

**Entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire.
La nomination des juges dans la perspective de l'éthique et de la
philosophie politique**

Jocelyn Maclure
Professeur agrégé
Faculté de Philosophie, Université Laval
jocelyn.maclure@fp.ulaval.ca

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

Le 7 septembre 2010

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

Table des Matières

| | |
|--|----|
| Table des Matières | i |
| Résumé..... | 1 |
| Introduction..... | 3 |
| 1. Le rapport entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire. Le pouvoir exécutif devrait-il nommer les juges? | 5 |
| 1.1 La légitimité politique dans les démocraties libérales | 8 |
| 1.2 La dépolitisation, la transparence et l'exigence de justification publique | 12 |
| 2. Le système de nomination québécois : une perspective éthique..... | 14 |
| 2.1 Le tournant institutionnel en éthique | 15 |
| 2.2 L'approche institutionnelle et la nomination des juges | 17 |
| 2.3 Les comités de sélection des juges dans l'optique de l'éthique de la discussion ... | 23 |
| 2.3.1 Des membres du public devraient-ils siéger aux comités de sélection? | 24 |
| 3. L'évaluation du mérite des candidats et les jugements de valeur..... | 27 |
| Conclusion | 27 |
| Bibliographie..... | 31 |
| 1. Articles et ouvrages scientifiques | 31 |
| 2. Rapports, documents officiels et jugements | 35 |
| 3. Textes journalistiques | 35 |

Résumé

Peu d'observateurs considèrent aujourd'hui que les juges peuvent strictement s'en tenir à interpréter le droit sans jamais avoir à le créer. Dès lors que l'on reconnaît que les juges sont des acteurs importants dans l'élaboration des orientations éthiques et politiques de nos sociétés, il est normal et légitime que des voix s'élèvent pour réclamer davantage de transparence dans le processus menant à leur nomination. En plus de ses dimensions juridiques et politiques, la problématique de la nomination des juges soulève aussi des questions relevant de l'éthique et de la philosophie politique. C'est à certaines de ces questions que ce rapport est consacré. Ce rapport se décline en trois temps.

Dans un premier temps, une interprétation de la relation entre le principe démocratique de la souveraineté populaire et le principe de la règle de droit est proposée. Il sera avancé qu'une tension nécessaire existe dans les démocraties libérales entre notre désir d'isoler le pouvoir judiciaire pour le soustraire au jeu politique et celui de soumettre ce même pouvoir à un certain degré de contrôle démocratique. Le constat proposé est celui d'un pluralisme d'objectifs irréductibles l'un à l'autre, ce qui commande non pas une solution institutionnelle simple et univoque, mais bien la recherche d'un équilibre complexe et précaire satisfaisant le critère de la légitimité politique. Cet équilibre s'obtient au Québec et ailleurs au Canada par divers mécanismes institutionnels, dont le choix de faire appel, dans le cas du Québec, à des comités chargés d'évaluer les candidats à la magistrature tout en réservant le pouvoir de les nommer au gouvernement élu.

Dans un second temps, le problème éthique sans doute le plus important qui afflige les systèmes dans lesquels la prérogative de nommer les juges est attribuée au pouvoir exécutif, à savoir les nominations fondées sur l'allégeance partisane ou d'autres facteurs impertinents plutôt que sur le mérite des candidats, est abordé. À la lumière de l'approche dite « institutionnelle » aux questions éthiques, un certain nombre de propositions sont faites pour aménager le cadre général du processus de nomination des magistrats. Si le processus de nomination par l'exécutif peut satisfaire les exigences générales de la légitimité politique, il est néanmoins risqué de confier son bon fonctionnement à la seule vertu des acteurs. L'approche institutionnelle prend les personnes telles qu'elles sont, c'est-à-dire avec leurs forces et leurs vulnérabilités et, surtout, toujours inscrites dans des contextes pratiques particuliers qui peuvent les inciter à poser des actions qu'elles n'auraient peut-être pas commises dans un autre contexte. Il sera avancé que l'essentiel du travail éthique porte aujourd'hui sur les principes et les finalités des normes et institutions publiques et sur les règles et les incitatifs susceptibles de favoriser certains résultats ou comportements et d'en décourager d'autres. Cela s'applique au comportement des juges et de ceux qui les choisissent. Ce que l'approche institutionnelle en éthique nous enseigne est qu'il ne saurait être suffisant de rappeler à ceux qui choisissent les juges les principes, les valeurs et les idéaux qui devraient guider leur conduite; il faut aussi impérativement réfléchir aux normes et aux procédures qui favoriseront la nomination de juges compétents et indépendants.

Si les comités de sélection actuellement en vigueur ont favorisé la constitution d'une magistrature de bonne qualité, ils comportent néanmoins des lacunes importantes. Les deux premières renvoient au fait que c'est le ministre de la Justice qui nomme les membres des comités, ce dernier jouissant d'une discrétion particulièrement grande en ce qui concerne le membre du Barreau et le membre du public. La troisième lacune naît du caractère général et indifférencié de l'évaluation des candidats « aptes » à la magistrature. Resserrer la marge discrétionnaire laissée au pouvoir exécutif en remédiant à ces trois lacunes augmenterait substantiellement les chances que les *meilleurs* candidats soient choisis parmi ceux qui sont *aptés* à la magistrature et que, corrélativement, l'influence de facteurs impertinents comme l'allégeance partisane, les liens personnels et l'efficacité du lobbyisme diminue.

Malgré la réforme proposée, l'existence de comités de sélection des juges est défendue. Lorsqu'ils sont bien conçus, ces comités peuvent être des espaces de délibération favorisant la formation de jugements évaluatifs éclairés et bien assurés. La troisième partie de ce rapport est consacrée à l'évaluation du mérite des candidats à la magistrature. L'évaluation des candidats exige par définition que des jugements de valeur soient posés. Une réflexion générale sur le sens des jugements de valeur et sur les conditions favorisant l'augmentation de leur degré d'objectivité est proposée.

Introduction

Il est maintenant commun de faire remarquer que l'intérêt prononcé envers le pouvoir judiciaire en général et envers les mécanismes de nomination des juges en particulier est fortement lié à l'expansion du pouvoir des tribunaux, tant dans les pays de tradition civiliste que dans les systèmes de common law (Malleon 2006a : 3)¹. Si ce phénomène d'expansion du pouvoir judiciaire se constate empiriquement tant à l'échelle nationale qu'internationale, il possède aussi un ancrage philosophique. Il est en effet de plus en plus difficile de nier, peu importe la philosophie de l'adjudication que l'on adopte, que les juges, en particulier aux instances supérieures, participent maintenant à l'élaboration des orientations éthiques et politiques des sociétés. Les normes constitutionnelles et même les lois peuvent comporter un degré d'indétermination considérable ouvrant la porte à une gamme plus ou moins grande d'interprétations possibles. Le philosophe américain du droit Ronald Dworkin défend depuis longtemps l'idée que les juges doivent s'en remettre à leur meilleure interprétation des principes éthiques qui se trouvent au fondement de nos normes et de nos institutions publiques lorsqu'ils sont confrontés à des « cas difficiles »; c'est-à-dire les cas où la loi ne peut pas être appliquée mécaniquement aux faits, ce qui signifie selon lui que les juges doivent parfois se faire philosophes politiques (1994; 1995)². Mais même un positiviste comme H.L.A. Hart, qui refuse d'établir un lien nécessaire entre le droit positif et la philosophie morale et politique, mais qui reconnaît néanmoins la « texture ouverte » du langage juridique, considère que les juges jouissent, dans les cas difficiles, d'un pouvoir discrétionnaire leur permettant d'établir l'interprétation qui leur semble la plus plausible des intentions du législateur (1976). En somme, que l'on adopte une philosophie de l'adjudication herméneutique ou positiviste³, il est difficile de nier que les juges contribuent à l'élaboration des normes

¹ Je tiens à remercier Luc Bégin et François Côté-Vaillancourt pour leurs éclairants commentaires et suggestions.

² Cette position est particulièrement en phase avec l'approche dite « contextualiste » élaborée par la Cour suprême du Canada et avec le choix de cette dernière de s'en remettre aux « principes non écrits » du constitutionnalisme canadien lorsque le recours au droit positif s'avère insuffisant pour juger une cause.

³ Et c'est sans parler des positions postmodernistes, réalistes, critiques (*Critical Legal Studies*) et pluralistes, qui doutent encore plus radicalement que l'on puisse isoler le droit de la morale et de la politique.

collectives et exercent un rôle (en partie) politique (Webber 2007 : 67; Plaxton 2008 : 96; Grammond 2006 : 741; McCormick 2004 : 858; Mathen 2008 : 52).

Il est ainsi parfaitement compréhensible et légitime qu'à la lumière du pouvoir grandissant des juges sur des enjeux d'éthique sociale et de politique publique, les citoyens exigent davantage d'imputabilité et de transparence, à la fois de la part de ceux qui nomment les juges et des juges eux-mêmes dans l'exercice de leur fonction. De plus, l'intensité du questionnement sur les procédures de nomination des juges doit aussi être comprise dans le contexte du double mouvement d'approfondissement des valeurs démocratiques (exigence de transparence, lutte contre les « déficits démocratiques », etc.) et de perte de confiance des citoyens envers les institutions et les acteurs politiques. Le choix des juges n'échappe pas à la crainte, largement répandue, que plusieurs décisions politiques déterminantes sont fondées sur des motifs partisans (réélection, financement du parti, etc.) plutôt que sur une vision du bien commun.

La question de la façon appropriée de nommer les juges relève de celle plus générale de la place du droit dans la démocratie. J'exposerai, dans la première partie de ce rapport, une façon de comprendre la relation entre le principe démocratique de la souveraineté populaire et le principe de la règle de droit. Au Québec et ailleurs au Canada, le pouvoir de nommer les juges revient en dernière instance au gouvernement élu, ce qui est incompatible, selon certains, avec les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Je tenterai de démontrer que l'octroi du pouvoir de nomination des juges au pouvoir exécutif n'est pas en soi incompatible avec les principes de base de la démocratie libérale. Je réfléchirai ensuite à ce que nous enseigne la théorie démocratique à propos des mécanismes de sélection des juges. Dans la deuxième partie, je me pencherai de façon plus spécifique sur la procédure de nomination des juges adoptée au Québec. En m'inspirant de l'approche dite « institutionnelle » aux questions éthiques, je proposerai des modifications au système québécois de nomination des juges ayant pour but de favoriser la nomination des meilleurs candidats à la magistrature et, ce faisant, de réduire la probabilité que des motifs impertinents (l'allégeance partisane, les liens personnels, le lobbyisme, etc.)

interfèrent avec le processus d'évaluation des candidats. Je défendrai la décision de remettre la sélection ou la nomination des juges à des comités en présentant ces derniers comme des espaces délibératifs favorisant la formation de jugements évaluatifs plus objectifs ou mieux assurés. Enfin, je conclurai, dans la troisième partie, par une réflexion sur la signification des jugements de valeur et sur la place de ces derniers dans l'évaluation du mérite des juges.

1. Le rapport entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire. Le pouvoir exécutif devrait-il nommer les juges?

Je voudrais débiter par une réflexion de nature fondamentale sur la place du droit dans une démocratie. Cette réflexion générale est rendue nécessaire par le fait qu'au Québec, c'est en dernière instance le pouvoir exécutif, par l'intermédiaire du ministre de la Justice, qui nomme les juges à la Cour du Québec, aux cours municipales et au Tribunal administratif du Québec. On sait que le principe institutionnel de base qu'est la séparation des pouvoirs est à la source du principe dérivé de « l'indépendance judiciaire ». Le principe de la séparation des pouvoirs repose sur le constat que le pouvoir politique peut être exercé de façon abusive et arbitraire et que pour éviter un tel usage « tyrannique » du pouvoir politique, ce dernier doit être divisé en différentes branches capables de se contrebalancer. Chacun des pouvoirs doit être souverain dans son champ de compétences, d'où l'« indépendance » dont doit disposer le pouvoir judiciaire. Comme les tribunaux sont entre autres amenés à juger si l'action gouvernementale respecte le cadre constitutionnel et les lois en vigueur, ils ne peuvent accomplir leur rôle si les juges sont d'une façon ou d'une autre soumis à la tutelle ou à l'influence du gouvernement. Les juges doivent pouvoir en arriver à la conclusion qu'une action gouvernementale est illégale ou inconstitutionnelle sans craindre que leur cour n'ait plus les moyens de s'acquitter de ses responsabilités ou que leur sécurité financière ou leur avenir professionnel soit compromis. L'indépendance du pouvoir judiciaire est ainsi une composante nécessaire d'un régime démocratique et libéral.

Une fois cela établi, il est normal de se demander si le principe de l'indépendance judiciaire peut être respecté dans un système au sein duquel les juges sont choisis par le pouvoir exécutif. Selon F.C. DeCoste, par exemple, le système canadien de nomination des juges par l'exécutif viole le principe de la séparation des pouvoirs (2000 : 672). D'une part, des juges nommés par le parti au pouvoir ne seront-ils pas redevables à ce même parti? Pourront-ils faire preuve d'impartialité dans les cas mettant en jeu les politiques gouvernementales? Devront-ils rester dans les bonnes grâces du gouvernement pour être en liste pour des promotions?

D'autre part, remettre la nomination des juges au pouvoir exécutif n'ouvre-t-il pas indument la porte au favoritisme et aux nominations partisanses? Cet arrangement institutionnel n'incite-t-il pas le gouvernement à user de cette prérogative comme un moyen de récompenser des sympathisants? Envers de la même médaille, ce système n'invite-t-il pas les candidats à la magistrature et leurs proches à faire activement campagne auprès des membres du parti au pouvoir et, en particulier, du conseil des ministres, soulevant ainsi le problème plus large de l'influence des lobbies dans les prises de décision politiques (Riddell et al. 2008)? Les nominations partisanses à la magistrature soulèvent donc au moins deux problèmes reliés : 1) le système de nomination des juges favorise-t-il la sélection des meilleurs candidats à la magistrature? Les candidats sont-ils choisis sur la base de leur compétence ou du mérite, ou d'autres facteurs, comme l'allégeance partisane et l'efficacité du lobbyisme, entrent-ils aussi en ligne de compte? 2) Les candidats à la magistrature sont-ils traités équitablement? Les candidats évitant la politique partisane ou ceux identifiés à un parti de l'opposition sont-ils désavantagés⁴?

Ces problèmes sont sérieux. Je soutiendrai toutefois que s'ils exigent la mise en place de mécanismes institutionnels permettant de réduire au maximum les nominations partisanses, ils n'impliquent pas nécessairement qu'il faille dépolitiser complètement le processus de nomination des magistrats. Si le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire plaide pour une telle dépolitisation, le principe de « l'imputabilité démocratique » a pour sa part des implications opposées.

⁴ Pour une conceptualisation de la question de la nomination des juges comme un enjeu de justice distributive, voir Macdonald (2008).

On peut en effet penser qu'il est légitime, voire souhaitable, que les juges soient nommés par le gouvernement élu démocratiquement. Les juges jouent un rôle crucial d'arbitrage des litiges entre les citoyens et entre les citoyens et le gouvernement et participent, à différents degrés selon les échelons, à l'élaboration des orientations collectives de la communauté politique. Si les juges n'ont pas, en fonction de la séparation des pouvoirs, à rendre des comptes directement aux élus, la compétence de ceux qui nomment les juges doit, d'une façon ou d'une autre, pouvoir être évaluée par les citoyens. Remettre le pouvoir de nomination des juges à une entité qui ne serait d'aucune façon soumise au contrôle démocratique soulève donc aussi sa part de problèmes. À la lumière du rôle grandissant que jouent les juges dans la gouvernance de la Cité, un lien entre leur nomination et le pouvoir d'autodétermination des citoyens doit être maintenu. Cela, comme nous le verrons, peut prendre plusieurs formes : commissions de nomination des juges qui incluent des législateurs, comités de sélection ou d'évaluation des candidats qui remettent une liste au pouvoir exécutif, etc.

Du point de vue de la légitimité politique, les mécanismes de nomination des juges doivent donc chercher à concilier le mieux possible les principes opposés que sont l'indépendance judiciaire et l'imputabilité démocratique. Ces principes sont « opposés » en ce sens qu'il est logiquement impossible de les réaliser conjointement tous les deux de façon intégrale. D'un côté, un pouvoir judiciaire parfaitement indépendant n'aurait pas de compte à rendre et serait soumis à une logique d'autoreproduction et d'autorégulation. De l'autre côté, accroître l'imputabilité démocratique du pouvoir judiciaire, en le confiant, par exemple, à des personnes qui ont des liens étroits avec le pouvoir exécutif ou législatif—tel le Conseil constitutionnel en France—ou en exigeant que les juges soient élus au suffrage universel, risque fort de se faire au prix d'un affaiblissement du principe de l'indépendance judiciaire.

1.1 La légitimité politique dans les démocraties libérales

Cette tension entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire relève elle-même d'une tension plus générale, la plupart du temps occultée dans les travaux scientifiques portant sur la nomination des juges, entre le principe démocratique de la souveraineté populaire et ceux du constitutionnalisme et de la règle de droit. On se réfère pourtant généralement, de façon révélatrice, à la démocratie *libérale* ou à la démocratie *constitutionnelle* pour caractériser les régimes politiques qui respectent à la fois la souveraineté populaire, la règle de droit et les droits fondamentaux des citoyens. Suivant la proposition du philosophe Jürgen Habermas, je voudrais suggérer que la légitimité politique repose sur un équilibre permanent mais toujours relativement instable entre le constitutionnalisme (ou la règle de droit) et la démocratie (ou la souveraineté populaire).

Le constitutionnalisme et la règle de droit sont compris, pour les fins de mon propos, comme l'ensemble de principes, de règles, de conventions (écrites et non écrites) et de procédures constitutifs d'un ordre juridique et qui gouvernent les actions des citoyens et de l'État⁵. Pris comme un tout, ces principes stipulent que l'exercice du pouvoir politique doit se conformer à un système de règles et de procédures préétablies et relativement indépendant du pouvoir exécutif. En d'autres termes, l'exercice du pouvoir est *constitutionnellement* légitime s'il respecte la structure de règles et de procédures communes que s'est donné un *demos* pour assurer la justice et la stabilité d'une communauté politique.

Le constitutionnalisme, comme la phrase précédente le laisse déjà entrevoir, est toutefois source de légitimité uniquement s'il est fondé sur le principe démocratique de la souveraineté populaire. Ce principe stipule que les principes, les règles et les procédures constitutionnelles et législatives sont légitimes seulement s'ils ont été auto-imposés, c'est-à-dire si les citoyens sont les auteurs des lois et des normes auxquelles ils sont par ailleurs assujettis. Pour qu'une association politique soit *démocratiquement* légitime, les

⁵ Bien qu'il soit sans doute préférable, comme le fait la Cour suprême du Canada, de distinguer le constitutionnalisme et la règle de droit (1998 : par. 72), cette distinction conceptuelle n'a pas d'impact sur la nature de mon propos.

citoyens doivent générer les règles qui contraignent ensuite leurs actions. Dans le cadre des démocraties modernes, cette production des normes de régulation passe par la délibération publique et par l'élection de représentants politiques.

Si cette théorie de la légitimité politique est juste, les principes de la souveraineté populaire et de la règle de droit peuvent être vus comme étant « équiprimordiaux »⁶. La légitimité d'un régime politique dépend de l'existence d'une tension permanente et toujours relativement instable entre ces deux principes, ce qui implique que le triomphe de l'un aux dépens de l'autre affaiblit, voire dissout, la légitimité d'une association politique. D'une part, une constitution ou une règle de droit imposée par un souverain ou par une partie du corps civique sans le soutien de la majorité contredit le principe de l'égalité politique des citoyens; certains citoyens sont assujettis à des normes sur lesquelles ils n'ont pu se prononcer. D'autre part, puisque la démocratie telle que nous la connaissons met beaucoup plus en relief le poids de la majorité que la volonté générale de Jean-Jacques Rousseau, le principe démocratique peut lui aussi engendrer une forme de tyrannie, celle de la majorité, s'il n'est pas contrebalancé par le respect de la règle de droit et des droits fondamentaux. Bref, la mise en retrait partielle de l'ordre constitutionnel par rapport à la joute politique prévient les excès républicains, alors que l'exercice de la citoyenneté fait en sorte que la conversation politique sur la nature de la justice soit continuelle et que les injustices aient ainsi moins de chance de se figer dans le droit⁷. Les citoyens doivent pouvoir participer à l'élaboration des principes d'ordre qu'ils s'imposent—et ensuite les contester—, mais cette contestation doit elle-même être gouvernée par des règles⁸.

⁶ Je m'inspire ici de James Tully (2002). Pour Habermas, ces deux principes sont « co-originaux » en ce sens qu'ils découlent tous les deux du principe de l'autonomie des citoyens; l'autonomie privée en ce qui concerne la règle de droit et les droits fondamentaux, l'autonomie publique en ce qui concerne la souveraineté populaire (1997). C'est en raison de cette « équiprimordialité » que je préfère les concepts de la « règle de droit » ou de l'« autorité du droit » à celui de la « primauté du droit ».

⁷ Voir Bruce Ackerman (1993).

⁸ Cette théorie de la légitimité politique est proche de celle élaborée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998). La Cour suprême considère en effet que l'ordre politique et juridique canadien est fondé sur les deux principes généraux énoncés ici—la démocratie et le constitutionnalisme/règle de droit—et deux principes propres au régime canadien, à savoir le fédéralisme et la protection des minorités. La Cour suprême précise explicitement que ces principes doivent être pensés de façon non hiérarchique.

Bien que générale et abstraite, cette façon dualiste plutôt que réductionniste de concevoir les principes politiques de base que sont la démocratie et la règle de droit a des implications sur le design institutionnel d'une démocratie libérale⁹. La tension entre la démocratie et la règle de droit doit se retrouver au cœur de ses arrangements institutionnels. Le Québec et le Canada offrent de bons exemples de cette tension. Les citoyens peuvent s'appuyer sur les chartes québécoise et canadienne des droits et libertés pour réclamer l'invalidation de mesures législatives adoptées par les élus, mais les deux chartes stipulent aussi que des objectifs législatifs importants peuvent justifier des restrictions raisonnables aux droits et libertés individuels (article 9.1 de la Charte québécoise et article 1 de la Charte canadienne). De plus, si les tribunaux peuvent contrôler la constitutionnalité des lois adoptées démocratiquement, le gouvernement peut lui recourir au pouvoir de dérogation que lui confère l'article 52 de la Charte québécoise et l'article 33 de la Charte canadienne.

La conceptualisation proposée ici nous permet de soutenir que l'attribution du pouvoir de nomination des juges au gouvernement élu n'est pas illégitime à sa face même. Cette prérogative est l'*un* des moyens institutionnels disponibles permettant d'insuffler au pouvoir judiciaire une certaine imputabilité démocratique. Les élus doivent assumer la responsabilité à la fois du processus menant à la nomination des juges, ainsi que des nominations elles-mêmes. Si, pour une raison ou une autre, un comité d'évaluation des candidats à la magistrature en vient à errer dans ses évaluations, le ministre de la Justice conserve le pouvoir d'exiger que le processus soit repris à zéro. S'il ne le fait pas, il doit en assumer la responsabilité devant les électeurs.

Cela étant dit, comme nous l'avons vu, l'exercice du pouvoir de nomination des juges par le gouvernement peut aussi mener à des nominations fondées davantage sur l'allégeance politique ou d'autres facteurs impertinents que sur le mérite. Un mécanisme de nomination des juges ne doit pas seulement permettre un certain degré de contrôle démocratique, il doit aussi mener à la nomination de juges compétents et indépendants.

⁹ Les positions réductionnistes adhèrent habituellement à des compréhensions larges des concepts comme la démocratie et la règle de droit. Pour certains, la démocratie englobe la règle de droit, les droits individuels fondamentaux, la protection des minorités, etc. (Sossin 2008 : 42; Abella 2001; Barak 2008). Pour d'autres, c'est plutôt le principe de la règle de droit qui inclut la démocratie (DeCoste 2000 : 658).

C'est, comme nous le verrons dans la deuxième partie, la principale raison invoquée en faveur de la mise en place de comités d'évaluation, de sélection ou de nomination des candidats à la magistrature. Au Québec, le fait que les comités de sélection soient composés d'un juge, d'un membre du Barreau et d'un membre du public assure, bien que je soutiendrai que la composition des comités gagnerait à être revue, un certain contrôle de compétence et fait en sorte que les candidats ne sont pas choisis exclusivement ou principalement en raison de leur allégeance politique.

De plus, le fait que les juges provinciaux jouissent des garanties que sont l'inamovibilité (*security of tenure*), la sécurité financière et une certaine autonomie administrative—tel que l'a établi l'arrêt *Valente* de la Cour suprême (1985)—assure aux tribunaux un large degré d'indépendance par rapport au politique. Bien que cela laisse en suspens la question des promotions, par exemple au poste de juge en chef, le fait que les juges jouissent de la permanence en emploi et de l'assurance que leurs salaires ne seront pas capricieusement réduits ni par une mesure législative ni par une décision administrative crée les conditions leur permettant de rendre des verdicts susceptibles de déplaire au gouvernement.

La façon de concevoir le rapport entre la démocratie et le droit présentée ici ne nous dit pas si le système québécois est, dans sa spécificité, acceptable ou optimal, mais elle permet d'offrir une réponse au défi majeur qui est lancé par ceux qui remettent en question la légitimité même du pouvoir de l'exécutif de nommer les juges (Sossin 2008; Decoste 2000; L'Heureux-Dubé 1994 : 304). Comme le précise correctement Owen Fiss, l'indépendance (ou « l'insularité ») dont doit jouir le pouvoir judiciaire par rapport au politique doit être substantielle, mais aussi limitée :

Despite its importance, political insularity poses a certain dilemma for democratic theory: The more insulated the judiciary is from the popularly controlled governmental institutions, the more it is able to interfere with their policies and thereby frustrate the popular will. Accordingly, the demand for political insularity, perhaps even more so than party detachment and individual autonomy, is a qualified one. Indeed, the [American] federal judiciary, long taken as one of the most

independent of all judicial systems in the world, is best understood not as a fully insulated branch of government, but as one unit of an interdependent political system (2000 : 1455)¹⁰.

1.2 La dépolitisation, la transparence et l'exigence de justification publique

J'ai cherché à défendre l'idée que, du point de vue de la philosophie politique, le contrôle des nominations judiciaires par le pouvoir exécutif n'était pas *prima facie* illégitime. Plusieurs appellent pourtant à la « dépolitisation » de ces nominations, tant au fédéral que dans les provinces. Cette dépolitisation souhaitée se comprend toutefois pour l'essentiel comme un appel à une plus grande transparence et, par voie de conséquence, à moins d'arbitraire et de partisanerie, dans le processus de nomination des juges. La transparence se réfère ici à la « publicité » (au caractère public) des normes et des critères régulant la nomination des juges. Le processus doit être transparent pour pouvoir être évalué par les citoyens. La transparence va aussi de pair avec la justification publique du processus lui-même et des décisions qui en émanent. Comme l'a défendu John Rawls, les normes et institutions publiques doivent passer l'épreuve de la « raison publique » (1995 : 259-267), ce qui implique qu'elles puissent être justifiées rationnellement à l'aide d'arguments dérivés des principes de base de notre association politique et que ses justifications soient capables de résister aux critiques les plus éclairées des citoyens¹¹. Si Judith Resnick a parfaitement raison de souligner que la théorie démocratique ne nous guide pas vers une seule et unique façon démocratiquement acceptable de nommer les juges (2005 : 251), elle implique assurément que les composantes des modes de nomination soient justifiées publiquement. La dépolitisation souhaitée n'implique donc pas nécessairement qu'il faille soutirer à l'exécutif le pouvoir de nommer les juges, mais plutôt que le processus soit transparent et que les décisions qui en émanent puissent être justifiées publiquement.

¹⁰ Fiss ajoute plus loin : « judges are independent, but not too independent, as it is appropriate in a democracy » (2000 : 1457). Voir aussi Fiss (1993 : 60).

¹¹ La discipline de la raison publique s'applique au tout premier chef, pour Rawls, aux questions constitutionnelles et de justice de base (*constitutional essentials and questions of basic justice*). Nul besoin d'une imagination très fertile, donc, pour penser que la façon dont les juges sont choisis s'inscrit dans le champ d'application de la raison publique.

Cela étant dit, il ne faut pas perdre de vue que la transparence n'est pas l'unique qualité que doit posséder un système de nomination judiciaire. Comme le note justement Roderick Macdonald, « [m]uch of the challenge in institutional design is to recognize, organize and justify the inevitable trade-offs among the different goals—procedural and substantive—we seek to achieve » (2008 : 740). Un système de nomination doit aussi incontestablement inciter les meilleurs candidats à postuler et favoriser la sélection des plus remarquables parmi eux. Il est plausible de penser que la confidentialité de certaines composantes du processus peut favoriser de tels résultats. Le fait, par exemple, que l'identité des candidats qui postulent tout comme, en principe, la liste des candidats « aptes » à la magistrature remise par le comité de sélection au ministre de la Justice demeurent confidentielles peut inciter des candidats de grande valeur à postuler puisqu'ils savent à l'avance qu'une tentative infructueuse n'entachera leur réputation ou ne sera pas perçu comme un échec dans leur parcours professionnel (Barreau du Québec 2004 : 8; Grammond 2006 : 748; Gourdeau 2006 : 772).

Cette question, toutefois, est controversée. Il n'est pas déraisonnable de penser que, puisque les postes de juge sont des biens convoités, l'aspirant à la magistrature doit accepter de se mettre en jeu et d'assumer le risque de l'échec, comme doit le faire, par exemple, celui qui aspire à un poste universitaire. L'avantage réel d'une telle pratique est que les partis d'opposition, les groupes de la société civile et les citoyens en général peuvent prendre connaissance de la liste des candidats et évaluer à la fois le travail du comité de sélection et le choix du ministre de la Justice (McCormick 2005 : 25; Weinrib 1991).

Cela étant dit, il est possible d'arriver à la conclusion que, dans une petite société comme le Québec où les candidats sérieux à la magistrature ne se comptent pas par milliers, la confidentialité des candidatures et des évaluations a contribué à la création et à la reproduction d'une magistrature de grande qualité et qu'elle justifie, tout compte fait, la perte de transparence qui lui est corrélative. Sans chercher à trancher ce débat ici, le point que je veux faire ressortir est que des éléments de confidentialité dans le processus de nomination des juges peuvent être justifiés s'ils servent une finalité publique

importante comme le recrutement des meilleurs candidats et s'ils n'ouvrent pas pour autant la porte au favoritisme et aux considérations partisans. Ce qui importe, du point de vue de la théorie démocratique, est que les choix que nous faisons en termes de design institutionnel—y compris les éléments de confidentialité qu'ils peuvent comporter—soient justifiés publiquement à l'aide d'arguments que tous peuvent critiquer¹². Par conséquent, les facteurs dont l'exécutif tient compte dans le choix des juges, tout comme les rouages du mécanisme de sélection, doivent préférablement être énoncés dans une loi, un règlement ou autrement afin qu'ils puissent être soumis à l'épreuve de la délibération publique. La même raison m'amène à penser que l'exécutif doit également être disposé à expliciter et justifier les raisons qui l'ont amené à choisir un candidat s'il est pressé de le faire.

2- Le système de nomination québécois : une perspective éthique

Qu'en est-il, toutefois, du modèle québécois de nomination des juges dans sa spécificité? J'ai tenté d'établir jusqu'ici que la tension entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire qui traverse la question de la nomination des juges relève elle-même d'une tension plus large qui réside au cœur de la démocratie libérale. J'ai suggéré que cette tension était bien perceptible dans le modèle de nomination des juges retenu par le Québec; un modèle en vertu duquel des comités en principe apolitiques évaluent le mérite des candidats à la magistrature et remettent une liste au gouvernement élu qui, lui, doit répondre du processus et des nominations devant l'électorat. Cela ne nous dit pas, toutefois, si ce modèle est, d'un point de vue éthique, satisfaisant ou perfectible. Avant de me livrer à une telle analyse, j'exposerai brièvement une façon de concevoir l'éthique comme champ de la pensée humaine.

¹² Comme le souligne Sossin, « [i]ncreasingly, however, it is the demand for justification itself that is coming to define our democratic aspirations » (Sossin 2008 : 36). Voir aussi McCormick (2005 : 25) et Grammond (2006 : 753).

2.1 Le tournant institutionnel en éthique

En plus de se préoccuper de plus en plus des questions « pratiques » ou « appliquées », l'éthique, comme champ du savoir, a pris ce que l'on peut appeler un « tournant institutionnel » dans les dernières décennies. L'éthique ou la morale a longtemps été comprise comme le champ de la philosophie s'occupant du caractère et du comportement individuels et des « vertus » que la personne doit intérioriser et actualiser pour mener une bonne vie. Bien que toujours vivante et utile, cette approche s'avère aujourd'hui très nettement insuffisante. D'une part, une réflexion cherchant à identifier les conditions d'une vie réussie et les vertus que les êtres humains doivent acquérir se heurte à l'idéal d'autonomie propre à la modernité. Selon cet idéal, il revient à l'individu de construire sa conception de ce qu'est une bonne vie, ainsi que l'éventail de vertus qu'il souhaite acquérir et développer. Le tournant institutionnel en éthique prend en partie sa source dans l'acceptation du pluralisme raisonnable des valeurs et des conceptions du bien.

D'autre part, une réflexion portant sur les vertus et les traits de caractère que les individus doivent acquérir peut souvent sembler déconnectée de la psychologie morale complexe et ambivalente des êtres humains. Que faire si l'agir normal de la personne humaine ne se laisse guère saisir par l'opposition vice/vertu? L'approche institutionnelle, ne voulant pas s'en tenir aux exhortations morales, prend les personnes telles qu'elles sont, c'est-à-dire avec leurs forces et leurs vulnérabilités et, surtout, toujours inscrites dans des contextes pratiques particuliers qui peuvent les inciter à poser des actions qu'elles n'auraient peut-être pas commises dans un autre contexte. Comme l'écrit Daniel Weinstock, « [l]'éthique [...] prend les gens comme ils sont, avec leurs motivations diverses et parfois contradictoires, et elle vise à mettre en place des institutions et des ensembles de règles favorisant les motivations moralement avouables et tendant à neutraliser les autres » (2006 : 7-8). Il ne s'agit pas d'entretenir une vision unilatéralement sombre et cynique de la nature humaine, mais simplement d'admettre que le calcul des intérêts personnels et le désir de faire le bien s'entremêlent souvent dans les

motivations humaines et que le contexte institutionnel, et non seulement les dispositions intérieures, a un impact sur le comportement des individus¹³.

Bien que je ne sois pas de ceux qui considèrent que la réflexion sur le comportement individuel soit complètement dénuée d'intérêt, l'essentiel du travail éthique porte aujourd'hui sur les principes et les finalités des normes et des institutions publiques et sur les règles et les incitatifs susceptibles de favoriser certains résultats ou comportements et d'en décourager d'autres. Cela s'applique au comportement des juges et de ceux qui les choisissent. Ce que l'approche institutionnelle en éthique veut mettre en évidence, dans le cas qui nous occupe, est qu'il ne saurait être suffisant de rappeler à ceux qui choisissent les juges les principes, les valeurs et les idéaux qui devraient guider leur conduite; il faut aussi impérativement réfléchir aux normes et aux procédures qui favoriseront au maximum la nomination de juges compétents et indépendants¹⁴. Si on souhaite que ceux qui nomment les juges fondent leurs décisions non pas sur des calculs politiques, mais bien sur le mérite des candidats, sur les besoins de la cour où il y a une vacance ou sur d'autres critères établis publiquement comme une plus grande ouverture de l'institution judiciaire aux femmes ou aux membres de certaines minorités, ces critères doivent se traduire dans des procédures et des règles institutionnelles, incluant des

¹³ Le tournant institutionnel repose aussi sur le constat que la majorité des questions éthiques les plus brûlantes sont *aussi* des questions politiques; pensons au suicide assisté, aux avancées sur le plan des technologies de reproduction, aux scandales liés à la corruption des milieux financier et politique, etc. (Weinstock 2006 : 14).

¹⁴ L'approche institutionnelle éprouve les mêmes réserves eu égard aux positions soutenant qu'il faille d'abord chercher à transformer l'« ethos » ou la culture politique environnante afin que les acteurs prennent d'eux-mêmes des décisions éthiquement acceptables. Ron Levy, par exemple, critique une version de l'approche institutionnelle esquissée ici, associée au « modèle fondé sur les contraintes », et défend la position voulant qu'il faille prioritairement développer une « culture de la confiance » dans la vie publique (2007 : 216). Bien que tous conviendront qu'un ethos favorisant des comportements tournés vers l'intérêt général est éminemment souhaitable, la culture environnante n'est pas malléable à volonté; elle est soumise à une multiplicité d'influences, certaines positives, d'autres négatives. Levy défend sa position en se fondant sur la fausse inférence, faite par John Braithwaite, voulant que « there are grave dangers in following the advice of Thomas Hobbes... and David Hume... and designing institutions that are fit for knaves, [and] based on distrust. The trouble with institutions that assume that people or business organizations will not be virtuous is that they destroy virtue » (Levy 2007b : 218). Il faudrait évidemment démontrer que des institutions construites sur la prémisse voulant que l'on ne puisse tenir pour acquis que les acteurs se comporteront de façon éthiquement correcte *détruisent* la vertu. Il est parfaitement possible de fonder le design de nos institutions sur une conception réaliste de l'agir de la personne tout en cherchant par ailleurs à favoriser l'adhésion des acteurs à un ensemble de principes, de valeurs et d'idéaux et, surtout, à encourager chez eux le développement de la capacité à réfléchir de façon autonome aux enjeux éthiques qui traversent leur pratique.

sanctions. Les questions de design institutionnel ne relèvent pas simplement de la plomberie de notre mode de vivre-ensemble; elles sont une partie intégrante de nos questionnements éthiques les plus importants.

2.2. L'approche institutionnelle et la nomination des juges

Un des comportements les plus prévisibles et indésirables de la part de ceux qui choisissent les juges, en particulier lorsque cette prérogative revient au pouvoir exécutif, est la sélection des candidats non pas en fonction du mérite, mais plutôt d'autres considérations comme l'allégeance partisane, les retours d'ascenseur ou l'efficacité du lobbyisme des parties intéressées. Les juges nommés par les provinces canadiennes ont une fonction cruciale d'arbitrage des litiges. Le droit, on le sait, régule les interactions entre les citoyens, ainsi qu'entre les citoyens et l'État. Sans la confiance générée par un système judiciaire équitable et efficace, plusieurs projets et initiatives importants mais d'apparence relativement simples (d'un contrat de service à la création d'une petite entreprise en passant par l'achat d'une maison), deviendraient des paris hautement risqués, sans parler de la très importante juridiction des cours provinciales en matière criminelle. Une magistrature compétente est donc un bien public de tout premier ordre.

La rivalité entre des partis politiques est considérée comme une condition nécessaire à la vitalité d'une démocratie moderne. Un des incitatifs profondément inscrits dans la structure même des systèmes électoraux des démocraties représentatives est, ce faisant, que plusieurs décisions gouvernementales sont prises en fonction de la réélection du parti plutôt que du bien commun ou de l'intérêt à plus long terme de la collectivité. Les nominations partisans dans l'administration publique ou dans la diplomatie sont l'un des cas de figure qui illustrent cette problématique plus large. Récompenser des personnes qui ont contribué aux succès électoraux du parti prend parfois le pas sur les réalisations et aptitudes professionnelles des personnes nommées. Les nominations à la magistrature n'échappent pas à cette réalité (Riddell et al. 2008). Des mécanismes

institutionnels doivent donc être mis en place pour contrebalancer cette tendance profondément inscrite dans notre système politique.

Si, aux États-Unis, un candidat choisi par le Président pour siéger à la Cour suprême ou à toute autre cour fédérale doit être approuvé en aval par le Sénat, plusieurs autres pays, dont le Canada et, plus récemment, le Royaume-Uni, ont décidé de faire appel à des comités ou des commissions pour favoriser la sélection en amont de candidats qualifiés. Les comités de sélection instaurés au Québec parviennent-ils à neutraliser la tendance naturelle du parti au pouvoir à nommer des sympathisants et à assurer la nomination de juges qualifiés?

Les postes à combler dans les tribunaux de juridiction provinciale sont rendus publics et toute personne ayant été membre du Barreau du Québec depuis au moins dix ans peut postuler¹⁵. Les candidatures sont évaluées par un comité de trois personnes : (1) un juge de la cour où il y a une vacance sur recommandation du juge en chef ou le juge en chef adjoint ; (2) un avocat nommé par le ministre de la Justice après consultation avec le Barreau du Québec ; (3) un membre du public qui n'est ni juge ni avocat nommé par le ministre de la Justice. Le comité de sélection évalue les candidatures en fonction de critères énoncés dans un règlement et en menant, entre autres, des entrevues, et transmet au ministre de la Justice une liste de candidats « aptes » à la magistrature. Le ministre choisit un candidat parmi la liste rédigée par le comité, bien qu'il détienne la prérogative de refuser la liste soumise et d'exiger que le processus soit repris à nouveau.

De l'avis général, cette procédure a contribué grandement à la constitution d'une magistrature de grande qualité qui ne pâlit pas devant la comparaison avec des magistratures comparables. Le plus grand mérite du mécanisme de sélection québécois est qu'il permet de façon régulière l'élimination des candidats qui ne sont pas qualifiés pour être juges à la lumière de critères connus du public. En principe, donc, tous les juges nommés par Québec ont les compétences de base nécessaires pour exercer leurs nouvelles fonctions. Cela n'est pas insignifiant. Pour certains, adhérant peut-être au

¹⁵ Le statut d'avocat et de membre du Barreau n'est toutefois pas un prérequis en ce qui concerne les nominations au Tribunal administratif du Québec.

conservatisme philosophique d'Edmund Burke, faire preuve de sagesse nous inciterait à ne pas espérer davantage de nos institutions et à ne pas modifier une pratique qui a livré, de façon générale, de bons résultats. Le mieux, dans cette perspective, est l'ennemi du bien.

La position que je défendrai est différente. Bien qu'ayant effectivement contribué à la composition d'une magistrature de bonne qualité, le design du mécanisme menant à la nomination des juges pourrait être revu pour que ce dernier soit encore plus étanche par rapport à la possibilité de nominations partisans et, ce faisant, qu'il conduise à la sélection des *meilleurs* candidats parmi ceux qui sont *aptés* à la magistrature. La principale insuffisance du dispositif québécois de nomination des juges est qu'il n'offre pas de garanties suffisantes que les candidats les plus méritants seront ultimement choisis par le ministre de la Justice (Boileau 2006 : 775-6 ; Morin 2004a; Boisvert 2010). Je m'attarderai principalement à trois lacunes du processus.

En premier lieu, l'avocat siégeant au comité est nommé par le ministre après discussion avec le Barreau du Québec. Nul doute que plusieurs membres du Barreau possèdent les compétences pour faire partie d'un comité de sélection. Parmi eux figurent assurément des avocats ayant des liens avec le parti au pouvoir. Comme le design institutionnel le permet, il est presque irrationnel de la part du gouvernement de ne pas choisir un sympathisant. Le but de remettre l'évaluation des candidats à la magistrature étant de dépolitiser le processus, ce résultat n'apparaît guère souhaitable. Il se peut, dans la pratique, que les acteurs en présence respectent l'esprit du processus, mais il apparaît préférable, comme nous l'avons vu, de s'en remettre à des normes et procédures claires et publiques plutôt qu'à la hauteur de vue des agents. Une solution préférable serait, par exemple, de remettre à un comité¹⁶ du Barreau le pouvoir de choisir des avocats reconnus

¹⁶ Remettre la décision dans les mains d'un comité réduit ici le risque que des facteurs impertinents (l'allégeance politique, l'amitié, etc.) influencent la décision. Comme le remarque Lorraine Weinrib, « [t]he idealized escape from politics that this model promises may be illusory as well : nominating committees may merely engender a different form of politics, at the bar association, rather than the partisan level, but again at the expense of qualified persons » (1991: 134).

pour leurs compétences et leur intégrité. Le Barreau, sans consultation avec le ministre de la Justice, nommerait donc les avocats siégeant aux comités de nomination des juges¹⁷.

En second lieu, le ministre de la Justice choisit également le membre du public qui n'est ni juge ni avocat. Ici encore, la procédure permet au ministre de choisir un citoyen qui a des liens avec le parti au pouvoir. Pour la même raison que le Barreau devrait nommer les avocats siégeant aux comités de sélection, les nominations des membres du public devraient être approuvées par l'Assemblée nationale (à l'unanimité ou en vertu d'une majorité qualifiée)¹⁸. Les membres du public seraient ainsi choisis sur la base de leurs réalisations dans un autre secteur d'activité et de leur engagement citoyen plutôt que de leur affiliation partisane¹⁹.

Enfin, un troisième lieu, la nature de l'évaluation demandée au comité de sélection des juges pourrait être revue. Tel que mentionné plus haut, le comité remet au ministre de la Justice la liste des candidats « aptes » à la magistrature. Or, nul besoin de se livrer à une analyse sémantique très élaborée pour convenir qu'il puisse exister des différences qualitatives notables entre les candidats « aptes » à la magistrature; certains candidats passant de justesse le seuil de l'aptitude à être juge et d'autres le dépassant amplement. Une évaluation qualitative large et générale du genre « apte/inapte » ou « recommandé/non recommandé » laisse une discrétion plus grande au pouvoir exécutif, qui peut ainsi choisir un candidat jugé « apte » mais néanmoins inférieur à d'autres

¹⁷ Le ministre de la Justice choisit aussi le magistrat qui siège au comité. Ce dernier est choisi par le ministre « sur la recommandation » du juge en chef du tribunal concerné. Si, en pratique, le ministre suit sans doute dans la plupart des cas la recommandation du juge en chef—une hypothèse à vérifier—, une discrétion ministérielle demeure. Dans la logique de la recommandation précédente, la nomination du membre magistrat du comité de sélection devrait formellement être la prérogative du juge en chef.

¹⁸ Se référant aux commissions de nomination des juges en Ontario, Ian Greene écrit : « [t]he appointment of the lay members of the committee, [...], are approved by all the party leaders in the legislature, and this process encourages the selection of lay committee members who are competent, have integrity, and who will act in a non-partisan fashion » (2008 : 108). Dans le modèle de sélection des juges qu'ils proposent, Richard Devlin et al. précisent que tous les membres du public « would be appointed by an all-party committee of the relevant federal and/or provincial government and appointed by an order-in-council » (2000 : 835).

¹⁹ Sauf erreur, il n'existe pas de données sur les engagements partisans des avocats et des membres du public qui ont siégé dans le passé à des comités de nomination. S'il est évident que l'identité des membres des comités de sélection doit être confidentielle pendant la durée de leur mandat afin qu'ils ne fassent pas l'objet de pressions, on voit mal pourquoi ces informations devraient rester confidentielles une fois les mandats terminés. La cueillette de telles données permettrait une évaluation plus précise et mieux fondée sur des faits du processus québécois.

candidats en raison des liens qu'il a avec le parti et sans qu'il ait à justifier publiquement son choix autrement qu'en soulignant qu'il s'agissait de l'un des candidats « aptes » à la magistrature²⁰. La discrétion du ministre est d'ailleurs d'autant plus grande que ce dernier peut choisir, à chaque vacance, soit un candidat déclaré apte par le comité créé spécialement pour cette vacance, soit un candidat qui demeure éligible suite à un processus antérieur. À l'inverse, une évaluation qualitative plus fine du genre « non recommandé/recommandé/très recommandé » réduit la marge discrétionnaire du ministre. Il faut toutefois, pour cela, en conformité avec que j'ai soutenu plus haut (1.2), injecter une dose de transparence au processus : une obligation de justification publique de la part du ministre devrait être indexée à la décision de choisir un candidat « recommandé » alors que des candidats « fortement recommandés » par le comité sont aussi disponibles²¹.

L'idée générale qui sous-tend ces trois propositions est que si l'on peut exiger des élus qu'ils respectent les règles de nos institutions, il n'est pas raisonnable de s'attendre d'eux qu'ils s'élèvent au-dessus de la partisanerie alors que notre système politique plus large (la démocratie électorale) les force à penser et agir de façon partisane. Il nous revient d'imaginer des institutions qui neutraliseront, autant que faire se peut, cette inclination lorsque cela est nécessaire. Les trois modifications proposées ici, ou d'autres s'inscrivant dans le même esprit, contribueraient de façon significative à réduire les risques que des données comme l'allégeance partisane, la rétribution pour services rendus ou l'efficacité du lobbyisme se révèlent être les facteurs décisifs. Or, plus l'importance des critères impertinents décroît, plus s'accroît celle des critères pertinents (comme la

²⁰ Il est d'ailleurs révélateur que le gouvernement conservateur à Ottawa ait choisi d'éliminer la catégorie « fortement recommandé » dans la grille d'évaluation des comités fédéraux. Alors que les comités d'évaluation pouvaient naguère choisir les catégories « dans l'incapacité de recommander », « recommandé » et « fortement recommandé », ils doivent maintenant s'en tenir à recommander ou non un candidat. Ce changement a pour effet de donner une plus grande latitude au gouvernement dans le choix des juges. Carissima Mathen en conclut que les changements apportés par le gouvernement conservateur au processus fédéral de nomination des juges « ensure that the government has greater room to select candidates who will uphold the government's agenda » (2008 : 61; voir aussi Eltis & Gélinas 2009 : 8).

²¹ Une autre option dont l'effet serait similaire serait de demander aux comités d'évaluation de transmettre au ministre une liste restreinte comptant un petit nombre de candidats (2-3?) (Boisvert 2010d), ce qui implique toutefois que des candidats « fortement recommandés » pourraient être exclus de la liste. On pourrait aussi demander aux comités de donner un rang aux candidats recommandés. Le rang du candidat choisi devrait, ici encore, être rendu public pour que ce changement ait l'effet désiré.

connaissance du droit, les qualités personnelles et intellectuelles, la capacité de jugement, les expériences pertinentes, etc.). Ainsi, les changements proposés favoriseraient la nomination des meilleurs candidats parmi ceux qui sont aptes à devenir juges²².

Il ne faut pas perdre de vue qu'en vertu du système actuel, un comité de sélection peut être composé d'un juge nommé par le parti au pouvoir, vraisemblablement lors d'un mandat antérieur, d'un avocat et d'un membre du public choisis au moins en partie en raison de leurs liens avec le parti. Il est bien sûr parfaitement possible que ces trois personnes accomplissent leur travail d'évaluation de façon impartiale et professionnelle, mais l'institution en vient ici à dépendre de la hauteur morale des agents plutôt que de règles et de procédures dont la fonction est de neutraliser le plus possible l'influence des considérations partisans. Encore une fois, le design de nos institutions ne peut miser d'abord sur l'exemplarité morale des acteurs. L'objectif est plutôt d'élaborer des normes et des procédures qui encourageront l'agent à accomplir sa fonction et à se comporter de façon éthiquement acceptable²³.

L'effet combiné des trois modifications institutionnelles suggérées serait vraisemblablement de focaliser encore davantage l'évaluation des candidats à la magistrature sur la qualité de leur candidature et, ce faisant, de pousser plus loin le processus de dépolitisation inauguré par la mise sur pied des comités de sélection. Il ne faut pas perdre de vue que la perte de confiance envers les institutions publiques évoquée en introduction affecte aussi la fonction de juge (Bégin 2003). L'amélioration du système de nomination peut, dans ce contexte, contribuer au maintien d'un niveau de confiance élevé du public envers les magistrats.

²² Au Québec, l'ouverture de la magistrature aux femmes et aux membres des minorités culturelles et religieuses ne fait pas explicitement partie, contrairement à l'Ontario, des critères influençant la sélection des juges. Cela devrait-il être le cas? Des données sur la représentation des femmes et des membres des minorités culturelles et religieuses dans la magistrature québécoise sont-elles disponibles? Si la situation est la même quand dans la fonction publique québécoise, il y aurait tout lieu d'explorer les moyens pouvant faciliter, en conformité avec le programme d'accès à l'égalité de la fonction publique, l'accès à la magistrature des membres des groupes sous-représentés.

²³ Comme l'écrit Lorne Sossin au sujet d'un enjeu proche de celui discuté ici : « for a condition of judicial life to be inconsistent with judicial independence, it is not necessary to show that the executive has interfered with the judiciary to advance ulterior goals, but simply that it could do so » (2008 : 22).

2.3. Les comités de sélection des juges dans l'optique de l'éthique de la discussion

J'ai soutenu, jusqu'ici, que les comités de sélection ou de nomination des juges semblables à ceux utilisés au Québec permettaient d'atteindre l'équilibre, toujours imparfait, entre l'indépendance judiciaire et l'imputabilité démocratique. Selon Kate Malleson, de tels commissions ou comités seront vraisemblablement le mode de sélection des juges le plus populaire au 21^e siècle (2006a : 6 ; Russell 2006 : 428 ; Devlin et al. 2000 : 827). Pourtant, les critiques de ce genre de modèle ne manquent pas. Pour certains, cette façon de nommer les juges risque simplement de déplacer les problèmes de favoritisme et de partisanerie. Comme le souligne Peter Russell, « [c]ritics of nominating or appointing commissions are concerned about internalizing the politics of judicial selection » (2006 : 429 ; Morton 2006 : 62)²⁴. Pour F.L. Morton, de tels mécanismes ont pour effet de voiler plutôt que d'éliminer les calculs politiques et les considérations partisans. Et comme les juges exercent maintenant, selon lui, un pouvoir de nature politique, on ne peut confier leur nomination à des organes administratifs composés de personnes qui n'ont pas été élus et qui ne sont pas imputables (2006 : 75). Ces critiques sont sérieuses mais, comme j'ai cherché à le démontrer (partie 1), les comités de sélection composés de non-élus qui soumettent une liste de candidats au pouvoir exécutif, ainsi que les commissions de nomination composées d'élus et de non-élus, incarnent dans les deux cas la nécessaire tension entre l'indépendance judiciaire et l'imputabilité démocratique. J'ai aussi avancé que des changements au design institutionnel des comités de sélection pourraient contribuer à une plus grande dépolitisation des processus de nomination des juges.

Plutôt que de réitérer ces arguments, je voudrais faire ressortir brièvement un autre avantage des comités de sélection ou de nomination. Cet avantage réside dans ce que l'on pourrait appeler la « plus value de la délibération ». Les comités sont des espaces délibératifs. S'ils sont bien conçus, les comités sont composés de personnes aux

²⁴ Selon Riddell et al., « [s]tudies have found that commissioners tend to be more politically active than the general population, that partisanship affects the selection of both lawyer and lay commissioners, that bar politics influences the process, and that partisan considerations often enter into the deliberations of merit committees » (2008 : 63).

expériences et aux compétences différentes et complémentaires. Même s'ils sont, comme nous venons de le voir, rarement parfaitement immunisés contre les considérations qui ne devraient pas teinter les délibérations (favoritisme, partisanerie, lobbyisme, biais de toute sorte, etc.), il n'en reste pas moins qu'il est raisonnable de penser que l'échange d'informations et d'arguments entre des interlocuteurs aux profils différents aura un effet positif sur la qualité des jugements formés par le comité²⁵. Le dialogue nous permet d'appréhender un enjeu à partir d'une perspective différente et le fait d'avoir à répondre aux objections d'autrui permet généralement de faire ressortir les raisons qui résistent le mieux à l'analyse²⁶. L'idée n'est pas de dire que les jugements émis au terme d'une délibération rationnelle entre personnes raisonnables sont infaillibles, mais bien que les chances que ces jugements reposent sur les meilleures justifications disponibles s'en trouvent augmentées. Cela est d'autant plus vrai lorsque les règles et procédures institutionnelles sont conçues de façon à favoriser la délibération rationnelle et désintéressée (et donc à neutraliser, autant que faire se peut, les considérations liées aux intérêts stratégiques)—pensons, par exemple, au comité d'éthique dans les universités et dans les hôpitaux et, plus près du sujet qui nous occupe, aux panels de juges qui siègent aux cours d'appel²⁷. Les comités de sélection des juges devraient, à mon avis, être conçus dans ce même esprit.

2.3.1 Des membres du public devraient-ils siéger aux comités de sélection?

J'ai souligné que la présence d'interlocuteurs aux profils différents contribuait à la qualité des jugements évaluatifs formés par les comités. De ce point de vue, la présence de « membres du public », c'est-à-dire de citoyens qui ne sont ni juristes ni représentants politiques, semble a priori positive. Les membres du public sont susceptibles d'amener avec eux des expériences et perspectives distinctes de celles des personnes qui gravitent dans les milieux politique et juridique. De plus, même s'il est absurde de penser que les

²⁵ Sur le gain épistémique inhérent à la délibération rationnelle, voir, de façon générale, Habermas (1992).

²⁶ Comme l'écrit Weinrib, « [t]he evaluators must come from a variety of viewpoints in order to forestall doubts as to the objectivity and impartiality of the evaluation process » (1991: 141).

²⁷ Sur l'effet positif des délibérations internes aux panels de juges lorsque ceux-ci sont relativement équilibrés d'un point de vue idéologique, voir Sunstein et al. (2004 : 349).

membres du public « représentent » le corps civique, ils constituent néanmoins un lien entre le mécanisme de nomination des juges et le peuple, cristallisant d'une autre façon la nécessaire tension entre la souveraineté populaire et l'indépendance judiciaire et donnant une raison aux citoyens de penser que la sélection des juges n'est pas strictement contrôlée par une élite qui cherche à s'autoreproduire de façon autonome.

Le bien-fondé d'inclure des membres du public au sein des comités de nomination n'est toutefois pas admis par tous. Certains s'inquiètent que les membres du public choisis soient dans les faits des partisans du parti au pouvoir. Peter McCormick est préoccupé par la possibilité qu'il soit impossible de neutraliser les calculs partisans dans la nomination des membres du public : « I'm concerned that there is no 'clean' method for designating these individuals [...] » (2005 : 37). D'autres considèrent plutôt que les membres du public n'auront pas l'information, les compétences et/ou l'autorité nécessaires pour jouer convenablement leur rôle et parvenir à influencer les membres professionnels du comité (Weinrib 1991; L'Heureux-Dubé 1994)²⁸. Ni l'un ni l'autre de ces arguments n'apparaît convaincant. D'une part, un membre du public choisi par l'Assemblée nationale en raison de ses réalisations dans un autre secteur d'activité et de son engagement civique ne pourrait être considéré comme la simple courroie de transmission du gouvernement. D'autre part, on voit mal pourquoi un citoyen se préoccupant des affaires publiques et s'étant démarqué dans un autre champ d'activité—des arts à l'enseignement en passant par les affaires ou le milieu communautaire—ne pourrait contribuer pleinement aux délibérations du comité. Qui plus est, le comité peut être conçu d'une façon telle à favoriser la participation à parts égales du membre du public. Dans un comité restreint de trois membres comme c'est le cas au Québec, le membre du public risque moins de se trouver complètement ignoré ou marginalisé, bien qu'il puisse évidemment se retrouver minoritaire. À l'inverse, dans les comités élargis, il importe d'inclure un nombre substantiel de membres du public afin que leur inclusion ne soit pas que symbolique. C'est ainsi que les membres du public sont majoritaires au sein des comités de nomination des juges en Ontario (7 membres du public sur un total de 13

²⁸ Le Barreau du Québec s'est aussi opposé à l'inclusion de membres du public dans les comités de sélection des juges de la Cour suprême du Canada, sans véritablement exposer ses raisons (2004 : 3)

membres). Devlin et al. soutiennent que les membres du public doivent constituer la majorité sur les comités afin que le système politico-juridique ne puisse s'autoreproduire à l'abri des préoccupations des citoyens (2000 : 836).

Cela dit, il est possible de considérer, même en acceptant le bien-fondé des comités de sélection ou de nomination des juges ainsi que de l'inclusion de membres du public dans ces comités, que le design des comités de sélection québécois est inadéquat ou sous-optimal. Si certains auteurs avancent que le modèle de sélection des juges à la Cour du Québec est le meilleur aux pays (Macdonald 2008 : 786, 794), d'autres préfèrent les commissions élargies comme celles que l'on retrouve en Ontario (Greene 2008; Devlin et al. 2000) ou des comités composés de membres de groupes organisés capables de se contrebalancer (McCormick 2005 : 35-36).

Une réflexion comparative approfondie, à laquelle je ne peux me livrer ici, serait nécessaire pour évaluer le mérite respectif de ces modèles. De toute façon, bien que cette question mériterait que la philosophie politique s'y attarde davantage, il est peu probable qu'un seul modèle de nomination des juges puisse être correctement dérivé des principes fondamentaux de la démocratie libérale. Comme le fait remarquer Resnick, « the fact that a country is a democracy tells us a great deal about rights to justice and equality but less than might be expected about how to select judges. Unless one is of the view that all officials in a democracy ought to be elected, it is difficult to derive one specific process *for* judicial selection from the fact that a country is a democracy » (2005 : 251). Ce qui importe, à la lumière de ce qui a été défendu ici, est que les modèles tendent vers le point d'équilibre entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire.

Si l'un des intérêts des commissions élargies est qu'elles permettent à un plus grand nombre de voix de s'exprimer, il est possible que la structure plus légère du modèle québécois le rende plus efficace. Resnick écrit, invitant les tenants des réformes institutionnelles à la prudence, « [r]evisions in procedures need to be driven by specific problems and provided through tailored solutions » (2005 : 257). De l'avis général, le système québécois de nomination des juges a, depuis la création des comités de sélection, contribué à la constitution d'une magistrature compétente. Dans ce contexte, la prudence

invite peut-être à des révisions somme toute mineures et faciles à opérationnaliser comme celles proposées plus haut visant le choix des avocats et des membres du public siégeant aux comités de sélection, ainsi que la nature des évaluations produites par les comités²⁹.

3. L'évaluation du mérite des candidats et les jugements de valeur

J'ai tenu pour acquis que le mérite des candidats à la magistrature devait être le critère principal justifiant le choix des juges³⁰. Cela soulève la difficile question de l'évaluation du mérite des candidats. Les évaluations du mérite peuvent-elles être « objectives »? Le concept même de « mérite » peut-il être neutre d'un point de vue axiologique ou est-il inévitablement chargé de jugements de valeur?

N'étant pas issu du monde juridique, je vais laisser à d'autres le soin de réfléchir aux critères substantiels permettant de définir le mérite d'un candidat à la magistrature (Macdonald 2008; Mathen 2008; Malleson 2006b; Weinrib 1991). Je voudrais plutôt exposer une façon, somme toute assez peu controversée dans les travaux en logique et en philosophie du langage, de comprendre les types de jugements que les êtres de langage que nous sommes peuvent préférer, à savoir les jugements logiques (ou analytiques), les jugements de fait (ou synthétiques) et les jugements de valeur (ou normatifs). Brièvement, les jugements logiques sont vrais en vertu du sens attribué aux mots utilisés. Il s'agit de tautologies. Par exemple, la proposition « tous les gouvernements minoritaires doivent obtenir le soutien de députés de l'opposition pour passer des lois » est vraie en vertu de la signification même de ce qu'est un gouvernement minoritaire. Les jugements de fait décrivent quant à eux ce qui est, ce qui existe dans la réalité. Leur validité dépend d'une vérification empirique. La proposition : « moins de 5% des juges nommés par le gouvernement du Québec proviennent des minorités culturelles et religieuses » est un jugement de fait qui peut être vérifié empiriquement. Enfin, les jugements de valeur

²⁹ Pour Sunstein et Thaler, les changements mineurs dans les règles sont souvent suffisants et même plus efficaces que les réformes majeures pour induire chez les agents des comportements plus rationnels (2008).

³⁰ D'autres critères comme les besoins spécifiques des tribunaux ou l'ouverture plus grande de l'institution à la diversité sociale, culturelle et religieuse de la société peuvent aussi être légitimes et pertinents.

évaluent ce qui existe ou énoncent ce qui devrait être; c'est pourquoi ils sont « évaluatifs » ou « normatifs ». La proposition « la sous-représentation des femmes et des membres des minorités culturelles et religieuses dans la magistrature est injuste » est un jugement de valeur; il évalue une situation empirique et il énonce ce qui devrait être³¹.

La question de savoir s'il est possible d'établir le « mérite » des candidats à la magistrature sans avoir recours à des jugements de valeur est souvent posée. La réponse à cette question dépend de la définition du concept de « mérite ». Si on arrivait à définir le concept exclusivement en fonction de critères quantitatifs (le nombre d'années d'expérience, le nombre de causes gagnées ou de citations, etc.) ou de propriétés vérifiables empiriquement (les diplômes obtenus, l'obtention de prix et distinctions, les publications scientifiques, etc.), oui, le mérite d'un candidat pourrait être déterminé en l'absence de tous jugements de valeur. Mais cela n'apparaît guère plausible. D'une part, des jugements de valeur devraient être posés dans la détermination des critères objectifs pertinents. Pourquoi, par exemple, favoriser le nombre de causes gagnées par rapport aux types de causes défendues? Devrait-on favoriser les avocats par rapport aux professeurs de droit? On ne peut répondre à ces questions en s'en tenant strictement à rapporter des faits. D'autre part, la détermination du mérite d'un candidat peut requérir l'évaluation de ses aptitudes et compétences, de son intégrité, de sa capacité de jugements et de son esprit de décision, etc. Ces déterminations exigent que des jugements de valeur soient posés.

Par ailleurs, il est fréquent de penser dans les termes d'une dichotomie étanche entre les jugements descriptifs objectifs et les jugements normatifs subjectifs. Il semble bien établi dans le sens commun que les jugements de valeur sont subjectifs et que les jugements subjectifs ne sont ni vrais ni faux et qu'ils ne peuvent par conséquent être discutés rationnellement³². Bien qu'il s'agisse, cette fois-ci, d'une question philosophique

³¹ Je m'inspire ici de Hilary Putnam (2004). Comme Putnam l'explique, plusieurs de nos jugements sont à la fois descriptifs et normatifs et il est dans bien des cas impossible de séparer rigoureusement ce qui relève des faits de ce qui relève des valeurs.

³² L'association intuitive entre l'irrationalité et la subjectivité est explicite dans cette phrase de Weinrib : « [t]he lack of precision is reflected in the view, voiced in a number of discussions and implicit in others, that the process of evaluating judges is in essence irrational and subjective » (1991 : 110).

plus controversée, c'est une erreur de penser que tous les jugements de valeur sont également subjectifs. La validité d'un jugement de valeur repose sur la force des arguments qui le justifie. Il semble raisonnable de penser que peu sont prêts à nier que le jugement normatif « l'Holocauste est une abomination morale » comporte un degré d'objectivité ou de validité plus élevé qu'un jugement sur une question morale hautement controversée comme la légitimité de l'euthanasie ou qu'un jugement esthétique sur la qualité intrinsèque des œuvres de Damien Hirst. Bref, les jugements de valeur peuvent venir avec des degrés d'objectivité différents, bien qu'il faille sans doute accepter que les critères de l'objectivité pour les jugements de valeur soient distincts de ceux régulant les jugements descriptifs (Rawls 1995 : 146-162). Cette propriété générale des jugements de valeur s'applique aussi à mon avis aux jugements sur le mérite des candidats à la magistrature, en particulier lorsque ces jugements sont posés par des comités conçus pour faciliter la délibération rationnelle. La délibération rendue possible par le travail en comité contribue à l'augmentation du coefficient d'objectivité des jugements portant sur le mérite des candidats (voir partie 2.3). De plus, la possibilité de s'entendre sur des critères définissant le mérite ancre et circonscrit le raisonnement pratique des évaluateurs. Bref, le fait que l'évaluation du mérite des candidats à la magistrature requière nécessairement que des jugements de valeur soient posés est moins troublant que ce qu'on le laisse souvent entendre.

Conclusion

J'ai suggéré dans ce rapport que la légitimité politique dans les démocraties libérales repose entre autres sur la nécessaire tension entre la souveraineté populaire et la règle de droit. Cela m'a permis de soutenir que la nomination des juges par le pouvoir exécutif n'est pas à sa face même illégitime. Les mécanismes de nomination des juges doivent maintenir en équilibre les principes aux implications institutionnelles opposées que sont l'indépendance judiciaire et l'imputabilité démocratique. Toutefois, plutôt que de partir des principes premiers de la démocratie libérale pour tenter de construire le modèle idéal de nomination des juges, j'ai choisi de centrer l'analyse sur les améliorations pouvant être apportées au processus de nomination expérimenté au Québec. Ce modèle, bien qu'il ait

permis la constitution d'une magistrature de qualité, est perfectible. Le défi principal, sur le plan de l'imagination institutionnelle, réside dans la mise en œuvre de moyens permettant de réduire la marge discrétionnaire du pouvoir exécutif afin de maximiser les chances que les candidats les plus méritants soient choisis et de réduire la probabilité des nominations partisans. Bien qu'il existe fort probablement une gamme d'arrangements institutionnels permettant d'atteindre un équilibre satisfaisant entre l'indépendance judiciaire et l'imputabilité démocratique, il est raisonnable de penser que des changements institutionnels relativement faciles à opérationnaliser comme ceux proposés plus haut permettraient d'améliorer substantiellement le processus québécois. Ces améliorations contribueraient à accroître la confiance des citoyens envers l'institution publique de toute première importance qu'est le système judiciaire.

Bibliographie

1. Articles et ouvrages scientifiques

ABELLA, Rosalie, « The Judicial Role in a Democratic State », *Queen's Law Journal*, 26, 2000-2001.

ACKERMAN, Bruce, *We the People*, Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2008.

BÉGIN, Luc, « Une légitimité en crise ? Réflexions autour de la question de la confiance à l'endroit de la magistrature », dans *L'indépendance judiciaire... contrainte ou gage de liberté ?*, Québec, Publication du Conseil de la magistrature du Québec, 2003.

BOILEAU, Josée, « Nomination des juges à la Cour suprême : Réforme ou poudre aux yeux », *Revue Générale de Droit*, 36, 2006.

DECOSTE, F.C., « Political Corruption, Judicial Selection, and the Rule of Law », *Alberta Law Review*, 38, 2000-2001.

DEVLIN, Richard et al., « Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or towards a Triple P Judiciary », *Alberta Law Review*, 38, 2000-2001.

DWORKIN, Ronald, « L'intégrité en droit », dans *L'empire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

DWORKIN, Ronald, « Les cas difficiles », dans *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

DYZENHAUS, David, « Constituting the Rule of Law : Fundamental Values in Administrative Law », *Queen's L.J.*, 27, 2001-2002.

ELTIS, Karen et GÉLINAS, Fabien « Judicial Independence and the Politics of Depoliticization », 21 mars, 2009.

EWING, K.D, « A Theory of Democratic Adjudication: Towards a Representative, Accountable and Independent Judiciary », *Alberta Law Review*, 38, 2000.

FISS, Owen M., « The Limits of Judicial Independence », *University of Miami Inter-American Law Review*, 25, 1993.

- FISS, OWEN M., « Judicial Independence », dans LEVY, Leonard W. et KARST, Kenneth L. (dir.), *Encyclopedia of the American Constitution*, New-York, Macmillan Reference, 2000.
- FRIEDLAND, Martin, « Judicial Independence and Accountability in Canada », *The Advocate*, 59, 2001.
- GOURDEAU, David, « Le processus de nomination à la magistrature fédérale : confidentialité et transparence », *Revue Générale de Droit*, 36, 2006.
- GRAMMOND, Sébastien. « Transparence et imputabilité dans le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada », *Revue Générale de Droit*, 36, 2006.
- GRANT, Isabel et SMITH, Lynn, « Gender Representations in the Canadian Judiciary », dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practices*, Ontario Law Reform Commission, Toronto, 1991.
- GREENE, Ian, « Democracy, Judicial Independence, and Judicial Selection for Federally Appointed Judges », *Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 58, 2008.
- HABERMAS, Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Flammarion, 1992.
- HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
- HART, H.L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HUTCHINSON, Allan C, « Judges and Politics: An Essay from Canada », *Legal Studies*, 24, 2004.
- KNOPFF, Rainer, « The Politics of Reforming Judicial Appointments », *Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 58, 2008.
- LEGG, Thomas, « Brave New World - The New Supreme Court and Judicial Appointments », *Legal Studies*, 24, 2004.
- LEVY, Ron, « Judicial Selections Reform in Comparative Context », *University of British Columbia Law Review*, 40(2), 2007a.
- LEVY, Ron, « Judicial Selection: Trust and Reform », *University of British Columbia Law Review*, 40(1), 2007b.
- L'HEUREUX-DUBÉ, Claire, « La nomination des juges : Une perspective », *Revue Générale de Droit*, 25, 1994.
- MACDONALD, Roderick A., « Appoint, Elect, Draw Straws or Sell to the Highest Bidder? On Judicial Selection Processes », dans NOREAU, Pierre et ROLLAND, Louise (dir.), *Mélanges: Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008.

- MALLESON, Kate, « Introduction », dans MALLESON, Kate and RUSSELL, Peter H. (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006a.
- MALLESON, Kate, « Rethinking the Merit Principle in Judicial Selection », *Journal of Law and Society*, 33 (1), 2006b.
- MARCHAND, Jean-Michel, « Le recrutement des juges en France », *Revue Générale de Droit*, 36, 2006.
- MATHEN, Carissima, « Choices and Controversy: Judicial Appointments in Canada », *Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 58, 2008.
- McCORMICK, Peter, « New Questions about an Old Concept: The Supreme Court of Canada's Judicial Independence Decision », *Canadian Journal of Political Science*, 37, 4, 2004.
- McCORMICK, Peter, « Selecting the Supremes: The Appointment of Judges to the Supreme Court of Canada », *J. App. Prac. & Process*, 7, 2005.
- MENDES, Errol P., « "Promoting Heterogeneity of the Judicial Mind": Minority and Gender Representation in the Canadian Judiciary », dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practices*, Ontario Law Reform Commission, Toronto, 1991.
- MORISSETTE, Yves-Marie, « Le processus de nomination des juges en regard de leur immense pouvoir politique », *Revue Générale de Droit*, 25, 1994.
- MORTON, F.L., « Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition », dans MALLESON, Kate et RUSSELL, Peter H. (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.
- PLAXTON, Michael, « The Neutrality Thesis and the Rothstein Hearing », *Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 58, 2008.
- PUTNAM, Hilary, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Harvard University Press, 2004.
- RATUSHNY, Ed, « Confirmation Hearings For Supreme Court of Canada Appointments: Not a Good Idea! », dans THIBAUT, Pierre et al. (dir.), *Essays In Honour Of Gérald-A. Beaudoin : The Challenges Of Constitutionalism*, Cowansville, Québec, Editions Y. Blais, 2002.
- RAWLS, John, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.
- REID, Hubert, « La nomination des juges : Doit-on exiger de nouveaux critères », *Revue Générale de Droit*, 25, 1994.

- RESNICK, Judith, « Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure », *Cardozo Law Review*, 26, 2005.
- RIDDELL, Troy et al., « Federal Judicial Appointments: A Look at Patronage in Federal Appointments since 1988 », *University of Toronto Law Journal*, 58, 1, 2008.
- RUSSELL, Peter H., « Conclusion », dans MALLESON, Kate et RUSSELL, Peter H. (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.
- RUSSELL, Peter H., « Toward a General Theory of Judicial Independence », dans RUSSELL, Peter H. and O'BRIEN, David M. (dir.), *Judicial Independence in the age of democracy*, University Press of Virginia, 2001.
- SHETREET, Shimon, « Who Will Judge: Reflections on the Process and Standard of Judicial Selection », *Australian Law Journal*, 61, 1987.
- SMITH, J., « Executive Appointment of the Judiciary : A Reconsideration », dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practices*, Ontario Law Reform Commission, Toronto, 1991.
- SOSSIN, Lorne, « Judicial Appointment, Democratic Aspirations, and the Culture of Accountability », *Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 58, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R., « Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation », *Virginia Law Review*, 90, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. et THALER, Richard, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.
- TULLY, James, « The Unfreedom of the Moderns in Comparison to their Ideals of Constitutional Democracy », *Modern Law Review*, 65, 2, 2002.
- VERMEULE, Adrian, « Foreword: System Effects and the Constitution », *Harvard Law Review*, 123, 2009.
- WALDRON, Jeremy, « The Core of the Case against Judicial Review », *Yale Law Journal*, 115, 6, 2006.
- WEBBER, Jeremy, « A Judicial Ethic for a Pluralistic Age », dans SHABANI, Omid Payrow (dir.), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, Cardiff, University of Wales Press, 2007.
- WEBBER, Jeremy, « The Adjudication of Contested Social Values: Implications of Attitudinal Bias for the Appointments of Judges », dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practices*, Ontario Law Reform Commission, Toronto, 1991.

WEINRIB, Lorraine E., « Appointing Judges to the Supreme Court of Canada in the Charter Era : A Study in Institutional Function and Design », dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practices*, Ontario Law Reform Commission, Toronto, 1991.

WEINSTOCK, Daniel, *Profession : éthicien*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006.

ZIEGEL, Jacob S., « Merit Selection and the Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada », *IRPP Choices*, 5, 2005.

ZIEGEL, Jacob S., « A New Era in the Selection of the Supreme Court Judges ? », *Osgoode Hall Law Journal*, 44, 2006.

2. Rapports, documents officiels et jugements

Barreau du Québec, *Mémoire : Processus de nomination des juges à la cour suprême du Canada*, mars 2004.

Canadian Association of Law Teachers, *Report of CALT Panel on Supreme Court Appointments*, June 2005.

Comité Consultatif sur les nominations à la magistrature, *Rapport Annuel 2007*, Toronto, Janvier 2008.

Comité permanent de la justice des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, *Améliorer la procédure de nomination des juges de la Cour Suprême du Canada*, 2004.

Cour Suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Cour Suprême du Canada, *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

3. Textes journalistiques

BOISVERT, Yves, « Diversion et nominations », *La Presse*, 14 avril 2010a, p. A5.

BOISVERT, Yves, « Un juge et son mandat », *La Presse*, 15 avril 2010b, p. A5.

BOISVERT, Yves, « Le modèle anglais », *La Presse*, 17 avril 2010c, p. A3.

BOISVERT, Yves, « Malaise à la Cour d'appel », *La Presse*, 28 avril 2010d, p. 8.

MORIN, Annie, « Québec révisé son processus », *Le Soleil*, 19 avril 2004a, p. A3.

MORIN, Annie, « Pas facile de juger un magistrat », *Le Soleil*, 19 avril 2004b, p. A3.

MORIN, Annie, « Plus du tiers des juges de la 'bonne couleur' », *Le Soleil*, 19 avril 2004c, p. A1.