ou par une organisation d'avocats plus locale ou spécialisée; une minorité d'avocats sont nommés par le gouverneur, le plus souvent dans des commissions agissant par décret. La plupart des non-juristes sont nommés par le gouverneur, parfois après consultation avec une ou plusieurs autres personnes (comme des législateurs, des juges ou d'autres membres de la commission ou -- à titre d'exemple seulement -- les doyens des facultés de droit de l'État). La durée du mandat la plus courante est de quatre ans; des mandats de trois ans ou de deux ans sont également assez fréquents, alors que quelques-uns peuvent durer six ans. Plusieurs commissions par décret fonctionnent pendant une durée définie par le mandat du gouverneur. Ainsi, lorsqu'un nouveau gouverneur est élu ou que le titulaire en exercice est réélu, il faut établir une nouvelle commission.

Les commissions de nomination au mérite placent des annonces concernant les postes vacants, reçoivent et lisent les candidatures, passent en revue le matériel de référence, effectuent des entrevues et font des recommandations sur les candidats qualifiés -- habituellement auprès du gouverneur, parfois auprès de la législature. Habituellement des règles strictes stipulent le nombre de noms de candidats devant être soumis, trois étant le nombre le plus courant (bien qu'une douzaine de commissions aient un nombre supérieur, habituellement 5, 6 ou 7). De nombreux États stipulent que les noms doivent être soumis dans un ordre aléatoire ou alphabétique (pas une liste de noms par ordre d'importance), bien que la moitié des États n'aient pas élaboré de règles permanentes pour cet aspect du processus. Il existe aussi des règles sur la soumission, par la commission, de matériel supplémentaire appuyant les noms des candidats sur la liste; la plupart des États exigent différents types de documents à soumettre pour chacun des candidats recommandés. Les règles de confidentialité varient également; il y a par exemple une répartition à peu près égale entre les États où la liste recommandée est publiée et les États où il est interdit de publier cette liste¹⁰². Dans la plupart des États, les recommandations de la commission sont contraignantes -- c'est-à-dire qu'une sélection (par le gouverneur ou la législature, selon le cas) doit être faite à partir de la liste --, mais une minorité d'États permet que la liste soit rejetée et qu'une nouvelle série de noms soit soumise. Certaines des commissions par décret les plus récentes sont non contraignantes, c'est-à-dire que le gouverneur peut décider de ne pas tenir compte de la liste de noms lorsqu'il procède à une nomination.

¹⁰¹ Ce qui veut dire, dans la pratique américaine, qu'ils n'ont pas de vote; voir Clark, op. cit., 57.

¹⁰² Par exemple, un journal du Massachusetts rapportait récemment la démission du président de la commission de nomination de la magistrature en soulignant la nécessité de nommer un remplaçant et en donnant en même temps le nom des trois candidats recommandés pour chacun des postes de juge vacants.

Les commissions au mérite sont habituellement (mais pas toujours) liées à un processus de légitimation démocratique sous forme d'une élection de maintien en poste qui a lieu après le premier mandat. Comme le notent Dann et Hansen : « Vingt États ont recours à une élection de maintien en poste des magistrats sous une forme ou une autre pour les juges des cours d'appel, alors que douze États utilisent ces élections pour certains postes de juges des cours de première instance. »¹⁰³ (Ces commentaires ont été formulés il y a dix ans et par conséquent peuvent ne plus être à jour.) Les auteurs mentionnent que les élections de maintien en poste aboutissent presque toujours à la confirmation de la nomination du magistrat (seulement 1 % des élections vont dans le sens contraire, dont la moitié dans le seul État -- l'Illinois -- qui requiert 60 % de votes affirmatifs pour que le juge reste en poste). D'ailleurs, ils disent aussi que le degré de soutien moyen au vote de confirmation a tendance à baisser et qu'il y a eu des luttes acharnées dans le cadre de ces élections, ce qui envoie un message troublant¹⁰⁴.

Cependant, le volet le plus important des commissions de nomination est plus implicite qu'explicite. Il concerne la description de la composition, des pouvoirs et des procédures des commissions – et le fait que celles-ci soient, par leur nature, délibérément et invariablement bipartisanes. Le défi était (en partie) de retirer le processus de nomination des juges du calcul interne d'un seul parti politique, et la façon d'y arriver est de faire participer les deux partis politiques au processus. Je ne dis pas qu'il faut « faire participer les deux partis politiques de façon égale », parce que cela représente la solution parfaite dans un monde idéal et n'est pas l'objectif poursuivi par la plupart des processus; en fin de compte, c'est le gouverneur (ou parfois une chambre législative) qui, de façon officielle, réduit la liste à une seule personne, et cela veut dire qu'un seul parti politique impose ses vues sur le choix final.

Cet aspect du système américain ne s'exporte pas facilement, parce que le système de partis en cours aux États-Unis est plutôt inhabituel. Les deux mêmes (et seuls) partis sont actifs et importants à l'échelle nationale et dans chacun des États; les activités politiques partisans s'étendent à la politique municipale; et les liens avec les partis nationaux, étatiques et locaux sont plus solides, plus étroits et plus constants aux États-Unis qu'au Canada, où même la prémisse clé (deux partis, seulement deux et les deux mêmes partout) ne s'applique pas. De plus, les Américains sont beaucoup plus portés que

¹⁰³ B. Michael Dann et Randall M. Hansen, « Judicial Retention Elections » *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 34 (2001) 1429. Voir aussi Larry Aspin, « Judicial retention election trends, 1964-2006 » *Judicature* Vol. 90 (2007) 208.

¹⁰⁴ La lutte la plus épique est sans conteste l'élection de 1986 impliquant le Chief Justice Bird de la Californie, qui a été défait au cours d'une campagne qui avait porté principalement sur un certain nombre de décisions de la cour d'appel sur la peine de mort.

les Canadiens à s'identifier de façon constante et continue à un seul parti, et acceptent tout à fait que cette identification pénètre leur vie personnelle et professionnelle.

Selon Malleon, cette politique bipartisane compromet la venue de candidats d'horizons inhabituels dans les rangs des commissions.¹⁰⁵ L'une des critiques formulées envers le système de commissions est qu'il est timide, favorisant des candidats modérés non controversés au détriment d'autres plus colorés; ce n'est peut-être pas toujours vrai si l'on généralise (bien que l'argument en faveur du juge coloré qui sort des sentiers battus soit plus attrayant pour les cours d'appel au sein desquelles plusieurs juges entendent chaque cause que pour les cours de première instance avec un seul juge), mais c'est un argument qui est plus plausible pour les commissions de nomination des juges des États.

Comparés aux conseils et comités canadiens, les exemples américains sont (en dépit de leur variété) séparés et distincts par leur structure des conseils de la magistrature (pour le traitement des plaintes et à d'autres fins), qui existent également dans la plupart des États. Sur le plan de la composition des comités, et ici encore en tenant compte de la diversité considérable qui caractérise les deux côtés de la frontière, les comités se ressemblent par leur proportion de membres du public par rapport aux membres des professions juridiques; parmi les professionnels du droit, on compte un moins grand nombre de juges (qui sont parfois tout à fait absents), tandis que les avocats sont par conséquent davantage représentés. Sur le plan des pouvoirs que détiennent les comités et en ce qui a trait au continuum de présélection, de recommandation, de nomination et de sélection suggéré ci-dessus, les comités américains se trouvent tous à la droite du continuum; ils nomment les candidats au moyen d'une liste restreinte ayant un nombre de noms bien défini (habituellement trois) et qu'ils transmettent à la personne chargée de prendre la décision ultime. Comme les organismes canadiens, les comités sont vulnérables aux prises de contrôle partisans (c'est-à-dire qu'une proportion importante des membres est nommée à la discrétion d'un officiel élu), et comme les conseils et comités canadiens, tous laissent le dernier mot à un officiel élu. Si le mouvement de gauche à droite du continuum est positif, les comités américains obtiennent une note légèrement plus élevée que presque tous les exemples de conseils ou comités canadiens.

C. Mécanisme de nomination de la magistrature en Afrique du Sud

L'Afrique du Sud a mis sur pied deux comités de nomination de la magistrature. Le premier est la Judicial Service Commission (ou JSC), qui s'occupe des effectifs des tribunaux supérieurs; sa contrepartie pour les juridictions inférieures, qui relève plus directement des procédures de sélection de la magistrature des tribunaux de premières instance, est la

¹⁰⁵ Kate Malleon, «The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles? » dans Kate Malleon et Peter Russell (dir.) *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 45.

Magistrates Commission (ou MC). Étant donné que les deux comités ont établi une structure et des procédures très similaires (la plus grande différence étant que la JSC est inscrite dans la constitution, alors que la MC a été créée par une loi), je présumerai que la plupart des commentaires et des évaluations de la JSC, plus médiatisée, peuvent s'appliquer à la MC, plus discrète (et plus pertinente pour les procédures de nomination de la magistrature des tribunaux de première instance). Soit dit en passant, les deux commissions ont été contestées pour des motifs constitutionnels -- la JSC dans l'affaire *First Certification*¹⁰⁶ en 1996 et la MC en 2002 dans l'affaire *van Rooyen*¹⁰⁷ -- mais elles ont toutes les deux été jugées valides par la Cour constitutionnelle (celle-ci ayant renversé la décision de la cour supérieure). Pour compliquer davantage les comparaisons, la CM est en outre chargée de s'occuper des plaintes contre les magistrats, des griefs formulés par ceux-ci ainsi que des salaires et des conditions d'emploi, ce que ne fait pas la JSC.

La JSC est composée des membres suivants :

- a) le juge en chef, qui préside aux réunions de la commission;
- b) le président de la cour constitutionnelle;
- c) un président juge désigné par le président des juges;
- d) le membre du Cabinet responsable de l'administration de la justice ou un délégué désigné par ce membre du Cabinet;
- e) deux avocats praticiens nommés par la communauté des avocats afin de représenter celle-ci dans son ensemble, et nommés par le Président;
- f) deux procureurs praticiens nommés par la communauté des procureurs afin de représenter celle-ci dans son ensemble, et nommés par le Président;
- g) un professeur de droit désigné par les professeurs de droit des universités sud-africaines;
- h) six personnes désignées par l'Assemblée nationale parmi ses députés, dont au moins trois doivent être membres des partis d'opposition représentés dans l'Assemblée;
- i) quatre délégués permanents au Conseil national des provinces désignés ensemble par le Conseil avec un vote d'appui d'au moins six provinces;
- j) quatre personnes désignées par le Président comme chef du conseil exécutif national après consultation avec les chefs de tous les partis de l'Assemblée nationale; et
- k) dans les affaires relatives à une cour supérieure précise, le président juge de cette cour et le premier ministre de la province en cause.

¹⁰⁶ In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SA 744 (CC).

¹⁰⁷ *van Rooyen v. The State*, 2002 (5) SA 246 (CC).

La MC est composée des membres suivants :

- (i) un juge de la *High Court* de l'Afrique du Sud, comme président, désigné par le Président en consultation avec le juge en chef;
- (ii) le ministre ou son représentant, qui doit être un représentant du ministère de la Justice;
- (iii) deux magistrats régionaux, l'un devant être désigné par les magistrats régionaux respectifs et l'autre par le Président après consultation avec les magistrats régionaux respectifs;
- (iv) deux magistrats ayant le rang de magistrat en chef, l'un devant être désigné par les magistrats en chef respectifs et l'autre par le Président après consultation avec les magistrats en chef respectifs;
- (v) deux magistrats qui n'occupent pas le rang de magistrat régional ou de magistrat en chef, l'un devant être désigné par les magistrats de la profession et l'autre par le Président après consultation avec les magistrats de la profession;
- (vi) deux avocats praticiens désignés par le ministre après consultation avec la communauté des avocats;
- (vii) deux procureurs praticiens désignés par le ministre après consultation avec la communauté des procureurs;
- (viii) un professeur de droit désigné par le ministre après consultation avec les professeurs de droit des universités sud-africaines;
- (ix) le chef du Collège de la justice¹⁰⁸;
- (x) quatre personnes désignées par l'Assemblée nationale parmi ses députés, dont au moins deux doivent être membres des partis d'opposition représentés dans l'Assemblée;
- (xi) quatre délégués permanents au Conseil national des provinces et leurs substituts désignés ensemble par le Conseil avec un vote d'appui d'au moins six provinces; et
- (xii) cinq personnes qualifiées, nommées par le Président en consultation avec le Cabinet, dont au moins deux ne doivent pas intervenir dans l'administration de la justice ou la pratique du droit dans le cours normal de leurs affaires.

Comme il est résumé par la Cour constitutionnelle : « La Commission est donc composée d'un juge, de six magistrats, de quatre praticiens juristes, d'un professeur de droit, de huit membres du Parlement et de cinq représentants du pouvoir exécutif. De plus, le ministre et le chef du Collège de la justice sont membres de la Commission. Il s'agit d'un groupe en apparence diversifié; près de la moitié sont des membres de la magistrature et

¹⁰⁸ « Le Collège de la justice offre de la formation professionnelle à tous les représentants du ministère de la justice et du développement constitutionnel. Il donne aussi de la formation aux membres des professions autonomes comme les magistrats et les procureurs. » Site Web du gouvernement sud-africain, à l'URL <http://www.info.gov.za/aboutgovt/justice/structures.htm>.

de la profession juridique. Les autres membres sont des représentants du Parlement et du pouvoir exécutif. » (paragraphe 40) On peut voir clairement que ces comités sont très imposants¹⁰⁹; leur composition est résumée dans le tableau ci-dessous.

Tableau 15 : Composition des Judicial Appointment Commissions en Afrique du Sud

	JSC	MC
Juges	3 (4)	7
Avocats	4	4
Ministres	1 (2)	1
Députés	10	8
Professeurs	1	2
Non-juristes	4	5
TOTAL	23 (25)	27

La taille (légèrement) plus grande de la Magistrates Commission reflète le fait qu'il s'agit d'un organisme à vocations multiples plutôt que d'un comité de nomination à vocation unique, divisé en comités pour au moins certaines de ces fonctions.

La caractéristique la plus évidente des deux commissions sud-africaines est la présence d'un nombre important de représentants élus, ainsi que du ministre de la Justice; ensemble, ils constituent tout près de la majorité de la JSC et un tiers de la MC, bien que cet impact soit atténué par le fait que les membres ne proviennent pas tous du même parti politique. Malleson précise que ce résultat a fait l'objet de débats tumultueux durant la rédaction de la Constitution; la composition de la JSC témoigne clairement de la victoire de ceux qui souhaitaient une forte présence politique des élus au sein du processus de nomination. Cependant, elle montre qu'en pratique, cela ne fonctionne pas tel que les chiffres l'indiquent et que les membres de la magistrature disposent d'une influence disproportionnée par rapport à leur nombre -- au point de susciter des plaintes à l'occasion relativement à une influence indue de la part de la magistrature¹¹⁰. Malleson montre également que la plupart des parlementaires ont une formation en droit ce qui, en réalité, fait augmenter les effectifs de la commission émanant du milieu juridique. Par ailleurs, Gordon et Bruce estiment que [trad.] « certaines personnes croient que la JSC inclut trop de politiciens et de représentants politiques, ce qui donne lieu à une influence politique

¹⁰⁹ Bien que Malleson exagère l'ampleur inhabituelle des comités en comparant leur taille à celle des commissions de nomination étatiques aux États-Unis, où, dit-elle, les commissions « les plus courantes » comptent cinq membres; voir Kate Malleson, « Assessing the Performance of the Judicial Service Commission », *South African Law Review*, Vol. 116 (1999) 36, 38 fn.5. En fait, un seul État américain (l'Alabama) a recours à une commission aussi modeste; sept membres (onze exemples) ou neuf membres (huit exemples) sont les plus courantes. Assurément, les commissions américaines sont beaucoup plus petites que les commissions sud-africaines; seul le Massachusetts, avec un comité de 21 membres, s'approche de l'Afrique du Sud.

¹¹⁰ Malleson, « Assessing the Performance », 38.

excessive dans la nomination des juges », à un point où cela compromet l'indépendance de la magistrature¹¹¹. Toutefois, Malleson réplique que le fait que les chefs de l'ANC se soient souvent plaint de la lenteur des progrès de la JSC vers un équilibre racial approprié dans la magistrature, au point de menacer les amendements constitutionnels si l'ANC venait à obtenir une majorité législative suffisamment grande, est en soi un témoignage à savoir que la JSC est véritablement indépendante. Et cela pour la simple et bonne raison suivante, poursuit Malleson : pour qu'une commission de nomination indépendante fonctionne vraiment, les membres doivent se forger une identité collective véritable qui transcende les engagements antérieurs découlant des connexions ayant mené à leur nomination, et elle croit que la JSC a réussi son pari¹¹². S'il faut s'inquiéter, ce serait parce que la JSC (en l'absence de directives plus claires sur la définition du mérite) s'appuie trop lourdement sur l'expérience antérieure des membres à un poste de magistrat, ce qui donne au ministre (par sa désignation discrétionnaire des juges suppléants, une pratique fréquente) une influence indirecte, mais notable¹¹³.

Cette présence politique partisane est compréhensible à la lumière des circonstances uniques ayant mené à l'émergence de l'Afrique du Sud moderne, après les années d'apartheid dominées par les Blancs. Le terme qui revient dans tous les exposés sur le système de la magistrature est « transformation ». Le défi le plus important a été d'élaborer un système qui pourra maintenir un lien avec le passé sans compromettre le progrès vers une société multiraciale et qui traduira les nouvelles réalités du pouvoir de la politique et de la société sud-africaine sans que les vainqueurs n'écartent totalement le groupe dont ils se sont libérés. Cette transformation est à la fois sociale, politique et juridique; les tribunaux ne peuvent freiner le processus et doivent en faire partie. Une forte présence politique, tempérée par une présence de membres des communautés professionnelles tout aussi solide, représente une manière logique d'accomplir cette transformation. Cependant, l'exportabilité du modèle s'en trouve grandement limitée, étant donné que pour des pays comme l'Angleterre et le Canada, l'objectif est de restreindre le pouvoir discrétionnaire des chefs politiques dans la sélection de la magistrature, non de le favoriser; et cela pourrait même causer des problèmes dans l'avenir pour l'Afrique du Sud, si la domination écrasante de l'ANC devient ce que Sujit Choudhry a nommé une « démocratie à parti dominant », avec tous les dangers d'autocratie que cela comporte¹¹⁴.

¹¹¹ A. Gordon et D. Bruce « Transformation and the Independence of the Judiciary in South Africa » dans *After the Transition: Justice, the Judiciary and Respect for the Law in South Africa* (Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2007) 50, accès en ligne à l'URL <http://www.csvr.org.za>.

¹¹² Malleson, « Assessing the Performance », 39.

¹¹³ Gordon et Bruce, « Transformation », 51.

¹¹⁴ Sujit Choudhry, « 'He Had a Mandate': The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy » *Constitutional Court Review*, Vol. 3 (2010) (à paraître). Accès en ligne par ssrn.

C'est un changement dans la composition de la MC, faisant augmenter le nombre de représentants élus siégeant à la Commission, qui a donné lieu à l'affaire *van Rooyen*; les plaignants ont avancé l'hypothèse selon laquelle l'indépendance de la magistrature aurait été compromise par la prévalence d'une politique partisane non appropriée dans le processus de nomination¹¹⁵. Bien que cet argument n'ait pas été retenu dans l'affaire *van Rooyen*, il reçoit maintenant une écoute plus attentive dans de nombreux pays (incluant l'Angleterre par exemple) qu'il y a dix ans -- à une époque, on pouvait dire en toute logique que la manière dont les juges obtenaient leur poste était une chose, et comment ils conservaient leur indépendance (protection contre les pressions politiques directes) dans l'exercice de leurs fonctions en était une autre; mais c'est une idée qui est clairement en perte de vitesse. La Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud ne pouvait pas être en désaccord avec la proposition selon laquelle les nominations pourraient toucher à l'indépendance; mais elle n'approuvait pas l'argument selon lequel la MC, avant ou après les amendements, soit construite afin d'agir de façon transparente comme agent de la volonté politique majoritaire.

La JSC sollicite les nominations (et ses membres peuvent faire des nominations supplémentaires), examine les candidatures, effectue les entrevues et recommande les noms au Président, qui procède aux nominations. À la Cour constitutionnelle, la règle est de soumettre trois noms de plus que le nombre de vacances. Le Président peut, même s'il ne l'a encore jamais fait, demander que d'autres noms soient ajoutés à la liste. Pour d'autres tribunaux du ressort de la JSC, la nomination doit être faite à partir de la liste établie par la Commission. Ce qui frappe le plus à propos du processus de la JSC est que les entrevues qu'elle réalisait étaient ouvertes au public (après une brève période au début où les entrevues étaient effectuées en privé), ce qui en pratique signifiait que les médias pouvaient y assister. Les entrevues avec au moins quelques-uns des candidats les plus sérieux font partie du processus de sélection normal de la magistrature dans de nombreux pays, mais les entrevues publiques sortent vraiment de l'ordinaire.

Pour des raisons évidentes, la question de la représentativité constitue le défi central de la JSC et de la MC. Comme l'indiquent Wesson et du Plessis, « la promotion d'un pouvoir de la magistrature diversifié est un impératif constitutionnel. »¹¹⁶ C'est aussi une corde raide sur laquelle la JSC et la MC doivent marcher, avec la population blanche constamment à l'affût de signes de justice des vainqueurs et les autres segments de la

¹¹⁵ Il est intéressant de noter que presque toute la jurisprudence citée, et d'ailleurs toute la jurisprudence étrangère, relevait de la Cour suprême du Canada.

¹¹⁶ Murray Wesson & Max du Plessis, « The Transformation of the Judiciary » (Fifteen Year Policy Review, South African Presidency; accès en ligne à http://www.thepresidency.gov.za/docs/reports/15year_review/jcps/transformation_judiciary.pdf)

population qui finissent par croire que « les choses continuent comme à l'habitude. »¹¹⁷ Le fait que la JSC soit à la fois attaquée par l'ANC pour ne pas procéder plus rapidement à la transformation raciale de la magistrature et critiquée parce qu'elle met « plus l'accent sur la race et le sexe que sur les compétences juridiques lorsqu'elle nomme des magistrats »¹¹⁸ pourrait constituer la meilleure preuve qu'elle conserve son équilibre. Cependant, un problème plus pressant se pose, soit « le manque de normes claires pour évaluer les compétences et les aptitudes des candidats », étant donné que la Constitution dit simplement, de façon laconique, que les juges doivent être « suffisamment qualifiés » et des personnes « correctes et aptes ». D'ailleurs, ni la Constitution ni aucun autre document officiel n'expose les critères de sélection en termes plus précis¹¹⁹. Je reviendrai plus tard dans ce rapport sur la question du manque de critères clairement établis, ce qui rend plus difficile l'atteinte d'un équilibre approprié entre le mérite et la représentativité.

Mes commentaires ont forcément mis l'accent sur la Judicial Service Commission, étant donné qu'elle a été l'objet de la plus grande partie de la doctrine, des évaluations et des critiques, bien que sa contrepartie plus effacée, la Magistrates Commission, soit plus pertinente à la présente étude. Je suis d'avis que la plus grande leçon à tirer de l'expérience sud-africaine est que l'ouverture au public donne un pouvoir énorme, permettant même à un organisme controversé d'aborder des situations extrêmement délicates afin d'accomplir des choses importantes avec une certaine indépendance. Comme le suggère Rickard, [trad.] « la valeur des audiences publiques » va très loin en termes de satisfaction des attentes du public. Il nous avertit cependant que « même si on change le système pour le meilleur qui soit, mais qui opère en vase clos, il ne sera pas possible de persuader les gens que les choses ont changé, et on aura perdu la bataille. »¹²⁰ Par ailleurs, il ressort de la littérature sur les modèles sud-africains que la représentation politique partisane explicite doit être intégrée au processus avec la plus grande prudence, tant pour ses implications importantes que symboliques.

¹¹⁷ Ce qui complique encore plus les choses est la conviction, parmi les Blancs et dans une certaine mesure à l'étranger, qu'à tout le moins les cours d'appel de la magistrature blanche sous l'apartheid ont été des « défenseurs intrépides » de la « majorité non représentée ». Les chercheurs contemporains ont écarté cette affirmation, la qualifiant de mythe fondé sur une lecture très sélective d'événements isolés. Voir Hugh Corder « Judicial Authority in a Changing South Africa » *Legal Studies* Vol. 24 (2005) 253 à 255.

¹¹⁸ Gordon et Bruce, « Transformation », 47.

¹¹⁹ Gordon et Bruce, « Transformation », 50.

¹²⁰ Carmel Rickard, document « The South African Judicial Selection Commission » présenté dans le cadre de la conférence « Judicial Reform: Function, Appointment and Structure », tenue par le Centre for Public Law, Université Cambridge, le 4 octobre 2003. Accès en ligne sur le site Web de la faculté de l'Université Cambridge à l'URL <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/conference-papers/17>.

D. Mécanismes de nomination au Royaume-Uni

D.1 La Judicial Appointments Commission en Angleterre et au pays de Galles

La Judicial Appointments Commission (ou JAC) pour l'Angleterre et le pays de Galles a été établie en avril 2006, dans la foulée des réformes de la magistrature qui ont suivi la *Constitutional Reform Act, 2005* (la plus spectaculaire de ces réformes ayant mis fin à la Chambre des lords à titre de plus haut tribunal pour de nombreuses affaires¹²¹, fonction qui a été remplacée par une Cour suprême du Royaume-Uni). Même si l'on exprimait depuis un certain temps des inquiétudes sur le processus de nomination de la magistrature, avec comme résultat la création de la Commission for Judicial Appointments en 2001, la rapidité avec laquelle ces réformes ont été entreprises et l'ampleur de celles-ci sont encore controversées.

La Judicial Appointments Commission compte quinze membres, dont six sont des membres du public, cinq des juges, deux des avocats (un *barrister* et un *solicitor*, pour respecter ces deux volets de la pratique du droit en Angleterre), un est membre d'un tribunal et un est un juge non-juriste. Le président doit être l'un des membres non-juristes, bien que les juristes composent la majorité du comité¹²².

Trois des membres de la magistrature sont sélectionnés par le Conseil des juges, structure qui remonte au 19^e siècle, mais qui était tombée en désuétude et a été ramenée en 1988 afin que les juges de la *High Court* et des cours d'appel puissent donner des avis au gouvernement; en 2002, cette structure a été élargie une première fois pour inclure les juges des cours de district et régionales et de la Chambre des lords, puis une deuxième fois en 2005 afin d'inclure une certaine représentation des tribunaux administratifs (actuellement trois membres)¹²³.

Tous les autres membres de la JAC -- les deux autres juges, les avocats, le membre du tribunal administratif, le juge non-juriste et les membres du public -- sont sélectionnés au moyen d'un concours ouvert, point qui revêt une grande importance, à en juger par le nombre de fois où il est mentionné dans le rapport annuel et sur le site Web. Ce concours donne lieu à la création de comités indépendants (et apparemment à des comités distincts pour chaque concours). Chaque comité a un président, sélectionné par le lord chancelier avec le consentement du juge en chef, mais qui ne peut être ni un représentant de la magistrature ni un député de la Chambre des communes; les autres membres sont le juge

¹²¹ Plus précisément, la commission remplace les Lords of Appeal in Ordinary, soit les douze membres de la Chambre des lords qui étaient nommés pour exercer les fonctions de magistrature de cette chambre.

¹²² L'information provient en grande partie du site Web de la JAC et de son rapport annuel 2009, auquel on peut accéder en ligne à l'URL <http://www.judicialappointments.gov.uk/index.htm>.

¹²³ Robert Carnwath, « Comment: The Judges' Council », avril 2006; site Web du Council on Tribunals à l'URL http://www.council-on-tribunals.gov.uk/adjust/item/comment_judges.htm.

en chef ou son représentant, une personne sélectionnée par le président du comité et le président de la JAC. Les membres sont nommés pour un mandat fixe ne pouvant dépasser cinq ans et personne ne peut siéger pour plus de dix ans au total, que les années de service soient consécutives ou non; cependant, le rapport annuel montre que bien que la plupart des membres soient à mi-chemin de mandats de cinq ans, cinq d'entre eux ont été nommés pour des mandats d'un an, et les mandats de douze des quinze membres se termineront en janvier 2011, ce qui est plutôt curieux. Huit des quinze membres de la JAC sont des femmes, dont l'une est la présidente; deux font partie des minorités visibles, dont (en l'occurrence) l'une est la présidente.

La JAC est responsable de la plupart des nominations des magistrats en Angleterre et au pays de Galles, y compris les juges non-juristes et les membres des tribunaux administratifs. Elle n'est pas responsable des nominations à la nouvelle Cour suprême du Royaume-Uni, un comité distinct s'en occupant. Elle n'est pas non plus responsable des nominations des postes de magistrat non salariés, qui représentent une composante inhabituelle mais importante du système judiciaire anglais. (Cette situation est quelque peu préoccupante, car l'expérience pratique représente un volet important du processus de sélection, et le travail de magistrat non rémunéré est considéré comme une étape vers un poste de magistrat à temps plein et rémunéré; cependant, l'accès à ces postes n'est pas traité par l'intermédiaire d'un système au mérite indépendant.) Toutefois, la JAC est responsable des nominations entre ces deux extrêmes du système, ce qui donne lieu à une charge de travail beaucoup plus considérable que celle des comités de sélection canadiens. À des fins de comparaison, le Comité consultatif sur les nominations à la magistrature (CCNM) de l'Ontario recommande des candidats pour environ 15 nominations par année, alors que la JAC anglaise est responsable d'environ 450 nominations par année, soit trente fois plus. Et alors que le CCNM de l'Ontario traite environ 150 candidatures par année, la JAC anglaise doit en traiter entre 3 000 (chiffres de 2009) et 3 500 (chiffres de 2008). Comme on pouvait s'y attendre, la JAC a été obligée de prendre un peu de recul quant à la gestion des détails du processus et de jouer un rôle plus limité, soit au chapitre de la supervision et de l'encadrement.

Voici le mode de fonctionnement de la JAC. Le processus commence par une demande de vacance du lord chancelier, ciblant un poste bien précis et incluant les exigences d'admissibilité minimales ainsi que les conditions statutaires particulières pouvant s'y appliquer. La JAC établit une formule de mise en candidature et une trousse de renseignements pour chaque « exercice de sélection » et les candidats peuvent présenter leur demande en ligne, par courriel ou sur papier. On élabore une liste restreinte de candidats à partir des candidatures reçues, fondée sur un « tri sur papier » ou un test de qualification; il est à noter que les tests sont maintenant plus utilisés que le tri sur papier, et on a beaucoup travaillé sur la conception et la révision de tests appropriés pour

différents types de poste. Les candidats qui font partie de la liste restreinte, qui comporte habituellement deux ou trois noms pour chaque poste, sont invités à une journée de sélection qui comprend une entrevue et possiblement un exercice de jeu de rôle. Leur rendement est évalué par un panel composé d'un président, d'un lecteur de la magistrature et d'un membre indépendant, puis le président du panel prépare un rapport qu'il présente aux commissaires. Ce rapport est soumis simultanément au Lord Chief Justice et à une autre personne d'une expérience comparable; ce sont les « consultants statutaires », qui donnent leur opinion sur la pertinence de chaque candidat et dont les commentaires doivent être pris en compte par les commissaires. Si la JAC ne suit pas les recommandations formulées, elle doit motiver sa décision. La JAC prend ensuite la décision ultime en recommandant un candidat au lord chancelier pour remplir le poste vacant.

Le lord chancelier peut retourner le nom du candidat à la Commission pour que celle-ci réexamine son choix, ce qui est arrivé une seule fois, en 2008; à cette occasion, le même candidat a été recommandé une deuxième fois et on a procédé à la nomination. Les paramètres relatifs au pouvoir de réexamen ne sont pas tout à fait clairs, ni quels sont les critères qui les déclenchent, mais on y a eu recours si peu souvent qu'il ne semble pas approprié d'y attacher une grande importance.

L'ampleur des activités de la JAC en Angleterre est considérable. Chaque « exercice de sélection » donne lieu à la production d'un formulaire de mise en candidature pour le poste à pourvoir et d'un ensemble de critères de nomination en partie génériques (tels qu'ils sont reproduits dans l'Annexe B) et en partie axés sur le poste offert. La JAC gère un grand nombre de postes différents -- le site Web de l'organisme énumère seize exercices de sélection actuellement en cours, portant sur dix postes différents. L'accent étant mis sur les tests de qualification plutôt que sur le tri sur papier, le personnel doit accomplir des tâches supplémentaires pour concevoir et mettre à l'essai chacun des tests, en plus de coordonner les « jours de sélection » et les comités de sélection. La Commission joue également un rôle de liaison avec le public, afin de rendre l'information sur le nouveau processus de sélection plus facilement accessible. Actuellement, la Commission emploie approximativement cent personnes et coûte environ dix millions de livres sterling par année (soit à peu près seize millions de dollars au taux de change actuel).

La JAC a reçu des critiques mitigées. D'un côté, elle est considérée comme l'incarnation même du processus de réforme des sélections, l'étoile la plus brillante dans le ciel du système de nominations; et cela est d'autant plus surprenant que cette réforme a eu lieu en Angleterre, pays dont les pratiques traditionnelles sont encore imitées et célébrées dans des pays comme la Nouvelle-Zélande et l'Australie. La JAC, en plus de s'occuper des présélections, des recommandations et des nominations, se charge aussi des sélections, ce qui signifie qu'elle présente le nom d'un seul candidat, dans des circonstances qui ne donnent presque jamais lieu à des demandes de réexamen. Par ailleurs, elle a essuyé des

critiques parce qu'elle prend beaucoup de temps à rendre des décisions, préoccupation assez pertinente pour amener la JAC à réagir à ce sujet dans son rapport 2010¹²⁴. La Commission a aussi été critiquée pour ne pas avoir fait suffisamment de progrès envers une magistrature plus représentative (plus de femmes, plus de minorités visibles, plus de *solicitors* par rapport aux *barristers*, plus de gens provenant de milieux plus diversifiés et non seulement d'« Oxbridge »). Par conséquent, le gouvernement a annoncé qu'il examinerait la Commission ainsi que ses procédures et pouvoirs dans un avenir immédiat (ce qui était à prévoir de toute façon, avec la fin de la plupart des mandats).

Les critiques sur la représentativité sont particulièrement fondées, parce que la motivation principale de la création de la JAC était que « le contexte étroit dont est issue la magistrature anglaise, surtout aux niveaux supérieurs, était devenu son talon d'Achille. »¹²⁵ Cependant, il s'agit simplement de l'un des deux éléments du dilemme auquel font face la plupart des commissions de sélection de la magistrature -- plus leurs pouvoirs sont forts et plus les espoirs suivant leur lancement sont élevés, plus le dilemme est complexe. L'autre élément problématique est le mérite -- si une commission n'est pas critiquée (comme la JAC anglaise) pour son absence de diversité, elle l'est parce qu'elle fait des compromis trop importants sur le mérite (comme le CCNM de l'Ontario)¹²⁶. Dans la conclusion de cette étude, je tenterai de montrer comment sortir de la dichotomie diversité/mérite; pour l'instant, je me contenterai d'appuyer l'observation de Malleson à savoir qu'un comité de sélection totalement équitable ne suffit pas pour obtenir une magistrature diversifiée; il doit être accompagné d'une campagne énergique pour inciter les autres candidats que les candidats traditionnels à poser leur candidature, et qu'ils soient évalués selon des modalités qui ne tiennent pas compte des normes appliquées aux candidats traditionnels¹²⁷.

Comparativement à d'autres comités de sélection examinés dans cette étude, la JAC anglaise opère à un niveau beaucoup plus distant. Sur plusieurs plans, ce sont ses panels de sélection qui ressemblent le plus aux comités de présélection canadiens ou aux commissions de nomination au mérite américaines; ces organismes reçoivent les

¹²⁴ JAC, rapport annuel 2009-10, pp. 18-19. Accès en ligne sur le site Web de la JAC à l'URL http://www.judicialappointments.gov.uk/static/documents/JAC_AR10.pdf.

¹²⁵ Kate Malleson, « The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles? » dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (University of Toronto Press, 2006), 42.

¹²⁶ Voir F.L. Morton, « Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition » dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (University of Toronto Press, 2006), 70.

¹²⁷ « Si le processus de nomination vise à trouver des candidats qui sont identiques à ceux qui sont actuellement sélectionnés hormis leur sexe ou leur race, il est peu probable qu'on en trouvera beaucoup. » Kate Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 122.

demandes des candidats, les évaluent par rapport à certains critères publiés et décident quels noms devraient rester sur la liste. Contrairement à la pratique observée dans de nombreuses provinces canadiennes, le rapport transmis à l'échelon supérieur ne contient pas simplement les noms des candidats, ou les noms accompagnés des formulaires de demande; il s'agit plutôt d'un rapport soigneusement rédigé auquel on annexe des commentaires importants des consultants statutaires. La JAC anglaise est un comité se situant à la presque dernière étape, qui utilise les résultats de la liste restreinte pour sélectionner un candidat dont le nom sera transmis à l'instance de nomination officielle. Cependant, c'est ce pouvoir de sélection final -- la capacité de réduire la liste au nom d'un seul candidat -- qui place la JAC à un échelon au-dessus des autres organismes.

La composition de la JAC est inhabituelle, en ce sens qu'elle comporte une proportion élevée de membres de la magistrature, soit cinq membres sur quinze; cependant, tout dépendant comment on compte le juge non-juriste et le membre du tribunal administratif, le ratio pourrait être de sept sur quinze, soit tout près de la majorité. Il y a six membres du public et deux avocats, bien que l'équilibre soit rompu par le fait que le président de la Commission doit être l'un des membres non-juristes. Paterson critique vivement la décision d'inclure autant de juges, ce qui comporte qu'il faudra renoncer à une majorité de membres du public; selon lui, « cela ne changera pas grand-chose » en raison du « potentiel de clonage », en ce sens que les magistrats ont tendance à sélectionner des gens comme eux¹²⁸. Dans une perspective plus positive, c'est l'une des rares commissions qui tente sérieusement de donner aux membres du public un rôle plus concurrentiel, objectif et indépendant en les libérant de la faveur directe du ministre, que ce soit pour les nominations initiales ou les renouvellements de nomination, les deux étant traités de façon plus transparente. (Cette affirmation est nuancée en partie par le fait que les mandats liés aux nominations sont traités de manière curieuse; par exemple, de nombreux membres du public ont un mandat d'un an seulement.)

En ce qui a trait à la communication avec le public, la JAC tient un site Web impressionnant renfermant une mine de renseignements sur ses origines, ses membres, ses processus et les directives qu'elle suit dans l'élaboration de critères de nomination. La Commission dispose de son propre site Web, avec ses propres logos, format et couleurs, et fait preuve de la plus grande transparence; il ne s'agit pas là d'une simple section du site Web d'un autre organisme. La JAC publie un rapport annuel disponible en format pdf sur son site Web, rapport qui renferme beaucoup plus de renseignements que la plupart des documents de ce type, dans un format des plus attrayants. Par ailleurs, ce rapport comporte un nombre incalculable de données sur les budgets et les pratiques comptables, imposées par les exigences gouvernementales. Le site indique les postes vacants (et offre

¹²⁸ Alan Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles? » dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.) *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (University of Toronto Press, 2006), 20.

un service de bulletin par courriel donnant de l'information sur les postes vacants futurs aux personnes désireuses de s'inscrire), décrit les exercices de sélection courants et passés, donne des conseils sur les carrières dans la magistrature et la façon de présenter une candidature et offre un formulaire de mise en candidature en ligne. Le site est de beaucoup supérieur à ceux des comités canadiens présents sur le Web et démontre bien ce que veulent dire la transparence et l'ouverture à l'âge de l'Internet.

D.2 Le Scottish Appointments Board

Le Scottish Appointments Board (ou SAB) est issu des mêmes préoccupations et des mêmes antécédents culturels et politiques que la JAC anglaise. En fait, c'est sous le gouvernement britannique de *New Labour* dès 1997 que les politiciens ont commencé à parler ouvertement de l'établissement d'une commission indépendante et neutre; bien que le gouvernement à Londres se soit retiré (temporairement, comme il s'est avéré plus tard), le gouvernement de coalition en Écosse a poursuivi l'initiative, tout d'abord avec le *Programme for Government* en 1999, puis en 2000 avec un document consultatif intitulé *Judicial Appointments: An Inclusive Approach*¹²⁹. En 2001, le gouvernement a annoncé qu'il allait de l'avant avec un conseil de nominations de la magistrature non statutaire; l'organisme a entrepris ses activités en juin 2002 et effectué 45 nominations de magistrats dans sa première année complète d'existence. La décision de procéder sans base législative a été vigoureusement critiquée parce que cela enlevait au conseil toute efficacité réelle; cette omission faisait du conseil « un autre conseil ad hoc » sans « pouvoir ni autorité »¹³⁰. Le gouvernement n'a pas tardé à réagir à ces objections en faisant du conseil une instance consultative non ministérielle aux termes de la *Judiciary and Courts (Scotland) Act* (2008) qui a pris effet le 1^{er} juin 2009 (et qui a permis de garder intacts les pouvoirs, structures et procédures du conseil).

La composition du conseil a été tout aussi controversée. Le conseil est composé de dix membres (un nombre pair, ce qui est inhabituel pour un conseil de ce type), dont cinq sont des membres du public, trois sont des membres de la magistrature (un juge, un shérif principal et un shérif) et deux sont des membres de la communauté juridique (un *barrister* et un *solicitor*, reflétant ici aussi la division britannique de la profession juridique). Comme si cela n'était pas assez inhabituel, les règles de définition stipulaient que le président du conseil devait être un des membres du public. Un article paru dans la revue de la Law Society a dit qu'il s'agissait d'un choix « extraordinaire » faisant de ce conseil un organisme « unique en Europe », où les nominations à la magistrature sont du ressort des «

¹²⁹ Alan Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles? » dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (University of Toronto Press, 2006), 13.

¹³⁰ Voir Jamie Gilmour, « The Judicial Appointments Board -- a Misnomer » dans *The Journal Online: the Members' Journal of the Law Society of Scotland*, 1^{er} août 2002. Accès en ligne à l'URL <http://www.journalonline.co.uk/Magazine/47-8/1000263.aspx>.

organismes autoréglementés de la magistrature. »¹³¹ (Ce choix est vraisemblablement moins extraordinaire maintenant, la JAC anglaise ayant suivi cette tendance quatre ans plus tard.)

De façon similaire au processus qui a suivi plus tard en Angleterre, les cinq membres du public et les deux avocats ont tous été nommés par un comité indépendant après un concours ouvert, l'établissement d'une liste de noms restreinte (suivant le modèle de la fonction publique), une vérification des références et une entrevue. (Paterson a trouvé ce processus de sélection prometteur, alors que le Barreau écossais était plutôt sceptique.) La composition du conseil n'a pas changé lorsque le conseil a été créé par la loi; les membres sont nommés pour des mandats de quatre ou cinq ans (probablement afin de créer un conseil à composition échelonnée) et ils peuvent être nommés de nouveau pour un deuxième mandat.

Le conseil écossais publie les postes vacants, reçoit les candidatures, fait un premier tri des candidats en transmettant les dossiers les plus étoffés à un processus de vérifications des références et des formulaires d'évaluation, suivi d'un deuxième tri avec les candidats qui passent en entrevue. Après avoir examiné des solutions de rechange plus énergiques, le gouvernement écossais a décidé d'opter pour une commission de nomination plutôt qu'une commission de sélection pour les postes à la magistrature les plus importants; le conseil soumet une liste restreinte par ordre d'importance, sachant que le gouvernement ne s'éloignera pas de cette liste ni de l'ordre établi sans motif valable. D'après Paterson, cela ne s'est pas encore produit.

L'aspect le plus intéressant de la procédure écossaise est la position qu'elle a adoptée sur les enquêtes personnelles et les consultations par les membres du conseil. On tient pour acquis dans la plupart des commissions que les membres de la communauté juridique, et surtout les membres de la magistrature, iront voir leurs collègues et leur demander des commentaires sincères et confidentiels sur des candidats bien précis, selon un système appelé *secret soundings* en Angleterre. Ce processus comporte des évidences, mais pose également problème, tout d'abord parce qu'il favorise certains types de candidats plus que les autres (ce qui mine l'objectif de diversité et porte offense au principe d'égalité), et parce que les candidats dont la candidature est refusée ne sauront jamais pourquoi et ne pourront jamais présenter leur version des faits qui pourrait s'avérer plus nuancée. Le conseil écossais, à la demande des membres du public, a donc décidé de ne pas emprunter la voie des *secret soundings*, même si ce faisant, il renonçait à une source d'information qui pourrait être utile; il a en outre été décidé que les membres de la magistrature ne seraient pas autorisés à transmettre des renseignements sur les candidats qu'ils auraient appris de par leur expérience personnelle. Le conseil a décidé de compenser

¹³¹ Gilmour « Judicial Appointments Board » op. cit.

la perte d'information par l'« élaboration d'une formule de mise en candidature la plus détaillée et complète possible selon laquelle les candidats doivent démontrer (avec des exemples tirés de leur propre expérience) comment ils satisfont aux critères de nomination à la magistrature ayant été publiés. Les formulaires pour des personnes qui appuient une candidature sont structurés et axés selon les mêmes compétences, tout comme les questions posées au cours des entrevues avec les candidats figurant sur la liste restreinte. »¹³²

L'application d'un processus concurrentiel pour la plupart des nominations et la suppression du système des *secret soundings* donne lieu à un mécanisme plus objectif, où l'on doit effectuer une planification rigoureuse plutôt que compter sur de l'information non confirmée. Cela sert clairement l'objectivité et la transparence, ce qui améliore le fonctionnement du conseil.

Comme la JAC, bien que sur une plus petite échelle (le SAB traitant environ un dixième des nominations traitées par la JAC chaque année), le conseil écossais possède ses propres bureaux et son propre secrétariat modestes et gère un budget d'environ un quart de million de livres par année. Le SAB dispose de son propre site Web présentant de l'information sur le conseil, ses membres, ses procédures et les concours actuels ou futurs, tout comme la JAC.

D.3 Irlande du Nord

La Judicial Appointments Commission en Irlande du Nord (ou NIJAC) est une variation sur le thème des autres commissions du Royaume-Uni. Elle est issue du même contexte et des mêmes discussions, ayant été établie en 2005 comme organisme public non ministériel au pouvoir exécutif en vertu des *Justice (Northern Ireland) Acts* de 2002 et de 2004¹³³. Ces lois ne sont pas disponibles sur le site Web du BAILII, mais d'après les termes utilisés sur le site Web de la NIJAC, il semble que la commission ne soit pas précisément identifiée dans la loi, qui renferme un libellé plus général et souple, ce qui laisse à penser que la NIJAC (contrairement à la JAC anglaise et au SAB) devrait être probablement vue comme un organisme fonctionnant par décret plutôt qu'un organisme créé par une loi.

La NIJAC compte treize membres -- six membres de la magistrature, deux avocats (un *barrister* et un *solicitor*, faisant écho à la distinction entre ces deux professions dans les autres commissions du Royaume-Uni) et cinq membres du public. Elle est présidée par le juge en chef de l'Irlande du Nord, qui nomme aussi les cinq autres membres de la magistrature, un de chaque niveau de la hiérarchie de la magistrature de l'Irlande du Nord. Les membres de la magistrature siègent pour un mandat de cinq ans. Les cinq membres du public sont nommés par le lord chancelier pour un mandat de quatre ans. Les avocats sont

¹³² Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board », 23.

¹³³ Tiré du site Web de la NIJAC à l'URL <https://www.nijac.org/default.htm>.

choisis par leur Barreau respectif et siègent pour un mandat de trois ans. Les mandats sont renouvelables; le site Web indique que le premier mandat des membres du public s'est terminé récemment et que tous ceux qui souhaitaient siéger pour un deuxième mandat ont été nommés de nouveau.

Tableau 16 : Composition des commissions de nomination de la magistrature

	Membres de la magistrature	Membres de la communauté juridique	Membres du public	Taille totale
Judicial Appointments Commission (JAC) en Angleterre	7	2	6	15
Scottish Appointments Board (SAB)	3	2	5	10
Northern Ireland Judicial Appointments Commission (NIJAC)	6	2	5	13

La composition de la NIJAC est très similaire à celle de la JAC anglaise (surtout parce que les deux prévoient un nombre de membres flexible qui inclut un magistrat non-juriste ainsi que des juges désignés de façon plus officielle). En outre, la magistrature est le groupe comportant le plus de membres, avec une majorité quasi absolue, ce qui rend la NIJAC plus semblable à la JAC anglaise qu'au SAB. Cette situation est un peu plus prononcée pour la NIJAC, car l'un des membres de la magistrature est le président d'office de la commission, contrairement à la JAC où l'un des membres du public siège comme président. Ce qui diffère la composition des deux organismes, c'est que la NIJAC dispose d'un processus très centralisé pour sélectionner les membres (cinq sont nommés par le juge en chef et cinq par le lord chancelier de façon tout à fait discrétionnaire), alors que la JAC anglaise a recours à un processus de sélection délibérément décentralisé qui n'avantage personne. S'il fallait deviner qui est le membre le plus influent, la réponse, pour la NIJAC, serait clairement le juge en chef de l'Irlande du Nord; pour la JAC, la réponse est un peu moins claire, mais ce serait probablement le président membre du public ou le membre de la magistrature de niveau supérieur.

La NIJAC est responsable de recommander les nominations aux cours et aux tribunaux de l'Irlande du Nord (pour un total d'environ 700 postes); elle doit aussi recommander les renouvellements liés aux nominations à terme précis des postes adjoints et des charges rémunérées par honoraires ponctuels. Durant l'année civile couverte par le plus récent rapport annuel de la NIJAC¹³⁴, la commission a fait des recommandations pour 25 nominations à la magistrature (trois nominations à la cour et vingt-deux nominations aux tribunaux administratifs) et 32 renouvellements de nomination, ce qui représente une

¹³⁴ Rapport et comptes annuels de la NIJAC 2008-2009 (accessibles sur le site Web de la NIJAC à l'URL https://www.nijac.org/publications/documents/annualreports/NIJAC_Annual_Report2008_2009.pdf).

charge de travail comparable au SAB (bien que ce faisant, on compare des pommes et des oranges étant donné que les renouvellements de nomination et les nominations sont des processus très différents). La NIJAC emploie 17 personnes (12 détachées par le ministère du lord chancelier et 5 personnes embauchées directement) et gère un budget annuel total d'environ 1,5 million de livres.

Le processus de mise en candidature est simple. Les avis de vacances sont publiés dans un certain nombre de médias et une trousse d'information est élaborée, définissant le poste ainsi que les aptitudes et les compétences pertinentes. Les candidatures sont triées en fonction de leur admissibilité et des exigences de qualification, et des consultations sont entreprises quant aux candidats restants, ce qui donne lieu à une liste restreinte qui servira aux entrevues avec la commission. Il est clairement établi que la commission a la responsabilité de présenter une seule candidature pour le poste; et bien qu'il soit raisonnable de supposer que le lord chancelier à qui les recommandations sont envoyées dispose de recours dans les cas inhabituels, il n'y a pas d'indication sur le site Web ou dans le rapport à savoir que des recommandations n'ont pas été suivies d'une nomination.

La NIJAC a élaboré un site Web très détaillé et à jour à l'URL <https://www.nijac.org/default.htm>; elle publie un rapport annuel auquel on peut accéder sur le site, avec de brèves biographies sur tous les membres de la commission. La NIJAC produit quelques documents à l'intention du public, principalement sous forme de matériel écrit, par exemple un guide de 46 pages intitulé *Guide of Judicial Careers in Northern Ireland* et des articles et de courts documents pour les médias imprimés. Elle ne publie pas de critères de nomination génériques, mais une partie de ses tâches vise à établir un cadre de sélection de la magistrature définissant les aptitudes et les compétences pertinentes, qui sont incluses dans la trousse d'information envoyée avec la demande de mise en candidature. (Aucun exemple, actuel ou passé, n'a pu être tiré du site Web.)

E. Mécanismes de nomination dans les tribunaux de première instance en Europe

Comment les juges des régimes de droit civil de l'Europe continentale sont-ils choisis ? Dans le cadre de concours d'entrée, tout simplement. En France¹³⁵, en Espagne¹³⁶ et au Portugal, on met l'accent sur la formation et les examens après l'obtention du diplôme. En Allemagne¹³⁷ et aux Pays-Bas¹³⁸, on privilégie l'expérience de travail pertinent et les examens. En Suède¹³⁹, les examens sont notés selon un mode flexible qui tient compte

¹³⁵ Doris Marie Provine et Antoine Garapon, « The Selection of Judges in France: Searching for a New Legitimacy » dans John Bell (dir.), *Judiciaries within Europe: A Comparative Review* (Cambridge University Press, 2006).

¹³⁶ « The Spanish judiciary », ch. 4 dans Bell, op. cit.

¹³⁷ « The German judiciary », ch. 3 dans Bell, op. cit.

¹³⁸ Leny E, De Groot-van Leeuwen, « Merit Selection and Diversity in the Dutch Judiciary » dans Bell, op. cit.

¹³⁹ Bell, op. cit., « The Swedish judiciary », ch. 5.

de l'expérience antérieure et en Italie¹⁴⁰, on tient seulement compte des examens. Tous ces pays ont ceci en commun qu'ils mettent l'accent sur un ensemble d'examens auxquels on attribue une note afin d'établir le rang des candidats. Ces examens sont suffisamment rigoureux pour faire en sorte que la plupart des candidats qui les passent ne se voient pas offrir de poste; ceux qui ont des notes au-dessus du point limite obtiennent un emploi dans la magistrature tandis que ceux dont les notes sont supérieures dans leur catégorie ont droit aux meilleurs postes disponibles.

On parle ici d'un système fondé sur le mérite à la fonction publique, caractérisation qui jouit d'une connotation plus positive en Europe qu'en Amérique du Nord -- à un point tel qu'une carrière dans la haute fonction publique est normalement l'option privilégiée. On trouve dans le continent européen des organismes dominés par des juges qui ont un pouvoir décisionnel sur l'entrée dans la magistrature et les promotions accordées par la suite dans le cadre du cheminement de carrière. Cependant, ces organismes s'assimilent davantage à une commission de la fonction publique qui s'assure que les règles sont claires et observées qu'à une commission faisant passer des entrevues à tous les candidats, comme celles qui ont été étudiées dans le présent rapport.

On voit nettement la différence d'une carrière dans la magistrature en Europe et comment y accéder en comparaison avec le régime de common law, où l'on met plutôt l'accent sur l'expérience et l'évaluation des professionnels. Dans les pays de common law, un poste de juge ne représente pas un emploi de premier échelon, mais un poste auquel on peut accéder après avoir fait une belle carrière d'avocat.

Cette situation entraîne certaines conséquences sur le plan pratique. D'une part, si un poste de juge représente un emploi de premier échelon que l'on obtient en sortant de l'université (comme en France), les salaires de départ seront peu intéressants et le nombre de juges de niveau inférieur peut être proportionnellement plus élevé¹⁴¹. D'autre part, si presque tous les juges doivent entreprendre leur carrière de magistrat comme fonctionnaires au premier échelon dès qu'ils ont fini leurs études, il doit être possible, pour presque tout le monde, de « progresser dans la hiérarchie » et, pour les plus méritants, de progresser plus rapidement aux rangs supérieurs. Si le portrait général des juges dans les pays de common law est celui d'un homme blanc d'âge moyen, en Europe, ce sont les jeunes femmes qui occupent majoritairement ces postes; c'est la conséquence logique de la différence des deux cheminements de carrière que je viens d'expliquer.

L'approche du régime de droit civil suppose que les fonctions de juge peuvent s'apprendre à l'université -- elles représentent un ensemble de techniques qui peuvent être

¹⁴⁰ Mary L. Volcansek, « Judicial Selection in Italy: A Civil Service Model with Partisan Results » dans Bell, op. cit.

¹⁴¹ En Italie, l'entrée dans la magistrature est défendue après trente ans; voir Volcansek, 163.

enseignées et notées au moyen d'un examen. Cela correspond à la philosophie du système de code, où les règles sont simples, leur application mécanique et transparente, et où les juges ne sont pas supposés fournir des interprétations à « valeur ajoutée » aux codes qui expriment la volonté de la législature. On peut douter que ce soit là la façon dont le mode de fonctionnement de la magistrature a été intégralement compris -- Lasser, dans son ouvrage intitulé *Judicial Deliberations*, élabore une théorie beaucoup plus complexe sur la manière dont la magistrature a marié les préoccupations en matière de politique et l'application pure des dispositions du code par le truchement de syllogismes formels¹⁴² -- mais il définit le ton du système et la forme des carrières. À tout le moins, le régime de droit civil s'assure que les problèmes de droit plus complexes dans les affaires les plus importantes sont traités par des juges qui ont bâti leur expérience au fur et à mesure de leur cheminement vers les cours de niveaux supérieurs.

J'ai légèrement simplifié la situation -- d'une part, j'ai seulement décrit le mode d'entrée principal à la magistrature dans le cadre du régime de droit civil et j'ai laissé de côté le chemin que peuvent emprunter ceux qui ont fait leurs débuts dans une autre carrière, habituellement dans la fonction publique. En France, il y a trois concours d'admission à la magistrature -- un pour ceux qui terminent l'université, un pour les fonctionnaires et un troisième pour ceux qui ont fait leurs preuves dans le secteur privé --; cependant, 90 % des nouveaux juges sont issus du premier concours.

Une telle approche a un avantage évident, soit son objectivité et sa capacité d'être reproduit -- la note obtenue à l'examen et sa conversion en un chiffre qui peut être directement comparé à celui des autres candidats, et le fait que l'examen peut être noté de nouveau dans le cadre d'une procédure d'appel si nécessaire, ce qui nous éloigne des jugements personnels opaques appliqués aux entrevues et du système des *secret soundings*. Le défi consiste à concevoir des examens appropriés qui évaluent adéquatement les connaissances nécessaires de façon transparente, sans le parti pris inhérent que l'on retrouve dans les examens d'admission des écoles de droit depuis des années --- les examens doivent être considérés comme raisonnables et rigoureux par les gens qui les passent et par les membres de la profession à laquelle ils se joignent.

On a commencé à parler d'examens dans le contexte du système de la common law. La Judicial Merit Selection Commission de la Caroline du Sud a établi dans le cadre de son processus que les candidats devaient passer un examen pertinent à la nomination visée¹⁴³, et un professeur américain a suggéré que les candidats passent un examen avant de

¹⁴² Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (Oxford University Press 2004).

¹⁴³ « Overview of the Judicial Merit Process », sur le site Web de la législature de la Caroline du Sud, à l'URL <http://www.scstatehouse.gov/html-pages/judmerit.html>.

pouvoir détenir une charge dans la magistrature¹⁴⁴ -- mais ce ne sont là que des exemples isolés; il s'agit probablement de simples mesures permettant de présélectionner les candidats sur la base de la réussite ou de l'échec plutôt que d'établir un système de classement nuancé.

On trouve un exemple plus pertinent avec la JAC de l'Angleterre, qui a décidé de cesser le « tri sur papier » pour faire passer des examens de qualification; il est clair, d'après le site Web de cet organisme¹⁴⁵, que les examens de qualification sont beaucoup plus exigeants que les examens à choix multiples ou de simples tests de connaissances et qu'ils permettent de présélectionner les candidats de façon plus nuancée que sur la simple base réussite/échec. Cependant, la ressemblance avec un examen de sélection du régime de droit civil ne doit pas être exagérée. L'examen de qualification de la JAC fait partie de la première étape du processus de présélection, qui permet de réduire le nombre de candidats à inscrire sur la liste restreinte et qui seraient invités par le comité de sélection à une entrevue et à un exercice de jeu de rôle au cours d'une « journée de sélection », qui donne lieu à un rapport d'évaluation substantiel revu par les consultants statutaires avant d'être transmis à la Commission pour un choix final du candidat.

Il s'agit plutôt d'une modeste étape vers la convergence plutôt qu'une réalisation pleine et entière. Cependant, s'il est surprenant de voir que c'est en Angleterre, parmi tous les pays du Commonwealth, où l'on prend les initiatives les plus hardies et novatrices en matière de processus de sélection de la magistrature, il est tout aussi étonnant de constater que c'est ce pays qui est en route vers l'adoption d'un examen structuré officiel comme voie d'accès à la magistrature comportant des similarités réelles avec les processus de sélection en vigueur en Europe. Si l'on se reporte de nouveau au cadre conceptuel cerné dans la deuxième partie du présent rapport, un examen officiel et objectif peut faire partie du processus de sélection de la magistrature dans son ensemble sans nécessairement représenter l'outil de sélection final, et c'est sans doute la leçon que nous devrions tirer de l'écho européen que nous saurions entendre dans l'expérimentation anglaise.

¹⁴⁴ Russell D'Costa, « 'The Bench Exam' -- A Potentially Effective Mechanism to Gauge Judicial Candidates' 'Merit' » *Westchester Bar Journal*, Vol. 34 (2007) 18.

¹⁴⁵ <http://www.judicialappointments.gov.uk/selection-process/19.htm>.

Conclusions et recommandations

Commençons par une évidence : les méthodes de sélection des juges adoptées dans un pays donné reflètent un ensemble bien précis de préoccupations et sont conçues pour répondre à celles-ci. (Cela est similaire à la « règle de nuisance » traditionnelle dans l'interprétation des lois en vertu de la common law : à quelle « nuisance » la loi répondait-elle ?) Plus les préoccupations sont communes, plus il est probable que l'ensemble précis de réponses nous permettra de tirer des leçons utiles. Nous ne nions pas qu'une fois que les réformes du processus de sélection sont en cours dans un ensemble de pays, elles devront couvrir une série d'éléments communs; mais le constat souligne le caractère distinct des développements survenus selon les différentes voies empruntées.

Aux **États-Unis**, le plus grand problème est ce qui est appelé la difficulté contre-majoritaire, soit le problème de réconcilier la recherche de réponses objectivement correctes, fondée sur la primauté du droit prônée légitimement par la profession juridique, avec la volonté du peuple et la souveraineté du citoyen théorique moyen. Le concept de « difficulté contre-majoritaire » (*counter-majoritarian difficulty*) a été proposé par Alexander Bickel dans son ouvrage intitulé *The Least Dangerous Branch*¹⁴⁶ et hante la question du pouvoir judiciaire depuis, à tout le moins aux États-Unis¹⁴⁷. On retrouve des préoccupations semblables dans les discussions concernant le pouvoir judiciaire dans d'autres pays, mais ce serait une grave erreur de ne pas comprendre l'importance cruciale de cette préoccupation pour les Américains et leur quête d'institutions et de procédures pouvant apporter des réponses satisfaisantes sur le plan intellectuel.

En **Afrique du Sud**, le plus grand problème est le défi de surmonter l'expérience de l'apartheid, qui a marqué le passé récent du pays, et de construire une société multiraciale mais à majorité noire qui répond aux besoins de tous ses citoyens. Cette transformation représentait un défi tout d'abord sur le plan constitutionnel, mais aussi sur le plan politique (la « transformation » est une notion importante qui revient constamment dans les ouvrages de doctrine), et un défi avec lequel les tribunaux et leur personnel devaient composer de façon harmonieuse et transparente. Le degré tout à fait inhabituel de publicité dans le processus (surtout en ce qui a trait aux entrevues ouvertes avec les candidats des tribunaux supérieurs) et la forte participation des représentants politiques de différents partis et de différentes chambres reflètent cet impératif unique; cependant, le caractère exceptionnel de ce modèle limite les possibilités de l'exporter.

¹⁴⁶ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd ed.) (Yale University Press, 1986).

¹⁴⁷ Voir la série de Barry Friedman en cinq parties, mais surtout « The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five », *Yale Law Journal* Vol. 112 (2002) 153. Voir aussi Mark A. Graber, « The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order » *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 4 (2008) 361.

En **Grande-Bretagne** (nous incluons intentionnellement l'Angleterre et le pays de Galles, l'Écosse et l'Irlande du Nord dans un même groupe), l'inclusivité représente le principal défi; on l'utilise pour aborder tout à la fois les problèmes de classes, les enjeux homme-femme et les questions raciales d'une société de plus en plus polyglotte qui est le produit simultané du passé colonial de la Grande-Bretagne et de son présent européen et globalisé. La mise sur pied de la commission de nomination, la façon dont son mandat a été rédigé et les critiques qui ont été formulées récemment à son égard reflètent toutes cette dimension cruciale.

En **Europe**, le principal défi a été historiquement d'encadrer le pouvoir judiciaire, ce pouvoir ayant toujours été, en pratique, entre des mains royales (ou à tout le moins aristocratiques). La solution a tout d'abord été de réduire le droit à un ensemble de codes transparents et exhaustifs, puis de réduire le rôle de juge à l'application simple de ces codes aux situations factuelles de cas particuliers, pour finalement arriver à créer l'ensemble d'aptitudes nécessaires pour cette fonction relativement mécanique et à enseigner celles-ci d'une manière vérifiable à la cohorte émergente de juges.¹⁴⁸ Cette description a probablement toujours comporté une certaine part d'irréalité, mais l'expansion *de facto* du rôle des juges pose des défis à ce modèle dans ce qu'il a de plus fondamental.¹⁴⁹ Quoi qu'il en soit, le mode bureaucratique de recrutement fondé sur le mérite reflète tant la centralité du fonctionnariat que la fonction voulue restreinte de juge.

Des quatre exemples étrangers observés, les préoccupations de la Grande-Bretagne sont celles qui se rapprochent le plus du Canada. Le favoritisme politique demeure une préoccupation sous-jacente, mais qui a toujours visé davantage les nominations au fédéral plutôt qu'au provincial;¹⁵⁰ les préoccupations liées aux possibilités de corruption (comme celles qui ont mené aux commissions de nomination au mérite dans de nombreux États des États-Unis) n'ont jamais été très importantes. L'idée maîtresse, ici comme en Angleterre, est celle d'une magistrature qui est représentative, c'est-à-dire inclusive, et son mode de recrutement doit être transparent, de façon à résister aux prises de contrôle ou à la colonisation par des petits groupes qui défendent leurs propres intérêts. La gamme d'intérêts qui doivent être inclus et « représentés » est bien sûr discutable en soi et évolue constamment, tout comme la notion de mérite et la façon dont celle-ci se mesure par rapport à la représentativité; cela fait aussi partie de la réalité à laquelle la conception institutionnelle doit s'adapter.

¹⁴⁸ Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (Oxford University Press 2004). Pour une discussion plus large de ces thèmes, voir Nick Huls, Maurice Adams et Jacco Bomhoff (dir.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond* (The Hague; T-M-C Asser Press, 2009).

¹⁴⁹ Mitchel Lasser, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe* (Oxford University Press 2009).

¹⁵⁰ Voir Kate Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 146.

Le texte qui suit présente les leçons qui, selon moi, découlent de l'enquête empirique figurant dans les premières parties du rapport.

Une commission de nomination indépendante représente le moyen approprié d'adapter le mécanisme traditionnel de nomination par l'exécutif aux nouvelles attentes d'un âge démocratique, en satisfaisant la demande de transparence, d'objectivité et de reddition de comptes. La discrétion absolue de l'exécutif, soit « l'ancienne » façon de faire, est inappropriée; elle représentait, pour reprendre les termes de Paterson, [trad.] « une procédure dominée par le pouvoir exécutif, obscure et sans transparence où transparaissent le favoritisme politique, le copinage et les préjugés personnels. »¹⁵¹ Les commissions de nomination sont, comme le note Malleson, [trad.] « vraisemblablement appelées à devenir le mode de sélection le plus populaire du vingt-et-unième siècle. »¹⁵² Il est également inévitable que les préoccupations liées au processus de nomination des juges prennent de l'ampleur à mesure que la visibilité et l'importance des institutions judiciaires augmentent. La Charte ne constitue qu'une partie de l'équation; « l'obligation de rendre compte légalisée », qui transforme les pratiques bureaucratiques tant dans le public que dans le privé en normes juridiques et en comptabilité ouverte, est de plus en plus omniprésente.¹⁵³ Dans une société démocratique, l'exercice du pouvoir invite à l'obligation de rendre compte, et cela est tout aussi vrai pour les juges aujourd'hui que cela l'a été pour les autres institutions dans la passé. Bien que l'obligation de rendre compte soit un concept délicat dans le cadre d'une magistrature qui affirme résolument son indépendance, la transparence dans la sélection du personnel qui exerce ce pouvoir en constante évolution constitue une première étape cruciale.

Cependant, comme nous le fait remarquer Malleson, une telle commission [trad.] « n'est pas un produit standard qui peut être adopté de façon universelle, mais plutôt un système qui doit être construit de façon à tenir compte des conditions particulières du pays sur les plans juridique, politique et culturel. »¹⁵⁴ La première question que l'on doit se poser, qui est la plus simple, consiste à se demander si nous devrions avoir recours à un comité de nomination judiciaire dans le cadre du processus de sélection des juges. La question de savoir à quoi devrait ressembler ce comité et ce qu'il ferait exactement est un peu plus difficile.

¹⁵¹ Alan Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles ? » dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 13.

¹⁵² Kate Malleson, « Introduction » dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 6.

¹⁵³ Voir Charles R. Epp, *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats and the Creation of the Legalistic State* (University of Chicago Press, 2009).

¹⁵⁴ Kate Malleson, « The New Judicial Appointment Commission in England and Wales » dans Malleson et Russell, (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 40.

Un comité à vocation unique est préférable à un conseil de la magistrature à vocations multiples. C'est la plus grande leçon tirée des vingt-cinq années au cours desquelles les Canadiens ont eu recours à des comités indépendants pour présélectionner les candidats aux nominations à la magistrature. La « première génération » de ces organismes était largement composée des conseils de la magistrature dont la fonction principale était de traiter les plaintes contre les juges afin de trouver l'équilibre approprié entre la discipline judiciaire d'une part, et l'indépendance judiciaire d'autre part. Au début, la plupart des dispositions relatives à la procédure de présélection prévoyaient le recours au conseil de la magistrature à cette fin secondaire également, étant donné que les caractéristiques de base (groupe composé de juges, d'avocats et de membres du public; indépendance par rapport à l'influence directe du gouvernement; lien direct aux principes d'indépendance judiciaire qui ont pris davantage d'importance avec l'enchâssement de la Charte dans la Constitution) servaient cette double vocation. Cependant, la composition d'un conseil de la magistrature réagissant aux plaintes devrait (et doit même, selon la jurisprudence de la Cour suprême) pencher fortement pour une représentation prédominante des juges, ce qui réduit de façon importante une représentation plus diversifiée et décourage la participation pleine et entière des membres non-juristes. Dans un contexte disciplinaire, il est tout à fait approprié que les juges soient fortement représentés; mais dans un contexte de sélection des juges, cela l'est moins. Comme l'indique Paterson, une prépondérance de juges dans un tel comité de sélection envoie le message fort que [trad.] « les choses ne vont pas vraiment changer. »¹⁵⁵

Un comité à vocation unique peut être mû par une logique différente tant en ce qui a trait à la taille du comité qu'à la proportion des différents types de membres, laquelle proportion devrait logiquement compter moins de juges et davantage de membres du public (non-juristes). Séparer les deux fonctions (comme, initialement, seul le Québec l'avait fait) permet de poursuivre les deux logiques différentes plus efficacement, sans devoir faire de compromis inutiles entre les différentes fonctions.

Un comité permanent est préférable à un comité spécial parce que cela :

1. permet de concrétiser l'idée d'un organisme professionnel indépendant extérieur au ministère et séparé du ministre
2. accommode plus raisonnablement une composition plus grande et donc plus représentative
3. contribue davantage à la continuité
4. donne lieu à la création d'un organisme permanent qui peut publier des rapports publics sur ses propres activités de façon consistante au fil du temps, ce qui

¹⁵⁵ Alan Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles ? » dans Kate Malleson et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 20.

s'avère plus utile que des rapports sur les activités d'une succession de comités éphémères rédigés par un organisme externe

5. permet aux membres de contribuer à un processus permanent de sensibilisation et d'éducation du public, qui servira mieux l'objectif à long terme des procédures
6. déplace, par nécessité, le centre de gravité de la procédure de nomination du ministère au comité, et ce, en toute transparence.

Un grand comité est préférable à un petit comité parce que cela :

1. permet d'atteindre un plus haut degré de représentation visible
2. contribue à une dynamique dans laquelle les membres non-juristes/du public atteignent une masse critique qui facilite et encourage leur pleine participation
3. établit un équilibre entre la continuité qui permet la constance et l'apprentissage à partir d'expériences partagées, et le roulement régulier des membres, qui assure l'ouverture aux nouvelles idées
4. prédispose naturellement moins à la « pensée unique » ou à la domination par une personne ou un petit groupe de personnes
5. fait en sorte qu'il est beaucoup plus difficile pour des intérêts ou des joueurs particuliers de « coloniser » le comité ou d'en « prendre le contrôle ». ¹⁵⁶

Un comité réactif est préférable à un comité anticipatoire parce qu'il permet au comité de centrer ses efforts et son attention sur une tâche plus significative -- c'est-à-dire apparier les qualités de candidats particuliers aux exigences d'un poste de juge bien précis, dans des circonstances où la mesure aura des conséquences immédiates. Le problème, avec un comité anticipatoire, est qu'il ne pose pas la question « cette personne peut-elle accomplir ce travail ? » mais plutôt « cette personne ferait-elle un bon juge ? », le référent du mot « juge » devant être le plus vague, abstrait et général possible parce qu'il pourrait se réaliser de différentes manières. Un processus anticipatoire tend à demander au comité de répondre à des questions abstraites, ce qui risque d'amplifier la mystique entourant la fonction judiciaire et qui maximise, par conséquent, le statut d'« intrus » des membres du public.

Un comité qui fournit une liste restreinte est préférable à un comité qui crée un bassin de candidats, parce qu'il limite visiblement et directement le pouvoir discrétionnaire du ministre et renforce davantage l'objectif de déplacer le processus de nomination des juges provinciaux vers un mécanisme plus indépendant, professionnel, public, transparent et représentatif. Un comité qui fournit une liste restreinte atténue, et un comité qui crée un

¹⁵⁶Voir, par exemple, Lennox, op. cit.: [trad.]« Même si le fait que le Procureur général nomme plus de la moitié des membres du Comité [consultatif sur les nominations à la magistrature de l'Ontario] aurait pu ouvrir la voie à de l'ingérence politique, la taille, la composition et la structure du Comité, ainsi que le processus qu'il a adopté, ont empêché que cette situation ne se produise, et l'indépendance du Comité consultatif sur les nominations à la magistrature est maintenant bien établie et largement acceptée. », 2.

bassin de candidats accentue, le pouvoir discrétionnaire du ministre ainsi que la mesure selon laquelle ce pouvoir peut être détourné (ou peut être perçu comme ayant été détourné) à des fins non souhaitables comme le favoritisme politique ou pis encore. L'approche du « bassin » laisse le vrai choix (et énormément de latitude, en fait) au ministre tandis que la présence du comité permet de parer aux critiques.

Un comité fournissant une liste de noms par ordre d'importance est préférable à un comité fournissant une liste restreinte, et un comité choisissant un seul nom est encore mieux parce qu'il centre l'attention du comité et clarifie le rôle très restreint du ministre dans le processus de nomination des juges. Les comités de sélection des juges dits de « première génération » ont pu considérer comme un progrès le fait d'éliminer le quart des candidats les moins qualifiés; aujourd'hui cependant, les objectifs ont été revus à la hausse grâce aux pratiques de provinces comme l'Ontario et de pays comme l'Angleterre et l'Écosse. Un comité bien conçu est tout à fait en mesure de s'acquitter de la lourde tâche que représente la sélection des juges, plutôt que de se limiter au travail préliminaire d'effectuer un premier tri.

*Un comité créé par une loi est préférable à un comité mis sur pied au terme d'un décret parce qu'il souligne l'indépendance du comité et fait en sorte qu'il est plus difficile pour le gouvernement d'imposer son propre ordre du jour en changeant la structure ou le mandat du comité sans que le public ne soit informé. Cela est particulièrement important pour l'élément final du processus employé par le comité; un ministre pourrait, pour des motifs qui lui sont propres, vouloir élargir le choix de candidats en demandant au comité de lui donner une liste de noms possibles plus longue ou en rejetant un nom ou une liste de noms pour en demander d'autres. Le *Scottish Appointments Board* en Écosse (SAB) serait plus fort si le caractère quasi-obligatoire de sa liste restreinte établie par ordre d'importance reposait sur d'autres assises que la pratique récente; les comités de nomination des juges au fédéral seraient plus forts si c'était la loi, plutôt que l'assurance personnelle d'un ancien ministre, qui garantissait qu'aucune nomination ne serait jamais faite en dehors de leur liste recommandée; le rôle du Comité consultatif sur les nominations à la magistrature de l'Ontario serait plus clairement défini si le ministre ne pouvait contourner une liste restreinte en exigeant d'autres noms, etc. Les expériences récentes au Canada avec le gouvernement Harper montrent de façon spectaculaire à quel point un gouvernement peut délibérément manipuler le processus à des fins partisans s'il suffit d'un ordre ministériel pour accomplir des changements importants.¹⁵⁷*

¹⁵⁷ Si les provinces canadiennes disposaient de véritables documents constitutionnels et que leur importance dépassait le domaine législatif, on pourrait faire valoir l'enchâssement constitutionnel des comités de nomination dans la Constitution, mais contrairement aux États-Unis, il s'agit d'une question de droit constitutionnel sur laquelle le Canada ne s'est jamais penché.

Un comité unique est préférable à une procédure qui affecte différentes étapes du processus à divers comités, parce que cela établit clairement la responsabilité et rehausse le statut du comité. La décision prise par le gouvernement de l'Alberta de répartir les fonctions de présélection et de nomination entre le conseil de la magistrature et un comité de nomination a abouti à un dédoublement inutile des efforts, même si l'on ne tient pas compte de la structure décevante du deuxième comité; et la décision du gouvernement du Nouveau-Brunswick de diviser le travail entre un groupe de conseillers isolés qui peuvent être ignorés et un comité spécial chargé des entrevues n'ayant qu'un droit de veto aurait été décevante pour un processus de première génération et s'avère totalement inadéquate aujourd'hui.

Un nombre important de membres du public/non-juristes qui participent activement est préférable à un nombre peu élevé d'entre eux et à leur présence purement symbolique. Donner l'occasion aux membres non-juristes de participer activement au comité constitue le principal défi des comités de sélection des juges; c'est aussi le point qui connaît le plus de ratés. Il y a vingt-cinq ans, les membres juges m'ont dit qu'ils souhaitaient que les membres non-juristes s'expriment davantage;¹⁵⁸ Malleon signale que les avocats et juges membres des commissions de nomination au mérite aux États-Unis étaient d'avis que les membres non-juristes constituaient « un irritant »;¹⁵⁹ et bien que Rickart accueille favorablement la participation des non-juristes dans les grands comités sud-africains, il admet que plus souvent qu'autrement, on assiste à l'histoire du garçon qui voit que l'empereur n'a plus d'habit du tout ¹⁶⁰ -- une métaphore malheureuse qui réduit les membres non-juristes à des enfants dans un monde où les professionnels du droit sont les adultes. Voici quelques mesures qui peuvent faire augmenter la participation des non-juristes :

1. Exposer clairement les exigences du rôle de sélection des membres non-juristes en évitant le piège de la « mystique de la magistrature »¹⁶¹ et du « vieux principe du mérite »¹⁶² en établissant une liste claire et précise de critères de sélection élaborés

¹⁵⁸ Peter McCormick, « Judicial Councils for Provincial Court Judges » *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 6 (1986) 181.

¹⁵⁹ Kate Malleon, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 134.

¹⁶⁰ Carmel Rickart, « The South African Judicial Selection Committee » p. 5; document présenté dans le cadre de la conférence « Judicial Reform: Function, Appointment and Structure », tenue par le Centre for Public Law, Université de Cambridge le 4 octobre 2003. Obtenu en ligne sur le site Web de la faculté de droit de l'Université Cambridge à l'URL <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/conference-papers/17>

¹⁶¹ Malleon parle de [trad.] « l'aura de mystère qui entoure le travail des juges, que le pouvoir judiciaire a souvent perpétuée. » Kate Malleon, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 96.

¹⁶² [trad.] « La sélection au mérite est l'un des vieux principes qui domine les discussions passées et présentes sur les nominations des juges. » Alan Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles ? » dans Kate Malleon et Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 15.

d'après les aptitudes et les compétences nécessaires et objectivement identifiables et sur lesquels les membres non-juristes peuvent formuler des commentaires utiles.

2. Apparier un ensemble bien précis de candidats à une série d'aptitudes spécifiques liées à une affectation particulière au sein de la magistrature.
3. Créer une « masse critique » de participants non-juristes en leur donnant la majorité (ou au moins une pluralité) au sein d'un comité relativement important, et en examinant la possibilité d'attribuer la présidence du comité à un non-juriste.
4. Élaborer un processus de sélection objectif pour les membres non-juristes qui dépasse le pouvoir discrétionnaire ministériel afin de créer un concours misant sur des qualités objectives comme celles-ci :
 - expérience en matière de techniques d'entrevue et de sélection dans d'autres organisations¹⁶³
 - expérience démontrée en service public auprès de groupes qui se penchent sur les réalités sociales qui génèrent une grande partie des dossiers du tribunal
 - expérience liée aux modes extrajudiciaires de résolution de différends dans divers contextes

Un ensemble étendu de critères normalisés à l'égard des nominations est préférable à de courts énoncés sibyllins ou de type « tout le monde sait ça » parce que cela :

1. renforce l'objectivité de la prise de décision
2. permet de communiquer à un plus vaste public l'objectif du processus ainsi que la nature et la charge de travail des juges d'aujourd'hui
3. envoie un message clair aux candidats potentiels relativement aux attentes liées à la nomination
4. fournit une base claire et cohérente relativement à l'organisation des procédures du comité visant la cueillette et le traitement de l'information
5. évite la « mystique de la magistrature » qui décourage la participation des non-juristes en mettant de l'emphase sur un jeu d'initiés dont ils ne maîtrisent pas les règles
6. évite de miser sur les « qualités personnelles »¹⁶⁴, une pratique qui privilégie les initiés ayant plus d'occasions d'observer ce qui se passe et disposant d'une meilleure base de comparaison.

¹⁶³ Voir Paterson, « Scottish Judicial Appointments Board », op. cit., 20.

¹⁶⁴ Carmel Rickart, « The South African Judicial Selection Committee », 4; document présenté dans le cadre de la conférence « Judicial Reform: Function, Appointment and Structure », tenue par le Centre for Public Law, Université de Cambridge le 4 octobre 2003. Obtenu en ligne sur le site Web de la faculté de l'Université de Cambridge à l'URL <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/conference-papers/17>.

La nomination de membres d'office (possiblement atténuée par des dispositions de type « ou délégué ») est préférable (jusqu'à un certain point) à des dispositions plus permissives et informelles parce que cela

1. rehausse l'indépendance du comité
2. valorise l'image du comité aux yeux du public
3. élimine toute apparence de « remplissage » du comité
4. permet la participation directe de gens bien informés dont l'expérience et l'expertise sont des plus pertinentes

Mais je mets un bémol à cette affirmation en indiquant « jusqu'à un certain point », parce qu'il est fort probable qu'un comité dominé par des membres d'office, qui seront nécessairement des avocats et des juges, intimidera les membres non-juristes, qui pourraient [trad.] « s'en remettre indûment à l'expertise de ces initiés, particulièrement les juges de rang plus élevé. »¹⁶⁵ La contribution des juges est importante, mais elle ne devrait pas être un facteur décisif en raison du potentiel de « clonage professionnel » et du danger que pose une magistrature trop fermée sur elle-même. Un noyau composé de membres d'office est utile; un bloc dominant de ceux-ci constitue une erreur.

Il est préférable d'éviter les nominations par l'exécutif (par décret) parce que

- Premièrement, cela crée la possibilité que le ministre ait une influence indue et indirecte grâce à la nomination de ces membres ou au renouvellement de leur mandat.
- Deuxièmement, cela crée l'apparence que le ministre a la capacité d'exercer facilement une telle influence au détriment de la crédibilité du comité, en rendant celui-ci vulnérable à des défis auxquels il ne peut répondre.
- Troisièmement, cela mine la capacité des membres non-juristes d'apporter leur propre contribution au processus en les laissant dans l'ombre du ministre (même si cette ombre n'est qu'en apparence seulement).

Lorsqu'il y a de telles nominations par l'exécutif, Malleson suggère qu'elles devraient être de longue durée (afin que le membre puisse s'adapter complètement à son rôle) et ne devraient pas être renouvelables (afin d'éviter l'apparence ou la tentation d'agir afin de plaire au ministre lorsque ce dernier contrôle la possibilité de renouveler la nomination);¹⁶⁶ en fait, comme le Tableau 1.4 dans la première partie l'indique, la tendance

¹⁶⁵ Kate Malleson, « The New Judicial Appointment Commission in England and Wales » dans Malleson et Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006), 48.

¹⁶⁶ Kate Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 134.

est précisément à l'opposé -- les membres sont nommés pour une courte durée et leur nomination peut être renouvelée indéfiniment.¹⁶⁷

Il est préférable que la composition du comité soit continue pendant une période raisonnable. D'après Malleson, l'élément primordial pour assurer qu'un comité puisse suivre une voie indépendante, et cela malgré des circonstances controversées, est le fait que les membres du groupe se voient comme chacun engagé envers le groupe en tant qu'entité permanente ayant ses propres valeurs et impératifs.¹⁶⁸ Cet objectif est plus difficile à accomplir avec un groupe ayant un roulement élevé ou dont les membres se rencontrent rarement.

Il est préférable que le comité ait une présence publique visible par le truchement de la présidence, afin de lui donner une certaine visibilité dans le public. L'invisibilité relative de la plupart des conseils ou comités actuels compromet leur impact sur l'opinion publique à l'égard du pouvoir judiciaire et mine leur capacité à renforcer la réputation du pouvoir judiciaire au moyen d'un rôle indépendant et visible dans le processus de sélection des juges.

Il est préférable que le comité ait une présence indépendante et distincte, qu'il ne soit pas simplement une page de plus sur le site Web du juge en chef ou (pire encore) sur le site Web du ministère. Cette logique est similaire à celle qui a été suivie en Alberta dans les années 70 -- la première chose que les juges ont dû faire pour légitimer la nouvelle cour provinciale a été de s'installer dans leur propre édifice et de cesser de partager leurs bureaux avec le poste de police, comme c'était le cas auparavant avec les *magistrates courts*. Une apparence de séparation ne garantit pas l'indépendance; mais un manque d'apparence de séparation minera l'indépendance et, ce qui est tout aussi important, l'apparence d'indépendance. Pour cette raison, le comité doit disposer d'un secrétariat séparé, il ne peut être un rouage du ministère et ne devrait pas non plus (quoique cela est moins déplorable) se présenter comme une simple annexe du bureau du juge en chef de la cour provinciale, même lorsque cette personne en est membre. Il est préférable que le comité soit indépendant et autonome, bien que dans les faits, cela ne pourrait être réalisable que dans les grandes provinces.

Il est préférable d'établir une exigence ferme (préféablement par voie législative) de présentation d'un rapport annuel public; le rapport devrait être public et largement accessible, pas seulement au ministre ou au ministère. Le rapport donne de la crédibilité du comité au fil du temps, démontre son caractère continu, fournit une base de comparaison

¹⁶⁷ Un terme trop long pourrait également causer un problème parce qu'un aussi long engagement pourrait dissuader les membres non-juristes d'accepter leur nomination. On pourrait alors suivre l'exemple de l'Irlande du Nord, où les termes sont d'une durée moyenne et peuvent être renouvelés (quoiqu'une seule fois) pour tout membre non-juriste qui en émet le souhait.

¹⁶⁸ Kate Malleson, « Assessing the Judicial Service Commission » *South African Law Journal*, Vol. 116 (1999) 36, 38.

de rendement d'une année à l'autre et renforce l'ouverture et la transparence, deux caractéristiques essentielles du processus du comité de sélection des juges.

Il est préférable que tous les communiqués annonçant les nominations des juges attribuent la sélection au comité et expliquent brièvement le processus suivi. Il s'agit d'une pratique solidement implantée dans certaines provinces (par exemple en Alberta) mais peu utilisée dans d'autres (par exemple au Nouveau-Brunswick, où les communiqués de presse sur les nominations des juges dans la province ne mentionnent jamais le processus mais attribuent simplement la décision au ministre de la Justice). Cette omission est peu judicieuse et inappropriée; un comité ne peut contribuer à la sensibilisation du public envers un processus ouvert et transparent si personne hors du cercle très étroit des participants directs ne sait que le comité existe. L'inclusion à répétition de cette information dans les communiqués annonçant les nominations renforce la visibilité du comité et souligne l'importance de son rôle, en plus de contribuer au processus d'éducation du public (et des membres de la profession juridique) à l'égard des nouvelles réalités du mécanisme de sélection des juges.

*Il est important de désamorcer le dilemme mérite/représentativité*¹⁶⁹. La nature du lien entre ces deux éléments apparaît clairement dans les deux exemples suivants : la Judicial Service Commission d'Afrique du Sud a essuyé de vives critiques pour s'être davantage préoccupée des questions de mérite que de l'accroissement plus rapide de la représentativité de la magistrature, tandis qu'en Ontario, le Comité consultatif sur les nominations à la magistrature a été critiqué pour avoir fait des progrès importants sur la représentativité au détriment du mérite. Présenté de cette façon, on ne peut se sortir de cette impasse. La première étape consiste donc à redéfinir l'objectif : [trad.] « Si le processus de nomination cherche à trouver des candidats qui sont identiques en tout point à ceux qui sont actuellement sélectionnés, hormis leur sexe ou leur race, il est peu probable que nous trouverons de nombreux candidats »¹⁷⁰, ce qui sous-entend d'autre part que [trad.] « Si nous recherchons des juges provenant d'horizons plus larges, les critères devront être adaptés afin de reconnaître les qualités que ces candidats apportent au banc. »¹⁷¹ Le mérite ne peut être vu comme une qualité abstraite en soi; il faut plutôt identifier un ensemble de critères, élaborer des paramètres liés à ceux-ci et utiliser le « mérite » pour décrire un solide rendement faisant appel à plusieurs de ces critères. Si ces critères ne diffèrent pas dans une certaine mesure de ceux que nous avons tenus pour acquis dans le passé, tout élan visant la représentativité échouera.

¹⁶⁹ Le terme « représentativité » est problématique en soi, parce qu'il soulève la question de savoir quels groupes devraient être (mieux) représentés. Comme le diraient sarcastiquement les critiques du JAC en Angleterre, quel est le quota pour les conducteurs ivres et les gens en probation ? Les ouvrages sur le sujet parlent plutôt de « reflet équitable » ou possiblement « d'inclusivité ».

¹⁷⁰ Kate Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism* (Aldershot; Ashgate/Dartmouth, 1999), 122.

¹⁷¹ Kate Malleson, *The New Judiciary*, 122.

Il est important de ne pas s'attendre à ce que le comité de sélection des juges résolve tout seul la question de la représentativité. La sous-représentation de segments identifiables de la population doit être directement abordée sous plusieurs aspects.

- Premièrement : Il faut mettre en place un ensemble équitable de normes à partir desquelles on jugera les candidats
- Deuxièmement : Il doit y avoir un processus équitable pour effectuer cette évaluation, et un comité pour s'acquitter de cette tâche avec équité, ce qui implique le suivant :
- Troisièmement : Le comité doit être lui-même représentatif (c'est-à-dire « inclusif », au sens où il n'inclut pas systématiquement un groupe approprié)
- Quatrièmement : Les postes vacants doivent être affichés ouvertement et à grande échelle afin de ne pas donner l'impression que certains groupes sont favorisés de manière indue
- Cinquièmement : Afin de cibler les groupes pour lesquels on recherche une plus grande représentation, l'affichage des postes vacants ne doit pas se faire uniquement dans les médias standards les plus courants
- Sixièmement : L'ouverture et l'équité du processus et du comité doivent être publicisées de façon énergique, préférablement par le comité lui-même, afin de persuader les gens, qui ont présumé dans le passé qu'ils ne seraient pas pris au sérieux, de poser leur candidature
- Septièmement : Lorsqu'on arrive à obtenir une plus grande hétérogénéité dans la magistrature, cela doit être souligné

Il est important que le comité ait une présence publique visible, ce qui, à l'époque actuelle, signifie un site Web indépendant et complet qui décrit le comité, souligne ses réalisations et encourage le degré de participation élargi que nous souhaitons voir. Une telle chose n'existe tout simplement pas au Canada, et les exemples des comités de nomination au mérite implantés dans les États américains que j'ai pu observer sont fades et ternes ou simplement intégrés au site Web de l'instance officielle (la législature ou le bureau du gouverneur) de laquelle ils relèvent. Les trois comités examinés en Grande-Bretagne (et particulièrement en Angleterre) constituent un meilleur exemple -- quoique même le site anglais pourrait être amélioré s'il visait la communauté dans son sens le plus large et non pas uniquement la communauté juridique, qui en constitue toutefois la cible principale. Internet est de plus en plus le média qui est utilisé par le public pour rechercher de l'information sur le gouvernement et les activités publiques sous diverses formes et l'occasion d'utiliser ce média afin d'établir la présence du comité et de rehausser sa crédibilité ne devrait pas être gaspillée aussi lamentablement que ça semble être le cas aujourd'hui dans la plupart des provinces. J'en veux pour preuve les difficultés que j'ai éprouvées durant la cueillette de l'information pour la première partie de ce rapport; cela

aurait dû être un exercice très simple mais ça n'a pas été le cas. Les comités de sélection des juges ne peuvent rendre le processus de nomination des juges ouvert et transparent s'ils sont eux-mêmes invisibles.

Annexe A : Composition des conseils et des comités provinciaux

En **Colombie-Britannique**, l'instance compétente est le Conseil de la magistrature, qui est composé des membres suivants¹⁷² :

- Le juge en chef, à titre de président
- Un juge en chef adjoint, à titre de président suppléant
- Le président de la Law Society ou son délégué
- Le président de la division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien ou son délégué
- Un juge nommé par le ministre (qui, par convention, est le président ou un ancien président de la Provincial Judges Association)
- Quatre autres membres, dont un est, par convention, un juge de paix, un est avocat et deux sont membres non juristes

En **Alberta**, la présélection initiale est effectuée par le Conseil de la magistrature, qui est composé des membres suivants :¹⁷³

- Le juge en chef de l'Alberta ou un délégué du juge en chef
- Le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine ou un délégué du juge en chef
- Le juge en chef de la Cour provinciale de l'Alberta ou un délégué du juge en chef
- Le président de la Law Society of Alberta ou un délégué du président; et
- Pas plus de deux autres personnes nommées par le Ministre

L'Alberta a aussi récemment mis sur pied un Provincial Court Nominating Committee (en réponse aux recommandations émises par un Judicial Selection Process Review Committee en mai 1998 et lors du Alberta Summit on Justice en janvier 1999). Ce comité comptait au départ cinq membres¹⁷⁴; son nombre est par la suite passé à huit¹⁷⁵ et il est maintenant constitué de onze membres¹⁷⁶. Le comité est présentement composé d'un juge de la cour provinciale nommé par le juge en chef de la cour provinciale, du président de la Law Society of Alberta ou son délégué, du président de la division de l'Alberta de l'Association du Barreau canadien ou son délégué, et de huit autres personnes nommées

¹⁷² Rapport annuel du Judicial Council of British Columbia, 2007-2008 (disponible sur le site Web de l'organisme à <http://www.provincialcourt.bc.ca/judicialcouncil/>). À noter que bien que l'on indique « rapport annuel », ce rapport n'est pas publié chaque année, mais plutôt tous les deux ou trois ans, et inclut de l'information pour cette période depuis le rapport précédent.

¹⁷³ *Judicature Act*; Revised Statutes of Alberta, en vigueur en novembre 2008; documents disponibles sur le site Web du ministère de la Justice à l'adresse <http://www.justice.alberta.ca>.

¹⁷⁴ Communiqué de presse du gouvernement de l'Alberta du 9 mars 1999; disponible sur le site Web du ministère de la Justice de l'Alberta.

¹⁷⁵ Rapport annuel du ministère de la Justice de l'Alberta de 1999; disponible sur le site Web du ministère de la Justice de l'Alberta.

¹⁷⁶ Edmonton Journal, « Who's Best for the Bench? » 12 août 2007.

par le ministre. Le rapport avocats/membres non juristes dans ce groupe de huit personnes n'est pas fixe et varie de façon périodique. Pour l'instant, on compte quatre avocats et quatre membres non juristes. Le groupe est donc composé d'un juge, de six avocats et de quatre membres non juristes.

La présélection des candidats à la fonction de juge en **Saskatchewan** est effectuée par le Conseil de la magistrature, qui est composé des membres suivants¹⁷⁷ :

- Le juge en chef de la Saskatchewan, ou un juge de la Cour d'appel désigné par le juge en chef de la Saskatchewan, qui agit à titre de président
- Le juge en chef du Banc de la Reine ou un juge de la Cour du Banc de la Reine désigné par le juge en chef du Banc de la Reine
- Le juge en chef ou un juge désigné par le juge en chef
- Le président de la Law Society of Saskatchewan ou un membre ou un ex-membre de la Law Society désigné par le président
- Pas plus de deux autres personnes nommées par le lieutenant-gouverneur en conseil après consultation par le ministre avec le président du conseil et le juge en chef
- Deux juges élus par les juges à une réunion de la cour en banc

Au **Manitoba**, le juge en chef, après avoir été informé qu'une nomination doit avoir lieu, convoque un comité de nomination composé des membres suivants¹⁷⁸ :

- Le juge en chef, à titre de président du comité
- Trois personnes qui ne sont pas des avocats, des juges ou des juges à la retraite et qui sont nommées par le lieutenant-gouverneur en conseil
- Un juge désigné par les juges de la Cour provinciale
- Une personne désignée par le président de la Société du Barreau du Manitoba
- Une personne désignée par le président de la division du Manitoba de l'Association du Barreau canadien

L'Ontario dispose d'un Comité consultatif sur les nominations à la magistrature (CCNM), qui est permanent et composé des membres suivants¹⁷⁹ :

- Deux juges provinciaux, nommés par le juge en chef de la Division provinciale
- Trois avocats, l'un nommé par le Barreau du Haut-Canada, l'un par l'Association du Barreau canadien - Ontario et l'un par l'Association des bâtonniers de comtés et districts
- Sept personnes qui ne sont ni juges ni avocats, nommées par le Procureur général
- Un membre du Conseil de la magistrature, nommé par celui-ci¹⁸⁰.

¹⁷⁷ *Provincial Court Act*; Revised Statutes of Saskatchewan, en vigueur en mai 2009; documents disponibles sur le site Web de CANLII.

¹⁷⁸ *Loi sur la Cour provinciale*; statuts refondus du Manitoba, en vigueur en mai 2009; documents disponibles sur le site Web de CANLII.

¹⁷⁹ Comité consultatif sur les nominations à la magistrature, rapport annuel 2008; document disponible sur le site Web de la Cour de justice de l'Ontario.

Le Québec établit un comité de sélection pour s'adresser à un poste vacant. Le comité est composé des membres suivants¹⁸¹ :

- Un juge de la Cour du Québec, sur la recommandation du juge en chef de cette Cour, qui agit à titre de président
- Un avocat ou un avocat nommé après consultation avec le Barreau du Québec
- Une personne qui n'est ni juge ni avocat

Le Nouveau-Brunswick dispose d'un groupe de conseillers d'examen des nominations judiciaires provinciales. Ce groupe est composé des membres suivants¹⁸² :

- Un avocat nommé par le Barreau du Nouveau-Brunswick
- Un avocat nommé par l'Association du Barreau canadien (division du Nouveau-Brunswick)
- Un avocat nommé par l'Association des juristes d'expression française
- Un juge de la Cour d'appel, nommé par le juge en chef
- Un juge de la Cour du Banc de la Reine, nommé par le juge en chef de cette cour
- Un juge de la Cour provinciale, nommé par l'Association des juges de la Cour provinciale
- Un avocat nommé par l'Association des avocats de la défense du Nouveau-Brunswick
- Deux membres nommés par le ministre de la Justice

Le ministre de la Justice n'est pas obligé de nommer seulement des candidats qui ont été approuvés par ce groupe de conseillers; la personne qu'il souhaite nommer doit être interviewée par un comité.

La Nouvelle-Écosse dispose d'un Advisory Committee on Provincial Judicial Appointments, qui est composé des membres suivants¹⁸³ :

- Deux avocats nommés par le Council of the Nova Scotia Barristers' Society
- Un juge de la cour provinciale et un juge du tribunal de la famille, dont l'un peut être un juge en chef, nommés par les juges en chef de la cour provinciale et du tribunal de la famille
- Quatre membres nommés par le ministre de la Justice, dont deux doivent être des représentants du public; un « représentant du public » est une personne qui n'est pas membre de la Barristers' Society¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Dans les faits, cette personne a toujours été un juge.

¹⁸¹ Louis Vaillancourt, « Je veux devenir juge; à qui m'adresser? » *Revue générale de droit*, Vol. 25 (1994) 269.

¹⁸² Roger Bilodeau et Denis Roy, « Le processus de consultation et d'évaluation entourant les nominations à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick » *Alberta Law Review*, Vol. 38 (2000) 867.

¹⁸³ Document intitulé « Provincial Judicial Appointments: Guidelines » (approuvé par le conseil exécutif de la Nouvelle-Écosse en 2009); disponible sur le site Web du gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

¹⁸⁴ La version 2004 du même document indiquait « quatre membres non juristes »; hormis le changement d'appellation de « membre non juriste » à « représentant du public », il est intéressant de constater que cela

À l'**Île-du-Prince-Édouard**, le Procureur général, lorsqu'il y a un poste vacant à pourvoir à la cour provinciale, met sur pied un Judicial Appointments Advisory Committee, qui est composé des membres suivants :¹⁸⁵

- Le juge en chef de la cour provinciale, à titre de président
- Un avocat nommé par la Law Society of Prince Edward Island
- Un avocat nommé par la division de l'Île-du-Prince-Édouard de l'Association du Barreau canadien
- Deux autres personnes nommées par le Procureur général, après consultation avec le conseil exécutif, qui ne sont ni juges ni avocats

La province de **Terre-Neuve-et-Labrador** a recours à un Conseil de la magistrature, qui est composé des membres suivants¹⁸⁶ :

- Le juge en chef de la cour provinciale, à titre de président
- Un membre du Conseil de la Law Society of Newfoundland nommé par les membres du Conseil
- Deux personnes nommées par le ministre; et
- Le président de l'association des juges

laisse entendre qu'une ou deux des personnes nommées par le Ministre peuvent être des avocats ou des juges -- sinon, pourquoi faire le changement ?

¹⁸⁵ Bureau du Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard; communiqué de presse daté du 28 juillet 2005.

¹⁸⁶ Provincial Court Act; Revised Statutes of Newfoundland and Labrador, en vigueur en mai 2009; documents disponibles sur le site Web de CANLII.

Annexe B : Les provinces : critères de nomination à la magistrature

ONTARIO :

Critères d'évaluation des candidats

Excellence professionnelle

- Haut niveau de réussite professionnelle dans le ou les secteurs juridiques dans lesquels le candidat a exercé son activité. Il est souhaitable, mais non essentiel, que le postulant ait de l'expérience dans le domaine du droit qui est de la compétence de la Cour de justice de l'Ontario où il souhaite être nommé.
- Participation aux activités professionnelles qui permettent de se tenir au courant de l'évolution du droit et de l'administration de la justice.
- Engagement démontré à l'égard de la formation continue en droit.
- Intérêt pour les volets administratifs des attributions d'un juge ou certaines dispositions en ce sens.
- Capacité de bien écrire et de bien communiquer.

Conscience communautaire

- Empressement au service du public.
- Conscience des problèmes sociaux à l'origine des affaires portées devant les tribunaux et intérêt pour parfaire sa connaissance de ces phénomènes.
- Sensibilité à l'évolution des valeurs sociales relatives aux questions criminelles et familiales.
- Intérêt pour les méthodes de règlement des différends offrant une solution de rechange aux jugements formels ainsi que pour les ressources communautaires pouvant intervenir dans le processus de règlement des affaires.

Qualités personnelles

- Aptitude à écouter.
- Respect de la dignité essentielle des personnes, sans égard à leur situation.
- Politesse et considération pour autrui.
- Courage moral et valeurs éthiques exemplaires.
- Capacité de prendre rapidement des décisions.
- Patience.
- Ponctualité et bonnes habitudes régulières de travail.
- Réputation d'intégrité et d'équité.
- Compassion et empathie.
- Absence de manières pompeuses et de tendances à l'autoritarisme.

Considérations démographiques

La magistrature de la Cour de justice de l'Ontario devrait être raisonnablement représentative de la population qu'elle sert. Il convient donc de supprimer la sous-représentation des femmes et des personnes handicapées, ainsi que de plusieurs minorités visibles, culturelles et raciales.

COLOMBIE-BRITANNIQUE :

Critères

Les critères qui suivent constituent les critères établis par le Judicial Council pour les candidats qui souhaitent être nommés juges à la cour provinciale (sans ordre particulier d'importance) :

1. Pratique du droit pendant au moins dix ans. Les personnes qui ont moins d'expérience en droit peuvent être prises en considération s'ils ont une expérience connexe équivalente.
2. Brillante réputation juridique, et examen du dossier professionnel auprès de la Law Society of British Columbia.
3. Excellence démontrée dans le domaine de droit du candidat.
4. Expérience en médiation ou en règlement extrajudiciaire des différends.
5. Volonté et capacité à apprendre et engagement établi envers la formation continue en droit.
6. Connaissance des questions actuelles auxquelles sont confrontés les tribunaux, la magistrature et le système judiciaire, et compréhension du contexte social dans lequel évolue le tribunal.
7. Capacité d'écoute et aptitude à communiquer efficacement.
8. Caractéristiques personnelles démontrées, telles que l'esprit de décision, le tempérament stable, l'impartialité, l'ouverture d'esprit, le bon sens et le courage.
9. Compassion démontrée envers les personnes se présentant devant le tribunal et compréhension de leur situation.
10. Respect dans la communauté.
11. Bonne santé.
12. Passion et enthousiasme.
13. Relations équilibrées avec ses pairs et ses subordonnés.
14. Capacité d'adaptation et flexibilité démontrées à l'égard des changements au travail.
15. Équilibre démontré entre l'humilité et la confiance.
16. Expérience de la diversité et appréciation de celle-ci.
17. Engagement démontré envers le service public.
18. Capacité à coopérer et à travailler avec autrui.
19. Compréhension du rôle du tribunal dans la société et des rôles respectifs de la magistrature et des autres participants dans le système judiciaire.
20. Consentement à voyager et à siéger dans tout le territoire couvert.

NOUVELLE-ÉCOSSE :

Le comité se servira des critères suivants au moment de l'évaluation des candidats :

1. Qualifications minimales

- Le comité ne recommandera pas la nomination d'un candidat qui a moins de quinze années d'expérience au Barreau d'un territoire canadien, sauf s'il juge que des circonstances exceptionnelles justifient cette recommandation.
- Le comité n'étudiera pas la demande d'un candidat qui était membre du comité moins de deux ans après sa démission du comité ou après la fin de son mandat auprès du comité.

2. Qualités personnelles

- Respect de la dignité essentielle des personnes, sans égard à leur situation.
- Réputation d'intégrité et d'équité.
- Politesse et considération pour autrui.
- Courage moral.
- Ponctualité et bonnes habitudes régulières de travail.
- Bonne santé, sauf dans le cas d'un handicap physique ou mental qui ne nuirait pas raisonnablement à ses fonctions de juge.
- Aucune implication dans des plaintes d'ordre professionnel sérieuses et non résolues, des actions au civil ou des réclamations financières en cours, comme des impôts impayés ou des procédures en matière d'insolvabilité.
- Absence de manières pompeuses et de tendances à l'autoritarisme.

3. Aptitudes intellectuelles et jugement

- impartial et ouvert d'esprit
- flexible (n'est pas déraisonnablement intraitable)
- capable de prendre des décisions rapidement ou dans un délai raisonnable
- patient et capable d'écouter

4. Excellence professionnelle

- Haut niveau de réussite professionnelle dans le ou les secteurs juridiques dans lesquels le candidat a exercé son activité.
- Participation aux activités professionnelles qui permettent de se tenir au courant de l'évolution du droit et de l'administration de la justice.
- Intérêt pour les volets administratifs des attributions d'un juge ou certaines dispositions en ce sens.
- Capacité de bien écrire et de bien communiquer.

5. Connaissance et compréhension de la collectivité

- Empressement au service du public.
- Conscience des problèmes sociaux à l'origine des affaires portées devant les tribunaux et intérêt pour parfaire sa connaissance de ces phénomènes.
- Sensibilité à l'évolution des valeurs sociales relatives aux questions criminelles et familiales.
- Capacité à exercer le rôle plus important en matière de politique confié à la magistrature par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

6. Diversité

- La magistrature provinciale devrait être raisonnablement représentative de la population qu'elle sert. Il convient donc de supprimer la sous-représentation des femmes et des personnes handicapées, ainsi que de plusieurs minorités raciales et ethnoculturelles.
- Les candidats seront invités à indiquer que leur candidature appuie la diversité. Le cas échéant, ce renseignement sera alors soumis au ministre si le candidat est recommandé.

7. Langue

- Il est important que la magistrature provinciale reflète le bilinguisme de la province.
- Les candidats seront invités à indiquer qu'ils sont bilingues. Le cas échéant, ce renseignement sera alors soumis au ministre si le candidat est recommandé.

ALBERTA

Critères de nomination des juges à la Cour provinciale

Excellence professionnelle

- Haut niveau de réussite professionnelle dans le ou les secteurs juridiques dans lesquels le candidat a exercé son activité.
- Participation aux activités professionnelles qui permettent de se tenir au courant de l'évolution du droit et de l'administration de la justice.
- Intérêt pour les volets administratifs des attributions d'un juge ou certaines dispositions en ce sens.
- Capacité de bien écrire et de bien communiquer.

Conscience communautaire

- Empressement au service du public.
- Conscience des problèmes sociaux à l'origine des affaires portées devant les tribunaux et intérêt pour parfaire sa connaissance de ces phénomènes.
- Intérêt pour les méthodes de règlement des différends offrant une solution de rechange aux jugements formels ainsi que pour les ressources communautaires pouvant intervenir dans le processus de règlement des affaires.

Qualités personnelles

- Aptitude à écouter.
- Respect de la dignité essentielle des personnes, sans égard à leur situation.
- Politesse et considération pour autrui.
- Conscience morale et valeurs éthiques exemplaires.
- Capacité de prendre rapidement des décisions.
- Patience.
- Ponctualité et bonnes habitudes régulières de travail.
- Réputation d'intégrité et d'équité.

- Compassion et empathie.
- Absence de manières pompeuses et de tendances à l'autoritarisme.

Considérations démographiques

- La magistrature provinciale devrait être raisonnablement représentative de la population qu'elle sert, ce qui signifie qu'elle doit aborder le problème de la sous-représentation des femmes et des personnes handicapées, ainsi que de plusieurs minorités visibles, culturelles et raciales.

SASKATCHEWAN

Le conseil se sert des critères suivants au moment de l'évaluation des candidats :

1. un niveau minimum de réalisations académiques;
2. formation professionnelle et expérience, notamment en médiation et en règlement extrajudiciaire des différends;
3. ouverture d'esprit et maturité;
4. tolérance, compassion et sympathie;
5. compréhension et connaissance du processus démocratique;
6. capacité de s'épanouir et de se perfectionner sur le plan intellectuel et professionnel;
7. âge et santé;
8. caractère stable et attitude d'un juge;
9. sagesse et bon sens;
10. capacité à résoudre des problèmes juridiques;
11. jugement des pairs;
12. perception de la communauté;
13. bonne éthique de travail;
14. sensibilité à la diversité culturelle;
15. empressement au service du public;
16. bonnes capacités d'écoute et de communication verbale et écrite;
17. bonnes aptitudes sur le plan de l'administration et de l'informatique.

ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Qualifications :

Ne sont pas admissibles à une nomination à la cour provinciale les personnes qui ne sont pas membres en règle de la Law Society of Prince Edward Island et qui ne sont pas membres en règle du Barreau d'une province du Canada depuis au moins cinq ans avant la date de la nomination.

Dans le cadre de ses évaluations, le comité utilise les critères suivants :

- qualités personnelles
- aptitudes intellectuelles et de jugement

- réalisations et expérience professionnelles
- Connaissance et compréhension de la collectivité

MANITOBA

[Tiré d'une annonce publiée en mai 2010 pour un poste vacant à la Cour provinciale à Dauphin :]

Le mandat du Comité de nomination des juges est d'évaluer l'excellence professionnelle, la connaissance de la collectivité et les qualités personnelles des candidats, tout en tenant compte de la diversité de la société manitobaine (C275 – *Loi sur la Cour provinciale*).

QUÉBEC

Critères de sélection

C'est le comité qui détermine l'aptitude du candidat à être nommé juge. À cette fin, il évalue les qualités personnelles et intellectuelles du candidat ainsi que son expérience. Il évalue notamment le degré de connaissance juridique de cette personne dans les domaines du droit dans lesquels le juge exercera ses fonctions, sa capacité de jugement, sa perspicacité, sa pondération, son esprit de décision et la conception qu'elle se fait de la fonction de juge.

Annexe C : Autres juridictions : critères de nomination à la magistrature

Critères d'évaluation, candidats pour une nomination à la magistrature fédérale¹⁸⁷

La liste de critères qui suit a été dressée pour permettre une évaluation générale des qualités recherchées dans un bon juge; cette liste n'est pas exhaustive.

Compétence et expérience professionnelles

(Bien que l'expérience de la cour soit un atout, elle n'est qu'un facteur parmi plusieurs qui peuvent être considérés aux fins de l'évaluation du candidat/candidate pour le rôle de juge.)

- compétence générale en droit
- aptitudes intellectuelles
- capacité d'analyse
- capacité d'écoute
- ouverture d'esprit vis-à-vis les deux côtés d'un argument
- capacité de prendre des décisions
- objectivité de jugement
- réputation professionnelle et communautaire
- domaine(s) de spécialisation ou d'expérience spécifique professionnelle
- capacité de gérer le temps et le travail sans supervision
- capacité de gérer un lourd fardeau de travail
- capacité de travail seul et sous pression
- relations interpersonnelles avec ses collègues et le public en général
- sensibilité aux questions se rapportant à l'égalité des sexes et à l'égalité raciale
- bilinguisme

Qualités personnelles

- sens moral
- patience
- courtoisie
- honnêteté

¹⁸⁷ Tiré du site web du Commissariat à la magistrature fédérale, au <http://www.fja.gc.ca/appointments-nominations/assessment-evaluation-fra.html>

- bon sens
- tact
- intégrité
- humilité
- ponctualité
- impartialité
- fiabilité
- tolérance
- sens de responsabilité
- égards pour autrui

Obstacles possibles à une nomination

- Condition physique ou mentale débilante, y compris problèmes d'alcool ou de drogue, pouvant compromettre l'exercice du rôle de juge
- Plaintes professionnelles et/ou mesures disciplinaires, courantes ou passées
- Actions criminelles et/ou civiles, courantes ou passées
- Difficultés financières y compris faillite, comptes d'impôt en souffrance, et défaut de paiement d'une pension alimentaire

Judicial Appointments Commission (Angleterre et Pays de Galles) :

QUALITÉS ET HABILITÉS - GÉNÉRALITÉS

1. Capacités intellectuelles

- Haut niveau d'expertise dans votre domaine ou profession
- Capacité d'intégrer et d'analyser rapidement l'information
- Connaissance appropriée du droit et de ses principes sous-jacents, ou capacité d'acquérir ces connaissances lorsque cela est nécessaire

2. Qualités personnelles

- Intégrité et indépendance d'esprit
- Jugement sûr
- Esprit de décision
- Objectivité
- Capacité et volonté d'apprendre et de se perfectionner sur le plan professionnel

3. Capacité de comprendre et de traiter de façon équitable

- Capacité de traiter chaque personne avec respect et sensibilité, peu importe sa situation
- Volonté d'écouter avec patience et courtoisie

4. Autorité et aptitude à communiquer

- Capacité d'expliquer la procédure et les décisions prises de façon claire et concise à tous les intervenants
- Capacité d'inspirer le respect et la confiance
- Capacité de maintenir son autorité lorsqu'elle est remise en question

5. Efficacité

- Capacité de travailler rapidement et sous pression
- Capacité d'organiser son temps efficacement et de soumettre rapidement des jugements clairs et motivés
- Capacité de travailler de façon constructive avec les autres (y compris des compétences en leadership et en gestion lorsque cela est approprié)

Les qualités et habiletés précises pour chaque poste seront publiées dans la trousse d'information pour chaque exercice.

QUALITÉS ET HABILITÉS - LEADERSHIP ET GESTION

1. Capacités intellectuelles

- Haut niveau d'expertise dans votre domaine ou profession
- Capacité d'intégrer et d'analyser rapidement l'information
- Connaissance appropriée du droit et de ses principes sous-jacents, ou capacité d'acquérir ces connaissances lorsque cela est nécessaire

2. Qualités personnelles

- Intégrité et indépendance d'esprit
- Jugement sûr
- Esprit de décision
- Objectivité
- Capacité et volonté d'apprendre et de se perfectionner sur le plan professionnel
- Capacité de travailler de façon constructive avec les autres

3. Capacité de comprendre et de traiter de façon équitable

- Capacité de traiter chaque personne avec respect et sensibilité, peu importe sa situation
- Volonté d'écouter avec patience et courtoisie

4. Autorité et aptitude à communiquer

- Capacité d'expliquer la procédure et les décisions prises de façon claire et concise à tous les intervenants
- Capacité d'inspirer le respect et la confiance
- Capacité de maintenir son autorité lorsqu'elle est remise en question

5. Efficacité

- Capacité de travailler rapidement et sous pression
- Capacité d'organiser son temps efficacement et de soumettre rapidement des jugements clairs et motivés

6. Compétences en leadership et en gestion

- Capacité d'établir des objectifs stratégiques et de faire preuve du leadership nécessaire pour les mettre en œuvre efficacement
- Capacité de motiver, de soutenir et d'encourager le perfectionnement professionnel des personnes dont vous êtes responsable
- Capacité de travailler de façon constructive avec les collègues et l'administration de la magistrature, et de gérer le changement efficacement
- Capacité d'organiser son temps et celui des autres et de gérer les ressources disponibles

Les qualités et habiletés précises pour chaque poste seront publiées dans la trousse d'information pour chaque exercice.

Judicial Appointments Board (Écosse)

Le Board a convenu d'un certain nombre de qualités, qui constituent le mérite de celui ou celle qui les possède, et que les candidats fructueux à la magistrature doivent démontrer. Ces qualités sont :

Connaissances et compétences sur le plan juridique

- Haut niveau de connaissances et d'expérience sur le plan juridique
- Haut niveau de compétences dans l'interprétation et l'application du droit
- Capacité d'appliquer le droit pour prendre des décisions défendables

Capacités intellectuelles et capacité de raisonnement

- Capacité de rassembler et d'analyser les faits et les arguments opposés
- Capacité de raisonner de façon logique
- Capacité de tirer des conclusions
- Jugement sûr et mature
- Capacité d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée

Qualités personnelles

- Intégrité
- Indépendance d'esprit et courage moral
- Équité et impartialité
- Bon sens
- Compréhension des gens et de la société actuelle
- Maturité et tempérament sain
- Courtoisie et prévenance
- Capacité d'inspirer le respect

Compétences et efficacité en gestion des dossiers

- Capacité de gérer les dossiers de façon efficace et efficiente
- Résolution, souci du travail bien fait et diligence

Aptitude à communiquer

- Bonne aptitude à communiquer et à écouter
- Capacité de communiquer clairement avec tous les usagers du tribunal
- Capacité d'écrire des jugements clairs, concis, bien motivés et valables en droit