

Commission d'enquête sur
**LE PROCESSUS
DE NOMINATION DES JUGES**

de la Cour du Québec,
des cours municipales et des membres
du Tribunal administratif du Québec

Commission d'enquête sur
**LE PROCESSUS
DE NOMINATION DES JUGES**

de la Cour du Québec,
des cours municipales et des membres
du Tribunal administratif du Québec

LES PUBLICATIONS DU QUÉBEC

1000, route de l'Église, bureau 500, Québec (Québec) G1V 3V9

Téléphone : 418 643 - 5150, sans frais, 1 800 463 - 2100

Télécopieur : 418 643 - 6177, sans frais, 1 800 561 - 3479

Internet : www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca

**Catalogage avant publication
de Bibliothèque et Archives nationales du Québec
et Bibliothèque et Archives Canada**

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

Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges
du Québec: rapport: annexes

ISBN 978-2-551-19873-3

1. Juges – Sélection et nomination – Québec (Province). I. Bastarache,
Michel. II. Titre.

KEQ1093.C65 2011

347.714'014

C2011-940165-7

Commission d'enquête sur
**LE PROCESSUS
DE NOMINATION DES JUGES**

de la Cour du Québec,
des cours municipales et des membres
du Tribunal administratif du Québec

Cette publication fait suite aux travaux de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec.

Coordination avec Les Publications du Québec

Daniel Legault,
Secrétaire et administrateur général

Cette édition a été produite par
Les Publications du Québec
1000, route de l'Église, bureau 500
Québec (Québec) G1V 3V9
www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca

Conception graphique de la page couverture et des intercalaires

Pige communication

Adaptation graphique et soutien technique à l'infographie

Interscript

La couverture et les pages intérieures sont imprimées sur du papier Rolland Enviro^{MC} 100



Dépôt légal – 2011
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN 978-2-551-19873-3 (version imprimée)
ISBN 978-2-551-19877-1 (PDF)
© Gouvernement du Québec-2011

Cette publication est également disponible gratuitement, en version PDF, dans le site de la Commission
www.cepnj.gouv.qc.ca

Tous droits réservés pour tous pays. La reproduction par quelque procédé que ce soit et la traduction, même partielles, sont interdites sans l'autorisation des Publications du Québec.

TABLE DES MATIÈRES

VOLET I

ENQUÊTE SUR LES ALLÉGATIONS D'INFLUENCE DE TIERCES PERSONNES DANS LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES	1
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

ANNEXE I

Décret concernant la constitution d'une commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec	5
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

ANNEXE II

Décret concernant la prolongation du mandat de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec	11
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE III

Règles de procédure et de fonctionnement	15
-------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE IV

Liste des témoins	27
--------------------------------	-----------

ANNEXE V

Liste des pièces	31
-------------------------------	-----------

ANNEXE VI

Serment de membre du Conseil exécutif de M^e Marc Bellemare	39
------------------------------------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE VII

Décret concernant la levée, aux fins de la Commission Bastarache, du serment de confidentialité prêté par certains membres du Conseil exécutif et certaines autres personnes	43
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE VIII

Levée de l'engagement pris par le ministre de la Justice Marc Bellemare	49
------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE IX

Assignation à comparaître : • M ^e Andrée Giguère, ministère de la Justice	53
------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE X

Rapport préliminaire de <i>Navigant Conseil LJ Inc.</i>	63
----------------------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE XI

Engagement de l'avocat	81
-------------------------------------	-----------

ANNEXE XII

Engagement du participant	85
----------------------------------------	-----------

ANNEXE XIII

Décisions relatives à la demande de statut de participant :

• M. Jean Charest	89
• Gouvernement du Québec	90
• Conférence des juges du Québec	91
• Tribunal administratif du Québec	92
• Barreau du Québec	93
• Parti libéral du Québec	94
• M ^e Marc Bellemare	95
• Opposition officielle	96

VOLET II

ANALYSE DU PROCESSUS DE SÉLECTION ET DE NOMINATION DES JUGES AU QUÉBEC	99
-----------------------------------------------------------------------------------------	-----------

ANNEXE XIV

Introduction aux rapports d'experts

• Version française	103
• Version anglaise	108
Robert Leckey, directeur de la recherche, Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec	

ANNEXE XV

La discrétion du gouvernement dans le processus de nomination des juges : réflexions sur la légitimité d'un pouvoir controversé	115
Geneviève Cartier, professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke	

ANNEXE XVI

Paramètres de la Politique et du politique des nominations à la magistrature	139
<i>Parameters of Politics in Judicial Appointments</i>	185
Roderick A. Macdonald, titulaire de la Chaire F.R. Scott en droit public et constitutionnel, Faculté de droit, Université McGill	

ANNEXE XVII

Entre l'imputabilité démocratique et l'indépendance judiciaire. La nomination des juges dans la perspective de l'éthique et de la philosophie politique	233
Jocelyn Maclure, professeur agrégé, Faculté de philosophie, Université Laval	

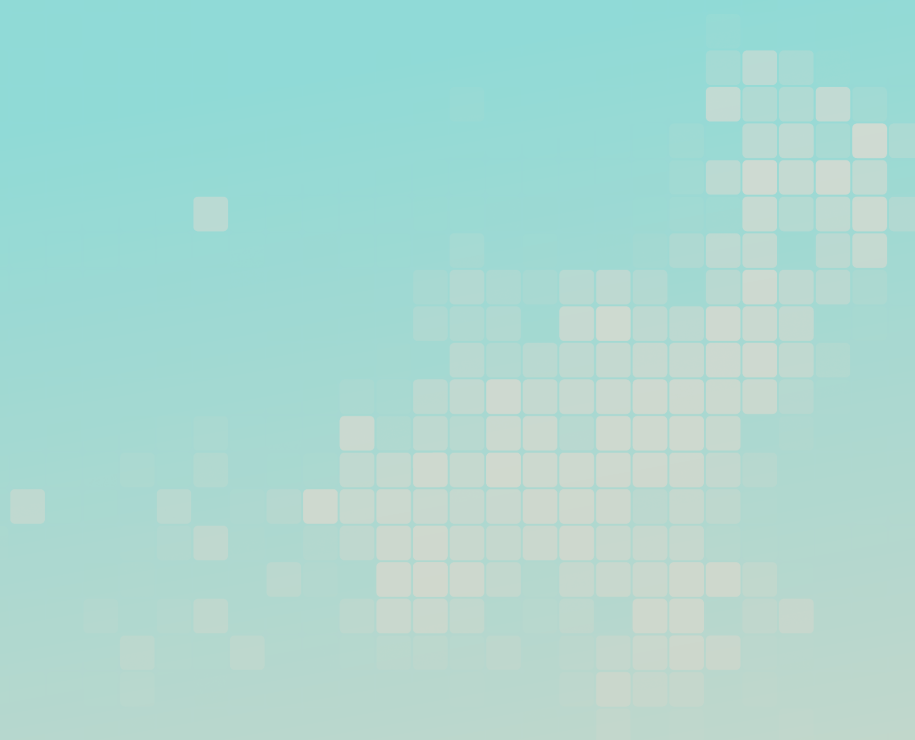
ANNEXE XVIII

Sélection des juges des tribunaux de première instance : comparaison des pratiques contemporaines	273
<i>Selecting Trial Court Judges : A Comparison of Contemporary Practices</i>	400
Peter McCormick, professeur, Département de science politique, Université de Lethbridge, Alberta	

VOLET

I

ENQUÊTE SUR LES ALLÉGATIONS D'INFLUENCE DE TIERCES PERSONNES DANS LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES



ANNEXE I

**Décret concernant la constitution
d'une commission d'enquête
sur le processus de nomination
des juges de la Cour du Québec,
des cours municipales et des membres
du Tribunal administratif du Québec**



DÉCRET

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

NUMÉRO 322-2010

CONCERNANT la constitution d'une commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec

14 AVR. 2010

—o o o o o—

ATTENDU QUE des allégations ont été formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec;

ATTENDU QUE les allégations de M^e Marc Bellemare ont trait notamment à l'influence qu'auraient exercée certaines personnes liées au financement du Parti libéral du Québec, dans le processus de nomination de juges;

ATTENDU QUE les allégations formulées peuvent remettre en question la confiance du public dans l'administration de la justice et plus particulièrement à l'égard du processus de nomination des juges et des membres du Tribunal administratif du Québec;

ATTENDU QU'il est de la volonté du gouvernement de faire en sorte que toute la lumière soit faite sur les allégations formulées par M^e Marc Bellemare, et ce, en toute indépendance et transparence et, à cette fin, de mettre sur pied une commission d'enquête;

ATTENDU QUE, en vertu de l'article 1 de la Loi sur les commissions d'enquête (L.R.Q., c. C-37), lorsque le gouvernement juge à propos de faire faire une enquête sur quelque objet qui a trait au bon gouvernement du Québec, sur la gestion de quelque partie des affaires publiques, sur l'administration de la justice ou sur quelque matière importante se rattachant à la santé publique ou au bien-être de la population, il peut, par une commission émise à cette fin, nommer un ou plusieurs commissaires pour conduire cette enquête;

ATTENDU QUE, conformément à l'article 4 de cette loi, la rémunération des commissaires, du secrétaire, des sténographes, des commis et des messagers doit être fixée par le gouvernement;

322-2010

ATTENDU QU'il est opportun que soit décrétée la tenue d'une enquête et qu'un commissaire soit nommé pour conduire celle-ci;

IL EST ORDONNÉ, sur la recommandation de la ministre de la Justice et Procureure générale :

QUE, conformément à l'article 1 de la Loi sur les commissions d'enquête (L.R.Q., c. C-37), soit constituée une commission d'enquête dont le mandat est le suivant :

1. enquêter sur les allégations formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée de tierces personnes dans ce processus, ainsi que sur le processus de nomination des juges des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec;
2. formuler, le cas échéant, des recommandations au gouvernement sur d'éventuelles modifications à apporter au processus de nomination de ces juges et de ces membres;

QUE M^e Michel Bastarache, avocat conseil, Heenan Blaikie, soit nommé commissaire afin de conduire cette enquête et que celle-ci soit menée à Québec;

QUE M^e Bastarache reçoive des honoraires de 250 \$ l'heure pour un maximum de 8 heures de travail par jour pour conduire cette enquête;


QUE M^e Bastarache soit remboursé des frais de voyage et de séjour occasionnés par l'exercice de ses fonctions conformément aux règles applicables aux membres d'organismes gouvernementaux adoptées par le gouvernement par le décret numéro 2500-83 du 30 novembre 1983;

QUE les frais relatifs à la rémunération du personnel de cette commission d'enquête ainsi qu'au paiement des honoraires professionnels soient payés sur le fonds consolidé du revenu et que les autres frais émargent au budget du ministère de la Justice;

322-2010

QUE cette commission d'enquête soit tenue de compléter ses travaux et de soumettre au gouvernement son rapport final et ses recommandations dans les meilleurs délais et au plus tard le 15 octobre 2010.

Le greffier du Conseil exécutif

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Bernard Bédard".

ANNEXE II

**Décret concernant la prolongation
du mandat de la Commission d'enquête
sur le processus de nomination
des juges de la Cour du Québec,
des cours municipales et des membres
du Tribunal administratif du Québec**



DÉCRET

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

NUMÉRO 801-2010

CONCERNANT la prolongation de la durée du mandat de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec

22 SEP. 2010

---oooOooo---

ATTENDU QUE par le décret n° 322-2010 du 14 avril 2010, le gouvernement a constitué la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec, visant à enquêter sur les allégations formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée de tierces personnes dans ce processus, ainsi que sur le processus de nomination des juges des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec et que la Commission était tenue de compléter ses travaux et de soumettre son rapport final et ses recommandations au gouvernement au plus tard le 15 octobre 2010;

ATTENDU QUE la Commission requiert une période additionnelle pour compléter ses travaux et soumettre son rapport final;

ATTENDU QU'il y a lieu de prolonger la durée du mandat de la Commission;

IL EST ORDONNÉ, en conséquence, sur la recommandation du ministre de la Justice :

QUE le décret n° 322-2010 du 14 avril 2010 soit modifié par le remplacement, dans le premier alinéa du dispositif, de la date du « 15 octobre 2010 » par celle du « 31 janvier 2011 »;

801-2010

QUE le mandat de la Commission ainsi que les désignations, conditions et autres modalités prévus au décret n° 322-2010 du 14 avril 2010 demeurent inchangés.

Le greffier du Conseil exécutif

A handwritten signature in cursive script, appearing to read "Grand Pitre".

ANNEXE **III**

Règles de procédure et de fonctionnement

COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES
DE LA COUR DU QUÉBEC, DES COURS MUNICIPALES ET DES MEMBRES DU
TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU QUÉBEC

RÈGLES DE PROCÉDURE ET DE FONCTIONNEMENT

MANDAT

1. Le gouvernement du Québec a constitué la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec (ci-après la «Commission») et nommé M^e Michel Bastarache à titre de Commissaire afin de conduire cette enquête. Le mandat de la Commission est :
 - a) d'enquêter sur les allégations formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée de tierces personnes dans ce processus, ainsi que sur le processus de nomination des juges des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec;
 - b) de formuler, le cas échéant, des recommandations au gouvernement sur d'éventuelles modifications à apporter au processus de nomination de ces juges et de ces membres.

DÉFINITIONS

2. À moins que le contexte n'indique un sens différent, les mots suivants signifient :
 - a) *Avocat de la Commission* : l'un des avocats dont les services ont été retenus par la Commission et qui a pour mandat d'assister la Commission et de veiller à son bon fonctionnement et dont la responsabilité principale consiste à représenter l'intérêt public lors de l'enquête sur les faits, notamment à s'assurer que toutes les questions ayant un rapport avec le mandat de la Commission et l'intérêt public soient portées à l'attention du Commissaire;
 - b) *Commissaire* : M^e Michel Bastarache, avocat, nommé par le décret du gouvernement du Québec numéro 322-2010;
 - c) *Commission* : la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec;
 - d) *Document* : est interprété au sens large pour inclure : documents papier, documents électroniques, bandes sonores, bandes magnétoscopiques,

reproductions numériques, photographies, cartes, graphiques, microfiches et toutes données et informations enregistrées ou stockées sur quelque support que ce soit;

- e) *Greffe de la Commission* : les bureaux de la Commission situés au 1091 Grande Allée Ouest, 3^e étage, Québec, Québec, G1S 4Y7;
 - f) *Intervenant* : une personne dont le statut d'intervenant a été reconnu par la Commission;
 - g) *Participant* : une personne dont le statut de participant a été reconnu par la Commission;
 - h) *Partie* : un intervenant ou un participant;
 - i) *Personne* : un individu, un groupe, un organisme et toute autre entité, incluant le gouvernement.
3. Dans les présentes Règles, le genre masculin est utilisé dans le but d'alléger le texte et il s'applique également au genre féminin.

ADOPTION ET MODIFICATION DES RÈGLES

- 4. Le Commissaire adopte les règles de procédure et de fonctionnement qui lui paraissent indiquées pour la conduite de l'enquête.
- 5. S'il le juge nécessaire, le Commissaire peut modifier les présentes Règles ou dispenser de l'observation de celles-ci afin que l'enquête soit approfondie, équitable et efficace.
- 6. Tous les témoins, parties et leurs avocats sont réputés avoir pris l'engagement d'observer les présentes Règles. Ils peuvent signaler tout manquement à celles-ci au Commissaire.
- 7. Le Commissaire traite tout manquement aux présentes Règles comme il le juge nécessaire; il peut, entre autres, révoquer la qualité pour agir d'une partie ou restreindre le droit d'une partie, d'un avocat, d'un individu ou d'un représentant des médias de participer ou d'assister dorénavant aux audiences (voire de les en exclure).

QUALITÉ POUR AGIR

- 8. Le Commissaire accorde qualité pour participer à toutes les personnes dont il est convaincu qu'elles ont un intérêt important et direct à l'égard de l'un des sujets de l'enquête. Ces personnes sont désignées comme des participants dans les présentes Règles.
- 9. Le Commissaire peut accorder qualité pour intervenir aux personnes dont il est convaincu qu'elles ont un intérêt réel à l'égard de questions particulières soulevées par l'enquête, ainsi qu'une perspective, expérience ou expertise particulière qui pourrait

l'aider. Les personnes ayant qualité pour intervenir sont désignées comme des intervenants dans les présentes Règles.

10. La personne qui désire obtenir le statut de participant ou d'intervenant présente une demande écrite à la Commission, dans le délai indiqué par la Commission. Cette demande indique :
 - a) le nom, l'adresse, les numéros de téléphone et de télécopieur ainsi que l'adresse courriel du requérant;
 - b) la nature de l'intérêt du requérant dans les travaux de la Commission;
 - c) la contribution que le requérant est susceptible d'apporter aux travaux de la Commission;
 - d) le statut recherché et les motifs justifiant une telle demande;
 - e) l'identité de l'avocat qui représente le requérant ainsi que ses coordonnées, tel que prévu à l'alinéa a), le cas échéant.

La demande est accompagnée d'un affidavit signé par le requérant en indiquant, en outre, qu'il a pris connaissance des Règles de procédure et de fonctionnement de la Commission et qu'il s'engage à les respecter.

11. Le Commissaire peut accorder ou refuser au requérant le statut de participant ou d'intervenant. Il peut aussi déterminer les conditions particulières applicables à la participation du requérant aux audiences. Le Commissaire peut, pour tout motif qu'il juge suffisant, révoquer le statut d'un participant ou d'un intervenant ou modifier les conditions particulières qui lui sont applicables.
12. Le participant a le droit :
 - a) d'obtenir communication des documents et éléments que les avocats de la Commission se proposent de déposer en preuve, dans un délai raisonnable avant leur dépôt;
 - b) de proposer aux avocats de la Commission de convoquer certains témoins, de couvrir certains aspects lors de témoignages ou de déposer certains documents, ou encore de demander l'émission d'une ordonnance exigeant la convocation d'un témoin ou la présentation d'une preuve;
 - c) de présenter des observations verbales, de soulever des objections et de contre-interroger les témoins, dans les limites de son intérêt;
 - d) de faire des soumissions verbales finales et de présenter un mémoire écrit.
13. L'intervenant a les droits prévus aux alinéas a), b), sauf le droit de demander l'émission d'une ordonnance, et d) ci-dessus, mais strictement en regard des questions pour lesquelles il a obtenu le statut d'intervenant.

DROIT À L'AVOCAT

14. Toute partie ou témoin a le droit d'être assisté par un avocat.

AIDE FINANCIÈRE

15. Le Commissaire peut recommander au gouvernement l'octroi d'une aide financière à une partie, dans la mesure de son intérêt, lorsque, à son avis, la partie en question ne pourrait autrement participer adéquatement à l'enquête.
16. Une personne cherchant à obtenir une aide financière doit en faire la demande par écrit à la Commission et prouver qu'elle ne possède pas de ressources financières suffisantes pour participer à l'enquête sans cette aide. Elle doit également indiquer comment elle entend utiliser l'aide financière sollicitée.
17. Lorsque la recommandation d'aide financière formulée par le Commissaire est acceptée, l'aide est fournie conformément aux lignes directrices du Conseil du Trésor touchant les taux de rémunération et de remboursement et l'évaluation des comptes.

ENTREVUES PRÉALABLES ET AFFIDAVITS DES TÉMOINS

18. Les avocats de la Commission peuvent interroger, préalablement aux audiences, les personnes qui possèdent des renseignements ou des documents ayant un rapport avec le sujet de l'enquête. Ces personnes peuvent alors être accompagnées d'un avocat, si elles le désirent.
19. Si, à la suite d'une entrevue, les avocats de la Commission décident qu'une personne sera convoquée comme témoin, ils rédigent un exposé de son témoignage prévu (« will say ») et lui en remettent un exemplaire dans un délai raisonnable après la rencontre pour examen et commentaires, le cas échéant, avant qu'elle compareaisse devant la Commission.
20. Sauf décision contraire du Commissaire, cet exposé du témoignage prévu (« will say ») et les commentaires du témoin, le cas échéant, ne peuvent être utilisés pour confronter le témoin lors de l'interrogatoire ou du contre-interrogatoire de celui-ci, ni être versés en preuve lors des audiences.
21. Les avocats de la Commission peuvent choisir de requérir, de la part de témoins consentants, des affidavits qui peuvent, à leur discrétion, être déposés en preuve, sujet aux droits des participants de requérir qu'ils soient contre-interrogés conformément aux présentes Règles.
22. Les avocats de la Commission font connaître aux parties qui le demandent, sous une stricte obligation de confidentialité, les noms de toutes les personnes qu'ils ont interrogées mais qui ne seront pas appelées à témoigner.

AUDIENCES ET BON ORDRE

23. La Commission fixe la date, l'heure et le lieu de ses audiences. À moins d'une décision contraire, celles-ci débutent à 9 h 30 pour se terminer à 16 h 30 et se tiennent à l'endroit déterminé par la Commission.
24. Les audiences de la Commission sont publiques, sauf si le Commissaire ordonne de les tenir à huis clos.
25. Le Commissaire détermine, selon les circonstances, l'identité des personnes autorisées à assister à ses audiences à huis clos ainsi que, le cas échéant, les conditions particulières applicables à chacune de ces personnes.
26. Le Commissaire peut en outre, pour toute cause suffisante, rendre une ordonnance de non-divulgence, de non-publication, de non-diffusion ou autre ordonnance de confidentialité relativement à un témoignage, à un document, à un élément de preuve, à une demande ou à une observation.
27. Toute demande de huis clos, de non-divulgence, de non-publication, de non-diffusion ou autre ordonnance de confidentialité peut être présentée par écrit à la Commission ou verbalement lors des audiences. Le Commissaire indique alors à quel moment la demande sera entendue et quelles seront les modalités applicables à cette fin.
28. Les personnes présentes se lèvent quand le Commissaire entre dans la salle d'audience et demeurent debout jusqu'à ce qu'il prenne son siège. Quand l'audience est suspendue ou terminée, elles se lèvent de nouveau et demeurent debout jusqu'à la sortie du Commissaire.
29. Nul n'est autorisé à s'adresser au Commissaire s'il ne se lève d'abord, à moins d'en être dispensé par celui-ci.
30. Tout ce qui porte atteinte au décorum et au bon ordre des audiences est interdit.

FORMULATION DES DEMANDES

31. Sauf dispense par le Commissaire, toute demande écrite présentée à la Commission est appuyée d'un affidavit, signifiée aux parties ou à leur avocat, accompagnée d'un avis de présentation et déposée au greffe de la Commission au moins cinq (5) jours francs avant la date prévue pour sa présentation, sauf en cas d'urgence. Ces conditions ne s'appliquent pas aux demandes relatives au huis clos, à la non-divulgence, la non-publication, la non-diffusion ou autre ordonnance de confidentialité.
32. La signification peut être faite par courriel, par télécopieur ou par huissier.

PREUVE

33. Le Commissaire peut recevoir toute preuve, incluant tout témoignage, qu'il juge pertinente à l'exécution de son mandat, que celle-ci soit admissible devant un tribunal ou non, sous réserve du droit applicable. Ainsi, les règles de preuve sont appliquées par la

Commission de façon à en favoriser la recevabilité, compte tenu cependant de sa valeur probante, de son effet inutilement préjudiciable à quiconque et du mandat de la Commission.

34. À moins que le Commissaire n'en décide autrement, la preuve est présentée par les avocats de la Commission.
35. Les avocats de la Commission ont toute la latitude pour refuser de convoquer un témoin ou de présenter une preuve.
36. En cas de refus des avocats de la Commission de convoquer un témoin ou de présenter une preuve, un participant peut demander au Commissaire l'émission d'une ordonnance exigeant la convocation de ce témoin ou la présentation de cette preuve. Cette demande énonce le nom et l'adresse du témoin, contient un résumé de son témoignage et en décrit la pertinence ou énonce les raisons de l'impossibilité pour le participant de fournir un tel résumé. Copie de toute preuve documentaire ou matérielle que le participant entend verser au dossier lors de ce témoignage est annexée à cette demande. Si le Commissaire juge la demande bien fondée, les avocats de la Commission convoquent le témoin ou présentent la preuve.
37. Aux mêmes conditions, toute personne peut demander à la Commission l'autorisation de témoigner.
38. La Commission s'attend à ce que toute l'information et tous les documents concernant son mandat lui soient fournis par chaque partie ou par quiconque aura été cité à comparaître, que la citation porte explicitement ou non sur l'information ou le document concerné.
39. Toute personne qui connaît l'existence d'un document ou d'un élément de preuve pertinent, dont la divulgation n'est pas interdite par la loi, n'ayant pas été déposé comme pièce ou remis aux avocats de la Commission, peut le leur communiquer.
40. Toute partie ou témoin qui désire soulever une question de privilège à l'égard d'informations ou de documents qu'il doit fournir doit, dès que possible, en informer le Commissaire par écrit pour qu'il en soit disposé dans le respect des règles applicables.
41. Aucun document non préalablement communiqué aux avocats de la Commission ne peut être utilisé en contre-interrogatoire s'il n'a pas d'abord été porté à l'attention des avocats de la Commission au moins trois (3) jours ouvrables avant la date prévue pour l'interrogatoire principal.
42. Avant qu'un tel document puisse être utilisé en contre-interrogatoire, l'avocat ayant l'intention de l'utiliser doit également le mettre à la disposition du témoin et de toutes les parties au plus tard deux (2) jours ouvrables avant la date prévue pour l'interrogatoire principal du témoin; le Commissaire peut alors décider si le document peut être versé au dossier de la Commission et être ainsi utilisé.
43. Lors des audiences, la Commission fait prendre les dépositions des témoins par sténographie, sténotypie, et/ou enregistrement mécanique ou numérique et requiert le nombre de transcriptions requises pour son usage, l'usage des parties, les médias et les membres du public.

EXPERTISES

44. Un participant qui veut faire entendre un expert doit donner un avis écrit aux avocats de la Commission et remettre à ces derniers ainsi qu'aux parties une copie du rapport sur lequel le témoignage portera au moins dix (10) jours avant la date convenue pour le témoignage de l'expert. À cette même occasion, une copie du curriculum vitae de l'expert, de même qu'une liste des autorités sur lesquelles il entend s'appuyer, est également remise aux avocats de la Commission ainsi qu'aux parties.
45. Les expertises présentées par la Commission sont soumises aux mêmes règles, *mutatis mutandis*, à l'exception de toute présentation faite par la Commission, à titre introductif aux audiences, qui n'est soumise à aucune formalité.
46. Il est possible de faire entendre un comité d'experts dans la mesure où les conditions énoncées dans les paragraphes qui précèdent sont respectées.

RECHERCHE ET ÉLABORATION DE POLITIQUES

47. La Commission peut, en sus des audiences publiques et à sa seule discrétion, avoir recours à divers moyens de recherche et d'élaboration de politiques relativement à des questions liées à son mandat, par exemple, convoquer des rencontres au cours desquelles des mémoires seront présentés, des experts entendus ou des débats organisés sur des sujets préalablement choisis.

INTERROGATOIRES

48. Les témoins prêtent le serment ou déclarent solennellement de dire la vérité.
49. Les avocats de la Commission interrogent d'abord le témoin. Ils peuvent le faire au moyen de questions suggestives.
50. Les participants, dans l'ordre et aux conditions établis par le Commissaire, peuvent ensuite contre-interroger le témoin, dans les limites de leur intérêt.
51. L'avocat qui représente un témoin peut ensuite l'interroger, aux conditions prescrites par le Commissaire.
52. Le témoin peut être réinterrogé par les avocats de la Commission.
53. Le Commissaire peut poser à un témoin toutes les questions qu'il juge utiles.
54. Après qu'un témoin ait prêté le serment ou déclaré solennellement au début de sa déposition qu'il dira la vérité, aucun avocat, autre que ceux de la Commission, sauf si le Commissaire l'y autorise, ne peut parler au témoin de sa déposition avant que celui-ci ne l'ait achevée. Les avocats de la Commission ne peuvent parler à aucun témoin de sa déposition avant la fin de son contre-interrogatoire par l'avocat d'une partie.

55. Si nécessaire pour les fins du mandat de la Commission, un témoin peut être interrogé plus d'une fois.

UTILISATION DE DOCUMENTS LORS DES AUDIENCES

56. Préalablement à la déposition d'un témoin, les avocats de la Commission fournissent aux parties un exposé du témoignage prévu (« will say ») de ce dernier ainsi que les documents qu'ils prévoient déposer en preuve dans le cadre de ce témoignage, sous réserve d'un engagement que tous les documents ou renseignements ne serviront qu'aux fins de l'enquête et que leur confidentialité sera préservée jusqu'à la fin du témoignage. De plus, tous les documents fournis, et les exemplaires de ceux-ci, qui n'ont pas été déposés en preuve, doivent être rendus à la Commission à la fin des audiences.
57. Les avocats n'ont le droit de fournir ces documents ou renseignements à leurs clients et experts respectifs que conformément aux engagements pris, le cas échéant, et que si ces clients et experts signent eux-mêmes des engagements au même effet.
58. La Commission peut toutefois présenter ces documents ou renseignements à un témoin avant qu'il ne témoigne, aux fins de l'enquête en cours.
59. Les engagements pris conformément aux règles 56 et 57 ne s'appliquent plus à un document ou à un renseignement qui a été déposé au dossier public de la Commission.
60. La Commission peut, sur demande, dégager une partie ou son avocat, en totalité ou en partie, de l'engagement pris relativement à un document ou à un renseignement particulier.
61. Les participants fournissent aux avocats de la Commission, en trois (3) exemplaires ainsi qu'en version électronique, tout document qu'ils entendent déposer à titre de pièce ou auquel ils entendent se référer pendant les audiences, et ce, dans les meilleurs délais, au moins trois (3) jours ouvrables avant celui où ils déposeront un document ou s'y référeront.
62. Avant d'utiliser un document en contre-interrogatoire, l'avocat en fournit un exemplaire aux avocats de la Commission, au témoin et à toutes les parties, en conformité avec les règles 41 et 42.
63. Les originaux des documents doivent être fournis aux avocats de la Commission sur demande.

GESTION DOCUMENTAIRE

64. Toute la preuve documentaire déposée devant la Commission ainsi que la transcription des témoignages est identifiée par la cote « P » pour les audiences publiques, dans l'ordre numérique et, le cas échéant, par la cote « C » pour les audiences à huis clos ou les audiences ou documents pour lesquels une ordonnance de non-divulgence, de non-publication, de non-diffusion ou autre ordonnance de confidentialité a été émise.

65. Une copie de la transcription « P » des témoignages et des pièces « P » est mise à la disposition des avocats des parties aux fins de consultation. Ces documents sont disponibles dans un bureau situé en dehors de la salle d'audience.
66. Une autre copie de la transcription « P » des témoignages et des pièces « P » est disponible dans la salle de presse, à l'intention des médias. Toute autre personne peut en obtenir copie en s'adressant au greffe de la Commission et en payant les frais qui y sont reliés.
67. Seul le Commissaire, à des conditions qu'il établira, peut autoriser et donner accès aux transcriptions de témoignages et pièces « C ».

COUVERTURE MÉDIATIQUE

68. Le Commissaire peut autoriser l'enregistrement et la diffusion en direct des audiences publiques par un représentant désigné des médias qui fournit cet enregistrement et ce signal de radiodiffusion à tous les autres médias, dans le cadre d'un accord d'exploitation en commun. Si les médias ne peuvent s'entendre sur un accord d'exploitation en commun, ils peuvent demander au Commissaire de décider.
69. Les représentants des médias qui ont signé l'accord d'exploitation en commun possèdent les mêmes droits en matière d'utilisation de l'enregistrement ou du signal de radiodiffusion des audiences publiques que le représentant désigné des médias.
70. Le représentant désigné des médias qui est autorisé à enregistrer et à diffuser les audiences publiques fournit une copie de l'enregistrement au greffier de la Commission au plus tard trois (3) jours après l'audience enregistrée.
71. Les caméras et microphones sont placés à des endroits prédéterminés dans la salle d'audience. Seuls les caméras fixes avec leur système d'éclairage installés par la Commission sont autorisés dans la salle d'audience.
72. Aucun point de presse, ni aucune entrevue ou reportage, n'est autorisé dans la salle d'audience ou dans un rayon de dix (10) mètres à partir de l'entrée de la salle d'audience. La Commission désigne un lieu à l'extérieur de la salle d'audience pour les points de presse et les entrevues.
73. Les représentants des médias sont tenus de respecter les directives de la Commission.
74. Chaque fois que le Commissaire décide, en vertu des règles 24 à 27, de tenir une audience à huis clos ou de rendre une ordonnance de non-divulgence, de non-publication, de non-diffusion ou autre ordonnance de confidentialité, le représentant désigné des médias et autorisé à assister, le cas échéant, doit, à la satisfaction de la Commission, prendre toutes les dispositions nécessaires pour s'assurer que tous les appareils d'enregistrement visuel et sonore sont inopérants.
75. Aucune autre forme ou méthode d'enregistrement, de rediffusion ou de photographie que celles prévues par ces Règles n'est permise dans la salle d'audience, sauf sur autorisation expresse du Commissaire.

76. Le Commissaire peut également autoriser un photographe, à sa discrétion et aux moments et conditions qu'il aura fixés, à prendre des photographies dans la salle d'audience, étant entendu que ce photographe mettra ses négatifs à la disposition des représentants des médias, en vertu d'un accord d'exploitation en commun similaire à celui prévu à la règle 68.
77. Le Commissaire peut prendre toutes les dispositions nécessaires pour que les audiences publiques soient diffusées en direct sur le site web de la Commission.

CAS IMPRÉVUS

78. Pour les cas imprévus par ces Règles, le Commissaire rend ses décisions en conformité avec le droit applicable, tout en s'assurant de l'efficacité de son processus d'enquête, dans le respect des droits des parties et des personnes impliquées, ainsi que dans un esprit d'équité procédurale.

ANNEXE IV

Liste des témoins

LISTE DES TÉMOINS

# de témoin	NOM DU TÉMOIN	DATES D'AUDIENCE
1	M ^e Marc Bellemare	2010-08-24 2010-08-25 2010-08-30 2010-08-31 2010-09-01 2010-09-16
2	M ^e Andrée Giguère	2010-09-07
3	M. Pierre Legendre	2010-09-07
4	M ^e Nicole Breton	2010-09-07
5	M ^e Yves Pleau	2010-09-08
6	M. André Dicaire	2010-09-08
7	M. Gérard Bibeau	2010-09-08
8	M ^{me} Huguette St-Louis	2010-09-09
9	M ^e Madeleine Lemieux	2010-09-09
10	M ^e Gérald Soulière	2010-09-09
11	M. Jacques Tétrault	2010-09-13
12	M. Michel Gagnon	2010-09-13
13	M ^e Michel Bouchard	2010-09-13 2010-09-14
14	M ^e Louis Dionne	2010-09-14
15	M. Luc Brazeau	2010-09-15
16	M ^{me} Violette Trépanier	2010-09-16
17	M. Marcel Leblanc	2010-09-16
18	M ^e Georges Lalande	2010-09-20 2010-09-21
19	M. Guy Bisson	2010-09-20
20	M. Norman MacMillan	2010-09-21
21	M. Michel Després	2010-09-21
22	M. Charles Rondeau	2010-09-21 2010-09-22
23	M. Franco Fava	2010-09-22 2010-09-23
24	M. Jean Charest	2010-09-23 2010-09-24
25	M. Stéphane Bertrand	2010-09-27
26	M ^{me} Chantal Landry	2010-09-27
27	M ^e Suzanne Comtois	2010-09-28

LISTE DES TÉMOINS

28	M ^{me} Marie-France Rivard	2010-09-28
29	M ^{me} Mélanie Boyer	2010-09-28
30	M ^e Jacques Forgues	2010-09-28
31	M ^{me} Gisèle Pagé	2010-09-28
32	M ^e Marc Sauvé	2010-09-29
33	M ^e André Brochu	2010-09-29
34	M ^e Pierre Paquin	2010-09-29
35	M ^e Jacques P. Dupuis	2010-09-29
36	M ^e Yvon Marcoux	2010-09-29
37	M ^e Kathleen Weil	2010-09-30
38	M. Paul Bégin	2010-10-01
39	M ^e Linda Goupil	2010-10-07

ANNEXE V

Liste des pièces

TABEAU DE TENUE DES PIÈCES DÉPOSÉES EN PREUVE

Numéro de la pièce	Nom du document ou du cartable	Déposé par	Date du dépôt	Cote de confidentialité
1 Cartable	Documents généraux concernant le processus de nomination des juges à la Cour du Québec et aux cours municipales	CEPNJ	2010-08-24	P
2 Cartable	Documents au soutien du témoignage de Me Marc Bellemare	CEPNJ	2010-08-24	P
3 Cartable	Documents reliés aux concours de la Cour du Québec pour lesquels le ministre Marc Bellemare a procédé à la nomination du juge	CEPNJ	2010-08-24	P
4	Lettre de Me Marc Bellemare adressée à Me Jean Charest datée du 27 avril 2004	CEPNJ	2010-08-24	P
5	Liste de noms (manuscrite) produite par Me Marc Bellemare datée du 24 août 2010 à 10 :08	CEPNJ	2010-08-24	P
6	Document manuscrit (caviardé) remis par Me Marc Bellemare dont l'original (non modifié) sera déposé sous scellé	CEPNJ	2010-08-24	P
7	Document sur endos cartonné des notes manuscrites de Me Marc Bellemare (<i>Sous scellés</i>)	CEPNJ	2010-08-24	S
8 Cartable	Documents au soutien du témoignage de Me Marc Bellemare (volume 2) <i>Caviardé</i>	CEPNJ	2010-08-30	P
9 Cartable	Documents au soutien du témoignage de Me Marc Bellemare (volume 2) <i>(Sous scellés)</i>	CEPNJ	2010-08-30	S
10	Coupure de presse Le Soleil, 29 août 2010, page 13 « <i>Bellemare contredit par un libéral</i> »	CEPNJ	2010-08-30	P
11	Coupure de presse du Journal de Québec datée du 29 août 2010, page 7 « <i>6 rencontres avec le PM – Marc Bellemare aurait « averti » Jean Charest une demi-douzaine de fois</i> »	CEPNJ	2010-08-30	P
12	Coupure de presse Le Journal de Québec / Le samedi 18 mai 2003 « <i>Justice sera faite, assure Bellemare</i> »	Gouvernement du Québec	2010-08-30	P
13	2 pages extraites des notes manuscrites de Me Michel Bouchard	Gouvernement du Québec	2010-08-31	P
14	Tableau des nominations ou promotions de juges durant le mandat de Me Marc Bellemare	M. Jean Charest	2010-08-31	P
15	Coupure de presse Cyberpresse / Nouvelles / textes / textes /, mardi 15 avril 2003 « <i>Libéraux : vers un cabinet restreint</i> » de Denis Lessard – La Presse	M. Jean Charest	2010-08-31	P

Cotes de confidentialité :

P : « public »

C : « confidentiel »

S : « sous scellés »

Numéro de la pièce	Nom du document ou du cartable	Déposé par	Date du dépôt	Cote de confidentialité
16	Coupure de presse du journal Le Soleil daté du 15 avril 2003, p. A20 « <i>Une douce transition</i> » de J.-Jacques Samson	M. Jean Charest	2010-08-31	P
17	Lettre de Me Marc Bellemare à Mme Van-Anh Nguyen datée du 10 novembre 2003 la désignant membre du comité de sélection	M. Jean Charest	2010-08-31	P
18	Serment de Mme Van-Anh Nguyen	M. Jean Charest	2010-08-31	P
19	Document : Association libérale de Vanier – Sommaire des activités pour l'année 2003	Parti libéral du Québec	2010-09-01	P
20	Tableau des contributions de M. Marc Bellemare	Parti libéral du Québec	2010-09-01	P
21 Cartable	Document au soutien du témoignage des coordonnateurs à la sélection des juges	CEPNJ	2010-09-07	P
22 Cartable	Documents sélectionnés concernant le processus de nomination des juges à la Cour du Québec et aux cours municipales	CEPNJ	2010-09-07	C
23	En liasse, documents identifiés par Me Rénald Beaudry relatifs à des concours de la Cour du Québec pour lesquels le ministre Marc Bellemare a eu une implication sans toutefois procéder à la nomination	CEPNJ	2010-09-07	P
24	Affidavit de M. Luc Gadoury policier à la Sûreté du Québec	CEPNJ	2010-09-07	P
25 Cartable	Documents au soutien du témoignage des secrétaires généraux et du secrétaire général associé du Conseil exécutif	CEPNJ	2010-09-08	P
26	Commission sous le grand sceau (espèce de « diplôme » remis aux personnes nommées juges)	CEPNJ	2010-09-08	P
27	Lettre datée du 17 février 2006 de M. André Dicaire adressée à Me Marc Bellemare suite à l'émission télévisée « TVA en direct.com » (copie du mémoire relatif à un avant-projet de loi portant sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels rendu disponible à l'animateur de l'émission	Gouvernement du Québec	2010-09-08	P
28	Coupure de presse du journal Le Devoir, Kathleen Lévesque du 14 avril 2010 « <i>L'avocat Franco Fava nie toute pression sur Marc Bellemare</i> »	Me Marc Bellemare	2010-09-08	P
29	Curriculum vitae de Me Madeleine Lemieux	CEPNJ	2010-09-09	P
30	Curriculum vitae de Me Gerald Soulière	CEPNJ	2010-09-09	P
31 Cartable	Documents au soutien des témoignages de MM. Michel Gagnon et Jacques Tétrault	CEPNJ	2010-09-13	P
32	Lettre de M. Marc Bellemare datée du 27 avril 2004 adressée à M. Jean Charest (démission)	Gouvernement du Québec	2010-09-13	P
33 Cartable	Documents au soutien du témoignage de Me Michel Bouchard	CEPNJ	2010-09-13	P

Numéro de la pièce	Nom du document ou du cartable	Déposé par	Date du dépôt	Cote de confidentialité
34	Tableau des nominations à la Cour du Québec qui ont été faites alors que Me Bellemare était ministre de la Justice – orange, événements alors que Me Bouchard était sous-ministre	CEPNJ	2010-09-13	P
35 Cartable	Documents au soutien du témoignage de Me Louis Dionne	CEPNJ	2010-09-14	P
36	Tableau des nominations à la Cour du Québec qui ont été faites alors que Me Bellemare était ministre de la Justice – orange, événements alors que Me Dionne était sous-ministre	CEPNJ	2010-09-14	P
37 Cartable	Document au soutien du témoignage de M. Luc Brazeau	CEPNJ	2010-09-15	P
38	Pièce 7-S caviardée sauf quant aux mentions apparaissant sur la pièce 6-P	CEPNJ	2010-09-15	P
39	Pièce 7-S caviardée sauf les mentions apparaissant sur les pièces 6-P ainsi que la mention « mardi » au lieu de « lundi »	CEPNJ	2010-09-15	P
40	Photocopie d'un billet pour le Gala Interbox – Vendredi 13 mars 2009 remis par M. Jacques Tétrault	CEPNJ	2010-09-15	P
41 Cartable	Documents au soutien des témoignages de Mme Violette Trépanier, MM. Marcel Leblanc, Benoît Savard, Franco Fava et de Charles Rondeau	CEPNJ	2010-09-16	P
42	En liasse Document intitulé « Golf Québec 9 septembre 2003 » et « Cocktail Québec 26 novembre 2003 »	CEPNJ	2010-09-16	P
43	Sommaire des activités « Golf Québec » et « Cocktail Est du Québec » 2002-2003	CEPNJ	2010-09-16	P
44 Cartable	Document au soutien du témoignage de Me Georges Lalande	CEPNJ	2010-09-20	P
45 Carnet	Original de l'agenda 2002-2003 de Me Georges Lalande	CEPNJ	2010-09-20	C
46 Carnet	Original de l'agenda 2003-2004 de Me Georges Lalande	CEPNJ	2010-09-20	C
47	Coupure de presse de Denis Lessard du journal La Presse, 11 septembre 2003 « <i>Patrons et syndiqués s'unissent pour bloquer la réforme des tribunaux administratifs</i> »	M. Jean Charest	2010-09-20	P
48	Notes – Aide mémoire préparé par Me Georges Lalande	M. Jean Charest	2010-09-21	P
49	Extraits de l'agenda 2009-2010 de Me Georges Lalande	M. Jean Charest	2010-09-21	P
50	Extraits de l'agenda 2010-2011 de Me Georges Lalande	M. Jean Charest	2010-09-21	P
51 Cartable	Documents au soutien des témoignages de MM. Norman MacMillan et Michel Després	CEPNJ	2010-09-21	P

Cotes de confidentialité :

P : « public »

C : « confidentiel »

S : « sous scellés »

3

Numéro de la pièce	Nom du document ou du cartable	Déposé par	Date du dépôt	Cote de confidentialité
52	Registre journalier des visiteurs à l'Édifice Honoré-Mercier	CEPNJ	2010-09-21	P
53	Registre d'appels téléphoniques au BPM	CEPNJ	2010-09-21	P
54	Article daté du 15 avril 2010 du Journal de Montréal intitulé : « Un collecteur avait connu un juge dans le parti », par Dany Doucet	CEPNJ	2010-09-21	P
55	Facture du restaurant Michelangelo en date du 21 juin 2004 et relevé de carte de crédit pour le golf en date du 12 juillet 2004	CEPNJ	2010-09-21	P
56	Post It indiquant le numéro de téléphone de M. Franco Fava à la maison (<i>Sous scellés</i>)	Barreau du Québec	2010-09-23	S
57	NON DÉPOSÉ : Numéro de téléphone du cellulaire de M. Franco Fava (année 2003)	Barreau du Québec	2010-09-23	S
58	Document de vérification du répertoire téléphonique résidentiel de M. Franco Fava – Remis par Me André Dugas (exemplaire papier déposé le 2010-09-24)	CEPNJ	2010-09-23	P
59	Coupure de presse du Journal Le Soleil, de M. François Bourque publiée le 1 ^{er} mai 2010 « <i>Franco Fava : l'homme de l'ombre</i> »	Me Marc Bellemare	2010-09-23	P
60	TVA Nouvelles – Révélations-Chocs « <i>Franco Fava nie en bloc</i> » du 13 avril 2010	Me Marc Bellemare	2010-09-23	P
61	Coupure de presse du Journal de Montréal « <i>Marcel, les avocats et la « famille</i> » » du 17 septembre 2010 de Mathieu Turbide	Me Marc Bellemare	2010-09-23	P
62	Coupure de presse du Journal de Québec du 17 septembre 2010 « <i>Il est normal de subir des pressions des collecteurs de fonds – Me Boily</i> » de Geneviève Lajoie	Me Marc Bellemare	2010-09-23	P
63 Cartable	Documents au soutien des témoignages de Mme Chantal Landry, M. Stéphane Bertrand et du Premier ministre Jean Charest	CEPNJ	2010-09-23	P
64	Article du journal Le Devoir.com (La presse canadienne 13 avril 2010) « <i>Charest se défend d'exposer les candidats à la magistrature aux pressions</i> »	Me Marc Bellemare	2010-09-24	P
65	Article du journal Le Soleil du samedi 17 avril 2010 « <i>Nomination des juges – Une semaine de contradictions</i> » de Élisabeth Fleury	Me Marc Bellemare	2010-09-24	P
66	Compte-rendu de consultation des notes personnelles de M. Stéphane Bertrand	CEPNJ	2010-09-27	P
67	Registre journalier des visiteurs – Édifice Honoré-Mercier – 18 février 2005 au 18 avril 2007 (Relevé des noms de Franco Fava, Charles Rondeau) et affidavit de Jean Boulé, responsable de l'accès aux documents au ministère de la Sécurité publique	CEPNJ	2010-09-27	P

Numéro de la pièce	Nom du document ou du cartable	Déposé par	Date du dépôt	Cote de confidentialité
67 A	Registre journalier des visiteurs indiquant la présence de M. Marcel Leblanc au bureau du premier ministre entre le 18 février 2005 et le 5 avril 2007	CEPNJ	2010-09-27	P
68	Liste des directions des ministères – Édition octobre 1987	Me Marc Bellemare	2010-09-27	P
69	Répertoire des directions des ministères – le 1 ^{er} décembre 1992	Me Marc Bellemare	2010-09-27	P
70	Copie du site internet du Secrétariat aux emplois supérieurs	Me Marc Bellemare	2010-09-27	P
71	En liasse « Liste des membres du cabinet du premier ministre du Québec de novembre 1995 à janvier 2003 »	M. Jean Charest	2010-09-27	P
72 Cahier boudiné	Documents au soutien du témoignage de Me Suzanne Comtois	CEPNJ	2010-09-28	P
73 Cartable	Documents au soutien du témoignage de Mme Gisèle Pagé	CEPNJ	2010-09-28	P
74 Cahier boudiné	Documents au soutien du témoignage des représentants du Tribunal administratif du Québec	CEPNJ	2010-09-28	P
75 Cahier boudiné	Documents au soutien du témoignage du secrétaire général associé aux emplois supérieurs	CEPNJ	2010-09-28	P
76 Cahier boudiné	Document sélectionnés concernant le processus de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommées membres du Tribunal administratif du Québec (Concours)	CEPNJ	2010-09-28	P
77 Cahier boudiné	Document au soutien du témoignage de Me Marc Sauvé	CEPNJ	2010-09-28	P
78 Cartable	Documents sélectionnés concernant le processus de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommées membres du Tribunal administratif du Québec (guides d'entrevues) – <u>Sous scellés</u>	CEPNJ	2010-09-28	S
79 Cartable	Documents d'informations, examen de type, « mise en situation professionnelle », TAQ. – <u>Sous scellés</u>	CEPNJ	2010-09-27	S
80	Résumé des ETC autorisés et utilisés (TAQ)	CEPNJ	2010-09-28	P
81 Cartable	Documents au soutien des témoignages de Mes Jacques P. Dupuis, Yvon Marcoux et de Kathleen Weil	CEPNJ	2010-09-29	P
82	Article du Journal du Barreau « <i>Ministère cherche juge...</i> » de Marie-Annick Lalande (volume 36 – numéro 1 – 15 janvier 2004)	M. Jean Charest	2010-09-30	P
83 Cartable	Documents au soutien du témoignage de M. Paul Bégin	CEPNJ	2010-10-01	P
84	Article du journal The Gazette, 21 avril 2010, « <i>PQ veteran backs Charest on judges « Hello? Come back to Earth, » he writes</i> » par Philip Authier	Gouvernement du Québec	2010-10-01	P

Cotes de confidentialité :

P : « public »

C : « confidentiel »

S : « sous scellés »

Numéro de la pièce	Nom du document ou du cartable	Déposé par	Date du dépôt	Cote de confidentialité
85	Lettre de Me G. Battista à M. Stéphane Paré de Bell Canada et réponse de ce dernier RE demande d'information – relevés d'appels sur lignes filaires conventionnelles	CEPNJ	2010-10-01	P
86	Agenda du ministre de la Justice Marc Bellemare de mai 2003 à avril 2004	CEPNJ	2010-10-01	P
86 A	Nouvelle version de l'agenda du ministre de la Justice Marc Bellemare de mai 2003 à avril 2004 à laquelle certains changements ont été effectués	CEPNJ	2010-10-07	P
87	Procès-verbaux de l'Association libérale de Vanier pour les 2 septembre 2003, 26 octobre 2003 et 2 février 2004	CEPNJ	2010-10-01	P
88	Rapport d'expertise de M. Yvon Baril de FDR Forensic Data Recovery Inc. concernant la disquette de l'agenda du ministre Bellemare, le CD de l'agenda du ministre Bellemare ainsi que le CD des procès-verbaux de l'Association libérale de Vanier	CEPNJ	2010-10-01	P
89	Compte rendu des vérifications et demandes additionnelles effectuées par la Commission	CEPNJ	2010-10-01	P
90	Disquette de l'agenda du ministre Bellemare, le CD de l'agenda du ministre Bellemare ainsi que le CD des procès-verbaux de l'Association libérale de Vanier (<i>Sous scellés</i>)	CEPNJ	2010-10-01	S
91	Extraits du Journal des débats – Assemblée nationale – les 16 mars 2010, 17 mars 2010 et 18 mars 2010	M. Jean Charest	2010-10-01	P
92	Curriculum vitae de Me Linda Goupil	CEPNJ	2010-10-07	P
93	Vérifications : Registre journalier des visiteurs – Édifice Louis-Philippe-Pigeon	CEPNJ	2010-10-07	P
94	Vérifications : Agenda du ministre de la Justice Marc Bellemare	CEPNJ	2010-10-07	P
	Représentations de Mes Suzanne Côté et Patrick Girard	Gouvernement du Québec	2010-10-12	P
	Représentations de Me Jean-Claude Hébert	Tribunal adm. du Québec	2010-10-12	P
	Représentations de Me André Dugas	Parti libéral du Québec	2010-10-13	P
	Représentations de Me André Ryan	M. Jean Charest	2010-10-13	P
	Représentations de Me Chantal Chatelain	Conférence des juges	2010-10-13	P

ANNEXE VI

**Serment de membre
du Conseil exécutif
de M^e Marc Bellemare**

**SERMENT DE
MEMBRE DU CONSEIL EXÉCUTIF**

*Je déclare sous serment que je remplirai les devoirs de
ma charge de membre du Conseil exécutif avec honnêteté et justice
et que je ne ferai connaître, sans y être dûment autorisé(e), quoi que
ce soit dont j'aurai eu connaissance dans l'exercice de cette charge.*

SERMENT D'OFFICE

*Je déclare sous serment que je remplirai les devoirs de
ma charge de ministre de la Justice et Procureur général
avec honnêteté et justice.*


MARC BELLEMARRE

Déclaré devant moi

*à Québec, ce 29^e
d'avril 2003*

jour


Lieutenant-gouverneur

Attesté



Greffier du Conseil exécutif

**COPIE CONFORME
LE GREFFIER ADJOINT
DU CONSEIL EXÉCUTIF**



ANNEXE VII

**Décret concernant la levée,
aux fins de la Commission Bastarache,
du serment de confidentialité prêté
par certains membres du Conseil
exécutif et certaines autres personnes**



DÉCRET

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

NUMÉRO 507-2010

CONCERNANT la levée, aux fins de la Commission Bastarache, du serment de confidentialité prêté par certains membres du Conseil exécutif et certaines autres personnes

23 JUIN 2010

---ooo0ooo---

ATTENDU QUE, conformément à l'article 1 de la Loi sur les commissions d'enquête (L.R.Q., c. C-37), le gouvernement a constitué, par le décret 322-2010 du 14 avril 2010, la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec (Commission Bastarache) dont le mandat est le suivant :

1. enquêter sur les allégations formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée de tierces personnes dans ce processus, ainsi que sur le processus de nomination des juges des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec ;
2. formuler, le cas échéant, des recommandations au gouvernement sur d'éventuelles modifications à apporter au processus de nomination de ces juges et de ces membres;»;

ATTENDU QUE le 14 juin 2010, la Commission Bastarache a signifié son intention de couvrir, en relation avec son mandat et dans le cadre de son enquête, la période du 1^{er} janvier 2000 à ce jour;

ATTENDU QUE la Commission Bastarache a accordé le statut de participant au gouvernement le 15 juin 2010 notamment pour les motifs suivants :

«...il possède une importante documentation et peut autoriser ses agents à coopérer avec la Commission sans compromettre leur devoir de confidentialité ou de réserve.»;

ATTENDU QUE la Commission Bastarache a manifesté son intention de rencontrer, et possiblement de faire témoigner, les personnes ayant occupé, durant cette période, les fonctions de premier ministre et de ministre de la Justice ainsi que des personnes ayant assisté aux séances du Conseil des ministres;

ATTENDU QUE monsieur Jean Charest occupe la fonction de premier ministre depuis le 29 avril 2003;

ATTENDU QUE messieurs Marc Bellemare, Jacques Dupuis et Yvon Marcoux ont occupé les fonctions de ministre de la Justice et procureur général depuis le 29 avril 2003 et que madame Kathleen Weil occupe actuellement ces fonctions;

ATTENDU QUE ces personnes sont liées par le serment de confidentialité suivant qu'elles ont prêté comme membre du Conseil exécutif devant le lieutenant-gouverneur du Québec:

«Je déclare sous serment que je remplirai les devoirs de ma charge de membre du Conseil exécutif avec honnêteté et justice et que je ne ferai connaître, sans y être dûment autorisé, quoi que ce soit dont j'aurai eu connaissance dans l'exercice de cette charge.»;

ATTENDU QUE messieurs André Dicaire et Gérard Bibeau ont assisté, à titre de secrétaire général du Conseil exécutif, à des séances du Conseil des ministres;

ATTENDU QUE ces personnes sont liées par le serment de confidentialité suivant qu'elles ont prêté comme secrétaire général du Conseil exécutif respectivement devant la greffière adjointe du Conseil exécutif et le secrétaire général associé aux emplois supérieurs du ministère du Conseil exécutif:

«Je déclare sous serment (ou j'affirme solennellement) de plus que je ne révélerai et ne ferai connaître, sans y être dûment autorisé, quoi que ce soit dont j'aurai eu connaissance dans l'exercice de ma charge.»;

ATTENDU QU'il est dans l'intérêt public et le bon déroulement des travaux de la Commission Bastarache que ces personnes puissent répondre aux questions de la Commission Bastarache et qu'en conséquence elles soient relevées de leur serment de confidentialité;

IL EST ORDONNÉ, en conséquence, sur la recommandation du premier ministre :

QUE messieurs Jean Charest, Marc Bellemare, Jacques Dupuis et Yvon Marcoux ainsi que madame Kathleen Weil soient relevés du serment de confidentialité qu'ils ont prêté devant le lieutenant-gouverneur du Québec aux seules fins de répondre aux questions qui leur sont posées par le commissaire Bastarache et les parties dont le statut de participant a été reconnu sur les matières qui font l'objet de l'enquête et de produire les documents qui leur sont demandés dans le cadre du mandat de la Commission ci-haut décrit, à

507-2010

la suite de la signification d'une assignation à comparaître ou d'une ordonnance à comparaître ;

QUE messieurs André Dicaire et Gérard Bibeau soient relevés du serment de confidentialité qu'ils ont prêté aux seules fins de répondre aux questions qui leur sont posées par le commissaire Bastarache et les parties dont le statut de participant a été reconnu sur les matières qui font l'objet de l'enquête et de produire les documents qui leur sont demandés dans le cadre du mandat de la Commission ci-haut décrit, à la suite de la signification d'une assignation à comparaître;

QUE toutes les personnes susmentionnées soient également relevées de ce serment aux fins de répondre à toutes les questions pouvant leur être posées et de déposer tous les documents pouvant être requis lors de la rencontre prévue à l'article 18 des Règles provisoires de procédure et de fonctionnement de la Commission;

QUE la présente levée de serment ne constitue pas une renonciation au droit de s'objecter à toute question et à la production de tout document pour tous motifs prévus par la loi ou les règlements.

COPIE CONFORME
LE GREFFIER ADJOINT
DU CONSEIL EXÉCUTIF



ANNEXE **VIII**

**Levée de l'engagement
pris par le ministre
de la Justice Marc Bellemare**



Gouvernement du Québec
Le premier ministre

Le 2 juillet 2010

**LEVÉE DE L'ENGAGEMENT PRIS PAR
MONSIEUR MARC BELLEMARE LE 16 OCTOBRE 2003**

Le 16 octobre 2003, monsieur Marc Bellemare s'est engagé à respecter la Directive concernant les règles applicables lors de la cessation d'exercice de certaines fonctions pour l'État que j'ai édictée en tant que premier ministre le 15 octobre 2003. Parmi ces règles, il y a celle qui prévoit qu'un ministre qui a cessé d'exercer ses fonctions pour l'État ne doit pas divulguer une information dont il a pris connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

À la suite des allégations formulées par monsieur Bellemare concernant le processus de nomination des juges des tribunaux judiciaires nommés par le gouvernement du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée de tierces personnes dans ce processus, le gouvernement a constitué la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec (Commission Bastarache) dont le mandat est le suivant :

«QUE, conformément à l'article 1 de la Loi sur les commissions d'enquête (L.R.Q., c. C-37), soit constituée une commission d'enquête dont le mandat est le suivant :

1. enquêter sur les allégations formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée de tierces personnes dans ce processus, ainsi que sur le processus de nomination des juges des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec ;
2. formuler, le cas échéant, des recommandations au gouvernement sur d'éventuelles modifications à apporter au processus de nomination de ces juges et de ces membres;»;

Compte tenu du fait qu'il est dans l'intérêt public et le bon déroulement des travaux de la Commission Bastarache que monsieur Bellemare puisse répondre aux questions de cette Commission, je le relève par la présente de l'engagement pris le 16 octobre 2003, aux seules fins de répondre aux questions qui lui seront posées

...2

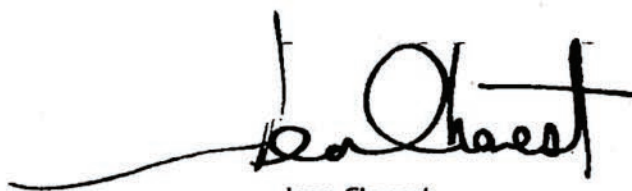
par le commissaire Bastarache et par les parties dont le statut de participant a été reconnu sur les matières qui font l'objet de l'enquête et de produire les documents qui lui seront demandés dans le cadre du mandat de la Commission ci-haut décrit, à la suite de la signification d'une assignation à comparaître ou d'une ordonnance à comparaître.

La présente levée ne dispense pas monsieur Bellemare de prendre toutes les dispositions nécessaires pour protéger la confidentialité des informations nominatives qu'il communiquera à la Commission Bastarache, le cas échéant.

La présente levée vaut également aux fins de permettre à monsieur Bellemare de répondre à toutes les questions pouvant lui être posées et de déposer tous les documents pouvant être requis de lui lors d'une rencontre tenue suivant l'article 18 des Règles provisoires de procédure et de fonctionnement de la Commission.

La présente levée ne constitue toutefois pas une renonciation au droit de s'objecter à toute question et à la production de tout document pour tous motifs prévus par la loi ou les règlements.

Le premier ministre,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jean Charest', with a long horizontal flourish extending to the left.

Jean Charest

ANNEXE IX

Assignation à comparaître :

- M^e Andrée Giguère,
ministère de la Justice

Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec

ASSIGNATION À COMPARAÎTRE (MINISTÈRE DE LA JUSTICE)

À l'attention de : **M^e Andrée Giguère**
Directrice
Bureau du sous-ministre
Ministère de la Justice du Québec
1200, route de l'Église
Québec (Québec)
G1V 4M1

I. Témoignage

En vertu des pouvoirs conférés à l'honorable Michel Bastarache par décret du Gouvernement du Québec (No. 322-2010) et par l'article 9 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, il est ordonné de vous présenter au 1091 Grande-Allée Ouest, G1S 4Y7, Québec, province de Québec, devant le Commissaire Bastarache, le 23 août 2010 à 9 h 30, ou à toute autre date à être déterminée par la Commission, afin de témoigner relativement aux questions suivantes :

1. Les allégations formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée de tierces personnes dans ce processus, ainsi que sur le processus de nomination des juges des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec.

II. Informations

En vertu des pouvoirs conférés à l'honorable Michel Bastarache par décret du Gouvernement du Québec (No. 322-2010) et par l'article 9 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, il est ordonné que vous produisiez au Commissaire Bastarache, aux bureaux de la Commission situés au 1091 Grande-Allée Ouest, G1S 4Y7, Québec, province de Québec, le lundi 28 juin 2010 à 9 h 30, les informations suivantes, conformément aux Annexes « A » et « B » des présentes :

1. Une liste des noms, incluant le titre de leur fonction, ainsi que les adresses, numéros de téléphone, numéros de télécopieur et adresses courriel, de toute personne impliquée dans le processus de nomination des juges de la Cour du Québec et des cours municipales, depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires, incluant :
 - a. La liste des ministres de la Justice;
 - b. La liste des chefs de cabinet des ministres de la Justice;
 - c. La liste des sous-ministres de la Justice;
 - d. La liste des coordonnateurs aux comités de sélection au ministère de la Justice;
 - e. Les organigrammes de l'organisation hiérarchique du ministère de la Justice;
 - f. L'identité de toutes les personnes impliquées, à votre connaissance, au ministère de la Justice, dans le processus de nomination des juges de la Cour du Québec et des cours municipales, incluant le personnel de soutien, et les organigrammes pertinents;
 - g. L'identité de toutes les personnes avec qui vous avez eu un contact ou un échange, au sein des cabinets politiques des ministres de la Justice et des cabinets politiques des premiers ministres, concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec et des cours municipales, incluant le personnel de soutien;
 - h. L'identité de toutes les personnes avec qui vous avez eu un contact ou un échange, au sein du Gouvernement du Québec, concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec et des cours municipales, incluant le personnel de soutien;

2. Une liste des personnes nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires;
3. Une liste des membres des comités de sélection des personnes aptes à être nommées juges à la Cour du Québec et aux cours municipales, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires : représentant de la magistrature; représentant du Barreau; membre civil.

III. Documents

En vertu des pouvoirs conférés à l'honorable Michel Bastarache par décret du Gouvernement du Québec (No. 322-2010) et par l'article 9 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, il est ordonné que vous produisiez au Commissaire Bastarache, aux bureaux de la Commission situés au 1091 Grande-Allée Ouest, G1S 4Y7, Québec, province de Québec, le lundi 28 juin 2010 à 9 h 30, conformément aux Annexes « A » et « B » des présentes, tous les documents qui sont en votre possession, sous votre surveillance ou contrôle, ou en possession, sous la surveillance ou le contrôle du ministère de la Justice, se rapportant aux sujets ayant été énumérés ci-haut, incluant :

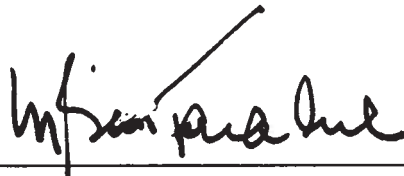
1. Les règles, directives, procédures, manuels ou autres documents de même nature, ayant trait à la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, et toutes les modifications aux documents en question, depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour;
2. Toute la correspondance relative aux demandes d'ouverture de concours pour les juges de la Cour du Québec et des cours municipales ainsi que les avis de sélection publiés suite à ces demandes, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires;
3. La liste de toutes les candidatures reçues par le ministre de la Justice, son cabinet politique ou le ministère de la Justice, suite aux avis de sélection publiés pour la Cour du Québec et les cours municipales, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires;
4. Tous les documents relatifs à la constitution des comités de sélection des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, ainsi qu'à la sélection et la nomination de leurs membres,

pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires;

5. La liste de toutes les personnes qui ont composé tous les comités de sélection des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires;
6. Les dossiers transmis aux comités de sélection en vue de l'établissement des listes des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires;
7. Les rapports, incluant les dissidences, préparés par les comités de sélection des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, transmis au ministre de la Justice, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, pour tous les districts judiciaires;
8. Les listes de distribution et l'identité des personnes à qui sont transmis les rapports des comités de sélection des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, ainsi que tous les documents relatifs à cette distribution ou transmission, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour;
9. Tous les documents préparés, reçus ou transmis, suite à la réception des rapports des comités de sélection des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, pour les concours publiés depuis le 1^{er} janvier 2000 jusqu'à ce jour, incluant :
 - a. La correspondance entre le ministère de la Justice, incluant le coordonnateur à la sélection des juges, d'une part, et d'autre part, le cabinet politique du ministre de la Justice; le premier ministre ou son cabinet politique; le ministère du Conseil exécutif; les membres du Conseil des ministres ou leur personnel politique; les membres de l'Assemblée Nationale; ou toute autre personne; relative aux listes des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, aux personnes sur ces listes ou aux nominations projetées à la Cour du Québec ou aux cours municipales;
 - b. La correspondance interne au sein du ministère de la Justice, relative aux listes des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, aux personnes sur ces listes ou aux nominations projetées à la Cour du Québec ou aux cours municipales;

- c. Les notes d'information, de recommandation ou de décision, incluant les notes explicatives du ministre de la Justice, relatives aux listes des personnes aptes à être nommées juges de la Cour du Québec et des cours municipales, aux personnes sur ces listes et aux nominations projetées à la Cour du Québec ou aux cours municipales.

Fait ce 14^e jour de juin 2010, à Québec

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Michel Bastarache', written over a horizontal line.

**L'Honorable Michel Bastarache,
Commissaire**

ANNEXE « A »

Définitions :

1. « Document » signifie et comprend tout mémo, donnée, analyse, rapport, procès-verbal, notes de breffage, soumission, correspondance, dossier, agenda, journal personnel, note, étude, enquête, examen, test, fichier, courriel ou toute autre forme de dossier ou de communication électronique ou manuscrite, faites tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du ministère de la Justice, ou envoyés par ou ayant été reçu de sources externes, qui est en possession, sous la garde ou le contrôle du ministère de la Justice ou de ses agents, dirigeants, préposés, contractants, mandataires, incluant tout employé actuel ou ayant été à l'emploi du ministère de la Justice. Pour plus de certitude, sont inclus les documents qui se trouvent en dehors des locaux usuels d'entreposage et les documents archivés;
2. « Gouvernement du Québec » signifie et comprend, sans limiter la généralité de ce qui précède, toute personne, institution, ministère, organisation, employé travaillant pour, au nom du, ou en partie pour le Gouvernement du Québec, incluant notamment :
 - a. Les employés du Gouvernement du Québec;
 - b. Le ministère de la Justice et ses employés;
 - c. Le ministère du Conseil exécutif et ses employés;
3. « Ministre » inclut tout ministre actuel et ancien membre du Conseil des ministres, incluant le premier ministre.

ANNEXE « B »

Directive :

1. Les originaux des documents transmis ainsi que toute copie de ces documents déjà existante doivent être mis à la disposition de la Commission;
2. Dans le cas des documents, fichiers et communications électroniques, ou qui se trouvent sur support numérique, ceux-ci ne doivent pas être copiés, altérés ou manipulés de quelque manière qui pourrait avoir pour conséquence que leur contenu s'en trouve altéré, endommagé, perdu, rendu inutilisable ou illisible. Tout disque dur doit également être préservé.

REÇU COPIE POUR VALOIR SIGNIFICATION,

Québec, le 15 juin 2010

*sous réserve de toute
objection à la production
de tout document mentionné
au présent subpoena*



Me Suzanne Côté, Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l.
pour le Gouvernement du Québec

ANNEXE **X**

**Rapport préliminaire
de *Navigant Conseil LJ Inc.***

**COMMISSION
D'ENQUÊTE SUR LE
PROCESSUS DE
NOMINATION DES JUGES
DU QUÉBEC**

**Rapport préliminaire suite à
l'examen de 19 dossiers de
candidatures**

Québec, le 24 août 2010

Privilegié et confidentiel
Protégé par le privilège avocat-client

COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES DU QUÉBEC

Rapport préliminaire suite à l'examen de 18 dossiers de candidatures

TABLE DES MATIÈRES

1.0	INTRODUCTION	1
1.1	Mandat confié à NCI	1
1.2	Objet de ce rapport et restrictions d'utilisation.....	1
1.3	L'expertise.....	2
1.4	Déclaration d'indépendance et d'objectivité	2
2.0	SOURCES D'INFORMATIONS UTILISÉES	4
2.1	Introduction.....	4
2.2	Composition des dossiers de candidatures sous examen	5
3.0	CONSTATS	7
3.1	Analyse des dossiers	7
3.2	Conclusion et travaux subséquents	9

ANNEXE

1. Curriculum vitae – Guylaine Leclerc, FCA, CA•EJC, CFE

1.0 INTRODUCTION

1.1 Mandat confié à NCI

Les services de Navigant conseil LJ inc. ont consisté à examiner 19 dossiers de candidatures à des postes de juges à la Cour du Québec et la Cour municipale afin d'identifier toutes irrégularités et d'établir, éventuellement, si l'examen de l'ensemble des dossiers pourrait permettre un éclairage supplémentaire sur le processus de nomination. Plus spécifiquement notre mandat a consisté à :

- convenir de la nature précise de la recherche à effectuer avec les avocats de la Commission ;
- préparer le plan de travail et le canevas d'analyse ;
- procéder à l'examen détaillé de chacun des dossiers ;
- compiler les informations, analyser et extraire les renseignements pertinents ;
- établir les constats ;
- rédiger un projet de memorandum présentant les conclusions et dégager des recommandations pour un éventuel élargissement de la recherche ;
- rédiger le rapport final.

1.2 Objet de ce rapport et restrictions d'utilisation

Ce rapport ne doit pas être considéré comme un document aux fins de publication ou de circulation en général. De même, il ne peut être reproduit sous quelque forme que ce soit, ni utilisé pour aucune autre raison que celle précédemment mentionnée, ceci sans notre accord écrit au préalable, pour chacune des circonstances. Nous n'assumons aucune responsabilité de quelque nature que ce soit pour toutes pertes qui pourraient être occasionnées à qui que ce soit, si de telles pertes devaient résulter de la mise en circulation, de la publication, de la reproduction ou de l'utilisation de ce rapport de façons autres que celles énoncées au présent paragraphe.

Ce rapport est basé sur la documentation et l'information suivante :

- dossiers de candidatures originaux dont les avis furent émis entre le 1^{er} septembre 2002 et le 15 mars 2004;
- dossier de candidatures numéro CQ-149, dont l'avis est daté du 15 juin 2002 ;
- copies des dossiers de candidatures remis à la Commission ;
- rencontre avec Me Andrée Giguère, coordonnatrice à la sélection des juges au ministère de la Justice du Québec ;
- règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges.

Dans l'éventualité où des informations et/ou des documents additionnels nous étaient communiqués après la publication de ce dernier et que ces informations ou documents avaient une incidence sur les résultats de nos travaux, nous nous réservons le droit d'examiner et d'analyser ces nouveaux éléments et de réviser notre rapport, le cas échéant.

1.3 L'expertise

Navigant Conseil LJ inc. est une société affiliée à Navigant Consulting inc. (ci-après NCI). NCI propose des services d'experts au niveau de l'assistance en cas de litige, des enquêtes de nature financière, des services-conseils reliés à la gestion opérationnelle, de la gestion des risques, des mesures de conformité à la réglementation et des solutions d'affaires dans un cadre transactionnel. NCI compte des bureaux dans plus de 40 villes en Amérique du Nord, en Asie, en Europe et au Royaume-Uni.

1.4 Déclaration d'indépendance et d'objectivité

Les auteurs du présent rapport déclarent :

- qu'il a été préparé en toute indépendance et objectivité ;
- que leur rémunération n'est en aucune façon conditionnelle à la réalisation d'une action ou d'un événement qui serait la conséquence de son utilisation.

Ce rapport a été préparé par Guylaine Leclerc, FCA, CA•EJC, CFE conseiller spécial chez Navigant Consulting. Son curriculum vitae est présenté à l'**Annexe 1**.

Le présent rapport pourrait être déposé à la Commission et nous pourrions être appelés à témoigner à ce sujet.

2.0 SOURCES D'INFORMATIONS UTILISÉES

2.1 Introduction

Une première rencontre exploratoire eu lieu le 16 juillet 2010 dans les locaux de la Commission à Québec. Participaient à cette réunion, Me Giuseppe Battista, Me Simon Ruel, Me Élisabeth Ferland, Me Myriam Corbeil et Professeur Robert Leckey.

Le 17 août 2010, suite à la signature d'un protocole d'entente intitulé : « Entente de confidentialité et de non-divulgence », nous avons rencontré Me Andrée Giguère dans les locaux du ministère de la Justice du Québec. Elle nous a exposé en quoi consiste la composition de chacun des dossiers de candidatures et nous a expliqué que les dossiers précédant novembre 2005 n'incluent pas les curriculum vitae des candidats puisqu'ils ont été détruits. Seuls les dossiers des années 2006 et suivantes seraient complets. Les dossiers examinés, étant relatifs aux années 2002 à 2004, ne comportent donc pas les informations détaillées ayant servi à la détermination des candidats aptes à exercer la fonction de juge. Seule une liste de nom des candidats ayant soumis leurs candidatures est au dossier.

Nous avons eu accès à 19 dossiers de candidatures. Les dossiers de candidatures examinés ne comportaient pas les curriculum vitae des candidats, ni quelques notes prises par le comité de sélection dans le cours de leurs travaux.

2.2 Composition des dossiers de candidatures sous examen

Nous avons examiné en détail les dossiers suivants :

Numéro	Date de l'avis	Date de la nomination	Juge
CQ-149	15 juin 2002	28 janvier 2003	Serge Laurin
CQ-155	1 ^{er} novembre 2002	5 novembre 2003	Suzanne Vadboncoeur
CQ-157	1 ^{er} novembre 2002	26 novembre 2003	Marc Bisson
CQ-158	15 février 2003	31 mars 2004	Carole Brosseau
CQ-159	15 février 2003	28 avril 2004	Charles G. Grenier
CQ-160	15 février 2003	24 mars 2004	Line Gosselin Després
CQ-161	15 décembre 2003	16 juin 2004	Claude P. Bigué
CQ-162	15 décembre 2003	23 juin 2004	Marc E. Grimard
CQ-163	15 décembre 2003	23 juin 2004	Alain Désy
CQ-164	15 décembre 2003	23 juin 2004	Pierre Labbé
CQ-165	15 janvier 2004	23 juin 2004	Anne-Marie Jacques
CQ-166	15 janvier 2004	22 septembre 2004	Robert Proulx
CQ-167	15 mars 2004	8 décembre 2004	Michel Dionne
CQ-168	15 mars 2004	8 décembre 2004	Claude Montpetit
C-Mun.92	1 ^{er} septembre 2002	2 février 2005	Pierre J. Raiche
C-Mun.94	1 ^{er} novembre 2002	8 décembre 2004	Jacquelin Légaré
C-Mun.95	15 décembre 2002	4 mai 2005	Florent Bisson
			Pierre G. Bouchard
			Manon Bourbonnais
			Philippe E. Clément
			Robert Diamond
			Dominique B. Joly
			Denis Laberge
			Pascal Pillarella
			Alain St-Pierre
			Sophie Beauchemin
C-Mun.96	15 janvier 2003	8 décembre 2004	André Hotte
C-Mun.97	15 février 2003	8 décembre 2004	Jacques Ouellet

Pour la période sous examen, les dossiers de candidatures comportaient généralement les informations suivantes :

- lettre adressée au ministre de la Justice par le juge en chef ou son représentant demandant de publier un avis pour un ou des postes à combler ;
- l'avis de sélection des personnes aptes à être nommées juges ;
- les informations et correspondances relatives à la nomination des membres du comité de sélection ;
- serments des membres du comité de sélection des juges ;
- liste des candidats – cette information n'a pas été transmise à la Commission ;
- lettre adressée au ministre par le président du comité de sélection présentant les personnes aptes à être nommées – cette information n'a pas été transmise à la Commission ;
- dans certains cas, liste des candidats identifiés aptes lors de processus précédents et qui sont éligibles pour le concours en cours – cette information n'a pas été transmise à la Commission.

3.0 CONSTATS

3.1 Analyse des dossiers

Nous avons présenté en annexe, dans un cahier distinct l'analyse détaillée dénominalisée afférente à chacun des dossiers de candidatures. On y retrouve certaines informations spécifiques aux candidats soit, le sexe, l'année d'admission au Barreau, l'identité des personnes se retrouvant sur la liste des candidats aptes à exercer la fonction de juge, et enfin, le ou les candidat(s) nommé(s). Nous avons aussi compilé le nom des membres du comité de candidatures et certains commentaires recueillis au sein des dossiers.

Nous avons également détaillé, en évitant toute mention nominative, les divers documents et correspondances présents au dossier. De plus, nous les avons annoté d'un énoncé à l'effet que ce document se retrouve ou pas dans la copie du dossier remise à la Commission. Nous avons examiné en détail 19 dossiers. Pour un des dossiers analysés, la candidature du juge nommé (CQ-157) avait été présentée dans un concours antérieur (CQ-149), en dehors de la période sous examen. Nous avons donc examiné le dossier CQ-149 pour entériner que ledit juge avait bel et bien été identifié apte dans une période précédente et toujours valide tel que prévu à l'article 22 du règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges.

Tous les dossiers examinés étaient conformes au processus de sélection des personnes aptes à être nommées juge tel que stipulé au règlement. Dans dix-sept dossiers examinés, le juge nommé faisait parti de la liste soumise dans ce concours spécifique. Dans deux concours, le ministre exerça sa prérogative de sélectionner un candidat apte provenant d'une liste antérieure mais toujours valide en conformité avec l'article 22.

Les dossiers pour lesquels le ministre n'a pas sélectionné les candidats dans la liste du comité actif mais dans une liste précédente en vertu de l'article 22 sont les suivants :

DOSSIER NOMME	DATE AVIS NOMME	VILLE	JUGE NOMME	DOSSIER CANDIDAT	DATE AVIS CANDIDAT	VILLE
CQ-157	1 ^{er} novembre 2002	Longueuil	Marc Bisson	CQ-149	15 juin 2002	Hull
CQ-166	15 janvier 2004	Québec	Robert Proulx	CQ-165	15 janvier 2004	Longueuil

Dossier CQ-157

Relativement au dossier CQ-157, quinze candidats ont posé leurs candidatures, deux d'entre eux se sont désistés et des 13 restant trois furent identifiés aptes, soit trois hommes dont les années d'admission au barreau sont 1971, 1975 et 1980.

Un historique des vérifications faites auprès de la Sûreté du Québec était présent au dossier original examiné dans les locaux du Ministère de la Justice du Québec. Cet historique fait état que des vérifications auprès de la SQ ont été demandées pour les trois candidats. Une première demande le 23 octobre 2003 pour le candidat Homme Barreau 1980, une seconde demande le 3 novembre 2003 pour les candidats Homme Barreau 1971 et Homme Barreau 1975.

Toujours selon l'historique présent au dossier, à une date inconnue, une nouvelle demande aurait été effectuée à la Sûreté du Québec pour le candidat Bisson. Il y est mentionné que le 7 novembre 2003 serait la date du « Rapport SQ ».

Dossier CQ-166

Quant au dossier CQ-166, 50 personnes ont posées leurs candidatures, six d'entre elles se sont désistées. Une liste de quatre candidats aptes à exercer les fonctions de juge fut soumise au ministre. Aucun des quatre candidats ne fut retenu dans ce concours. Le juge nommé avait été identifié apte dans le concours CQ-165 en conformité avec l'article 22 du règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges.

3.2 Conclusion et travaux subséquents

Les dossiers examinés comportent peu d'information permettant de déterminer dans quelle mesure les qualifications d'un candidat ont favorisé ou non sa sélection. Le fait qu'il y ait absence d'information détaillée avant novembre 2005 tels que : curriculum vitae, notes des comités de candidatures, procès verbaux de réunions, rapports de vérifications de la Sûreté du Québec, nous croyons qu'un élargissement des travaux d'analyses et de recherche dans de telles conditions apportera peu d'éclairage à la Commission.

L'examen des dix-neuf dossiers a démontré que le processus documenté est conforme et n'amène pas d'informations supplémentaires sur le processus non documenté.

NAVIGANT CONSEIL LJ INC.



Guylaine Leclerc, FCA, CA•EJC, CFE
Conseiller spécial

Guylaine Leclerc

580 Grande-Allée Est, Bureau 360
Québec, (Québec) G1R 2K2
CANADA
Tél : 418-948-2403
Fax : 418-780-3191

guylaine.leclerc@navigantconsulting.com

Formation académique et professionnelle

- 2004 Fellow de l'Ordre des comptables agréés du Québec
- 2000 CA expert en juricomptabilité (CA•EJC)
- 1997 Certified Fraud Examiner (CFE)
- 1988 Comptable agréée (CA)

Carrière professionnelle

- Juricomptable – indépendante
- 1997 à septembre 2009
Leclerc Juricomptables Navigant Consulting
(et sociétés antérieures)
- 1996-1997
Sûreté du Québec
- 1991 – 1996
Laboratoire de science judiciaire et de médecine légale
- 1988- 1991
Vérificateur général du Québec
- 1986-1988
Maheu Noiseux-Comptables agréés

Distinctions

- Prix Walter J. Macdonald pour le meilleur article de langue française publié dans la revue CA Magazine 2001.
- Prix Walter J. Macdonald pour le meilleur article de langue française publié dans la revue CA Magazine en 1996.
- Prix Kenneth R. Wilson Memorial Award dans la catégorie « Meilleur article de fond » remis par la *Canadian Business Press* pour l'article intitulé « Blanc comme neige » 1996

Guylaine Leclerc FCA, CA•EJC, CFE

Expérience professionnelle

Guylaine Leclerc est la fondatrice de Leclerc Juricomptables, qui est devenu membre du groupe Navigant Consulting en février 2007. Depuis le 1^{er} octobre 2009, Madame Leclerc agit comme consultante indépendante mais demeure conseiller spécial à la firme Navigant Consulting. Mme Leclerc possède une solide expérience de la pratique de la juricomptabilité, tant dans des dossiers à caractère civil et commercial que dans le cadre d'enquêtes de nature criminelle. À cet effet, elle a réalisé de nombreux mandats importants à l'échelle nationale et internationale. À ce titre, elle a agi à plusieurs reprises comme expert dans des dossiers importants concernant des litiges civils et commerciaux. Au cours des quinze dernières années, elle a travaillé en étroite collaboration avec plusieurs corps policiers importants. Elle possède aussi une vaste expérience et une grande expertise dans le domaine relié aux enquêtes de blanchiment d'argent.

Elle a agi à maintes reprises à titre de témoin expert devant différents tribunaux, enquêtes publiques et tribunaux d'arbitrage.

Mme Leclerc est l'associée responsable de la conception et de la réalisation de sessions de formation professionnelle en enquête, prévention de la fraude et sur la loi sur le blanchiment d'argent qui ont été données à plus de 12000 employés d'institutions financières majeures et organismes de réglementation.

Exemples de réalisations

Mandatée par la Cour en tant qu'expert dans le cadre d'un litige où des actionnaires minoritaires d'une importante société canadienne allèguent oppression à l'encontre des dirigeants, administrateurs, avocats, comptables agréés et actionnaires majoritaires de ladite société. La nomination à titre d'expert fut entérinée par l'ensemble des dix-sept avocats impliqués au dossier.

Mandatée par l' « *Autorité des marchés financiers* » (l'organisme de régie des marchés financiers du Québec) pour mener l'enquête

sur le cas de Norbourg, une des plus importantes fraudes dans les marchés financiers commises au Canada.

Mandatée comme expert indépendant par la Commission d'enquête Gaspésia sur les dépassements et les retards de construction de la *Société Papiers Gaspésia*.

Mandatée par la Cour, à titre d'expert indépendant, pour quantifier les pertes subies par une importante compagnie de construction dans un cas de fraude. La nomination d'expert fut entérinée par l'ensemble des parties.

Mandatée par la Cour pour agir en tant qu'expert indépendant pour procéder à l'évaluation d'états financiers relativement à une situation complexe impliquant le Conseil de bande d'une réserve. La nomination d'expert fut entérinée par l'ensemble des parties.

Mandatée par Justice Canada pour agir en tant qu'expert en blanchiment d'argent dans un cas de litige entre le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec contre le Procureur de la Couronne du Canada.

Mandatée par l'Agence canadienne de développement international (ACDI) pour mener une vérification de conformité au Sénégal.

Mandatée par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) comme témoin expert dans un dossier relié à une infraction de contrat dans la conception, la construction et l'installation d'un aéroport à Hanoï, Vietnam.

Conférences

A donné de nombreuses conférences au Canada, en France et en Afrique de l'Ouest sur les sujets liés à la juricomptabilité.

Activités professionnelles:

- Membre du groupe de travail de l'OCDE à Paris intitulé : « Internal Controls and Audit : Ensuring Public Sector Integrity and Accountability » (depuis avril 2010)
- Membre du Comité de vérification de l'Agence des services frontaliers du Canada (depuis septembre 2009)
- Membre du Comité de l'inspection et pratique professionnelle de l'Ordre des comptables agréés du Québec. (depuis septembre 2005)
- Membre du Conseil d'administration de la Chambre de commerce de Québec (depuis 2004 et membre du comité exécutif depuis 2008)
- Présidente du Comité des normes de juricomptabilité – Alliance pour l'excellence en juricomptabilité de l'Institut canadien des comptables agréés (mars 2001 à juillet 2002).

- Membre du Comité organisateur d'un colloque international sur le blanchiment d'argent tenu à Montréal en octobre 2001. Le colloque a réuni 650 intervenants provenant de 50 pays qui ont traité de la recherche et l'application de solutions globales fondées sur l'harmonisation des systèmes juridiques et de la coopération multidisciplinaire internationale. Elle a agi comme porte-parole lors d'entrevues avec les médias et conférences de presse.
- Membre fondateur du Conseil d'administration – Alliance pour l'excellence en juricomptabilité de l'Institut canadien des comptables agréés (1998 à 2002).
- Membre du comité de certification pour l'accréditation du titre de spécialiste juricomptable auprès de l'alliance pour l'excellence en juricomptabilité (1998 à 2002).
- Membre du Comité d'expertise de la profession – L'Ordre des Comptables agréés du Québec (jusqu'en 1998).
- Membre d'un groupe de travail sur la spécialisation juricomptable – L'Ordre des Comptables agréés du Québec (1997).

Publications :

- Fraude : quels remèdes pour quels maux?: Article écrit en collaboration avec Olivier Gallet, France, portant sur l'impact de la loi « Sarbanes Oxley » sur la prévention et la détection d'actes frauduleux - Revue française de comptabilité (juillet-août 2004).
- Garder les mains propres : Article portant sur la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité - CA Magazine (octobre 2001).
- Le blanchiment d'argent? Ça ne me concerne pas!!!: Article portant sur la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et écrit en collaboration avec Éric Lavoie – Info-VI(juin 2001).
- Le CA en tant que témoin expert : Article portant sur le rôle des comptables agréés comme témoins experts et présentant quelques techniques de témoignage – Revue Bilan (février 1999).
- Blanc comme neige : Article portant sur le rôle des comptables agréés sur les activités de blanchiment d'argent – CA Magazine (septembre 1996).
- Co-auteur d'une étude pancanadienne : étude portant sur le rôle du juricomptable dans les dossiers de blanchiment d'argent. Cinquante-six collaborateurs ayant participé à des enquêtes sur le blanchiment d'argent furent interviewés, dont des enquêteurs, membres dirigeants de la GRC, procureurs et juricomptables, dans les principales villes du Canada.

ANNEXE **XI**

Engagement de l'avocat

ENGAGEMENT DE L'AVOCAT ENVERS LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES DE LA COUR DU QUÉBEC, DES COURS MUNICIPALES ET DES MEMBRES DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

1. Je m'engage envers la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec (« Commission ») à utiliser les documents et renseignements qui me seront divulgués uniquement dans le contexte des travaux de la Commission. Je comprends que ces documents et renseignements sont confidentiels et qu'ils ne doivent pas être divulgués ou dévoilés à quiconque et qu'ils ne seront pas rendus publics, sauf dans les conditions prévues dans le présent engagement (« Engagement de l'avocat »).
2. Je comprends que ces documents et renseignements ont été obtenus par la Commission et qu'ils demeurent sous son autorité.
3. Je m'engage à toujours conserver ces documents et renseignements dans un endroit sûr, sous mon autorité.
4. Je m'engage à ne pas divulguer ou dévoiler ces documents ou renseignements à une personne que je ne représente pas devant la Commission.
5. Je suis autorisé(e) à partager avec mon client des documents ou renseignements qui m'ont été divulgués si à mon avis il a besoin d'en prendre connaissance, dans le lieu sûr mentionné au paragraphe 3 de l'Engagement de l'avocat, et seulement si mon client signe l'Engagement de participant envers la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec (« Engagement de participant »). Je veillerai à ce que toutes les personnes que je représente et avec lesquelles je devrai partager des documents et renseignements signent l'Engagement de participant.
6. Les originaux dûment signés de l'Engagement de l'avocat et de l'Engagement de participant seront remis à la Commission sans délai.
7. Je comprends qu'un avocat de la Commission peut demander que tout document ou renseignement couvert par l'Engagement de l'avocat soit renvoyé à la Commission, remplacé ou détruit. Si un avocat de la Commission me fait une telle demande, je m'engage à y donner suite en conformité avec les procédures adoptées par la Commission.
8. Je comprends que des suppressions ou autres mesures de confidentialité peuvent être adoptées ou appliquées par la Commission en ce qui concerne les documents ou les renseignements qui me seront divulgués.
9. Je comprends que le Commissaire peut imposer des sanctions pour toute violation à l'Engagement de l'avocat et à l'Engagement de participant.
10. L'Engagement de l'avocat n'a plus aucun effet à l'égard des documents et renseignements une fois qu'ils ont été produits en preuve lors d'une audience de la Commission sauf ceux pour

lesquels le Commissaire pourrait avoir émis une interdiction de divulgation, de publication, de diffusion ou une ordonnance de confidentialité.

11. Je m'engage à renvoyer à la Commission ou détruire, conformément aux procédures suivies par la Commission, les documents ou renseignements qui m'ont été divulgués ou qui me seront divulgués et qui demeurent assujettis à l'Engagement de l'avocat à la fin des travaux de la Commission.

Signature de l'avocat(e)

Signature d'un témoin

Nom de l'avocat(e) (en caractères d'imprimerie)

Nom du témoin (en caractères d'imprimerie)

Participant représenté par l'avocat(e)

Date

Date

ANNEXE **XII**

Engagement du participant

**ENGAGEMENT DE PARTICIPANT ENVERS LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE
PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES DE LA COUR DU QUÉBEC, DES COURS
MUNICIPALES ET DES MEMBRES DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

1. Je m'engage envers la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec (« Commission ») à ce que les documents et renseignements que mon avocat recevra de la Commission et qu'il partagera avec moi soient utilisés uniquement dans le contexte de ma participation à la Commission et qu'ils ne seront pas dévoilés à quiconque et qu'ils ne seront pas rendus publics.
2. Je comprends que ces documents et renseignements ont été obtenus par la Commission et qu'ils demeurent sous son autorité.
3. Je comprends que ces documents et renseignements me seront partagés uniquement dans la mesure où, selon mon avocat, je dois en prendre connaissance dans le contexte de ma participation aux travaux de la Commission.
4. Je comprends que le Commissaire peut imposer des sanctions pour toute violation au présent engagement de participant.
5. Le présent engagement de participant n'a plus aucun effet à l'égard des documents et renseignements une fois qu'ils ont été produits en preuve lors d'une audience de la Commission. Le Commissaire peut, sur demande, me dégager de l'obligation de respecter le présent engagement, ou une partie de celui-ci, en ce qui concerne un document ou des renseignements précis qui m'auront été partagés par mon avocat dans le contexte de ma participation aux travaux de la Commission.

Signature du (de la) participant(e)

Signature d'un témoin

Nom du (de la) participant(e) (en caractères
d'imprimerie)

Nom du témoin (en caractères d'imprimerie)

Avocat(e) du (de la) participant(e) (en caractères
d'imprimerie)

Date

Date

ANNEXE XIII

Décisions relatives à la demande de statut de participant :

- M. Jean Charest
- Gouvernement du Québec
- Conférence des juges du Québec
- Tribunal administratif du Québec
- Barreau du Québec
- Parti libéral du Québec
- M^e Marc Bellemare
- Opposition officielle

DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT DE L'HONORABLE JEAN CHAREST

- [1] L'honorable Jean Charest, Premier ministre du Québec, a demandé que le statut de participant lui soit accordé pour le volet portant sur les allégations de M^e Marc Bellemare.
- [2] Après avoir lu la demande écrite déposée au nom du Premier ministre du Québec et entendu les représentations de M^e André Ryan lors de l'audience publique du 14 juin 2010, je suis convaincu que le Premier ministre du Québec a un intérêt direct et important dans les travaux de la Commission.
- [3] D'une part, le Premier ministre est le premier responsable de la nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec en sa qualité de président du Conseil exécutif du Québec; d'autre part, M. Charest est interpellé directement dans la mesure où il est mentionné dans les allégations de M^e Marc Bellemare qui ont donné lieu à la création de la Commission.
- [4] J'accorde donc le statut de participant à l'honorable Jean Charest, Premier ministre du Québec.

Fait ce 15^e jour de juin 2010, à Québec

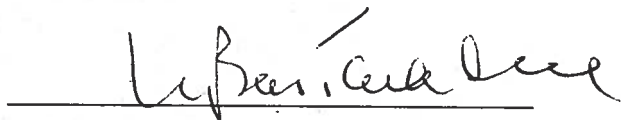


L'Honorable Michel Bastarache, Commissaire

DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT DU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

- [1] Le Gouvernement du Québec a demandé que le statut de participant lui soit accordé pour le volet portant sur les allégations de M^e Marc Bellemare.
- [2] Après avoir lu la demande écrite déposée au nom du Gouvernement du Québec et entendu les représentations M^e Suzanne Côté lors de l'audience publique du 14 juin 2010, je suis convaincu que le Gouvernement du Québec a un intérêt direct et important rencontrant ainsi les critères pour l'attribution du statut de participant aux travaux de la Commission.
- [3] D'une part, le Gouvernement du Québec est responsable de la mise en place et du fonctionnement du processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec; d'autre part, il possède une importante documentation et peut autoriser ses agents à coopérer avec la Commission sans compromettre leur devoir de confidentialité ou de réserve. De plus, il est utile qu'un seul interlocuteur agisse pour le grand nombre d'institutions, d'organismes et de ministères qui ont un rôle à jouer dans le processus de nomination des juges.
- [4] J'accorde donc le statut de participant au Gouvernement du Québec.

Fait ce 15^e jour de juin 2010, à Québec



L'Honorable Michel Bastarache, Commissaire

DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT DE LA CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC

- [1] La Conférence des juges du Québec a demandé que le statut de participant lui soit accordé pour le volet portant sur les allégations de M^e Marc Bellemare.
- [2] Après avoir lu la demande écrite déposée au nom de la Conférence des juges du Québec et entendu les représentations de M^e Michel Jolin lors de l'audience publique du 14 juin 2010, je suis convaincu que la Conférence des juges du Québec a un intérêt direct et important dans les travaux de la Commission.
- [3] Il m'apparaît certain que la mise en cause de la nomination de certains juges porte préjudice à l'ensemble des juges et qu'il est opportun qu'un organisme représentatif de ceux-ci puisse exprimer un point de vue unique pour un groupe de personnes dont le devoir de réserve rend extrêmement difficile leur participation aux travaux de la Commission.
- [4] J'accorde donc le statut de participant à la Conférence des juges du Québec.

Fait ce 15^e jour de juin 2010, à Québec

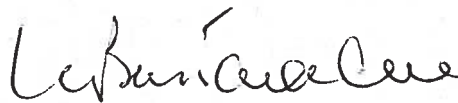


L'Honorable Michel Bastarache, Commissaire

DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU QUÉBEC

- [1] Le Tribunal administratif du Québec a demandé que le statut de participant lui soit accordé pour le volet portant sur les allégations de M^e Marc Bellemare.
- [2] Après avoir lu la demande écrite déposée au nom du Tribunal administratif du Québec et entendu les représentations de M^e Jean-Claude Hébert lors de l'audience publique du 14 juin 2010, je suis convaincu que le Tribunal administratif du Québec a un intérêt direct et important dans les travaux de la Commission.
- [3] La composition du Tribunal administratif du Québec et son mode de nomination se distinguent de ceux des cours de justice. Je suis d'avis que le Tribunal administratif du Québec a des informations importantes à communiquer à la Commission sur le mode de nomination et sur sa structure et son fonctionnement, informations qui ne sauraient être obtenues de façon complète d'une autre source. Par ailleurs, le Tribunal administratif du Québec participe directement au processus d'évaluation des candidatures en vue des nominations.
- [4] J'accorde donc le statut de participant au Tribunal administratif du Québec.

Fait ce 15^e jour de juin 2010, à Québec

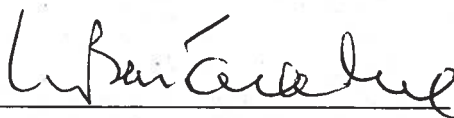


L'Honorable Michel Bastarache, Commissaire

DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT DU BARREAU DU QUÉBEC

- [1] Le Barreau du Québec a demandé que le statut de participant lui soit accordé pour le volet portant sur les allégations de M^e Marc Bellemare.
- [2] Après avoir lu la demande écrite déposée au nom du Barreau du Québec et entendu les représentations de M^e Pierre Bourque lors de l'audience publique du 14 juin 2010, je suis convaincu que le Barreau du Québec a un intérêt direct et important dans les travaux de la Commission.
- [3] Le Barreau du Québec représente tous les avocats qui sont appelés à devenir juges et participe directement au processus d'évaluation des candidatures en vue d'une nomination. La mise en cause de l'intégrité du système de nomination des juges affecte directement le Barreau du Québec.
- [4] Le Barreau du Québec a aussi pour mandat de promouvoir l'indépendance judiciaire et a pour mission de soutenir le respect et l'indépendance des tribunaux, l'administration de la justice et la primauté du droit et de promouvoir un système de nomination efficace et transparent.
- [5] J'accorde donc le statut de participant au Barreau du Québec.

Fait ce 15^e jour de juin 2010, à Québec

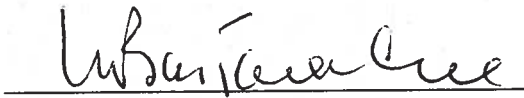


L'Honorable Michel Bastarache, Commissaire

DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT DU PARTI LIBÉRAL DU QUÉBEC

- [1] Le Parti libéral du Québec a demandé que le statut de participant lui soit accordé pour le volet portant sur les allégations de M^e Marc Bellemare.
- [2] Après avoir lu la demande déposée au nom du Parti libéral du Québec et entendu les représentations de M^e André Dugas lors de l'audience publique du 14 juin 2010, je suis convaincu que le Parti libéral du Québec a un intérêt direct et important aux travaux de la Commission.
- [3] D'une part, le Parti libéral du Québec est directement mis en cause par les allégations de M^e Marc Bellemare qui sont au cœur du mandat de la Commission. D'autre part, le Parti libéral du Québec possède des informations qui sont essentielles à un examen exhaustif de l'objet du volet concernant les allégations de M^e Marc Bellemare.
- [4] J'accorde donc le statut de participant au Parti libéral du Québec.

Fait ce 15^e jour de juin 2010, à Québec



L'Honorable Michel Bastarache, Commissaire



**DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT
DE M^e MARC BELLEMARE**

- [1] M^e Marc Bellemare a demandé que le statut de participant lui soit accordé pour le volet portant sur ses allégations.
- [2] Après avoir lu la demande écrite déposée au nom de M^e Marc Bellemare et entendu les représentations de M^e Rénald Beaudry lors de l'audience publique du 1^{er} septembre 2010, je suis convaincu que M^e Marc Bellemare a un intérêt direct dans les travaux de la Commission.
- [3] J'accorde donc le statut de participant à M^e Marc Bellemare.

Fait ce 1^{er} jour de septembre 2010, à Québec

L'Honorable Michel Bastarache, commissaire

DÉCISION RELATIVE À LA DEMANDE DE STATUT DE PARTICIPANT OU D'INTERVENANT DE L'OPPOSITION OFFICIELLE

- [1] L'Opposition officielle à l'Assemblée nationale du Québec a demandé que le statut de participant lui soit accordé ou, subsidiairement, le statut d'intervenant pour le volet portant sur les allégations de M^e Marc Bellemare. Elle demande aussi une aide financière pour pouvoir participer aux travaux de la Commission.
- [2] Il n'y a pas de doute à mes yeux que les membres de l'Opposition officielle sont intéressés par les travaux de la Commission et qu'ils reconnaissent l'importance de la réputation des personnes qui composent le système de justice. Je crois que cette demande de participation démontre un désir véritable d'exprimer un point de vue sur une situation délicate, soit la remise en cause du processus par lequel le Québec se dote d'un appareil judiciaire en lequel la population doit avoir une confiance inébranlable.
- [3] Néanmoins, cette demande inusitée ne saurait satisfaire aux critères qui sont applicables. L'intérêt direct et important qui doit être démontré n'est pas un intérêt politique à proprement parler. Après avoir lu la demande écrite de l'Opposition officielle et entendu sa représentante, M^e Julie Chenette lors de l'audience publique du 14 juin 2010, je ne suis pas convaincu que l'Opposition officielle ait un intérêt direct et important aux travaux de la Commission, tel qu'il est suggéré à l'article 8 des *Règles provisoires de procédure et de fonctionnement*.
- [4] L'intérêt général pour la question sous examen ne peut suffire à satisfaire au critère d'octroi du statut de participante. La demanderesse doit établir qu'elle a des éléments d'information cruciaux à communiquer ou que ses membres pourraient être affectés de façon directe par les décisions de la Commission. À défaut, il faudrait que le statut juridique, les droits, privilèges ou un quelque autre intérêt légal de la demanderesse soit mis en cause. Pour satisfaire au critère, la demanderesse pourrait aussi établir que les décisions de la Commission risquent d'avoir un quelconque effet préjudiciable sur sa réputation.
- [5] Je ne suis pas non plus convaincu que l'Opposition officielle ait un intérêt réel à l'égard de questions particulières qui seront soulevées lors de l'enquête, ni suis-je convaincu qu'elle ait une perspective, une expérience ou une expertise particulière qui pourrait être utile à la Commission. Ces deux conditions sont cumulatives et nécessaires pour que lui soit accordé le statut d'intervenante au sens de l'article 9 des *Règles provisoires de procédure et de fonctionnement*.

- [6] Lors de l'audition du 14 juin dernier, M^e Chenette a invoqué, comme argument au soutien de sa demande, le rôle parlementaire de l'Opposition officielle de surveillance des actions du gouvernement et sa participation à l'adoption des lois. À mon avis, ce rôle devra être exercé lorsque la Commission aura déposé son rapport et fait ses recommandations. Il n'y a pas de rôle de surveillance à exercer à ce stade-ci de l'enquête puisqu'il est de nature administrative. Le désir de donner son point de vue, aussi utile qu'il puisse être sur une situation ne suffit pas non plus à satisfaire aux conditions pour obtenir le statut de participant ou d'intervenant. L'Opposition officielle n'assume tout simplement pas le même rôle que le gouvernement.
- [7] M^e Chenette m'assure par ailleurs que l'Opposition officielle n'a pas un intérêt partisan à l'enquête. Je ne mets pas en doute cette affirmation. Par ailleurs, comme le disait le Commissaire O'Connor, dans son enquête sur les événements survenus à Walkerton, où il a refusé au NPDO (Nouveau parti démocratique de l'Ontario) la qualité pour agir :

« Enfin, je ne pense pas, que dans ce cas, je doive user de mon pouvoir discrétionnaire afin d'accorder qualité pour agir au groupe du NPDO. Je me fonde sur deux motifs. Premièrement, les parties auxquelles j'ai accordé qualité pour agir représentent des points de vue suffisamment variés pour me permettre de remplir mon mandat. Dans mes décisions en matière de qualité pour agir, j'ai tenté de faire en sorte que tous les points de vue soient pleinement représentés, en particulier les points de vue qui, à l'instar de ceux du requérant, ont trait à l'effet des politiques, des pratiques et des procédures gouvernementales. Il est en effet essentiel d'examiner en profondeur l'incidence de ces facteurs sur les événements de Walkerton. Je suis convaincu que ce sera le cas. »

Deuxièmement, je ne suis pas enclin à accorder qualité pour agir au groupe du NPDO parce que je pense qu'il n'est généralement pas souhaitable de permettre aux partis politiques d'utiliser les commissions publiques d'enquête pour promouvoir leurs orientations ou leurs politiques. Il y a des tribunes plus appropriées où ceux-ci peuvent le faire. Conscient de ce problème, Me Jacobs, l'avocat du groupe, m'a assuré que cela n'était pas l'intention du groupe du NPDO. J'accepte sans réserve les assurances de Me Jacobs. Néanmoins, le public pourrait voir la participation du requérant comme une politisation partisane de l'enquête, ce que je tiens à éviter dans la mesure du possible.

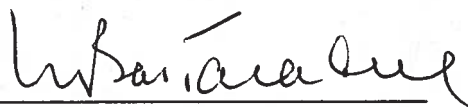
Enfin, je tiens à souligner que les facteurs à examiner pour accorder qualité pour agir à un parti politique ne sont pas les mêmes que ceux qui s'appliquent à un gouvernement. Les partis politiques n'assument pas les mêmes rôles et responsabilités que les gouvernements. En outre, le NPDO aura, contrairement aux autres requérants, la possibilité de participer au débat sur l'objet de l'enquête en réagissant à mon rapport à l'Assemblée législative. »

[je souligne]

- [8] Considérant la jurisprudence et l'analyse que j'en fais, je considère donc qu'il n'est pas souhaitable d'accorder le statut de participant ni celui d'intervenant à l'Opposition officielle.

[9] Ayant refusé la demande de statut de l'Opposition officielle, je n'ai pas à me pencher sur la demande d'aide financière.

Fait ce 15^e jour de juin 2010, à Québec

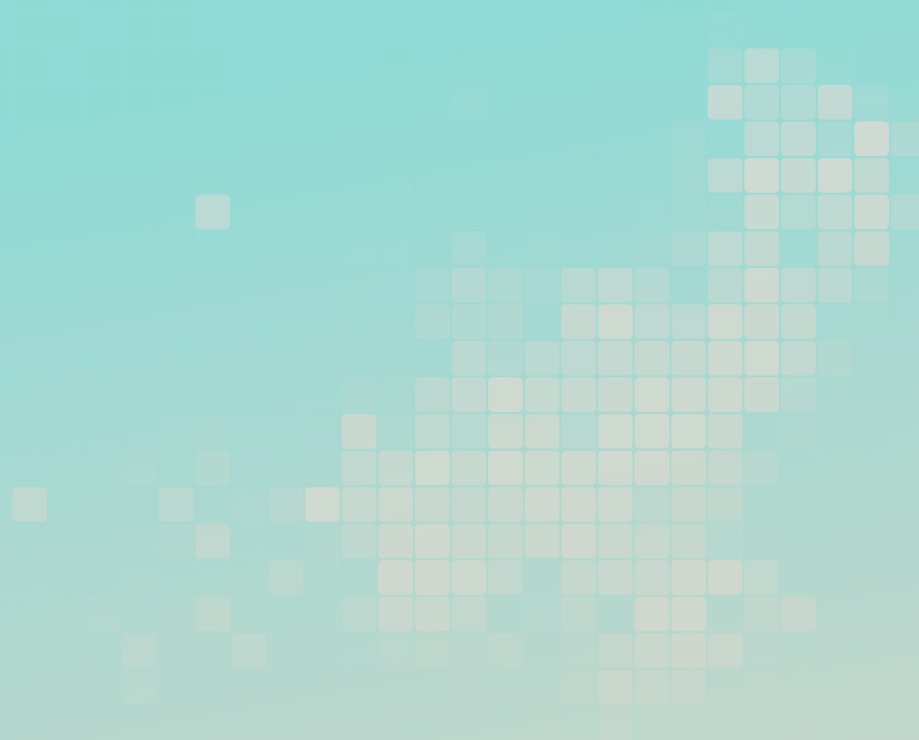
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Bastarache', written over a horizontal line.

L'Honorable Michel Bastarache, Commissaire

VOLET

II

ANALYSE DU PROCESSUS DE SÉLECTION ET DE NOMINATION DES JUGES AU QUÉBEC



ANNEXE **XIV**

Introduction aux rapports d'experts

Robert Leckey,
directeur de la recherche,
Commission d'enquête sur le processus de
nomination des juges de la Cour du Québec,
des cours municipales et des membres
du Tribunal administratif du Québec

INTRODUCTION

par Robert Leckey

Le gouvernement du Québec a constitué la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges au Québec pour examiner des questions précises d'intérêt public. Le mandat de la Commission comporte deux volets. Le premier porte sur les allégations formulées par M^e Marc Bellemare concernant le processus de nomination des juges de la Cour du Québec et des cours municipales, ainsi que des membres du Tribunal administratif du Québec, notamment au regard de l'influence qu'auraient exercée des tierces personnes dans le processus de nomination à la Cour du Québec. Le second volet du mandat de la Commission porte sur les politiques publiques, savoir :

2. formuler, le cas échéant, des recommandations au gouvernement sur d'éventuelles modifications à apporter au processus de nomination de ces juges et de ces membres.

Cette question de politiques publiques est totalement indépendante de toute conclusion de fait quant aux allégations formulées.

Dans cette brève introduction aux travaux de recherche de la Commission, notamment les études indépendantes, je décris l'approche et la méthode adoptées par la Commission dans le traitement du volet de son mandat qui vise les politiques publiques et j'expose brièvement le contenu des études des experts, reproduites dans cette annexe.

L'approche et la méthode

Dans le traitement de son mandat en matière de politiques publiques, le Commissaire visait deux objectifs : obtenir des avis d'experts et encourager le public à participer. Pour indiquer l'importance de l'intervention du public, le Commissaire s'est fixé un objectif connexe, savoir l'éducation de ses membres. Il va de soi que les Québécois devaient connaître et comprendre le régime actuel de nomination des juges pour être en mesure de présenter leurs points de vue sur toute recommandation de modification.

D'entrée de jeu, nous nous sommes appuyés sur trois constats. Premièrement, il nous fallait adopter une approche pluridisciplinaire. La question dont la Commission était saisie avait tout à la fois un fondement juridique, un fondement éthique et un fondement politique. La question de savoir si des recommandations de modifications étaient appropriées et si oui lesquelles, n'était pas une question purement juridique.

Deuxièmement, nous devions déborder le cadre du droit positif. Nos tentatives de circonscrire le fonctionnement du régime actuel et des régimes différents en vigueur dans d'autres ressorts ne pouvaient se limiter à un inventaire des lois et règlements pertinents. À titre d'exemple, on ne pouvait postuler que le régime applicable fonctionnait de la même façon qu'il y a vingt ans tout simplement parce que la législation n'avait pas été modifiée.

Troisièmement, il était nécessaire d'identifier les valeurs qui sous-tendent le régime en cause et de faire porter notre réflexion sur la meilleure façon de concrétiser ces valeurs au sein de la société québécoise d'aujourd'hui. Des réformes récentes, notamment en Afrique du Sud et au Royaume-Uni, ont été très publicisées, mais nous ne pouvions présumer qu'une recherche, même approfondie, nous permettrait de trouver le modèle parfait à transplanter

intégralement au Québec. Nous cherchions plutôt à cette étape de nos travaux à tirer un enseignement des expériences faites ailleurs pour pouvoir les adapter au contexte particulier du Québec. Par exemple, à quel impact sur la nomination des juges pouvait-on s'attendre d'un cadre législatif qui crée un régime d'une transparence exceptionnelle au sujet des contributions aux partis politiques ?

Le travail a d'abord exigé un examen approfondi de la littérature scientifique pertinente, travail pour lequel j'ai obtenu la contribution appréciée de mes adjoints de recherche, Ilana Ludwin et Alexander Steinhouse. Cet examen a permis d'identifier une grande quantité de publications portant sur la sélection et la nomination des juges. Nonobstant le grand nombre d'ouvrages et d'articles récents, leur lecture est souvent venue confirmer qu'il fallait pousser la recherche plus avant. Premièrement, la plupart des publications traitent essentiellement des cours suprêmes ou de dernière instance. Il est clair que la plus grande partie des études canadiennes s'intéressent essentiellement à la Cour suprême du Canada. Deuxièmement, alors que la majorité des études appliquaient les normes de l'indépendance judiciaire en constante évolution au processus de nomination des juges, on trouve peu de descriptions concrètes et à jour de la façon dont le processus de sélection des juges de première instance se déroule dans les provinces canadiennes. Troisièmement, bien que plusieurs auteurs se soient dit d'accord sur les caractéristiques d'un processus approprié – minimisation du népotisme politique, garantie du mérite et de la qualité des candidats – on trouve peu de discussion des dimensions éthiques et politiques soulevées par les allégations de fait qui doivent être examinées dans le cadre du mandat de la Commission. Bien que plusieurs auteurs aient identifié d'emblée les considérations non-pertinentes, on trouve peu d'analyses concrètes et nuancées portant sur les facteurs qui peuvent influencer l'exécutif de façon légitime dans le choix des juges et sur la façon dont il peut recueillir les renseignements nécessaires.

Après l'examen initial des publications et la tenue d'une première ronde de consultations, la Commission a retenu les services de quatre experts pour rédiger des études. Le professeur Peter McCormick, du département de Science politique de l'Université de Lethbridge, a été chargé de rédiger une étude comparative des processus utilisés dans les autres provinces canadiennes et dans d'autres ressorts choisis pour leur pertinence. La description de la situation devait être accompagnée d'un examen visant à préciser, le cas échéant, l'évolution des nouveaux régimes par rapport aux anciens. On lui a aussi demandé d'identifier les forces et les faiblesses des divers régimes en cause.

Les trois autres experts retenus par la Commission étaient la professeure Geneviève Cartier, de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, le professeur Roderick Macdonald, de la Faculté de droit de l'Université McGill et le professeur Jocelyn Maclure, de la Faculté de philosophie de l'Université Laval. Ces experts devaient répondre à une même série de questions. Ainsi, ils pourraient nous fournir un examen fondé sur leurs diverses disciplines (respectivement le droit administratif, le droit constitutionnel et la philosophie politique et l'éthique), ainsi que sur leurs différentes approches. Les questions posées étaient les suivantes :

1. Lorsqu'il est question des juges, est-ce qu'il y a un « mérite » neutre de sorte que la détermination de cette qualité soit dénuée de jugements de valeur ?
2. Quels sont les facteurs légitimes dont l'exécutif peut tenir compte dans la nomination des juges ?

3. Ces facteurs peuvent-ils être déterminés uniquement en fonction d'éléments objectifs ou bien la nomination des juges exige-t-elle intrinsèquement un jugement subjectif sur le candidat ?
4. Les facteurs dont l'exécutif tient compte dans la nomination des juges devraient-ils être énoncés dans une loi ou un règlement, ou autrement ?
5. Dans des cas spécifiques, suite à la nomination d'un juge, l'exécutif devrait-il expliciter les facteurs qui ont été considérés ?
6. Quelles sont les consultations légitimes, le cas échéant, que peut faire le ministre ou le gouvernement à propos des candidats recommandés ?
7. Dans quelle mesure, le cas échéant, le ministre ou le gouvernement peuvent-ils se laisser influencer par des tiers dans l'évaluation d'un candidat ?
8. Quelle est la part légitime de la politique dans la nomination des juges ?

Les quatre études ont été affichées sur le site Web de la Commission à la fin août 2010.

Entre-temps, à la mi-août, un avis a été publié invitant les membres du public à présenter tout commentaire, observation et suggestion liés au volet du mandat visant les politiques publiques, au plus tard le 23 septembre 2010. L'avis indiquait que l'objectif du recours aux études d'expert était de favoriser la réflexion. Certains des mémoires reçus ont été affichés sur le site Web de la Commission.

Par la suite, la Commission a organisé à Québec une série de tables rondes, les 20, 21 et 22 octobre 2010.

La première table ronde a réuni les quatre experts chargés de rédiger les études. Ils ont présenté les résultats de leurs travaux et répondu aux questions. Les deuxième et troisième tables rondes regroupaient des universitaires et des experts en politiques. La deuxième table ronde était constituée d'un professeur de droit constitutionnel, d'un professeur de droit administratif et du commissaire au lobbyisme du Québec. Elle s'est surtout intéressée à la relation du ministre de la Justice avec le Conseil des ministres. La troisième table ronde était constituée de deux professeurs de philosophie politique et d'un professeur d'administration (ancien journaliste et ancien commissaire à l'accès à l'information). Elle s'est surtout intéressée à la composition et au rôle des comités de sélection. Les quatrième et cinquième tables rondes étaient constituées de représentants des institutions ayant soumis des mémoires. Ces derniers ont apporté leurs points de vue et répondu aux questions. Le fait de chercher des réponses auprès d'une telle diversité d'intervenants a donné d'excellents résultats et a permis d'approfondir l'analyse de façon significative. Il est ressorti clairement que les quatre études d'expert ont eu un impact sur le fond et la forme des interventions des autres participants aux tables rondes. Ces derniers ont signifié leur accord ou leur désaccord au vu des études d'expert.

Contrairement aux audiences de la Commission visant les allégations de M^e Bellemare, ces tables rondes étaient volontairement informelles. Elles ont procédé sous forme de séances d'élaboration de politiques plutôt que d'audiences quasi-judiciaires. Les témoignages n'étaient pas présentés sous serment et les discussions se sont tenues autour d'une table

plutôt qu'en face d'une estrade. Ont participé à ces discussions : le Commissaire, les avocats de la Commission et le directeur de la recherche, en présence des avocats des personnes ayant obtenu le statut de participant.

Le contenu

Les versions finales des quatre études d'expert sont reproduites dans cette annexe au rapport de la Commission. Je suis convaincu que ces études constituent une importante contribution aux publications dans ce domaine et qu'elles méritent une lecture attentive de la part des étudiants, des chercheurs et des responsables des politiques. Elles intéressent non seulement le Québec et le reste du Canada, mais aussi les autres ressorts où les nominations sont faites par l'exécutif. Les études des professeurs McCormick et Macdonald sont publiées en français et en anglais. La version intégrale des études des professeurs Cartier et MacLure n'est publiée qu'en français, mais on en trouve une brève synthèse en anglais dans la version anglaise du rapport.

L'étude du professeur McCormick décrit les systèmes de nomination des juges dans les provinces canadiennes et dans certains ressorts ayant des systèmes comparables. Le rapport vise à identifier les objectifs implicites des réformes récentes et à exposer les questions en cause et les choix à faire. L'étude contribue de multiples façons à la recherche pertinente. Elle décrit l'ensemble de l'évolution de la situation dans les autres provinces canadiennes, qu'il s'agisse de textes législatifs ou de simples processus. Il en ressort que les comités de sélection ad hoc au Québec ont le plus petit nombre de membres (trois) de toutes les provinces canadiennes et qu'ils sont moins structurés que plusieurs organismes semblables. Sur le plan analytique, l'étude précise toutes les étapes du processus de nomination d'un juge. On peut ainsi cibler la répartition des tâches ainsi que les facteurs pertinents qui doivent être pris en compte à chaque étape. Parmi les recommandations de l'étude, on trouve une réduction importante de la discrétion du ministre de la Justice, ainsi que la constitution de comités de sélection composés d'un plus grand nombre de membres et ayant une vocation permanente. Une des recommandations clé porte sur la transparence, savoir que quel que soit le régime convenu il est essentiel que le public en soit informé.

L'étude de la professeure Cartier examine la discrétion du ministre ou du gouvernement après qu'ils ont reçu la liste des candidats jugés aptes à devenir juges. Elle expose la vision traditionnelle justifiant l'usage de la discrétion dans le processus de décision, ainsi que les défis qu'une telle vision pose en théorie de la démocratie. Elle retrace l'évolution des idées quant au rôle de la discrétion dans une gouvernance moderne, s'appuyant pour cela sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui établit comme postulat que la discrétion doit connaître des limites, explicites ou implicites, et que le fait pour le décideur de motiver son action peut justifier l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en le rendant compatible avec les idéaux démocratiques et les normes de transparence et d'imputabilité. L'étude s'inspire de la doctrine reçue en droit administratif voulant que toutes les décisions discrétionnaires peuvent se fonder sur des considérations pertinentes et d'autres qui ne le sont pas. Un ministre peut procéder à des consultations afin de mieux évaluer les facteurs pertinents à une décision, mais il ne peut tenir compte de facteurs non-pertinents.

L'étude du professeur Macdonald démontre que la résolution des litiges et le choix des personnes chargées de les trancher comportent nécessairement une dimension humaine. S'agissant d'une nomination judiciaire, il n'y a jamais de candidat qui soit objectivement « le meilleur ». Comme on ne peut éviter l'aspect subjectif de la décision, il faut l'encadrer et le

contrôler. Les dernières parties de l'étude visent à illustrer la différence entre un processus de sélection qui prend en compte de façon expresse le rôle des facteurs subjectifs dans la prise de décision et cherche à les rendre transparents, et un processus de sélection qui cherche à empêcher le public de prendre conscience de ces facteurs subjectifs. L'étude fait la distinction entre les « considérations politiques » -- au sens large -- dont on peut légitimement tenir compte dans le processus de nomination et les « considérations politiques » -- au sens partisan du terme -- qui n'ont pas leur place dans le processus de nomination. L'étude réitère que les considérations politiques légitimes ont leur place dans le processus de sélection des juges.

L'étude du professeur Maclure aborde la question du processus de nomination des juges au vu de l'éthique et de la théorie de la démocratie. L'approche institutionnelle de l'éthique suggère qu'on ne peut s'appuyer uniquement sur le sens moral individuel, mais qu'il faut mettre en place des structures et pratiques qui minimisent les risques d'opportunisme et de mauvaise foi. L'étude souligne le fait que les principes de l'imputabilité démocratique militent en faveur du maintien du pouvoir de nomination des juges dans les mains de l'exécutif, tout en ajoutant que le processus en vigueur au Québec devrait être amélioré. L'étude insiste sur la valeur de la délibération démocratique au sein des comités de sélection et constate que leur inféodation actuelle au ministre de la Justice vient amoindrir leur rôle. De plus, le processus doit être encore plus transparent.

En ma qualité de directeur de la recherche, j'espère que les études que contient cette annexe seront aussi utiles aux membres du public, au Québec et ailleurs, qu'elles l'ont été, à mon avis, au Commissaire. Je veux remercier personnellement les quatre auteurs pour la qualité de leur travail et pour avoir accepté un mandat à réaliser dans un court laps de temps. Je suis aussi reconnaissant aux participants aux tables rondes et à Ilana Ludwin et Alexander Steinhouse. Les avocats de la Commission, et plus particulièrement Elizabeth Ferland, ainsi que le personnel administratif ont accordé un appui de tous les instants aux travaux de recherche. Enfin, toute l'équipe de recherche a eu le privilège de travailler pour un Commissaire hors pair. L'intime conviction du Commissaire Bastarache que les effets à long terme des travaux de la Commission découleraient de son volet de politiques publiques, ainsi que sa curiosité intellectuelle et sa grande érudition – laissant transparaître en filigrane sa vie antérieure de professeur de droit – font que je suis particulièrement honoré d'avoir été associé aux travaux de la Commission.

INTRODUCTION

by Robert Leckey

The Government of Quebec established the Commission of Inquiry into the Process of Appointing Judges in Quebec in order to inquire into specific matters of public concern. Its mandate consisted of two prongs. The first related to allegations formulated by Me Marc Bellemare concerning the appointment process relating to the Court of Québec, the municipal courts, and the Administrative Tribunal of Québec, particularly in relation to the influence that third parties might have exercised in the appointment process for the Court of Québec. The second prong set out the Commission's public policy mandate:

2. formuler, le cas échéant, des recommandations au gouvernement sur d'éventuelles modifications à apporter au processus de nomination de ces juges et de ces membres.

That public policy issue stands independently of any conclusions relating to the factual matters raised by the allegations.

In this brief introduction to the research work of the Commission, notably the independent studies, I lay out the approach and the process adopted by the Commission in pursuing the public-policy prong of its mandate and briefly introduce the content of the expert studies published in this annex.

Approach and Process

In pursuing its policy mandate, the Commissioner had two objectives: to seek the guidance of experts and to elicit public input. To make the call for public input meaningful, the Commissioner identified an ancillary objective of public education. Citizens of Quebec could not reasonably be asked to comment on possible modifications to the judicial appointment process if they did not understand the existing system.

Three convictions guided our work from the outset. One was that a multidisciplinary approach was needed. The issues before the Commission raised matters that were not only legal, but also ethical and political. Whether recommendations for modifications would be appropriate, and if so, which ones, was not a purely legal question.

The second was that it was necessary to go beyond legal positivism. That is, the effort to grasp how the system currently worked, and how alternatives work elsewhere, could not be confined to a survey of the relevant statutes and regulations. It could not, for instance, be assumed that a process functioned the same way it had twenty years prior simply because the enacted texts had survived unchanged. The true meaning of any law or regulation includes its interpretation by those carrying it out and the practices developed to supplement its provisions.

The third was that it was necessary to identify the values underlying the system and to think carefully about how they are best realized in the context of contemporary Quebec society. While recent reforms have attracted substantial attention—in particular, those in South Africa and the United Kingdom—our assumption was not that sufficient research would identify the perfect model to transplant wholesale to Quebec. Rather, the objective of

the work on this phase was to identify what could be learned from the experiences elsewhere in order to adapt that learning to the particular Quebec context. For instance, what are the implications for the appointment of judges entailed by the legislative choice to enact an exceptionally transparent regime in relation to political donations?

An early stage of the work consisted of a comprehensive literature review. I was ably assisted by two research assistants, Ilana Ludwin and Alexander Steinhouse. The search revealed a proliferation of literature on the subject of selecting and appointing judges. Despite the abundance of recent books and articles, in several respects the literature review served only to confirm the need for more tailored work. First, much of the published work focuses on apex or supreme courts. Certainly much of the Canadian work bears on appointments to the Supreme Court of Canada. Given the scale of provincial appointments—the three systems of tribunals identified in the Commission’s mandate have literally hundreds of judges or decision makers—prescriptions directed at a nine-judge court are unlikely to be directly helpful.

Second, while much of the existing research applied evolving standards of judicial independence to the judicial appointment process, there was little concrete, up-to-date description of how the selection of first-instance judges really takes place in the Canadian provinces. Some of the literature reflects a positivist focus on the enacted schemes and pays insufficient attention to on-the-ground practices.

Third, while many authors expressed agreement with the attributes of appropriate processes—minimization of political patronage, assurance of merit or quality of candidates—there was little discussion of the ethical and political dimensions raised by the factual allegations that the Commission’s mandate called it to address. While many authors unhesitatingly identified certain considerations as irrelevant, there was little fine-grained analysis as to the factors that might legitimately affect the executive’s choice of judges and as to how the executive might obtain the necessary information to consider those factors.

After an initial literature review and consultations, the Commission retained four experts to prepare reports. Professor Peter McCormick of the Department of Political Science, University of Lethbridge, was hired to write a comparative study of the judicial selection processes in the other Canadian provinces and in pertinent comparator states. In addition to depicting the landscape, he was directed to examine whether there were discernible trends relating to more recently adopted systems relative to older ones. We also asked him to identify strengths and weaknesses of various models.

The other three experts were Professor Geneviève Cartier of the Faculté de droit, Université de Sherbrooke; Professor Roderick Macdonald of the Faculty of Law, McGill University; and Professor Jocelyn Maclure of the Faculté de philosophie, Université Laval. Those experts were given the same questions, the idea being that they would address them from their different disciplinary specializations (respectively, administrative law, constitutional law, and political philosophy and ethics) as well as from their differing perspectives. The questions were as follows:

1. When it comes to judges, is there a neutral “merit” such that determinations as to this attribute can be made free of value judgments?
2. What are the legitimate factors that the executive may take into consideration in the selection of judges?

3. Can these elements be determined uniquely as a function of objective elements or does the selection of judges require intrinsically a subjective judgment about the candidate?
4. Should the factors that the executive takes into account in the selection of judges be set out in a law, a regulation, or otherwise?
5. Should the executive make explicit the factors that were considered in the case of particular appointments?
6. Are there legitimate consultations that the minister or the government might undertake in respect of recommended candidates, and if so, what are they?
7. May the minister or the government be influenced by third parties in the assessment of a candidate, and if so, to what extent?
8. What is the legitimate part for politics in the appointment of judges?

The four reports were published on the Web site of the Commission at the end of August.

Meanwhile, in mid-August notice was published inviting the public to submit comments, observations, and suggestions in relation to its public-policy mandate by 23 September 2010. That notice stated that the expert reports had been commissioned to stimulate reflection. A selection of the briefs received were posted on the Web site of the Commission.

The Commission subsequently convened a series of round tables, held in Quebec on 20-22 October 2010.

The first round table consisted of the four expert authors of the reports. Each presented highlights of his or her work and responded to questions. The second and third round tables consisted of academics and policy experts. The second session, which included a professor of constitutional law, a professor of administrative law, and the provincial lobbying commissioner, focused on the relationship between the minister of justice and the Cabinet. The third session, which included two professors political philosophy and a professor of administration and former journalist and privacy commissioner, focused on the composition and role of the selection committees. The fourth and fifth sessions featured institutions which had submitted briefs. Their representatives presented their views and responded to questions. Posing the questions to participants from such diverse backgrounds was highly fruitful and significantly enlarged the terms of analysis. It was evident that the reports by the four experts had informed and shaped the interventions of the other participants in these sessions. Whether it was to agree or disagree, participants positioned themselves in relation to the experts' reports.

By contrast with the hearings during which the Commission investigated the allegations of Me Bellemare, these sessions were intentionally informal. They were conducted as policy sessions rather than as a quasi-judicial hearing. The invited participants presented rather than swore their testimony, and discussion was held around tables, not examined in front of a dais. These discussions included the invitees, the Commissioner, Commission counsel, and the research director. Counsel for the parties were present.

Content

The final versions of the four expert studies are published in this Appendix to the Commissioner's report. I believe that they represent important contributions to the literature and merit close reading by students, scholars, and policy makers, not only in Quebec and elsewhere in Canada, but in other places with a model of executive appointment. Two of the studies, by Professor McCormick and Macdonald, are available in French and English. Those of Professors Cartier and MacLure are available in French only, but syntheses of them appear in the English version of the Report.

Professor McCormick's report presents the systems for appointing judges in the Canadian provinces and in selected comparator jurisdictions. It aims to identify the implicit purposes of recent reforms and to set out the issues and choices involved. Its contributions to the literature are many. Descriptively, it draws together developments in the other Canadian provinces, some at the level of enactment and some at the level of practice. It emerges that the three-member *ad hoc* screening committees in Quebec are the smallest of any Canadian province and less institutionalized than a number of analogous bodies. Analytically, the report sets out the full set of steps required in the process of appointing a judge, making it easier to focus on the appropriate division of labour and legitimate considerations at each step. The report sets out a number of recommendations, including for substantially curtailing the discretion of the minister of justice and for enlarging the committees and making them permanent. A key recommendation relates to transparency: whatever the system adopted, it is essential for the public to be informed of its steps. In the contemporary context, information about the composition, functioning, and output of judicial selection committees must be easily accessible on the Internet.

Professor Cartier's report examines the discretion of the minister or the government on receiving a list of candidates judged qualified for judicial appointment. It sets out the traditional justifications for discretionary decision making, as well as the challenges that discretion poses for democratic theory. The report traces evolutions in the understanding of discretion's place in contemporary governance, drawing from the Supreme Court of Canada's case law the baselines that discretion is always subject to limits, express or implied, and that a decision maker's provision of reasons can justify discretion so as to make it compatible with democratic ideals and norms of transparency and accountability. The report draws on the established doctrine within administrative law that every discretionary decision has factors that are relevant and others that are irrelevant. A minister may consult so as to better consider the factors relevant to a decision, but must ignore irrelevant factors.

Professor Macdonald's report establishes the ineluctability of human judgment in the resolution of disputes and in the selection of those third parties who resolve those disputes. There is never an objectively "best candidate" for a judicial appointment. If subjectivity is unavoidable, it must nevertheless be constrained and channelled. The last sections of the study attempt to illustrate the difference between an appointments process that expressly acknowledges the influence of subjective considerations in decision making, seeking to render them transparent, and one that hides this subjectivity from public scrutiny. A distinction is drawn between "political considerations" of the type that may legitimately enter into the appointments calculus and "Political considerations" that must be extirpated from the appointments process. The report affirms the place for legitimate political considerations in the selection of judges.

Professor Maclure's report approaches the question of judicial appointments via democratic theory and an institutional ethics perspective. The institutional ethics perspective counsels against relying on individual morality and calls instead for constructing institutions and practices so as to reduce the chances for opportunism and bad faith. It underscores that principles of democratic accountability call for leaving ultimate decision-making power in relation to judicial appointments in the hands of the executive, but that the process in Quebec should be improved. The report emphasizes the democratic deliberative value of the selection committees, noting that their current dependence on the minister of justice undermines their role. The process must in addition be more transparent.

* * *

As research director, I hope that the studies published in this Annex will prove as useful to the broader public—and that not only in Quebec—as I believe they have to the Commissioner. I owe personal thanks to the four expert authors, not only for the high quality of their work, but also for accepting a mandate on short notice. I am grateful as well to the participants in the round tables and to Ilana Ludwin and Alexander Steinhouse. The Commission's counsel, especially Elizabeth Ferland, and administrative staff supported the research efforts at every step. Last, we have been privileged to work for a superb Commissioner. Commissioner Bastarache's conviction that the longer-term effects of the mandate would arise from the public-policy dimension, as well as his curiosity and erudition—his former life as a law professor is never far below the surface—made working on this project a particular honour for me.

**La discrétion du gouvernement
dans le processus de nomination
des juges : réflexions sur la légitimité
d'un pouvoir controversé**

Geneviève Cartier,
professeure titulaire, Faculté de droit,
Université de Sherbrooke

La discrétion du gouvernement
dans le processus de nomination des juges :
réflexions sur la légitimité d'un pouvoir controversé

Geneviève Cartier*

Rapport soumis dans le cadre de la

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

1^{er} septembre 2010

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

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

RÉSUMÉ

Les lois québécoises délèguent au gouvernement le pouvoir discrétionnaire de nommer les juges. Pour plusieurs observateurs, le caractère discrétionnaire du pouvoir de nomination est la cause des principales failles du système, notamment parce que la discrétion rendrait le système perméable aux nominations partisans.

Ce type de critique repose sur une conception particulière de la discrétion : celle-ci conférerait au décideur (en l'occurrence, le gouvernement) une liberté apparemment sans limite, étant donné l'absence de restrictions explicites incluses *ex ante* dans la loi délégatrice de discrétion, et l'absence formelle de comptes à rendre ou de justification *ex post*. La discrétion serait en quelque sorte la prérogative d'un décideur, l'attribut de celui qui l'exerce, et lui permettrait de choisir la décision à rendre.

Or, cette conception de la discrétion heurte la primauté du droit (si le décideur est libre de choisir la décision, il substitue l'arbitraire à la légalité) et elle mine la vitalité des institutions démocratiques (en permettant que des décisions soient prises sur la base de considérations dont la teneur n'a pas fait l'objet de débats avec les citoyens ou leurs représentants, il passe outre à la volonté populaire).

Cependant, cette conception de la discrétion est insatisfaisante. Notre rapport vise à montrer que les failles du système de nomination des juges ne sont pas tant causées par le fait qu'il soit fondé sur un pouvoir discrétionnaire, mais plutôt sur le fait qu'il fonctionne sur la base d'une conception dépassée de ce type de pouvoir. Notre analyse rappelle d'une part que le droit contemporain rejette la discrétion comme étant un pur exercice de pouvoir et qu'il impose plutôt des contraintes importantes à son exercice, même en l'absence de limites expressément inscrites dans la loi. Elle démontre d'autre part que ces contraintes ont pour effet d'obliger ceux qui exercent une discrétion à développer des mécanismes qui permettent de favoriser la participation des citoyens, l'imputabilité des pouvoirs publics, la justification juridique des décisions rendues et la transparence des processus décisionnels.

Appliquée au domaine de la nomination des juges, cette conception de la discrétion se traduit concrètement dans des propositions visant à mettre en place un certain nombre de mesures, comme par exemple l'adoption de dispositions réglementaires qui précisent les facteurs légitimes sur la base desquelles doivent reposer les nominations, les consultations qui devraient précéder ces dernières, de même que la motivation dont elles devraient faire l'objet.

En dernière analyse, notre objectif ne consiste donc pas à identifier le meilleur système de nomination, mais à mieux comprendre et adapter les mécanismes susceptibles de fonder la légitimité des décisions prises dans un système fondé sur la discrétion du gouvernement. L'importance que nous accordons à la démocratie et à la primauté du droit, et la vision contemporaine que nous en avons, doivent se traduire dans tous les aspects de l'exercice des pouvoirs publics, y compris dans les pouvoirs de nature

discrétionnaire. À la discrétion à sens unique, qui ne reflète en rien ces aspirations, il faut substituer une vision de la discrétion fondée sur le développement et le maintien de rapports construits sur la base des principes auxquels nous accordons une valeur fondamentale.

INTRODUCTION

Les dispositions législatives relatives à la nomination des juges de la Cour du Québec et des cours municipales, de même que celle des membres du Tribunal administratif du Québec,¹ énoncent que «le gouvernement nomme» les juges.² En d'autres termes, ces nominations relèvent du *pouvoir discrétionnaire* du gouvernement. Or, la discrétion est une notion juridiquement et politiquement controversée. Définie comme conférant au décideur le choix de la décision à prendre à l'intérieur d'une plus ou moins grande marge de manœuvre délimitée par le droit, elle est généralement identifiée à un type de décision que le droit peine à encadrer, et elle semble difficilement compatible avec les valeurs les plus directement associées à la conception contemporaine de la démocratie (la participation, la transparence et l'imputabilité³) et au principe de la primauté du droit (la justification juridique ou légale de l'action publique). Il n'est donc pas étonnant que plusieurs des critiques formulées à l'encontre du système de nomination des juges, comme le fait qu'il soit perméable aux considérations partisans, soient essentiellement des critiques formulées à l'encontre de sa nature discrétionnaire.⁴ C'est sur cette question que porte le présent rapport : comment fonder la légitimité d'un processus de nomination des juges qui repose sur la discrétion du gouvernement?

Plusieurs considérations permettent de mesurer l'importance de la question de la légitimité. Ainsi, comme l'ont relevé certains auteurs,⁵ la légitimité du processus de nomination des juges est vraisemblablement susceptible de se répercuter sur l'apparence d'indépendance des institutions judiciaires.⁶ Par ailleurs, le caractère discrétionnaire

¹ Pour alléger la suite du texte, nous emploierons le terme «juges» pour désigner à la fois les juges de la Cour du Québec et des cours municipales et les membres du Tribunal administratif du Québec, à moins qu'il ne soit nécessaire de faire la distinction.

² *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 86; *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., c. C-72.01, art. 32; et *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 38. Toutes ces lois sont accompagnées d'un règlement qui précise la procédure à suivre pour désigner les personnes aptes, mais bien que le gouvernement doive se limiter à la liste des personnes aptes pour nommer un juge, aucune limite formelle ne contraint le gouvernement dans le choix qu'il fera à partir de cette liste.

³ Nous employons ici le terme «imputabilité» comme équivalent de «accountability». Nous avons choisi «imputabilité», pour éviter l'emploi du terme «responsabilité» qui est trop général dans le présent contexte, ou «reddition de comptes», qui est d'un maniement difficile. Sur la difficulté de traduire ce terme, voir B. Frydman, «La société civile et ses droits», dans B. Frydman (dir.), *La société civile et ses droits* (Bruxelles : Bruylant, 2004), p. 1, à la p. 1.

⁴ Voir notamment Association canadienne des professeurs de droit, «Table ronde sur la nomination des juges à la Cour suprême – Juin 2005», en ligne : <http://www.acpd-calt.org/francais/docs/ACPDversionfinale.pdf>, à la p. 22 [ci-après, Rapport de l'ACPD]. Plusieurs auteurs et observateurs sont d'avis qu'il s'agit là de la principale faille du système.

⁵ Voir notamment, parmi plusieurs autres exemples, L. Sossin, «Judicial Appointment, Democratic Aspirations, and the Culture of Accountability», (2008) 58 R.D.U.N.-B. 11; F.C. DeCoste, «Political Corruption, Judicial Selection and the Rule of Law», (2000) 38 Alta. L. Rev. 654; et I.C. Rand, «The Role of an Independent Judiciary in Preserving Freedom», (1951) 9 U.T.L.J. 1.

⁶ Par exemple, L. Sossin prétend qu'en exprimant l'avis que la confiance du public dans l'indépendance du système de justice est mise en péril lorsque les gouvernements ont le pouvoir de réduire le salaire des juges, la Cour suprême laisse entendre que cette confiance est également ébranlée lorsque le système de nomination relève du gouvernement : *ibid.* à la p. 21, faisant référence au *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3. De même, l'Association canadienne des professeurs de droit pose la question : «Comment peut-on [...] affirmer que le principe de

d'une nomination et l'impossibilité de connaître les critères sur la base desquelles elle est faite suscitent, dans la perception populaire, le doute sur la question de savoir si le gouvernement nomme véritablement «le meilleur» candidat, évalué à son mérite.⁷

À un niveau plus global, le processus de nomination des juges reflète nécessairement la conception que se font les décideurs publics de leurs rôles et de leurs responsabilités. Il s'agit en effet d'un mécanisme qui s'inscrit dans le cadre plus large de la gouvernance publique.⁸ Il importe par conséquent de modeler ce processus de manière telle qu'il nourrisse la confiance des citoyens, non seulement à l'égard des tribunaux, mais également envers les institutions publiques en général. Le processus de nomination des juges doit ainsi comporter non seulement des mécanismes susceptibles de favoriser le recrutement des meilleurs candidats possibles, mais il doit également marquer sa fidélité aux valeurs qui sous-tendent notre système de gouvernement. La nomination est non seulement une décision qui mène à un résultat : elle est aussi l'expression, la manifestation d'une gouvernance démocratique.

Notre rapport compte deux parties. Dans la première, nous procédons à une analyse de la notion même de pouvoir discrétionnaire. En effet, pour porter un diagnostic précis sur le système actuel et proposer, le cas échéant, des solutions permettant de le bonifier, il importe de savoir en quoi consiste la discrétion et suivant quels principes elle doit être exercée. Cette analyse nous permettra de constater que la conception de la discrétion sur laquelle reposent la plupart des critiques relatives au processus de nomination des juges est insatisfaisante, qu'il convient d'en retenir une conception différente et que cette dernière est davantage fidèle aux principes de la primauté du droit et de la démocratie. L'articulation de la notion de discrétion et l'identification des principes qu'elle met en jeu, faciliteront l'identification de réponses justifiées et cohérentes aux questions que soulève le processus actuel de nomination des juges.

Dans la deuxième partie du rapport, nous tentons de voir comment les principes qui gouvernent l'exercice de la discrétion peuvent concrètement se traduire dans le processus de nomination des juges. Notre objectif ne consiste donc pas à identifier le meilleur système de nomination, mais à mieux comprendre les mécanismes susceptibles de fonder la légitimité des décisions prises dans un système fondé sur la discrétion du gouvernement. Nous verrons que cette légitimité repose sur la qualité des rapports qui se nouent entre les divers acteurs du système, rapports qui doivent être fidèles aux principes de la participation des citoyens, l'imputabilité des pouvoirs publics, la justification de l'action étatique et la transparence. C'est dans le cadre établi par ces réflexions que nous

l'indépendance judiciaire est préservé si les apparences sont à l'effet que le processus de nomination est entaché d'interférences politiques ?» : Rapport de l'ACPD, supra note 4 à la p. 11.

⁷ Qu'il soit possible ou non d'identifier objectivement le meilleur candidat, cette perception populaire est persistante et il faut en tenir compte dans la réflexion sur le processus de nomination.

⁸ R. Macdonald exprime une idée similaire dans R.A. Macdonald, «Appoint, Elect, Draw Straws or Sell to the Highest Bidder? On Judicial Selection Processes – Nommer, élire, tirer au sort, vendre au plus offrant? À propos du choix des juges», dans P. Noreau et L. Rolland (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie – Le droit, une variable dépendante* (Montréal : Éditions Thémis, 2008), p. 731, à la p. 735 : «[...] le système qu'adopte un pays pour choisir ses juges est révélateur de ses présupposés, non seulement à propos de la fonction judiciaire mais aussi à propos de ce qu'il entend comme étant une bonne gouvernance[...].»

aborderons ensuite certaines des questions plus spécifiques qui se posent dans le contexte actuel.

Comme nous le verrons, pour établir la nature et la portée des limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, nous prenons appui sur un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada. La Cour, en effet, est appelée à articuler ces limites lorsqu'elle est saisie d'une demande visant à faire contrôler judiciairement l'exercice de la discrétion. En analysant ces décisions, il est possible d'extraire les principes sur lesquels se fonde la Cour pour rendre jugement, et ce sont ces principes qui nous intéressent ici. Ainsi, la méthode mise de l'avant dans la première partie du rapport ne vise pas à démontrer la mesure dans laquelle les nominations effectuées par le biais du pouvoir discrétionnaire du gouvernement pourraient faire l'objet d'un contrôle judiciaire devant les tribunaux. D'ailleurs, malgré les développements des dernières décennies en droit administratif, certains actes discrétionnaires demeurent très peu aptes à être contrôlés par le biais d'une révision judiciaire. L'objectif est plutôt de comprendre les principes qui guident le raisonnement de la Cour quant aux limites de la discrétion en général, et à les appliquer par analogie au pouvoir de nomination des juges. Nous verrons que certains principes comme la justification, la transparence, la participation et l'imputabilité, peuvent contribuer de manière fructueuse à la légitimation du processus discrétionnaire de nomination des juges au Québec.

PARTIE I – LA DISCRÉTION ENTRE PRÉROGATIVE ET DIALOGUE

Pourquoi avoir recours à la discrétion dans le processus de nomination des juges?

La discrétion est généralement définie comme un pouvoir qui s'exerce dans une situation où le droit ne dicte pas de résultat, ou encore comme un pouvoir qui accorde à son détenteur une marge de manœuvre dans laquelle il est plus ou moins libre de prendre la décision qu'il juge la meilleure, à l'intérieur des limites fixées par la loi habilitante.⁹ Pourquoi recourir à ce type de pouvoir lorsqu'il est question de la nomination des juges? Pourquoi ne pas plutôt fixer les critères applicables dans une norme statutaire ou réglementaire et exiger du décideur qu'il les applique, suivant un raisonnement de type syllogistique, pour chaque décision qu'il doit prendre?

Précisons tout d'abord les principaux aspects du processus de nomination des juges au Québec. Les règlements d'application des lois qui prévoient la nomination des juges délèguent à un comité de sélection la tâche d'évaluer l'«aptitude» de candidats à devenir juge et ces comités doivent appliquer les critères inscrits au règlement lui-même.¹⁰ Les

⁹ Voir notamment P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 3^{ième} éd. (Cowansville : Yvon Blais, 2009) à la p. 69; P. Garant, *Droit administratif*, 5^{ième} éd. (Cowansville : Yvon Blais, 2004) à la p. 202; et K.C. Davis, *Discretionary Justice : A Preliminary Inquiry* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969) à la p. 4.

¹⁰ *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, R.R.Q., c. T-16, r. 5, art. 9 à 18 [ci-après *Règlement relatif aux juges*]; *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges municipaux*, R.R.Q., c. C-19, r. 1.2, art. 8 à 16 [ci-après *Règlement relatif aux juges municipaux*]; et *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes*

critères sont toutefois rédigés en termes larges et généraux, ce qui nécessite un important travail d'interprétation de la part des membres du comité.¹¹ Ce dernier rédige ensuite un rapport qu'il soumet au ministre de la Justice, dans lequel il indique le nom des candidats qu'il a évalués et qu'il a jugés aptes à devenir juge.¹² Sur la base de cette liste, le ministre de la Justice fait sa recommandation au gouvernement, puis le gouvernement «nomme». Le règlement ne précise toutefois ni les critères qui doivent guider le ministre dans sa recommandation, ni ceux que doit observer le gouvernement lors de la nomination.

Il est permis d'avancer quelques arguments susceptibles de justifier le choix de l'option discrétionnaire. Premièrement, la discrétion est probablement davantage adaptée à des situations où il est difficile de prétendre à «une» bonne réponse, ou à «la» meilleure réponse. S'il est permis de penser que les comités de sélection peuvent identifier un groupe de candidats aptes à exercer la fonction de juge, il leur serait probablement très difficile de déterminer objectivement quel est le meilleur, même avec des critères d'évaluation. En effet, d'une part, on peut prétendre qu'il n'existe objectivement rien de tel qui puisse constituer, dans un cas donné, le meilleur candidat ou le bon candidat. D'autre part, on pourrait admettre qu'il existe objectivement un telle chose, mais qu'aucune méthode ne permet de l'identifier. Dans l'un et l'autre cas, le pouvoir discrétionnaire se justifie dans la mesure où des divergences d'opinion surgissent nécessairement sur la question de savoir ce qu'est le «mérite» et l'autre de savoir si un candidat précis est ou non méritoire. La décision discrétionnaire ne dévie pas, pour ainsi dire, de la décision qui aurait dû être prise objectivement, puisqu'il n'est pas possible de déterminer objectivement cette décision.

Deuxièmement, les critères de nomination ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux visant à évaluer l'aptitude : le gouvernement doit tenir compte des besoins spécifiques des différentes cours (aux plans des domaines de spécialisation, de capacité d'administration, de diversité, etc.), et si plusieurs candidats peuvent être considérés «aptes», tous peuvent ne pas convenir aux besoins spécifiques à un moment précis. Ce type de considérations changeantes et ponctuelles, associées à l'opportunité ou à la question de la convenance, peuvent davantage être prises en compte à travers l'exercice de la discrétion.

Troisièmement, la discrétion comporte une flexibilité qui permet de parer aux situations que ne prévoiraient pas des normes préétablies. La possibilité de décider dans un contexte imprévu assure un fonctionnement efficace du système, et en diminue la lourdeur et les coûts de fonctionnement.

aptes à être nommées membres du Tribunal administratif du Québec et sur celle de renouvellement de mandat de ces membres, R.R.Q., c. J-3, r. 1, art. 5 à 15 [ci-après *Règlement relatif au T.A.Q.*].

¹¹ Par exemple, l'article 18 du *Règlement relatif aux juges*, *ibid.*, indique que le comité de sélection «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.» Les dispositions correspondantes des deux autres règlements sont essentiellement au même effet.

¹² *Règlement relatif aux juges*, supra note 10 aux art. 19 à 24; *Règlement relatif aux juges municipaux*, supra note 10 aux art. 17 à 19; et *Règlement relatif au T.A.Q.*, supra note 10 aux art. 16 à 19.

Pourquoi confier la discrétion au gouvernement?

Si les arguments qui précèdent peuvent justifier la délégation d'un pouvoir discrétionnaire de nomination des juges, pourquoi déléguer ce pouvoir au gouvernement? La justification la plus courante de ce choix réside dans le fait qu'il permet, dans une certaine mesure, l'imputabilité politique, étant donné la responsabilité qui échoit aux députés-ministres qui forment le gouvernement de rendre des comptes à leurs électeurs.¹³ Étant donné que la flexibilité inhérente à l'exercice du pouvoir discrétionnaire tempère la qualité démocratique de la décision, le fait de le confier au gouvernement permet de combler, en partie du moins, ce déficit. Il faut toutefois moduler à son tour cette justification, étant donné les limites mêmes de la responsabilité ministérielle, et surtout l'absence d'un débat public qui précède normalement les décisions véritablement démocratiques. Le fait d'être élu démocratiquement ne suffit pas, en effet, à garantir que les décisions soient prises de manière démocratique.

Qu'est-ce qu'implique le pouvoir discrétionnaire?

De façon générale, les critiques formulées à l'égard du processus de nomination des juges soulignent le manque de transparence, les difficultés d'y trouver des rapports de responsabilité et d'imputabilité¹⁴ et l'influence indue que joueraient les considérations partisans, politiques ou idéologiques¹⁵ au détriment des motifs liés au mérite des candidats.¹⁶

Ces critiques ont en commun d'attribuer la cause des faiblesses du système au fait qu'il soit «discrétionnaire», avec ceci de particulier que la discrétion est ici entendue comme conférant à son détenteur (en l'occurrence, le gouvernement) une liberté apparemment sans limite, étant donné l'absence de restrictions explicites incluses *ex ante* dans la loi délégatrice de discrétion, et l'absence formelle de comptes à rendre ou de justification *ex post*. En font foi quelques citations évocatrices : la nomination des juges est laissée «à la discrétion sans bornes de l'exécutif du gouvernement»¹⁷ ou à sa «pure discrétion»;¹⁸

¹³ Voir notamment P.H. Russell, «Conclusion», dans K. Malleson et P.H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (Toronto : University of Toronto Press, 2006), p. 420.

¹⁴ «Il y a aujourd'hui une prise de conscience grandissante du besoin d'un processus de nomination des juges plus transparent et plus responsable [...]» : Rapport de l'ACPD, supra note 4 à la p. 16.

¹⁵ Voir notamment R.A. Macdonald, supra note 8.

¹⁶ Plusieurs des études réalisées sur la question portent sur les nominations à la Cour suprême ou à d'autres qui sont de juridiction fédérale (essentiellement les cours supérieures et les cours d'appel des provinces), mais la base de l'argumentation est applicable à la situation qui nous intéresse en raison du fondement discrétionnaire des nominations dans tous les cas. Il faut toutefois reconnaître que des différences entre les diverses instances peuvent se justifier en raison notamment du nombre de nominations effectuées chaque année (elles sont très nombreuses pour les tribunaux provinciaux et pour les cours supérieures et d'appel, rarissimes à la Cour suprême), ce qui peut influencer la nature des mécanismes mis en place pour procéder à ces nominations.

¹⁷ Rapport de l'ACPD, supra note 4 à la p. 16. L'extrait fait partie d'un article de R. Devlin, A.W. Mackay et N. Kim, «Reducing the Democratic Deficit : Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or Towards a 'Triple P' Judiciary», (2000) 38 Alta. L. Rev. 734.

«[w]here [...] the rules declare that the government can do whatever it pleases – that is, where they grant pure discretion and place no genuine restrictions on the actions of government – governmental action taken in their name is arbitrary and abusive, and a parody of the Rule of Law.»¹⁹ Bref, en l'absence de limites formelles, explicites, incorporées à la loi délégatrice du pouvoir discrétionnaire de nomination des juges (ce qui est le cas des textes habilitants en l'espèce), le gouvernement serait autorisé à agir comme bon lui semble.

Il va sans dire qu'une telle conception de la discrétion est susceptible d'ébranler certains principes fondamentaux comme celui de la primauté du droit, de même que ceux que nous associons à un état démocratique. En effet, si la discrétion est véritablement «pure» ou «sans bornes», qu'elle réfère à des situations où le droit est silencieux quant à la décision à prendre, ou si le décideur est libre d'en faire le choix, il est possible de prétendre que la discrétion substitue l'arbitraire à la légalité (la *rule of men* à l'opposé de la *rule of law*) et qu'elle mine la vitalité des institutions démocratiques en permettant que des décisions soient prises sur la base de considérations dont la teneur n'a pas fait l'objet de débats avec les citoyens ou leurs représentants.²⁰

Cette conception de la discrétion semble répandue, non seulement dans la population en général, mais chez certains gouvernements qui, de l'avis d'un auteur, «still hold to the notion that appointments are an extension of the government policy-making, and whatever mechanisms may exist to guide or constrain that appointment power remains the government's to make and to unmake as it sees fit».²¹ En droit canadien, l'archétype de la discrétion ainsi conçue se trouve probablement dans la dissidence du juge Cartwright dans la célèbre affaire *Roncarelli c. Duplessis*.²² Appelé à se prononcer sur la portée d'une disposition statutaire qui déléguait en termes lapidaires un pouvoir discrétionnaire à la Commission des liqueurs (la disposition énonçait que cette dernière «peut annuler tout permis à sa discrétion»), le juge Cartwright s'est dit d'avis qu'étant donné le silence de la loi habilitante sur les circonstances pouvant justifier l'annulation d'un permis,²³ la Commission avait une discrétion sans entrave («unfettered») pour déterminer les motifs de son action.²⁴ Les tribunaux n'étaient donc pas autorisés à les examiner et devaient se contenter de faire respecter les limites du pouvoir explicitement énoncées dans la loi. En conséquence, comme en l'espèce aucune limite explicite n'était prévue à la loi et que celle-ci déléguait entière discrétion au décideur, ce dernier devenait en quelque sorte sa propre loi («a law unto itself».)²⁵

¹⁸ Rapport de l'ACPD, *ibid.* à la p. 22. Voir aussi F.C. DeCoste, *supra* note 5 à la p. 672: «[B]ecause [the] power [of appointment] is constrained by no rules, its exercise violates the principle of transparency and is arbitrary and abusive».

¹⁹ F.C. DeCoste, *ibid.* à la p. 677.

²⁰ On peut certes prétendre que le processus est démocratique puisque le gouvernement est composé de députés élus, mais il n'empêche que les normes ou considérations qui constitueront la base des décisions discrétionnaires n'auront pas été débattues de manière démocratique.

²¹ L. Sossin, *supra* note 5 à la p. 39.

²² [1959] R.C.S. 121 [ci-après *Roncarelli*].

²³ *Ibid.* à la p. 167.

²⁴ *Ibid.* à la p. 164.

²⁵ *Ibid.* Le juge Cartwright cite à cet effet l'affaire *Re Ashby et al.*, [1934] O.R. 421 à la p. 428.

Suivant cette perspective, la discrétion est donc essentiellement antidémocratique et ouvre la porte à l'arbitraire. Elle «appartient», d'une certaine façon, au décideur, elle lui confère une liberté d'action et ne peut être limitée que par les termes clairs de la loi habilitante. Cette perspective voit la discrétion, pourrait-on dire, comme procédant du haut vers le bas, et c'est elle qui semble constituer la prémisse des débats que nous avons évoqués précédemment. L'analyse qui suit démontre cependant que trois décisions parmi les plus marquantes du droit public des cinquante dernières années proposent une conception de la discrétion radicalement différente de celle-ci. Et nous sommes d'avis que c'est la conception la plus satisfaisante des deux, puisque, comme nous le verrons, elle est compatible avec les principes de la primauté du droit et de la démocratie. Avant d'aller plus loin, il convient d'articuler plus clairement ces deux principes.

Le principe de la primauté du droit vise à prémunir les individus contre l'action arbitraire de l'État. Il pose essentiellement que les pouvoirs étatiques ne sont légitimes, et donc ne s'imposent à notre obéissance, que s'ils reposent sur une justification juridique, légale, bref sur «les ressources que le droit rend disponibles».²⁶ Et le droit inclut non seulement la lettre de la loi, mais également les valeurs ou principes fondamentaux qui sous-tendent la décision même de former un état de droit. Ces principes sont identifiés à travers des processus d'interprétation complexes et parfois controversés, mais un certain consensus suggère qu'ils incluent notamment l'égalité devant la loi, la participation des individus visés par les décisions (notamment par le biais de l'équité procédurale), et l'imputabilité des décideurs.²⁷

Le principe démocratique repose quant à lui sur l'idée du consentement des individus à l'autorité politique qui aspire à les gouverner. Dans la plupart des démocraties contemporaines, ce consentement se manifeste par l'élection des représentants du peuple, mais l'exercice démocratique ne se limite pas au moment de l'élection et il n'est pas nécessairement concentré à l'assemblée législative. Des conceptions contemporaines de la démocratie insistent davantage sur l'importance d'être fidèle aux valeurs qu'elle exprime : la participation des individus à la gouvernance étatique, et l'imputabilité des pouvoirs publics devant la population.²⁸

La discrétion et le droit public

Le droit ne s'est pas directement intéressé à la question de la discrétion dans le cadre de la nomination des juges. La discrétion a surtout été analysée dans le contexte de l'État providence, c'est-à-dire l'État qui conçoit son rôle comme visant à assurer le bien-être des individus, notamment à travers des programmes de sécurité sociale et de répartition des richesses. Cependant, une analyse de la discrétion dans ce dernier contexte constitue

²⁶ D. Dyzenhaus et M. Taggart, «Reasoned Decisions and Legal Theory», dans D.E. Edlin (dir.), *Common Law Theory* (Cambridge : Cambridge University Press, 2007), p. 134 à la p. 159.

²⁷ Parmi les ouvrages canadiens marquants sur la question de la primauté du droit, mentionnons L.B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation* (Montréal/Kingston : McGill-Queen's University Press, 1997) et D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law* (Cambridge : Cambridge University Press, 2006).

²⁸ Parmi plusieurs ouvrages, mentionnons H.S. Richardson, *Democratic Autonomy – Public Reasoning about the Ends of Policy* (Oxford : Oxford University Press, 2002).

une approche fructueuse pour identifier, par analogie, les principes fondamentaux qui guident l'exercice de la discrétion du gouvernement de nommer les juges. En d'autres termes, en «distillant», pour ainsi dire, les principes énoncés explicitement ou implicitement dans la jurisprudence relative à la discrétion de l'État providence, nous serons à même de voir comment concevoir un fondement légitime à l'exercice de la discrétion dans la nomination des juges.

Les projets élaborés dans le cadre de l'État providence ont nécessité le déploiement de structures et le développement de systèmes de décisions qui ont souvent mis le pouvoir discrétionnaire à contribution. En effet, la création de programmes visant à atténuer les inégalités sociales a provoqué un changement dans la philosophie générale des processus décisionnels. La justice commutative, caractéristique des litiges traditionnellement tranchés par les tribunaux, a fait place à la justice distributive, qui ne peut se réaliser qu'en autorisant des décideurs administratifs à décider sur la base de critères vagues ou flexibles : est-il dans l'intérêt public de délivrer le permis? est-il raisonnable d'imposer tel taux pour tel service public? tel individu est-il un candidat apte à obtenir une autorisation donnée? Ce type de décisions a généré une jurisprudence dont il faut analyser les principaux éléments pour identifier la conception que le droit retient de la discrétion.

Les premières années de l'État providence ont mis au jour la difficulté de concilier la discrétion avec la notion d'un état de droit.²⁹ L'approche contemporaine a émergé dans l'affaire *Roncarelli*, avec l'opinion du juge Rand qui contraste fortement avec celle du juge Cartwright dont nous avons parlé plus tôt. Selon le juge Rand, même si la loi ne prescrit aucune limite explicite à la discrétion de la Commission, il y a toujours des limites implicites à l'exercice d'un tel pouvoir. À son avis, «there is no such thing as absolute and untrammelled 'discretion'»³⁰ même lorsque les termes précis de la loi semblent indiquer le contraire. Le décideur doit «servir»³¹ les buts de la loi et concevoir son rôle comme celui de service public. On ne peut, affirme le juge Rand, voir la discrétion comme pouvant s'exercer «according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty»³² : cela conduirait à la désintégration du principe de la primauté du droit.³³ Pour le juge Rand, donc, la discrétion doit s'exercer en tenant compte des buts de la loi et de la situation des individus visés par la décision, et elle ne peut être conçue comme un simple instrument permettant au décideur de prendre n'importe quelle décision qu'il considère appropriée, ou comme un pur exercice de pouvoir s'exerçant dans un vide juridique.

Ce sont les affaires *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*³⁴ et *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³⁵ qui,

²⁹ Les premières réflexions sur le sujet sont celles de A.V. Dicey dans *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^{ième} éd. (Londres : Macmillan, 1959).

³⁰ *Roncarelli*, supra note 22 à la p. 140.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ [1979] 1 R.C.S. 311 [ci-après *Nicholson*].

³⁵ [1999] 2 R.C.S. 817 [ci-après *Baker*].

tout en réaffirmant les principes fondamentaux énoncés dans *Roncarelli*, consolideront la conception de la discrétion qui fait aujourd'hui autorité. Chacune à leur façon, elles contribueront aussi à concrétiser les limites évoquées dans *Roncarelli*.

Dans l'affaire *Nicholson*, une majorité de la Cour suprême affirme que les autorités publiques qui exercent un pouvoir discrétionnaire ont l'obligation d'entendre les individus dont les droits ou les intérêts sont susceptibles d'être affectés par la décision, même lorsque la loi n'impose pas expressément cette obligation. Ce faisant, *Nicholson* présage d'une rupture avec la notion de discrétion «à la Cartwright», essentiellement centrée sur la liberté du décideur et dans un rapport à sens unique où ce dernier impose sa décision à la personne visée. *Nicholson* inverse la perspective de départ : l'impact de la décision sur l'individu affecte la nature des obligations du décideur. La discrétion doit donc plutôt être envisagée dans un cadre qui accorde une importante place à l'individu visé par la décision.

Vingt ans plus tard, dans l'affaire *Baker*, la Cour suprême rompt définitivement avec le modèle de discrétion évoqué précédemment. Dans cette affaire, la Cour affirme que la substance ou le fond des décisions de nature discrétionnaire peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la raisonnable.³⁶ Certes, il faut laisser une marge de manœuvre au détenteur d'un pouvoir discrétionnaire, mais la discrétion doit être exercée «conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la Charte.»³⁷ D'autre part, la Cour exige que les décisions ayant des incidences importantes pour un individu soient motivées et que les motifs démontrent que le décideur a été sensible aux particularités de la situation de la personne visée. Ce faisant, l'obligation de motiver ne mène pas nécessairement à «la» bonne décision, mais elle élimine de la gamme des décisions valides, celles qui ne peuvent pas se justifier en raison de l'absence ou de l'insuffisance de motifs.

Ainsi, l'affaire *Nicholson* reconnaît à l'individu un rôle actif dans l'exercice de la discrétion (le décideur doit l'entendre si la décision est susceptible de l'affecter), alors que l'affaire *Baker* précise comment le décideur doit intégrer le rôle de l'individu dans sa prise de décision (il doit l'écouter, puis décider sur la base de raisons qui attestent d'une sensibilité aux particularités de la situation).³⁸

³⁶ La Cour suprême a récemment re-considéré la question complexe des normes sur la base desquelles les tribunaux peuvent procéder au contrôle des décisions de l'administration publique, mais elle n'a pas modifié les éléments pertinents pour la présente analyse. Voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.

³⁷ *Baker*, supra note 35 au par. 56.

³⁸ Pour une analyse plus poussée de ces décisions, voir G. Cartier, «Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le difficile passage de la théorie à la pratique», dans Conférence des juristes de l'État (dir.), *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État* (Cowansville : Yvon Blais, 2004), p. 187 aux p. 193 à 201.

Ce (très) bref survol de la jurisprudence fait ressortir deux idées fondamentales. Premièrement, le droit impose des limites à l'exercice de la discrétion, même lorsque la loi ne lui prescrit expressément aucune contrainte. Deuxièmement, ces limites reposent sur le respect des principes fondamentaux de la primauté du droit et de la démocratie et ces principes s'expriment à travers la participation des individus, l'imputabilité des décideurs et la justification, en droit, des actes posés par ces derniers. Et tout cela exige et suppose la transparence des processus décisionnels.

Pour l'essentiel, ces limites s'expriment à travers la métaphore du dialogue : le décideur et la personne visée par la décision doivent enclencher un processus de communication qui porte sur les considérations pertinentes à l'exercice de la discrétion, et ce processus doit aboutir à une décision qui témoigne de sa fidélité à la communication qui l'a précédée.³⁹ La discrétion n'est pas l'apanage de celui ou celle qui l'exerce, ni sa prérogative, ni son attribut. Elle est régie par le droit, elle sollicite la participation de l'individu et elle impose à l'État un devoir de justification et d'imputabilité.

Bref, la légitimité de la discrétion émerge à travers les rapports qui se créent entre les parties impliquées dans une décision particulière. C'est cette impulsion qui doit guider la réflexion relative au processus de nomination discrétionnaire des juges du Québec.

PARTIE II – LA DISCRÉTION DE NOMMER LES JUGES DANS UNE CULTURE DÉMOCRATIQUE ET RESPECTUEUSE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT

De l'État providence à la nomination des juges : une communauté de principes et d'approches

L'analyse de la première partie résulte d'une étude de la discrétion exercée dans le contexte de l'État-providence, et elle porte essentiellement sur des rapports entre l'État et un individu visé par une décision discrétionnaire spécifique. Par contre, la discrétion du gouvernement de nommer les juges s'inscrit dans le cadre de rapports différents : la décision de nommer un juge a bien sûr des effets sur la personne nommée, mais elle a aussi des incidences sur les institutions judiciaires et, par ricochet, sur l'appareil étatique de manière plus générale. Étant donné cette différence dans le type de rapports en jeu, l'analyse précédente nous permet-elle de répondre aux questions que soulève l'exercice de la discrétion dans le processus de nomination des juges?

Nous sommes d'avis que ces contextes différents soulèvent au fond les mêmes défis sur le plan de l'exercice des pouvoirs publics et que l'analyse qui précède, de même que la métaphore du dialogue que nous avons évoquée, conservent toute leur pertinence pour établir les conditions de légitimité de la nomination discrétionnaire des juges. La primauté du droit et la démocratie figurent parmi les principes non-écrits de notre

³⁹ Nous avons abordé cette question dans le cadre de travaux antérieurs. Voir notamment G. Cartier, «Administrative Discretion as Dialogue: A Response to John Willis (or: From Theology to Secularization)», (2005) 55 U.T.L.J. 629.

Constitution et, combinés aux règles constitutionnelles écrites, ils constituent «un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement».⁴⁰ Le contexte précis dans lequel s'exerce la discrétion n'a donc pas d'effet sur la détermination des principes fondamentaux qui doivent en gouverner l'exercice.

Le contexte fait toutefois une différence sous deux aspects. Premièrement, dans le cas de la discrétion de nommer les juges, les principes de la primauté du droit et de la démocratie risquent fort peu d'être mis en œuvre dans le cadre d'une contestation formelle devant un tribunal, puisqu'il est difficile d'imaginer qu'un tel recours soit effectivement intenté. Les principes jouent plutôt ici le rôle d'une forme d'idéal en matière d'exercice des pouvoirs publics, une aspiration, vers lesquels les acteurs doivent tendre dans la façon de se comporter, et ils délimitent le cadre à l'intérieur duquel le processus devrait être évalué et, le cas échéant, modifié.

Deuxièmement, si la différence de contexte ne modifie pas les principes en jeu, elle implique une différence dans la façon de traduire les principes dans l'action. Que signifie réellement pour le gouvernement, l'obligation d'exercer sa discrétion de nommer les juges selon une approche fondée sur le «dialogue» ou la communication, de manière à se conformer aux principes de la primauté du droit et de la démocratie? Cette obligation signifie essentiellement qu'il doit identifier les différents rapports qu'il établit avec les autres acteurs impliqués dans le processus de nomination des juges, et qu'il doit chercher à intégrer, dans chacun de ces rapports, des éléments de participation, de transparence, d'imputabilité et de justification.

Ainsi, par exemple, dans le système actuel, le gouvernement entretient des rapports avec le public lorsqu'il adopte le règlement visant à déterminer la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges. Ce règlement inclut entre autres des dispositions régissant la composition du comité de sélection des candidats, de même que les normes sur la base desquelles les candidats sont sélectionnés.⁴¹ Or, le gouvernement doit, en vertu d'une loi québécoise, publier ses projets de règlements et inviter les personnes intéressées à les commenter.⁴² Ces deux éléments favorisent la participation du public et la transparence et sont compatibles avec une vision dialogique de la discrétion. Par contre, lorsqu'il prend la décision même de nommer un candidat, le gouvernement adopte une approche très éloignée de ce modèle : ses critères sont obscurs, aucune justification n'est formulée, les consultations, si elles sont menées, ne permettent pas d'établir sur quoi elles portent, etc. Une analyse exhaustive des nombreux autres rapports qui existent au sein du système nous permettrait de constater que de grands pans du processus sont toujours imprégnés du modèle autoritaire de l'exercice de la discrétion.

Dans une perspective plus globale, le gouvernement doit concevoir ses rapports avec tous les autres acteurs du système (le comité d'évaluation de l'aptitude à devenir juge, le ministre de la Justice, les candidats considérés aptes à exercer la fonction de juge, les candidats inscrits sur la liste fournie par le ministre, les candidats retenus, ceux qui ne le

⁴⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 au par. 32.

⁴¹ Voir supra note 10.

⁴² Il s'agit de la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1.

sont pas, et la population) suivant la même approche. De plus, ces acteurs entretiennent entre eux des relations qui doivent être vues de la même façon. Ils sont en quelque sorte les architectes du système et ils doivent construire un processus qui traduit une vision contemporaine de la primauté du droit et de la démocratie.

Quelques questions plus précises

Dans le contexte actuel, plusieurs questions moins théoriques se posent. Nous proposons ici des réponses à certaines de ces questions, à la lumière du cadre que nous avons élaboré dans les pages précédentes.

1. Quels sont les facteurs légitimes dont l'exécutif peut tenir compte dans la nomination des juges?

Si la discrétion implique nécessairement que le décideur puisse tenir compte de plusieurs types de considérations et facteurs pour décider, elle comporte aussi l'idée que certains facteurs ne soient pas pertinents dans un contexte donné et qu'ils soient exclus de l'éventail possible des considérations qui sous-tendent les décisions valides.⁴³ Il est donc ici question de savoir ce qui peut constituer une «bonne raison», une justification satisfaisante, de choisir un candidat «apte» plutôt qu'un autre. Étant donné le silence législatif et réglementaire sur le sujet, la légitimité des facteurs de nomination doit s'analyser à la lumière des principes fondamentaux pertinents identifiés plus tôt.

La nomination des juges s'inscrit dans le cadre plus large de l'administration de la justice au Québec, dont le gouvernement et tous les acteurs publics doivent assurer l'intégrité et l'efficacité. Par conséquent, le gouvernement doit tenir compte de facteurs qui sont raisonnablement reliés à ces préoccupations. Toutefois, puisque tous les candidats inscrits sur la liste à partir de laquelle le gouvernement procède aux nominations sont, suivant le jugement du comité de sélection, aptes à exercer la fonction de juge, qu'y aurait-il de plus à considérer comme facteur? Cela ne justifierait-il pas de nommer n'importe quel candidat apparaissant sur la liste, puisque tous sont aptes à exercer la fonction? Ou de nommer tout simplement «le plus apte»?

Tout d'abord, il ne sera pas toujours facile d'identifier «le plus apte» des candidats. Il s'agit, comme nous en avons discuté au début de ce rapport, d'un jugement qu'il n'est pas toujours facile de porter. Ensuite, il importe de faire preuve d'équité à l'égard de tous les candidats aptes à exercer la fonction de juge et cela exige de les traiter en fonction de critères qui se rattachent à la substance du poste convoité. En effet, bien que personne n'ait le droit d'être nommé juge, car il s'agit d'un privilège ou d'un intérêt plutôt que d'un droit, l'équité exige que le processus ne soit pas arbitraire à cet égard. Enfin, au-delà des aptitudes des candidats à devenir juges, le gouvernement doit pouvoir tenir compte,

⁴³ Il convient à cet égard de rappeler un principe de droit administratif selon lequel la décision discrétionnaire fondée sur des considérations qui ne sont pas pertinentes est illégale, ou autrement dit, sans fondement juridique. Sous cet angle, nommer une personne apte plutôt qu'une autre exclusivement parce qu'elle est donatrice ou amie du parti au pouvoir constituerait une décision illégale ou sans fondement juridique s'il était convenu que de tels facteurs soient non pertinents, même s'il n'y a pas de trafic d'influence ou autre illégalité au sens du droit criminel.

dans le processus de nomination, des besoins spécifiques des tribunaux auxquels les juges seront nommés, et de préoccupations plus larges comme d'encourager la diversité au sein même du groupe des juges (sous l'angle du type d'expérience professionnelle ou personnelle, de l'âge, du sexe, etc.) ou encore de travailler à en améliorer la représentativité au regard des minorités. Ces facteurs se rapprochent davantage des questions d'opportunité mais elles sont légitimes, dans la mesure où elles visent raisonnablement l'atteinte des objectifs généraux qui sous-tendent la préservation de l'intégrité, mais aussi l'évolution, des institutions judiciaires et administratives.

Dans cette perspective, les pures considérations partisans s'avèrent clairement sans rapport avec ces objectifs : le fait de soutenir ou d'appartenir au parti politique au pouvoir n'a aucune pertinence au regard de l'intégrité et de l'efficacité du système de justice, tout comme le fait d'être apolitique ou de soutenir un parti d'opposition. Il convient donc de les exclure de la gamme des facteurs à considérer pour la nomination.

2. Les facteurs dont l'exécutif tiendra compte dans la nomination des juges devraient-ils être énoncés dans une loi ou un règlement, ou autrement?

Énoncer formellement dans une loi ou un règlement les facteurs dont le gouvernement peut tenir compte pour procéder à une nomination, ne constitue pas une garantie contre les décisions fondées sur des motifs illégitimes : il est souvent difficile en effet de connaître les véritables raisons d'une décision et donc tout aussi difficile d'en apprécier la légitimité. Toutefois, une telle démarche manifeste une volonté de favoriser tous les grands principes que nous avons identifiés plus tôt et qui fondent la légitimité de l'exercice de la discrétion (la transparence, la justification, la participation et l'imputabilité). Il est par ailleurs pédagogiquement utile d'inclure les facteurs pertinents dans un texte formel qui a fait l'objet d'une certaine publicité. D'une part, cela permet au public (incluant les candidats) de mieux mesurer l'étendue de la marge de manœuvre du gouvernement et d'autre part, cela peut avoir pour effet de ramener les pouvoirs publics à leurs devoirs.

Quel type d'instrument choisir pour énoncer ces facteurs? Une loi, un règlement ou une simple directive? C'est le processus législatif qui confère le plus d'éléments participatifs et justificatifs, et il est transparent. Contrairement au processus réglementaire toutefois, il s'agit d'un processus lourd qu'il n'est pas facile de mettre en branle rapidement. Or, au Québec, comme nous l'avons vu, le processus réglementaire du gouvernement est encadré par la *Loi sur les règlements*,⁴⁴ qui lui impose l'obligation de publier ses projets de règlements et d'accompagner cette publication d'une invitation à faire des commentaires.⁴⁵ Bien que la procédure prévue par cette loi ne puisse compenser totalement l'absence de débat contradictoire du processus législatif, il atténue en partie le déficit démocratique généralement attribué au processus réglementaire. Quant aux directives ou aux lignes directrices, elles découlent de processus assez aléatoires et difficiles à connaître et sont rarement adoptées au terme d'une approche participative. Les lois et les règlements ont par ailleurs une permanence que n'ont pas les directives.

⁴⁴ Supra note 42.

⁴⁵ Ibid. aux art. 8 à 14.

Le règlement nous semble le mieux convenir à l'énoncé des facteurs, dans la mesure où il combine certaines valeurs démocratiques et la flexibilité nécessaire pour adapter les facteurs si nécessaire, sans toutefois éliminer les aspects de permanence, de précision et de publicité. Par ailleurs, le gouvernement devrait être désigné pour l'adopter, étant donné sa position privilégiée dans le processus et sa connaissance des besoins et des réalités des institutions judiciaires et administratives. Les lois habilitantes pertinentes devraient être modifiées en conséquence.

Les dispositions réglementaires devraient prévoir trois éléments. Bien sûr, elles devraient tout d'abord énoncer les facteurs dont le gouvernement et le ministre peuvent légitimement tenir compte pour procéder à une recommandation ou à une nomination. Mais elles devraient également énoncer les facteurs qui sont clairement exclus de cette sphère de légitimité, le cas échéant. Et finalement, étant donné la discussion précédente sur la légitimité des facteurs de nomination, il serait sage de conserver au gouvernement une marge de manœuvre résiduelle pour parer aux situations atypiques, qui seraient alors traitées suivant les principes fondamentaux reliés à la primauté du droit.⁴⁶ Ce faisant, la discrétion serait resserrée sans être éliminée, ce qui permettrait également de parer aux situations exceptionnelles, que des facteurs limitatifs empêcheraient de traiter de manière satisfaisante.

L'exercice légitime d'un pouvoir discrétionnaire ne dépend donc pas de l'élimination de l'espace qu'il accorde au décideur pour réfléchir, délibérer, pondérer. Au contraire, les valeurs et principes énoncés plus haut reconnaissent la légitimité de cet espace et soulignent plutôt qu'elle repose notamment sur davantage de transparence et de justification. L'énoncé réglementaire de certains facteurs et la préservation d'une marge de manœuvre, jumelés à la motivation des décisions que nous abordons à l'instant, permettraient de concrétiser les valeurs et les principes en jeu.

3. Dans des cas spécifiques, suite à la nomination d'un juge, l'exécutif devrait-il expliciter les facteurs qui avaient été considérés?

Les principes de justification, de transparence et d'imputabilité peuvent difficilement s'exprimer plus clairement qu'à travers la motivation que fournit un officier public de ses décisions. Par conséquent, exiger du gouvernement qu'il explicite les facteurs qu'il a considérés pour une nomination donnée contribuerait de manière importante à renforcer la légitimité de ses décisions. À l'inverse, l'absence de raisons reflète une vision de l'autorité fondée sur le commandement,⁴⁷ suivant laquelle «a decision is obeyed because of who gave it and not because it is justified by reasons».⁴⁸ Or, la conception contemporaine de la discrétion prend ses distances d'une telle vision pour se rapprocher

⁴⁶ L'inclusion d'une telle réserve dans le règlement exigerait une autorisation particulière de la loi habilitante, qui ne permet pas implicitement au délégataire d'un pouvoir réglementaire de se réserver une discrétion dans le règlement qu'il adopte.

⁴⁷ D. Dyzenhaus et M. Taggart, *supra* note 26 à la p. 153.

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 166.

d'un exercice de coopération, de dialogue, de communication, dans lequel les raisons occupent une place centrale.

Lorsqu'une obligation de motiver existe, le fondement de la légitimité des décisions ne réside pas seulement dans l'aspect procédural qui consiste à fournir des motifs. Il réside surtout dans le lien serré qui se tisse entre la procédure qui entoure la décision de nommer, et la substance ou le fond de la décision. En effet, l'obligation d'articuler les raisons d'une décision ramène le décideur à ses devoirs et le rend plus soucieux de prendre des décisions qui respectent les contraintes de son pouvoir. Elle exerce une pression morale sur la personne qui rédige les motifs et l'oblige à se rappeler que, lorsqu'elle décide, elle agit en tant que fiduciaire du public. La motivation a pour effet de détacher, si l'on veut, la décision de celui qui la prend, de manière à l'ancrer dans une justification autre que celle qui repose uniquement sur l'autorité du titulaire du pouvoir.⁴⁹ On peut aussi imaginer que l'obligation de motiver les nominations pourrait constituer un rappel des principes en jeu pour ceux qui seraient tentés d'exercer des pressions de l'externe sur le gouvernement. Lorsqu'ils sont explicités, donc, les motifs d'une décision ont à la fois une fonction justificatrice à l'égard de la décision prise dans le passé, et une fonction pédagogique tournée vers l'avenir pour d'autres candidats, d'autres ministres, etc.

Le gouvernement devrait ainsi rédiger les motifs de sa décision comme s'il avait à la justifier, non seulement auprès des candidats aptes qui n'ont pas été retenus pour une nomination, mais aussi auprès du public en général. Quels facteurs ont été retenus? Quels sont les aspects du profil du candidat qui correspondent à ces facteurs? En insistant sur les éléments qui justifient le choix du candidat retenu, le décideur fournit implicitement la justification du rejet des autres candidatures. Malgré les facteurs qui militent pour une transparence accrue, le respect de la vie privée exige le maintien d'une certaine confidentialité à l'égard des candidats non retenus et donc il n'est pas envisageable que la justification d'un candidat retenu fasse référence aux candidats non retenus.

À notre avis, jumelée à l'adoption d'un règlement précisant les facteurs légitimes de nomination, et laissant également une discrétion «résiduelle» pour les cas difficiles à prévoir à l'avance, l'imposition d'une obligation de motiver constituerait une contrainte non négligeable à l'exercice de la discrétion du gouvernement, tout en lui laissant la marge de manœuvre nécessaire pour atteindre ses objectifs. Bien qu'elles ne constituent en rien une garantie que des considérations illégitimes ne puissent être prises en compte, elles limitent à notre avis de manière substantielle la possibilité qu'elles le soient. Si l'objectif est d'améliorer le système, et non nécessairement d'en instaurer un qui soit parfait, c'est un changement à considérer.

4. Quelles sont les consultations légitimes, le cas échéant, que peut faire le ministre ou le gouvernement à propos des candidats recommandés?

La décision de nommer un candidat apte à exercer la fonction de juge doit reposer, nous l'avons vu, sur des facteurs dont la légitimité est reliée à l'intégrité et à l'efficacité du

⁴⁹ Ibid. à la p. 148.

système judiciaire et administratif dans son ensemble.⁵⁰ Nous avons suggéré que ces facteurs soient énoncés dans un règlement, que ce dernier conserve une marge de manœuvre au gouvernement, et que le pouvoir de procéder à une nomination soit assorti d'une obligation d'en exposer les motifs. Or, pour qu'il soit possible d'affirmer que les nominations recommandées ou effectuées respectivement par le ministre et le gouvernement reposent de manière authentique sur les facteurs évoqués plus haut, il est nécessaire que le ministre et le gouvernement puissent attester de l'adéquation entre les facteurs et le profil du candidat. Certaines des informations pertinentes peuvent apparaître à la lecture du rapport du comité de sélection, mais comme les critères reliés à l'aptitude, et qui sont ceux que doit appliquer le comité, ne sont pas nécessairement identiques aux facteurs de nomination, il est possible que le ministre et le gouvernement n'aient pas toutes les informations nécessaires pour décider.

Dans de tels cas, il est non seulement souhaitable, mais nécessaire que des consultations soient faites. Un pouvoir aussi important que celui de nommer un candidat à un poste de juge ne peut être exercé de manière approximative. La consultation peut dans ce cas constituer un moyen d'éclairer le décideur, qui est précisément investi du devoir d'agir dans l'intérêt public et à titre de fiduciaire de la population.

Pour être légitime toutefois, la consultation doit se limiter à vérifier les éléments qui se rapportent aux facteurs pris en compte dans le processus de nomination. Le principe de la pertinence s'applique ici aussi. De même, une consultation suppose que le décideur n'a pas déjà décidé de l'action à prendre : pour être véritablement éclairé, le décideur doit garder l'esprit ouvert et accepter de changer d'idée dans la mesure où des considérations pertinentes sont portées à son attention (nous abordons plus loin la question de savoir ce qui peut constituer une influence indue). Menées de manière appropriée, les consultations favorisent la transparence, permettent de bonifier la justification des nominations et favorisent la participation d'une partie de la population (ceux et celles qui sont consultés), ce qui peut contribuer à établir entre le ministre, le gouvernement et la population, un dialogue constructif conforme aux valeurs démocratiques.

S'il nous paraît approprié, dans les limites que nous venons de tracer, qu'un ministre fasse des consultations, nous sommes également conscients d'un possible effet pervers de ce type de démarches. En effet, dès que l'étude d'une candidature comporte l'analyse d'éléments qui n'apparaissent pas au dossier préparé par les candidats, comme ceux que fournissent les consultations, le risque est réel de conférer un avantage aux candidats déjà connus des lieux de pouvoirs, en raison de leur expérience ou de leurs activités antérieures. En contrepartie, les chances des candidats méritoires mais peu connus des milieux influents diminuent. Il faut donc prendre cet aspect en considération dans la réflexion relative à la légitimité démocratique des consultations.

Nous aimerions souligner en passant que, bien que les lois qui habiliter le gouvernement à réglementer la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges, l'autorisent à inclure des normes relatives aux consultations que peut mener le comité,

⁵⁰ Voir les développements précédents sur la question des considérations qui peuvent légitimement être prises en compte dans le processus de nomination.

seul le règlement relatif à la nomination des membres du Tribunal administratif du Québec aborde la question. Étant donné la formulation large et générale employée pour décrire les critères de sélection des personnes aptes, il n'est pas facile de justifier l'absence de consultation, dans la mesure où plusieurs des critères peuvent difficilement faire l'objet d'une évaluation crédible sans avoir recours à une expérience plus longue dans le temps que ce que permettent une analyse de dossier et une entrevue.

5. Dans quelle mesure, le cas échéant, le ministre ou le gouvernement peuvent-ils se laisser influencer par des tiers dans l'évaluation d'un candidat?

Le processus qui entoure la nomination d'un candidat à un poste de juge est susceptible de se complexifier lorsque des tiers tentent d'influencer le ministre, ou le gouvernement, dans la recommandation ou la décision qu'ils doivent prendre. Sont ici en jeu les valeurs démocratiques : la légitimité politique dont jouissent le ministre et le gouvernement reposent non seulement sur la légitimité du processus qui les a nommés, mais également sur leur capacité à agir pour le bien commun et dans l'intérêt public tout au long de leur mandat. Doivent-ils pour autant résister à toute influence exercée par des tiers?

Nous sommes d'avis que le critère de la pertinence joue ici un rôle similaire à celui qui entre en jeu dans le cadre des consultations, que nous avons évoquées plus tôt, avec cette nuance qu'au contraire de la consultation qui est sollicitée par le détenteur du pouvoir, l'influence n'est pas ici sollicitée, mais «subie» par ce dernier. En principe, le ministre et le gouvernement devraient pouvoir se laisser influencer par des tiers, uniquement si cette influence s'exerce sur un élément pertinent du processus de nomination. Sous cet angle, le niveau hiérarchique qu'occupe la personne qui fait pression, ou le poids qu'elle exerce dans l'entourage du pouvoir, ne doivent pas, en eux-mêmes, faire partie des considérations pertinentes dans la détermination de la décision à prendre. C'est la pertinence des arguments invoqués sur le fond, et non l'identité de celui qui les soumet, qui pourrait légitimement influencer les décideurs.

La question des influences extérieures soulève par ailleurs la question du rôle et de la responsabilité démocratique des individus qui se situent à l'extérieur des lieux de pouvoir décisionnel. Les valeurs démocratiques imposent des devoirs non seulement aux décideurs, mais à la population en général et aux individus et aux groupes en particulier. Le respect des valeurs démocratiques exige de tous un comportement conforme au respect de la volonté populaire. Ainsi, quoiqu'il soit tout à fait légitime de faire part de ses opinions ou de ses recommandations sur une nomination ou sur une autre, la légitimité de cette influence s'arrête lorsqu'elle a pour effet d'éliminer l'espace de réflexion et de pondération que détient le décideur, entre la consultation et la décision. Il y a alors une pression indue, à laquelle le décideur doit résister. Rien ne l'empêche bien sûr de considérer le fond des commentaires qui lui sont faits, mais il doit s'assurer de maintenir sa marge de manœuvre décisionnelle. Respecter les principes démocratiques suppose à la base de refuser de donner préséance aux pressions qui visent à favoriser un groupe pour des raisons qui n'ont rien à voir avec l'intérêt public ou le bien commun.

CONCLUSION

L'analyse que nous avons proposée du concept de discrétion est, croyons-nous, susceptible d'éclairer les débats sur l'état du système québécois de nomination des juges ainsi que sur les moyens de l'améliorer. Les principales failles du processus actuel, identifiées comme étant principalement un déficit démocratique et un risque d'arbitraire, découlent de la conception de la discrétion que partagent la plupart des acteurs de ce système et du type de comportement qu'ils adoptent à la lumière de cette conception. On y voit la discrétion comme un pouvoir brut, une prérogative du décideur, qu'il exerce seul et sans véritable communication avec ceux qui sont visés par la décision ou qui participent à son élaboration.

Or, l'importance que nous accordons à la démocratie et à la primauté du droit, et la vision contemporaine que nous en avons, doivent se traduire dans tous les aspects de l'exercice des pouvoirs publics, y compris dans les pouvoirs de nature discrétionnaire. À la discrétion à sens unique, qui ne reflète en rien ces aspirations, il faut substituer une vision de la discrétion fondée sur le développement et le maintien de rapports construits sur la base des principes auxquels nous accordons une valeur fondamentale. Ainsi envisagée, la délégation de pouvoirs discrétionnaires n'accorde pas davantage de pouvoirs aux délégataires : au contraire, elle alourdit leurs responsabilités en leur confiant la tâche de construire la légitimité de leurs pouvoirs.

À bien des égards, le processus de nomination des juges ne pourra jamais se conformer parfaitement aux principes énoncés précédemment. Ces derniers, nous l'avons dit plus tôt, expriment davantage une forme d'aspiration, un idéal de moralité publique qu'un objectif précis qu'il est possible d'atteindre. Ces principes indiquent toutefois, à notre avis, la direction qu'il faut suivre.

ANNEXE XVI

Paramètres de la Politique et du politique des nominations à la magistrature

Parameters of Politics in Judicial Appointments

Roderick A. Macdonald,
titulaire de la Chaire F.R. Scott
en droit public et constitutionnel,
Faculté de droit, Université McGill

Paramètres de la Politique et du politique des nominations à la magistrature

Roderick A. Macdonald

**Titulaire de la chaire F.R. Scott en droit public et constitutionnel
Faculté de droit, Université McGill**

Le 1^{er} septembre 2010

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

**Étude commandée par la
Commission d'enquête sur le processus de nomination des
juges du Québec**

Table de matières

Sommaire	3
Introduction	4
I : Le processus judiciaire exempt de toute considération humaine est-il possible ?	7
A. La primauté du droit exige-t-elle une magistrature humaine ?	7
B. En quoi consiste vraiment le système judiciaire actuel du Québec ?	10
C. Un juge peut-il être neutre ?	12
D. Composer avec la subjectivité des juges	14
II : Est-il possible de concevoir un mécanisme de sélection exempt de toute dimension humaine ?	15
A. Le gouvernement par les lois plutôt que par les hommes	15
B. Une procédure de sélection peut-elle être neutre ?	18
III : Est-il possible d'encadrer le jugement subjectif qui s'exerce dans les nominations à la magistrature ?	20
IV : La procédure de sélection peut-elle être purgée de tout facteur politique indu ?	30
A. Quand des opinions politiques deviennent-elles des considérations de Politique inacceptables ?	30
B. Assurer la qualité du groupe chargé de la sélection des juges et de la décision ultime	40
Conclusion	45

Sommaire

La primauté du droit repose en grande partie sur le concept de l'indépendance judiciaire, lequel est généralement invoqué pour expliquer pourquoi une magistrature désintéressée et impartiale est essentielle à l'idée même de jugement conforme au droit, et pourquoi il est impératif que l'esprit et la volonté des juges soient exempts de toute influence en vertu de la doctrine de la séparation des pouvoirs pour éviter concrètement et efficacement les éventuels abus de pouvoir des composantes politiques du gouvernement.

On considère généralement que le concept d'indépendance judiciaire englobe quatre éléments : la neutralité des nominations, l'inamovibilité, l'indépendance financière et l'autonomie administrative. Les trois derniers ont des racines dans l'*Act of Settlement* de 1701, la neutralité des nominations ayant été plus tardive. Mais le principe de nomination *neutre* est contesté. Dans certains États démocratiques, on invoque la responsabilité des juges devant la population pour justifier leur élection, un procédé en contradiction directe avec le principe de neutralité. Des modèles qui présupposent en plus la réélection sont aussi en contradiction avec l'inamovibilité.

Le présent essai suppose que les juges seront, en bout de ligne, nommés plutôt qu'élus, et que les autres garanties prescrites par l'*Act of Settlement* continueront de s'appliquer à la judicature québécoise. La question spécifique à l'étude est celle-ci : la nomination des juges par l'exécutif est-elle compatible avec le principe de la neutralité des nominations ?

Les premières pages sont consacrées à la définition du principe de « nomination neutre » et explorent donc la possibilité de purger de toute subjectivité le processus décisionnel humain, qu'il s'agisse des décisions des juges mêmes, de celles d'un comité de sélection ou de validation des nominations ou de l'exécutif. Il y est question de l'impossibilité d'un processus décisionnel humain « objectif » comme pourrait l'être un procédé chiffré, que la décision soit prise par les juges ou par un comité de sélection. Sont ensuite sondés les types de critères estimés nécessaires à la sélection de candidats compétents à la fonction judiciaire. Les arguments avancés font ressortir le caractère incommensurable de nombre d'entre eux. Or, même lorsque des personnes s'entendent sur des critères, elles peuvent les pondérer différemment, les interpréter différemment et les appliquer aux candidats différemment. D'où il s'ensuit qu'il y a rarement un candidat qui soit « objectivement le meilleur ».

Les dernières sections visent à démontrer la différence entre un mode de nomination qui tient expressément compte des considérations subjectives en les rendant transparentes et un mode qui cache cette subjectivité à la vue du public. Ce faisant, une distinction est faite entre, d'une part, les « considérations politiques » qui peuvent légitimement faire partie du calcul préalable à une nomination et les « considérations de Politique » illégitimes qui, d'autre part, doivent être extirpées de la procédure de nomination.

L'essai se termine par une série de recommandations sur la manière de concevoir les dernières étapes de la procédure de sélection des juges au Québec, soit la nomination par le pouvoir exécutif, pour atteindre à la plus grande neutralité possible et accroître la confiance du public dans l'indépendance des juges.

Introduction ^{*}

Les citoyens d'un État démocratique nourrissent un intérêt tout à fait légitime pour la qualité de la justice rendue par les diverses institutions de gouvernances de cet État. Ils supposent que les délicates questions de justice interpersonnelle, sociale et économique seront tranchées par les représentants démocratiquement élus au Parlement et que la législation sera mise en exécution de manière équitable par les agents d'un pouvoir exécutif qui doit leur rendre compte. Ils supposent aussi que tout différend à l'égard de l'interprétation d'une loi ou d'une règle de droit, entre particuliers ou entre un particulier et un organisme gouvernemental, sera entendu par une autorité tierce, indépendante et impartiale (invariablement : les tribunaux) qui rendra une décision juste.

Ces attentes sont traduites en deux expressions actuellement très courantes : « la primauté du droit » et « le gouvernement par les lois plutôt que par les hommes ». En démocratie, l'élément primordial d'une gouvernance respectueuse des concepts exprimés dans ces deux expressions est la notion d'indépendance judiciaire, que l'on invoque généralement pour expliquer : 1) pourquoi une magistrature désintéressée et impartiale est essentielle à l'idée même de jugement conforme au droit; et 2) pourquoi une magistrature dotée d'une pensée et d'une volonté propres, en vertu de la doctrine de la séparation des pouvoirs, est nécessaire pour contrer efficacement tout abus de pouvoir des composantes politiques du gouvernement.

Si les citoyens ont de la primauté du droit et de l'indépendance judiciaire une intuition qui se trouve confirmée par la théorie constitutionnelle et les institutions en place dans la plupart des démocraties, le sens exact de ces notions leur échappe souvent. C'est pourquoi leurs attentes

* J'ai déjà publié quelques essais dans lesquels je considère les principales options envisageables au regard du mode de sélection des juges, les qualités attendues de ces derniers, leur rémunération, la formation continue, les promotions et la destitution. Le présent porte sur un aspect particulier de la judicature, à savoir le rôle des considérations politiques dans tout ce qui concerne la sélection, la promotion et la destitution des juges ainsi que l'administration du système. Pour éviter de surcharger le texte de notes infrapaginales, je me permets d'énumérer simplement ici mes essais antérieurs, qui sont assortis de bibliographies substantielles sur toutes ces questions : « La faculté de discernement / Exercising Judgement », dans *Quel juge pour quelle société : Actes du Congrès de la magistrature 2008*, Québec, Conseil de la magistrature, 2009, pp. 53-71; « Nommer, élire, tirer au sort, vendre au plus offrant ? À propos du choix des juges », dans P. Noreau (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, pp. 731-806; « Le catéchisme de l'islamophobie », dans M. Jezequel (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, pp. 19-61 (avec Alexandra Popovici); « Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits – Résultat, processus et symbolisme », dans C. Eberhard et G. Vernicos (dir.), *La quête anthropologique du droit*, Paris, Éditions Karthala, 2006, pp. 275-96 (avec Pierre-Olivier Savoie); « Le juge et le citoyen : une conversation continue », dans A. Riendeau (dir.), *Dire le droit: pour qui et à quel prix*, Montréal, Wilson and Lafleur, 2005, pp. 3-22 (avec Alexandra Law); « L'intégrité des institutions : rôles et relations dans le modèle constitutionnel », dans R. Macdonald (dir.), *Établir la rémunération des juges: perspectives multidisciplinaires*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 1999, pp. 7-23; « Should Judges Be Legal Pluralists ? », dans *Aspects of Equality: Rendering Justice*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1996, pp. 229-34; *Study Paper on Prospects for Civil Justice*, Toronto, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1995; « Authors, Arbiters, Oracles, Performers », dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice*, Toronto, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1991, pp. 233-40.

envers l'organisation judiciaire de l'État coïncident rarement avec ce que l'on peut raisonnablement attendre d'un processus décisionnel humain.

Le concept d'indépendance judiciaire est généralement divisé en quatre éléments : la neutralité des nominations, l'immovibilité, l'indépendance financière et l'autonomie administrative. Historiquement, dans la tradition constitutionnelle de common law du Québec, ces trois derniers ont leurs racines dans l'*Act of Settlement* de 1701. Une fois nommés, les juges ne devraient pas être passibles de révocation selon le caprice d'acteurs politiques; leur rémunération ne devrait pas être réduite pendant leur mandat; et la gestion des affaires judiciaires ne devrait relever que du collège des juges. L'hypothèse qui sous-tend ces trois principes est que les juges, ainsi protégés, pourront agir comme prescrit par le droit sans craindre de conséquences et sans devoir de faveur à personne.

Le premier de ces principes, soit la neutralité des nominations, est le dernier en date. Il n'a d'ailleurs pas été aussi étudié en regard de la théorie constitutionnelle. Son sens et son application sont objets de débats substantiels, en partie à cause d'une notion concurrente à laquelle adhèrent certaines démocraties, à savoir que les juges devraient être directement responsables devant les citoyens. Cette conception de la responsabilité sert à justifier l'élection et la réélection périodiques des juges. Or, si les juges doivent solliciter le renouvellement de leur mandat, leurs décisions seront forcément orientées par des considérations politiques chères à ceux qui les élisent et, à moins d'être élus à vie (ou jusqu'à une retraite dans des conditions normales), ce procédé contredit le second principe d'indépendance judiciaire, à savoir : l'immovibilité.

D'ailleurs, l'élection à vie ne cadre pas non plus parfaitement avec la notion d'indépendance judiciaire, puisque l'électorat ne choisit pas forcément les juges en fonction des seuls critères qui ont trait à la compétence, à la connaissance ou à l'intégrité personnelle, mais est influencé par les positions politiques que les candidats à la magistrature promettent de respecter ou paraissent appuyer. Le principe de la neutralité des nominations est donc entamé au nom d'une responsabilité démocratique directe.

Voilà pourquoi le présent essai repose sur l'hypothèse que les juges seront, en bout de ligne, choisis au terme d'une procédure de nomination et que les autres garanties de l'*Act of Settlement* restent partie intégrante du système judiciaire du Québec. Nous supposons aussi que, peu importe les autres processus mis en œuvre pour assurer la compétence, la connaissance et l'intégrité personnelle des candidats à la magistrature (par exemple, une présélection par un comité de sélection), la nomination sera, au bout du compte, le fait de l'exécutif. Certes, on peut imaginer que les juges soient effectivement choisis par un comité de sélection, mais cette méthode entame largement la notion d'imputabilité politique. C'est pourquoi nous proposons ici l'adoption d'une procédure en deux étapes, la première étant l'examen des qualifications des candidats par un comité de sélection qui certifie l'admissibilité des candidats compétents à la seconde étape. Dans certains États, les candidats ainsi agréés se présentent ensuite à une élection par la population. Toutefois, puisque l'élection directe ne fait pas partie de la tradition constitutionnelle au Québec, nous supposons en outre que la seconde étape consisterait à transmettre le nom des candidats agréés aux institutions politiques de gouvernance, soit l'assemblée législative, soit l'exécutif, soit les deux, en vue de la sélection finale. Dans ce type

de système en deux étapes, la principale question consiste donc à déterminer si l'élection par une assemblée législative ou la nomination par l'exécutif en dernière étape est la méthode la plus compatible avec le principe de neutralité des nominations.

Pour sonder en profondeur le mode de sélection, il faut d'abord clarifier le sens du principe de « neutralité des nominations », faute de quoi il est impossible d'évaluer les mérites respectifs de l'élection par l'assemblée législative et de la nomination par l'exécutif comme mode ultime de sélection. Il serait aussi impossible de déterminer la forme que doit prendre la nomination par l'exécutif pour produire les conditions les plus propices à la neutralité des décisions.

Pour situer en contexte les facteurs à considérer pour déterminer s'il est possible de purger de toute subjectivité (c'est-à-dire de le rendre absolument neutre ou « objectif ») le processus décisionnel humain (des juges mêmes; du comité de sélection des juges, quelle que soit sa forme; de l'électorat; ou des membres de l'exécutif), je commence par mon autobiographie.

Plus jeune, je faisais de la musique et je jouais dans des clubs et des cafés des pièces généralement écrites par d'autres. J'étais intrigué par la variété des versions distinctives d'une même chanson. Des paroles identiques et des notes identiques peuvent être interprétées sur un rythme de rock and roll mais aussi dans la langue du folk, du country, du blues et du jazz. Et même au sein d'un genre, l'instrumentation, le tempo, la tonalité voire la langue restent des variables d'interprétation possible. Un concert sur scène diffère d'enregistrement au studio. La voix féminine diffère de la voix masculine. Certains élident des mots, d'autres étirent la coda pour bien faire ressortir le mouvement. Chaque aspect de l'interprétation a son caractère propre.

Mes études en droit ont accentué ma perplexité à l'égard de la diversité de l'expérience humaine. En dépit de faits identiques, chaque jugement paraît être une interprétation légèrement nuancée d'une même règle de droit. Je me demandais comment nous pouvions établir « la primauté du droit » en regard d'une telle diversité humaine. Quelques années plus tard, j'ai eu l'occasion de me pencher sur les méthodes de sélection des juges. J'ai alors eu une révélation. J'ai compris que si les règles et les institutions maintenues par des personnes qui sont compétentes et qui exercent leur rôle de bonne foi ne permettent pas d'éliminer la dimension humaine d'une décision judiciaire, comment pouvons-nous seulement imaginer que des contraintes similaires élimineraient la dimension humaine de la sélection des juges ?

Dans cette optique, les thèmes développés dans le présent essai peuvent être résumés en quatre questions :

Est-il possible ou souhaitable de concevoir une méthode qui permette de composer avec un conflit interpersonnel et social mais qui soit dépourvu de toute dimension humaine ou qui permette aux juges de trancher les litiges dont ils sont saisis sans qu'intervienne le jugement humain ?

Est-il possible ou souhaitable de concevoir une méthode qui soit totalement exempte de dimension humaine afin de choisir les personnes appelées à exercer leur jugement personnel pour trancher des litiges ?

S'il y a, de fait, une dimension humaine incontournable dans toute décision relative à la nomination des juges, est-il possible d'encadrer le jugement exercé en l'occurrence, de sorte que tous les facteurs pertinents soient pris en considération et que l'exercice ne soit pas entaché de considérations inappropriées ?

En supposant que l'on puisse établir une distinction entre des considérations subjectives d'ordre politique légitimes et illégitimes, quels éléments faudrait-il incorporer à un processus pour en exclure les considérations inappropriées tout en assurant la transparence des autres considérations, subjectives mais légitimes, qui contribuent à la sélection des juges dans des cas donnés ?

Chacune des parties de l'essai traite successivement de l'une de ces quatre questions.

Première partie : Le processus judiciaire exempt de toute considération humaine est-il possible ?

De nos jours, on évalue la procédure de sélection des juges en supposant l'inévitabilité du système constitutionnel actuel plus ou moins tel qu'il est et on s'efforce donc de déterminer quelle procédure est la mieux adaptée à ce système. Ce faisant, les observateurs risquent de ne pas voir quels éléments du système actuel dérivent des postulats d'une société et d'un système de gouvernance libéral-démocrate. Autrement dit, d'un choix et non d'une nécessité. Du reste, en passant d'emblée aux interrogations sur les modes de sélection, nombre de chercheurs laissent sans réponse les questions relatives aux autres processus décisionnels humains. En conséquence, les raisons de l'inévitabilité de la dimension humaine des méthodes de sélection des juges ne sont pas portées à l'attention du public. Cette carence de l'éducation populaire suscite parmi la population une vision irréaliste de ce que font les tribunaux et de la manière dont ils le font. D'où des attentes irréalistes envers la conception et le fonctionnement d'une procédure de sélection des juges. L'objet de cette première partie est de combler cette lacune de l'éducation populaire en déterminant s'il est possible d'établir une procédure de sélection des juges libre de toute dimension humaine.

A. La primauté du droit exige-t-elle une magistrature humaine ?

L'une des premières étapes de l'évaluation d'une procédure de sélection des juges consiste à déterminer si la structure de gouvernance d'une société qui adhère à la primauté du droit doit nécessairement faire appel à un mode de jugement par des êtres humains. Quatre conclusions différentes pointent vers une réponse affirmative. D'abord, la société a réellement besoin d'un « décideur » pour résoudre les conflits interpersonnels et sociaux. Deuxièmement, s'il doit y avoir un décideur, celui-ci doit être humain. Troisièmement, si l'on choisit un mode décisionnel humain, il vaut mieux qu'il soit rationnel qu'irrationnel. Quatrièmement, la rationalité formelle stricte caractéristique de la décision judiciaire est le type optimal de processus décisionnel rationnel dans tous les cas.

1. Est-il vrai qu'une société qui adhère au principe de la primauté du droit ait besoin d'un décideur pour résoudre les litiges et formuler ses engagements fondamentaux ? Nombreux sont les sociétés et les groupes sociaux qui n'ont pas de processus décisionnel formel et qui

soumettent tous les problèmes de coordination sociale à la conciliation ou à la médiation. Dans certains cas, ces conciliateurs sont des fonctionnaires nommés par l'État; dans d'autres, ils sont nommés par voie consensuelle coutumière (par des aînés ou des voisins, par exemple); dans d'autres encore, ils sont choisis par les parties par processus contractuel. Si l'objectif est d'éviter la violence et de promouvoir un règlement pacifique des litiges, peu importe qu'elle fasse intervenir un décideur ou un médiateur, la méthode ne peut pas être purement facultative. Certains différends (familiaux, entre autres) comportent une dimension d'ordre public qui appelle l'intervention obligatoire de l'État. Par ailleurs, faute de règlement consensuel privé en certaines matières, l'État doit prévoir une méthode de médiation obligatoire par défaut. Enfin, si favorable que soit la médiation (même obligatoire) à la résolution d'un litige de droit privé, une bonne part des litiges touchant l'activité du gouvernement (qu'il s'agisse de droit administratif ou contractuel ou de la responsabilité civile de l'État), et même certains aspects du droit pénal (par exemple, justice réparatrice et cercles de détermination de la peine), comportent des fonctions (souvent d'origine constitutionnelle : séparation des pouvoirs, partage des compétences, *Charte des droits et libertés*) auxquelles la médiation ne semble pas convenir. Si l'on accepte qu'il faut un décideur dans les affaires de grande importance, il faut admettre aussi que la médiation ne convient pas non plus comme moyen ultime, sans appel, de résoudre tous les autres litiges.

2. Est-il vrai que s'il faut l'intervention d'un décideur, cette intervention doit nécessairement impliquer l'exercice de l'intelligence humaine ? Nous prenons un bon nombre de décisions sans qu'intervienne le jugement humain si ce n'est au moment de choisir de recourir au processus décisionnel. Par exemple, nous décidons souvent en nous en remettant délibérément au sort, en jouant à pile ou face ou en procédant à un tirage. La clause ultimatum standard du contrat de société et la règle standard pour résoudre les querelles entre des enfants (« l'aîné coupe, le cadet choisit en premier ») sont des règles décisionnelles de ce type. Certains ont soutenu récemment qu'il est possible de concevoir un système décisionnel judiciaire qui se passe totalement d'un décideur humain : il suffirait de tout laisser aux soins d'un ordinateur bien programmé. Peu importe ce que l'on pense de l'efficacité de ces méthodes décisionnelles non humaines, elles ne conviennent pas toujours au regard d'un tiers décideur orienté à la fois vers le passé (fonction *res judicata*) et vers l'avenir (fonction *stare decisis*). Il n'est donc pas surprenant que, malgré le rôle complémentaire de ces méthodes sans intervention humaine dans la prise de décisions d'ordre social et juridique, les sociétés libérales-démocrates choisissent généralement d'incorporer une dimension humaine à l'ultime palier décisionnel.

3. Faut-il absolument que le processus décisionnel humain soit articulé en un système « rationnel » au sens entendu par Max Weber ? L'histoire nous enseigne que le processus décisionnel humain ne passe pas nécessairement par la présentation de la preuve d'un fait établi et d'arguments relatifs au droit existant à un tiers décideur qui va jauger le bien-fondé des revendications respectives des parties. Il se peut aussi que la dimension humaine ne doive pas forcément reposer sur un appel à la raison ou que le résultat ne soit pas justifié sur le plan rationnel. Nous pourrions par exemple incorporer un mécanisme de marché dans la décision : la partie gagnante serait celle qui paierait le plus pour obtenir l'avantage en question. Ou les parties pourraient soumettre leur différend au vote d'électeurs désignés. Ou encore, faire appel à une sorte de Salomon ou de cadî, à un oracle, voire à un mécanisme irrationnel comme un duel ou une partie de bras de fer. Autant de méthodes qui passent par l'exercice du jugement humain et

qui produisent souvent des résultats acceptables pour les parties au litige, mais dont leur nature ne guide en rien les personnes qui voudraient planifier leur conduite à venir. C'est l'une des principales raisons pour lesquelles les sociétés libérales-démocrates ont conclu que le dernier palier décisionnel doit faire appel à des justifications motivées.

4. Faut-il que la décision soit prise en vertu des préceptes d'une rationalité *formelle* plutôt que *substantielle* selon les définitions de Weber ? La question est plus complexe qu'il n'y paraît, parce que la réponse dépend de nos convictions à l'égard de la nature du processus décisionnel humain et de la manière dont le jugement humain peut s'exercer. Ce n'est pas seulement que l'établissement des faits par le juge ne relève pas d'un processus mécanique : tout le monde en est convaincu. Ce n'est pas non plus qu'un litige appartient à une seule catégorie juridique : chacun sait en effet qu'il peut être considéré sous de multiples angles (ainsi, la fameuse affaire *Harrison c. Carswell* peut être vue comme un conflit de travail, un litige relatif à l'atteinte immobilière, une question d'équité en matière d'emploi ou une atteinte à la liberté d'expression) et qu'il n'existe pas de formule pour déterminer lequel doit prévaloir. Ce n'est pas non plus qu'une fois les faits établis et le litige caractérisé, l'application des règles de droit pertinentes est automatique, puisque toute décision repose sur l'interprétation de ces règles, laquelle invite les interprètes à considérer un éventail d'arguments et de critères. Même la décision de soumettre l'interprétation à une démarche dite littérale ne contraint pas l'interprète à la seule discipline de la rationalité formelle. Sans égard aux convictions de Weber, qui estimait que les règles de droit pouvaient être formulées de sorte que les juges puissent trancher sans d'abord être tenus de sonder trop profondément les facteurs contextuels des affaires dont ils sont saisis (c'est-à-dire qu'elles pourraient être entièrement articulées autour d'un principe de rationalité *formelle*), l'expérience montre que toute interprétation judiciaire oblige à rendre une décision sensible à la logique de la rationalité *substantielle*.

Bien entendu, le choix de la décision judiciaire comme processus par défaut n'entraîne pas l'exclusion d'autres moyens de règlement de différends ou d'articulation de valeurs fondamentales. Au total, peu de conflits humains sont portés devant les tribunaux et la plupart de ceux qui se cristallisent en litiges sont réglés, soit par le désistement du demandeur, soit par négociation, médiation ou arbitrage, soit par le recours à un conseil de sages, d'aînés, de prêtres, d'imams ou de rabbins. Dans une démocratie libérale, toutes ces institutions coexistent avec les tribunaux. La majeure partie d'entre elles n'appliquent que rarement des méthodes de résolution qui comportent une part importante de rationalité *formelle*. C'est dire que ce qui distingue le règlement par voie judiciaire de ces autres méthodes n'est pas que les tribunaux suivent exclusivement une démarche rationnelle *formelle* alors que les autres décideurs adhèrent à un processus rationnel *substantiel*. La différence tient plutôt à la manière particulière dont l'exercice du jugement en contexte judiciaire combine des éléments de rationalité *formelle* et de rationalité *substantielle* qui lui confèrent sa spécificité.

Dès que l'on est conscient de cette particularité du processus standard de décision judiciaire, on comprend mieux pourquoi l'actuel processus institutionnel a été conçu tel qu'il l'a été. Nous aspirons à un processus décisionnel par défaut sous la direction de l'État et administré par des êtres humains dont le mode décisionnel relève d'une rationalité *formelle* doublée d'un type particulier de rationalité *substantielle*. De cette aspiration est née l'idée qu'il nous faut : 1) une cohorte de juges professionnels, 2) qui travaillent dans un cadre constitutionnel de responsabilité

et d'indépendance, 3) et qui ont le pouvoir d'exercer leur jugement humain pour trancher les questions dont ils sont saisis. En gardant ce contexte à l'esprit, nous pouvons examiner de plus près les tâches concrètes que les juges accomplissent dans l'ordre constitutionnel actuel.

B. En quoi consiste vraiment le système judiciaire actuel du Québec ?

Dans l'imagerie populaire, il existe une institution unique appelée « tribunal » et, au sein de cette institution, un acteur unique appelé « juge », qui accomplit une tâche unique : « présider un procès ». Les citoyens qui connaissent le système judiciaire québécois de plus près savent qu'aucune de ces singularités ne correspond à la réalité.

Prenons la première question : qu'est-ce qu'un tribunal ? De la tradition constitutionnelle britannique nous avons hérité d'un tribunal de compétence générale, formé de juges professionnels choisis parmi les membres de la profession juridique. Au Québec, actuellement, ce tribunal est la Cour supérieure, dont les juges sont nommés par le gouvernement fédéral. Mais la Cour supérieure n'est qu'un des nombreux organes juridictionnels de première instance. S'y ajoutent d'abord les autres tribunaux de première instance, notamment la Cour du Québec et ses divisions telles le Tribunal des droits de la personne, mais aussi les cours municipales. Ceux-ci sont des tribunaux à part entière et ne sont pas moins liés que la Cour supérieure par les règles énoncées dans le *Code de procédure civile* et la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Une myriade d'autres décideurs institutionnels exercent des fonctions juridictionnelles. Beaucoup exercent dans des tribunaux administratifs dotés des compétences spécialisées : office des transports, commission du travail, commission d'indemnisation des travailleurs, régie du logement, tribunal des professions, etc. Les décisions de ces autres organes qui ne portent pas officiellement le nom de tribunal ont parfois une incidence aussi grande que celle des tribunaux. En substance, ces organes accomplissent les mêmes fonctions du type juridictionnel (souvent appelées fonctions *quasi-judiciaires*), mais leurs processus décisionnels et leurs mécanismes de nomination relèvent de leurs lois habilitantes respectives. N'oublions pas le Tribunal administratif du Québec (TAQ), composé lui aussi de plusieurs divisions ayant une expertise et une sphère de compétences spécialisées; il examine les décisions de nombre de ces autres organismes. Le TAQ est régi par la *Loi sur la justice administrative*, une loi générique analogue à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, laquelle encadre, entre autres choses, la Cour du Québec et ses divisions.

Il faut compter évidemment avec certaines contraintes constitutionnelles, comme l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de même que des contraintes quasi constitutionnelles comme la *Loi sur les tribunaux judiciaires* et ses règlements d'application (ex. : le *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*) et le *Code de procédure civile*, qui établissent la manière dont l'Assemblée nationale peut créer des organismes juridictionnels, les compétences qu'elle peut attribuer à ces organismes et la possibilité de déléguer au gouvernement du Québec le pouvoir de nommer leurs membres. En dépit de ces contraintes, l'Assemblée nationale a un pouvoir étendu s'agissant de créer des instances décisionnelles, d'élaborer leur mandat et leurs modes décisionnels et de concevoir les méthodes de sélection des décideurs qui composeront ces instances. D'où la nécessité de se demander d'abord s'il convient d'adopter une méthode unique pour choisir qui peut siéger au sein de toutes ces autorités décisionnelles ou à une partie d'entre

elles. Ou faudrait-il réserver ce processus au seul choix des personnes affectées aux *organismes* appelés « tribunaux » ?

Cette interrogation débouche directement sur une autre : qui ou qu'est-ce qu'un juge ? À l'évidence, au sein des nombreuses autorités décisionnelles qui ne sont pas des tribunaux, y compris le *Tribunal administratif du Québec*, siègent une grande variété de décideurs venant d'horizons très divers et titulaires d'un vaste éventail de titres de compétence. Il n'est pas nécessaire que chacun soit membre du barreau et compte au moins dix ans d'expérience. On trouve des notaires, des scientifiques, voire des membres du public ayant l'expérience nécessaire. Ces « juges » ne sont pas, au sens où l'entend le public, de « vrais » juges portant la toge, même s'ils rendent leurs décisions suivant un processus qui ressemble de près à celui des tribunaux et si ces décisions sont exécutoires tout comme celles des tribunaux. En outre, au sein de l'appareil judiciaire officiel travaillent une gamme de fonctionnaires qui accomplissent régulièrement des fonctions décisionnelles en vertu d'une délégation explicite ou implicite de pouvoirs régie par le *Code de procédure civile*. Ce sont entre autres les protonotaires, les protonotaires spéciaux, les notaires qui dressent les inventaires et réunissent les avoirs à vendre aux enchères en cas de querelle entre les héritiers, plus les spécialistes du bornage et d'autres affaires, et les arbitres. Dans de nombreux cas, la fonction est purement décisionnelle et la décision est effectivement finale. Ces observations nous entraînent à nous demander s'il doit y avoir une façon unique de choisir qui assumera tous ces postes ou si le mode de sélection doit être conçu uniquement pour les personnes qui seront affectées à la *fonction* appelée « juge ».

La troisième question d'importance concerne la diversité des tâches que nous assignons actuellement aux personnes qui assument ces fonctions décisionnelles sous l'autorité de l'Assemblée nationale. Autrement dit : que font les juges ? Le public a pour modèle des émissions de télévision populaires telles *La Cour en direct* et *La Facture*, et il assimile le tout au procès criminel. Bien sûr, une bonne part de l'action judiciaire est conforme à ce modèle, qu'il s'agisse d'instances pénales ou civiles. Mais une bonne part s'en écarte aussi. Les tribunaux exercent maintenant tout un éventail de fonctions autres que celles, classiques, de trancher un litige. Depuis plusieurs décennies maintenant, les législateurs délèguent aux tribunaux toute une palette de tâches de gouvernances, qui s'apparentent parfois plus à la justice distributive qu'à la justice commutative; qui consistent à équilibrer des intérêts divergents plutôt qu'à établir froidement les faits à la lumière d'une loi brute; et qui sont parfois essentiellement politiques. Il faut donc maintenir une distinction entre deux dimensions de la charge judiciaire. L'une est le caractère *formel* du tribunal et du juge. L'autre est *substantiel* : le juge en tant que tiers exécute plusieurs processus d'ordonnancement social dont le jugement n'en est qu'un. Mais même cette distinction minimise la complexité de la charge qu'assument les personnes appelées « juges ». Les juges consacrent un temps énorme à lire des dossiers, rédiger les motifs, entendre des requêtes, accomplir des tâches administratives au sein du tribunal, voire débattre de règles de pratique avant de les rédiger et de les promulguer. Bref, les fonctions quotidiennes d'un juge ne sont pas que d'ordre judiciaire. Elles sont aussi d'ordre administratif et, à l'occasion, d'ordre législatif.

De cette liste de facteurs à considérer pour définir le tribunal, les juges et leurs tâches, il ressort que l'analyse doit commencer par rejeter trois notions : 1) toutes les autorités décisionnelles sont des tribunaux et tous les tribunaux sont identiques; 2) tous les décideurs sont juges et tous les juges sont semblables; et 3) tous les juges de tous les tribunaux font la même chose de la même

manière. Les tâches accomplies par les juges sont trop diverses, trop complexes et trop multiples pour être inscrites dans une grille simple qui décrirait intégralement le rôle des magistrats. Aussi, considérer des juges et des décideurs dont la fonction est analogue comme de simples arbitres et les choisir en ne tenant compte que de cette fonction d'arbitrage, c'est méconnaître la nature du problème que doivent résoudre ceux qui sont appelés à concevoir une procédure de sélection des juges.

C. Un juge peut-il être neutre ?

Ce survol du processus judiciaire et des tâches données aux juges permet d'aborder une question fondamentale et d'y répondre assez directement. Est-il seulement possible d'extraire la dimension humaine du processus juridictionnel ?

Nombre de citoyens croient que la nature de la fonction judiciaire appelle la neutralité et que les juges doivent donc être neutres. Par *neutre*, ils entendent un juge qui aborderait chaque décision sans être prédisposé à entendre ou accepter un ensemble d'arguments donné. Avant de mettre cette hypothèse à l'épreuve, il importe de différencier l'idée de neutralité de deux autres concepts qui fondent à raison notre compréhension de la décision judiciaire : l'impartialité et l'indépendance.

Un juge est *impartial* s'il n'existe aucun facteur extérieur qui puisse influencer sur sa décision dans une affaire particulière. Le juge ne doit avoir aucun intérêt pécuniaire direct ou indirect dans le résultat. Il ne doit avoir aucune relation de nature à infléchir sa décision en faveur de l'une ou de l'autre partie, qu'elle soit personnelle, politique ou idéologique. Il ne doit pas entendre l'appel de sa propre décision. Il ne doit pas appartenir à une structure institutionnelle qui soit partie à la cause. Il ne doit pas entretenir d'attitude de nature à orienter sa décision. L'impartialité se définit en fonction du rapport du juge (ou de tout décideur) à une cause particulière. Veiller à ne pas nommer une personne qui soit bigote et qui ait l'esprit étroit, par exemple, n'est ni une question d'impartialité ni de neutralité. Certes, c'est là une considération importante, mais elle concerne davantage le tempérament du juge, voire les compétences qu'il doit posséder pour être bon juge. Nous y reviendrons dans la prochaine section.

Un juge est *indépendant* si aucun facteur institutionnel ou politique ne peut influencer sur la manière dont il joue son rôle en général. L'objectif, ici, est de protéger le juge de l'influence permanente de la politique ou des intérêts de ceux qui le nomment. Ici encore, les moyens à prendre pour préserver l'indépendance judiciaire après la nomination sont importants et doivent être constamment renforcés. Cela est particulièrement vrai des promotions subséquentes ou les avantages indirects. Ce point revient aussi dans la prochaine section.

Qu'en est-il de la *neutralité* ? Un juge peut-il aborder une décision sans être prédisposé en faveur d'un ensemble d'arguments particulier et sans être enclin à considérer un problème donné sous un angle particulier ? Que signifie « être neutre » en ce sens ? Pour être neutre, le juge devrait donc être tout à fait insensible à toute expérience préalable, d'ordre personnel, social, culturel ou politique, qui puisse influencer sur son jugement. Logiquement, il y a deux seuls cas possibles : soit le juge n'a eu aucune de ces expériences, soit il est capable de les occulter *complètement* ou de ne pas en tenir compte du tout.

Prenons la possibilité de trouver un être humain réellement *dépourvu* d'expériences de vie antérieures. Nous nous imaginons deux hypothèses : soit il vient de Mars et ne comprend rien de la vie sur Terre, soit il a passé toute sa vie dans un vacuum. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est difficile d'imaginer comment les parties et leurs avocats pourraient communiquer avec lui puisque, pour apprendre une langue, il faut tout de même en avoir fait l'expérience. Du reste, même en admettant cette hypothèse pour un moment, dès que ce juge jugerait une première cause, il ne serait plus ni martien ni issu d'un horizon parfaitement hermétique. Déjà, la neutralité absolue serait corrompue. Une variation sur ce thème consiste à envisager le choix d'un juge qui a l'expérience de ce monde, mais qui vient d'une culture totalement étrangère à la nôtre et qui n'a donc aucune expérience directe qu'il puisse, à la rigueur, mettre à profit dans l'exercice de ses fonctions judiciaires au Québec. La conception d'un système permettant de choisir par exemple un juriste du Kirghizistan comme juge d'une cour québécoise est-elle plausible ?

Et que dire de la possibilité de *faire abstraction* de son expérience personnelle ? L'idée est ici d'admettre que le juge a forcément une expérience antérieure de la vie humaine, en milieu québécois plutôt que kirghize de préférence, et de le mettre à l'épreuve pour déterminer : 1) si cette expérience le rend inadmissible à la charge; ou 2) s'il peut faire abstraction de cette expérience dans l'exercice de ses fonctions de juge, sans même s'y référer. Ces questions sont approfondies dans la prochaine section. Pour l'instant, contentons-nous de déterminer si une neutralité aussi stricte que l'implique cette idée est un objectif souhaitable des nominations à la magistrature.

Cette interrogation fondamentale remet en question ce que nous attendons de la nomination d'un juge de race humaine. Juger, c'est exercer son jugement. Le bon jugement n'est pas un trait de caractère abstrait qui s'acquiert à la lecture d'un livre. Il s'acquiert par l'expérience et la réflexion. Et les expériences qui construisent un bon jugement sont précisément celles qui modèlent le caractère d'une personne. Paradoxalement, le juge le plus susceptible d'être sage et impartial est aussi celui qui est le moins susceptible d'être neutre au sens où le souhaitent ceux qui réclament la neutralité absolue des magistrats. De fait, si l'on cherche des juges d'un certain âge, c'est justement pour profiter de l'expérience qu'ils auront vraisemblablement acquise au fil du temps. On veut un juge qui *n'occultera ou ne fera pas complètement abstraction* de son expérience de vie.

La notion de neutralité comporte encore une autre dimension. L'hypothèse voulant que la question soit réglée dès que l'on trouve une personne neutre *au moment de sa nomination* ne tient pas compte du fait que le juge est nommé à vie (ou jusqu'à l'âge de 70 ans) et que beaucoup restent en fonction pendant 30 à 35 ans. Peut-on croire qu'un être humain (et à plus forte raison un juge) vive 35 ans sans être affecté par l'expérience acquise pendant ce temps ? Au Canada, les exemples abondent de juges qui semblaient avoir une orientation sociale ou politique au moment de leur nomination, mais qui ont changé d'avis au fil des ans. Tout cela pour dire que de s'interroger sur la neutralité du juge au moment de sa nomination, c'est échapper le principal. Tout être humain normal est continuellement influencé par l'expérience. Tout juge normal est aussi influencé par l'expérience qu'il acquiert au tribunal et ailleurs. S'il n'existe aucun juge qui puisse être absolument neutre au moment de sa nomination et que la constellation de facteurs qui façonnent l'expérience et la non-neutralité des juges change constamment, le critère clé de

nomination est donc moins le profil de la personne à ce moment, mais bien, en fonction de son profil au moment de sa nomination, son devenir éventuel. Ce point est traité en détail à la section suivante.

Dernier point d'ordre structurel à propos de neutralité : dans la plupart des contextes où s'exercent des fonctions quasi-judiciaires, on trouve un organisme judiciaire doté d'un mandat de politique publique. Il est normal qu'un gouvernement déterminé à régler les questions environnementales s'emploie à nommer au tribunal de protection de l'environnement des juges qui partagent cette sensibilité, et qu'un gouvernement plus préoccupé par d'autres moyens de surveillance de l'environnement nomme des juges enclins à valoriser les partenariats public-privé, la coréglementation, l'autoréglementation et autres mécanismes de gouvernance. Bien entendu, ces considérations pèsent beaucoup moins sur le choix des juges d'un tribunal judiciaire généraliste, mais il n'en reste pas moins que le thème général de la connaissance et de l'expérience entre en ligne de compte dans les deux cas : dans quelle mesure, le cas échéant, le juge ou l'administrateur-décideur est-il tenu, étant donné son rôle, de se faire l'agent de la politique gouvernementale et dans quelles limites faudrait-il encadrer ce rôle ?

Toutes ces considérations donnent à penser qu'il n'est ni possible ni souhaitable d'imaginer que la fonction judiciaire puisse être exercée, au Québec, d'une manière qui purge le processus décisionnel de tout élément d'humanité ou de subjectivité. Un juge *absolument neutre* est une impossibilité.

D. Composer avec la subjectivité des juges

Si le processus décisionnel judiciaire comporte forcément un élément de subjectivité humaine, il est important de concevoir des moyens de composer avec cette subjectivité, qui soient intégrés au processus judiciaire même ou à la procédure de sélection des juges. Cette facette est l'objet de la deuxième partie du présent essai. Pour conclure la première partie, je rappelle trois points.

1. Le système constitutionnel de common law en vigueur au Québec présuppose que l'ultime palier de protection en cas de conflit social est un système décisionnaire plutôt que médiateur, et qu'il doit s'agir d'un tribunal auquel siègent des êtres humains engagés dans un processus décisionnel.
2. Ce système constitutionnel de common law ne vise pas explicitement le rôle du juge comme une carrière entière, mais suppose que des êtres humains ayant été avocats pendant un certain nombre d'années et ayant participé activement à la vie de leur communauté, faisant l'expérience des joies, frustrations, aspirations et déceptions inhérentes à la vie, feront profiter le tribunal de la dimension humaine appropriée.
3. Toute décision judiciaire comporte irrémédiablement une dimension humaine. La nomination d'un juge *neutre* venu de nulle part n'est pas uniquement une mauvaise orientation, c'est une impossibilité.

La prochaine partie porte sur divers mécanismes mis en place pour composer avec la subjectivité des juges à l'égard des litiges dont ils sont saisis et évoque les implications de ces mécanismes et des conclusions tirées ci-dessus pour la conception des méthodes de sélection des juges.

Deuxième partie : Est-il possible de concevoir un mécanisme de sélection exempt de toute dimension humaine ?

Le titre de cette deuxième partie annonce deux axes d'analyse. En premier lieu, si le processus décisionnel judiciaire implique nécessairement un élément de subjectivité humaine, faut-il en déduire qu'il est impossible de brider cette subjectivité de manière à éviter l'incidence de considérations inappropriées sur la décision rendue au terme de l'audition de chaque cause ? En second lieu, même s'il est impossible d'éliminer la subjectivité humaine du processus judiciaire même, peut-on concevoir un moyen totalement dépourvu d'élément humain de choisir les personnes appelées à exercer leur jugement personnel pour résoudre des litiges ? La première question est l'objet de cette deuxième partie. La possibilité d'encadrer les décisions relatives aux nominations à la magistrature pour assurer la prise en compte de toutes les considérations appropriées et éviter l'incidence des autres est traitée dans la section suivante.

A. Le gouvernement par les lois plutôt que par les hommes

Une fois comprises la diversité et la complexité des tâches judiciaires, il apparaît que l'idée même d'un régime de droit suppose la phénoménologie de la décision humaine. Un ordinateur ne pourra jamais être suffisamment alimenté en données pour rendre une justice humaine, et la décision à pile ou face fait violence aux raisons mêmes qui nous poussent à soumettre tant de litiges humains à la décision d'un tiers. À l'évidence, dans certains cas, toute décision fera l'affaire, les parties souhaitant simplement mettre fin au conflit et passer à autre chose. Mais la plupart du temps, chaque partie est convaincue de la justesse de sa position. Voire, chaque partie au litige est convaincue de la justesse des motifs qu'elle invoque à l'appui de cette position. Le but de la décision judiciaire étant de reconnaître une vérité existante, il importe que le juge soit impartial envers les parties et neutre à l'égard des questions de politique plus vastes que suppose le litige.

Les deux expressions déjà employées pour exprimer les principes constitutionnels en vertu desquels les démocraties libérales prétendent à la légitimité politique sont « la primauté du droit » et « le gouvernement par les lois plutôt que par les hommes ». Toutes deux semblent suggérer qu'on peut, au moyen de contraintes institutionnelles, éliminer l'incidence du jugement personnel sur l'exercice de la fonction judiciaire. Pourtant, tous les juges, tous les avocats et tous les citoyens qui réfléchissent à la question savent que puisque les règles de droit ne s'appliquent ni s'exécutent par elles-mêmes, il faut les interpréter. Or, peu importe dans quelle mesure ces règles sont détaillées et peu importe à quel point les structures institutionnelles et procédurales qui encadrent le travail des juges sont bien définies, il reste toujours une place importante où peut s'exercer le jugement interprétatif. Beaucoup d'en effraient. Il s'ensuit en effet que les décisions soit seront guidées par des considérations politiques totalement étrangères à la substance de la cause à juger, soit seront extravagantes, arbitraires, imprévisibles et injustes parce qu'elles auront été dictées par les préférences personnelles des juges.

Il faut donc réfléchir à la meilleure façon d'encadrer l'exercice de la discrétion judiciaire. Quels sont les éléments structurels d'un système judiciaire de nature à renforcer l'autonomie des juges et à réduire le risque qu'ils acceptent un pot-de-vin des parties, qu'ils soient influencés par des considérations inappropriées ou qu'ils succombent à des menaces du gouvernement ? Quelles sont les qualités personnelles et les compétences nécessaires à l'accomplissement de la fonction judiciaire qui sont de nature à produire des jugements désintéressés ? La première question a trait à l'*indépendance* et à l'*impartialité* après la nomination. L'inamovibilité, la rémunération garantie et le statut sont liés à l'indépendance; les règles régissant la récusation pour intérêt ou parti pris dans une cause donnée sont liées à l'impartialité. Tous ces aspects sont importants et doivent donc être pris en compte dans l'élaboration du système de judicature, mais ne sont pas d'intérêt immédiat.

Il est plutôt question ici des conditions de structure et de procédure qui permettraient aux juges de statuer sur le bien-fondé d'un litige, en fonction du droit, et sans égard à quelque facteur sans rapport avec la question à trancher. Ces conditions sont de deux types : d'une part, le juge a des qualités humaines et des capacités intrinsèques qui lui permettent de brider sa subjectivité; d'autre part, il existe des processus associés à la fonction judiciaire (formation continue, évaluation spontanée par les pairs) qui améliorent la capacité du juge de rendre une décision réfléchie, juste et intègre.

On a beaucoup écrit sur les critères précis permettant de déterminer les qualités humaines que doit posséder tout candidat à la magistrature. Je n'ai pas l'intention de passer tous ces ouvrages en revue. Il me paraît intéressant de souligner néanmoins que parlementaires et universitaires s'entendent sur trois catégories de qualités essentielles à l'évaluation des candidats : les qualités professionnelles, les qualités institutionnelles et les qualités personnelles. C'est dire qu'à l'examen des qualités essentielles à l'exercice de la fonction judiciaire, il apparaît rapidement que la « connaissance du droit » ne suffit pas, et ce, au sens de « connaissance préalable du droit », n'est probablement pas nécessaire.

Parmi ce que l'on peut appeler les « qualités professionnelles » figurent : 1) une connaissance objectivement mesurable du droit substantiel, de la procédure et de la déontologie; 2) le respect du rôle de l'institution et du processus juridictionnel; 3) l'impartialité, soit la qualité permettant de juger en fonction du dossier présenté, sans égard aux caractéristiques propres des parties ou de la question à trancher; 4) l'indépendance, soit l'idée que le juge doit trancher en fonction de la cause dont il est saisi sans égard à son avancement professionnel ni à la popularité qu'il pourrait tirer de sa décision; 5) le bon jugement et la maturité et non seulement à l'égard de la cause entendue, mais également à l'égard de la nature et de l'expérience humaines.

Et les qualités institutionnelles ? La plupart des auteurs insistent sur le comportement des juges pendant l'audience. Toutefois, la fonction judiciaire englobe des engagements plus vastes à l'égard de l'institution. La magistrature est à la fois une grande bureaucratie et une foule de petites bureaucraties. Voilà pourquoi les devoirs essentiels envers l'institution, que sont la collégialité, la productivité et l'aide aux collègues en difficulté sont mutuellement bénéfiques et indissociables. Mais il y a plus : les juges doivent respecter l'institution même. C'est dire qu'ils doivent avoir le courage de parler aux collègues qui ne font pas leur travail. C'est dire aussi qu'ils doivent accepter leur rôle même s'il ne fait pas d'eux des superstars ou les chouchous des

médias. Les tribunaux sont efficaces grâce aux juges qui aiment leur travail et excellent à accomplir les tâches administratives quotidiennes cruciales qui ne contribuent pas directement à leur « réputation ».

Il est encore plus difficile de déterminer les qualités personnelles. À l'évidence, tous les juges devraient être sobres, courageux, prudents, incorruptibles, modestes et réservés. Il n'est évidemment pas facile de trouver les bons moyens d'évaluer ces qualités et, dans certains cas, de décider des indicateurs qui peuvent suppléer une mesure directe. À ce jour, toutefois, les comités de sélection du Québec ont bien évalué les candidats à la magistrature en regard de ces critères. On trouvera à la troisième partie des idées sur l'utilisation de ces indicateurs.

Qu'en est-il enfin des processus inhérents à la fonction judiciaire – c'est-à-dire des attitudes en jeu après la nomination – dont le but est d'améliorer la capacité d'un juge de rendre une décision réfléchie, juste et intègre ? Trois viennent tout de suite à l'esprit. D'abord, un juge doit faire preuve d'humilité et de retenue en tout. D'où une question sur la manière dont il en vient à connaître les limites de sa charge et, tout spécialement, la démarcation entre les choix politiques qui sont un élément incontournable de l'exercice du jugement, et les choix politiques censés relever du législateur. L'encadrement par des collègues plus expérimentés est un élément clé de l'apprentissage de l'humilité et de la retenue.

Deuxièmement, les juges doivent s'engager à toujours parfaire leurs connaissances : sur le droit et la justice, certainement, mais sur eux-mêmes, par-dessus tout. D'où l'importance des programmes de formation continue, à l'évidence, d'abord, pour des raisons purement instrumentales : se tenir à jour, faire connaître les solutions à de nouvelles difficultés qui se présentent aux juges, se renseigner sur la diversité sociale, etc. La formation continue doit donner aux juges le courage de résister aux sirènes qui séduisent tout adulte normal, principalement la réputation et la popularité, tout en conservant le précieux idéalisme de la jeunesse, ces moments d'émerveillement qui incitent à la découverte et à la redécouverte constantes de soi.

Troisièmement, les juges doivent être conscients de ce que la véritable indépendance est le fruit d'un engagement envers ses collègues et d'un engagement à respecter l'institution qu'est la magistrature. Il ne suffit pas d'accomplir au mieux son travail. Il faut aussi apprécier les critiques et les suggestions de ses pairs, ce qui signifie, parallèlement, avoir le courage de parler aux collègues qui manquent à leur devoir. L'acceptation de l'évaluation des collègues est essentielle à l'encadrement de la subjectivité humaine.

En résumé, le gouvernement par les lois plutôt que par les hommes exige des juges qu'ils sachent dans quelle mesure leur compréhension du droit, de la justice et de leur rôle est façonnée par des facteurs qui leur sont personnels. C'est le début de la sagesse judiciaire. Or, ces facteurs personnels sont multiples et sont ancrés dans le milieu et le contexte qui forment l'expérience de chacun. Ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'éducation « contextuelle » doit renforcer cette aptitude au retour sur soi-même sous de multiples angles. Le juge doit apprendre à s'imaginer comme les autres l'imaginent. L'originalité du caractère que l'on associe généralement au juge n'est pas l'absence de subjectivité ou la *neutralité*, mais plutôt la sagesse de reconnaître les types de subjectivité appropriés à l'acte de juger ainsi que le champ

d'application de ces subjectivités. C'est aussi la sagesse d'admettre qu'il est impossible de se connaître sans connaître l'autre, et vice versa.

B. Une procédure de sélection peut-elle être neutre ?

Les facteurs abordés dans la section précédente annoncent trois dimensions distinctes de la procédure de sélection des juges. La première : quels types de critères permettent aux décideurs de déterminer le degré de non-neutralité tolérable chez les personnes nommées à la magistrature ? La deuxième : quels types de critères devraient inspirer les personnes responsables de la sélection des juges ? Et la troisième : quelles sont les contraintes optimales qui permettent tout en l'encadrant la non-neutralité des décideurs dans ces deux situations ? Seule cette dernière question est traitée ici.

Si la prise de la décision judiciaire, qui est peut-être le plus encadré et le plus contrôlé de tous nos processus décisionnels sociopolitiques, est empreinte d'une subjectivité inéluctable, il est impossible d'éviter que le choix des juges comporte une dimension humaine, peu importe comment, où et par qui il est fait. Non seulement l'idée d'un processus de nomination neutre au terme d'une décision prise par des « sélectionneurs venus de nulle part » est-elle erronée, mais elle est aussi impossible que l'idée que les juges puissent rendre des décisions en toute neutralité. On ne peut pas choisir un juge par ordinateur, en jouant à pile ou face, en recourant à la médiation ou en vendant la charge au plus offrant. La sélection est un processus humain. Qui plus est, les sélectionneurs sont humains, qu'il s'agisse d'électeurs, des membres de l'Assemblée nationale, des membres nommés d'une commission indépendante, des ministres de la Justice, du Conseil exécutif ou du premier ministre. Ils ne peuvent pas être *neutres*. Et même si une telle procédure était concevable, ce serait un moyen ridicule de choisir des personnes destinées à rendre une justice humaine sur une base continue.

Pour déterminer de manière détaillée le type de personne qu'il y a lieu de nommer à la magistrature, les sélectionneurs doivent répondre à des questions d'ordre ontologique et épistémologique. D'abord, quels critères convient-il d'avoir à l'esprit pour choisir un juge ? Comment être certain que la personne choisie par les sélectionneurs satisfait à ces critères ? En bout de ligne, la réponse à cette seconde question ne se trouve qu'en en posant une troisième : « Quelle vision les candidats ont-ils de la fonction judiciaire ? » C'est forcément une question troublante pour toute personne chargée de choisir un juge. Les électeurs la posent; les comités parlementaires qui ont un rôle de consultation et de validation la posent; les comités de sélection indépendants la posent; et c'est aussi la première question à l'esprit des acteurs politiques, que leur pouvoir de nomination discrétionnaire soit total ou qu'il soit contraint à choisir parmi un bassin de candidats dont un comité de sélection a certifié la compétence.

Voyons si le choix des juges par des électeurs peut être neutre. Une élection suppose que les électeurs expriment des préférences subjectives sans être tenus de démontrer de qualités intellectuelles ou morales particulières pour accomplir cet acte. Ils ne sont pas non plus tenus de justifier ces préférences et on ne s'attend pas à ce qu'ils le fassent. Une élection populaire ne sera jamais une action neutre au sens usuel de ce mot. Peu importe, à cet égard, que la compétence des candidats éligibles ait été certifiée au préalable par un comité de sélection.

Des subjectivités semblables sont en jeu si le vote relève des parlementaires. Qu'ils votent en comité ou à l'Assemblée nationale, les députés et les ministres n'ont pas besoin de se justifier rationnellement. Leur vote reflète généralement les préférences subjectives du caucus de la formation politique à laquelle ils appartiennent. Il arrive qu'un candidat ait l'aval de tous les partis ou que les votes transcendent les partis, mais dans les pays où les nominations à la magistrature relèvent d'une méthode par avis et consentement, l'exercice ressemble plus à une élection qu'au moyen pris pour nommer de hauts fonctionnaires comme le protecteur du citoyen au Québec, par exemple. Et même si les qualités du candidat sont certifiées par un comité de sélection, le vote à l'Assemblée nationale est dicté par les allégeances politiques et non par la neutralité.

Qu'en est-il de la nomination par un ministre, le Conseil exécutif ou le premier ministre ? La décision finale est ici encore le fruit de critères subjectifs, du moins en partie. Anciennement, les rois et les reines d'Angleterre et, plus tard, le premier ministre, jouissaient d'un pouvoir discrétionnaire illimité s'agissant de la nomination des juges. De nos jours, au Québec, le pouvoir discrétionnaire du gouvernement est encadré par l'article 88 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, selon lequel une personne peut être nommée juge seulement si elle a été préalablement choisie suivant la procédure établie par règlement pour sélectionner les personnes aptes à être nommées à cette fonction. Quoi qu'il en soit, dès que le candidat est approuvé par le comité de sélection, aucune limite formelle n'empêche l'application de critères subjectifs.

On pourrait croire que le seul moyen de neutraliser la procédure de sélection est de déléguer la décision finale à un comité de sélection. Pourtant, comme le montrent les réflexions ci-dessus sur la décision judiciaire même, nulle structure institutionnelle ni explication des critères substantiels et des règles de décision n'élimineront jamais l'exercice du jugement personnel de la décision. La conséquence est donc simplement que ces subjectivités inévitables seront celles des membres du comité plutôt que des électeurs, des membres de l'Assemblée nationale ou du gouvernement. En l'occurrence, la nomination des membres du comité de sélection sera le premier terrain sur lequel les questions politiques relatives à la sélection des juges seront débattues et résolues. En démocratie, le principe général veut que la responsabilité des décisions politiques revienne aux organes et institutions qui sont les plus directement responsables devant les citoyens. On peut donc supposer qu'il est préférable de maintenir le pouvoir politique ultime au niveau d'institutions comme le Parlement ou l'exécutif que de conférer un pouvoir discrétionnaire à un comité de sélection.

Nous aborderons bientôt l'adaptation possible des critères mis en œuvre pour encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges au quotidien à l'encadrement du pouvoir subjectif d'un comité de sélection chargé de choisir les juges. Mais auparavant, il importe de voir pourquoi la *procédure de sélection* est arrivée au centre de la réflexion sur la relation entre l'indépendance judiciaire et l'incidence de considérations politiques subjectives. Autrement dit, peut-on compter avoir résolu toutes les difficultés découlant de la politisation éventuelle de la magistrature sitôt que l'on peut dépolitiser la méthode de nomination ? Ne faudrait-il pas nourrir des attentes plus modestes envers notre capacité de juger nos magistrats éventuels au moment de leur nomination ?

Une étude approfondie de l'ample littérature juridique donne à penser que le mode de sélection des juges est l'objet de préoccupations excessives, comme si l'intégrité et la qualité de la magistrature étaient à jamais garanties par la qualité de la méthode. L'hypothèse voulant que la personne choisie à l'âge de quarante ou de cinquante ans soit totalement formée et cessera d'évoluer et de mûrir moralement et intellectuellement n'est pas confirmée par l'expérience. Nombre des caractéristiques que nous recherchons chez un juge peuvent ne pas être tout à fait reconnaissables au moment de la sélection; beaucoup ne se développent qu'avec le temps, au fil de l'expérience acquise au poste même de juge. Qui plus est, même si nous pouvions d'emblée choisir d'excellents candidats, l'hypothèse voulant que les juges sont imbus de quelque pouvoir magique d'autodirection voire, au besoin, d'autocorrection ne tient pas en regard de tout ce que nous savons de l'action d'êtres humains au sein d'une institution. Une bonne partie de ce que les juges apprennent sur la meilleure façon d'exercer la fonction judiciaire découle d'un sain encadrement au sein du tribunal auquel ils sont nommés et d'une saine gestion de ce tribunal. C'est dire qu'il faut aider les juges à apprendre comment apprendre, les entourer de personnes mues par ces mêmes motivations et les récompenser pour leur choix de ce cheminement de carrière. Vue sous cet angle, la fonction d'un comité de sélection formé d'experts prend une couleur différente. Et puisque cette fonction devient plus prospective, les critères de sélection des membres du comité doivent l'être aussi.

Bref, tout en étant raisonnablement certains du type de juges dont nous pourrions avoir besoin étant donné le type de société que nous avons, et raisonnablement convaincus de certaines des qualités souhaitables chez ces juges – incorruptibilité, sobriété, courage, tempérance, impartialité, application, attention, intelligence, érudition, habileté, sagesse pratique –, encore faut-il être en mesure de déterminer si tel candidat possède ces vertus et les conservera pendant toute sa carrière. La même évaluation vaut pour la procédure de sélection. Il ne faut pas se faire d'illusion et croire que la procédure appliquée pour choisir les membres d'un comité de sélection peut être moins subjective que la procédure appliquée par ce comité de sélection pour déterminer quels candidats sont aptes à être nommés juges. Voyons maintenant comment le jugement sélectif des comités de sélection et des membres du gouvernement chargés du choix final peuvent être judicieusement encadrés.

Troisième partie : Est-il possible d'encadrer le jugement subjectif qui s'exerce dans les nominations à la magistrature ?

Le fondement des deux premières parties est la dimension humaine incontournable de toute décision relative à la nomination des juges, peu importe comment, où et par qui ces décisions sont prises. Il faut donc se demander s'il est possible d'encadrer le jugement exercé dans le courant d'une nomination à la magistrature de sorte que toutes les considérations pertinentes soient réellement prises en compte et que l'exercice ne soit pas entaché par des considérations qui ne sont pas pertinentes.

Commençons par une réflexion sur les caractéristiques structurelles d'un système de judicature qui puisse favoriser l'autodétermination des juges et réduire le risque que ces derniers acceptent des pots-de-vin des parties, se laissent influencer par des considérations impropres ou succombent à des menaces du gouvernement. L'inamovibilité, la rémunération garantie, l'administration collégiale et l'autonomie financière sont censées assurer l'*indépendance*; les

règles régissant la récusation pour des raisons de partialité ou d'intérêt dans une cause donnée sont censées préserver l'*impartialité*.

À l'évidence, la nature électorale du processus politique exclut l'applicabilité de ces éléments structurels à toute procédure décisionnelle au sein de l'exécutif du gouvernement. En démocratie, députés, ministres et gouvernements sont élus précisément pour prendre des décisions politiques. Ils ne bénéficient pas et ne doivent pas bénéficier de l'immovibilité, mais les dispositions législatives régissant les prestations de retraite des députés visent à leur assurer un certain pouvoir discrétionnaire de voter selon une conception de la démocratie représentative qui est plus proche de celle de Burke que de celle de Rousseau. Cela dit, certains des éléments structurels censés assurer l'*indépendance* et l'*impartialité* des juges peuvent être adaptés au processus décisionnel des comités de sélection ainsi qu'aux critères et modes de nomination des membres de ces comités. Rappelons que l'objectif est de déterminer le type de méthode, le type de critères et la nature des contraintes optimales qui permettraient tout à la fois d'admettre et d'encadrer la subjectivité des personnes chargées d'évaluer dans quelle mesure un candidat est apte à assumer la fonction judiciaire.

Les points ci-dessous découlent de l'exposé des deux premières parties.

1. *Il n'y a pas de système parfait.*

L'expérience observée ailleurs donne à penser qu'il n'y a pas de système parfait pour nommer les juges. Le système ne peut pas être objectif (c'est-à-dire exempt de toute considération relative à des différences subjectives concernant les questions de politique), et même si cette objectivité était possible, elle n'est pas souhaitable dans une démocratie libérale qui adhère à la primauté du droit.

2. *Aucun système, si bon soit-il, ne fonctionne toujours parfaitement.*

Les nominations à la magistrature sont l'une des fonctions les plus importantes des gouvernements démocratiques. C'est pourquoi la conception du système et son bon fonctionnement ont été l'objet d'efforts très substantiels. Mais tout comme aucun système de conception humaine ne peut être parfait, le fonctionnement du système ne peut pas non plus être parfait. Il s'y glisse des erreurs et même des erreurs conscientes. Il arrive que le système échoue, mais un échec n'oblige pas à le changer de fond en comble. Des moyens de détection plus sensibles, une supervision plus étroite, voire une adaptation mineure de la méthode sont parfois des mesures prophylactiques suffisantes. L'essentiel est de poser un diagnostic soigneux, de reconnaître les pathologies sous-jacentes le cas échéant, de ne pas traiter que les symptômes et de ne pas remplacer les parties du système qui ne sont pas atteintes.

3. *Il faut réduire au minimum la possibilité de « déjouer le système ».*

Malheureusement, peu importe la nature du système – nominations, élections, tirage au sort, évaluation des mérites – et peu importe la qualité de sa conception et de son administration, il y aura toujours des gens pour tenter de le déjouer. Certains candidats vont jouer de stratégie et certains partisans vont tenter d'obtenir la nomination ou l'élection de leur candidat en dépensant

de grosses sommes. Le moindre comportement peu vertueux va générer des tentations et susciter des pressions qui vont ouvrir la porte à des considérations impropres à la procédure de sélection. Celle-ci doit donc être conçue de manière à réduire au minimum le risque qu'un candidat et ses partisans « déjouent le système ». Le meilleur moyen d'empêcher ces activités inacceptables est la publicité. Toutes les phases de la procédure de sélection devraient être les plus transparentes possible.

4. *Le système de nomination optimal est celui qui oblige à rendre des comptes au Parlement.*

Dans une démocratie libérale qui adhère à la primauté du droit, le système de nomination doit refléter l'imputabilité des actes politiques mais assurer aussi l'indépendance des candidats après leur nomination. Or, l'élection et la réélection directes des juges ne permettent pas cette indépendance. Les nominations discrétionnaires sans contraintes par l'exécutif sont incompatibles avec le moindre degré de neutralité. Le système optimal, soit celui qui préserve le mieux l'équilibre entre les considérations appropriées, énumérées ci-dessus, est celui qu'on éloigne d'un cran du processus électoral, c'est-à-dire un système où la responsabilité passe par l'Assemblée nationale. Autrement dit, une élection indirecte qui fait que les personnes élues ne sont pas des électeurs à vocation unique (au contraire du collège des grands électeurs qui élit le président des États-Unis) équilibre bien l'indépendance et la responsabilité.

L'expression « électeur à vocation unique » signifie, suivant l'exemple du collège électoral des États-Unis, que les personnes qui choisissent ces grands électeurs doivent fonder leur choix uniquement sur le candidat à la présidence que soutiennent ces électeurs. À l'élection des députés, en revanche, les électeurs jaugent de multiples considérations : Qui veulent-ils comme député local ? Quel parti politique veulent-ils voir au pouvoir ? Quel ensemble de politiques proposées par les candidats et les partis en lice leur paraît optimal ? La pluralité des questions sous-jacentes tend à réduire les considérations partisans de la décision politique de second degré, soit la sélection des juges par un vote de l'Assemblée nationale ou par nomination par un pouvoir exécutif qui doit en rendre compte. Nulle forme d'élection directe et nulle forme de nomination libre par le pouvoir exécutif ne peut aussi efficacement, comme « processus de second degré », maximiser le rôle des critères appropriés et réduire au minimum l'incidence de critères inappropriés dans la sélection des juges.

5. *Il est impossible de fixer des critères parfaitement objectifs.*

La distinction essentielle entre les critères appropriés et les autres n'est pas la même que la distinction entre un critère dit « objectif » et un critère dit « subjectif » ou un critère « politique ». Ceci parce que tout critère suggéré comme « objectif » est en soi « subjectif » à deux égards. D'abord, le choix des critères de nature à révéler les mérites d'un candidat se fait sur la base de multiples facteurs. Forcément, il inclut certains critères et en exclut d'autres. Sans compter qu'il n'existe pas de convention sociale voulant que les critères retenus soient les seuls qui comptent. D'aucuns ont l'aval de tous et d'autres sont âprement contestés. Par exemple, certains pourraient croire que seuls les avocats plaidants ou les avocats qui ont une vaste expérience des tribunaux devraient être nommés juges, tandis que d'autres estiment que toute personne qui est membre du Barreau du Québec depuis le nombre d'années requis devrait être

admissible. D'ailleurs, certains croient qu'un certain âge et la maturité sont nécessaires afin de rendre un candidat apte, tandis que d'autres privilégient la jeunesse, croyant que seulement des candidats en sous d'un âge donné sont aptes. Certains croient que la diversité sexuelle, ethnique et sociodémographique devrait être un critère, mais d'autres estiment ces considérations non pertinentes.

Peu importe les critères fixés en bout de ligne par loi ou par règlement, ils résultent d'une décision politique et ne sont pas « objectifs » à quelque degré transcendant. Qui plus est, la pondération de ces critères par loi ou par règlement est aussi le produit d'un choix politique. On peut tout au plus espérer que la formulation et la pondération de chacun soient le fruit d'un processus parlementaire réfléchi et puissent être revues par un processus semblable, tout aussi réfléchi, si de nouveaux facteurs se font jour.

6. *Il est impossible d'appliquer les critères de manière tout à fait objective.*

Le second axe de subjectivité dans le choix des critères de sélection touche l'application des critères par l'organe qui effectue la sélection. Même si l'on pouvait convenir d'une liste de critères et de leur pondération relative, l'application à l'évaluation des candidatures aurait forcément un caractère subjectif. En appliquant ces critères, en effet, les décideurs doivent répondre exactement aux mêmes questions de choix que les juges qui jugent une cause. Ceci est vrai pour les décideurs dans les quatre hypothèses suivantes : les citoyens ordinaires élisent leurs juges; des juges sélectionnent d'autres juges; l'exécutif nomme des juges à son entière discrétion; et les experts formant un comité font une présélection pour l'exécutif.

Il est impossible d'arriver à un critère ou un ensemble de critères auto-exécutoires ou si précis que la subjectivité humaine soit éliminée. Du reste, certains des critères les plus importants des procédures contemporaines (intégrité, connaissance du droit, honnêteté, incorruptibilité, courage, bon jugement et comportement pour ne nommer que ceux-là) sont résolument subjectifs. On peut espérer au mieux que les décideurs soient véritablement déterminés à les appliquer aux faits du dossier d'un candidat donné et à rendre un jugement honnête sur ce dossier.

7. *Il n'existe pas de candidat qui soit « objectivement le meilleur ».*

Pour cette raison, même si l'on parvient à éliminer toutes les considérations inappropriées et qu'il ne reste qu'à appliquer les facteurs pertinents, il n'existe pas de candidat qui soit « objectivement le meilleur ». Il est tout au plus possible de formuler et d'appliquer un ensemble de critères consensuels qui permettront de décider si tel candidat possède les qualités minimales requises pour être juge. Si certains estiment que les critères actuels ne sont pas assez rigoureux et d'autres les trouvent au contraire trop rigoureux et craignent qu'ils entraînent le rejet de candidats méritants, dont les antécédents ou l'expérience s'écartent de la norme, on s'entend généralement pour dire qu'ils assurent une compétence minimale et qu'ils sont équitablement appliqués aux dossiers individuels. Mais il est fort possible que des personnes acceptent un même critère sans toutefois lui accorder le même poids, et l'appliquent donc de manière différente. En d'autres mots, le choix du « meilleur » candidat est soumis aux mêmes incertitudes décisionnelles que toute autre procédure décisionnelle.

Imaginons que les décideurs disposent : 1) d'une liste consensuelle de cinquante critères; et 2) d'une échelle d'évaluation de 1 à 5 points pour chacun. Imaginons par ailleurs que le comité de sélection doive : 3) classer chaque candidat au regard de chaque critère; et 4) additionner les notes attribuées par tous ses membres. Ce calcul peut-il garantir que le candidat qui obtient la meilleure note globale est forcément le meilleur ? À moins qu'il ait été précisé par avance que, par définition, le candidat qui obtient le total le plus élevé est réputé être le « meilleur », le total indique tout au plus que la somme des décisions subjectives individuelles prises par les membres du comité au regard de chacun des candidats en vertu des étapes 1) à 3) désigne un candidat. Compte tenu de toutes les subjectivités en jeu, il serait peu objectif de prétendre que le candidat qui a obtenu la note la plus élevée, disons 2753 points, est « objectivement le meilleur », voire qu'il est « objectivement meilleur » qu'un candidat qui aurait obtenu 2748 points. Du reste, il se peut que, malgré la pondération relative très différente accordée à un critère donné, les deux candidats les mieux classés terminent avec une note globale identique, par exemple 2751 points. Sur quelle base « objective » déterminerait-on alors le « meilleur » des deux ? On pourrait tout au plus déduire du processus que les candidats classés au dessus d'un certain seuil sont acceptables et que ceux qui dépassent tel autre seuil, plus élevé, sont vraisemblablement excellents. Un tel calcul permet donc rarement, si tant est qu'il y parvienne, de déterminer le « meilleur candidat ».

8. *Il convient de différencier les critères d'évaluation et les paliers d'évaluation.*

La difficulté de concevoir un système qui désigne les meilleurs candidats ne signifie toutefois pas qu'il soit impossible de bâtir un système grâce auquel tous ces critères, du presque objectif au très subjectif, sont formulés, débattus et considérés puis structurés en une procédure décisionnelle appropriée. Pour ce faire, il faut d'abord choisir entre une procédure à palier unique et une procédure à paliers multiples. Si l'on choisit cette dernière, les différents paliers correspondent-ils à différents critères ou permettent-ils simplement de représenter des opinions divergentes en regard des mêmes critères ?

Le fait qu'il y ait des différences radicales entre des critères pourtant pertinents donnent à croire que la méthode optimale comporterait deux ou plusieurs paliers, dont chacun se concentrerait sur différents critères. Ainsi, on aurait plus de chances d'obtenir des résultats crédibles si un comité de sélection évaluait des critères de mérite assez aisément mesurables sur une échelle relativement objective et que le pouvoir exécutif procédait ensuite aux nominations après évaluation de facteurs plus subjectifs, que si le pouvoir exécutif procédait aux nominations après audience devant un comité législatif. Dans ce dernier cas, en effet, les deux organes politiques évaluent les candidats en fonction de toute la gamme des critères, depuis le presque objectif jusqu'au très subjectif, mais aucune ne possède d'expertise particulière au regard d'un grand nombre de ces critères. Les prochaines sections portent sur certains types de critères souvent appliqués à la sélection des juges, le but étant de montrer comment recueillir une information pertinente sur les candidats à cet égard.

9. *Substituer des normes catégoriques à l'évaluation subjective.*

Nombre des critères proposés pour la sélection des juges pourraient être réunis en une liste de normes relativement catégoriques. Aucune de ces normes n'a de mérite intrinsèque, mais elles

sont des remplacements catégoriques d'application simple des critères jugés importants. On pourrait par exemple décider que l'expérience du droit est un atout, mais que plutôt que de tenter d'évaluer la carrière d'un candidat en détail, on appliquera une règle simple telle l'appartenance au barreau depuis au moins dix ans. Ou encore, on pourrait établir que la connaissance du droit est importante, mais que plutôt que de solliciter l'opinion des pairs sur la question, on choisira comme norme équivalente le fait d'avoir réussi tous les six examens imposés dans l'année suivant la demande d'admission au barreau.

Dans ces deux cas, une norme catégorique sert de critère de remplacement. Elle n'est utile que si elle est combinée à d'autres renseignements, plus subjectifs, relatifs à la qualité que la norme est censée révéler. Il importe de noter toutefois que le choix du critère et le choix de l'instrument à employer pour évaluer le critère sont subjectifs et non objectifs. Qu'ils soient adoptés sous forme de loi ou de règlement, voire élaborés par un comité de sélection formé d'experts, ils reflètent des jugements subjectifs. L'avantage d'une norme catégorique tient seulement à ce que, une fois qu'on a choisi de la substituer à une évaluation plus subjective et substantielle d'un critère donné, l'application à des candidatures individuelles est assez simple, et les résultats produits sont faciles à mettre en tableau et à comparer.

10. *Certains critères sont des témoignages sous-optimaux de réputation.*

Certains critères de mérite ne se prêtent pas aisément à cette substitution. Ils sont invariablement assortis de facteurs d'évaluation moins objectifs et malgré leur remplacement par une norme catégorique permettant la comparaison, l'instrument reste très subjectif. Supposons que l'on veuille évaluer la moralité d'un juge. Est-il toxicomane, joueur compulsif, blanchisseur d'argent ou adepte de pornographie infantile ? Il est difficile pour un comité comme pour un individu de faire cette évaluation à l'aide d'un instrument catégorique. Pour des critères de ce type, le décideur recourt parfois à une vérification standard des antécédents : avis d'arrestation, dossiers financiers du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE), dossiers d'admission de cliniques de désintoxication, etc. Mais ces méthodes de rechange révèlent au mieux la persistance éventuelle d'un problème. Étant donné la nature des critères, elles ne remplacent pas la connaissance directe.

D'autres critères subjectifs (compétence, jugement, intégrité, etc.) ne sauraient non plus être remplacés par une norme catégorique. Pas plus qu'il n'y a de norme catégorique de nature à produire « la meilleure preuve ». Le décideur ne peut alors se fier tout plus qu'à l'intégrité et à la crédibilité d'autrui, soit l'organisme qui vérifie les antécédents (qui n'est pas nécessairement une référence fiable comme le montrent l'exemple récent des agences de cotation des titres) soit les réponses à une série de questions d'une personne choisie par le candidat qui la connaît. Dans ce dernier cas, au demeurant, on gagne peu à demander à la personne de répondre en fonction de normes en apparence objectives, par exemple une échelle à cinq paliers numériques ou même une échelle du type « exceptionnel, excellent, bon, moyen, inacceptable », puisque la manière dont les répondants comprennent ces paliers numériques ou lexicaux est elle-même très subjective. Le mieux, en pareil cas, est de noter soigneusement le vocabulaire utilisé par le répondant quand la référence est fournie sans incitation par l'intervieweur.

11. *Certains critères relatifs aux méthodes judiciaires appellent un jugement personnel subjectif.*

Parmi les critères pertinents, d'autres encore évaluent ce qu'un candidat croit devoir faire ou fera vraisemblablement à titre de juge. Ce ne sont pas des questions auxquelles on répond par oui ou par non et c'est pourquoi ce type de critères est rarement l'objet d'une loi ou d'un règlement ou même d'une directive élaborée par le décideur. Le décideur est forcé de déterminer si le candidat est du genre à envisager la résolution d'une cause d'une manière particulière, ou suivant une hypothèse implicite qui le font pencher dans telle ou telle direction. Or, la méthode décisionnelle judiciaire est un facteur important. Certains candidats sont de stricts constructionnistes tandis que d'autres croient en une démarche téléologique de l'interprétation des textes. Certains prètent un caractère sacré au précédent et d'autres estiment qu'il appartient au juges de rechercher dans des précédents leur caractère contemporain et signifiant. D'autres pensent que les tribunaux doivent se reporter à un vaste éventail de sources d'interprétation (textes internationaux comparatifs, commentaire doctrinal, jugements de ce qu'exige l'équité) outre les lois et la jurisprudence, mais d'autres ont une vision plus restreinte de la justification des décisions judiciaires.

La méthode employée pour arriver à une décision judiciaire comme à tout autre type de décision peut influencer sur les résultats, même si elle ne précise pas le résultat à déterminer. Pour cette raison, le mode décisionnel judiciaire pris comme point de départ par un candidat à la magistrature peut fort bien devenir un critère légitime pour ceux qui effectuent la sélection. Je précise toutefois qu'il ne faut pas en conclure qu'il faille exclure un candidat sur la base de son point de départ méthodologique. Le comité n'aura raison de s'inquiéter que s'il devient manifeste qu'un candidat n'a aucune idée de sa méthode décisionnelle judiciaire ou s'il en formule une vision incohérente ou contradictoire. Dans ce dernier cas, toutefois, ce n'est pas la méthode qui inquiète mais plutôt la compétence intellectuelle ou juridique du candidat. Si le mode décisionnel judiciaire, sans égard à la compétence, doit être un critère de sélection, c'est à l'exécutif qu'il appartient en toute légitimité de choisir entre les candidats compétents déjà désignés par le comité de sélection et non à ce dernier.

12. *Certains critères idéologiques appellent un jugement personnel très subjectif.*

À n'en pas douter, le recrutement des juges, par nomination ou par élection, soulève des considérations que l'on dira idéologiques, au sens large du mot. C'est dire que quand l'exécutif choisira parmi les candidats que lui aura recommandés le comité de sélection, il tentera inévitablement et en toute légitimité de déceler l'orientation idéologique générale des candidats. C'est ainsi que certains candidats ont tendance à privilégier la liberté contractuelle chaque fois qu'il est possible de le faire alors que d'autres seront plus enclins à conclure qu'il y a eu abus de pouvoir dans une situation contractuelle et à participer activement à l'encadrement des comportements commerciaux. Certains candidats ont tendance à protéger les droits des propriétaires, mais d'autres privilégient la protection des utilisateurs et allants et venants et le maintien des règlements de zonage. Certains candidats tendent à faciliter les sûretés et le crédit à la consommation, mais d'autres estiment que des dérogations au gage commun des créanciers sont exceptionnelles et doivent être interprétées strictement. Certains candidats veilleront à éviter de raviver la souffrance des victimes d'une agression sexuelle alors que d'autres auront une forte

prédisposition en faveur des personnes accusées d'un crime et privilégieront leur droit de faire face à son accusateur.

Dans toutes ces affaires – tirées du droit privé, administratif, constitutionnel et pénal et du droit relatif à la *Charte* –, il ne s'agit pas de savoir si le candidat, une fois juge, est susceptible d'écarter consciemment un précédent qui ne lui convient pas ou d'usurper le pouvoir du législateur qui a promulgué une loi donnée. C'est plutôt que la marge discrétionnaire nécessaire à toute démarche juridictionnelle permet l'intervention de conceptions primordiales d'idéologie judiciaire. En d'autres mots, le juge sage est celui qui connaît ou apprend les limites de la charge et, particulièrement, la démarcation entre les choix politiques substantiels nécessaires à l'exercice du jugement en toutes circonstances, et les choix politiques substantiels qu'il convient de réserver au Parlement.

Comme dans le cas de la méthode décisionnelle judiciaire, le comité de sélection n'évalue généralement pas les candidats sur la base de leur philosophie du droit, à moins que celle-ci soit carrément contraire aux principes fondamentaux de l'ordre légal et constitutionnel. Si par exemple un candidat soutient qu'un crime d'honneur n'est pas un crime, que la torture est une punition raisonnable ou que les parents ont le droit d'infliger des blessures corporelles substantielles à leurs enfants, le comité peut bien ne pas en recommander la nomination. Le cas échéant, le comité ne rejette pas le candidat sur la base de sa philosophie du droit mais sur la base de son ignorance du droit canadien ou québécois, c'est-à-dire sur la base de sa compétence. À l'inverse, si la philosophie du droit, comme élément distinct de la compétence, est un critère de sélection, ce critère relève du pouvoir exécutif, qui choisit parmi les candidats compétents déjà désignés par le comité de sélection, et non du comité de sélection même.

13. *L'acte de juger change les juges.*

Ensemble, tous ces critères et facteurs donnent à penser que la question primordiale est la conception d'une procédure qui permette de choisir un juge non seulement en fonction de ce qu'il sait mais aussi en fonction de ce qu'il est. Or, tout critère visant à obtenir une information du second type est forcément plus subjectif que les critères du premier type. Mais l'évaluation de ce qu'est un juge comporte une autre dimension encore : l'évolution d'une personne au fil du temps. Une personne évolue en fonction du rôle qu'elle joue. Peu importe ce qu'un candidat quarantenaire qui n'a qu'une faible expérience de la prise de décisions (peu importe d'ailleurs en quel domaine, qu'il s'agisse de juger une compétition de patinage artistique, d'évaluer des taureaux à une foire agricole ou d'arbitrer une partie de baseball) pense de sa façon de juger ou de ses principales orientations à l'égard des règles de droit. Quand il aura 65 ans, après 25 années dans le fauteuil du juge, il aura vraisemblablement une perception différente de son rôle.

L'être humain a généralement une personnalité intégrée sur le plan psychologique. C'est toute sa personne qui est engagée dans ce qu'il fait. Une personne ne peut pas être une partie seulement de ce qu'elle est en devenant juge. Elle ne peut pas laisser son passé ou tout autre aspect de sa vie à la porte de la salle d'audience. Tout critère de ce type aura donc aussi une dimension temporelle, qui se manifestera différemment selon l'âge du candidat. Un juge nommé à soixante ou soixante-cinq ans risque peu d'évoluer encore substantiellement sur le plan moral ou intellectuel, mais on peut présumer fortement de son attitude à l'égard de l'apprentissage.

L'inverse est vrai d'un juge qui serait nommé à l'âge de quarante ans. L'évaluation du type de personne que peut être un juge et de l'effet de sa nomination étant donné ses convictions fondamentales est indissociable des facteurs subjectifs qui gravitent dans la cosmologie personnelle de la personne qui effectue les nominations. D'où il s'ensuit que l'acte de nommer change la personne qui l'accomplit. On ne peut pas éliminer tous ces facteurs de la procédure de sélection.

14. *Le contexte a son importance.*

Autant les fonctions judiciaires, les tâches des juges et les domaines substantiels du droit dans lesquels le juge est appelé à exercer ses fonctions sont très variés, autant les qualités et attributs que doivent posséder les personnes appelées à être juges sont variés. Ces critères ont une incidence différente selon que le juge entend en appel les arguments d'un avocat habile et bien préparé, qu'il écoute une partie qui se défend sans l'aide d'un avocat à la Cour des petites créances, qu'il préside un procès pénal, qu'il entend un litige compliqué portant sur la garde d'un enfant ou une affaire d'application d'un règlement en cour municipale. Tous les domaines juridiques, toutes les charges et toutes les fonctions n'exigent pas les mêmes habiletés. En outre, toutes les charges, toutes les fonctions et tous les rôles n'exigent pas ces habiletés dans les mêmes proportions.

Plus nous acceptons la nécessité d'une différenciation non seulement dans le rôle du juge mais aussi sur le plan substantiel, plus nous arrivons à élargir notre compréhension des caractéristiques et des qualités que nous attendons des juges. Et plus nous élargissons notre compréhension des qualités que nous attendons de nos juges et de l'équilibre relatif que nous associons aux diverses tâches judiciaires, plus nous sommes à même de conclure qu'il nous faut diversifier de même les méthodes de sélection des juges, en laissant aux décideurs suffisamment de latitude pour exprimer un jugement différencié sur les candidats. Si les types de critères appliqués par un comité de sélection sont relativement semblables et peu dépendants des rôles et des tâches judiciaires, il n'en va sans doute pas de même des autres critères, et notamment ceux dont il vaut mieux laisser l'application à l'exécutif qui effectuera la nomination. C'est dire que, compte tenu de tous les critères, il n'y a aucune raison de conclure qu'une méthode unique augmente vraiment les chances de choisir les meilleurs juges pour tous les tribunaux et toutes les causes.

15. *Les méthodes de sélection des juges ne sont qu'un des éléments qui assurent la primauté du droit.*

S'il faut veiller à l'intégrité des méthodes de sélection et à la qualité des personnes nommées, c'est que la primauté du droit présume l'indépendance des juges après leur nomination. Pour protéger cette intégrité post-nomination, on accorde aux juges l'inamovibilité. Ainsi, les juges n'ont pas à solliciter un nouveau mandat auprès des électeurs (au risque d'être tentés de chercher à gagner la faveur de ces derniers) ou de ceux qui les nomment (au risque d'offrir les faveurs politiques de nature à leur assurer une nouvelle nomination). Cependant, un certain nombre d'autres décideurs doivent rendre leur décision sur la base de normes déjà établies appliquées aux faits existants. Autrement dit, à la différence des décideurs exécutifs de ministères ou d'organismes où se prennent des décisions stratégiques prospectives et des décisions

quotidiennes relatives à la structure administrative, nombre de décideurs administratifs prennent eux-mêmes des décisions fondés sur les droits.

Quels que soient les arguments favorables à la politisation du processus décisionnel d'un organisme, ils ne s'appliquent pas aux décisions juridictionnelles des tribunaux. À l'inverse, les arguments sur l'intégrité de la procédure de sélection des juges sont également applicables à la procédure de nomination des décideurs d'un organisme administratif. Qui plus est, si ces derniers appartiennent à un organisme de contrôle comme le Tribunal administratif du Québec (TAQ), il est même plus facile de constater l'applicabilité des principes structurels établis pour assurer l'intégrité de la procédure de sélection. De fait, étant donné les nombreuses divisions distinctes du TAQ, on voit aisément comment les différenciations contextuelles applicables aux différentes divisions de la Cour du Québec et les divers rôles du juge de cette cour sont également applicables au TAQ. Ce que l'on voit moins, toutefois, c'est que dans ce cadre, le décideur administratif, donc la personne qui exerce une fonction quasi-judiciaire, participe nécessairement à un processus décisionnel d'un type qui plaide en faveur de l'intégration à la procédure de sélection de nombre des critères et procédures strictement applicables à la sélection des juges.

16. La procédure de sélection n'est qu'un moment de l'évaluation et de la reddition de comptes.

La procédure de sélection est manifestement l'un des moments essentiels des mesures qui doivent assurer la qualité des personnes appelées à servir comme juges. À l'instar de l'inamovibilité, de la rémunération garantie et de la gestion collégiale, une procédure de sélection appropriée compte énormément dans la protection de l'indépendance et de l'impartialité des juges. Par conséquent, il est tout aussi essentiel, pour obtenir un « gouvernement par les lois et non par les hommes », de veiller à ce que seuls les critères de sélection les plus appropriés soient retenus et que la procédure repose effectivement sur ces critères. Mais cette focalisation sur la nomination occulte les autres moments de sa carrière où le juge prend des décisions qui influent sur l'exécution de la fonction judiciaire et où augmente le risque de voir intervenir des critères inappropriés.

On doit souligner deux de ces autres moments : le moment où un juge est promu ou transféré d'un organe judiciaire à un autre (par exemple, la nomination d'un juge de première instance à une cour d'appel) et le moment où un juge devient juge en chef ou juge superviseur d'une région ou qu'il est nommé à quelque autre fonction d'administration judiciaire. Chacune de ces étapes de la carrière devrait être soumise aux mêmes genres de critères que la nomination initiale. Pourtant, dans la plupart des systèmes judiciaires, on ne semble pas considérer que l'indépendance judiciaire est aussi compromise devant une possibilité d'avancement. On suppose que les décisions relatives à la promotion relèvent de l'exécutif et qu'il n'est nul besoin de convoquer un comité consultatif ou de recourir à une présélection fondée sur le mérite. Si l'élimination de toute tentation ou des offres de récompense et de faveurs est essentielle à l'indépendance judiciaire, la procédure de promotion au sein de la magistrature doit être revue. Le recours au comité de sélection formé d'experts ne serait pas efficace, en l'occurrence, mais il y a lieu de concevoir un système analogue pour maximiser le principe de l'autonomie administrative des tribunaux, qui est l'un des traits fondamentaux du concept d'*indépendance* judiciaire.

Quatrième partie : La procédure de sélection peut-elle être purgée de tout facteur politique indu ?

Cette dernière partie traite directement du problème qu'est la politisation de la procédure de nominations. Elle s'ouvre sur un bref exposé de ce que signifie « politisation » dans ce contexte. Elle établit ensuite une distinction entre les « considérations politiques » du genre qui peuvent légitimement entrer dans le calcul des nominations et les « considérations de Politique » qui doivent en être éradiquées. La dernière section se veut une illustration des moyens d'y parvenir. L'argument est qu'il y aura toujours des facteurs subjectifs en jeu, peu importe que la procédure ne repose que sur un comité de sélection, que les nominations relèvent seulement de l'exécutif, qu'elles soient faites par avis et consentement du pouvoir législatif ou qu'il y ait combinaison de tous ces moyens. Par conséquent, l'objectif doit être d'élaborer une procédure qui tienne explicitement compte de l'incidence des considérations subjectives sur la décision et en assure la transparence. Il doit être d'éliminer tout élément du processus qui masque cette subjectivité aux yeux du public.

A. Quand des opinions politiques deviennent-elles des considérations de Politique inacceptables ?

S'il n'existe pas de système parfait, si certains candidats et leurs partisans essaient de déjouer le système et s'il n'y a pas de critère véritablement objectif, s'il n'existe pas de « meilleur candidat », si la plupart des critères catégoriques ne sont que des substituts ou des approximations et que la plupart des autres dépendent d'une connaissance indirecte, si le choix de la méthode décisionnelle judiciaire et des présupposés quant à l'interprétation substantielle sont des considérations qu'il appartient à l'ultime palier décisionnel de jauger, doit-on en conclure qu'aucun critère ne doit être exclu du calcul des nominations ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord examiner certains des principes de base du constitutionnalisme démocratique libéral, et analyser ensuite de près les catégories de facteurs souvent considérés comme des « critères de Politique » inacceptables.

Commençons par les principes fondateurs du constitutionnalisme des démocraties libérales au regard de la judicature.

La primauté du droit exige des personnes qui assument la charge de juge qu'elles soient libres de toute influence étrangère à l'accomplissement de leur fonction. Plus spécifiquement, elles doivent être libres d'ingérence politique de la part des gouvernements et des politiciens; libres de la nécessité de solliciter la faveur des électeurs; libres des tentatives faites pour détourner leur jugement impartial dans des causes particulières. La décision judiciaire doit être le fruit de l'évaluation honnête et conforme au droit du bien-fondé de la cause soumise. Comparons cette conception du rôle de la magistrature au rôle que jouent les décideurs de nombreux organismes, régies et commissions. Si un organisme de réglementation tel que le tribunal du transport a le mandat de formuler et d'élaborer une politique en vertu d'une loi et de ses règlements d'application, nombre des exigences plus rigoureuses qui encadrent l'indépendance judiciaire sont allégées, comme il se doit, dans la procédure de nomination associée à ces organismes. Les nominations sont à durée limitée et peuvent être renouvelées. Les candidats peuvent être rejetés ou acceptés en fonction de leur opinion de fond sur les politiques à mettre en œuvre. Les

gouvernements peuvent légitimement publier des lignes directrices et des directives dans des cas particuliers. Dans ce contexte, les décideurs, à la différence de ceux des tribunaux, sont explicitement agents de la politique gouvernementale.

La théorie politique de la démocratie requiert en outre que rendent compte à la population toutes les personnes qui exercent les pouvoirs gouvernementaux, ce qui englobe non seulement les députés et l'exécutif, mais également la magistrature. Cependant, la responsabilité des juges à l'égard de la population n'est pas la même que celle du législateur ou d'un ministre. Le gouvernement rend compte à l'Assemblée nationale, et par elle, aux citoyens, de ses politiques et de ses actions, y compris ses nominations à la magistrature. Les membres de l'Assemblée nationale sont directement responsables devant l'électorat de leur circonscription. Les juges sont également responsables devant les citoyens, mais généralement de manière indirecte. Seuls les juges qui sont directement élus pour un mandat à durée limitée et qui demandent éventuellement à être réélus sont directement responsables devant les citoyens. Dans la plupart des démocraties libérales de common law, la responsabilité des juges est indirecte : au moment de leur nomination, elle est respectée du fait qu'ils sont nommés par un ministère qui est lui-même responsable devant le Parlement. Après leur nomination, leur responsabilité envers les citoyens passe par une procédure très formelle de destitution administrée par le Parlement. En démocratie libérale, il est essentiel que les juges soient responsables devant la population et non devant des intérêts spéciaux ou quelque élite comme les avocats ou l'organisme politique qui les a nommés. Il est tout aussi essentiel que cette responsabilité soit assumée par l'intermédiaire de la mécanique politique. Mais il importe de noter que dans une démocratie libérale qui adhère à la primauté du droit, la responsabilité ultime des juges est envers la constitution et le droit. Voilà pourquoi, en bout de ligne, la responsabilité des juges envers les citoyens de l'État est assumée par l'intermédiaire des institutions politiques, tant au moment de la sélection qu'au moment de la destitution, le cas échéant.

Étant donné ce principe constitutionnel de responsabilité, la procédure de sélection des juges est nécessairement colorée par des considérations politiques, peu importe à quel point ces dernières sont écartées des premières étapes. Voyons ce qu'il en est d'une procédure en deux étapes, dont la première est un comité de sélection formé d'experts. Même si ce comité est relativement affranchi de la politique partisane, réduite au minimum étant donné le caractère largement admis comme transparent de la procédure appliquée pour nommer ses membres, ceux-ci restent nommés en vertu de nominations politiques. Même si le fonctionnement du comité obéit à des critères d'évaluation nombreux et relativement spécifiques et si son processus décisionnel est ouvert et rationnellement défendable, il subsiste un moment de subjectivité dans ses décisions. Enfin, même si toute une mécanique procédurale était mise en œuvre pour assurer la plus grande objectivité possible, il reste que le comité ne fait qu'une présélection pour garantir que les personnes dont il certifie les compétences parmi le bassin de candidats potentiels satisfont aux normes minimales en la matière. (Cette constatation ne serait pas moins vraie si le système permettait que le comité ne soumette qu'un nom. Il y aurait toujours, à quelque étape, une décision politique. Ainsi, le gouvernement pourrait refuser de nommer ce candidat unique. Et encore : pour les motifs exposés dans la section sur l'impossibilité de choisir un candidat qui soit « objectivement le meilleur », quel que soit le nom transmis à l'exécutif, ce nom sera celui d'une personne dont le choix est coloré par des considérations subjectives.)

Une fois constitué le bassin de candidats potentiels, la procédure entre dans l'arène politique. À ce point, suivant la théorie constitutionnelle, l'intervention des facteurs politiques n'est pas illégitime dans la mesure où ils sont liés à la responsabilité démocratique. Mais que sont, exactement, ces facteurs politiques liés à la responsabilité démocratique ? Sous un angle légèrement différent, la question réelle n'est pas de savoir s'il y a lieu d'éliminer les facteurs politiques du calcul qui préside aux nominations : ils ne peuvent pas l'être et, en démocratie, ne doivent pas l'être. Il s'agit plutôt de cerner les facteurs politiques qui peuvent légitimement entrer en ligne de compte et lesquels n'ont pas leur place dans la procédure de nomination, et d'établir le degré de transparence nécessaire pour assurer l'imputabilité politique dans les deux cas.

Pour approfondir cette distinction entre les considérations politiques appropriées et inappropriées, il faut maintenant préciser ce que signifie « considérations politiques ».

Premièrement, précisons qu'il y a principalement deux types de considérations politiques. La plupart sont un sous-ensemble de considérations subjectives. C'est dire qu'elles figurent parmi les considérations dont l'évaluation passe par le jugement subjectif du décideur.

Deuxièmement, à la différence des considérations subjectives qui impliquent un jugement sur l'intégrité ou l'honnêteté d'un candidat, sur son intelligence ou sa sagesse, sur son courage ou son incorruptibilité, autant de considérations qui concernent des traits personnels du candidat pour lesquels il n'existe aucune norme d'évaluation le moins objective, les questions politiques ne font pas généralement appel à l'évaluation de caractéristiques préexistantes chez les candidats. Elles obligent plutôt la personne qui participe à la nomination ou à la sélection d'un candidat à évaluer l'avenir : quel genre de méthode décisionnelle le candidat est-il susceptible de mettre en œuvre pour juger une cause ? À quelle philosophie décisionnelle et à quelle conception du rôle de la magistrature adhère-t-il ? Quelles allégeances idéologiques quant au rôle de l'État vont influencer sur ses décisions ? Quelle est sa vision générale de l'individu, de la famille, de la société et de l'économie ?

Troisièmement, certaines considérations politiques sont de nature partisane et reflètent le jeu des partis. Généralement, il s'agit entre autres du comportement antérieur du candidat. Ce candidat est-il membre du parti politique auquel appartient celui qui le nomme ? A-t-il participé au financement du parti politique de celui qui le nomme ?

Enfin, certaines considérations politiques sont plus personnelles qu'institutionnelles. Elles renvoient aussi au comportement antérieur des candidats. Le candidat a-t-il accordé à celui qui le nomme une faveur que ce dernier doit maintenant lui rendre ? Y a-t-il un lien de parenté entre le candidat et celui qui le nomme ? Le candidat est-il un ami proche de celui qui le nomme ? Parfois aussi, ces considérations sont prospectives. Le candidat ou l'un de ses partisans a-t-il promis quelque gratification financière ou autre en échange de sa nomination ?

Pour la plupart des citoyens, toutes ces considérations sont indistinctement « politiques », même si certaines ne relèvent pas de la « politique partisane » et si d'autres sont d'ordre « personnel ». On dirait que le mot « politique » en est venu à signifier tout ce qui, de l'avis du public, n'est pas un critère qui puisse légitimement servir à la nomination d'un juge ou influencer sur cette décision.

Pour déterminer si cette opinion publique est une norme applicable à la distinction entre considérations appropriées et inappropriées à la sélection, il sera utile d'examiner en détail les situations les plus couramment données en exemples d'influence impropre de la politique sur la procédure de nomination. Il y en a six, dont deux ne sont en fait qu'un tant soit peu reliés à la politique; il s'agit d'ailleurs d'activités criminelles.

1. *Clientélisme*

Les allégations les plus fréquentes de politisation emploient le mot « clientélisme ». Elles ont été formulées particulièrement souvent au cours des récents cycles de nominations fédérales à la magistrature qui, pour certains, auraient eu pour but de récompenser la loyauté de membres du Parti conservateur du Canada. Je ne parlerai pas immédiatement du cas où cette loyauté se traduit par une contribution financière au parti; il s'agit d'un cas particulier que je repousse à la prochaine section. Pour l'instant, limitons la notion de clientélisme aux situations de ce genre : l'appartenance de longue date d'une personne à un parti politique, voire sa participation active aux affaires du parti. Il y a plusieurs façons de considérer qu'un candidat nommé doit sa nomination au clientélisme.

Premièrement, le candidat peut avoir été (et être encore) membre de l'Assemblée nationale ou ministre.

Deuxièmement, il peut avoir occupé un poste supérieur de nature politique dans l'appareil gouvernemental (disons chef de cabinet ou ministre) ou avoir été cadre supérieur dans la fonction publique (sous-ministre, par exemple), et nommé à cette fonction par le parti qui nomme maintenant les membres de la magistrature.

Troisièmement, il peut avoir fait partie de la direction du parti politique. Exemple : président, président régional, membre de l'exécutif, représentant officiel, administrateur de l'association de comté ou collecteur de fonds.

Il peut enfin avoir été simple soldat mais avoir travaillé aux élections, participé aux conférences politiques et siégé à divers comités du parti.

Il est difficile de concevoir que l'une ou l'autre de ces activités *exclue* automatiquement à vie une personne de la magistrature. Bien entendu, l'inverse est aussi vrai. Il est difficile de concevoir que l'une de ces activités *qualifie* automatiquement un candidat. La recherche de renseignements doit être substantielle : le candidat possède-t-il les qualités intellectuelles, professionnelles, institutionnelles et personnelles nécessaires à la fonction ?

Le recours contre le risque de clientélisme est un solide comité de sélection qui veillera à ce que, peu importe ses antécédents partisans, le candidat est compétent, indépendamment de ces antécédents. Voyons le cas d'un candidat qui aurait été ministre ou siégerait à l'Assemblée nationale pour un parti de l'opposition. S'il n'est pas inapproprié pour un parti politique de nommer un candidat compétent qui est actif au sein d'un autre parti, il ne devrait pas être *automatiquement* inapproprié pour une personne de choisir un candidat compétent et politiquement actif au sein de son propre parti.

Cela dit, il peut être nécessaire de faire intervenir des critères supplémentaires si un candidat potentiel a déjà eu des activités politiques, le tout pour rassurer le public et montrer que la nomination n'est pas fondée sur des motifs impropres. Tel est particulièrement le cas si le candidat nommé a été politiquement actif au sein du parti auquel appartient aussi la personne qui le nomme. On peut imaginer deux critères de ce genre. Premièrement, exiger une période de restriction (de deux ans par exemple) comme dans le cas des anciens députés qui représentent des groupes d'intérêts auprès du Parlement ou d'anciens juges qui comparaissent en cour après leur retraite ou leur démission. Ce critère conviendrait notamment aux nominations de la première et de la deuxième catégories et s'appliquerait aux membres de l'Assemblée nationale, aux ministres et aux hauts fonctionnaires, peu importe le parti pour lequel ils auraient travaillé et le parti qui les nommerait. Ce critère vise plus l'intégrité globale (et la perception globale d'intégrité) de la procédure de sélection et la séparation des pouvoirs que le clientélisme en soi.

Le second critère a trait à la certification par un comité de sélection formé d'experts. On peut imaginer obliger les candidats qui soumettent leur dossier au comité à faire état de toute affiliation politique passée et présente et faire en sorte que le comité prête une attention particulière aux qualifications substantielles du candidat qui fait état d'une affiliation politique passée ou présente. Si l'on ajoute ces deux critères aux critères habituellement applicables à tous les candidats, on accroît la transparence de la procédure de sélection et on diminue le risque que certaines considérations qui pourraient être apparentées au clientélisme jouent un rôle déterminant dans la sélection finale.

2. *Récompenses pour contributions financières personnelles*

Depuis quelques années, on apprend souvent tout à coup que tel nouveau juge a déjà offert une contribution politique au parti qui était au pouvoir au moment de sa nomination. Dans un exemple récent, il est apparu que le juge avait versé 300 dollars au Parti conservateur du Canada. Mais l'idée d'exclure *automatiquement* ou de suspecter un candidat qui a déjà fait un don au parti qui le nomme pose plusieurs problèmes.

Premièrement, les partis politiques sollicitent activement les citoyens, et le gouvernement québécois a pour politique d'encourager la contribution politique des citoyens. Ainsi, la *Loi sur les impôts*, qui a entre autres objectifs d'assurer le caractère démocratique du Parlement, permet de déduire directement les contributions politiques du revenu imposable.

Deuxièmement, les contributions financières aux partis politiques sont visibles du public. En effet, les partis politiques sont tenus de faire état, dans des documents qui sont publics, du montant intégral des contributions qui dépassent un certain seuil. Qui plus est, la législation québécoise limite le montant qu'un individu peut verser à un parti politique en une année.

Troisièmement, dans le cas évoqué ci-dessus, il est exagéré de dire qu'un avocat qui a versé une somme de 300 dollars au Parti conservateur doit au clientélisme sa nomination à la magistrature. Une somme de 300 dollars n'est pas énorme ni pour un parti politique ni pour un avocat qui sollicite un poste de juge. Par ailleurs, l'exclusion *automatique* aurait pour effet qu'un avocat

ayant donné de l'argent à un parti politique alors qu'il avait 25 ans ne pourrait plus de sa vie être nommé à la magistrature par ce parti!

Quatrièmement, en supposant qu'un avocat ordinaire facture 100 dollars de l'heure (ou plus et, dans certains cas, beaucoup plus), il lui suffirait de fournir quatre heures de démarchage ou de travail bénévole pour le parti pour dépasser une contribution de 300 dollars au comptant (sans égard aux avantages fiscaux d'une contribution financière). Or, ces formes de bénévolat sont courantes et rien n'oblige actuellement à en faire état. Pourtant, elles sont probablement plus indicatrices de l'allégeance politique qu'une contribution purement financière.

Cinquièmement, il n'est pas rare que les avocats contribuent à tous les grands partis. Un avocat peut ne contribuer qu'à un parti, mais son associé contribuera à deux, à plusieurs, voire à tous les partis. Faudrait-il dès lors qu'il soit *automatiquement* écarté à vie de la procédure de nomination à la magistrature, *quel que soit le parti* qui effectue les nominations ?

Sixièmement, si le fait de donner de l'argent à un parti politique entraîne l'impossibilité d'être nommé à la magistrature, les personnes qui souhaiteraient participer au financement d'un parti politique passeront par leur conjoint ou un ami pour éviter d'être reconnu comme le donateur. Vaut-il mieux que l'appui financier à un parti politique soit caché (ou déguisé) ou qu'il en soit fait état ?

Septièmement, on peut faire un don à un parti politique sans pour autant appuyer ce parti ou ses politiques. J'ai personnellement fait un don à d'anciens étudiants qui se présentaient à des élections pour les Conservateurs, les Libéraux, les Néo-démocrates ou le Parti vert. Toutefois, deux de ces partis n'ont jamais eu mon vote. Mon engagement ne visait que mes étudiants et traduisait ma conviction qu'en démocratie, les gens talentueux qui acceptent d'être candidats à une élection doivent être encouragés à le faire.

En d'autres mots, le seul fait d'avoir versé une contribution financière dont il est publiquement rendu compte n'implique pas forcément une entorse aux qualités à rechercher pour une nomination à la magistrature. La personne qui contribue au financement d'un parti politique peut soit avoir toutes les qualités requises pour être juge, soit ne pas être suffisamment compétente aux yeux du comité. Ce qui importe, ce sont les qualités essentielles du candidat et non le dossier de ses contributions politiques. Il serait malavisé, voire impossible d'écarter absolument tous les candidats qui ont un jour versé une contribution à un parti politique ou ceux qui l'ont fait au cours d'une période donnée (disons cinq ans) avant la nomination. Pourquoi impossible ? Parce qu'un avocat ne peut pas savoir avec certitude : i) s'il sera nommé et quand il le sera; ii) si la nomination sera le fait du parti auquel il a versé sa contribution; ou iii) si le parti politique formera un gouvernement dans les cinq ans suivant le don.

L'attitude appropriée est quadruple : 1) communication intégrale et obligatoire au public des contributions; 2) détermination d'un plafond approprié des contributions financières possibles aux partis politiques et aux candidats; 3) introduction d'une disposition spécifique dans la loi sur les élections établissant que la sollicitation de contributions politiques contre la promesse d'une future nomination à la magistrature est un crime; et 4) instauration d'un mécanisme de présélection approprié, par un comité des nominations, qui ferait en sorte que tout candidat

recommandé à l'exécutif parmi toutes les personnes admissibles ait toutes les qualités requise, peu importe ses contributions antérieures à un parti politique.

3. *Sensibilité aux demandes des donateurs*

La troisième source récurrente d'allégations de partisanerie ne correspond pas au sens strict du clientélisme. Il s'agit de la corruption d'un fonctionnaire, qui est d'ailleurs un crime. C'est le cas par exemple d'une personne bien nantie qui tenterait d'acheter la charge judiciaire pour elle-même ou pour des amis ou des membres de sa famille. Une nuance s'impose toutefois.

C'est parfois un membre du parti politique au pouvoir – et donc le parti qui fait les nominations – qui exerce une pression (financière ou autre). Ce peut être aussi une personne étrangère au parti, l'opération étant alors considérée comme une transaction destinée à corrompre le processus de nomination. Il peut arriver aussi qu'une personne exerce une pression indue en faveur d'une autre et sans avoir d'intérêt politique ou commercial personnel à défendre. Dans tous ces cas, il y a incitation à la corruption d'une charge ou au bris de confiance. C'est un crime au même titre que le versement d'un paiement destiné à s'assurer l'obtention de marchés publics.

Cette forme de corruption peut prendre deux formes. La première est celle d'un paiement offert à des cadres du parti, soit à des fins politiques, soit comme pot-de-vin pur et simple. La seconde est celle d'un paiement à titre personnel à la personne responsable des nominations. Les mécanismes sont multiples : paiements comptants et pots-de-vin, offre d'un emploi au terme d'une carrière politique, chantage et promesse de faveurs à des parents ou amis du destinataire. Un paiement fait à l'avantage personnel de la personne qui participe aux nominations est un cas classique de prévarication. Si le paiement est fait à un cadre d'un parti, étant entendu que celui-ci tentera d'influer sur une nomination, il y a lieu de distinguer les cas où la personne qui participe à la nomination est au courant du paiement et ceux où elle ne l'est pas. Dans le premier cas, il y a prévarication. Dans le second, il y a corruption, mais de la part du cadre du parti et non de la personne qui participe aux nominations. La même distinction vaut, enfin, si le paiement est versé à un cadre du parti, à des fins propres au parti, en échange d'une nomination. Si la personne qui participe aux nominations n'est pas au courant et qu'on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce qu'elle l'ait su, ce n'est pas elle qui est coupable, mais le cadre du parti. Si la personne qui participe aux nominations est au courant et procède à la nomination attendue, il se peut que la nomination ne résulte pas du pot-de-vin, mais il sera difficile de produire les éléments nécessaires pour réfuter l'inférence.

Dans tous ces cas, la question n'est pas tant le clientélisme ou l'intervention de considérations politiques inappropriées dans le calcul présidant aux nominations. Nous sommes surtout en face d'un exemple de corruption criminelle de la procédure de nomination. Or, il n'est pas nécessaire de modifier les dispositions législatives ou réglementaires qui régissent les nominations à la magistrature en pareil cas. Il suffit d'un bon travail policier d'application des dispositions existantes du *Code criminel* et de la *Loi électorale*.

4. *Préjugé ou parti pris, favoritisme ou népotisme*

Récemment, des allégations d'impropriété se doublaient d'insinuations voulant que les nominations n'aient pas été faites sur la base du mérite, mais inspirées plutôt par un parti pris personnel, le favoritisme ou le népotisme. Comme dans le cas des pots-de-vin et d'autres formes de corruption, ces situations tiennent moins du clientélisme que d'un manque possible d'intégrité de la part de la personne qui a le pouvoir de nommer les juges.

Le troisième de ces cas, le népotisme, est le plus facile. La plupart des gouvernements ont promulgué des lois contre les conflits d'intérêts précisant certains types de relations familiales propices à ce genre de dérive et qui, par conséquent, écartent les candidats en question de la magistrature et d'autres fonctions officielles. Même si rien n'indique que les actuelles directives sur les conflits d'intérêt ne suffisent pas à produire les résultats attendus, il pourrait être nécessaire de détailler les relations en cause. On pourrait envisager par exemple de faire en sorte que les règlements d'application de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* ne considèrent pas seulement le népotisme au sens strict d'un lien familial direct avec la personne qui participe aux nominations, mais aussi au sens d'un lien familial direct avec un membre du gouvernement quel qu'il soit.

Les allégations de préjugé personnel ou de favoritisme sont beaucoup plus difficiles. Si j'étais ministre de la Justice ou premier ministre et que je communiquais avec un ami du temps de la faculté, devenu avocat prospère et à qui j'aurais toujours fait confiance pour l'encourager à soumettre sa candidature au comité de sélection, s'agirait-il d'ingérence politique ? Pourrait-on parler de politisation induite de la procédure de nomination si, après l'approbation de ce candidat par le comité de sélection, je le nommais juge ? Il est difficile de voir en quoi mon favoritisme à l'égard de ce collègue ou ami serait nécessairement un acte d'ingérence politique. Après tout, rien ne dit que mon ami est membre du même parti politique que moi. Mon choix serait-il inapproprié si nous étions membres du même parti, mais plus approprié dans le cas contraire ? Si le candidat était jugé compétent par le comité de sélection, en l'absence des critères d'inadmissibilité dont il a été question ci-dessus, notre relation personnelle ne devrait pas constituer à elle seule une raison d'empêcher la nomination.

La situation inverse, soit une nomination refusée à cause d'un parti pris, n'a rien à voir avec l'incidence éventuelle de considérations politiques induites sur la procédure. Personne n'a un droit inhérent à cette nomination. En bref, aucune norme constitutionnelle exige d'un gouvernement qu'il nomme le « meilleur » candidat (c'est-à-dire une norme analogue au principe présidant à l'appel d'offres en vue d'un marché public, qui oblige le gouvernement à accepter la soumission la plus basse offerte par un soumissionnaire admissible) et, le cas échéant, comme il a déjà été démontré, il ne peut y avoir de candidat qui soit « objectivement le meilleur ». Par conséquent, il est difficile de voir quel argument on pourrait évoquer pour alléguer que la décision a été dictée par des considérations de Politique inappropriées. Plus encore : si mon jugement personnel, à titre de personne participant aux nominations – qu'il soit fondé sur une évaluation comparative intégrale (même erronée) de facteurs légitimes liés au mérite des différents candidats ou sur des facteurs illégitimes tels la race, la couleur de la peau, le sexe, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses ou l'ethnie – me conduit à ne pas nommer un candidat, il n'est pas évident qu'il y ait là une politisation induite de la procédure. Par ailleurs, si l'hypothèse de la

discrimination illégitime était vérifiée, elle pourrait entraîner un jour une poursuite sous le régime de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ou de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais pour que cette éventualité se concrétise, il faudrait une révolution dans la manière dont les tribunaux interprètent leur pouvoir d'examiner les décisions discrétionnaires du Conseil exécutif.

5. *Recherche de résultats favorables dans un litige concernant une personne en particulier*

Ces allégations sont rares, car dans une organisation comptant plusieurs juges, comme la Cour du Québec par exemple, il est difficile d'imaginer qu'une nomination donnée puisse être orchestrée de façon à infléchir directement ou immédiatement l'issue d'une cause donnée.

D'abord parce que même si un candidat donné était nommé à la magistrature en vue du résultat voulu, le système est tel qu'il y a souvent plusieurs juges sur la liste des magistrats disponibles pour entendre une cause dans un district donné ou une division particulière de la Cour. Rien ne garantit donc que la personne nommée entende la cause en question.

Ensuite, une fois le candidat voulu est nommé à la magistrature, il faut encore que le juge en chef l'affecte à l'audition de la cause en question. La possibilité d'une influence gouvernementale sur les affectations décidées par le juge en chef est ténue, et toute tentative en ce sens serait une grave infraction au principe de l'indépendance judiciaire.

Enfin, une démarche éventuelle auprès du juge en chef n'a rien à voir avec la procédure de nomination elle-même. Si le comité de sélection a validé la compétence du candidat en question, le fait qu'il soit choisi en fonction de sa décision éventuelle au terme d'une cause donnée n'est pas un cas de politisation des nominations.

Tenter d'influencer un juge nommé dans l'espoir qu'il rende une décision particulière est un crime. Tenter de nommer des juges qui auraient promis de juger d'une certaine manière n'est pas une infraction mais peut inciter l'une des parties au litige en question à demander la récusation du juge pour partialité.

6. *Noyautage d'un tribunal*

Au deuxième rang des plaintes de politisation les plus courantes vient le noyautage, étroitement lié aux nominations présumées faites pour récompenser quelqu'un de sa loyauté au parti. On entend souvent reprocher à un gouvernement d'introduire dans les tribunaux des juges qui adhèrent à l'idéologie du parti au pouvoir. Voici deux ans, des journalistes ont tenté d'établir un lien entre une ronde de nominations fédérales et un discours du premier ministre qui aurait promis de veiller à ce qu'aucun « gauchiste » ne soit nommé juge pendant son mandat. Or, ce discours manifestement politique prononcé devant des fidèles du parti avait pour seul but de rallier les troupes et non d'annoncer une politique arrêtée. Mais supposons que le premier ministre ait vraiment eu l'intention de noyauter la magistrature en nommant des zélés de droite.

La question, en l'occurrence, est la suivante. Est-il inconvenant pour un gouvernement élu pour son programme économique et social de nommer des juges par ailleurs compétents, qui sont de manière générale sympathiques à ce programme ? De même, serait-il répréhensible de la part du Parti québécois au pouvoir de nommer systématiquement à la Cour du Québec des candidats, par ailleurs compétents et admissibles, qui seraient membre du parti ou généralement reconnus comme favorables à l'indépendance du Québec ? Rappelons les principes directeurs du constitutionnalisme libéral-démocrate : les gouvernements assument leur fonction parce qu'ils jouissent de la confiance de l'Assemblée nationale. Ils se maintiennent en place tant qu'ils restent fidèles au programme appuyé par les membres de l'Assemblée nationale que les citoyens élisent pour s'y faire représenter. En démocratie, le gouvernement élu qui jouit de la confiance de l'Assemblée nationale a pour tâche de gérer les affaires publiques, ce qui comprend, outre la conduite de l'administration publique et l'élaboration ainsi que l'application des politiques, prendre diverses décisions, notamment les nominations aux tribunaux judiciaires et administratifs de même qu'à des fonctions supérieures comme celles des ambassadeurs et des agents généraux. Un gouvernement démocratiquement élu peut légitimement nommer un grand nombre de juges choisis parmi les candidats admissibles qui sont de manière générale sympathiques à leurs politiques. Si les candidats sont déclarés compétents par le comité de sélection, la nomination, par le gouvernement, de juges qui ont une même orientation politique générale que lui n'est pas contraire à la théorie de la démocratie constitutionnelle.

Bien entendu, les critères qui interviennent après la nomination du juge sont totalement différents. La panoplie entière des garanties d'indépendance et d'impartialité des juges entre alors en jeu : inamovibilité (jusqu'à l'âge de 70 ans); révocation possible uniquement en vertu d'un processus législatif et pour des motifs très restreints; rémunération garantie. Peu importe qu'un juge ait été nommé dans l'espoir que ses jugements respectent une certaine orientation, il n'existe aucun mécanisme post-nomination qui permette au gouvernement de forcer ou simplement d'inciter un juge à suivre cette orientation. Par ailleurs, si les parties à une cause donnée ont l'impression que la philosophie ou l'idéologie du juge empêche ce dernier d'entendre la cause en toute impartialité, elles ont le droit de demander sa révocation.

Plusieurs autres observations s'imposent sur l'idéologie décisionnelle ou l'orientation politique des juges. En premier lieu, la question que se pose le comité de sélection n'est pas l'adhésion du candidat à ce type d'orientation ni ce qu'est l'orientation en question, pourvu que celle-ci ne soit pas contraire aux valeurs constitutionnelles fondamentales telles la primauté du droit. Le comité veut savoir si le juge a l'esprit ouvert et est en mesure de juger les causes en fonction du droit et des faits qui lui sont présentés. Le cas échéant, le fait que le candidat ait une perception politique proche de celle du gouvernement qui pourrait le nommer ne constitue pas en soi une raison de le déclarer inapte à être nommé juge.

En outre, il n'y a pas nécessairement chevauchement direct entre l'idéologie judiciaire et l'orientation politique d'un juge potentiel d'une part, et l'appartenance à un parti politique donné, d'autre part. Cette correspondance incertaine fonctionne dans deux sens. D'une part, et surtout, les partis politiques ne sont pas homogènes à tous points de vue. On peut supposer que tous les membres du Parti québécois sont déterminés à faire l'indépendance du Québec, mais certains se situent à gauche de l'échiquier politique et d'autres à droite. Peu importe quelle orthodoxie idéologique traduit la nomination, elle n'a rien à voir avec la politique sociale et

économique, mais seulement avec l'orientation politique. La même observation vaut pour le Parti libéral. D'autre part, il arrive à l'inverse qu'un gouvernement cherche des candidats qui adhèrent à telle orthodoxie stratégique, même s'ils appartiennent à un autre parti politique. Par exemple, il se peut qu'un gouvernement conservateur siégeant à Ottawa nomme juge un candidat de l'aile droite du Parti libéral ou qu'un gouvernement Libéral nomme juge un candidat de l'aile droite du NPD.

Enfin, parmi toutes les tâches accomplies par un juge, seules quelques-unes sont liées à des problématiques sur lesquelles l'idéologie judiciaire ou l'orientation politique peut avoir une incidence. La majeure partie de l'activité politique touche des sujets qui ne sont pas matière à jugement et la majeure partie des tâches des juges concernent des points qui ne relèvent pas de la politique partisane.

Certains observateurs n'en insistent pas moins avec véhémence que les nominations à la magistrature par les gouvernements de toutes nuances tendent à exprimer une nette préférence pour les membres ou les partisans du parti qui effectue les nominations. Mais qu'entendent-ils démontrer ? Cette corrélation peut indiquer tout au plus que, entre un candidat qui est membre d'un autre parti politique et un membre aussi compétent sur le plan professionnel mais membre de son propre parti, le ministre de la Justice, un ministre ou le premier ministre sera plus enclin à choisir le candidat qui lui est familier. Du moment que le candidat choisi a été agréé par le comité de sélection et que les critères appliqués par celui-ci sont suffisamment rigoureux pour garantir la qualité des candidats réputés compétents, le choix des juges est, dans une démocratie libérale, une décision qui, en toute légitimité, relève du gouvernement au pouvoir le jour donné. Il n'y a rien d'inconstitutionnel ni d'illégitime dans la nomination de candidats compétents qui adhèrent à la même perspective politique que le gouvernement.

Néanmoins la nomination à la candidature n'est pas un droit pour qui que ce soit. Il ne faut pas oublier que la fonction judiciaire est un privilège accordé par l'État. Voilà pourquoi tous les citoyens, y compris ceux qui ne comparaissent jamais devant un tribunal, ont intérêt à ce que la procédure de sélection mette en place des juges très compétents. Il incombe aux citoyens d'être vigilants à l'égard des nominations au comité de sélection, des critères applicables et des nominations à la magistrature parmi les candidats compétents. Si les tendances en la matière ne leur plaisent pas, ils peuvent l'exprimer au moment des élections.

B. Assurer la qualité du groupe chargé de la sélection des juges et de la décision ultime

La revue des considérations auxquelles on impute souvent la politisation induite des nominations met en évidence cinq caractéristiques de la procédure.

Premièrement, toutes les considérations que les citoyens, les médias et les commentateurs spécialisés voient comme des critères « politiques » n'en sont pas nécessairement. Certaines relèvent de la corruption et sont illégitimes pour cette seule raison. D'autres sont des considérations propres à la personne qui participe aux nominations, qui n'ont rien à voir avec la politique partisane. Elles résultent d'une relation personnelle entre celle-ci et la personne nommée. Quelques-unes, et notamment le népotisme, sont illégitimes parce qu'elles remettent en question l'indépendance et l'impartialité futures du juge. D'autres, comme une amitié de longue

date, ne sont pas nécessairement illégitimes, à la condition que le comité de sélection certifie la compétence du candidat. L'examen des nominations à la magistrature vise entre autres résultats d'importance l'éducation des citoyens. Il importe que les citoyens comprennent la nature de la fonction judiciaire, le déroulement de la procédure de nomination et la distinction entre les considérations appropriées et inappropriées qui entrent en jeu.

Deuxièmement, parmi les considérations qui puissent légitimement être considérées comme des critères politiques, certaines sont inévitables et sont même raisonnables dans une démocratie libérale. D'autres sont de nature politique et, même si elles sont légitimes, elles ne doivent être autorisées qu'après une certaine période du fait qu'elles peuvent donner l'apparence de la partialité. Le meilleur remède est alors une directive sur les conflits d'intérêts, une période de restriction et la transparence accrue de la méthode. D'autres, enfin, sont d'ordre politique mais n'en sont pas moins tout à fait légitimes. La nomination de juges qui, de manière générale, partagent l'idéologie sociale économique et politique du gouvernement est conforme à la théorie sous-jacente de la gouvernance démocratique. Toutefois, il convient aussi, à cet égard, d'accroître la transparence pour renforcer la confiance des citoyens quant à l'indépendance et à l'impartialité des juges.

Troisièmement, nombre des allégations de partisanerie politique résultent d'une vision par trop simpliste. Le fait qu'un candidat ait été membre d'un parti politique ou ait versé une contribution financière publiquement déclarée à un parti politique ne prouve pas que sa nomination ait eu lieu *à cause* de cette appartenance ou *à cause* de cette contribution. Le nombre de candidats déclarés admissibles par le comité de sélection même s'ils ont été membres du parti politique au pouvoir ou s'ils ont donné de l'argent à un parti est largement supérieur au nombre de postes de juges ouverts. Le gouvernement qui choisit de nommer tel candidat compétent est forcément influencé par d'autres critères que l'appartenance et la contribution au parti. À moins de preuve contraire, soit que l'appartenance ou la contribution à un parti politique est une condition *nécessaire* (et pas nécessairement *suffisante*) à la nomination, l'allégation de cause à effet ne tient pas. Cela dit, étant donné la tendance très répandue parmi les citoyens (et partagée par de nombreux spécialistes) à confondre corrélation et cause, il y a lieu de publier intégralement les antécédents politiques des candidats nommés pour rehausser la confiance des citoyens à l'égard de la procédure de nomination.

Quatrièmement, si utiles que soient ces mécanismes pour assurer la transparence de la procédure, la cheville ouvrière du système dans son ensemble est l'intégrité du fonctionnement du comité de sélection. Si les experts qui siègent au comité sont soigneusement choisis, si les critères applicables ont été élaborés de manière rationnelle et soigneusement ordonnancés et si, de fait, ils sont rigoureusement appliqués, seuls les candidats compétents seront recommandés au gouvernement en vue d'une nomination potentielle. Les moyens à prendre pour nommer les membres du comité de sélection et assurer leur indépendance et les méthodes de sélection des juges débordent le cadre du présent essai. Il importe toutefois d'énoncer un certain nombre des principes qui doivent régir le fonctionnement du comité de sélection étant donné le rôle crucial de ces experts dans l'assurance de la qualité des candidats déclarés aptes à être nommés juges. Le but est de démontrer qu'un processus de sélection bien conçu et bien géré, avec comité de sélection, peut empêcher que des candidats non qualifiés reçoivent l'imprimatur du comité pour des raisons de politique partisane. Il y a sept de ces grands principes.

- 1) Le gouvernement doit être contraint de ne nommer à la fonction judiciaire que les candidats agréés par le comité de sélection. *C'est actuellement le cas en vertu de la Loi sur les tribunaux judiciaires.*
- 2) Les critères doivent être précis, détaillés, formulés dans la mesure du possible sous forme de règles catégoriques, et accessibles au public. Ils devraient être publiés sous forme synthétisée dans la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. *Tel n'est pas le cas actuellement.* La promulgation sous forme de loi donnerait de la visibilité à ces critères généraux et, surtout, permettrait à l'Assemblée nationale et au grand public d'en débattre le bien-fondé. Par ailleurs, le gouvernement devrait avoir le pouvoir d'énoncer ces critères par règlement. *C'est actuellement le cas.* Enfin, tous ces critères et tout autre élément d'information sur la façon de postuler un poste de juge, devraient être affichés sur Internet. *Tel n'est pas actuellement le cas.*
- 3) Le comité devrait avoir le pouvoir d'établir une norme stricte en vertu de laquelle il déterminerait l'aptitude des candidats. Puisque, dans la plupart des concours, le nombre de candidats est largement supérieur au nombre de postes vacants, le comité ne devrait pas hésiter à évaluer les compétences avec la plus grande rigueur. S'il faut pour ce faire obliger les candidats à passer des examens d'aptitudes professionnelles, comme ceux des formations professionnelles, le comité devrait en avoir le pouvoir. *Tel n'est pas actuellement le cas.* Le comité devrait aussi avoir le pouvoir, encadré par règlement, de prescrire des directives supplémentaires quant au type d'information que doit contenir le dossier du candidat. Il devrait en particulier pouvoir exiger la divulgation de toute affiliation ou contribution financière antérieure ou actuelle à un parti politique. *Tel n'est pas actuellement le cas.*
- 4) Si les délibérations du comité doivent rester confidentielles, les personnes qui soumettent leur candidature au comité et qui sont déclarées inadmissibles devraient en revanche pouvoir obtenir copie des motifs de la décision. *Tel n'est pas actuellement le cas.*
- 5) Les candidats déclarés aptes doivent être informés de cette décision sans toutefois que le comité soit tenu d'en fournir les raisons. Par ailleurs, une fois déclaré admissible, le candidat devrait être réputé admissible pendant trois ans. *Tel n'est pas actuellement le cas.*
- 6) La procédure de sélection des membres du comité devrait être l'objet d'un règlement. *Tel n'est pas actuellement le cas.* La composition particulière du comité, soit les catégories de personnes admissibles, devrait être énoncée dans la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. *Tel n'est pas actuellement le cas.* La composition du comité devrait représenter selon une pondération appropriée les avis professionnels et les avis profanes. *C'est actuellement partiellement le cas.*

- 7) Une fois nommés, les membres du comité devraient avoir un statut qui assure leur indépendance à l'égard des décisions qu'ils ont à prendre, ce qui signifie, entre autres : 1) l'immunité à l'égard de toute poursuite civile; 2) un mandat suffisamment long (cinq ans par exemple) mais non renouvelable, qui leur permette d'apporter une contribution significative; 3) un mécanisme de destitution qui ne soit pas invoqué pour un oui ou un non; 4) une rémunération plus que symbolique, pour permettre la participation de gens de tous les horizons socioéconomiques. *Tel n'est pas actuellement le cas.*

Cinquièmement, une fois que la compétence et l'admissibilité des candidats sont certifiées, les dimensions politiques de la procédure doivent être traitées de façon à éviter toute impropriété réelle et toute apparence d'impropriété. Pour atteindre cet objectif, la procédure tout entière doit être conçue en vue d'une transparence maximale. À cet égard, quatre idées importantes :

- 1) D'abord : éduquer le public. Non seulement le public doit-il connaître le fonctionnement du comité de sélection, mais il doit aussi savoir comment celui-ci compose avec les considérations politiques. Il lui faut en particulier savoir que le simple fait d'être membre d'un parti politique ou d'avoir donné à un parti politique une somme dont il est publiquement rendu compte n'empêche pas une personne d'être nommée à la fonction judiciaire et ne signifie pas que la nomination a été faite pour cette raison. L'éducation du public peut se faire par Internet ou au moyen de documents explicatifs distribués dans les tribunaux, les bureaux du greffe, les bureaux d'aide juridique et autres endroits semblables.
- 2) L'intégrité de la procédure exige aussi que chaque nomination soit annoncée par une « déclaration de nomination » substantielle de la part du gouvernement. *Tel n'est pas actuellement le cas.* Cette déclaration contiendrait des renseignements de base sur le ou les candidats nommés, soit pour le moins :
 - a) un curriculum vitae détaillé;
 - b) un énoncé des motifs fondant le comité de sélection à juger le candidat compétent;
 - c) toutes les contributions faites au cours des cinq années précédentes à un parti politique, quel qu'il soit;
 - d) l'appartenance à un parti politique, quel qu'il soit, et toutes les fonctions assumées au sein d'un parti politique au cours des cinq années précédentes;
 - e) toute autre information relative aux activités politiques faites pour un parti politique, quel qu'il soit, au cours des cinq années précédentes;
 - f) toutes les relations connues entre le candidat nommé et les membres du cabinet ou d'un sous-comité du cabinet ayant approuvé la nomination;
 - g) le nom de toutes les personnes (y compris les membres de l'Assemblée nationale, les cadres de partis politiques, autres politiciens et juges) avec lesquelles le ministre effectuant la nomination a communiqué à propos de celle-ci;

- h) le nom de toutes les personnes (y compris les membres de l'Assemblée nationale, les cadres de partis politiques, autres politiciens et juges) ayant communiqué avec le ministre qui effectue la nomination à propos de celle-ci;
- i) le revenu imposable annuel du candidat au cours des cinq années antérieures à la nomination, présenté par tranches; exemple : moins de 50 p. 100 du salaire associé au poste auquel le candidat est nommé; entre 50 et 100 p. 100 de ce salaire; entre 100 et 200 p. 100 de ce salaire; plus de 200 p. 100 de ce salaire.

Toutes ces exigences ont pour but d'accroître la transparence et, en bout de ligne, d'assurer l'imputabilité. Les deux premières démontrent qu'un comité de sélection indépendant a exécuté son mandat soigneusement et a de bonnes raisons d'estimer que le candidat est compétent. Les exigences c) à h) montrent précisément l'étendue de toutes les communications politiques éventuelles que le candidat a eues avec tous les partis politiques et toutes les influences politiques et personnelles éventuelles (légitimes et illégitimes) qui ont pu influencer sur la procédure de nomination. La dernière (i)), vise à corriger toute opinion erronée du public quant à la rémunération des juges et à montrer que la fonction judiciaire n'est pas une sinécure et que de nombreux candidats voient leur rémunération substantiellement réduite en y accédant.

- 3) Pour assurer la crédibilité et la transparence générale de la procédure, le gouvernement devrait rendre obligatoire le dépôt de cette information auprès de l'Assemblée nationale, ainsi qu'une déclaration du ministre qui effectue la nomination certifiant que le candidat a été jugé compétent par le comité de sélection et que l'organisme gouvernemental compétent a entrepris la vérification de sécurité appropriée. *Tel n'est pas actuellement le cas.*
- 4) Enfin, on pourrait objecter qu'une telle déclaration risque de décourager les meilleurs candidats de postuler un emploi de juge. La réponse est simple. Les critères nécessaires à la garantie de l'*indépendance* des juges après leur nomination et les solides protections contre la récusation appellent un maximum d'information et de transparence au sujet des candidats dès avant la nomination, afin de favoriser l'*imputabilité*. Cette information est aussi le meilleur moyen de réduire au minimum l'incidence de critères et de considérations inappropriés, de nature politique ou personnelle. Bref, grâce à la publication de cette information :
 - a) les candidats qui sont nommés et qui sont visés par des allégations de partisanerie politique pourront opposer un dossier exhaustif qui prouve la nomination au mérite;
 - b) les gouvernements seront moins tentés de nommer des candidats jugés compétents mais dont les activités politiques intenses pourraient laisser croire que c'est là la raison de leur nomination.

Les candidats qui ne souhaitent pas la publication, par le gouvernement, d'une information de base sur leurs compétences telles qu'elles ont été évaluées par le comité de sélection, sur leur participation antérieure et présente à la vie politique et sur leur revenu annuel avant la nomination ne devraient pas être affectés à l'une des tâches les plus délicates et les plus névralgiques de l'administration démocratique d'un État adhérant à la primauté du droit.

Conclusion

Permettez-moi maintenant de réunir les divers thèmes de cet exposé en une brève conclusion. Les citoyens, les avocats, politiciens et juges sont tous touchés par la procédure de nomination à la magistrature, qui est, de fait, un élément fondamental de la primauté du droit. Les tribunaux sont une institution politique centrale de notre société. D'où la question : comment bâtir un système de judicature et une procédure de sélection des juges qui tiennent compte du fait que, dans une démocratie libérale, les décisions de gouvernance sont forcément de nature politique, mais assorties de processus d'imputabilité politique, mais qui n'en garantissent pas moins que le fonctionnement même du système judiciaire est au-dessus de la politique partisane ?

Je répondrai par deux observations. D'abord et avant tout, il faut se garder de croire que le seul moyen d'atteindre tous les objectifs constitutionnels visés dans le cadre du système de judicature – indépendance, impartialité, qualité, rapidité – est la perfection de la procédure de sélection des juges. Nombre de ces attentes peuvent en réalité être satisfaites plus sûrement par d'autres arrangements institutionnels. Dans l'ordre général des choses, la procédure de sélection des juges n'est qu'une petite partie des moyens pris par une démocratie libérale pour administrer la portion du projet global de gouvernance publique qui a trait à la magistrature. Les décisions relatives à l'administration des tribunaux; à l'affectation, à la promotion, à la mutation, à la discipline, à la révocation et à la retraite des juges; au financement des tribunaux et à la dotation en personnel; au cadre entourant la procédure civile et la procédure criminelle, etc., sont tout aussi importantes. Sans compter que la procédure de sélection des juges n'est pas la seule occasion où l'aptitude et la compétence devraient être (et sont) évaluées. Mais l'inamovibilité jusqu'à l'âge de 70 ans atténue dans une certaine mesure l'importance de ces autres occasions comme moyens de gouvernance. Mais un peu comme pour les professeurs d'université qui bénéficient d'un statut de permanent, d'autres occasions se présentent, après la nomination, d'examiner le rendement et l'aptitude des juges.

Il est par ailleurs irréaliste d'attendre de la procédure de sélection des juges qu'elle garantisse les « meilleures » nominations et l'absence de la politique. L'objectif premier devrait être de rester conscients des nécessaires imperfections du système et de concevoir des mécanismes pour en réduire au minimum la possibilité et réduire de même les effets de celles qu'il est impossible d'éliminer. L'objectif complémentaire devrait être de rester conscients de l'incontournable dimension politique du système et de concevoir des mécanismes qui permettent de distinguer entre les facteurs politiques qui ont une incidence légitime sur la sélection des juges dans une démocratie libérale et les facteurs de politique partisane qui n'y ont pas de place légitime. On ne saurait promouvoir un système sain d'imputabilité démocratique en exagérant les défauts et en oblitérant les distinctions cruciales entre diverses philosophies décisionnelles judiciaires et la politique partisane. On ne saurait assurer à la santé du système en oblitérant les distinctions

entre, d'une part, une adhésion légitime à une idéologie politique donnée et, d'autre part, une partisanerie corrompue, une allégeance proposée au plus offrant, un moyen de récompenser parents et amis et le détournement de l'objectif de la procédure de nomination même.

Parametres of Politics in Judicial Appointments

Roderick A. Macdonald
F.R. Scott Professor of Constitutional and Public Law
Faculty of Law, McGill University

September 1, 2010

This study reflects the personal opinions of its author. It in no way whatsoever represents the opinions of the Commission.

**Study commissioned by the Commission of Inquiry into the
Appointment Process for Judges in Quebec**

Table of Contents

Executive Summary	3
Introduction.....	4
I. Is a judicial process purged of all human considerations possible?	7
A. Is a human judiciary necessary for the Rule of Law?	7
B. What does the system of Judicature in Quebec actually embrace today?	9
C. Is there such a thing as a neutral judge?	11
D. Managing judicial subjectivity	14
II. Is a selection process purged of all human considerations possible?	14
A. A government of laws, not of men (<i>sic</i>).....	14
B. Is there such a thing as a neutral selection process?	17
III. Is it possible to discipline subjective judgement about judicial appointments?	20
IV. Can the selection process be purged of inappropriate Political factors?	29
A. When do political opinions become unacceptable Political criteria?	29
B. Ensuring the quality of the judicial selection panel and the ultimate decision	39
Conclusion	44

Executive Summary

A centrepiece of the Rule of Law in democratic states is the concept of judicial independence. The concept is usually invoked to explain how a judiciary that is free from interest or partiality in deciding disputes is essential to the notion of decision according to law, and why a judiciary that has a mind and will of its own under a doctrine of separation of powers is necessary to provide an effective check on the abuse of power by the political branches of government.

The concept of judicial independence is usually held to embrace four elements: neutral appointment, security of tenure, financial independence, and administrative autonomy. Historically the latter three can be traced to the *Act of Settlement in 1701* while the first was later to develop. The principle of *neutral* appointment is contested. In some democratic states, the notion that judges should be accountable to the people is invoked to justify the election of judges, a procedure that directly contradicts the neutrality principle, and in models presupposing re-election the security of tenure principle as well.

This paper assumes that judges will, at the end of the day, be selected through an appointments rather than an electoral process and that the other guarantees of the *Act of Settlement* will continue to be features of the system of Judicature in Quebec. The specific issue to be discussed is whether an executive appointments process is compatible with the principle of neutral appointment.

The paper begins by identifying what the principle of “neutral appointment” means. This involves exploring whether human decision-making – whether by judges themselves, by any type of judicial selection (or vetting) committee or by the executive – can be purged of subjectivity. It argues for the impossibility of “objective” cipher-like human decision-making, be this by judges or selection committees.

The paper then explores the types of criteria that have been advanced as necessary for identifying who is qualified to be named a judge. It illustrates that these are often incommensurable, and even when agreed upon, they are ranked differently by different people, and differentially applied to potential candidates for judicial office. It follows that there is rarely, if ever, an objectively “best candidate” for appointment.

The last sections of the paper attempt to illustrate the difference between an appointments process that expressly acknowledges the influence of subjective considerations in decision-making, and seeks to make these transparent, and a process that hides this subjectivity from public scrutiny. In so doing, a distinction is drawn between “political considerations” of the type that may legitimately enter into the appointments calculus, and “Political considerations” that must be extirpated from the appointments process.

The paper concludes with a series of recommendations relating to the manner in which the final steps in the judicial selection process in Quebec – appointment by the executive branch of government – may be designed so as to achieve as neutral an appointments process as possible and a concomitant enhanced public confidence in the independence of the judiciary.

Introduction ^{*}

Citizens in a democracy have a legitimate interest in the quality of justice that is delivered by the several governance institutions of the State. The assumption is that the difficult issues of inter-personal, social and economic justice will be settled by democratically-elected legislatures and that legislative enactments will be fairly administered by the agents of an accountable executive. Citizens also assume that should there be a disagreement about the meaning of a statute or other legal rule – whether the disagreement involves private parties, or a complaint between a citizen and a State agency – an independent, impartial third-party institution (invariably courts) will hear the dispute and render a just decision.

These citizen expectations are often summarized by two phrases with great popular currency: “the Rule of Law”, and “a government of laws and not of men (*sic*)”. In democratic states a central component of a governance system respectful of ideas captured by these two phrases is the concept of judicial independence. Judicial independence is usually invoked in explanations of (1) why a judiciary that is free from interest or partiality in deciding disputes is essential to the notion of decision according to law, and (2) why a judiciary that has a mind and will of its own under a doctrine of separation of powers is necessary to provide an effective check on the abuse of power by the political branches of government.

While citizen intuitions about the Rule of Law and judicial independence find confirmation in constitutional theory and in the institutional arrangements actually in place in most democratic states, the exact meaning of these concepts is often not well-understood by the general population. For this reason, citizen expectations about how a State’s system of Judicature should

^{*} In several previously published essays I have considered basic choices in relation to judicial selection processes, qualities that judges should possess, remuneration, continuing judicial education, promotion, and destitution. This essay focuses on one specific feature of a system of Judicature: what is the proper role of political considerations in all matters relating to judicial selection, promotion, destitution and administration? To avoid burdening the text with footnotes, let me simply list here prior essays containing extensive bibliographies on all these questions: R.A. Macdonald, “La faculté de discernement / Exercising Judgement” in *Quel juge pour quelle société: Actes du Congrès de la magistrature 2008* (Quebec: Conseil de la magistrature, 2009) 53-71; “Nommer, élire, tirer au sort, vendre au plus offrant? À propos le choix des juges” in P. Noreau, ed., *Mélanges Andrée Lajoie* (Montreal: Thémis, 2008) 731-806; “Le catéchisme de l’islamophobie” in M. Jezequel, ed., *La justice à l’épreuve de la diversité culturelle* (Montreal: Éditions Yvon Blais, 2007) 19-61 (with Alexandra Popovici); “Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits – résultat, processus et symbolisme” in C. Eberhard et G. Vernicos, ed., *La quête anthropologique du droit* (Paris: Éditions Karthala, 2006) 275-296 (with Pierre-Olivier Savoie); “Le juge et le citoyen: une conversation continue” in A. Riendeau, ed., *Dire le droit: pour qui et à quel prix* (Montreal: Wilson and Lafleur, 2005) 3-22 (with Alexandra Law); “L’intégrité des institutions: rôles et relations dans le modèle constitutionnel” in R.A. Macdonald, ed., *Établir la rémunération des juges: perspectives multidisciplinaires* (Ottawa: Commission du droit du Canada, 1999) 7-23; “Should Judges Be Legal Pluralists” in *Aspects of Equality: Rendering Justice* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1996) 229-234; *Study Paper on Prospects for Civil Justice* (Toronto: Commission de réforme du droit de l’Ontario, 1995); “Authors, Arbiters, Oracles, Performers” in *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991) 233-240.

or does function often do not align with what is possible or achievable in human decision-making.

The concept of judicial independence is usually held to embrace four elements: neutral appointment, security of tenure, financial independence, and administrative autonomy. Historically, in the common law constitutional tradition operative in Quebec, the latter three can be traced to the *Act of Settlement in 1701*. Once appointed judges should not be liable to removal at the whim of political actors; the salaries and remuneration of judges should not be reduced while they hold office; and the management of judicial business should be under the control of the collegium of judges. The operating assumption behind these latter three principles is that judges will be empowered to act as the law dictates without fear of consequences or the inducement of favour if they are protected in this way.

The first principle, neutrality of appointment, was later to develop and has been less thoroughly explored in constitutional theory. There is, in fact, significant debate both about what the concept means, and about how it may be achieved in practice. In part debate arises because of the competing notion in some democratic states that judges should be directly accountable to the people. This conception of accountability is invoked to justify the periodic election and re-election of judges. Yet, if judges must run for re-election, their decisions will inevitably be influenced by political considerations that the electorate advocates, and unless they are elected for life (or until normal retirement) this procedure will contradict the second principle of judicial independence – security of tenure.

Even a process of election for life does not fully square with the notion of judicial independence since the electorate will not necessarily be selecting judges exclusively on criteria that relate to competence, knowledge or personal integrity, but will also be influenced by political positions that candidates for judicial office either promise to uphold or are believed to support. The principle of neutrality of appointment will, consequently, be undermined in the name of direct democratic accountability.

For these reasons, this paper is written on the assumption that judges will, at the end of the day, be selected through an appointments process and that the other guarantees of the *Act of Settlement* will continue to be features of the system of Judicature in Quebec. Moreover, this essay assumes that, whatever other processes are put into place to ensure the competence, knowledge and personal integrity of candidates for judicial office (for examples an expert selection committee to pre-screen candidates), the ultimate appointment will be made by the executive. Admittedly, it is possible to imagine a process in which an expert judicial selection committee actually chooses judges. But such a process severely attenuates the notion of political accountability. As a result, the assumption here is that a two-stage will be adopted: an expert judicial selection committee passes on the qualifications of candidates for judicial office and certifies those who are entitled to be considered at a second stage. In some systems certified candidates then stand for election by citizens. Since direct election has never been part of the constitutional tradition in Quebec, it is assumed here that the second stage will involve the forwarding of the names of certified candidates to the political institutions of governance -- either a legislative assembly or the executive or both -- for final selection. In a two-stage system, the central issue then becomes whether an electoral process by a legislative assembly or an

executive appointments process as the ultimate stage in the selection of judges is most compatible with the principle of neutral appointment.

In undertaking an inquiry into selection processes it is first necessary to clarify what the principle of “*neutral appointment*” means. Without a good understanding of this principle, it is impossible to assess the relative merits of election by a legislative assembly or executive appointment as ultimate method of selection. And without a good understanding of this principle, it is impossible to evaluate how an executive appointments process can be designed to optimize the conditions for neutral decision-making.

To situate the considerations that must be addressed in determining if processes of human decision-making – whether by judges themselves, by any type of judicial selection committee, by the electorate, or by the executive – can be purged of subjectivity (that is, can be rendered absolutely neutral or “objective”) I begin with a personal biography.

In my younger days I was a musical performer at clubs and coffee houses, typically performing songs written by others. I was puzzled by the variety of distinctive versions of these songs. The same lyrics on the page and the same notes in musical transcription could be performed equally as rock and roll, or in the idiom of folk, country and western, blues and jazz. Even within genres, instrumentation, tempo, key and even language were performance variables. A live concert was different from a studio recording. A female voice was different from a male voice. Occasionally words were elided, and sometimes codas were drawn out for emphasis. Every aspect of the performance had its own character.

My puzzlement about the variety of human experience increased after I began studying law. Even when cases seemed factually identical, every judgement seemed to be a slightly different rendition of the same legal rule. How, I wondered, could we have a “rule of law” in the presence of such human diversity? Some years later I had occasion to reflect on processes of judicial selection. I then had an epiphany. I realized that if rules and institutions populated by qualified persons performing their roles in good faith were incapable of eliminating the human element in judicial decision-making, how could we possibly imagine that similar constraints would eliminate the human element in judicial selection processes?

Given that realization, the themes of the present essay can be put in the form of four questions:

First, is it possible or desirable to design a process for dealing with interpersonal and social conflict that either has no human element or that enables judges to decide cases submitted to them for adjudication in a manner purged of human judgement?

Second, is it possible or desirable to design a process for selecting those persons who will be called upon to exercise personal judgement in deciding cases submitted to them for adjudication that would have no human element built into it?

Third, if there is, in fact, an inescapable human dimension to all decisions about judicial appointments, is it possible to control judgement about judicial appointments so as to

ensure that all relevant considerations are taken into account and that inappropriate considerations do not colour its exercise?

Fourth, assuming that a distinction can be drawn between appropriate and inappropriate subjective considerations of a broadly political nature, what would be the necessary components of a process that both excluded inappropriate considerations and also rendered transparent the other subjective, but legitimate, considerations that inform judicial selection in particular cases?

The four parts of this essay address each of these questions in turn.

Part One: Is a judicial process purged of all human considerations possible?

Today, assessments of the judicial selection process usually assume the inevitability of something like the present constitutional system, and focus on inquiring into what selection process is best adapted to that system. By proceeding in this manner, commentators often miss how many key features of present systems are derived from postulated understandings of a society and of a system of liberal-democratic governance: that is, from choice, not necessity. Moreover, by moving immediately to an inquiry about selection processes, many studies leave unanswered questions about possible alternatives to human decision-making. As a consequence the reasons for the inevitability of a human dimension to judicial decision-making and of a human dimension to processes of judicial selection are not brought to public attention. The failure of popular education usually means that the public has an unrealistic view of what courts do, and how they do it. This in turn leads to unrealistic expectations about the design and operation of a judicial selection process. The purpose of this Part is to address the gap in public knowledge by posing the question whether it is possible to establish a judicial selection process that is purged of all human considerations.

A. Is a human judiciary necessary for the Rule of Law?

An initial step in assessing processes of judicial selection is to inquire into the question whether a society committed to the Rule of Law actually needs a human judiciary as a feature of its governance structure. Four separate conclusions underlie an affirmative answer to this query: first, that a society actually needs a “decider” to solve interpersonal disputes and social conflict; second, that if there is to be a decider, the decider must be a human being; third, that rational rather than irrational processes are to be preferred in human decision-making; and fourth, that strict formal rationality of the type associated with judicial adjudication is the optimal type of rational decision-making in all cases.

1. Is it the case that a society committed to the Rule of Law needs a decider to settle disputes and articulate a society’s fundamental commitments? Many societies and social groups have no formal decision-making process, but ground all problems of social co-ordination in practices of conciliation or mediation. Sometimes these conciliators are officials named by the State; sometimes they are named through a consensual customary practice (for example, one involving elders or neighbours); and sometimes they are chosen by the parties through a contractual process. If the objective is to avoid violence and promote peaceful settlement of

conflict, whether the process involves a decider or a mediator, it cannot be purely optional. Some disputes (for example, family matters) have public order dimensions that argue for mandatory State involvement. In addition, absent a consensual private settlement of other types of dispute, the State would have to provide for a default, mandatory mediation process. Finally, however much it may be that mediation (including mandatory mediation) is an appropriate mechanism for dispute-resolution in private law, in much litigation involving the activity of government (whether administrative law or contract and state civil liability claims), and even in relation to some aspects of the criminal law (restorative justice and sentencing circles being examples), there are some tasks (typically involving the constitution: separation of powers, division of powers, *Charters of Rights*) where mediation does not seem appropriate. When we conclude that we need a decider in cases of high moment, we are also concluding that there is something inappropriate about mediation as an ultimate, unappealable, default dispute-resolution mechanism in all the other cases as well.

2. Is it the case that if there is to be a decider, the decision process necessarily must involve the exercise of human agency? Already, many of our life decisions are taken without resort to human judgment other than in the decision to resort to the decision-process. For example, we often take decisions by means of a deliberate resort to chance – flipping for it, drawing lots. The standard shot-gun clause in a partnership agreement, or the standard child-rearing rule “elder cuts, younger gets first pick” are also decision-rules of this type. Recently, some have argued that it is possible to design a legal decision-system that completely abstracts from human deciders; we could simply leave it all to a well-programmed computer. Whatever one thinks about the efficiency of these non-human decision processes, they are not always appropriate for decision-making that aims at the future (the *stare decisis* function) as well as the past (the *res judicata* function) of third-party decision-making. Not surprisingly, despite the role that these processes not involving human agency play as complements to social and legal decision-making, liberal-democratic societies typically conclude that the ultimate decision-making backstop must have a human dimension.

3. Is it necessary that the human decision-making process be organized around a system that Max Weber would characterize as “rational”? History teaches that human decision-making need not involve the presentation of proofs of pre-existing fact and arguments about pre-existing law to a third-person decider who will adjudicate the merits of the respective claims of parties. Sometimes the human element need not be grounded in an appeal to reason, nor the outcome rationally justified. We might, for example, incorporate a market mechanism into decision-making: the winner of the dispute is the person who pays the most to get the benefit. Or parties could solve cases by submitting their dispute to a simple voting process by a designated constituency. Or again, the decision-process could be one of Solomonic or *cadi* justice, or one of ritual reference to an oracle, or one involving an irrational mechanism like trial by battle. While these various processes involve the exercise of human judgement and often produce acceptable outcomes for disputing parties, their character does not provide effective forward-looking guidance for persons attempting to plan a future course of conduct. This is one of the key reasons why liberal-democratic societies have concluded that the ultimate decision-making backstop must be a decision-making process that involves rational justification.

4. Is it the case that the adjudication must be conducted under the precepts of what Weber called *formal* rather than *substantive* rationality? This question is more complex than first appears because the answer depends on beliefs we have about the character of human decision-making and the manner in which human judgement can be exercised. The point is more than just that judicial fact-finding is not a mechanical process; everyone acknowledges that. Nor is it that every dispute has only one correct legal characterization; everyone acknowledges that the same dispute can be characterized in multiple ways (for example, the famous case *Harrison v. Carswell* can be seen as a labour dispute, as an issue about trespass to land, as an issue of employment equity, as an issue of freedom of speech) and that there is no formula for deciding which characterization should prevail. Nor finally, is it that once the facts have been found, and the dispute has been characterized, the application of the relevant legal rule is an automatic matter; all adjudication involves interpretation, and all interpretation invites interpreters to attend to a variety of arguments and criteria of judgement. Even the choice to constrain interpretation to a so-called literal approach does not constrain the interpreter only to the discipline of formal rationality. Notwithstanding Weber's belief that legal rules could be written so that adjudication did not require judges to delve too deeply into contextual factors of the cases presented to them (that is, could be entirely organized on a principle of *formal* rationality) experience teaches that all judicial interpretation compels decisions attentive to the logic of *substantive* rationality.

Of course, choosing judicial adjudication as a default process does not mean that all other mechanisms of dispute resolution and value articulation have no place in the legal order. Very few human conflicts get to court, and even among those that get crystallized into litigious disputes, most are settled – either by abandonment of the claim, a negotiated outcome, reference to a mediator, or even submission to an arbitrator, or to a council of wise persons, elders, priests, imams or rabbis. In liberal democracies all these institutions coexist alongside courts. And most of them, most of the time do not engage in processes of dispute settlement that have a significant element of *formally* rationality. That is, what comes to distinguish judicial adjudication from these other processes is not that courts exclusively engage in *formally* rational processes while other deciders engage in *substantively* rational process. Rather, it is the particular manner by which the exercise of judicial judgement combines elements of *formal* and *substantive* rationality that gives everyday judicial adjudication its specificity.

Recognizing this feature of standard judicial adjudication provides a clue as to why the current institutional process has been designed as it has. We want a State-managed default decision process that is managed by human beings engaged in *formally* rational decision-making with a particular kind of overlay of *substantively* rational decision-making. From this desire comes the idea that we need (1) a professional cohort of judges, (2) functioning within a constitutional framework of accountability and independence, who are (3) given authority to exercise human judgement in deciding cases submitted to them. With this background in view, it is possible to examine more closely the actual tasks that judges are called upon to play in the existing constitutional order.

B. What does the system of Judicature in Quebec actually embrace today?

In the popular imagination, there is but a single institution called “a court”, a single actor within that institution call “a judge”, and a single task to be performed, “running a trial”. Those citizens

who have personal familiarity with the system of Judicature in Quebec today know that none of these singularities captures what is really going on.

Take first the question “what is a court?” The inheritance of the British constitutional tradition is that there is, ultimately, only one omniscient court of general jurisdiction, staffed by professional judges selected from among the members of the legal profession. In Quebec today, this court is the Superior Court, the judges of which are appointed by the federal government. But the Superior Court is only one of many first-instance adjudicative bodies. To begin, there are other first instance courts – most notably the Court of Quebec, and its divisions such as the Human Rights Tribunal, but also Municipal Courts. These courts are no less a court and no less bound by the rules elaborated in the *Code of Civil Procedure* and the *Courts of Justice Act* than the Superior Court. Moreover, there are myriad other institutional decision-makers that exercise adjudicative functions. Many of these are located within administrative tribunals with a specialized multifunctional jurisdiction: transport commissions, labour commissions, workers compensation commission, landlord-tenant commissions, the professions tribunal, and so on. The impact of the decisions of these other bodies that are not officially called courts can often be just as great as those by courts. Substantively, they perform judicial-type functions (often called *quasi-judicial* functions) but their decision-making processes and appointments mechanisms are structured by the specific legislation that delegates authority to them. In addition, there is the *Tribunal Administratif du Québec* (TAQ), comprising several divisions with distinct expertise and jurisdiction, that sits in review of the decisions of many of these bodies. The TAQ is governed by the *Act respecting Administrative Justice* – a generic statute analogous to the *Courts of Justice Act* governing, among other matters, the Court of Québec and its divisions.

There are, of course, certain constitutional constraints like section 96 of the *Constitution Act, 1867*, section 11(d) of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*, and quasi-constitutional constraints like the *Courts of Justice Act* and its regulations (e.g. the *Regulation respecting the procedure for the selection of persons apt for appointment as judges*), and the *Code of Civil Procedure*, that determine how the National Assembly may go about constituting adjudicative bodies, what jurisdiction it may assign to such bodies, and whether it may delegate to the Government of Quebec the authority to name members of such bodies. But, even within these constraints, the National Assembly has a broad jurisdiction to create decision-making institutions, to organize their mandate and decision-making processes and to design processes through which decision-makers within these institutions should be named. So an initial consideration must be this: should there be a single process for determining who should be selected to serve on all these adjudicative institutions? Or some sub-set of them? or should this process be designed only for those who are to be named to *bodies* actually called “courts”?

This inquiry immediately leads to a second: “who or what is a judge?” Obviously, in many adjudicative institutions that are not courts, including the *Tribunal Administratif du Québec*, there can be a variety of decision-makers with a variety of backgrounds, professional training and competences; not everyone need be a member of the Bar with at least 10 years experience. There are notaries, scientists, and even members drawn from the general population with the requisite experience. These “judges” are not, in the manner understood by the public, “real” judges dressed up in real robes, even though their decisions are taken following an adjudicative process that closely resembles that of the courts, and their decisions are as executory as the decisions of courts.

In addition, within the official court system, there are a variety of officials who routinely perform adjudicative functions under the explicit or implicit delegation of the *Code of Civil Procedure*. These include prothonotaries, the special prothonotary, notaries drawing up inventories and assembling lots in succession disputes, experts in bornage or other matters, and referees. In many cases the function is purely adjudicative and the decision is effectively final. These observations raise the question whether there should be a single process for determining who should be selected to serve in all these positions, or whether the selection process should be designed only for those persons who are to be named to the *function* called “judge”.

The third important inquiry concerns the diversity of tasks that we currently assign to those occupying decision-making functions under the authority of the National Assembly: “what do judges do?” The public has a model of judicial action that aligns with popular television programmes -- *La Cour en direct*, *la Facture* -- and takes as its paradigm the criminal trial. Certainly, much judicial action is of this type, whether criminal or civil. But much is not. Courts now exercise a gamut of functions that are themselves not classical adjudications. For several decades now, legislatures have delegated to courts a wide variety of governance tasks: sometimes they involve issues of distributive rather than corrective justice; sometimes they involve a balancing of interests rather than a determination of cold facts on the basis of cold law; sometimes, they are essentially political. That is, a clear distinction has to be drawn between the idea of a court and a judge (the formal dimension of the office) and the idea of adjudication as being only one of the third-party social ordering processes that judges actually undertake (the substantive dimension of the office). Even this understates the complexity of the office performed by those called “judge”. Judges spend enormous amounts of time reading files, drafting reasons for judgement, hearing motions, performing administrative tasks within the court, and sometimes even debating, drafting and promulgating rules of practice. A judge’s everyday functions are, in brief, not only judicial, but also administrative, and occasionally legislative.

From this list of considerations relating to the questions “what is a court?”, “who is a judge?” and “what do judges do?” it follows that analysis must begin by rejecting the notions: (1) that all adjudicative bodies are courts and all courts are the same, (2) that all adjudicators are judges and all judges are the same, and (3) that all judges, in all courts, do the same thing in the same manner. The tasks given to judges are too varied, too complex and too multiple to be captured by a single template that fully describes the judicial role. It follows that, to think about judges and analogous decision-makers as only adjudicators, and to pick them only according to criteria relevant to adjudication, misconceives the nature of the problem that confronts those who would design a judicial selection process.

C. Is there such a thing as a neutral judge?

The above overview of the judicial process and the tasks assigned to judges permits a key question to be posed and answered more sharply. Is it even possible to expunge the human element from judicial decision-making?

Many citizens believe that there is something about the judicial function that points to neutrality and that judges must, in consequence, be neutral. By *neutral* they have in mind that there can be a judge who comes to every decision without any prior disposition to hear or to accept any

particular set of arguments. Before testing this hypothesis, it is important to distinguish the idea of neutrality from two other concepts which do properly inform our understanding of judicial adjudication: impartiality and independence.

A judge is *impartial* (or unbiased) when we can say that there are no extraneous factors that would bear on the individual decision to be taken. The judge must have no financial interest in the outcome, directly or indirectly; the judge must have no relationship that could affect the decision with either party, whether personal, social, political or ideological; the judge must not be sitting in appeal of his or her own decision; the judge must not be part of an institutional structure that is implicated in the case; the judge must not reveal an attitudinal bias that would affect the decision. Impartiality refers to the relationship of a judge (or any decision-maker) to a particular case. If we are concerned not to appoint a person who is, for example, a narrow-minded bigot, that is not a matter of impartiality, nor is it a matter of neutrality. It is, of course, an important consideration, but it relates rather to the question of judicial temperament, and of the qualities necessary for a judge to be a good judge. This topic is discussed in the next section.

A judge is *independent* when we can say that there are no institutional or political factors that will influence the manner in which he or she performs his or her role in general. Here the concern is to protect judges from the ongoing influence of politics or from the interests of those who made the appointment. Once again, the mechanisms for protecting ongoing independence going forward are important and need constant reinforcement. This is particularly true for what might be called post-appointment promotion or perks. This also is a topic to be discussed in the next section.

What, then, of *neutrality*? Is it possible that there can be a judge who comes to every decision without any prior disposition to hear or to accept any particular set of arguments, or without any prior disposition to think about a problem in the world in a particular way? Consider what it would mean to state that a judge could be neutral in this sense. For this to be the case, the judge would have to be completely unaffected by prior life experiences – personal, societal, cultural or political – that might affect his or her judgement. Logically, this could happen in two ways: either the judge actually has no such experiences; or the judge is able to *completely* ignore or disregard these experiences.

Take first the question whether it is possible for a human being to actually be *devoid of* prior life experiences. This is conceivable in one of two ways: either the judge is from Mars and has no prior understanding of life in this world; or the judge has lived her or his entire life in a vacuum. In either case, however, it is hard to imagine how litigants and their counsel could even communicate with the judge could take place, since to learn a language you have to have experienced it. Moreover, even if for a hypothetical moment this were possible, as soon as the judge decides the first case, he or she judge is no longer from Mars, or from a hermetic background. Already absolute neutrality has been corrupted. A variation on this idea is to select judges who may have experience in this world, but who come from an alien culture and who have no direct experience that could conceivably be relevant to judging in Quebec. Is it plausible to design a system to select jurist from, say, Kyrgyzstan to be judges in Quebec?

What about the possibility of *abstracting from* personal experience? The idea here would be to accept that judges have necessarily a human background, presumably by preference a background in Quebec rather than Kyrgyzstan, but that they should be tested to determine (1) whether that background should disqualify them, or (2) whether they are capable of abstracting from that background in performing their duties as judges without reference to it. These two questions are discussed further in the next section. For the moment, the question whether strict neutrality of the type such an idea implies is even a desirable objective in judicial appointments.

This fundamental issue calls into question our expectations about what it means to appoint a judge that is a human being. The act of judging is the act of exercising judgement. Good judgement is not an abstract quality of character that can be acquired from a book; it is acquired through experience and reflection. The very experiences that conduce to good judgement are the experiences that shape a person's character. Paradoxically, the judge who is most likely to be both wise and impartial is the judge who is least likely to be neutral in the sense that those who desire absolute judicial neutrality would wish. Indeed, one of the reasons that one seeks judges of a certain age is precisely because of the experiences they are likely to have had along the way. One wants judges who will *not* completely ignore or disregard their life experiences.

There is a further dimension to the idea of neutrality. The assumption that issues of neutrality may be solved if it were possible to find a neutral person at the *moment of appointment* misses the fact that judges are appointed for life (or until age 70) and can often serve 30-35 years. Are we to assume that any human being (let alone any judge) can live for 35 years and be unaffected by the experiences they have had during that period? There are numerous examples in Canada of judges who were apparently of a particular social and political viewpoint at the moment of appointment, but whose views changed over their time on the bench. The implication here is that asking whether a judge is neutral at appointment is to miss the key idea. Any normal human being is continually being influenced by experiences. Any normal judge is also being continually influenced by experience, both on and off the bench. If no judge can be absolutely neutral at the moment of appointment and the constellation of factors that shape of the experience and non-neutrality of judges is continually changing, the central criterion at appointment would be less "what does the person look like now?", but rather "on the basis of what this person looks like now, who can this person become?" This point is discussed in detail in the next section.

A final structural issue about neutrality is to note that in many cases involving quasi-judicial functions, an agency performing a judicial function is actually given a policy mandate. It is hardly surprising that a government that is strongly committed to regulating environmental matters would be concerned to name judges to environment protection tribunals that share this concern, and that a government that is more committed to other processes of environmental control would appoint judges who are inclined to see much value in public-private partnerships, co-regulation, self-regulation and other governance mechanisms. Of course, these considerations are much less present in appointments to generalist judicial tribunals. Still, the same general theme about knowledge and experience is present in both cases: how much, if at all, does the role of the judge or of an administrator adjudicator require him or her to be an agent of public policy, and what limits should be placed on that role?

All these considerations point to the fact that it is neither possible nor desirable to imagine that the judicial function in Quebec can be performed by judges in a manner that purges the decision-making process of all human or subjective elements. There is no such thing as an *absolutely neutral* judge.

D. Managing judicial subjectivity

If the judicial decision-making process necessarily involves an element of human subjectivity, then it becomes important to design processes that manage this subjectivity, whether in the judicial process itself or in the judicial selection process. This is the topic of Part Two of this essay. To conclude this first Part, I should like to reiterate three points.

1. The common law constitutional system operative in Quebec presupposes that the ultimate backstop for social conflict will be an institution of decision-making, rather than mediation, and that this institution will be a court staffed by human beings committed to an adjudicative process.
2. The common law constitutional system does not contemplate a career magistracy, but presupposes that human beings having passed a certain number of years as lawyers, and having lived engaged lives in the community where they have experienced the joys, frustrations, aspirations, and disappointments of life, are the kinds of persons who can bring an appropriate human dimension to the court.
3. There is an inescapable human dimension to all judicial decisions. The appointment of the *neutral* judge from nowhere is not only wrong-headed, it is impossible.

The next part of this essay will consider various mechanisms that have been put in place to manage judicial subjectivity in deciding cases, and trace the implications of these mechanisms and the conclusions just drawn for the design of judicial selection processes.

Part Two: Is a selection process purged of all human considerations possible?

Two distinct inquiries are presupposed by the title to this Part. First, if the judicial decision-making process necessarily involves an element of human subjectivity, does this mean that there is no way of managing this subjectivity so as to avoid inappropriate considerations influencing decisions in individual cases? Second, even if it is not possible to eliminate human subjectivity from the judicial process itself, might it nonetheless be possible to design a process for selecting those persons who will be called upon to exercise personal judgement in adjudicating disputes that would have no human element built into it? The first question is considered in this Part. The question whether it is possible to control judgement about judicial appointments so as to ensure that all relevant considerations are taken into account and that inappropriate considerations do not colour its exercise will be taken up in the next part of this essay.

A. A government of laws, not of men (*sic*)

Once the diversity and complexity of judicial tasks is understood, it becomes apparent that the whole idea of a regime of law assumes the phenomenology of human decision. A computer can

never get enough inputs plugged in to render human justice; “flipping for it” does violence to the very reason why we so many human disputes require a third party decision. Undoubtedly, in some cases, any decision will do; the parties simply want to end their conflict and move on. But in most disputes each party is driven by the belief that his or her position is right. Not only that, in most litigation each party is driven by the belief that the reasons he or she offers in support of that position are right. Because the adjudicative decision is meant to capture a pre-existing truth, it is important that the judge be both impartial as between the parties, and neutral as to the larger questions of policy presupposed by the conflict.

The two phrases already adverted to that capture the constitutional principles by which liberal democracies claim their political legitimacy are the “Rule of Law” and “a government of laws, not of men”. Both seem to suggest that institutional constraints alone can eliminate personal judgement in the exercise of the judicial function. But all judges, all lawyers, all thoughtful citizens know that, because legal rules are neither self-applying nor self-executing, they must be interpreted. However detailed the legal rule and however well-defined the institutional and procedural structures within which judges are meant to operate, there always remains an important place for the exercise of interpretive judgement. For many, this is a frightening idea. It leaves open the possibility that decisions will either be driven by political considerations that have nothing to do with the merits of the case at hand, or will be capricious, arbitrary, unpredictable and unfair because determined by personal preferences of judges.

The question, therefore, is to reflect upon how best to discipline the exercise of judicial discretion. What are the various structural features of a system of Judicature that enhance a judge’s self-sufficiency and reduce the likelihood of accepting bribes from litigants, being influenced by irrelevant considerations or succumbing to threats from governments? And what are the personal qualities and competencies necessary to the task of judging that would maximize disinterested judging? The first question aims at issues of *independence* and *impartiality* once a judge has been named. Security of tenure, guaranteed remuneration, and status are directed to independence; rules relating to recusal for bias and interest in individual cases are directed to impartiality. These are all important, and properly are themes that need to be addressed in designing systems of Judicature. They are not, however, of present interest.

Here the concern is with the structural and procedural conditions that would enable judges to decide cases on the merits according to law, uninfluenced by any factors not relevant to the matter at hand. These conditions are of two types: on the one hand, there are human qualities and capabilities intrinsic to individual judges that would enable them to discipline their subjectivity; on the other hand, there are processes internal to the judicial function – continuing education, informal peer evaluation – that will enhance the capacity of any judge to decide thoughtfully, fairly and with integrity.

Much has been written about the specific criteria that will enable the identification of the human qualities necessary for those seeking appointment to the judiciary. I do not propose to review that literature in detail. Nonetheless, it is worth noticing that both legislatures and scholars agree on three orders of qualities that are essential for evaluating candidates for appointment as judges: professional qualities; institutional qualities; and personal qualities. That is, in examining the essential qualities of candidates for judicial office, one quickly sees that “knowledge of the law”

is insufficient and, at least when understood as “prior knowledge of the law”, is probably unnecessary.

Among what may be called professional qualities one might note the following: (1) objectively measurable knowledge of the substantive law, of procedure and of professional ethics; (2) respect for institutional role and the adjudicative process; (3) impartiality – the quality of judging according to the file being presented, without reference to the particular characteristics of the parties, or the question to be decided; (4) independence – the idea that one must judge according to the case presented without reference to one’s personal advancement in career and the popularity that one may or may not acquire from so deciding; (5) good judgement and maturity – not only about the particular case being argued, but also about human nature and human experience.

When then of institutional qualities? Most authors emphasize judicial conduct during a hearing. However, being a judge implies institutional commitments that are broader. The judiciary is at once a big bureaucracy and a lot of little bureaucracies. Hence key institutional duties like collegiality, productivity, and support for other colleagues in difficulty are mutually reinforcing and nested. But there is more; judges must respect the institution itself. This means having the courage to speak to colleagues who are not doing their job. It also means accepting one’s role, even when one is not a superstar or media darling. Courts flourish because of judges who enjoy and excel at performing the crucial everyday administrative tasks that may not immediately enhance their “reputation”.

Establishing the necessary personal qualities is even more difficult. Obviously sobriety, courage, diligence, incorruptibility, modesty and reserve are traits that every judge should possess. Finding appropriate mechanisms for measuring these qualities, and in some cases, deciding upon proxies that will stand surrogate for direct measures is of course not so easy. But, to date in Quebec, the judicial selection committees have done a good job at assessing candidates for appointment on these bases. A discussion of how such proxies are used follows in Part Three.

What then of processes internal to the judicial function – that is, of attitudes that are operative once a judge has been appointed – that will enhance the capacity of any judge to decide thoughtfully, fairly and with integrity? Three come immediately to mind. First, a judge must show humility and exercise restraint in all things. Of course, this begs the question of how do judges come to learn the limits of their office, and especially the line between the political choices that are a necessary part of all exercises of judgement, and the types of political choices that are meant to be vested in a legislature. Mentoring by senior colleagues is a key component of learning humility and restraint.

Second, judges must bring a commitment to life-long learning: life-long learning about law and justice certainly, but life-long learning about themselves even more importantly. This explains the significance of programmes of continuing judicial education. Obviously, continuing judicial education is important for purely instrumental reasons: keeping up to date, sharing solutions to new challenges confronting the judiciary, learning about social diversity, and so on. Judicial continuing education must aim to embolden judges to resist the siren songs of conventional adulthood – most notably reputation and popular acclaim -- and to retain the precious idealism of

youth – those moments of wide-eyed wonderment that impel the constant discovery and rediscovery of self.

Third, judges must recognize that true independence derives from a commitment to one's colleagues and from a commitment to and respect for the judiciary as an institution. It is not enough to do one's job to the best of one's ability. One must welcome the critique and suggestions of one's peers. And this means, concomitantly, having the courage to speak to colleagues who are not doing their job. Openness to collegial peer evaluation is fundamental to disciplining human subjectivity.

To sum up, a “government of laws and not of men” requires judges to acknowledge how much of their understanding of the law, of justice and of their role is shaped by factors personal to them. This is the beginning of judicial wisdom. And yet, these personal factors are multiple and are anchored in the communities and contexts of every judge's experience. Nurturing this capacity for self-reflexivity in multiple dimensions is the necessary component of what has come to be labeled “context” education. A judge must learn to imagine himself or herself as he or she is imagined by others. The singularity of character that one associates with those holding judicial office is not the absence of subjectivity or *neutrality*, but rather the wisdom to recognize the appropriate kinds of and proper place of such subjectivity in decision-making. It is to recognize that no knowledge of self is possible without knowledge of the other – and *vice versa*.

B. Is there such a thing as a neutral selection process?

The considerations discussed in the previous section point to three distinct dimensions of the judicial selection process. First, what are the kinds of criteria that would enable decision-makers to determine the extent of non-neutrality that is tolerable in the persons that are appointed as judges? Second, what are the kinds of criteria that properly should be present in the minds of those who are charged with selecting judges? Third, what are the optimal constraints to both allow for, but discipline, the non-neutrality of decision-makers in both situations? Only the third of these questions will be addressed here.

If there is an inescapable subjectivity to judicial decision-making itself – perhaps the most highly constrained and disciplined of all our socio-political decision processes – it is inevitable that there will be a human dimension to all decisions about judicial selection, however, wherever and by whomever they are made. The idea of a neutral appointments process involving a decision by “selectors from nowhere” is not only wrong-headed, it is as impossible as neutral decision-making by judges. You can't pick judges by computers, or by flipping for it, or by mediation processes, or by selling offices to the highest bidder. The selection process is a human process. Moreover, the selectors, whether they are voters, members of the National Assembly, appointees to an arm's length appointments commission, Ministers of Justice, Cabinets or Prime Ministers, are human. They cannot be *neutral*; and even if that were conceivable it would be a ridiculous way of selecting those who are meant, on a continuing basis, to render human justice.

In order to think through the kind of person that should be appointed as a judge, selectors confront both ontological and epistemological questions: first, what criteria properly should be present in the minds of those who are charged with making selections of judges? second, how

can these selectors be certain that the person they are appointing meets these criteria? Ultimately the answer to the second question can be discovered only by inquiring into another matter: “What does a candidate think that she or he is meant to do as a judge?” Inevitably, this is a question that vexes anyone charged with selecting judges. Voters ask the question; Parliamentary vetting committees given an advise and consent role ask the question; arm’s length selection committees ask the question; and it is the question foremost in the minds of political actors, whether their discretion to appoint is unfettered or whether it is constrained by a requirement to choose from a pool of candidates who have been certified as qualified by an expert evaluation committee.

Consider whether selection of judges by voters can be neutral. Elections presuppose that voters will express their subjective preferences, without being required to demonstrate any particular intellectual or moral qualification for voting. Nor are they required or expected to rationally justify the preferences they express. In the usual acceptance of the word “neutrality”, popular election will never be a neutral process. This will be the case even if the eligible candidates have been certified as qualified by an expert evaluation committee.

Similar subjectivities will be present when the voting takes place through a Parliamentary process. Votes by MNAs in committees and in the National Assembly need not be rationally justified; they typically will reflect the subjective preferences of the caucus of the political formation to which the MNA belongs. While it may be that some candidates will attract all-party support, or votes that cross party lines, the experience in countries that deploy an advise and consent process for judicial nominations resembles the electoral process more than it does the process by which Parliamentary officers like the Citizens Protector in Quebec have been appointed. Even in the case where a candidate nominated for selection has been certified as qualified by an expert evaluation committee, the vote in the National Assembly would be politically driven, rather than neutral.

What then of appointment by a Minister, the Cabinet or the Prime Minister? Here also the final decision will be driven, at least in part, by subjective criteria. Historically, the Kings and Queens of England, and later the Prime Minister, had an unfettered discretion to appoint judges. Today in Quebec, the discretion of the Government is limited by section 88 of the *Courts of Justice Act*, which provides that a person may be appointed as a judge only if he or she has been previously selected according to the procedure established by regulation for the selection of persons apt for appointment as judges. Nonetheless, once a candidate has been approved by the selection committee, there are no formal limitations on the subjective criteria that may be considered in making the appointment.

It might be thought that the only mechanism to achieve neutrality in the selection process is to delegate the final decision to a committee of experts. But as the previous discussion of judicial decision-making itself reveals, no institutional structuring, no explication of detailed substantive criteria and decision rules will ever eliminate the exercise of personal judgment in decision-making. The consequence, therefore, is simply that the inevitable subjectivities will be vested in the committee, rather than in voters, the National Assembly or the Government. And if this is the case, then the nomination of persons to the selection committee will become the primary terrain on which political questions about judicial selection will be debated and decided. In a

democracy, the general principle is that accountability for political decisions should be vested in bodies and institutions that are most directly accountable to citizens. Presumably, therefore, vesting political discretion in a selection committee is less desirable than retaining ultimate political discretion in institutions like the legislature or the executive.

Discussion will turn shortly to the question of how the types of criteria that are deployed to discipline the exercise of everyday judicial discretion may be adapted so as to discipline the subjective decision-making discretion of expert judicial selection committee. But before this question is raised, it is worth considering why the *process of selection* has become the focus of reflection about the relationship between judicial independence and the influence of subjective, political considerations. Put differently, can we be certain that if we are able to depoliticize the appointments process we have resolved all the issues relating to the possible politicization of the judiciary? Should we not be more modest in our expectations about our capacity to judge our potential judges at the time of their appointment?

A close review of the extant legal literature suggests an excessive preoccupation with the judicial selection process, as if the integrity and quality of the judiciary were forever guaranteed by a good selection process. The assumption that the person selected as a judge at age forty or fifty is fully formed and will cease to grow and mature morally and intellectually is not borne out by human experience. Many of the characteristics that we desire in judges may not be completely identifiable at the time of selection and many only develop through time with experience in performing the very task of judging. Moreover, even if we could initially select excellent candidates, to assume that judges are possessed of some magical capacity of self-direction and, if need be, self-correction flies in the face of all we know about human beings acting within institutional settings. Many of the most important lessons judges learn about how to best perform the judicial task flow from a wise *encadrement* within and management of the court to which they are named. This means helping judges learn how to learn, surrounding them by others similarly motivated, and rewarding them for pursuing such a career path. Seen in this light, the function of an expert selection committee takes on a different hue. And since the function becomes more future-oriented the criteria for selecting members of the committee should themselves become more future-oriented.

In sum, if we can be reasonably certain about the kind of judge we might require for the kind of society we now have, and if we can be reasonably certain about some of the qualities that such judges should possess – incorruptibility and sobriety, courage, temperance and impartiality, diligence and carefulness, intelligence and learnedness, craft and skill, practical wisdom -- we still need to be able to determine whether any particular candidate for judicial office possesses these virtues and will continue to possess them throughout a judicial career. The same judgement can be made about the judicial selection process. We should not deceive ourselves into thinking that the process by which we select members of a selection committee can be any less subjective than the process by which selection committees determine which candidates are apt for judicial appointment. To an examination of how the subjective judgement of selection committees and members of the government charged with making the final selection may be appropriately disciplined, this essay now turns.

Part Three: Is it possible to discipline subjective judgement about judicial appointments?

The gravamen of the first two parts of this essay is that there is an inescapable human dimension to all decisions about judicial appointments, however, wherever and by whomever they are taken. The question, therefore, is whether it is possible to control judgement about judicial appointments so as to ensure that all relevant considerations are taken into account and that inappropriate considerations do not colour its exercise.

One might begin by reflecting upon the various structural features of a system of Judicature that enhance a judge's self-sufficiency and reduce the likelihood of accepting bribes from litigants, being influenced by irrelevant considerations or succumbing to threats from governments. Security of tenure, guaranteed remuneration, and collegial administration with financial autonomy are directed to *independence*; rules relating to recusal for bias and interest in individual cases are directed to *impartiality*.

Obviously, the very electoral character of the political process excludes the applicability of these structural features to any decision-making process within the executive branch of government. In a democracy, MNAs, Ministers and governments are elected specifically to take political decisions. They do not have, nor should they have, security of tenure, although the provision of pensions for MNAs aims to provide them with a margin of discretion to vote according to a Burkean rather than a Rousseauian conception of representative democracy. This said, some of the structural features meant to ensure the *independence* and *impartiality* of judges can be adapted to the decision-processes of expert selection committees, and to the criteria for and mode of nomination to these selection committees. To recall, the objective is to identify the kinds of processes, the kinds of criteria and the optimal constraints to both acknowledge, and discipline, the subjectivity of decision-makers who are charged with assessing the suitability of candidates for judicial office.

The following points flow from the discussion in previous parts of this essay.

1. *No perfect system*

Experience elsewhere suggests that there is no perfect system for appointing judges. The system cannot be objective (in the sense of being purged of all considerations that relate to subjective differences relating to matters of policy), and even if it this could be achieved, in a liberal democracy committed to the Rule of Law this type of objectivity is not desirable.

2. *No system, however good, will always function perfectly*

Judicial appointments are one of the most important functions of democratic governments. For this reason, great effort has gone into system design and ensuring the proper operation of the systems in place. But just as no human system can ever be perfect, the operation of no human system can ever be perfect. Mistakes happen. Sometimes even conscious mistakes happen. Sometimes systems fail. Still, the fact that there may have once been system failure does not mean that the entire system needs to be changed from the bottom up. Better detection, better

supervision, perhaps even a minor procedural adjustment may be a sufficient prophylaxis. The key is to undertake a careful diagnosis, identifying underlying pathologies (if any) and resisting the urge to simply address symptoms, and not attempting to fix parts of the system that are not broken.

3. *Minimizing opportunities to “game the system”*

Unfortunately, whatever the system – appointments, elections, drawing straws, adjudicating merit – and however well designed and managed it may be, there will be people who “game the system”. Some candidates will act strategically. Some supporters of candidates will attempt to secure nomination by expending great sums (whether through election or appointment). Non-virtuous behaviours will generate temptation and pressure to let inappropriate considerations creep into the selection process. Selection processes must, therefore, be designed to minimize the opportunity for candidates and their backers to “game the system”. The optimal means to control these unacceptable activities is publicity. All phases of the selection process should be accompanied by the maximum possible transparency in decision-making.

4. *Optimality of “politically accountable” appointments system*

In a liberal democracy committed to the Rule of Law, an appointments system must reflect political accountability, but must ensure the post-appointment independence of candidates that have been selected. Direct election and re-election of judges is inconsistent with independence. Unconstrained discretionary executive appointment is inconsistent with even a minimum degree of selection neutrality. An appointments system that is one step removed from the electoral process – that is, where accountability flows through the National Assembly -- is optimal for achieving a balance between the factors appropriate to judicial selection listed above. In other words, a form of indirect election where the persons elected are not single-issue electors (as they are in the U.S. Presidential Electoral College) achieves a good balance of independence and accountability.

The expression “single-issue electors” is meant to signal, using the U.S. Presidential Electoral College as an example, the fact that the only issue that voters selecting members of the Electoral College need focus on is who those electors have pledged to support for President. In an election to select MNAs, by contrast, voters are required to balance multiple considerations: who do they desire as a local MNA? what political party do they desire to form the government? what balance of policies proposed by competing candidates and parties do they find optimal? The plurality of issues that inform the voting decision tends to ensure that the second order political decision – the selection of judges either by vote of the National Assembly or through appointment by an accountable executive – is less politicized by partisan considerations. No form of direct election, and no form unfettered executive appointment is as effective as a “second-order process” in maximizing the role of appropriate criteria and minimizing the impact of inappropriate criteria in judicial selection.

5. *Impossibility of “entirely objective criteria”*

The central distinction between appropriate criteria and inappropriate criteria does not flow from differentiating between so-called “objective” criteria and so-called “subjective” or “political” criteria. This is because any criterion that can be advanced as “objective” is itself “subjective” in two senses. First, the choice of what criteria to adopt as indicative of a candidate’s merit involves a choice between a multiplicity of factors. The choice necessarily includes some factors and excludes others. And there is not social agreement that the criteria actually chosen and only these criteria should count. Some all agree on, while others are highly contested. For example, some may believe that only those who have been litigators and who have extensive experience in court should be appointed judges, while others believe that anyone who has been a member of the *Barreau du Québec* for the requisite number of years should be eligible for appointment. Again, some may believe that candidates should be of a certain age and maturity before appointment, while others believe that only candidates below a certain age should be appointed. And again, some believe that achieving a gender, ethnic and socio-demographic diversity on the bench should be a criterion, while others believe that these are irrelevant considerations.

Whatever criteria are ultimately decided in any statute or regulation relating to judicial appointments will be the result of political decision-making and will not be “objective” in any transcendent sense. Moreover, the relative weight to be assigned to these criteria by statute or regulation will equally be the product of a political choice. The best one can hope for is an open, considered Parliamentary process for articulating and assigning weight to these criteria, and the possibility for revisiting them and their relative ranking by a similar open, considered process when new factors emerge.

6. *Impossibility of “entirely objective application of criteria”*

The second dimension of subjectivity in relation to the choice of selection criteria is present when the body making the selection comes to apply these criteria. Even if it were possible to agree on a list of criteria and on their relative ranking (or weight), the process by which these criteria would be applied to the assessment of the dossiers of particular persons who seek to become judges will have an inevitable dimension of subjectivity. That is, in applying these criteria, the decision-makers (whether they be citizens generally if judges are elected, peers if the selection is by other judges, the executive if the process is entirely discretionary, or a judicial selection committee comprising experts if there is a pre-qualification panel) will face exactly the same questions of choice that judges face in deciding cases.

No selection criterion or congeries of selection criteria can be so precise and self-executing that the subjective human factor is eliminated. Moreover, some of the most important criteria in contemporary selection processes are resolutely subjective: integrity, knowledge of the law, honesty, incorruptibility, courage, good judgement, and appropriate demeanour, to name just a few. The best one can hope for is a process where the decision-maker is genuinely committed to applying these criteria to the facts of the dossier of any particular applicant, and making an honest judgement in specific cases.

7. *No such thing as an “objectively best” candidate*

For this reason, even in situations where one has successfully eliminated all inappropriate considerations and is confronted only with appropriate considerations, there is no such thing as an “objectively best” candidate. It might, of course, be possible to articulate, find general consensus on, and apply a set of criteria that would enable decisions to be made about whether a candidate meets the minimum qualifications for appointment as a judge. While some may say the criteria currently being applied are not sufficiently strict, and some might say that they are overly strict and therefore eliminate worthy candidates who may have slightly non-mainstream backgrounds or experiences, there is a general consensus that they broadly ensure minimum competence of candidates, and that they are fairly applied to individual cases. But even when these criteria are agreed upon, they are ranked differently by different people, and then they are differentially applied to potential candidates for judicial office. In other words, the decision as to whether any given candidate is the “best” is subject to the same vagaries of decision-making as any other human decision-process.

Imagine a situation where decision-makers are in the presence of (1) an agreed list of, say, 50 criteria, and (2) an agreed weighting of, say, between 1 and 5 for each criterion. Imagine as well that the selection committee were required (3) to rank each candidate on each criterion, and (4) the selection committee were required to total the tallies of all its members. Does such a computational process guarantee that the candidate with the highest overall score would be the best candidate? Unless one stipulates that, by definition, the candidate with the highest total will be deemed the “best”, all that such a tally indicates is that the aggregate of the individual subjective decisions taken by each member of the selection committee in respect of each candidate under steps (1) through (3) points to one candidate. Given all these subjectivities it would be tendentious to claim that a candidate with the highest total score, say 2753 points, is “objectively best” or even that such a candidate is “objectively better” than a candidate with 2748 points. Moreover, it is not implausible that, even though earning entirely different relative rankings on individual criteria, the top two candidates wind up with identical global scores, say 2751 points. On what “objective” basis would one then decide who the “best” candidate was? The most that one could deduce from such a process is that candidates above a certain threshold would be acceptable, and candidates above some other threshold would likely be excellent candidates. It follows that such a computational process will rarely, if ever, identify an objectively “best candidate” for appointment.

8. *Differentiating criteria for assessment and loci of assessment*

The difficulty of designing a system to identify excellent candidates does not mean, however, that it is impossible to design a system in which all these criteria – from the almost objective to the highly subjective – are identified, brought forward for debate and reflection, and structured within an appropriately designed decision-process. In designing such a system, a first issue will be to decide whether a single step process or a multiple step process should be adopted. A second issue is whether, if a multiple step process is adopted, the various steps should aim at evaluating different criteria, or whether they should simply represent the opportunity for conflicting opinion about the same criteria.

The radically different criteria that are appropriately considered in judicial selection suggest that a two- or multiple-step procedure with each site of evaluation focusing on different criteria is optimal. So, for example, a system involving an expert committee assessing criteria of merit that can be relatively clearly measured on a relatively objective scale, complemented by an executive appointments stage where more subjective factors are weighed, is more likely to produce credible results than a two-stage process involving executive nomination and legislative committee hearings. In the second alternative, there are two political bodies assessing the entire range of criteria, from the close to objective to the highly subjective, but without any particular expertise for evaluating a large number of these criteria. The next few sub-sections examine some of the kinds of criteria that are often present in judicial selection processes in order to illustrate the kinds of evidence and mechanisms for gathering evidence that can be used to provide information about candidates relevant to these criteria.

9. *Bright-line standards as proxies for subjective evaluation*

Many criteria proposed for judicial selection could be set out as a check-list of relatively bright-line standards. Invariably, there is no inherent merit in most of these standards, but they are easy to apply proxies for criteria that one considers important. One might, for example, decide that legal experience was a good thing, and rather than judge the detail of a candidate's career, one might adopt as a proxy a bright-line rule such as membership in a bar association of at least 10 years. Or again, one might decide that knowledge of the law was important, so that rather than attempt to solicit peer opinion on the question, one might adopt as a bright-line proxy a requirement that candidates pass all six bar admission exams in the year of their application.

In both these cases the bright-line standard serves as a proxy, and can only be useful if combined with other, more subjective input relating to the criterion that the proxy is meant to reveal. It is important to note, however, that both the choice of the criterion and the choice of the instrument to evaluate the criterion are subjective, not objective, choices. Whether adopted in a statute or regulation, or even elaborated by an expert selection committee, they reflect subjective judgements. The advantage of a bright-line standard is only that, once the choice has been made to use bright-line standards as proxies for a more subjective and substantive assessment of a particular criterion, their application to individual candidacies is relatively straightforward and the results that they produce are easily tabulated and compared.

10. *Less-than-best-evidence for reputational criteria*

Other criteria of merit do not easily lend themselves to the adoption of bright-line proxies. They invariably have less objective determinants of assessment and, even when some type of proxy that permits comparison is adopted, the instrument will be highly subjective. For example, if one wished to assess the moral merit of a judge – is the person an alcohol or drug abuser, a problem gambler, a money launderer, a child pornographer? – it would be difficult for any committee or appointer to conduct such assessment with a bright-line instrument. For such criteria the decision-maker may sometimes be able to rely on standard background checks: a police arrest notice, FINTRAC financial records, records of admission to detoxification clinics, etc. Yet these proxies are at best evidence that a problem might still exist. Given the nature of the criteria they cannot substitute for first-hand knowledge.

Other subjective criteria – competence, judgement, integrity, and so on – also do not lend themselves to bright-line proxies. Nor are there really any non-bright-line proxies that would provide “best evidence”. Here the decider can only rely on the integrity and credibility of others. This could be the body performing the background check, itself no sure thing as we have learned from the recent actions of bond-rating agencies; or it could be the responses of a referee chosen by the candidate to a series of questions. In this latter case, moreover, little is gained by asking referees to respond according to seemingly objective standards – for example, on a five point scale, or even on a scale using graduated words like exceptional, excellent, good, average, below average, unacceptable – since the manner in which respondents understand these numerical rankings or the graduated lexicon is itself highly subjective. The best one can do in such cases is to carefully note the vocabulary deployed by the respondent when the reference is given free of prompts by the interviewer.

11. *Subjective personal judgement for criteria relating to judicial methodology*

Still other appropriately-considered criteria relate more to what a candidate believes or is likely to do as a judge. Because these are not matters upon which an on-off judgement may be made, they will rarely be enunciated in a statute or regulation or even in a guideline generated by the decider. They involve an assessment by the relevant decision-maker that a particular candidate is likely to approach the decision of cases in a particular way, or with a default presumption in one direction or another. Judicial methodology matters. Some candidates may be strict constructionists, while others may believe in a teleological approach to interpretation of texts. Some may believe in the sanctity of precedent, while others see the role of judges as keeping precedents contemporary and meaningful. Some may believe that courts should rely on a wide variety of interpretative sources – comparative international texts, doctrinal commentary, judgements of fairness and equity – in addition to statutes and precedents, while others may have a more narrowly circumscribed approach to judicial justification.

In judicial as in all decision-making, methodology can have a bearing on the outcomes of particular decisions, even when it does not speak to the actual outcome being decided. For this reason, a candidate’s presumptive judicial methodology may well be a legitimate consideration for selectors. Let me be clear, however, that this does not mean that an expert selection committee should exclude a candidate on the basis of his or her presumptive judicial methodology. Only if it were apparent that a candidate did not have a clue about judicial methodology, or articulated incoherent or self-contradictory views about judicial methodology, might a selection committee be concerned. But in this latter scenario, the concern is not with methodology as such, but rather with intellectual and legal competence. If judicial methodology as distinct from competence is to be a criterion, it is properly and legitimately a matter for the executive that makes choices among qualified candidates already identified by an expert selection committee and not a matter for the expert selection committee itself.

12. *Highly subjective personal judgment for ideological criteria*

Undeniably an appointments process for selecting judges, like an electoral process for doing so, will give rise to considerations that, broadly speaking, may be considered as ideological. That is,

where the executive is selecting a particular candidate for appointment from among those who have been recommended by an expert selection committee, it will inevitably and not illegitimately attempt to discern the general ideological orientation of candidates. For example, some candidates may have a predisposition to enhancing freedom of contract wherever possible, while others may be more inclined to find an abuse of power in contracting situations and take a more active role in policing contractual behaviour. Some candidates may have a predisposition to protecting property rights while others may be more inclined to protect users and passersby and to uphold zoning regulations. Some candidates may have a predisposition to facilitate secured transactions and consumer credit while other may see security rights as exceptional and to be strictly interpreted. Some candidates may have a predisposition in favour of avoiding the revictimization of those who have suffered a sexual assault, while others may have a strong predisposition in favour of those charged with a criminal offence and the right to confront one's accuser.

In all these cases -- drawn from private law, administrative law, constitutional, criminal and *Charter* law -- the question is not that a judge would consciously overrule an inconvenient precedent or usurp the authority of a legislature that enacts a statute. Rather, it is that in the necessary margin of discretionary action that attends to all decision-making, there is room for overarching conceptions of judicial ideology to play. In other words, the wise judge is one who knows or learns the limits of the office, and especially the line between the substantive policy choices that are a necessary part of all exercises of judgement, and the types of substantive policy choices that are properly vested in Parliament.

As with judicial methodology, an expert judicial selection committee will typically not evaluate candidates on the basis of their legal philosophy, unless that philosophy runs directly contrary to the fundamental principles of the legal and constitutional order. For example, where a candidate that asserts that honour killings are not murder, or that torture is an acceptable punishment, or that parents have a right to inflict significant bodily harm on their children, the committee could well not recommend a candidate. But in such cases, the committee would not be rejecting the candidate not on the basis of legal philosophy, but on the basis that the candidate displays an ignorance of Canadian and Quebec law – that is, on the basis of competence. Conversely, if legal philosophy as distinct from competence is a criterion, this is properly and legitimately a matter for the executive that makes choices among qualified candidates already identified by an expert selection committee, and not a matter for the expert selection committee itself.

13. *The act of judging changes judges*

Together all these criteria and considerations suggest that the central issue is to come up with a process that enables the selection of judges based not only on what they know but also on who they are. Any criteria aimed at gaining information of the latter type will inevitably be more subjective than criteria of the former type. But there is a further dimension to the assessment about who a judge is. People change over time. People change according to the role they are performing. Whatever a forty year old candidate who has had little prior experience in an adjudicative process – whether this experience be gained assessing figure skating performances, judging prize bulls at an agricultural fair, or umpiring baseball games – may think about his or

her methodology of judging or his or her substantive orientations towards legal rules, at age 65 after 25 years as a judge, that person will likely have a different perception of the judicial role.

Human beings tend to be psychologically integrated personalities. The entire person is constantly engaged in all he or she does. A person cannot be only a part of who he or she is when he or she becomes a judge. One's past and all the other aspects of one's life cannot be parked at the courtroom door. Any criterion of this type also has a temporal dimension. It will play out differently depending on the age of the candidate. When one appoints a judge at age 60 or 65 the potential for great moral or intellectual transformation is diminished, but one has a very good sense of the kind of attitude to learning that person has. The converse is true for judicial appointments at forty. The assessment of what kind of person a judge is likely to be, and of the effect of the appointment on the judge's basic beliefs, cannot be separated from the subjective factors present in the appointer's own personal cosmology. It follows that the act of appointing changes appointers. All these factors cannot be eliminated from the selection process.

14. *Context matters*

Just as there is a great variety of judicial offices, a great variety of judicial tasks and functions, and a great variety of substantive areas with which judges must deal, there are a great variety of qualities and attributes that those called upon to serve as judges must possess. These criteria will play out differently depending on whether one is sitting in appeal hearing arguments from expert counsel who are well prepared, or listening to unrepresented litigants in Small Claims Court, or presiding over a criminal trial, or hearing a complicated custody dispute, or hearing a by-law enforcement case in Municipal Court. Not every office, function and substantive area of law requires the same abilities. Moreover, not every office, function or role requires them in the same balance.

The more we accept the need for differentiation not just in relation to the judicial role but also substantively, the more likely we are to pluralize our understanding of the characteristics and qualities we expect in judges. And the more we pluralize our understanding of the qualities we expect in our judges and the different relative balance we associate with different judicial tasks, the likelier we are to conclude that we must pluralize the processes of judicial selection by giving appropriate scope for decision-makers to make differentiated judgements about candidates. While the types of criteria evaluated by an expert selection committee may be relatively similar across judicial roles and tasks, this may be less true of other criteria, such as those best assessed by the executive when actually appointing a judge. That is, taking all criteria into account, there is no reason to conclude that a one size fits all approach will optimize the chances of selecting the best judges for all courts and for all cases.

15. *Judicial selection processes are only one component of ensuring the Rule of Law*

The reason for devoting attention to ensuring the integrity of judicial selection processes and the quality of those chosen as judges is because the Rule of Law presumes the post-appointment independence of judges. To protect the post-appointment integrity of judicial decision-making, judges are given life tenure. They neither have to stand for re-election (and be tempted to decide so as to curry voter favour) nor reappointment (and be tempted to decide to ensure political

favour leading to reappointment). There are, however, a number of other decision-makers charged with making decisions based on the application of *ex ante* norms to existing facts. That is, by contrast with executive decision-makers in departments or agencies, where forward looking decisions of policy or everyday decisions of administrative or bureaucratic structure are made, many administrative decision-makers are themselves engaged in rights-based adjudication.

Whatever arguments about the necessary politicization of the adjudicative process embedded in an agency may be made, these do not apply to adjudicative decision-making by courts. Quite the reverse, arguments about the integrity of the judicial selection process are equally applicable to processes for appointing administrative adjudicators. Moreover, where such adjudicators are part of a supervisory body such as the *Tribunal Administrative du Québec* it is even easier to see the applicability of structural principles meant to ensure the integrity of the selection process. Indeed, given the several distinct divisions of the TAQ, it is easy to see how the differentiations of context applicable to different divisions of the Court or Québec and different judicial roles within that court are equally applicable to the TAQ. What is not as often appreciated, however, is that any administrative adjudicator – that is, any person performing a quasi-judicial function – is necessarily involved in a decision-making process of the type that argues for the incorporation into the selection process of many of the criteria and processes strictly applicable to judicial selection.

16. *Selection processes are only one moment of assessment and accountability*

The selection process for judges is clearly one of the central moments for ensuring the quality of those serving as judges. Along with guaranteed tenure, protected remuneration and collegial governance, appropriate selection processes are a key element for protecting the independence and impartiality of judges. Consequently, making certain that only appropriate criteria are adopted for making selections, and that the process of selection actually deploys these criteria, are central requirements for ensuring a “government of laws and not of men.” But to focus on appointments misses the many other moments in a judge’s career where decisions affecting the performance of the judicial function are made, and where opportunities for inappropriate criteria to enter into the process can arise.

Two merit notice: the moment a judge is promoted or transferred from one judicial body to another (for example, when a judge is promoted from a trial court to a court of appeal); and the moment a judge is selected as a Chief Justice or regional supervising judge, or named to some other judicial management function. Each of these further steps in the judicial career ought to involve the same sorts of criteria of nomination as the initial appointment. Yet in almost all systems of Judicature these moments of advancement are not seen as occasions where the independence of the judiciary may be compromised. The assumption is that decisions about promotion should be taken by the executive without invoking any advisory committee process or any pre-screening for merit. If a key feature for promoting judicial independence is to eliminate temptation or the offer of reward and favour, the process by which promotion within the judiciary is managed should be revisited. A process like the expert selection committee process could not work effectively for these decisions, but something analogous should be developed in

order to maximize the principle of administrative autonomy for courts, one of the key features of the concept of judicial *independence*.

Part Four: Can the selection process be purged of inappropriate Political factors?

This last part of the essay focuses directly on the problem of politicization of the appointments process. It begins with a brief discussion of what politicization means in this context. It then draws a distinction between “political considerations” of the type that may legitimately enter into the appointments calculus, and “Political considerations” that must be extirpated from the appointments process. The final sub-section attempts to illustrate how this may be accomplished. It argues that subjective factors will always be a part of the appointments process, whether the process involves only an expert selection committee, only an executive appointments process, whether or not accompanied by a legislative advise and consent process, or some combination of these processes. Consequently, the goal should be to elaborate an appointments process that expressly acknowledges the influence of subjective considerations in decision-making, and seeks to make these transparent. Concomitantly, the goal should be to eliminate all features of the process that serve to hide this subjectivity from public scrutiny.

A. When do political opinions become unacceptable Political criteria?

If there is no perfect system, if some candidates and their supporters will try to game the system, if there are no truly objective criteria, if there is no such thing as the “best candidate”, if most bright-line criteria are proxies and most non-bright-line criteria depend on second-hand knowledge, and if choices about judicial methodology and about default presumptions as to substantive interpretative outcomes are appropriate considerations for the ultimate decision-makers to weigh, does this mean that there are no criteria that should be excluded from the appointment calculus? Answering this question first requires consideration of some basic principles of liberal democratic constitutionalism. It then demands a close analysis of the kinds of considerations that are often stigmatized as “unacceptable Political criteria”.

Let me begin with basic principles of liberal democratic constitutionalism in relation to issues of Judicature. The following are fundamental.

The Rule of Law requires that once they assume office, judges should be free of influence extraneous to the performance of their function. Notably, they should be free of political interference from governments and politicians; they should be free of the need to curry favour of the electorate; and they should be free from and uninfluenced by attempts to sway their impartial judgement in individual cases. Judicial decision-making should be driven by the honest assessment according to law of the merits of the particular cases brought forward for judicial resolution. This conception of the judicial role can be set in contrast to the role assigned to decision-makers in many boards and agencies. Where a regulatory agency such as a transport tribunal is given a mandate to articulate and develop policy under the general direction of a statutory and subordinate legislative mandate, many of the stricter requirements for judicial independence are appropriately relaxed in so far as appointments to such agencies are concerned. Appointments may be for a term, subject to renewal. Candidates may properly be rejected or

appointed on the basis of their substantive views about policies to be pursued. Governments may properly issue guidelines and policy directives in particular cases. In these boards, by contrast with the situation of courts, decision-makers are explicitly the agents of government policy.

Democratic political theory also requires that all those exercising governmental powers in a state be accountable to citizens. Not only political actors such as MNAs and the executive, but also the judiciary must be ultimately accountable. However, judicial accountability is not the same as legislative or ministerial accountability. The government is accountable for its policies and its actions – including for its judicial appointments -- to the National Assembly and through the National Assembly to citizens. Members of the National Assembly are directly accountable to the electorate in their constituency. Judges are also accountable to citizens, although typically indirectly. Only in situations where judges are directly elected for limited terms and must be re-elected is there direct judicial accountability to citizens. In most liberal democracies of the common law constitutional tradition the accountability is indirect: at the moment of their selection the accountability of judges is reflected in the fact that they are appointed by a ministry accountable to a legislature; following appointment, their accountability to citizens is through the mechanisms of destitution through a highly formal process managed by a legislature. It is a necessary feature of a liberal democracy that judges are accountable to citizens, not to some special interest, or some elite such as lawyers, or to the political agency that appointed them. It is a necessary feature of a liberal democracy that this accountability is mediated through the political process. But it is important to note that in a liberal democracy committed to the Rule of Law, the ultimate accountability of judges is to the constitution and to the law. This, at bottom, is the reason why accountability to citizens is mediated through political institutions both at the time of selection and at the time (if any) of destitution.

Given the constitutional principle of accountability, political considerations will necessarily be a part of any process of judicial selection, no matter how scrubbed of such considerations the preliminary stages of appointment may be. Consider the case of a two stage process involving an expert judicial selection committee as a first step. Even if these judicial selection committees are relatively free from partisan politics because political considerations are reduced to the minimum by means of transparent and broadly legitimated processes of nomination to such committees, members are still political appointments. Even if these committees operate by means of numerous and relatively precise criteria of assessment, and through decision-making processes that are open and rationally defended, there is a moment of subjectivity in their decisions. Finally, even if all the procedural mechanics to ensure the most objective process possible were followed, these committees will still only be performing a pre-screening process to ensure that all those certified within the pool of potential candidates have met the minimum standards of competence. (The point would hold even if it were possible to imagine a system where the committee submitted only one name for possible appointment there is still, at some stage, a political decision to be made. For example, the government could refuse to make the appointment. More than this, for the reasons discussed in the section about the impossibility of picking an “objectively best candidate” whatever name is forwarded to the executive it will be of a person whose selection was coloured by subjective considerations.)

Once such a pool of candidates for possible appointment has been selected, the process shifts to the political arena. At this point, as a matter of constitutional theory, it is not inappropriate for

political factors related to democratic accountability to enter into consideration. However, this begs the question: what exactly are political factors related to democratic accountability? Put slightly differently, the real issue is not whether political factors should be purged from the appointments calculus – they cannot be, and in a democracy should not be. The issue is to identify which political factors may appropriately be considered, and which political factors are inappropriate to the appointments process, and the measure of transparency that is necessary to ensure political accountability in both cases.

To pursue this inquiry into the distinction between appropriate and inappropriate political considerations, one must begin with a brief discussion of what the idea of political considerations means.

A first idea is that there are two main types of political considerations. Most political considerations are a sub-set of subjective considerations. That is, political considerations are among those considerations whose evaluation involves the subjective exercise of judgement by the person making a decision.

Second, unlike subjective considerations that involve judgements about the integrity or honesty of a candidate, or the candidate's intelligence or wisdom, or the candidate's courage or incorruptibility – all of which point to personal traits of candidates for which no remotely objective evaluation standard exists – political questions do not normally involve the assessment of *ex ante* characteristics of candidates. Typically political considerations involve the appointer or selector assessing the future: what type of judicial methodology is this candidate likely to deploy in deciding cases? to what philosophy of adjudication and to what conception of the role of the judiciary does this candidate subscribe? what basic ideological commitments about the role of the state will influence this candidate's decisions? what are the substantive views about the nature of the individual, the family, society, and the economy held by this candidate?

Third, some political considerations are partisan and reflect party politics. Typically, these types of political considerations do involve *ex ante* behaviour of candidates. Is this candidate a member of the appointer's political party? Did this candidate financially support the appointer's political party?

Finally, some political considerations are more personal than institutional. These types of political considerations also tend to involve *ex ante* behaviour of candidates. Is this candidate someone to whom the appointer owes a favour? Is this candidate related to the appointer? Is this candidate a close personal friend of the appointer? Sometimes, however, they may be forward looking. Has this candidate or one of his or her supporters promised a financial or other reward in exchange for appointment?

In the mind of most citizens, all these considerations are indistinguishably “political” even though some are not “partisan political” and others are “personal”. It is as if the expression “political” has come to mean whatever in the opinion of the public is inappropriate as a criterion for, or as a factor influencing, judicial appointment. In order to determine whether this popular opinion is a workable standard to apply in distinguishing between appropriate and inappropriate considerations in the selection, it is helpful to examine in detail the most common types of

situations that have been held out as examples of the inappropriate influence of politics in the appointments process. Six different scenarios are often mentioned, even though two of them are only remotely connected to political considerations as such and are, moreover, criminal offences.

1. *Patronage*

One of the most common complaints about politicization is framed in the language of “patronage”. This type of complaint has been particularly prevalent in respect of recent rounds of federal judicial appointments. The complaint is that these are predominantly patronage nominations – rewards for loyal members of the Conservative Party of Canada. In the immediately following discussion of patronage, I leave aside the case where the loyal political service is reflected in a financial contribution. The particular situation of financial contributions is examined in the next sub-section. Here the idea of patronage is limited to the following type of situation: the fact that a person is a long-standing member of a political party and may have been active in its affairs. There are several ways in which a successful candidate for appointment might be considered to have been the beneficiary of patronage.

First, a candidate for appointment may have been (or may still be) a member of the National Assembly or a Minister.

Second, the person may have held a senior political staff position within the machinery of government (say as *Chef du cabinet* of a Minister), or may have held a senior position in the public service (say, as deputy-minister) having been appointed by the party making the appointment.

Third, the person may have been an official in the political party -- holding office as president, regional president, member of the executive, official agent, riding association executive, or fundraiser.

Finally, the person may simply have been a loyal foot soldier who, as a party member, worked on elections, attended policy conferences and served on party committees.

It is hard to see how any of the above activities should automatically *disqualify* someone from ever being appointed to the judiciary. Of course, the reverse is true as well. It is hard to see how any of the above activities should automatically *qualify* someone for appointment to the judiciary. The focus of the inquiry should be on substance: does the candidate possess the requisite intellectual, professional, institutional and personal qualities for appointment?

The remedy for concerns about patronage appointments is a robust selection committee process that would ensure that whatever the partisan background, a candidate is, independently of that background, qualified. Consider the case where a particular candidate has previously been a Minister or is a sitting MNA from a party now in opposition. If it is not inappropriate for a political party to appoint a qualified candidate who is politically active in another party, it should not be *automatically* inappropriate to appoint a qualified candidate who is politically active in one's own party.

This said, whenever a potential candidate has been politically active, additional criteria may need to be put into place so as to reassure the public that the appointment is not being made for inappropriate reasons. This is particularly the case where the appointee has been politically active in the party to which the person making the appointment belongs. Two such criteria may be imagined. First, it may be that we need a cooling off period (for example, two years), as we do for former MPs lobbying Parliament, or for former judges appearing before courts following retirement or resignation. This would be appropriate notably for appointments from the first and second categories, and would apply to MNAs, Ministers, and senior public servants regardless of the party for whom they worked and regardless of the appointing party. This requirement of a cooling-off period aims more at the overall integrity (and the overall appearance of integrity) of the selection process and the idea of separation of powers than at issues of patronage *per se*.

A second criterion relates to the process of certification by the expert selection committee. It may be imagined that candidates who transmit their dossiers to the committee should be required to disclose all prior and present political affiliations, and that the selection committee be obliged to pay particular attention to the substantive qualifications of any candidate that discloses prior or present political affiliation. If both of these criteria are added to the regular criteria applicable to all candidates, the transparency of the selection process would be enhanced and the chances that considerations that might be seen as involving patronage would have a determinant role in the final selection would be minimized.

2. *Rewards for personal financial contributions*

In recent years there have been consistent reports that persons appointed to the bench have made political contributions to the party that was in office when they were appointed. One example recently cited involved a donation of \$300 to the Conservative Party of Canada. There are several problems with adopting a criterion under which a candidate that made a political donation to the appointing party would be *automatically* excluded from consideration for appointment, or even regarded as presumptively suspect.

First, citizens are actively solicited to donate money to political parties and it is public policy in Quebec to favour political contributions by citizens. For example, the *Income Tax Act*, which advances the policy objectives of ensuring a democratic Parliament, provides for a direct deduction for political contributions as against tax payable.

Second, financial contributions to political parties are publicly visible. Political contributions above a certain minimum amount are fully disclosed in the annual filings of political parties and are a matter of the public record. Moreover, in Quebec there are also limitations on the amount of money that individuals may give to political parties in a given year.

Third, in the case mentioned above, it is a stretch to suggest that because a lawyer once donated \$300 to the Conservative Party his or her future appointment to a court is a patronage appointment. The sum of \$300 is hardly a large sum – either for a political party or for a lawyer seeking judicial office. In addition, if there were an *automatic* exclusion, this would mean that a lawyer who gave money to a political party when he or she was 25 years old would be forever barred from being appointed to the bench by that party.

Fourth, if we assume that an average lawyer might bill \$100 per hour (or more, in some cases much more) for his or her time, then all it would take is four hours of volunteer time canvassing during elections or working on party matters for a lawyer to exceed the value of a \$300 cash contribution (with no consideration for the income tax benefits from a financial donation). Volunteering of this kind is common and is currently not publicly tracked. In terms of partisan involvement, however, it is probably more indicative of a commitment than a purely financial contribution.

Fifth, among lawyers (and law firms) it is frequently the practice to have members of the firm make political contributions to all major political parties. Sometimes individual lawyers contribute to only one political party, and sometimes they contribute to two or more (or all) parties. Should this *automatically* disqualify them from ever being appointed to the bench by *any* political party?

Sixth, if giving money to a political party is to be a disqualification for future consideration for judicial appointment, then those who feel inclined to support a political party financially will arrange to have a spouse or friend make the donation simply to avoid the appearance of having made such a contribution. Is it better that financial support of a political party be hidden (or dissembled), or that it be disclosed?

Seventh, sometimes people make gifts to political parties for reasons that have nothing to do with supporting the party or its policies. I have myself donated to former students who were running as Conservative, Liberal, NDP and Green candidates in various elections. Yet I have never once voted for candidates from two of these parties. My commitment was to my students and a reflection of my belief that, in a democracy, talented people who are willing to offer themselves as candidates for election should be encouraged to do so.

In other words, the mere fact of having made publicly-recorded financial contributions to a political party is not necessarily related to the kinds of qualities that should be present in the mind of a person making judicial appointments. A contributor to a political party may be fully qualified to be a judge, or in the view of a selection committee, may not be qualified. What matters is the substantive qualifications of the candidate and not his or her record of political contributions. An absolute disqualification of candidates who have ever made political contributions or a disqualification of candidates who have made political contributions within a certain period (say five years) preceding appointment is both unwise and unworkable. The reason why such a disqualification is unworkable is that a lawyer cannot know with a certainty (i) if or when he or she would be appointed, (ii) whether appointment would come from the party to whom the donation was made, or (iii) whether that political party would form a government within five years of the donation.

The appropriate response to the fact that lawyers who might ultimately seek judicial office have given to a political party is fourfold: (1) full public disclosure; (2) appropriate limits upon the maximum amount that may be given to political parties or candidates; (3) a specific provision in the election act that provides that the solicitation of political contributions as against the promise of a future judicial appointment is an offence; and (4) an appropriate screening mechanism by a

judicial appointments committee to ensure that any candidacies forwarded to the executive to form part of the pool of eligible candidates are fully qualified, regardless of their prior record of having contributed to a political party.

3. *Responsiveness to requests from donors*

A third recurring situation in which allegations of inappropriate partisan politics have been made does not involve patronage in the strict sense. Rather, it involves the criminal offence of corruption of a public official. The worry is that persons with resources will attempt to buy judicial office, either for themselves, or for friends and family. Several situations need to be distinguished.

Sometimes, there are situations where the pressure (financial or otherwise) comes from a member of the political party of the appointing government. On other occasions, there are situations where the pressure (financial or otherwise) comes from a stranger to the political party, and the operation is viewed simply as a business deal to corrupt the appointments process. On still other occasions the pressure is simply from someone who wants to do a favour for someone else and actually has no political or business interest to advance. In all these cases, there is an inducement being offered to engage in a corruption of office or breach of trust. Such actions are no less criminal than those involving payments meant to ensure the receipt of government contracts.

There are two many categories of cases where corruption of this sort occurs. First, the payment may be made to party officials, either to be used for political purposes or as an out-an-out bribe. Second, the inducement may be offered not to the political party as such but rather to the person making the appointment in his or her personal capacity. The mechanisms are multiple, and can involve cash payments and bribery, the holding out of post-political employment, black-mail and the promise of favours for friends or family of the recipient. Where the payment is made for the personal benefit of the appointer this is the classic case of corruption of office. Where it is made to a party official on the expectation that the official in question will attempt to influence an appointment, a distinction should be drawn between cases where the appointer knows of the payment and where he or she does not. In the former case, there is corruption of office; in the latter, there is corruption, but the offending person is the party official, not the appointer. Finally, in cases where payment is made to a party official for party purposes against the expectation of an appointment being made, the same distinctions apply. If the appointer does not know, and cannot reasonably be expected to know, of the payment, the guilty party is the party official, not the appointer. If the appointer does know, and makes the appointment, it may not be that the appointment was made because of the bribe, but the evidence required to disprove the inference would be difficult to generate.

In all these cases, the question is not so much one of patronage or inappropriate political considerations entering into the appointments calculus. These factors may be present, but the true characterization of the situation is that it is an example of a criminal corruption of the appointments process. For this reason there is no need to amend any statute or regulation governing the appointment of judges. The remedy is simply good police work and the enforcement of the existing provisions of the *Criminal Code* and the *Elections Act*.

4. *Personal prejudice, favoritism or nepotism*

Behind some of the contemporary allegations of impropriety in the appointments process are insinuations that appointments have been made not on the basis of merit but rather because of personal prejudice, favoritism or nepotism. As in the case of bribes and other forms of corruption, these situations are less about patronage than they are about a possible lack of personal integrity on the part of the person with the power to appoint.

The third of the three cases just noted – nepotism -- is the easiest to deal with. Most legislatures have enacted conflict of interest legislation, which identifies certain types of family relationships in which conflicts of interest are likely to arise and which, consequently, disqualify candidates from appointment to courts or other official positions where these relationships exist. Although there is no reason to think that existing conflict of interest guidelines are inadequate to this purpose, it may still be thought necessary to specify in some detail what these relationships are. That is, a case can be made that the regulations under the *Courts of Justice Act* should address not just nepotism in the strict sense – a direct family link to the appointer – but also nepotism in a broader sense – for example, a direct family link with any member of the government.

Allegations of personal prejudice or favoritism are much more difficult to handle. If I were Minister of Justice or Prime Minister and had a law school friend who was a very successful lawyer and in whom I had great confidence, would it be inappropriate political interference in the appointments process were I to approach that person and encourage him or her to put forward his or her candidacy to the selection committee? Would it be an inappropriate politicization of the appointments process if, after that candidate had been approved as fully qualified by the selection committee, I were to appoint him or her? It is difficult to see how my favoritism towards a colleague or friend would necessarily be an act of political interference in the process. After all, there is no guarantee that my friend is a member of the same political party as me. Would my selection be inappropriate if we were members of the same party, but appropriate if we were not? Presumably, as long as the candidate were adjudged by the expert selection committee as qualified for appointment, and as long as none of the disqualifying criteria already discussed were present, the mere fact of our personal relationship should not be seen as a reason for preventing the appointment.

The converse situation – personal prejudice leading to a refusal to appoint -- is not of concern where the issue is whether the appointments process has been inappropriately influenced by political considerations. No one has an entitlement to appointment. In brief, there is no constitutional norm that requires a government to appoint the “best” candidate (that is, a norm analogous to the principle of tendering for public contracts that obliges the government to accept the lowest bid submitted by a qualified bidder), and in any event, as has already been demonstrated, there can be no such thing as the “objectively best” candidate. Consequently, it is difficult to see on what basis it could be claimed that inappropriate political considerations influenced the decision. More than this, if my own personal judgement as appointer -- whether based on a full (even if erroneous) comparative assessment of legitimate factors relating to the merits of different candidates, or even whether based on illegitimate factors such as race, colour, sex, sexual orientation, creed or ethnicity – leads me not to appoint a candidate, it is not obvious why this should be seen as an inappropriate politicization of the process. In the second set of

hypotheses – illegitimate discrimination -- it might be conceivable that one day there could be some recourse under the Quebec *Charter of Rights and Liberties* or section 15 the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. But for this to happen there would have to be a revolution in the manner in which courts apprehend their jurisdiction to review discretionary decisions of the Cabinet.

5. *Ensuring favourable outcomes in litigation involving particular persons*

Although allegations of politicization of this character are sometimes made, they are rare. It is difficult, in a multi-member bench such as the Court of Quebec, to imagine that any particular appointment could be stage-managed in such a way that it would have a direct or immediate bearing on the outcome of particular litigation.

First, even if a particular candidate were appointed to bring about a desired result, in most situations several judges comprise the roster available to hear cases in a particular judicial district or in a particular division of the court. There is no guarantee that the nominated person would actually get to sit on the case in question.

Second, after the desired candidate is appointed, he or she would have to be assigned by the Chief Justice to hear the case. The opportunities for the government to influence assignments by the Chief Justice are limited, and any attempt to do so would constitute a grave infringement of the principle of judicial independence.

Finally, approaches to the Chief Justice in matters such as this have nothing to do with the appointments process as such. If the candidate in question has been certified by the selection committee as competent, the fact that he or she has been chosen because of a belief about how he or she would decide a particular case is not germane to the question of politicization of appointments.

Attempting to influence a judge that has been appointed on the expectation that he or should would decide a particular case in a particular way is a criminal offence. Trying to appoint judges who might conceivably promise to decide a certain way if appointed is not an offence, but could, nonetheless, lead one of the parties to the litigation in question to demand the recusal of the judge on the grounds of bias or partiality.

6. *Stacking the bench with ideologues*

The second of the most commonly recurring complaints about politicization is closely linked to the complaint that appointments are made on the basis of patronage pay-offs to loyal party members. One frequently hears lamentations that particular governments are trying to stack the courts with like-minded ideologues. Two years ago a number of journalists sought to link a round of federal appointments to a speech by the Prime Minister in which he was reported to have said that he would ensure that there would be no “left-wingers” appointed to the courts during his watch. This obviously political speech to party loyalists was meant to rally the troops rather than to announce a firm government policy. Nonetheless, let us assume that the Prime

Minister actually meant what he said and that he was intent on “stacking the bench” with right-wing ideologues.

The question to be examined were this to be the case is this. Is it an inappropriate practice for a government that was elected to pursue a certain economic and social programme to appoint otherwise qualified judges that are broadly sympathetic to that programme? Similarly, would it be wrong for a Parti québécois government to systematically appoint to the Court of Québec otherwise qualified candidates who were members of the Party or widely known to be supporters of Quebec independence? Recall the fundamental principles of liberal-democratic constitutionalism. Governments assume office because they have the confidence of the National Assembly. They are sustained in office because they are pursuing a policy agenda that is supported by MNAs who have been elected by citizens to represent them. In a democracy, elected governments that have the confidence of the National Assembly are entrusted with managing public affairs. This involves not only the conduct of public business and the development and implementation of policy, but also the taking of decisions, including decisions appointing people to courts, administrative tribunals and senior positions like ambassadorships and agents general. Democratically elected governments legitimately make numerous judicial appointments from among qualified candidates who are broadly sympathetic to their policy programme. Once a candidate has been certified as competent by the expert selection committee, it is not offensive to democratic constitutional theory for governments to appoint judges who are on the same general policy page as they are.

Of course, an entirely different set of criteria operate once a judge is appointed. The full panoply of guarantees aimed at ensuring the independence and impartiality of judges comes into play: life tenure (until age 70); removal only through a special legislative process and on very narrow grounds; guaranteed salary. However much a judge may have been selected on the expectation that he or she would be inclined to have a certain orientation in deciding cases, there is no mechanism post-appointment by which a government may compel or even induce a judge to follow that expected orientation. Furthermore, if litigants in particular cases feel that a judge’s philosophical or ideological orientations may prevent that judge from hearing the case impartially, they have the right to seek the judge’s recusal.

There are several other observations that may be made concerning a judge’s judicial ideology or policy orientation. First, the question that a judicial selection committee will consider is not whether a judge has such an orientation or, as long as it is not contrary to fundamental constitutional values such as the Rule of Law, what that orientation is. The committee will ask whether the judge has an open mind and is capable of deciding cases on the basis of the law and the facts presented to him or her. If so, the fact that a judge may have policy views broadly in sympathy with the government that will be making an appointment does not, in itself, constitute a reason for refusing to declare that the candidate is qualified to be appointed.

Second, there is not necessarily a direct overlap between the judicial ideology and policy orientation of a potential judge and membership in a given political party. This uncertainty of congruence works in both directions. On the one hand, and most importantly, political parties are not homogeneous on all issues. Presumably, all members of the Parti québécois are committed to Quebec independence, but some will find themselves on the political left, and some on the

political right. Whatever ideological orthodoxy is involved in the appointment, it would not touch social and economic policy, but only the political option. The same would be true of the Liberal Party. On the other hand, and conversely, sometimes governments might seek to choose candidates who share a policy orthodoxy, even if they belong to another political party. For example, it might be that a Conservative government in Ottawa would appoint a judge from the right wing of the Liberal Party, or a Liberal government might appoint a judge from the right wing of the NDP.

Third, over the vast range of tasks performed by judges, only a few will map onto questions where questions of judicial ideology or policy orientation have any possible impact. Most political activity concerns matters that are not justiciable, and most judicial activity concerns matters that are not party political.

Some commentators nonetheless make much of the fact that the pattern of judicial appointments by governments of all political stripes tends to show a clear preference for members or supporters of the political party making the appointment. However, it is not clear what this correlation is meant to demonstrate. It may mean nothing more than the fact that, faced with a choice between a candidate who is a member of another political party and an equally qualified candidate from one's own party, a Minister of Justice, a Cabinet or a Prime Minister is more likely to choose the familiar candidate. As long as the selected candidate has passed the screening test of the expert judicial selection committee and as long as the screening test is sufficiently rigorous to ensure a high quality among candidates deemed to be qualified, in a liberal democracy the choice of judges is a decision that quite legitimately belongs to the government of the day. There is nothing unconstitutional or illegitimate about appointing qualified candidates that share a policy perspective.

Still, while no candidates for judicial office have an entitlement to be appointed, it must be remembered that judicial office is a State benefit that is being allocated by a government. For this reason, all citizens, including those who never go to court, have an interest in ensuring that the judicial selection process results in the appointment of highly qualified candidates. Vigilance about who is named to the expert judicial selection committee, about the criteria to be applied by the committee and about the patterns of appointment from among qualified candidates is a democratic responsibility of citizens. The electoral process is the remedy when citizens perceive that patterns of appointment are not to their liking.

B. Ensuring the quality of the judicial selection panel and the ultimate decision

The above review of the types of considerations that have often been said to reflect an inappropriate politicization of the appointments process reveals five fundamental points about selection processes.

First, not all the considerations and factors that have been advanced by citizens, media and scholarly commentators as “political” criteria in judicial appointments are in fact political criteria. Some are examples of criminal corruption and are illegitimate on that basis alone. Some others are examples of considerations personal to the appointer that have nothing to do with partisan politics as such. They result from a personal relationship between appointer and

appointee. A few of these, like nepotism, are illegitimate because they put into question the future independence and impartiality of the judge. Others, like longstanding personal friendship, are not necessarily illegitimate, provided that the candidate has been certified as qualified by the judicial selection committee. An important outcome of any review of the judicial appointments process is, consequently, citizen education. It is important that citizens understand the nature of the judicial function, the manner in which appointments processes work, and the distinction between appropriate and inappropriate considerations bearing on appointments.

Second, among considerations that may be legitimately taken to be political criteria, some are unavoidable and, in a liberal democracy, reasonable considerations for a government to take into account. Others are political, and may be legitimate, but because they can give rise to an apprehension of partiality, they may be taken into account only after a certain period of time. These types of situations are best dealt with by conflict of interest guidelines, cooling off periods, and enhanced transparency of the decision process. Still others are political, and entirely legitimate. Appointing judges who broadly share a social, economic or political ideology is consistent with the underlying theory of democratic governance. However, in respect of these considerations as well, enhanced transparency of the decision process will increase citizen confidence in the independence and impartiality of the judiciary.

Third, many of the allegations about political partisanship in judicial appointments rest on an overly simplistic understanding of causation. Just because a candidate has been a member of a political party, or just because a candidate has made a publicly recorded financial contribution to a political party is not evidence that the candidate has been appointed *because of* that membership or *because of* that contribution. The number of candidates approved by the selection committee who have been members of the political party in power or who have given money to that political party far exceeds the number of available judicial positions available for appointment. Necessarily there are other criteria besides membership and contribution that are influencing a government to appoint qualified candidates to the bench. Unless the negative can be established, that membership in or contributions to a political is a *necessary* (even if not *sufficient*) condition for appointment, the causal claim cannot be made out. This said, because of the tendency of many citizens (and even of many scholars) to confound correlation with causation, full information about the political antecedents of candidates who are appointed can be an important factor enhancing public confidence in the appointments process.

Fourth, however important these mechanisms to ensure transparency of the decision process may be, the systemic lynch-pin of the entire system is the integrity of the expert judicial selection committee process. If the members of the committee are carefully selected, if the criteria to be applied by the committee are rationally developed and lexically ordered, and if these criteria are in fact rigorously applied, only qualified candidates will come forward to the government for possible appointment. This essay is not meant to discuss the actual mechanics for naming members and preserving the independence of expert judicial selection committees, or to elaborate upon diverse processes of judicial selection. Nonetheless, it is important to elaborate a number of principles to govern the selection committee process because of the crucial role of the expert selection committee in ensuring the quality of candidates eligible for appointment. The point is to illustrate how a well-designed and well-managed expert selection process can prevent

unqualified candidates put forth for partisan political reasons from receiving the imprimatur of the committee. Seven main principles may be identified:

- (1) The government should be constrained to appoint as judges only candidates who have been certified by the selection committee. *This is currently the case under the Courts of Justice Act.*
- (2) The criteria to be applied should be elaborate, detailed, couched wherever possible as bright-line rules, and publicly available. They should be announced, in broad outline, in the *Courts of Justice Act*. *This is not currently the case.* Enactment by statute will give these broad criteria a public profile, and more importantly, will permit a debate within the National Assembly, and by the general public, about their appropriateness. In addition, the government should be empowered to elaborate them more fully by Regulation. *This is currently the case.* Finally, all these criteria, and any other information relating to the process for applying to be a judge, should be posted on the Internet. *This is not currently the case.*
- (3) The Committee should be empowered to set a high standard for determining which candidates are qualified for judicial appointment. Since in most competitions, the number of applicants far exceeds the number of available appointments the Committee should not be reluctant to be rigorous in assessing competencies. If this involves requiring candidates to sit qualifying examinations – for example, examinations like those administered at the *Cours de formation professionnelle* -- the Committee should have the authority to administer such an examination or examinations. *This is not currently the case.* The Committee should also have the power within a general framework established by Regulation to enact additional directives about the kinds of information that must be provided in an application. In particular, it should have the power to require disclosure of prior or ongoing political party affiliation or financial contributions. *This is not currently the case.*
- (4) While the deliberations of the Committee should remain confidential, candidates who have applied to the Committee and who have been declared not qualified should be entitled to see a copy of the reasons for the decision taken. *This is not currently the case.*
- (5) Candidates who have applied and who have been declared qualified should be informed of that decision but reasons need not be given. Once declared qualified, they should be deemed qualified for a period of three years. *This is not currently the case.*
- (6) The process by which members of the Committee are selected should be fixed by regulation. *This is currently the case.* The specific composition of the Committee – that is, the categories of persons who should be members of the Committee -- should be set out in the *Courts of Justice Act*. *This is not currently the case.* The

membership of the Committee should be designed to give appropriate weight to both professional and lay opinion. *Currently, this is partially the case.*

- (7) Once appointed, the members of the Committee must be given a status that would conduce to their independence as decision-makers. This means, among other things, (1) granting them immunity from civil suit, (2) a tenure of a sufficiently long (say five years), but non-renewable, time to enable them to make a substantive contribution, (3) a difficult to invoke process for destitution from office, and (4) more than token remuneration for performing this service so as to enable persons of all socio-economic statuses to serve on the committee. *This is not currently the case.*

Fifth, after a candidate has been certified as qualified and eligible for appointment, the political dimensions of the process must be engaged in such a way that there is not only no actual impropriety in the process, but also that there is no appearance of impropriety. To achieve this goal, the entire process must be designed to maximize transparency. Four ideas are important to note.

- (1) An initial need is for education of the public. Not only must the public know how the process before the selection committee works, it must be informed of how the political dimensions of the process work. In particular, the public needs to be educated about the fact that the mere fact of being a member of a political party, or having made a publicly recorded donation to a political party, does not disqualify a person from appointment, and does not mean that an appointment has been made for that reason. Public education can take place by posting general information on the Internet, and by making hard-copy explanatory information available at Court Houses, Registry Offices, Legal Aid Offices and similar locations.
- (2) The integrity of the process also requires that each appointment be accompanied by a substantive “appointment statement” issued by the appointing government. *This is not currently the case.* This statement would contain basic information about the candidate or candidates being appointed. Among items that should, as a minimum, be included in such appointment statements are:
 - (a) a detailed curriculum vitae;
 - (b) a statement of the reasons of the expert judicial selection committee as to why this candidate has been adjudged qualified;
 - (c) a statement of all contributions to all political parties within the previous five years;
 - (d) a statement of membership in all political parties, and all offices held within political parties, within the previous five years;
 - (e) a statement of any other information related to political activity undertaken for any political party within the previous five years;

- (f) a statement of all known contacts between the appointed candidate and the members of the Cabinet or cabinet sub-committee that signed off on the appointment;
- (g) a statement of all persons (including MNAs, party officials, and other politicians and judges) that the appointing Minister contacted about the appointment;
- (h) a statement of all persons (including MNAs, party officials, and other politicians and judges) that contacted the appointing Minister about the appointment;
- (i) a statement of the annual taxable income of the candidate for the previous five years presented by tranche – e.g. less than 50% of the salary of the position to which appointment is being made; between 50% and 100% of that salary; between 100% and 200% of that salary; more than 200% of that salary.

All the above disclosure requirements are aimed at enhancing transparency and ultimately accountability. The first two – (a) and (b) – are meant to reveal that an independent expert judicial selection committee performed its mandate carefully and had good reasons for deeming the candidate qualified. The next six – (c) through (h) – are meant to show exactly the extent of all possible political contacts that the candidate has had with all political parties and all possible political and personal influences (both legitimate and illegitimate) that have been brought to bear on the appointments process. The last requirement – (i) – aims to correct any misapprehension in the public mind that a judicial appointment is a well-paid sinecure by revealing that many appointees take a significant cut in remuneration when they accept a judgeship.

- (3) To ensure the credibility and broad transparency of the process, the government should be obliged to Table the above information in the National Assembly, along with a certification by the appointing Minister that the candidate has been deemed qualified by the judicial selection committee and that an appropriate security check has been undertaken by the relevant governmental agency. *This is not currently the case.*
- (4) Finally, it may be objected that requiring such public disclosure will discourage the best candidates from applying for appointment to the judiciary. The response to this concern is simple. The criteria necessary to ensure the *independence* of the judiciary post-appointment, and the strong protections against removal, argue for a maximum of information and transparency about candidates before appointment so as to promote *accountability*. This information is also the best guarantee that influence of inappropriate criteria and considerations, whether political or personal, will be minimized. In brief, by requiring this information be made public:
 - (a) those candidates who are appointed, and about whom allegations of inappropriate political partisanship have been made, will be able to point

- to a comprehensive record that justifies their appointment on the merits; and
- (b) governments will be less likely to attempt to appoint marginally qualified candidates who have been deemed qualified but whose disclosure of extensive political involvement would suggest that criteria of this nature were the primary reason for appointment.

Those who are not willing to have the government make public basic information about their qualifications for appointment as assessed by an expert selection committee, about their prior and present participation in political life, and about their annual incomes prior to appointment should not be entrusted with one of the most delicate and sensitive tasks of democratic governance in a State committed to the Rule of Law.

Conclusion

Let me now attempt to bring the themes of this discussion together in a brief conclusion. Citizens, lawyers, politicians and judges are all concerned about the judicial appointments process because it is a fundamental component of the Rule of Law. Courts are a central political institution in our society. The key question is this: how can we design a system of Judicature and judicial selection that acknowledges that, in a liberal democracy, decisions about governance are meant to be politically given, through processes of political accountability, and yet ensure that the functioning of the judicial system is itself above partisan politics.

In answer, let me offer two observations. First, and most importantly, we should guard against expecting that all the constitutional goals we seek to achieve with the judicial system – independence, impartiality, quality, timeliness – can be achieved solely by perfecting the judicial selection process. Many of the expectations about desirable outcomes that we visit upon the process may in fact be better achieved through other institutional arrangements. In the grand scheme of things, the selection process is only a small part of the way a liberal democracy manages the overall endeavour of public governance as it relates to the judiciary. Equally important are decisions involving court administration, the assignment, promotion, transfer, discipline, dismissal and retirement of judges, the financing and staffing of courts, the framework of civil and criminal procedure, and so on. More than this, the selection process is not the only occasion where judgements about suitability and capacity should be (and are) made. In some measure, the fact that judges enjoy tenure of office till age 70 diminishes the significance of these other moments as governance endeavours. But, not unlike the situation of tenured professors at universities, there are a number of post-appointment occasions when a review of the performance and suitability of a judge can be undertaken.

Secondly, we should guard against expecting unrealistically that the judicial selection process will guarantee the “best” appointments and the absence of politics in the appointments process. The initial objective should be to recognize the necessary imperfection of the system, and to design mechanisms to reduce to a minimum the possibility of imperfections and the impact of imperfections that cannot be eliminated. The complementary objective should be to recognize the necessary political dimension of the system, and to design mechanisms that enable

distinctions to be drawn between political factors that legitimately influence the selection of judges in a liberal democracy, and partisan political factors that are illegitimate in these processes. One does not promote a healthy system of democratic accountability by exaggerating defects and obliterating crucial distinctions between philosophies of judging and partisan politics. One does not promote a healthy system by obliterating distinctions between legitimate commitments to a given political ideology, and partisanship that is corrupt, for sale, nepotistic rewarding of family and friends, and a *détournement* of the objective of the appointments process itself.

ANNEXE **XVII**

**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

**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 partisans? 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 partisans 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 partisans, 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 continue 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 » (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 élues 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 proférer, 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*, Cambridge, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 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 Law Journal*, 27, 2001-2002.

ELTIS, Karen et GÉLINAS, Fabien « Judicial Independence and the Politics of Depoliticization », SSRN, 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 », *Journal of Appellate Practice & 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*, Cambridge, 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 Gerald-A. Beaudoin : The Challenges Of Constitutionalism*, Cowansville, Québec, Éditions 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*, Charlottesville, Virginia, 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*, New Haven, 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*, juin 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.

ANNEXE XVIII

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

***Selecting Trial Court Judges:
A Comparison of Contemporary Practices***

Peter McCormick,
professeur, Département de science politique,
Université de Lethbridge, Alberta

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	113
ANNEXE B : LES PROVINCES : CRITÈRES DE NOMINATION À LA MAGISTRATURE	117
ANNEXE C : AUTRES JURIDICTIONS : CRITÈRES DE NOMINATION À LA MAGISTRATURE.....	123

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 à 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 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.

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* (Toronto: 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 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 » Voir para 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.

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 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

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: 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.

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

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 bipartisane 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 fonctionnariat et la 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

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.

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 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

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

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. 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

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 Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, op. cit. à 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.

- 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-tend 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: 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* (Toronto: 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, para 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 référaient 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 Vaillancourt, « Je veux devenir juge; à qui m'adresser? », op. cit. à 271 – 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 :	1968	1974	1975	1975	1978	1985
JCCP	Oui	Oui*	Oui	Oui*	Oui	Oui*
JCCA	Oui*		Oui		Oui*	Oui
JCBR	Oui		Oui		Oui	
Barreau prov.	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
ABC (prov)		Oui				
Autre juge prov.	Oui (2)	Oui (2)		Oui	Oui (2)	
Non-juriste/public	Oui (2)	Oui (2)	Oui (2)	Oui (2)	Oui (2)	Oui (2)
Autre avocat		Oui (1)				
Autre		Oui (1)				
Taille	8	9	6	5	8	5
Type	Conseil	Conseil	Conseil	Conseil	Conseil	Conseil
Spéc./perman.	Perman.	Perman.	Perman.	Perman.	Perman.	Perman.
Fin :	1995					1988

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 étrangeté 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 à 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. Malleson 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 Malleson, « The New Judiciary 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* (Toronto 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 minimales.

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 favorisés, mais que des membres soucieux et actifs de l'ensemble de la collectivité le sont.

⁵⁶ « Who's Best for the Bench? » *Edmonton Journal* (le 12 août 2007). Consulté en ligne au <http://www.canada.com/edmontonjournal/news/sundayreader/story.html?id=f685a9ac-3199-44df-915d-9d5da672410a&p=2>.

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 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 Bilodeau et Roy, « Le processus de consultation et d'évaluation entourant les nominations à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick », op. cit. à 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 corruptibles 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 presumant 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? », op. cit.

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 apparier 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 Eva Liu et Wai-lam Cheung, *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'écarter 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 » (op. cit. à 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 Malleson, *The New Judiciary: The Effects of Expansion and Activism*, op. cit. à 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 Malleson, *The New Judiciary: The Effects of Expansion and Activism*, op. cit à 92.

⁷⁶ Malleson suggère (à 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 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), op. cit. 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 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.

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?*, op. cit. à Annexe 2.] 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 Millar, « The 'New' Federal Judicial Appointment Process: The First Ten Years », op. cit.

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 siègeront 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 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

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. Consulté en ligne au <http://www.cba.org/cba/advocacy/pdf/judicial-appointment.pdf>. Voir aussi l'entrée de Jacob 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. » Consulté en ligne au http://utorontolaw.typepad.com/faculty_blog/2009/12/index.html.

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

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

⁸⁶ Statistiques tirées du site Web du Commissariat à la magistrature fédérale. Consulté en ligne au <http://www.fja.gc.ca/home-accueil/index-eng.html>.

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 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

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 à 61.

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, 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.

⁸⁸ Voir le commentaire de Carl Tobias « Why Filling the 100 Federal Lower Court Vacancies Is a Key Priority » (8 janvier 2010). Consulté en ligne au 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 à 167.

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

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.

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

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 » (2008) à 7. Consulté en ligne au 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) 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 Geyh, « The Endless Judicial Selection Debate and Its Implications for the Future of Judicial Independence », op. cit. 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.

⁹⁴ Malleson, « The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles? », op. cit. à 40.

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 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.

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 contrecoeur 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 à 625.

⁹⁶ Judicial Merit Selection Commission.

⁹⁷ Pour avoir de l'information sur le Merit Selection Committee de la Caroline du Sud, voir le site Web au <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.

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 Colombia), 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.

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* (2010). Consulté (en anglais) sur le site Web de l'AJS au 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: Chicago University Press, 2005) 28; Alan Tarr, *Understanding State Constitutions* (Princeton: 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) à 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. à 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 Malleson, 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 Magistrates Commission (ou MC). Étant donné que les deux comités ont établi une

¹⁰⁵ Malleson, «The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?», op. cit. à 45.

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, au <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 à 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 », op. cit. à 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. Consulté en ligne au <http://www.csvr.org.za>.

¹¹² Malleson, « Assessing the Performance », op. cit. à 39.

¹¹³ Gordon et Bruce, « Transformation », op. cit. à 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 » rapport commandé pour la présidence Sud-Africaine. Consulté en ligne au 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 », op. cit. à 47.

¹¹⁹ Gordon et Bruce, « Transformation », op. cit. à 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 au <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 au <http://www.judicialappointments.gov.uk/index.htm>.

¹²³ Robert Carnwath, « Comment: The Judges' Council » (avril 2006). Accès en ligne au site Web du Council on Tribunals au 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 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

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

¹²⁵ Malleson, « The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles? », op. cit. à 42.

¹²⁶ Voir F.L. Morton, « Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition », op. cit. à 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. » Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, op. cit. à 122.

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 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

¹²⁸ Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles? », op. cit. à 20.

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 « 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

¹²⁹ Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles? », op. cit. à 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). Consulté en ligne au <http://www.journalonline.co.uk/Magazine/47-8/1000263.aspx>.

¹³¹ Gilmour, « Judicial Appointments Board », op. cit.

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 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 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.

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

¹³³ Tiré du site Web de la NIJAC au <https://www.nijac.org/default.htm>.

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 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.

¹³⁴ Rapport et comptes annuels de la NIJAC 2008-2009. Consulté en ligne sur le site Web de la NIJAC au https://www.nijac.org/publications/documents/annualreports/NIJAC_Annual_Report2008_2009.pdf.

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 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

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: Cambridge University Press, 2006).

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

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

¹³⁸ Leny E. De Groot-van Leeuwen, « Merit Selection and Diversity in the Dutch Judiciary » dans Kate Malleson & Peter H. Russell [dir.], *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (Toronto: University of Toronto Press, 2006).

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

¹⁴⁰ Mary L. Volcansek, « Judicial Selection in Italy: A Civil Service Model with Partisan Results » dans Kate Malleson & Peter H. Russell [dir.], *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (Toronto: University of Toronto Press, 2006).

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 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

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

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 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.

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

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

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

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.

¹⁴⁵Judicial Appointments Commission, « Qualifying Tests ». Consulté en ligne au <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.) (New Haven: 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: 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 Lasser, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, op. cit.

¹⁵⁰ Voir Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, op. cit. à 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 transparaient 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 Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles ? », op. cit. à 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* (Toronto: University of Toronto Press, 2006) à 6.

¹⁵³ Voir Charles R. Epp, *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats and the Creation of the Legalistic State* (Chicago: 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* (Toronto: University of Toronto Press, 2006) à 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 Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles ? », op. cit. à 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. à 2: [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. ».

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 Malleson 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 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.

¹⁵⁸ McCormick, « Judicial Councils for Provincial Court Judges », op. cit. à 181.

¹⁵⁹ Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, op. cit. à 134.

¹⁶⁰ Rickard, « The South African Judicial Selection Committee », op. cit. à 5.

¹⁶¹ Malleson parle de [trad.] « l'aura de mystère qui entoure le travail des juges, que le pouvoir judiciaire a souvent perpétuée. » Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, op. cit. à 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. » Paterson, « The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles ? », op. cit. à 15.

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'emphasis 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.

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

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

¹⁶⁴ Rickard, « The South African Judicial Selection Committee », op. cit. à 4.

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 induue 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 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

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* (Toronto: University of Toronto Press, 2006) à 48.

¹⁶⁶ Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, op. cit. à 134.

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.

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 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

¹⁶⁸ Malleon, « Assessing the Judicial Service Commission » *South African Law Journal*, op. cit. à 38.

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.

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 :

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 Malleon, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, op. cit. à 122.

¹⁷¹ Malleon, *The New Judiciary*, op. cit. à 122.

- 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). Consulté en ligne au <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 au <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 « Who's Best for the Bench? », op. cit.

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 Vaillancourt, « Je veux devenir juge; à qui m'adresser? », op. cit. à 269.

¹⁸² Bilodeau et Roy, « Le processus de consultation et d'évaluation entourant les nominations à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick », op. cit. à 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 » (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 HABILÉTÉS - 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

1^{er} septembre 2010

Selecting Trial Court Judges: A Comparison of Contemporary Practices

Study commissioned by the Commission of Inquiry into the Appointment Process for Judges in Quebec

This study reflects the personal opinions of its author. It in no way whatsoever represents the opinions of the Commission.

Peter McCormick, professor, Department of Political Science, University of Lethbridge

TABLE OF CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY	4
INTRODUCTION	6
Judicial selection: the basic choices	9
What are we doing? The "why" of nominating commissions	11
PART ONE: APPOINTING PROVINCIAL JUDGES IN CANADA	18
Judicial selection committees in the Canadian provinces today	21
Selecting provincial court judges in Canada: membership	25
membership 1. judges	25
membership 2. lawyers	25
membership 3. lay/public members	26
membership 4. members of other government bodies	27
membership 5. elected representatives	28
membership 6. summary re membership	28
membership 7. chairing the committee	30
Selecting provincial court judges in Canada: procedures	32
Selecting provincial court judges in Canada: criteria	36
PART TWO: ISSUES AND CHOICES	41
The size of the committee: the inclusiveness issue	41
How people get to be on the committee: types of member	43
Types of committee: the standing/ <i>ad hoc</i> issue	46
Screening, recommending and nominating: locating committees within the process	50
How public?: The transparency/confidentiality issue	57
Addendum: A note on the numbers	60
PART 3: TRIAL COURT APPOINTMENT PROCEDURES: OTHER JURISDICTIONS	62
A. Canadian Federal Appointment Procedures	62
B. American state court appointment procedures	66

C. South African judicial appointment procedures	73
D. United Kingdom judicial appointment procedures	79
D.1 The Judicial Appointments Committee for England and Wales	79
D.2 The Scottish Appointments Board	84
D.3 Northern Ireland	86
E. European trial court appointment procedures	88
CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS	91
APPENDIX A: DETAILS OF COMPOSITION OF PROVINCIAL COUNCILS/COMMITTEES	102
APPENDIX B: THE PROVINCES: CRITERIA FOR JUDICIAL APPOINTMENT	106
APPENDIX C: OTHER JURISDICTIONS: CRITERIA FOR JUDICIAL APPOINTMENT	112
Table 1: Names of appointment advisory bodies	22
Table 2: Judicial Councils as Appointment Advisory Bodies	23
Table 3: Appointments Advisory Committees	24
Table 4: Lay Members on Appointments Advisory Bodies	26
Table 5: Membership on Appointments Advisory Bodies	29
Table 6: Composition of Councils, Ad Hoc & Standing Committees	29
Table 7: Chairmanship of Appointment Advisory Committees	31
Table 8: Sizes of councils/committees, by type	41
Table 9: Composition of councils/committees, by type of appointment	43
Table 10: Conceptual framework of stages in the appointment process	51
Table 11: Applying the conceptual framework	55
Table 12: Statistics for Federal Appointments Committees 2004-9	64
Table 13: Merit Nomination Commissions in US State Judicial Selection	69
Table 14: Summary Table, Merit Nominating Commissions	70
Table 15: Composition of Judicial Appointment Commissions, South Africa	75
Table 16: Composition of U.K. judicial appointments commissions	86

Executive Summary

This comparative report presents the systems for appointing judges in the Canadian provinces and in selected comparator jurisdictions, seeking to identify the implicit purposes of recent reforms and to set out the issues and choices that are involved. It advances a conceptual framework for analyzing the choices to be made in this area, and concludes with a set of recommendations as to the optimal method of selecting judges today.

Judges matter, so it matters who the judges are, and this means that we need to be concerned about how judges are selected. In general and global terms, there are three methods of judicial selection:

1. democratic election -- US states
2. merit bureaucratic competitive -- European civilian systems
3. executive appointment -- by far the most common in the world, including Canada

But, assuming executive appointment as the preferred method, there are two different contemporary strategies for containing the extent of executive discretion:

- "after the fact" ratification or rejection of executive appointee (such as US Senate for Article III judges)
- "before the fact" screening or nominating committees (such as the US state merit selection committees)

This latter is the more promising route, not least because all provinces have already gone some distance down it, and it is the one that is explored in this Report. But one must first identify what the purposes of these structures might be, what goals or ends they are intended to support, and it is suggested that this should be understood as comprising (or at least including):

- merit
- accountability
- openness
- objectivity
- representativeness
- probity

Part One:

The current practices of Canadian provinces with respect to appointment advisory committees has been evolving since 1970, and has always shown (and continues to show) considerable diversity. We can identify a first phase (roughly 1970-1985) when multi-purpose Judicial Councils were the most common (but hardly universal) choice; and a second phase (roughly 1985-1999) when single-purpose nominating committees were widely (but again not universally) adopted. But the diversity continues: some provinces still use judicial councils, some use standing nominating committees, and some use ad hoc nominating committees (and one -- New Brunswick -- uses a dispersed advisory group instead of a "committee" as normally understood). Although there is somewhat less diversity in terms of procedures, there are still some differences that are worth noting.

Part One explores this diversity of structures in terms of several obvious dimensions, those being:

- the membership of the committees
- the chairmanship of the committees
- the procedures of the committees
- the criteria publicised and used by the committee

Part Two:

The varying structures and procedures can be seen as implying a "silent debate" about the "best" way of accomplishing the "best" set of priorities among the various purposes. Part Two seeks to identify the implicit major issues and clarify the choices, these major issues being:

- the size of the committee
- how people are chosen to serve on the committee
- standing committees vs. ad hoc committees
- how much of the selection choice the committee should make
- transparency and confidentiality

All of these issues are contested, in the sense that different provinces have evolved quite different responses to them. A "conceptual frame" drawn from the expanding global literature on these issues is suggested as a way of organising and understanding these various responses.

Part Three:

Recent decades have seen a considerable evolution in many comparable jurisdictions of the methods of judicial selection, although it is important to remember that in different countries the judicial selection process is designed to deal with specific problems and specific priorities, and this is relevant to how much we can learn from them and which parts of their process we can draw on.

The specific systems that are examined, and the idea it is suggested we can draw from each, are:

- Canadian federal judicial selection committees: designed from minimal constraints on executive choice, and demonstrating a vulnerability to partisan manipulation of the structures
- U.S. state merit nomination committees: an emphasis more on bipartisanship than on non-partisanship and recurring concerns about the extent of useful lay participation
- South African judicial selection committees: a central focus on "transformation" from the apartheid past to a multi-cultural and black dominated society, involving extensive use of elected political representations in the committees
- United Kingdom judicial appointment committees: committees that select rather than screen or nominate, with an unusual attention to independent selection processes for a strong lay membership
- civilian systems of Europe: merit screening through a formal examination process as a way of selecting judges without executive discretion

Conclusions and Recommendations

- An independent nominating commission is the appropriate way to select judges.
- A single purpose nominating committee is preferable to a multi-purpose judicial council.
- A standing committee is preferable to an *ad hoc* committee.
- A larger committee is preferable to a smaller one.
- A reactive committee is preferable to an anticipatory committee.
- A short list committee is preferable to a pool-creating committee; and a ranked list, or single name selection, committee is preferable to a simple short list committee
- A statutory committee is preferable to an executive order committee.
- A substantial and active lay/public member component is preferable to a small and token one.
- An extended formal set of criteria for appointment is preferable.
- Ex officio membership is preferable to more permissive provisions, and an avoidance of direct executive appointment of committee members is desirable.
- It is important to have an annual public reporting requirement.
- It is important for the committee to have a visible public presence and spokesperson.

Introduction

Judges matter, so it matters who the judges are. In strictly logical terms, this has always been true -- political scientists have long worked within the paradigm of the "political system" which identifies rule-making, rule-application and rule-interpretation as the critical through-put elements of public policy, with the judiciary dominating (not, of course, monopolizing) the third of these three functions. However constrained a role judges might try to play, however tightly they might cleave to originalism or formalism or strict interpretation, they are still the critical third stage in this three stage process; they still matter. But to say that judges matter is even more true and even more important in the 21st century, when judges at all levels play (or have the potential, whenever they so choose, to play) a significant policy role -- in Canada, we tend to attribute this development to the Charter, but many academics see it as a logical outgrowth of a mature social welfare and regulatory state.¹

It is therefore both understandable and appropriate that judicial appointment practices in Canada have undergone considerable change in recent decades. With respect to the Supreme Court of Canada, we went through a strange half decade, beginning with the Minister of Justice appearing before a Commons committee (for the appointments of Abella and Charron in 2004), then the "nominee" himself appearing before a special Commons committee after a judicial nomination committee process, with a distinguished law professor running interference to prevent inappropriate questions (with the appointment of Rothstein in 2006), and then a return to Prime Ministerial unilateralism (with the appointment of Cromwell in 2008).² With two Supreme Court judges retiring in 2013, we wait with interest for the next chapter in this curious story. With respect to other federally appointed judges, a nomination committee system was established in 1988 and seems to be working reasonably well,³ although there are some reservations about the extent to which it has been effective in limiting patronage in federal judicial appointments.⁴

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

² See for example. 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 S. Zeigel, "A New Era in the Selection of Supreme Court Judges" *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 44 (2006) 547.

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

⁴ See for example. Peter H. Russell and 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; and Troy Riddell, Lori Hausegger and Matthew Hennigar, "Judicial Selection in Canada: A Look at Federal Appointments since 1988" paper presented at the 2006 Canadian Political Science Annual General Meeting, York University, Toronto, Ontario (June 2006). Accessed online at <<http://www.cpsa-acsp/papers-2006/Riddell.pdf>>.

There has been even more change in the appointment of the "purely provincial" (section 92) judges, although this has been canvassed very badly in the recent academic literature. A thorough canvass of provincial judicial councils, which at the time were the primary mechanism for screening judicial appointments, was published in 1986,⁵ but by the time it was published it was already out of date (New Brunswick having assigned this responsibility to its judicial council after the article was submitted but before it appeared in print). Friedland's magisterial report for the Canadian Judicial Council in 1995 provides a brief and solid survey of the state of affairs in the middle of the 1990s, but with some errors (for example, assuming that Alberta and Saskatchewan still used Ontario-style veto processes) and some confusing ambiguities (Manitoba's new committee is simultaneously ad hoc and specific-vacancy focused, and yet "more permanent").⁶ Vaillancourt's 1994 article⁷ focuses on Quebec but includes a two-page summary that reasonably summarizes the changes of the previous decade of several other provinces, but was promptly left behind by a number of changes in the late 1990s; and Bilodeau and Roy in 2000 provide the best description of (post 1988) practices in New Brunswick, although without linking it to, or comparing it with, developments in other provinces.⁸

The most recent academic commentary on provincial appointment practices is Ted Morton's piece in Malleson and Russell's edited collection in 2006,⁹ but his comments are disappointing to the point where they seriously mis-describe current practices. For example: he suggests that there are several provinces where the appointment of provincial judges is entirely at the discretion of the attorney general, without any screening processes at all; this number had in fact dropped to one in 1990 and to zero in 1995. He says that several provinces have a system where the attorney general proposes a name which a judicial council can then veto; there has been no such process in place in any province since 1990. And he seems to suggest that Ontario, Alberta and British Columbia all have a system today where attorneys-general receive a single name which they can (but rarely do) reject; this is not true of any of them. Unfortunately, Morton's article seems to have become the "go to" reference for the broader legal and academic community; when the Scottish government reviewed commonwealth appointment practices in 2008, for example, its

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 generale de droit*, Vol. 25 (1994) 269.

⁸ Roger Bilodeau and Denis Roy, "Le Processus de Consultation et d'Évaluation Entourant les Nominations à la Cour Provinciale de Nouveau-Brunswick" *Alberta Law Review*, Vol. 38 (2000) 867.

⁹ F.L. Morton, "Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition" in Kate Malleson & Peter H. Russell, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (Toronto: University of Toronto Press, 2006).

report accepted Morton's summary at face value.¹⁰ This study will undertake to correct the record on this important matter.

The major purpose of this paper will be to examine the range of alternative practices that have emerged in Canada over the last twenty years, and to present this as a background against which the Quebec system can be seen and changes contemplated; to heighten this aspect, it will identify a number of issues and aspects that highlight the choices that have to be confronted as the judicial appointment system continues to evolve. Whatever the reservations about Morton's paper, his sub-title is completely on-target: we are indeed looking at a "system in transition," although intriguingly it has been developing down not one but three distinctly different tracks. Without suggesting that the outcome has to be, will be, or even should be a single blended Canadian model, it is still useful to examine all three tracks to see what might be learned. In the process, I will propose and defend a conceptual framework model to provide a systematic background for discussion, comparison and evaluation of specific systems.

The secondary purpose of this paper will be to look at the recent experiences of a small number of comparable judicial systems (specifically: the American states; the English Judicial Appointments Commission; and the South African Judicial Service Commission) to see what they have to tell us, both in terms of positive aspects to be emulated and negative aspects to be avoided. But this is a secondary purpose, something to add to the Canadian experiences rather than to replace them, because of the well-known difficulties in dealing with legal and constitutional transplants from one system to another; the transplanted institution or practice often winds up looking completely different as it adjusts to a different context.¹¹ I should note as well that my focus will be on the appointment of trial judges, especially limited jurisdiction trial judges, and I will therefore not be concerned with the selection of appeal court judges, and especially not national high court judges,

¹⁰ Scottish Government, "Matters of Judicial Appointments, Conduct and Removals in Commonwealth Jurisdictions - Research Findings". Accessed online at <<http://www.scotland.gov.uk/Publications/2008/01/04135549/0>>. The relevant paragraph says: "The Provincial Courts system varies from province to province. There are 3 models: (i) no committees, the appointments are made by the Attorney-General (ii) screening committees where the Attorney-General conducts the recruitment and then refers to a body for approval (iii) a nominating body where the body conducts the initial recruitment and gives a list of nominees to government." See para 5. In fact, although the systems do indeed "vary from province," they are all variants on the third of the three options listed.

¹¹ At one time, the preferred term for this practice was "borrowing"; the Americans, for obvious reasons, usually preferred to talk of the "export" of legal and constitutional ideas; the current metaphor of choice is "migration." See for example. Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

since these appointments raise different issues and -- because they happen so much less often -- can be dealt with in much more meticulous and time consuming ways.¹²

Judicial selection: the basic choices

Essentially, in the broadest terms, there are three major alternative processes for the selection of judges,¹³ these being democratic election, merit/bureaucratic, and appointment by political executives. To briefly consider each in turn:

Democratic election is the preferred device in the US state courts for squaring judicial authority with democratic legitimacy, and for creating a meaningful mechanism of public accountability. It was widely adopted in the early nineteenth century as a way of preventing the elite domination of the judiciary through executive appointment, as well as containing the possibility of corruption, but it did not take observers long to notice that the cure was not always obviously preferable to the disease.¹⁴ It should be noted that when judges are elected, they are usually not chosen in a straight "each party presents a candidate chosen in a simple vote after a partisan campaign." These practices, once pervasive, have been replaced or modified in most states in a reform process that dominated the 1960s and 1970s, and the newer choices tend to involve either non-partisan elections, or executive appointment responding to a professional and merit-based bipartisan nominating commission followed at some interval by retention elections (which almost never fail to confirm the appointment and to render it more permanent). Although the device of democratic election does not immediately suggest itself to Canadians (I refuse to take seriously the occasional public opinion poll that purports to find significant support for this idea), either in the form of direct partisan contest or nonpartisan elections or straight "up or down" retention elections, we might learn something from the American experience with nominating commissions.

The merit/bureaucratic approach is the one used in the civilian systems that originated in continental Europe and subsequently exported to enough countries to be the single most popular form of judicial selection. On this model, one chooses pre-career to be

¹² The Supreme Court of Canada, for example, receives a new appointment about once every eighteen months (nine judges, serving -- on average, since 1970 -- thirteen years each); the Ontario Provincial Court, on the other hand, has averaged fifteen appointments per year for the last twenty years.

¹³ One could extend the list -- the ancient Greeks thought that selection by lot from the body of citizens was the only truly democratic way of filling offices; historically, some communities convened the whole community, in the form of councils of elders, to deal with disputes; and in some societies judicial processes are an extension of religious practices and therefore fall *ex officio* to religious officials -- but these are rather exotic and not particularly helpful for present purposes.

¹⁴ It would be a mistake to dismiss the idea too completely, because the principle of directly electing judges on a partisan basis definitely has its passionate defenders in the United States today. See for example. Chris W. Bonneau & Melinda Gann Hall, *In Defense of Judicial Elections* (New York: Routledge, 2009). For a good-natured but scathing critique of judicial elections, see 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.

either a lawyer or a judge, and takes the appropriate training. (Since a law degree there is an "ordinary" first degree like Canadian bachelor's degrees in arts or science, the reference is to post-first-degree training at specialized institutions.) The culmination of this training is an annual competitive examination which ranks all the candidates who sit the exam; judicial vacancies in declining order of attractiveness and status are then offered to the most successful candidates, and those who are surplus to immediate requirements can try again in the next competition. Successful candidates then begin a process driven by both merit and experience that will carry them higher within a judicial hierarchy that is both larger and stricter than our own; the role of political officials within this promotion process has been progressively reduced. The fact that this makes the judiciary much more like the regular public service bureaucracy is less problematic in Europe than it would be in North America, because both public service and bureaucratic hierarchy are still more widely valued there than they often are here. Our own system recruits judges from the ranks of successful lawyers, treating the judiciary as the capstone (rather than an alternative to) the legal profession; as Shapiro has argued, this strong link to an ancient and fiercely independent profession is an often over-looked element of our concept of judicial independence. Our system also contemplates a more creative and substantive judicial role, which make this bureaucratic model less attractive. But since there is a little bit more to European selection procedures than this out-of-school starter-level core, I will briefly examine this aspect in Part 3 of the paper.

The third mechanism is *executive appointment*, which is still "the commonest form of judicial selection method world-wide."¹⁵ The great accomplishment of the English system, and the foundation of the judicial independence that has been so important in anglo-american practice, was to take the appointment of judicial officials away from the monarch and vest it instead in the hands of public officials who hold office by virtue of popular elections; the most important constraint in these terms was the fact that the appointees were drawn from a fiercely autonomous legal profession. (The continental approach was rather to contain the recently resented authority of judges by limiting them to a more mechanical role driven by codified law, but both approaches replace royal authority with democratically grounded authority.) Until surprisingly recently, this simple statement is enough to capture the essence of the process -- assuming the legal credential, political executives could appoint anybody they wished without further explanation. The details of this process -- the way that the choices were gradually narrowed until a single specific individual emerged as the appointee -- were far from transparent, although everyone knew that party connections were important, and sometimes there were suspicions of less worthy motives. But patronage was not a bad word until relatively

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

recently, and the alternation of parties in office made the practice less problematic than it might have been -- everybody got a turn, even if you might have to wait a while for yours.

There are two tracks down which one can pursue a partial retreat from the political and practical implications of unfettered executive appointment, two more modern modifications to unfettered executive discretion. The first of these tracks is *legislative ratification*, which interposes another democratic actor after the executive choice but before the appointee takes effective office. The most obvious example is the United States where the Senate must "advise and consent" to appointments to the United States Supreme Court, U.S. federal courts of appeal, and U.S. federal district courts. Especially when the same party does not control both the Presidency and the Senate, or when unusual decision rules in the Senate effectively require supermajority approval, this can create a very real constraint on the appointment power. At its best, this can mean a system which encourages the appointment of judges of solid reputation and moderate views; at its worst (and recent years seem to have achieved this) it can create a gridlock that stalls the completion of any appointments for months or years. Either way, it can involve an ordeal for nominated candidates that many might quite understandably decide they would prefer not to undergo. Canada went through a rather timid and partial flirtation with this idea during the appointment of Justice Rothstein to the Supreme Court of Canada in 2006, although the practice seemed to have been abandoned by the time Justice Cromwell was appointed in 2008. At any rate, it seems unworkable for the larger complements and the steadier turnover of the purely provincial (s.92) trial courts.

The second of these tracks interposes a mechanism before rather than after the executive act of choice, and constrains the field from which that choice might be made. The *merit nomination commissions* in the American states are one example of this mechanism (further democratised by the use of retention elections to confirm in office the name that emerges from this process); the Canadian provinces have employed a variety of nomination commissions of varying compositions and procedures; the federal government has had a similar mechanism in place for provincial superior court judges for more than 20 years; and a variety of other countries (England, Scotland, Northern Ireland, South Africa) have adopted the same principle since the turn of the century. This seems the more fruitful route down which to pursue reforms to the judicial appointment process in the immediate future, as it is already fully congruent with political, legal, constitutional and quasi-constitutional expectations in this country.

What are we doing? The "why" of nominating commissions

To start with the most obvious possible question: what is the point of the whole exercise? Why is it that we are establishing advisory committees and plugging them into the appointment process? What values is it we seek to promote, what concerns are we responding to that make it desirable to use different methods of appointing judges, and

these particular different methods in particular? What problems is it that we seek to avoid or to minimize by creating such bodies and such procedures? What kind of a judiciary, responding in what kind of way, to what kind of a public, is the implicit or explicit target? I leave aside for the moment the question of what qualities we are looking for in the judges who are ultimately appointed; most of the committees and councils that are involved in the provincial appointment process today have laid out a description of the criteria they employ, sometimes quite detailed, and this will be considered below. My concern here is the related, but still logically distinct, question of why we are using judicial councils and committees in the first place. As Charles Geyh pithily but cogently observes, "Ultimately, which of the various systems [of judicial selection] is best depends on what one is looking for."¹⁶

Kate Malleson raises a somewhat similar point in her book *The New Judiciary*. As she introduces her examination of the changes that are pressing upon the English judiciary, she establishes a basic theme of a response to "increasing pressure for greater accountability and openness"¹⁷ and pursues this idea through the sequential topics of independence, appointment, training and scrutiny. For my more focused investigation, addressing the changes that have driven the Canadian movement toward different mechanisms for judicial appointment, I will pick up on these two elements but will add a number of others that bear upon this particular set of changes. My list, each element of which I will expand upon below, is:

- merit
- accountability
- openness
- objectivity
- representativeness
- probity

These are the concerns that have driven the reforms to date, and that will continue to direct future reforms. To expand upon each of these notions in turn:

1. The first and primary concern in judicial appointments is, of course, always *merit* -- making sure that the people who are appointed are the ones who can do the job well.¹⁸ But merit is not a term that defines itself, and identifying "the best" from any reasonably large and reasonably diverse group is not something

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, (September 2007) 23. Accessed online at < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012963>.

¹⁷ Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 1.

¹⁸ I intentionally avoid the language of "selecting the best" because it directs toward a tournament-style approach that is not particularly useful.

that can be done with any degree of unanimity. But this means that the way we structure the group that is doing the choosing will to some non-trivial extent determine the kind of answer that we get -- the priorities that are assigned to different aspects of merit, the evidence that is found to be the most convincing, and so on. A committee of all judges would tend to favour certain types of candidate; a committee of all lawyers might incline toward another type; and a committee of informed laypersons yet a third. Including all three elements in a single committee that collectively shapes the set of names that goes forward, and mixing them in a particular balance including particular representative aspects, is an implicit statement about what matters (and how much it matters) in the process. This is all the more important because we are not simply talking about professional merit in a tournament-like sense,¹⁹ some discreet set of accomplishments and capacities that can be appraised and measured within clear boundaries; but rather seeking to assess and apply some combination of professional accomplishment, relevant interests, character, personal style, and learning potential.

2. A second concern is *accountability*. It might seem curious to emphasize this, given that the parliamentary system is built around a double sense of accountability: the concept of responsible government is all about the accountability of the cabinet to the legislature every day of the session; and the concept of mandate is all about the accountability of the government to the electorate in periodic election campaigns. Governments account for many things, and the way they appoint judges and the judges who are appointed as a result are just one of them. But the issues of judicial quality and selection can get lost in the partisan noise of the legislature, and they typically become small items on a much longer list during election campaigns, so neither of these notions can really carry the weight. Members of a council or committee are doubly accountable -- first to the organization or office by virtue of which they

¹⁹ Stephen Choi and G. Mitu Gulati published a string of provocative papers organized around the idea of a "tournament" that would objectively score and balance a variety of actors to identify from among a set of current judges the single judge who was most deserving of elevation. See Choi & Gulati, "A Tournament of Judges?" *California Law Review*, Vol. 92 (2004) 299; and Choi & Gulati, "Choosing the Next Supreme Court Justice: An Empirical Ranking of Judge Performance" *Southern California Law Review*, Vol. 78 (2004) 23. They touched off years of controversy in the American journals, most obviously the special issue of the *Florida State University Law Review* (Vol. 32, 2005) devoted exclusively to responses to their ideas. But they can hardly be said to have carried the day; the obvious questions (what is the complete list of factors? can they really all be quantified? what is the appropriate weighting between them?) remain unresolved; and they were, in any event, talking about elevating judges from one appeal court to a higher appeal court.

are on the committee,²⁰ and second to the other members of the committee who are engaged in these significant and important activities.²¹

3. *openness* is also important, using this term in a double sense. For one thing, the process is open because everyone knows what the process is, and what the criteria are, and who is involved in the decision making, and who they report to with what consequences. Judicial appointments are not something that is suddenly announced by a politician; they are instead something that follows from an extended period of careful and thorough consideration by an appropriate collection of individuals with full access to adequate information. For another thing, the process is open because everyone with certain objective credentials is able to enter the competition with a reasonable chance of serious consideration and even of ultimate success.
4. The fourth purpose is *objectivity* -- in the sense that an outcome should be intelligible and defensible in terms of the objective factors announced beforehand and the process laid out for evaluating and applying them. One of the most important elements of the scientific method was replicability -- the notion that any scientific experiment that supports a particular model or hypothesis should be capable of being repeated with identical results by anybody else. But of the "old" appointment system, the one thing we could always say with complete confidence was that had there been a different minister, and certainly had a different party been in power, the appointment would have gone to somebody else, and this is the antithesis of objectivity. In my opinion, what we are trying to do is to create a system such that any properly structured committee applying the same standards in the same way would have reached the same result; taken literally, this is certainly impossible, but in my opinion this is the ideal to be approximated.
5. The fifth objective is *representativeness*, not only in the sense that there should be a representative dimension to the judges that are selected over any period of time, but also to the people who are doing the selecting. To be sure, we are speaking of representation in a very thin sense of that term -- if I am represented by someone in a strong sense, this implies that I have had some say in deciding who is doing the representing, and it implies as well that my representative will make some direct accounting to me either during or afterward. Nor are we

²⁰ This renders problematic the public members who are selected by the Minister through order in council appointments, and this is a theme to which I will return below.

²¹ (Then Chief Judge) Brian Lennox alludes to this when he suggests that the "size, composition and structure" of the Ontario JAAC effectively frees it from the direct control of the Minister and underpins its functional independence. See Brian Lennox, "Judicial Independence -- Judicial Appointment and Judicial Remuneration in the Ontario Court of Justice" paper presented at the International Conference and Showcase on Judicial Reforms, Makati City, Philippines (November, 2005). Accessed online at <[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)>.

looking for mirror representation, with various groups and categories having members in proportion to their share of the population. But it is legitimate to speak of a system being widely representative if it is demonstrably clear over any reasonable period of time that no significant and relevant group is excluded from participating in the process, not just among those who like to be chosen but also among those who do the choosing.

6. The final purpose of the reformed process is *probité* -- we want to be sure not just that the right factors were considered, but also that the wrong factors were not permitted to intrude upon the matter at all. Today, one of the things that is believed to be wrong is patronage. Patronage was once widely accepted as a way of holding together the political parties that we saw as an important part of democratic governance; and at one time it could reasonably be argued that as long as there was some assurance of quality, then patronage was in fact not objectionable, worked no harm, and might even have some positive effects.²² But public values are changing, and patronage has become a purely pejorative label; the public outrage over the Liberal sponsorship scandal has both demonstrated the strength of this feeling and very much reinforced it. A second thing that is believed to be wrong in the context of judicial appointment is ideology. It is absolutely taken for granted in American scholarship and politics alike that the ideological values of a prospective judicial appointee are in practice a major element in their selection for appointment and in the mobilisation of opposing interests.²³ Were you to attend an American conference and suggest that ideology and judicial decision-making are completely separate and you would be thought naive to the point of absurdity; but in Canada the stance and the expectations are completely different, and we don't want to think that judges are selected for their ideology.²⁴ A third inappropriate consideration would be cronyism (the "old boys network"), such that people with the right backgrounds and connections and associations have a

²² For example: of insuring that over time the judiciary did not become too insulated from an evolving society, but remained connected to the guiding central principles and values of the governing parties.

²³ The definitive book on this issue is Nancy Scherer, *Scoring Points: Politicians, Activists and the Lower Federal Court Appointment Process* (Stanford: Stanford University Press, 2005). Her two-fold point is that partisan political attachment has become such a minor part of the considerations as to be all but irrelevant; and (as her title suggests) that this applies pervasively through the federal courts and not just for the Supreme Court.

²⁴ This may explain the strange episode toward the end of the 2006 election campaign, when there was suddenly a ripple of concern that should Harper win the election, he would be able to appoint judges more in keeping with his views, leading to Harper's strange public announcement that even a majority Conservative government would be very much restricted by Liberal-appointed judges and public servants. I take this as reflecting a concern about the relationship between ideology and judicial appointments that was triggered by the thought of a Conservative government but somehow not by a Liberal government. The changes made by the Conservatives to the advisory committees for the appointment of superior court judges (taking a vote away from the chairing judge, and adding a representative of the law enforcement community) indicate how ideology issues can impact the design of judicial selection structures and procedures.

pre-emptive inside track that denies many potential candidates full and legitimate consideration. And a final inappropriate consideration would be corruption, by which comment I do not wish to be taken as inferring that allegations of direct corruption have often been attached to judicial appointments at either level, but simply that a good system of appointment is one that minimizes this possibility as well by providing a transparent process applying clear and objectively desirable standards.

This combination of factors, I would suggest, lies behind the recent reforms, which in their most general terms reflect an intention to move the selection of judges somewhat away from the unfettered discretion of political office-holders, and toward the reasoned deliberation of a carefully selected committee of independence, experience and professionalism. The expectations attaching to the selection of judges have changed almost everywhere in the common law world -- I will be discussing English developments below. In Canada, there was a strong move toward modified procedures in the 1970s.²⁵ At the federal level, and also in most provinces, governments voluntarily created mechanisms which limited the pool from which executives could make their choice, these mechanisms emphasising professional values, professional merit and experience. For several decades, then, the reality of judicial appointment in Canada has been that of significantly and increasingly constrained executive choice; but the actual structures and procedures that have been followed are so diverse that any attempt to move beyond these generalities involves qualifications and reservations.

The paper that follows is divided into four Parts. Part One considers the evolution of trial judge selection processes in the Canadian provinces over the last forty years, comparing the surprising diversity of structures and procedures along a variety of dimensions; it will consider as well whether there is a developmental thrust that runs through the changes within single provinces and the spread of practices to other provinces. Part Two returns to these descriptions and comparisons to pull out and elaborate upon the central choices and alternatives that differentiate the various structures and procedures, and will evaluate their consequences. Part Three will expand the enquiry to look at the practices in other jurisdictions, specifically federal appointments to the provincial superior courts, American state practices, the new commissions and boards that have emerged in the United Kingdom, and South Africa. It will conclude by briefly examining appointment procedures in continental Europe as they bear upon "lateral" appointments to the judiciary as distinct from the normal "bottom of the hierarchy" admissions. Part Four will draw the

²⁵ It is striking that this is the same time period as the widespread reforms in the United States that moved the majority of states from the direct partisan election of judges to bipartisan nominating commissions with subsequent retention elections. But the momentum of this change clearly came to an end in the United States and those reforms are now under attack; progressive directional reforms to the appointment procedure have remained an ongoing feature in Canada.

recommendatory conclusions that follow from the description and analysis of the previous three parts. More detailed factual material will be relegated to the three appendices, one for the membership listing for each provincial body, a second for the criteria for appointment in the various Canadian provinces, and a third for the parallel appointment criteria in some other jurisdictions.

Part One: Appointing provincial judges in Canada

For Canada's first century, the process of appointing judges to the lowest levels of courts, the ones that were established by provincial legislatures under section 92 of the constitution, as distinct from the provincial superior courts alluded to in ss. 96-100 -- the appointment process can be easily described: the provincial minister of justice (usually styled the attorney-general) appointed whoever he pleased (whether or not they had formal legal training and credentials), and they served at pleasure. Things might have been slightly more formalized in the larger provinces, and a little more hit and miss in the smaller ones, but the general description captures the mood. But all this changed in the 1970s, an unusual decade of progressive reform and political change from one side of the country to the other.

In particular, the 1970s was a significant decade for the Canadian judicial system,²⁶ as a wave of reforms transformed the system from top to bottom. The appointment process for Supreme Court justices was (informally) changed to catch a broader sweep of possible appointees, and to place an emphasis on academic backgrounds, appellate judicial experience, and public service other than that directly connected to a political party;²⁷ the Court was also given extensive (but not quite complete) control over its own dockets, and used this to promote a steady trend toward larger panels and (at least for a time) higher levels of unanimity. Separate courts of appeal were established in all ten provinces; and the provincial superior trial courts were amalgamated to create a single general jurisdiction trial court rather than the variously named pairs that had been the case outside Quebec.

But the changes were the most dramatic at the bottom of the judicial pyramid, as "magistrates courts" disappeared and were replaced by "provincial courts" -- the difference being that the latter were, as the former were not, courts of record staffed by fully professional lawyers of good standing. Two major institutional innovations anchored these changes: the Judicial Council for Provincial Court Judges,²⁸ and the Chief Judge. Both served to enhance the judicial independence of the new provincial court, the first by providing a disciplinary process wholly removed from government, and the second by providing an administrative buffer between government and the daily operations of the judges. These changes predated the entrenchment of the Charter, but were subsequently confirmed (in *Valente*²⁹) as satisfying the basic requirements of judicial independence; the implication is that to some extent these institutional devices have effectively been "constitutionalized"

²⁶ Although I am using the reference to the decade of the 1970s somewhat loosely, and the period really starts with the Ontario reforms in 1968; and New Brunswick did not establish its Judicial Council until 1985.

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

²⁸ See Peter McCormick, "Judicial Councils for Provincial Court Judges", *supra* note 5, for an early, and now somewhat dated, account.

²⁹ *Valente v. The Queen* [1985] 2 S.C.R. 673.

themselves, and could not without consequences be abolished or critically diminished. As the Supreme Court has continued to develop its doctrine of judicial independence through an extended string of more than a dozen decisions,³⁰ Judicial Councils have received steady commendation of confidence, although the office of Chief Judge has not been treated quite so kindly.³¹

All nine provinces that created Judicial Councils gave them some role to play in the process of dealing with complaints against judges, although these roles varied considerably.³² However, as the Supreme Court pointed out in its capsule history of judicial councils in *Ell*, perhaps the central motive in the creation of judicial councils in the lead provinces of Ontario and British Columbia was concern about partisan influences in the appointment of judges. One important step toward overcoming this perception was involving an "independent committee that is divorced from political influence." (para. 46) At least in the early going, the actual operation of Judicial Councils belied this reading of the history; the Councils were almost evenly divided between those that were involved in some way (not always the same way) in the appointment process (British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Ontario and Newfoundland) and those that were not (Manitoba, Nova Scotia, New Brunswick³³ and Quebec).

In my initial study of judicial councils,³⁴ based on interviews conducted in the early 1980s, I was struck by the fact that although there was a pronounced diffusion effect of the basic policy idea of having a judicial council, there was no parallel diffusion of the structure of the councils, or of the way they plugged into the complaint process, or whether or (for those Councils given such a role) how they were involved in the appointment of judges. Ontario and Saskatchewan were what I labelled "veto councils" -- they received a nomination (of the name of a particular individual, to fill a particular vacancy) from the Minister of Justice, and then they sought to establish that the individual satisfied the criteria for appointment. In Ontario, this always involved a personal interview; in Saskatchewan, it did not. Their response to the Minister was limited to a simple "yes" or

³⁰ See for example *Moreau-Berube v. New Brunswick (Judicial Council)* 2002 SCC 11 para 43 - 53. "Judicial councils may be viewed as unique, not only amongst administrative tribunals but even amongst professional disciplinary bodies" at para 44. *Ell v. Alberta* 2003 SCC 35 also emphasises the importance of the Judicial Council in a context other than judicial discipline or removal.

³¹ I have in mind some critical comments in the majority reasons in *Reference re Remuneration of Provincial Court Judges* [1997] 3 S.C.R. 3, although the point is made more directly in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias* [1997] 3 S.C.R. 391.

³² Some Councils investigated the complaint themselves and made a recommendation to the Minister; some created subcommittees from within their own ranks for this purpose; some made enquiries to ascertain whether the complaint was sufficiently serious and well grounded, but then referred it to an outside body or actor -- such as a provincial superior court judge -- to investigate the complaint and make any necessary recommendations.

³³ Although Bilodeau and Roy indicate that the New Brunswick Judicial Council became a screening council after 1985. See *supra* note 8.

³⁴ McCormick, "Judicial Councils for Provincial Judges in Canada", *supra* note 5.

"no" -- they were not, for example, given more than one name and asked which was better. Although they took their responsibility seriously, there was no indication at that time that they had ever actually rejected a proposed candidate (although one could suggest that perhaps their very presence discouraged the nomination of clearly marginal candidates who might deserve rejection). On the other hand, British Columbia was an example of what I labelled a "screening council" which received applications from would-be judges, conducted enquiries and investigations, interviewed them, and then generated a list of the qualified candidates from which the Attorney General would make an appointment when vacancies occurred.

Somewhat more curious was the situation of Alberta, where the legislation was deliberately modelled on Ontario, and the intention (of the Minister, and of the author of the Kirby Report which had led to the council being created³⁵) was that it too would function as a veto council; but in practice, it emulated British Columbia instead, receiving applications and screening them to generate a pool of qualified candidates. After some initial friction, the government acquiesced. A similar council-driven evolution from veto council to screening council took place in Newfoundland. The collective legislative intent of the governments and legislatures of the various provinces had been to create one screening council and four (weaker) veto councils; what they somehow wound up with was one two veto councils and three (stronger) screening councils.³⁶

Quebec's position was unique, in that they did create a Judicial Council and they did undertake to constrain the appointing discretion of the Minister of Justice -- but they did not use the Council to provide this constraint. Instead, they made provision for an ad hoc committee of three (judge, lawyer, layperson) to deal with the applications for a single specific vacancy. This made them doubly unique: first, they were the only province to have decided before the end of the 1970s to have a single-purpose structure rather than "piggy backing" the appointment process onto a broader purpose Judicial Council; and second, they were the only province to go with an ad hoc committee rather than a standing committee with an ongoing membership. Both of these decisions have since been copied by other provinces.

Twenty-five years later, the situation is rather different. Only three provinces have essentially the same practices that they followed in the early 1980s, these being British Columbia (with its clearly mandated screening council), Newfoundland (with its *de facto* screening Council), and Quebec (with its non-Council *ad hoc* committees). Ontario shifted the responsibility for considering applicants for judicial appointment from the Judicial Council to a specialized single-purpose committee; New Brunswick briefly assigned a screening function to its Judicial Council in 1985, but then established a unique alternative

³⁵ Personal interviews in the early 1980s.

³⁶ With New Brunswick (briefly) becoming the fourth screening council in the mid-1980s.

process in 1988; and Nova Scotia created a screening committee without ever having assigned the function to its Judicial Council. Saskatchewan retained the Judicial Council as the mechanism, but its function has changed from a "veto" council (responding to the Attorney-General's proposed appointees) to a "screening" council (receiving applications and recommending qualified candidates) even while the legislation retains the older wording. Alberta kept its Judicial Council as the screening mechanism, but added a new advisory committee in 1999 to further narrow the list of candidates for the consideration of the Minister. And two provinces (Manitoba and Prince Edward Island) have emulated Quebec by adopting an *ad hoc* committee to be established when a vacancy occurs for the express and limited purpose of dealing with that vacancy.

This still represents a considerable degree of diversity, and surprisingly little in the way of an emulation effect. However, one could suggest a center of gravity from the diversity of the early 1980s (most provinces constrained executive choice; most of THOSE provinces did so by utilizing a multi-purpose judicial council, albeit of varying membership; and most of THOSE provinces involved *de facto* screening councils rather than veto councils) And one can similarly find a center of gravity today: all ten provinces constrain executive choice; most of those do through single-purpose advisory committees, either standing committees (three examples) or *ad hoc* reactive committees (three examples). The alternate track to the same goal is the continued use of the "older" model of multi-purpose judicial councils (four examples).³⁷ New Brunswick's unique arrangements defy categorisation in any of these terms. In general terms: multi-purpose judicial councils were initially, in the 1970s and 1980s, the vehicle of choice for approving judicial appointments, but during the last twenty years they have yielded to single-purpose committees of two different types.

Judicial selection committees in the Canadian provinces today

Appendix 1 provides the detailed province-by-province information on the composition of the membership of the relevant committees. Table 1 provides names the committees, the corresponding acronym, and the date of their establishment; this compilation will be useful because I will often be using the acronyms to avoid the frequent repetition of the names in full.

³⁷ This sums to eleven, not ten, because Alberta uniquely uses both a Judicial Council for screening and an Advisory Committee for interviews and recommendations.

Table 1: Names of appointment advisory bodies

Province	Structure	Abbrev.	Year
British Columbia	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	Judicial Nominating Committee	MN JNC	1990
Ontario	Judicial Appointments Advisory Committee	ON JAAC	1989 ³⁸
Quebec	Selection committee		1979
New Brunswick	Provincial Judicial Appointment Review advisors	NB PJAR	1988
Nova Scotia	Advisory Committee on Provincial Judicial Appointments	NS ACPJA	1989
P.E.I.	Judicial Appointments Advisory Committee	PEI JAAC	1995
Newfoundland	Judicial Council	NF JC	1975

The membership structures listed in Appendix 1 show a rather confusing diversity, demonstrating that for appointment committees as for judicial councils in the 1980s, the spread of a basic idea did not involve shared notions of how it could best be put into practice. To pull this diversity into a more manageable form, Tables 2 and 3 show the membership structure of the relevant institutions that have been involved in the appointment procedures for provincial court judges in the "modern" era (taking the decade of the 1970s as the starting point). The division into these two tables is logic-driven rather than simply convenient: Table 2 includes appointment screening bodies that were also multi-purpose judicial councils (the other major purpose being dealing with complaints against judges, although these two do not exhaust the list), and Table 3 includes single-purpose advisory committees. (Table 3 is further divided into two "blocks" -- the three *ad hoc* advisory committees on the left, and the four standing advisory committees on the right.) It is intriguing to what extent this logical ordering is also a temporal one, and I will expand upon this point below. Alberta appears in the table twice because it currently has two different structures involved: the first is the judicial council that has existed in the province largely unchanged³⁹ since 1975, and the second is the Provincial Court Nominating Committee that was established in 1999. But the new institution did not replace the old one; it simply supplemented it. Alberta is the only province to have adopted

³⁸ As a Minister-sponsored pilot project; legislation passed in 1995.

³⁹ Except for the fact that the judicial component was reduced by one when the Supreme Court Trial Division was combined with the District Court to create the Court of Queen's Bench in 1979; and that the chairmanship was moved away from one of the lay members when this practice was criticized in the litigation leading up to the Supreme Court's decision in *Remuneration Reference* [1997] 3 S.C.R. 3.

such a doubled mechanism,⁴⁰ but since both institutions are part of the process, both have been included in the table. The division into two parts also accommodates all eleven relevant bodies without unduly crowding the presentation of the material.

Table 2: Judicial Councils as Appointment Advisory Bodies

	<i>Ontario</i>	B.C.	Alberta	Nfld.	Saskatchewan	<i>N.B.</i>
Began:	<i>1968</i>	1974	1975	1975	1978	<i>1985</i>
CJPC	<i>Yes</i>	Yes*	Yes	Yes*	Yes	<i>Yes*</i>
CJCA	<i>Yes*</i>		Yes		Yes*	<i>Yes</i>
CJQB	<i>Yes</i>		Yes		Yes	
ProvLawSoc	<i>Yes</i>	Yes	Yes	Yes	Yes	<i>Yes</i>
CBA (prov)		Yes				
Other prov j	<i>Yes (2)</i>	Yes (2)		Yes	Yes (2)	
Lay/public	<i>Yes (2)</i>	Yes (2)	Yes (2)	Yes (2)	Yes (2)	<i>Yes (2)</i>
Other lawyer		Yes (1)				
Other		Yes (1)				
Size	<i>8</i>	9	6	5	8	<i>5</i>
Type	<i>Council</i>	Council	Council	Council	Council	<i>Council</i>
AH/standing	<i>Standing</i>	Standing	Standing	Standing	Standing	<i>Standing</i>
Ended:	<i>1995</i>					<i>1988</i>

The *first* "wave" of appointment related bodies was provincial judicial councils, and these dominate the practices of the 1970s. The "began" date in the second row in Table 2 usually gives the year the council was created, but for both British Columbia and New Brunswick, the judicial council did not initially have an appointment screening role, and this was added some years later; for these two, the "began" date is the year that they began screening appointments. But two of those councils (Ontario and New Brunswick, the pair that book-end Table 2 and are shown in italics) no longer play the appointment screening role, this having subsequently been assigned elsewhere; the "ended" row indicates the year in which this reassignment took place, and Table 3 will show the structure that took the role on.⁴¹

The *second* wave of institutional accommodation of the appointment screening role involved the establishment of single-purpose advisory committees, but these innovations unfolded down two different tracks. One set of choices involved the formation of an *ad hoc* committee, one that was struck on the occasion of an actual or firmly anticipated vacancy in order to deal with applications that were directed specifically at that vacancy; neither the

⁴⁰ Vaillancourt suggests that Ontario also employed a similar doubling, only with the Judicial Council involved after the Nominating Committee but this was purely a transitional effect during the "pilot project" period for the JAAC, and does not apply today. See *supra* note 7 at 271.

⁴¹ The dates for Ontario do not appear to match, because 1989 marked the beginning of the JAAC pilot project, and 1995 the year when the relevant statutes were amended to incorporate the JAAC more formally into the process.

committee nor the list lasted beyond the specific appointment.⁴² Quebec's process was established in 1979, and Manitoba followed suit (explicitly picking up on the basic idea of the Quebec model, although creating a larger committee in the process) in 1990; Prince Edward Island likewise adopted the same basic idea in 1995, with a committee size that fell in between that of Quebec and that of Manitoba.

Table 3: Appointments Advisory Committees

Province	Quebec	Manitoba	P. E. I.	N.B.	Ontario	N. S.	Alberta
Date estab.	1979	1990	1995	1988	1989	1989	1999
CJPC		Yes*	Yes*				
CJCA				Yes			
CJQB				Yes			
ProvLawSoc		Yes	Yes	Yes	Yes	Yes (2)	Yes
CBA (prov)		Yes	Yes	Yes	Yes		Yes
Other prov j	Yes	Yes		Yes	Yes (2)	Yes (2)	Yes
Lay/public oic	Yes	Yes (3)	Yes (2)	Yes (2)	Yes (7)	Yes (4)	Yes (4)
Other lawyer	Yes			Yes (2)	Yes (1)		Yes (4)
Other					Yes (1)		
Size	3	7	5	9	13	8	11
Type	Comm	Comm	Comm	Comm	Comm	Comm	Comm
AH/standing	Ad Hoc	Ad Hoc	Ad Hoc	Standing	Standing	Standing	Standing

The other set of choices involved a standing committee, and this model was adopted more or less simultaneously in Ontario, and Nova Scotia. Like the Judicial Councils, these standing committees receive applications on an ongoing basis, not connected to any specific vacancy, and their purpose is to generate a "pool" of qualified applicants from which an appointment can quickly be made as needed. Ontario is the exception, the one that "splits the difference" between its fellow standing committees and the ad hoc committees of Quebec, Manitoba and P.E.I. -- although the committee is a standing one, the receipt of applications for screening is triggered by an advertised vacancy, and applications are directed specifically at that vacancy (although there are provisions for "remembering" unsuccessful but deserving recent applications, or for responding to unanticipated vacancies).

Alberta is unique, in that it has taken part in both "waves" -- not (as happened in Ontario and New Brunswick) by starting with a multi-purpose council and then replacing it with a single-purpose committee, but rather by starting with a screening Council and then adding a standing nominating committee as a second stage in the process. As will be described below, it is a fairly common practice for councils/committees first to narrow the full set of applicants to a narrow set of "interviewables", and then to us an interview with

⁴² Quebec's procedures contemplate the option of selection committees for Montreal and Quebec City that can remain active for a whole year, dealing with all vacancies in that center and all applications directed to them.

the full committee to narrow the list further for its recommendations to the Minister; Alberta is unusual in dividing these two narrowing functions between two separate and structurally distinct bodies.

Selecting provincial court judges in Canada: membership

My labels in the left-hand column are slightly simplified. For one thing, "Chief Justice/Judge" also includes "or designate"; for another, my "CJQB" is picking up on the initials of the most common, but by no means the only, label for the (now single tier) provincial superior trial court. The "lay/public" doubling allows me to include both those members that are described with the more long-standing term ("lay members") and those whose label is the alternate form that is now becoming more common ("public members"), both being identified as neither judges nor lawyers.

membership 1. judges

Judges are the first of the three groups represented on these bodies. The individual who is included the most often is the Chief Judge of provincial court (or designate),⁴³ who serves on six (and chairs two) of the bodies, although there is a pronounced council/committee distinction here: the CJPC serves on all of the Judicial Councils, but less than half of the specialized committees, involved in appointing provincial judges. Other provincial judges serve on nine of the bodies, this sometimes being the (or an) associate chief judge as a statutory member (B.C.) or appointed by the chief judge (Ontario, N.S.) but more often it is a puisne judge who has been selected by the puisne judges as a group (e.g. Manitoba or Saskatchewan), or by the provincial judges association (e.g. B.C., Newfoundland, New Brunswick). Quebec is the outlier, with an executive (order in council) appointment, although the practice here may actually involve a selection by the Chief Judge that is routinely ratified pro forma by the Minister. The provincial superior courts are represented on only three of the bodies, two councils (Alberta and Saskatchewan) and one committee (New Brunswick); and if one of the superior courts (trial and appeal) is represented, then they invariably both are.

membership 2. lawyers

Lawyers are the second of the three groups. The provincial law society is involved in every province, and the provincial branch of the Canadian Bar Association in six provinces. In two provinces, other lawyers' organizations are also involved -- the Country and District Law Presidents Association in Ontario, and the Association des Juristes d'Expression Française and the Criminal Defence Lawyers Association in New Brunswick. In Quebec, the lawyer is an order in council appointee (after consultation with the

⁴³ I am aware that not all of the Section 92 courts in Canada carry the label "Provincial Court of (province)," and I am aware that not all provinces use the title of "judge" for the judicial personnel who staff these courts. For simplicity, however, and in the interests of avoiding the awkward wording that would be necessary to keep acknowledging this, I will adopt the "most of the provinces" labels for both of these.

organization); more commonly, lawyers are members by virtue of being the president of their association, or by being designated by the president, or by being voted into the position (and I assume that the Quebec wording in fact accommodates a similar practice).

membership 3. lay/public members

Public members are the third group, also present on every single one of the relevant institutions. The older term is "lay member" but this seems to be on the way out, replaced by either "public member" or "public representative," but the point is still the same: these are individuals who are neither judges nor lawyers, and they are there to provide a voice from a more generalized notion of the community over which judges preside. Only on Quebec's *ad hoc* committee is there a single such member; at the other extreme, they constitute a majority (seven of thirteen) of the members of Ontario's advisory committee. There is a final row that I have simply labelled "other", and it has only a single entry for British Columbia; this is an order-in-council appointment that by convention is always filled by a judicial justice of the peace (that is to say, not *quite* a judge, but not a lay person either).

Table 4: Lay Members on Appointments Advisory Bodies

	Type	Number	Term	Renewable?
British Columbia	Judicial Council	2	3 years	Yes
Alberta (1)	Judicial Council	2	Not stated	?
Saskatchewan	Judicial Council	2	3 years	Yes (once)
Newfoundland	Judicial Council	2	3 years	Yes
Alberta (2)	Standing Committee	4-6	Not stated	?
Ontario	Standing Committee	7	3 years	Yes
Nova Scotia	Standing Committee	2-4	"1 or 2" years	Yes
Manitoba	Ad hoc committee	3	Not applicable	Not applicable
Quebec	Ad hoc committee	1	Not applicable	Not applicable
P.E.I.	Ad hoc committee	2	Not applicable	Not applicable
New Brunswick	Other	2	Not stated	?

Public members are the distinctive element on modern judicial selection bodies, but their presence is also the most problematic. Judges and lawyers are there because they share a profession with the people who are being considered for appointment, and they likewise share personal working experience that is directly relevant, and typically they have a specific office or a position (or at least a membership) in an organization that puts them on the committee; but the public members are present precisely because they lack both the professional credentials and the professional experience. (Indeed, the term "lay member" makes this point the most bluntly, suggesting that the people are there for what they are not, not for what they are, while "public member" at least has a more positive ring to it.) And the question as to why this particular person is serving as a public member, and

what they are to bring to the committee, is always and everywhere left very vague. Understanding the extent and the type of participation that is appropriate for them, and taking advantage of it to the most appropriate extent, is the major challenge in committee design and procedure, not just in the Canadian provinces but everywhere, and I will address this point in a later Part of this report.

This table again demonstrates the variety of practices within Canada, the lack of any real shared patterns or direction in the structure and the functioning of committees. The number of lay/public members varies from Quebec's one to Ontario's seven (the fact that neighbouring provinces, and the two largest provinces, populate both extremes underlines the variety within Canada); the average is three but the most common number is two. The length of term is also problematic, in that the notion of "term" is not really meaningful for the *ad hoc* committees (where the committee only exists long enough to make recommendations for a single appointment) or for the New Brunswick process. The "normal" length of an appointed term for the other provinces and committees would seem to be three years, although Nova Scotia operates with a curiously vague "one or two" years. I am sure there is a specific term for the order in council lay appointments on the Alberta Judicial Council -- the constitutional strictures from SCC judicial independence decisions imply stricter rules for these multi-purpose bodies -- even though it is not stated in the legislation or in any document that I could find. I suspect the term is three years and I am reasonably sure that it is renewable; certainly it was in the 1980s. On the other hand, it may very well be that service on the Alberta Provincial Court Nominating Committee is less structured, even to the point of not having a definite term at all such that the service is effectively at pleasure.⁴⁴

membership 4. members of other government bodies

There is a fourth group that is conspicuous by its absence, and that is members of other government bodies. Looking at the phenomenon from a broader comparative perspective, Garoupa and Ginsburg mention this group (along with judges and lawyers) as the third leg on the stool; yet they are completely absent from any of the Canadian bodies.⁴⁵

⁴⁴ The Alberta government has used a number of somewhat informal advisory committees to support the actions of various Ministers over the last fifteen or twenty years, to the extent that this might be considered as part of its normal *modus operandi*. For example: Premier Ralph Klein had an Advisory Committee on Intergovernmental Relations for half a dozen years, meeting about once a month to discuss current issues or problems. I was a member of that group, but there was never any formal letter of appointment, there never was any talk about a term (and in fact the membership never changed), and ultimately the group was never formally dissolved but simply stopped meeting. We were told that Premier Klein had set up a number of such groups on a variety of subject areas, but that our was the most useful to him and therefore it persisted the longest; nor, we were told, was the Premier the only minister to establish such groups.

⁴⁵ Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence" *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57 (2009) 103 at 120. The argument in this article is more directly linked to this project than would appear at first glance, because "judicial councils" is being used as a broader blanket term, and appointment procedures are for them part of the notion of judicial independence.

Judges' organizations, and lawyer's organizations, are represented, but this is a different matter; similarly, although lay/public members often display organizational connections and histories of various kinds in such a way as clearly to suggest that this is in fact part of the reason for their designation, this is not the same thing either. One of the characteristics of (for example) continental European judicial councils is precisely that they include governmental representatives as a non-dominant part of the structure, and this is what is overtly missing from all of the Canadian councils/committees. (I should note that at the time of my interviews in the early 1980s, one of the two "lay" members of the Newfoundland Judicial Council was a representative of the Department of Justice; I do not know if this practice has been continued, but if it has, it would represent the only "pure" example among the Canadian provinces of what Garoupa and Ginsburg identify as one of the standard categories of membership.) There are no cabinet ministers involved either, but this presumably reflects that fact that these committees are essentially advisors to the minister of justice, who will in the end act by selecting the person to be appointed.

membership 5. elected representatives

Absent as well are elected representatives -- that is to say, not ministers or bureaucrats but legislators. This suggestion is not completely fanciful; to the extent that Ministers of Justice and the government of which they are a part are accountable for judicial bodies, it is traditionally the legislature to which this accountability lies. And to the extent that political patronage has been a concern from time to time in the way that judgeships are bestowed, involving elected members of parties other than the governing party would be a reasonable response. There are examples abroad -- in the United States, the Vermont Judicial Board includes six elected representative (three from the upper and three from the lower house) to make up a majority of a committee of eleven; and in South Africa (as will be discussed below) there are a very large number of parliamentarians on both of the comparable commissions. Malleeson wonders if the exclusion of MP's can be sustained as an awareness of the growing power of courts becomes more widespread.⁴⁶ But in Canadian practice, this idea is indeed beyond the pale, and no nominating council/committee has now, or has ever had, a serving member of the legislature among its ranks.

membership 6. summary re membership

By way of summary: the composite provincial judge selection body is comprised 31% of judges, 30% of lawyers, and 39% of public members of lay people. The average size of these bodies is 8; but a better indication of the implicit dynamic is to "pretend" that it is seven, with two judges, two lawyers and three public members -- this better reflects the

⁴⁶ Kate Malleeson, "The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?" in Kate Malleeson & Peter H. Russell, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (Toronto: University of Toronto Press, 2006) 49.

ratio of memberships at the modest cost of slightly understating the size. Only two councils are dominated (majority plus) by one of these three elements: Saskatchewan's Judicial Council by judges, and Ontario's advisory committee by public members. (Alberta's Judicial Council has three of the six members being judges, and Nova Scotia's committee has four of the eight members being public members.)

Table 5: Membership on Appointments Advisory Bodies

Province	Judges	Lawyers	Other	Total
British Columbia	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
Quebec	1	1	1	3
New Brunswick	3	4	2	9
Nova Scotia	2	2	4	8
P.E.I.	1	2	2	5
Newfoundland	2	1	2	5
Composite Total	26	26	32	84

But it is more useful to distinguish between those bodies that are single-purpose advisory committees on judicial nominations, and those that are multi-purpose judicial councils that are involved with the judicial discipline process; the logic of judicial independence, spelled out in the SCC's *Remuneration Reference*, requires a higher proportion of judicial members, and a judicial member as chair of such disciplinary bodies. And it is also useful to highlight the divergence of more recent committees by distinguishing between the standing and the ad hoc committees. Table 6 makes this distinction.

Table 6: Composition of Councils, Ad Hoc & Standing Committees

	Judges	Lawyers	Public	Total	N	Average
Judicial Councils	13 (46%)	6 (21%)	9 (32%)	28	4	7
Ad Hoc Committees	4 (27%)	5 (33%)	6 (40%)	15	3	5
Standing committees	9 (22%)	15 (37%)	17 (41%)	41	4	10
All involved bodies	26 (31%)	26 (31%)	32 (38%)	84	11	7.6

In general: the difference between the multi-purpose councils and the specific-purpose committees, is that the former has more judges and the latter has more lawyers and lay members; judges are the largest of the three groups on judicial councils, but the

smallest on advisory committees. The relative size of the group of public members strong suggests that their participation is a major point of creating these bodies, indicated by the fact that although they are present both on multi-purpose judicial councils and single-purpose advisory committees, they are rather more numerous (to the point of being the largest of three groups) on the advisory committees. Working through committee by committee: as the overall numbers would suggest, all of the Judicial Councils are heavily staffed by judges, these making up an absolute majority of the Saskatchewan Council, the largest single element of the Alberta Council, and tied-for-most for the Newfoundland Council (with lay members) and the British Columbia Council (all three groups equal). Conversely, the lay/public membership is the most pronounced for the committees, comprising an absolute majority of the Ontario Committee, the largest element of the Nova Scotia and Manitoba committees, and tied for largest on the P.E.I. committee (with lawyers). Only one committee -- that of New Brunswick -- makes lawyers and lawyer organisations the largest element of the three; one council (B.C.) and one committee (Quebec) represent all three groups equally.

The judicial presence is by far the smallest on the Alberta provincial judges nominating committee -- a single member in a committee of eleven. This is sufficiently far out of line with the other bodies as to deserve being singled out for special attention. Presumably this is at least in part because the initial competency and credential screening has been done by a judicial council with (like all judicial councils) a much more pronounced judicial presence; combine the two numbers, and judges make up just under one quarter of the Alberta two-committee total, which is very much in line with the overall figures.

membership 7. chairing the committee

Any functioning committee needs a chairperson, to preside over the meeting, direct its business, lead the discussion when necessary and end it when appropriate, and take the responsibility for preparing things for the next meeting. Chairs can be assertive or chairs can be simply facilitative, but (at the minimum) somebody needs to call the meeting to order, move it through the agenda, and adjourn it at the end. It seems to me that the smaller the committee, the less the additional influence suggested by being in the position of chairing the meeting, but this is only my impression and I have no empirical data to support it. But this simple question -- who chairs? -- draws a variety of answers, as shown in the table below.

Table 7: Chairmanship of Appointment Advisory Committees

Province	Type	Chair
British Columbia	Judicial Council	Chief Judge, ProvCt
Alberta	Judicial Council	Chosen by Council
Saskatchewan	Judicial Council	Chief Justice, Province
Newfoundland	Judicial Council	Chief Judge, ProvCt
Alberta	Standing Committee	Named by minister
Ontario	Standing Committee	Named by minister
Nova Scotia	Standing Committee	Chosen by committee
Manitoba	<i>Ad hoc</i> committee	Chief Judge, ProvCt
Quebec	<i>Ad hoc</i> committee	Named by minister
Prince Edward I.	<i>Ad hoc</i> committee	Chief Judge, ProvCt
New Brunswick	other	[not applicable] ⁴⁷

I have included the type of council/committee in the table (and put them in a council/standing committee/ad hoc committee order) just to make the point that there is only a modest correlation between this factor and the designation of the chairmanship responsibilities. Working the information in this table back against that in Tables 2 and 3, there is a very simple way to describe the apparent variety: If one or more Chief Judges or Justices serve on the committee, then one of them almost invariably chairs the committee -- this generalization captures five of the six examples. If there is no Chief Judge or Justice on the committee, then it is the minister who names the chair -- this generalization captures three out of the four examples. The two exceptions (Alberta's PCNC for the committees including the Chief Judge, Nova Scotia for committees excluding the Chief Judge) both require the committee to select its own chair.

The multi-purpose judicial councils normally tend toward have chief judges/justices serving as chairs; since they are involved in complaints and judicial discipline as well, the principles of judicial independence as enunciated by the Supreme Court of Canada require a strong, even a dominant, judicial presence in the process.⁴⁸ The litigation leading up to the *Remuneration Reference* involved serious criticism of the Alberta council for having a layperson serving as chair, although the Supreme Court decision itself did not pick up on this particular aspect of the case. If screening judicial appointments is something additional that these complaint/discipline councils do, then a judicial chair is a normal and

⁴⁷ The New Brunswick "committee" is an advisory group, where a designated set of individuals provide their separate evaluations of applicants in writing to the Minister. Since it does not meet to accomplish this -- my impression is that it does not meet, ever -- it does not need, and does not have, a chair.

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

predictable consequence. The clear advantage of such a designation is that it provides a stable basis for the ongoing operations of the committee -- an easily identifiable "go to" person responsible and an ongoing staff both to keep the records and to ensure a degree of continuity.

The second most common choice -- the chair is named by the minister -- emphasizes the role of the committee as purely advisory to the minister, and identifies the minister and the department as the contact point and the repository for records. In the process, it seems to me that it inevitably de-emphasises the independence of the committee and its chair. It would be interesting to see how this discretion has been employed by ministers -- that is to say, do they choose judges or lawyers or laypersons to chair, and (for the standing committees) does the same person chair for a considerable period or do they rotate often, and is there any pattern (by province or political party or over time) to the way that the designation power is used -- but the information that would answer these questions is simply not available. The only such council/committee for which I have current information (the Alberta Provincial Court Nominating Committee) is chaired by one of the lawyer members.

The least common choice -- the chair is chosen by the members -- is obviously an option that is only open to the councils and the standing committees; it makes little sense to imagine an extra meeting for an *ad hoc* committee with very little on the agenda save choosing a chair. This is the most unusual of the chair assignment modes for provincial nominating bodies with only two examples, one (Alberta) a multi-purpose judicial council and the other (Nova Scotia) a single-purpose nominating committee. Of the choices, it is the one that best emphasizes the independence of the committee and its opportunity to develop a coherent identity.

Selecting provincial court judges in Canada: procedures

Because the diversity of procedures is rather less than the diversity of memberships -- not surprising, because the steps along this path are rather obvious -- I will in this section not be proceeding province by province but rather providing a nuanced and annotated aggregate description of each stage in the process.

The process now begins with an application. This is in itself not a small thing, not necessarily the most obvious choice, as the older tradition was for lawyers modestly to wait for a "judicial tap on the shoulder" from the person responsible for making the appointment; although there may have been lobbying on some lawyers' behalf, or those lawyers themselves may have been doing some of the lobbying, this was very much behind the scenes, and the formal appearance was one of passive response to an official initiative.

From my interviews with a number of provincial court judges and chief judges in the early 1980s, it would seem we should also identify a transition period for the early stages of the 1970s reforms, and my preferred label for this is "the era of the heroic chief justice" - the point is to emphasize the very real challenge that this first wave of chief justices faced, having to establish the credibility of their new court very quickly and from the ground up. On a number of fronts, we are witnessing a retreat from the central position of chief judges of provincial courts, and a curbing of the powers and initiatives they exercised -- in many provinces, chief judges now serve definite terms, and they are selected in ways that involve the rank and file judges. But in the early 1980s, chief judges were very active in building their courts, and this involved extensive recruitments efforts -- several chief judges told me that they spent up to half their time finding promising candidates and persuading them to consider judicial appointment, and many provincial judges told me that they became judges because they were approached by a chief judge. But this was a transition stage, and the same normalisation that has so contained the office of chief judge in recent years has also formalised this beginning step of the appointment procedures.

The process begins with an application -- although I should qualify this slightly. There are still provinces where the procedures or terms of reference charge the council/committee with looking at "nominations" as well as applications; but nominees and applicants alike must typically fill out a Judicial Candidate Information Form (the labels vary somewhat) which would strike anyone as a fairly standard application form, laying out credentials and experience and supplying the names of references. In most provinces, the expectation is that these "bare bones" forms will be filled out by other supporting material, most obvious *curricula vitae*, but in others (for example Prince Edward Island) applicants are discouraged from attaching such additional items.

But to say "the process begins with an application" begs the question "what is it that the applicants are applying for?", and this question has two different answers which identify distinctly different approaches to the process of judicial appointment.

The most common answer -- the one that is true of six provinces of the ten⁴⁹ -- is that one is applying for a judicial appointment should such a position become available within a reasonably short period of time (the usual period is three years although Newfoundland & Labrador stipulates two). It may or may not be the case that the word has gotten around about a possible elevation, or that an approaching retirement date is common knowledge, but the application is not a response to a specific vacancy but rather an anticipation of the eventual possibility of one. "Successful" applicants are those who clear the council/committee process and whose names are put on a list from which an appointment will be made should a position become available; this is the pool from which

⁴⁹ Those provinces are British Columbia, Alberta, Saskatchewan, New Brunswick, Nova Scotia, and Newfoundland and Labrador.

an appointment can be promptly made at the appropriate time without any further procedural hurdles. The label I would suggest for the councils/committees that are defined by such a process is "anticipatory".

The alternative answer -- the one that applies to the other four provinces⁵⁰ -- is that one is applying for a specific position that has been specifically and individually advertised, probably in advance of the actual date of the vacancy, but based on solid knowledge and not speculation. (By way of contrast: in provinces employing anticipatory procedures, specific vacancies may or may not be advertised at all, and most or all applications will not target such ads in any event.) The label I would suggest for the councils/committees that are defined by this process is "reactive." Under the reactive process, both the submissions of applications, and the evaluations of the members of the committee, can be more specifically targeted on the specific details of the position to be filled. One of the concerns (especially in the larger provinces) is geographical location, some judicial appointments (typically those in the larger centers) being more attractive than others; but another would be the increasingly critical specializations that are emerging and becoming important for many provincial courts. The old idea might have been that "a judge is a judge is a judge" (a phrase that I heard in a number of interviews in the early 1980s), but now that we have criminal courts, civil courts, family courts, youth courts, mental health courts, drug courts, dependency courts and mediation courts all coexisting within the same general framework, this no longer seems as plausible.

The second stage is a routine check of eligibility: is the person a member of a provincial law society with the required number of years of experience -- usually ten, but five for PEI and New Brunswick, and fifteen for Nova Scotia. This is sometimes the responsibility of the council/committee, sometimes of the Chief Judge of Provincial Court, sometimes of the Department of Justice itself. It is relatively straightforward, although only a few of the information and application forms make it absolutely clear exactly what day starts the count.

The third stage involves a more formal clearing of an application with respect to the police and the provincial law society. In my interviews in the 1980s, members of judicial council were surprisingly uncomfortable about questions relating to this aspect of the process. With respect to police checks, I was somewhat primly told that no candidate could be seriously considered who gave any reason for needing a police check (which seems rather question begging); with respect to the law society, I was told there was no formal process, but the law society member of the council was usually the chair of the discipline committee and would be able to bring anything relevant to the council's attention -- this was a surprise to the law society member, who was not in fact on the discipline committee

⁵⁰ Those provinces are Manitoba, Ontario, Quebec and Prince Edward Island.

and hadn't realized that he was expected to be. Today, no such exchange would take place. A standard part of the Candidate Information Form is a signature of consent both for a CPIC enquiry and for the Law Society to release any relevant material; a few provinces require the candidate to supply both pieces of information directly themselves.

The fourth stage involves consultations with various people or groups who might possess useful information and who are willing to supply it to the committee, or to the individual members of the committee who approach them to ask about specific applicants; the English term for this is "secret soundings". Most of councils and committees that provide applicants with information about the process (not something that can be taken for granted) specifically caution that the committee will be undertaking "discreet enquiries" such that they cannot guarantee that word of an application will not leak out. British Columbia, uniquely, involves the Canadian Bar Association (B.C. branch) to an unusual extent, the CBA(BC) having created its own Advisory Committee to the Judicial Council which conducts "thorough and discreet inquiries" of members of the legal community in order to make a report to the Council. As I will discuss in a later Part, there is some controversy about this part of the process, on the grounds that it advantages certain types of candidates and that it creates the possibility that a candidate's application may be discredited without any right of reply; the major effect may be to compromise the chances of a more diverse judiciary by handicapping precisely the non-traditional applicants that most governments now wish to encourage.

The fifth stage involves a narrowing of the list by the members of the committee. For New Brunswick and Ontario, this is done by members of the committee deliberating alone (that is, without a formal meeting of the full committee), individually filling out forms culminating in recommendations that are centrally tabulated; more typically, it is done by the full committee/council considering which candidates merit the consideration of a formal interview. Although I do not have access to numbers from a full range of committees as to what the ratio is between applicants and interviewees, the committees that do provide this information give evidence that a serious narrowing is sometimes involved: the B.C. Judicial Council interviews only about one half of all applicants. The Ontario committee, on the other hand, seems to interview a much higher percentage.

The sixth stage involves an interview with the candidates.⁵¹ (In P.E.I., the judicial candidate application form just says that it may involve a personal interview; and in Saskatchewan, the interview may not take place if an applicant is sufficiently well known to the council.) Typically, the interview is with the entire council/committee; a special

⁵¹ The exception might be Newfoundland and Labrador; I could not find any specific statement either confirming or denying an interview as part of the process, but given that the Council did conduct personal interviews in the 1980s, when I spoke with several members of the Newfoundland Judicial Council, it would be quite surprising if they had stopped doing so.

feature of the Ontario procedure (understandably, given its unusually large size) is that although all members of the committee are present at interviews, individual members pose questions in only half of the interviews. Interviews are indicated as about 30 minutes in length (Ontario), or 45 minutes to an hour (B.C.). New Brunswick is very much the odd one out in this regard: first, because it leaves the interview process to a different set of people, and second, because a candidate is interviewed only after the Minister has selected the name from the pool of qualified candidates for appointment, with the interview committee approving (or, presumably, at least conceivably not approving) that specific person for that specific appointment. Alberta is the odd one out in the other direction; applicants are first interviewed by the Judicial Council, and then separately by the Nominating Committee (with an overlap of three members, amounting to one half of the Council and about one quarter of the larger committee); only names that have been recommended or highly recommended after this double hurdle may be appointed.

The seventh stage involves council/committee deliberations after all candidates have been interviewed. On some councils/committees, applicants may be divided into "well qualified" "qualified" and "other" groups (N.B.), or into "recommend" "not recommend" and "not recommend at this time" groups. The normal procedure is for this list of names to be made available to the Minister, either immediately (in the case of the reactive committees), or as requested (in the case of the anticipatory committees). However, two committees have a more focused responsibility. In the case of Manitoba, the committee is to provide the Minister with not fewer than three and not more than six names -- presumably, a "qualified" list might at least some of the time be longer. And in the case of Ontario, they are not only charged with recommending at least two names but also with ranking those names that they do submit -- a somewhat greater intrusion into the discretionary choice of the minister.⁵² Where a "pool" of qualified names has been generated, names remain active for three years (in Newfoundland and Labrador, the period is two years); this can be extended upon reapplication through an abbreviated process for a further period of the same length.

Selecting provincial court judges in Canada: criteria

What is it that councils/committees are trying to assess? What are the criteria that they use to select qualified candidates, and to screen out the others? There are several different places to look for these. The most obvious is in the statutes, or regulations, or guidelines that have been formally laid out defining the roles of each council or committee; a second is within the advertisements that are published to identify a specific vacancy, describing the procedures at the same time; a third is explicitly within the application (or candidate information) forms that are made available to prospective candidates; a fourth is

⁵² But the Minister can -- and during the Harris years, several times did -- refuse the pair of names and ask for others, or ask for additional names on the list.

implicitly within those forms, in terms of the specific material that is requested; and a fifth, and arguably the most important, is in the criteria that are published by some of the councils/committees themselves in extended form.

These criteria implicitly constitute theories about the nature of judging in a modern limited jurisdiction trial court, which makes them interesting in themselves. But in the context of this project, they have another and very important function: they reinforce the openness and the objectivity of the process by sending clear signals to two different audiences. The *first* audience is the universe of potential applicants, to whom the statement of relevant criteria sends signals as to whether they have (or do not have) the qualities that the council/committee expects to see, above and beyond basic credentialed competence. The more mysterious and secret the criteria, the greater the impression that connections and contacts will play an important part in the decision process; the more public and the more specific the criteria, the greater the impression that the contest is indeed open to all comers and decided on the basis of firm information. The *second* audience is the broader public, to whom the information is an education in the modern judicial role and the expectations that are placed upon judges. Both of these opportunities are lost if the criteria are (on the one hand) stated in cryptically brief and traditional language or (on the other hand) if they are not widely available to an easy search. Four provinces (B.C., Alberta, Ontario and Nova Scotia) have drawn up extensive criteria, in lists running to some twenty items stretching to several pages; Saskatchewan has a somewhat more concise but roughly comparable set of criteria. On the other hand, only two of these (B.C. and especially Ontario) make the information readily available such that it can easily be found by a casual searcher; Nova Scotia and Saskatchewan make the statement of the criteria available although in rather less obvious places; and Alberta's is extremely hard to track down.⁵³ Manitoba, Quebec, and P.E.I. provide only the shortest and most cryptic indication of criteria; and if New Brunswick and Newfoundland supply anything at all, I was unable to find it.⁵⁴

My comments that follow are based heavily on the longer sets of criteria that have been made publicly available -- that is to say, on Ontario, B.C., Nova Scotia, Alberta and Saskatchewan. A more complete set of the publicly reported criteria is attached in Appendix B.

The first criterion is the most obvious: *credentialed competence*. The basic minimum is membership in good standing of a provincial law society (not necessarily the province in

⁵³ Once you find the right person, you are told that the criteria is a public document and they have no hesitation in releasing a copy, but it is not easy to find the right person to ask. To be fair: I was told they once had a website and hope to do so again some day.

⁵⁴ For Newfoundland, one can find the form online (although many of the links from that form no longer work); for New Brunswick, I could not find anything.

which the appointment is being sought, although one assumes that the overwhelming majority are). Since membership in a law society presupposes both the holding of a law degree and the passing of a bar entrance examination, and since membership in good standing presupposes the absence of significant or serious complaints about the practice of law, these are obvious threshold criteria. But most of the statements of criteria declare an expectation of something beyond this minimum.⁵⁵ Ontario and Nova Scotia specify "a high level of professional achievement"; BC asks for a "superb legal reputation" and for "demonstrated excellence." Candidates are also asked for information about any honours or awards, and asked to list any publications. This correlates well with the fact that only a fraction of the appropriately credentialed applicants (my estimate is a quarter or a fifth) are ultimately approved or recommended for appointment, with an even smaller proportion being "highly" approved or "strongly" recommended or designated as "highly" qualified in those jurisdictions where the committee has this option. The general message, quite appropriately, is that something markedly above satisfactory or average performance is required for appointment.

The second criterion is *relevant experience, legal and otherwise*. The basic minimum, of course, is a stated number of years practising law, dating from admission to the bar. The fairly standard required length of service is ten years, although it is shorter in Prince Edward Island and New Brunswick (five years) and longer in Nova Scotia (fifteen years). One would think that another aspect of this experience would be the connection between the law that was practised and the type of court to which the appointment may be made, but this is not a routine part of the criteria. In Ontario, this direct connection is "desirable but not essential", and neither B.C. nor Nova Scotia mention it at all. In those provinces where the committee creates a pool of qualified applicants rather than responding in terms of a specific vacancy, this cannot of course be their concern. This can be problematic: for example, in Alberta there were complaints that more than half of the criminal division provincial judges appointed over an eight year period had little or no criminal law experience.⁵⁶

But if a direct connection between the law practiced and the court to be staffed is not emphasized, other aspects of legal experience certainly are. There is an emphasis on a demonstrated commitment to ongoing legal education, and to professional experience "that keeps one up to date with changes in the law." Also interesting is an emphasis on experiences that relate to, and reflect an interest in, alternative methods in dispute

⁵⁵ "Most" of course denies "all" -- the exception, curiously, is Saskatchewan, which mentions only "a minimum level of educational achievement" and "professional training". I say "curiously" because I very much doubt that the real expectations in Saskatchewan are that minimalist.

⁵⁶ "Who's Best for the Bench?" *Edmonton Journal* (August 12, 2007). Accessed online at <<http://www.canada.com/edmontonjournal/news/sundayreader/story.html?id=f685a9ac-3199-44df-915d-9d5da672410a&p=2>>.

resolution, and in mediation. More prosaically, a demonstration of experience or interest in the purely administrative aspects of a judicial position is also mentioned.

The assessment process also emphasises other aspects of experience, asking candidates for a "demonstrated commitment" to public service, and the information forms of the various provinces routinely ask for a list of public and community service memberships and service. (In Manitoba and Prince Edward Island, the term that is used to similar purpose is "community awareness.") This goes beyond any "are you a good citizen?" concerns to something more focused and job-related; the question is the extent to which this contributes to a knowledge of the "social problems" that bring many cases before the courts, and to "sensitivity" to changing social values that relate to criminal and family law matters. The clear signal is that "legal technicians" in some narrow sense are not the favoured applicants, but concerned and active members of the broader community are.

The third criterion is *personal characteristics*, including such things as an ability to listen, a capacity for fairness, punctuality in the completion of work, politeness and consideration, compassion and empathy, "adaptability and flexibility" with regard to the changing demands of the job, and an ability to cooperate and work with others. It is interesting that one item on the list is common to Ontario, Nova Scotia and Alberta in identical wording, that being "an absence of pomposity and authoritarian tendencies." It is also interesting that all four of the longer lists of criteria pick up on the element of "moral courage."

The fourth criterion is *representativeness*, and since the relevant paragraph is virtually identical for Ontario, Nova Scotia and Alberta, I will simply quote it: "The provincial judiciary should be reasonably representative of the population it serves. This requires overcoming the under-representation of women, cultural and visible and racial minorities and persons with disabilities." This is obviously a critical concern for the staffing of the modern judiciary, and one that plays off awkwardly against an emphasis on merit; I will expand upon this dilemma in a later Part, and emphasise the importance of "hard" objective criteria as a way of resolving it.

There are a handful of other matters that come up. Language competency is emphasized in Nova Scotia, and the extent to which a candidate is willing to relocate within the province is mentioned directly in Nova Scotia and somewhat more coyly in British Columbia. Only British Columbia and Nova Scotia mention "good health" as a consideration. Intriguingly, only Nova Scotia explicitly identifies a concern for judges who can address the policy concerns arising the court's expanded role under the Canadian Charter of Rights and Freedoms; this is an obvious interest to any student of the court system and its judicial processes, but all of the other documents are silent on this subject.

I have dwelt on these documents at some length because I think they are part of the public outreach on the part of the courts that is essential in the twenty-first century. They are projecting an image of the judicial role not only to the applicants themselves (which is important) but also to any interested members of a broader public. The failure on the part of so many provinces to use this opportunity for a measure of public education and information is both surprising and unfortunate.

Part Two: Issues and Choices

The size of the committee: the inclusiveness issue

To begin with the obvious: there is no standard size for the councils/committees that advise on judicial appointments, no tendency toward convergence in this respect, no obvious correlation between (say) council/committee size and population -- even though it might seem reasonable at first to assume that larger provinces have more diverse interests wishing representation, which would presumably drive the size of the committee up. (Quebec's committee is too small, and New Brunswick's advisory group too large, to permit even a modest appearance of correlation.) In the table below, I distinguish between multi-purpose judicial councils and single-purpose advisory committees, but this simply increases the diversity -- curiously, no two councils, and no two advisory committees, are exactly the same size. The average size of committees is very slightly larger than that of councils, but only by the smallest of margins -- eight members, compared to seven members -- and at that the advisory committees include both the largest and the smallest of the bodies. The outliers best make the strongest case for the appearance of randomness: the largest province has the largest committee, but the second largest province has the smallest.

Table 8: Sizes of councils/committees, by type

	Judicial Councils	<i>Ad hoc</i> committees	Standing committees
13 members			Ontario
11 members			Alberta
9 members	B.C.		New Brunswick
8 members	Saskatchewan		Nova Scotia
7 members		Manitoba	
6 members	Alberta		
5 members	Newfoundland	P.E.I.	
3 members		Quebec	

Organized as they are in the table, there is some logic to the variety: *ad hoc* single purpose committees tend to be the smallest; standing single purpose committees tend to be the largest; and judicial councils tend to be intermediate in size. In terms of the time sequences for the various options that I described above, this is also interesting: as the mid-size judicial councils began to slip from favour as the preferred way of screening appointments, this happening at the end of the 1980s, the new practices divided between smaller *ad hoc* committees and larger standing committees. But the developments do not seem to be easily explainable in terms of policy diffusion (or even in terms of simple sharing-a-border copying), or in terms of provincial populations size, or whatever; all we

have is two different models, and even they are not being copied directly in terms of committee size or the designation of the different types of members.

Is there an optimal size for the screening of appointments? The evolution of provincial practices suggests that there is no emerging consensus on this question, no diffusion of a single compelling idea, no convergence over time on a single set of members and practices. The most that can be said is that the most recently established committees tend to be the largest, and that every formal replacement of one screening model with another (Ontario, New Brunswick, Alberta) has involved a significant increase in size. If there is a trend, then, it is toward larger committees.

What would be the advantage of smaller committees? The first is that it makes meetings easier to arrange, more likely to suit the schedules of a higher proportion of the members -- and especially for the larger committees, the indications of a smaller quorum should both be taken seriously and regarded as a possible problem. The second (particularly true for the *ad hoc* committees, formed to deal with a single specific vacancy) is that it would presumably be easier to establish a working procedure more quickly with a smaller number of individuals involved. And a third would be that interviews would seem more effective if they involved a smaller committee -- not only must it be considerably more intimidating for a candidate to face an interview by ten or eleven or thirteen individuals, but it would be more difficult to devise a coherent strategy for involving all committee members while still dealing adequately with all the relevant issues.⁵⁷ And a fourth would be that the decision process is considerably shorter, even while still allowing full outspoken participation by every member, for the smaller committees. Size can be the enemy of true and reciprocal deliberation.

The pragmatic advantage of a larger committee is that they are harder for any group or interest to "capture" and harder as well for any single individual to dominate. Also important is the fact that it allows for more groups, more interests, more categories of individuals to be "represented" on the committee -- more levels of the court system, more lawyers' organizations, more public representatives drawn from a wider range of community organizations and reflecting wider demographic diversity. The Ontario JAAC is the largest of the committees, so it illustrates this point the most completely: it includes lawyers from five different lawyers' organizations (the Law Society, the Canadian Bar Association, the criminal lawyers' association, the district law societies, and the francophone lawyers' associations); it includes Muslim, Jewish, Catholic and Protestant

⁵⁷ Which is presumably why the nine-member New Brunswick committee hands off the interview to a smaller group of three -- the present CJ of the province (or a past CJ), the present CJ of the PC (or a past CJ), and one of the two public members. See Bilodeau and Roy, *supra* note 8 at 877. Curiously, Alberta follows the reverse logic: it is a six-member Judicial Council that does the initial screening, but a larger eleven-member committee that conducts the interview.

members; it includes visible minorities, businessmen, business women, a former educator, a former school board member, a member with experience in local government administration, and at least two members from northern Ontario. Diversity in the outcome (a broadly representative judiciary) is perhaps a more important consideration; but diversity in the process (a broadly representative committee) is important as well, not least for the fact that it is an implicit invitation to a wider and more representative set of candidates.

How people get to be on the committee: types of member

There are essentially three different types of member who serve on the various councils and committees that are involved in the process of appointing provincial judges in Canada. These three are:

1. members who serve *ex officio*
2. members who are named by outside group
3. members who serve by order-in-council appointment

The table shows the distribution of these three types in the councils and committees currently operating.

Table 9: Composition of councils/committees, by type of appointment

Province	<i>Ex officio</i> Members	Outside Appointment	Order in Council	Total
British Columbia	4	0	5	9
Alberta (Council)	4	0	2	6
Alberta (Committee)	2	0	9	11
Saskatchewan	4	2	2	8
Manitoba	1	3	3	7
Ontario	0	6	7	13
Quebec	0	2	1	3
New Brunswick	0	7	2	9
Nova Scotia	0	4	4	8
Prince Edward Is.	1	2	2	5
Newfoundland	2	1	2	5
TOTAL	18	27	39	84

The first type of member is the *ex officio* member -- a person who holds a position (such as Chief Judge of Provincial Court, or Chief Justice of the province, or President of the Law Society) where that position is specifically indicated as including a membership on the council/committee. One purpose of such a designation is of course to ensure the

representation of the specific body within which the position exists (the court of appeal, or the law society, or whatever), but this specific form of such representation carries a further very strong implication -- nobody has the capacity or the opportunity to manipulate the designation process, but instead participation in the appointment process simply follows as a secondary by-product of a completely independent decision process. This is the smallest category of membership; it makes up a significant part of only four councils/committees, and does not exist at all for an equal number.

To make the most obvious point: *ex officio* memberships are almost exclusively an attribute of the multi-purpose Judicial Councils that perform appointment-screening functions in four provinces (B.C., Alberta, Saskatchewan and Newfoundland); indeed, they make up an absolute majority of the members of these committees. Most of the *ex officio* members are judges (the chief judges or justices of various courts within the province); the others are Presidents of the relevant Law Societies. The prominence of this type of member may be a product of the time period -- these councils were all established between 1969 and 1978. But it is more likely a product of the fact that these are multi-purpose bodies that also perform a number of other functions (most importantly dealing with complaints against judges, but also involving responsibilities for reforms of the judicial system and some judicial education). Judicial independence issues are heightened when such matters are engaged, and *ex officio* service is the most tamper-proof of all forms of membership. But take these multi-purpose judicial councils out, limit the focus to appointment advisory committees only, and there are only four *ex officio* members in three different provinces (Alberta, Manitoba and Prince Edward Island), half of them being the chief judge of the provincial court chairing an *ad hoc* committee. If one feature, then, of appointment screening bodies in recent years is the move from multi-function judicial councils to single-purpose advisory committees, then an accompanying trend is the move away from *ex officio* service on these committees.

The second type of membership on these committees involves one or more members who being named or elected by some official actor other than the Minister of Justice. For example, the New Brunswick lists as a member "a judge of the Court of Appeal, named by the Chief Justice" and so on for the other courts in the province. A variant is the way that lawyer organizations are represented on those committees that do not specify "the President" as a member -- membership is assigned to a lawyer named by the lawyer organization (always the law society, sometimes the provincial branch of the Canadian Bar Association, occasionally some other organized group of lawyers), or alternatively to a bencher elected by the benchers. Manitoba's committee includes a provincial court judge designated by the judges of that court; Saskatchewan's judicial council includes two provincial court judges elected by the judges of that court meeting *en banc*. The New

Brunswick committee has three lawyer members, each named by each of three lawyer organizations in the province.

The third type of membership on these committees is the "order in council" appointees -- those indicated as being chosen by the Minister of Justice, or by the cabinet. (In the latter case, I am assuming that the Minister of Justice is the most active, and perhaps the only active, member involved in the selection, at least to the extent that there is no reason to make a sharp distinction between the two.) These are by far the most common of the three types of member, but in many ways they are the most problematic. The feature of all of these council/committees is that they serve to constrain what would otherwise be the relatively unfettered and closeted discretion of the Minister; but a large proportion of the members of these council/committees are chosen by the Minister, in a comparably unfettered and closeted way. The term in the literature that identifies the largest danger for nominating committees is "capture" -- the possibility that the committee (and through them, an expanding corner of the judiciary) can be captured by a specific set of interests and priorities that will henceforth enjoy some advantage. Order in council appointments are the most susceptible to such capture, or to the possibility of such capture, or to the appearance of having been captured. To heighten the dilemma: there are of course other mechanisms, other identifiable formal bodies, that can be used to name judges and lawyers to the committee, but it is difficult to see where the public representation could come from if not from order in council appointments. One of the reasons for being interested in the U.K. appointments bodies is the fact that they have found a way out of this impasse.

A minor caveat: I have presented three categories of member, but in fact the boundaries are not quite that sharp. For most (eleven of the eighteen) of the *ex officio* members, their inclusion on the list is qualified by the phrase "or designate." On the assumption that this is a persisting rather than a casual designation (that is to say: not "who can make the council meeting next week for me?" but rather "who is willing to make this council part of their duties for the next year?"), this effectively turns it into an appointment to the council/committee by an outside actor. From my interviews in the 1980s, it was obvious that the designation for service from the provincial superior courts was emphatically an ongoing one, with specific judges serving for extended periods. Similarly, some of the order in council appointments -- the two lay members in Saskatchewan, the lawyer member in Quebec -- are qualified by the need for "consultation" (with the Chief Judge and the Chief Justice in Saskatchewan, with the president of the law society in Quebec), which makes them as well more like the "appointment by an outside actor" category.⁵⁸ This does suggest something of a solution to the hyper-discretionary

⁵⁸ "Consultation" can be a fuzzy concept -- the precise meaning of the term as it is used in the *Postsecondary Learning Act* in Alberta, for example, has generated a steady stream of disputes that have gone to arbitration or to court for clarification. I am assuming that the term carries a reasonably robust meaning in the advisory committee process that is recognized and honoured by both sides.

appearance of the order in council members that might be considered for wider use. Alternatively: there has emerged the convention in British Columbia that one of the four order in council appointments goes to the present, or a past, president of the provincial judges' association, and a second goes to a judicial justice of the peace -- another of constraint on an at-first-glance open choice.

Types of committee: the standing/*ad hoc* issue

There are two different types of committee: the first is standing committees, with a stable memberships over a period measured in years, with members typically serving staggered terms so as to ensure a degree of continuity and experience; and the second is *ad hoc* committees, which are called into being to deal with a specific vacancy already existing or reasonably anticipated, and ceasing to exist once that vacancy has been dealt with. I have suggested above that an alternate way of thinking of this is to distinguish between reactive councils/committees (reacting to a specific vacancy) and anticipatory councils/committees, and for present purposes I will treat these two distinctions as if they are the same, although (as I will discuss at the end of this section) Ontario's JAAC straddles the dichotomy as the unique example of a standing reactive committee.

For a time, Alberta straddled the dichotomy in a different way. Since 1975, the provincial Judicial Council has received applications, interviewed candidates, and generated a "qualified/well qualified" list as a pool from which the Attorney General may make appointments when necessary. In 1999, in response to a committee that reviewed the appointment process, the Minister added a Provincial Court Nomination Committee (initially five members, then eight, currently eleven). At first, this committee operated on a reactive basis, drawing on names from the Judicial Council approved list in response to a specific vacancy, and making recommendations to the Minister targeted on this single specific vacancy. Uniquely, this gave Alberta a standing anticipatory Judicial Council, and a standing reactive Nominating Committee, with candidates having to be approved by both before they could be appointed. Subsequently, however, this practice was abandoned, and the PCNC is now also an anticipatory committee, dealing with applications just as soon as they clear through the Judicial Council. At one time, when there was still a back-log, the PCNC members individually prioritized applicants for interview; now, with the backlog cleared, they can schedule interviews so very promptly after the names come from the Council.⁵⁹

The advantage of a reactive *ad hoc* committee is that its deliberations can be focused on a specific vacancy and the specific demands and requirements of that vacancy. The point is that although it might once have made sense to talk about provincial court judges

⁵⁹ My comments are based on a short telephone interview with the secretary of the Provincial Court Nominating Committee in July 2010.

in terms of the now dated but once pervasive notion that "a judge is a judge is a judge" -- that is to say, that judges can to some very large extent simply be rotated from one position to another within the provincial court, as caseload pressures require -- this is increasingly less convincing.⁶⁰ Provincial courts now tackle a wide variety of issues, and have organized themselves to deal with them in ways that often call for a considerable specialization on the part of the judges -- criminal court, civil court, youth court, family court, addicts court (or dependency court), and so on. The "therapeutic justice" approach suggests this shift toward specialization; the increasing emphasis on alternative processes and on mediation does so as well. "One size fits all" is no longer the best way to approach the matter; by extension, it may no longer be the best way to design an appointment advisory committee. For those appointments that require unusual experience or unusual skills that are not equally applicable to other segments of the court, it may be useful not only to alter the criteria but also to alter the specific individuals who are assessing the application against those criteria in terms of their particular experience and priorities.

The disadvantage of a reactive ad hoc committee is precisely the flexibility of the allocation of personnel to serve in the screening function; it is one thing to set things up so that a committee can be fine-tuned in terms of its credentials and experience, but another thing altogether to ignore the fact that the fine-tuning can be used to serve a variety of purposes, some less defensible than others. The more opaque the process for selecting the individuals involved, the greater the possibility for manipulation, or for the appearance of manipulation, or for the strategic opportunity to allege manipulation whether or not it is present. If executive discretion is the problem (and by defining the process in terms of a constraining of executive discretion, I have been assuming that it is), then the solution cannot be even more executive discretion.

A further more practical disadvantage is the time factor -- if one is waiting for an actual or reasonably anticipated vacancy, advertising to solicit applications, structuring a committee *de novo* to review those applications and set up interviews and discuss the candidates and make a recommendation, then one is creating a very real possibility for significant time delays. (This is indeed one of the complaints about the new English procedure, which I will discuss below.)

Finally, a system which uses a string of *ad hoc* committees, without any built-in assurance of continuing members, creates continuity problems for both standards and for procedures. By definition, *ad hoc* committees have no memory. The point is not that any specific committee behaves inappropriately, just that successive committees may behave perfectly reasonably but, nonetheless, substantively differently. And to the extent that the

⁶⁰ In my interviews 25 years ago, many of the judges I interviewed did talk about the "judge is a judge" approach, although even then they suggested that it was coming into doubt, and there were some branches of the provincial court (especially family court) where it was not strictly true.

system as a whole is trying to move toward a more representative judiciary, a "one shot" *ad hoc* committee cannot really take this into consideration, let alone build it into its deliberations systematically, because each committee is there for a single competition on which it can only declare that a specific set of candidates is qualified. This structural problem is the most critical for Quebec, where it need not be the case that a single member carries over from one committee to any future committee (although actual practice may in fact create some degree of continuity); the other two *ad hoc* committees (Manitoba and Prince Edward Island) both include the Chief Judge of the provincial court (and without the "or designate" option), which ensures a degree of continuity, of institutional memory and the learning process that implies.

An advantage of a standing anticipatory committee is that it is creating, and then constantly replenishing, a "pool" of qualified candidates from which the Minister may make prompt appointments whenever necessary -- unanticipated vacancies are therefore no more of a problem than anticipated vacancies, and can be dealt with just as promptly. Because the membership is relatively stable, and the same for all candidates, there can never be any appearance of "stacking" the process for a particular favoured candidate; because the committees are typically larger than the *ad hoc* committees, there are lots of people to bring up any possible objection, the more so because most committees reach their recommendations by a voting system more demanding than a simple "more yeses than no's". The fact that the different responsibilities of different provincial court judges call for different experience, credentials and skills can be accommodated by increasing the size of the committee to include enough members from enough backgrounds to permit the accurate assessment of all of these different elements, with specific members playing a larger or smaller role with respect to different applicants as appropriate.

Experience has shown that these comments are a little naive -- put simply, it does not always work out this way. Alberta is one of the provinces (one of the six) whose procedures generate a pool of qualified candidates from which any vacancy will be filled; but there has been a recurrent concern in that province about whether the skills and experience of the candidates are being appropriately matched to the demands of the specific vacancy. This came to something of a peak in 2007 after the Supreme Court of Canada sent a case back for retrial, criticizing the provincial trial judge in the process; a newspaper account broadened the concern to point out that more than half of the criminal division trial judges appointed in the previous eight years had had little or no criminal experience as lawyers.⁶¹ This does not reflect directly on the Alberta advisory committee (which under the established process could only say whether or not the person was qualified to be a provincial judge, not whether or not they were qualified for a particular specialization within that court), and it is striking that the newspaper account suggested

⁶¹ "Who's Best for the Bench?", *supra* note 56.

that things were even worse for the federal government's superior court appointees; but certainly it does suggest that the current system is not functioning with full efficiency. Perhaps this could be remedied (for the pool-generating standing committees) by allowing them to indicate whether a candidate is particularly qualified for a particular branch of the court; or, perhaps a little more problematically, whether the candidate is not particularly qualified for one or more branches. As it is, the "qualified/not qualified" dichotomy (and even the "well qualified/qualified/not qualified" trichotomy, which some but not all committees use) risks simply repeating the outdated notion that "a judge is a judge is a judge." Deploying the skills and experience of the committee on matching a specific candidate to a specific appointment is something that anticipatory committees cannot do at all, but reactive committees can do well.

The major disadvantage of the anticipatory committee is obvious: if the purpose of a nominating committee is to restrain the degree of executive discretionary choice through the transparent operation of an independent and representative committee working on the basis of clearly stated criteria, then the problem with an anticipatory committee is that it minimizes this constraint and maximizes the discretion. The "pool" of qualified candidates in Alberta includes about one hundred names, which (crudely) is at least ten times as many as will be needed in any single year;⁶² the pool in Saskatchewan is about thirty names, which implies a comparable ratio.⁶³ Whatever priorities the Minister might have in mind once the "qualified" hurdle is clear, a pool of this size creates enormous scope for discretionary choice. And if we could be sure that the priorities were always impeccable, then surely the department could run its own competence screening operation at least as effectively.

The procedure that finesses these distinctions is the Ontario JAAC, which manages to have it both ways. On the one hand, it is a reactive committee -- it receives notification of a vacancy, advertises the position, and deals with the applications as they come in, making recommendations after a round of interviews. That is to say: its recommendations can be directly targeted on a specific position and the specific expertise that it calls for, distinguishing appropriately between a candidate who would make a good criminal division judge and one who would make (say) a good family court judge rather than simply adding both names to a "qualified" list and hoping that the distinctions will not get lost along the way. At the same time, because it is a standing committee, it will tend to be larger

⁶² My logic is based on the fact that over a 19 year period, the Ontario JAAC has seen appointments from its recommendations that total slightly less than the entire complement of the Ontario provincial court. So, roughly, the Ontario judicial complement is completely replaced in twenty years, which means that about 5% of the total complement is replaced in any single year. Running this estimate against the total complement of the Alberta provincial court (114 judges) and the Saskatchewan provincial court (50 judges) permits a rough estimate of the number of appointments per year.

⁶³ In both provinces, of course, an application only remains active for three years, although it can be renewed through an expedited procedure.

and therefore more representative; and it has the capacity to learn from its own experiences while observing a higher degree of continuity, contributing to the inter-commensurability of its assessments from one "competition" to the next.

Finally, the Ontario committee can, when necessary, turn itself into something of a pool-type committee -- that is to say, given a sudden unexpected vacancy, it can draw on its "also-rans" from recent competitions to quickly identify individuals that definitely are qualified and might still be interested; and should it be the case that the last competition's runner-up is better than any of the current set of applicants, it can report this fact as well.

Screening, recommending and nominating: locating committees within the process

There is a dimension of the committee role in the appointment process that is not fully captured by the procedural descriptions given above; but the issues that this raises about how we are to understand the committee, and where we are to locate it conceptually within a wider process, I wish to step back first to establish the broader conceptual framework within which this discussion can take place. This framework is presented in Table 10; the basic idea is taken from a report prepared for the government of Hong Kong, although I have considerably amended and expanded it for present purposes.⁶⁴

The point of this table is to unfold the most elaborate and complete process imaginable into a discrete series of logical steps. I am not aware of any appointment procedure in any country (and certainly not of any within Canada) that have an identifiable actor for each of these nine stages; in practice, different procedures fold different sets of these stages into a single block, handled by a single actor. Consider, for example, the prototypical "English" style pervasive in Canada as recently as the 1960s and still followed in countries like New Zealand and Australia. Effectively, every stage from initiating through selecting is under the purview of the relevant minister of justice, who may or may not parcel out some fragments of it to personnel within the department under his or her supervision; and the only other relevant actor is the lieutenant-governor or governor in council, who makes the formal appointment. For a procedural model this simple, the table is unnecessary embellishment; for the more modern period, the table is a useful way to organize thinking and to make comparison more rigorous.

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

Table 10: Conceptual framework of stages in the appointment process

Stage in process	Descriptor
Initiating actor	Has the practical or official capacity to generate names that are "in play" as part of the field for consideration for appointment
Screening actor	Has the practical or official capacity to screen out initial names that lack critical credentials or qualifications or information.
Consulting actor	Has the practical or official capacity to offer <i>non-binding</i> advice that will be part of the process whereby the selection pool is narrowed.
Recommending actor	Has the official or practical capacity to create a modest list of potential appointees from the broader pool of initiated/screened names, these names being the only ones eligible to be considered further.
Nominating actor	Has the official or practical capacity to create a short list of potential appointees, possibly ranked in order of preference, from which the final selection will be made.
Selecting actor	Has the <i>de facto</i> capacity to make the final choice on the appointment of judges by selecting the single name from some longer list.
Vetoing actor	Has the official or practical capacity to block and nullify the action of the selecting actor, forcing an alternative choice.
Appointing actor	Has the official state capacity to appoint the judge.
Endorsing actor	Has the official capacity to confirm or endorse or ratify the choice of the Selection Authority.

The initiating step involves putting a set of names in play for consideration for appointment. Under the old Canadian practice, we have some reason to think that names were put forward by people within the political party who had some claim to influence; some biographies of Supreme Court of Canada justices, for example, mention the leverage that was deployed on their behalf; and it is obviously the case that some individuals pressed their own case as well.⁶⁵ More recently, when Prime Minister Trudeau and Justice Minister John Turner began to reform the federal appointment process in the late 1960s, one element of these changes was to develop a network that would generate suggested names from a variety of sources. For the modern provincial court in Canada, this is now almost exclusively a matter of individuals putting their own name forward in a formal application process -- only a couple of the provinces retain language anywhere in the process that implies having names put forward by anyone else.

But the pool must be narrowed, because the initial number is usually too large. The formal language of statutes and regulations tends to be focused on the candidates who come through (the "why is *this* person a judge?" question); I think it is more useful to think

⁶⁵ Fitzpatrick, who in 1906 moved directly from serving as Minister of Justice in the federal cabinet to being Chief Justice of the Supreme Court, may well be an example.

of the process from the reverse angle of eliminating names to arrive at an outcome. To take the obvious sports analogy in this the summer of 2010: from one angle, the World Cup is indeed the story of the Spanish team's journey to glory, but it is also the story of how an initial field of more than 200 competing national teams was over a four year period reduced to 32 teams that went to South Africa, sixteen of which survived to the "knock-out" rounds, eight into the quarter-finals, and so on. Similarly, the final official press release announcing the appointment of a provincial judge is actually the final step in a process that has taken an initial field of applicants for judicial appointment and narrowed to one specific person.

The continuum of terms that is useful to explore this process is: screening, recommending, nominating and selecting. By "screening" I mean an initial process of ensuring that the applicant is a serious candidate. For example, when I was interviewing members of Judicial Councils in the 1980s, one exchange included a suggestion by one judge that literally anyone could apply, including someone like myself with neither a law degree nor (obviously) membership in a law society, and we would even be interviewed, although we should not "get our hopes up". With respect, this would have been a grossly inefficient process; people lacking the most basic credentials should be culled early in what is essentially a clerical function. More problematic would be someone just short of the normal minimum for the years of experience, since many of the formal statements say that such appointments can be considered only in unusual circumstances -- it is something more than a clerical function to decide what circumstances are unusual enough to trigger this.

But if this were all that an advisory committee did, it would not amount to much. For example, when the British Columbia Judicial Council looked at 50 applications over a three-year period for appointment as a justice of the peace (something that it does in addition to reviewing applications for judicial appointment), it approved 47 of them. It is not trivial that the three people were screened out; but such numbers suggest that the committee really is not adding very much to the process. With respect to applications for judicial appointment, the BC council is considerably more aggressive -- over the same three year period, there were 176 applications of which about half (79) were approved for the next stage of the process, which is a formal interview of the candidate by the committee.

I am using the term "recommending" to discuss a further narrowing of the candidate pool, looking for more than basic credentials but still leaving a range of choice for some higher-level decision-maker at a later stage in the process. As the process works in the Canadian province, this is clearly where the most important work is done. Information is collected, the committee (usually but not always) meets to process the information and to work through the list of candidates, applicants are approved for interviews (almost always by the council or committee itself) that are scheduled and conducted and then discussed

again, and this information is processed to generate lists of names of "qualified" applicants (and sometimes lists of "well qualified" applicants as well). Using the British Columbia example again (the only one that provides the full set of numbers for me to work from), of the initial 176 and the interviewed 79, 36 were recommended for appointment.

I am using the term "nominating" to suggest something that is even more intrusive in the applicant-to-appointee narrowing process, namely the generation of a "short list" of candidates from which an appointment may be made. Requiring a council/committee to make the "qualified/well qualified" already implicitly moves their responsibility from my "recommending" category toward this "nominating" category; and it may be that sometimes, at least in some provinces, the number of well qualified candidates is small enough that the distinction I am trying to make does not matter. But some committees are given a more explicit mandate -- for example, Manitoba, where the committee must generate a list of "not less than three and not more than six" names for any specific vacancy to be filled; and Ontario, where the committee describes itself as presenting the attorney-general with a "short ranked list" than includes at least two names.⁶⁶

The final category along this continuum is "selecting", which implies narrowing the "surviving" set of candidates to the single person who is to be appointed. One could imagine a Council or Committee taking this final step, but in fact none of the Canadian bodies have been assigned or have assumed this function. The English selection committee, that I will discuss below, does so, but this is a move that has not been emulated on this side of the ocean. In the Canada provinces, this final selection process is performed by the Minister of Justice. And since most councils/committees are in the recommending rather than the nominating category (especially the pool-generating anticipatory committees), the Minister is making this choice from a fairly large rather than from a narrowly constrained list.

My continuum is interrupted by a "consulting actor" category. This is clearly an important part of the process -- we would not think very much of a totally insulated system which simply received applications but then declined to do a wider sweep for information. For all those provinces where there is any formal description provided of the procedure that is to be followed, the police and the provincial law society are firmly on this list -- consent forms for a CPIC enquiry, and for a release of information from the Law Society, are a routine part of the initiating paperwork. British Columbia uniquely identifies the Canadian Bar Association (B.C. Branch) as a formal actor whose written assessment of candidates is sought, and the CBA(BC) has created its own standing committee to respond

⁶⁶ In the 2007 report, the JAAC reports that it recommended 31 candidates of whom 6 were appointed; assuming that the 31 recommendations were for the six positions (that is, that there were not recommendations for vacancies that were in the end not filled), this implies that at least in this one year, there were on average five people nominated for each of the vacancies.

to this expectation. In practice, of course, the consultation net is spread rather wider; all the procedure descriptions include, and the application/information forms caution, that "discreet but thorough" enquiries will be made through a number of channels, and although confidentiality is sought it cannot be completely guaranteed. I was informed in a telephone conversation that the Saskatchewan Council "of course" assumes that the judicial members of the committee (which in that province include the provincial superior courts as well) will make enquiries of the other judges on their court; I think it is reasonable to assume that something similar is true in all provinces. For a full understanding of the process in any province, we need a feeling for what this zone of consultation might be and where it fits in the narrowing process. This is all the more necessary because the consulting process may not in fact treat all candidates equally; presumably there are certain groups within the legal community, defined in a variety of ways from demographic factors through type of law practiced and in what size of community, that are less involved with the people who are normally consulted, and who therefore cannot expect that positive boost of a supportive commentary. What seems to one person like normal and convenient channels might to another smack of an "old boys' network".

The bottom sets of cells on my conceptual table are more formal in content. At one time, some provinces had Judicial Councils that performed a simple potential veto function -- the Attorney General proposed the name of a person he or she intended to appoint to as a provincial judge, and the council reviewed and assessed (and sometimes interviewed) the person before formally stating whether or not they approved the candidacy, an appointment taking place only if their conclusion was positive. This was how the Ontario and Saskatchewan Councils functioned in the early 1980s; it was how the Newfoundland and Alberta Councils were initially intended to function, although in practice they inserted themselves into rather a different stage in the process.⁶⁷ At the moment, New Brunswick is the only province that contemplates such a process (in the form of the *ad hoc* interview committee that assesses a proposed appointee that the Minister has selected from the pool of qualified candidates approved by the Provincial Judicial Appointment Review advisors).

Formal appointment in our parliamentary system rests with the governor-in-council, but this is largely a formality -- it is difficult to imagine the circumstances when the provincial cabinet would challenge its own minister of justice, harder still to imagine when a lieutenant-governor might balk.

⁶⁷ This is in itself an interesting statement about the evolution of practice against a statutory background. Equally interesting is the fact that although the Saskatchewan legislation was never amended, the "veto council" that I interviewed in the early 1980s had become a screening council at some point early in the 1990s. In Ontario, on the other hand, the veto role of the Judicial Council was formally and intentionally supplemented and then replaced by the completely different body I have described above.

The endorsement stage in some ways duplicates my veto stage, and the prime example is the United States Senate with its power of "advice and consent" with respect to United States Supreme Court and Federal Court judges. I include it as a separate logical stage because of Wood's argument that unlike my veto stage (where a negative assessment by a veto committee prevents an appointment), the appropriate language in the United States is to describe the President as making an appointment which subsequently is either ratified, or fails to be ratified, by the Senate.⁶⁸ In practical terms, the two can be considered as essentially similar; and, in any event, this is a null category in current Canadian provincial practice.

Table 11: Applying the conceptual framework

Stage in process	Descriptor
Initiating actor	<i>Applicant (all provinces)</i>
Screening actor	Alberta JC
Consulting actor	CBA(BC)
Recommending actor	BC JC; Alberta PCNC; Sask JC; Que sc; PEI JAAC; NB PJAR advisors; NS ACPJA; Nfld JC
Nominating actor	Ontario JAAC; Manitoba JNC
Selecting actor	<i>Attorney general (all provinces)</i>
Vetoing actor	NB [interview committee]
Appointing actor	<i>Governor-in-council (all provinces)</i>
Endorsing actor	<i>[No Canadian examples]</i>

Table 11 applies the conceptual framework to the existing models and practices for the appointment of provincial court judges in Canada. Overwhelmingly, the center of gravity of the table is on the "recommending" option: in eight of the ten provinces, there is a council or a committee or a group of advisors whose function is to take a broader set of appropriately credentialed applicants, and from that starting point to generate a more constrained (but not "short") list of candidates who are evaluated as being qualified and/or well qualified for appointment, this almost⁶⁹ always involving an interview with the candidate.⁷⁰ The size of the approved pool varies, as does its ratio to the number of appointments to be made in any given time period, but it is usually fairly large -- for the provinces where I could find a number, it was in the dozens. Two provinces give their committees a somewhat stronger role -- the purpose here is not to generate an extensive

⁶⁸ Rebecca Wood, "Comparing Judicial Selection Systems in Common Law Systems: A Framework for Analysis" paper presented at the 2006 annual meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, Illinois (April, 2006). Accessed online at <http://www.allacademic.com/meta/p139275_index.html>.

⁶⁹ P.E.I. indicates that there "may" be an interview; Saskatchewan will dispense with the interview if the person is well known to the members of the council, something which does not happen often but can happen.

⁷⁰ New Brunswick is the odd man out, because its set of advisors do not meet as a committee and because the recommending process does not involve an interview.

pool but rather to present a short list (for Ontario, a ranked short list) from which the appointment is to be made. A single province (New Brunswick) employs a supplemental potential veto process whereby an *ad hoc* committee interviews and assesses an individual who has been chosen by the Minister from the broader pool, this is all that is left of the "veto council" procedure initiated by Ontario at the very beginning, imitated or sort of imitated by three other provinces, but now abandoned by all of them.

The veto council appears in some ways to be the most powerful of the options -- it is the only variant of the process that allows an outside body to take a Justice Minister's declared preference for a new provincial judge and stop it dead in its tracks. But this appearance is entirely illusory, as my interviews with several members of the 1980s councils made clear. For one thing, a veto council is making its "up or down" choice in something of a void -- in the words of one of my interviewees, he worried that they never got to see "the other fish in the sea." They could only say whether or not a candidate was qualified in some absolute and abstract sense, not by way of saying that the candidate was or was the best for the job, or even better than some alternative. For another thing, a veto council is necessarily involved in a direct confrontation with the Minister, and the more public the nomination, the greater the political embarrassment of a veto council that actually uses its veto. It is therefore not surprising that as far as I could find out, none of the veto councils had ever actually vetoed an appointment.⁷¹

For this reason, "later in the process" does not necessarily equate with "a stronger role" for councils and committees, and the conceptual frame is only a first step between adequately assessing this role. I would suggest that a reasonable measure of the impact of any of these councils or advisory committees is some combination of two different ratios. The first is the ratio between the number of applicants that it receives and the number of names that it passes on to the next stage in the process; this measures how high the standards established by the committee stand when measured against the normal performance of the discipline -- how much better than the average do you need to be to be recommended as a judge? This is an important measure of how seriously the committee is (or is allowed to be) about enforcing a strict notion of merit, and therefore links very firmly to the first of the reasons for creating a committee in the first place. The second is the ratio between the number of names that the committee sends on, and the number of judges to be appointed, but this really works only for the reactive committees that are working toward the filling of a specific vacancy; for the anticipatory committees, such a ratio seriously overstates their impact.

⁷¹ Although I note that Lennox is not quite so dismissive of the possibility, saying of the "older" Ontario veto council system, that was first supplemented and then replaced by the JAAC, that it approved the Minister's choice in "the vast majority of cases" -- which seems to deny my suggestion of "never". See *supra* note 21.

How public?: The transparency/confidentiality issue

The judicial selection process has historically and traditionally been the most closeted of procedures. But this clashes with the modern preference for openness and transparency, with the expectation of an assurance that the right things were considered, and the wrong things were rigorously excluded. To be sure, a degree of confidentiality attaches to any hiring decision (which, at its core, judicial selection is); it is hardly to be expected that committees would make available a list of all the applicants, with a note as to which ones were not admitted for interview or not recommended after interview (although some jurisdictions do, for example in the United States). And, without exception, the Canadian committees do not.

Beyond that, however, there is no good reason for basic information about the existence, the structure, the membership and the procedures of the committee not to be widely available, and the same should be true of regular reports about what it has done. Malleson indicates that the first element relevant to assessing the openness of an appointment system is "the extent to which the mechanics of the process and the selection criteria which are adopted are made known to the public."⁷² It seems to me that in the twentieth century, the normal mechanism for this availability would be the internet, but the Canadian performance on this score is not very impressive.

In only two provinces does the relevant council/committee have its own website, those two being Ontario⁷³ and British Columbia.⁷⁴ These websites are of course also the source of information about the procedure and the criteria for judicial appointment, and of the relevant application or information forms. Not surprisingly, these are the two provinces in which the relevant council/committee produces regular reports of its activities (every year for Ontario, every two or three years for B.C.) running to more than a dozen pages, and these are available (and follow the same format for the presentation of similar material, facilitating the tracking of various aspects of performance over a sequence of years) for the last decade. But in both cases, the website is actually a "page" within the provincial court website, following the same format and with the same internal nav bars as every other such page in the site, rather than a visibly freestanding and self-contained site that is simply accessed from the provincial court site. Compared with other jurisdictions, this is distinctly sub-par -- and yet none of the other provinces offer anything even vaguely comparable. Ontario is also the only province where there is any conscious attempt to

⁷² Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 92.

⁷³ The Ontario Judicial Appointments Advisory Committee has its own "page" on the Ontario Court of Justice website (as distinct from its own independent website, with a link from the OCJ website). Accessed online at <<http://www.ontariocourts.on.ca/jaac/en/>>.

⁷⁴ The B.C. Judicial Council has its own "page" on the B.C. Provincial Court website (as distinct from its own independent website, with a link for the BCPC website). Accessed online at <<http://www.provincialcourt.bc.ca/judicialcouncil/>>.

educate a broader public about the process; its members make themselves available to speak to a wide variety of groups about the judiciary and the appointment process, and annual reports include counts of how often these talks take place.

The Saskatchewan Judicial Council has a single page on the Saskatchewan Provincial Court website, with links to the relevant statute (the Provincial Court Act) and to a "judicial candidate information form." The webpage provides the statutory description of the members, but does not give the names of the actual current members; it also provides information about the procedures and the criteria. However, the Council being a multi-purpose body, there is considerably more information on the webpage about the complaint process for provincial court judges; and there is nothing even vaguely to an annual report, or any description of past activities.

The Nova Scotia committee has no website, and no webpage on any other government or court website. If you want to access information about the body and its process, it takes a bit of a search. Use the right search terms, and eventually you find the Nova Scotia Department of Justice Court Services website, which has a cryptic single sentence entry with links to two pdf documents. The first is "appointment guidelines", which is a five-page document describing the procedure and the criteria for the appointment of provincial court judges; this is indicated as having been "Approved by Executive Council" in 2009, which is to say there is neither reference nor link to any statute or regulation. The second document is a "judicial application form." Once you find them, the procedure and the criteria are a useful outline -- but that is all that there is to find, and there are no links that would take you to any other information.

For Alberta, the Judicial Council is described in a four-line entry on the Justice Department website, with a link to the relevant statute (not the Provincial Court Act, as one would expect and as is the case in most provinces, but rather the Judicature Act, which deals with the provincial superior courts); there is no further information about the membership of the council or the procedures for appointments. The more recently created Provincial Court Nominating Committee also has its own page on the Justice Department website, but this is a simple two-line description with no links to any other site. This body is not mentioned in any statute; if it was created by regulation, I was not able to find it. Neither the Judicial Council nor the Nominating Committee ever produce any report of any kind; given that the chair of one is chosen by the members, and the chair of the other is named by the minister, even that information is not available anywhere. This is particularly ironic because when the Minister announced the creation of the PCNC in the legislature (just as an announcement, not connected to any piece of legislation because the PCNC is not a statutory body), it was in terms of making the appointment procedure in Alberta more open and transparent to the people of Alberta. As open as a bank vault; as clear as an oil spill. However, every press release about a provincial judicial appointment

does include a brief description of the Judicial Council and the PCNC, and the fact that they are involved in the process.

The Cour du Québec website links to the Quebec government regulation regarding the nominating committees, but without any description of the structure or the procedure that is involved. For this information, one needs to go to the Barreau du Québec webpage, which does provide a single page with a description of the process, and the committee membership set by the regulation, and a short statement of the relevant criteria. There are no useful links off this page, and no easily available information on the activities of selection committees over any time period.

The Manitoba Provincial Court website provides a single-sentence description of the membership of the nominating committee, but the only link is to a Judicial Candidate Information Form. Curiously, the description does not even mention that the committee has a statutory foundation (in the Provincial Court Act), let alone provide a link to it. The Provincial Court does issue its own annual reports, but they make no mention whatever of the nominating committee or of the appointment process.

For the Newfoundland Judicial Council, there is no website and no webpage on any other government or court site. Using a more general search engine, you can find an application form, but the links on that form are no longer valid even though the form was put online just last year. The structure of the council can of course be found in the Provincial Court Act, but no court or government information is provided up front about this.

The New Brunswick process is briefly described in a single sentence on the New Brunswick Provincial Court website (as a screening process conducted by a committee), but there is no further information about either this "committee" or the appointment process. It is not mentioned in any statute or (so far as I can tell) in any regulation; the only information about it that I have been able to track down is in two academic sources, one from 1995 (Friedland's "A Place Apart" report) and one from 2000 (Bilodeau & Roy's article in the *Alberta Law Review*). Press announcements of appointments in the province do not mention the advisors' group or describe the process at all.

This does not add up to very much; with the very important exceptions of Ontario and British Columbia, the average citizen is still very much in the "just trust us" era when it comes to the judicial appointment process. There is little or no information available about the process, or about what advisory councils or committees might be involved, or about the criteria that are being applied. Even the press releases for new provincial court appointments do not, in many provinces, include any reference whatever to the screening committees or the advisory process, a truly jarring oversight.

As Malleson points out, the second aspect of a truly open procedure is that candidates know whether or not they have been accepted and if not, why not.⁷⁵ Canadian practice on this score is evolving, but is clearly well short of what Malleson is suggesting. In several provinces (Ontario, British Columbia, Manitoba) the procedure makes it clear that an applicant will not be told whether or not she has been recommended for appointment (let alone why);⁷⁶ in Alberta (which in the 1980s followed a similar practice), applicants are told fairly promptly whether or not they have been recommended, but not why (and not whether or not they have been "highly" recommended). If the judicial appointment process for provincial court judges in Canada is coming out of the shadows in which it has historically been hidden, it is clear that it has not come out very far.

Addendum: A note on the numbers

As a social scientist, the above descriptions do not completely satisfy me; it is one thing to know about structures and procedures and reporting tracks, but I want to get some feeling for what the systems really look and feel like on the ground and in practice. How much of a workload, how much of a time commitment, are the members of the councils/committees really committed to?⁷⁷ How seriously do they reduce the applicant pool when they make their recommendations; and (related but not the same question) how narrowly do they constrain the discretionary choice of the political official? Seeing the map of the highway system is one thing; I want to know a bit about the traffic flow.

Not very many provinces provide enough information to give any feeling for this; British Columbia and Ontario are the exceptions. The "annual" reports of the British Columbia Judicial Council (actually, one multi-year report every second or third year) give information for a ten year period (1999 through 2008). On this basis: the Council during that period has considered 668 applications, or just under 70 per year, of which 157 (23.5%) were approved. These 157 approved applications resulted in 60 appointments, which means that one approved application in every 2.6 (38%) is appointed. Over the period, the ratio of applications to appointments was eleven to one. Similarly, the Ontario reports give complete numbers for nine years (1999 through 2007), during which period the Ontario JAAC considered 1149 applications (about 130 per year), of which 478 (41%) were recommended to the Minister resulting in 119 appointments;⁷⁸ one recommended

⁷⁵ Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 92.

⁷⁶ Malleson herself suggests, at that the JAAC has adopted formal procedures for informing applicants about the progress of their application at various stages of the process, but this seems flatly contradicted by the JAAC's own statement about its procedures, which says that candidates will not and cannot be informed of whether or not their name has been included on the recommended short-list to the minister. See *ibid.* at 147.

⁷⁷ The Ontario JAAC actually provides an estimate of this time commitment in its annual reports; the three U.K. bodies also do so, in terms of the "days per month" for which members are paid a nominal daily stipend.

⁷⁸ The New Zealand government's public consultation paper says that the Ontario JAAC received 2000 applications for judicial appointments in calendar 2001 alone. I think they simply misread the relevant table on page 20 of the JAAC annual report for 2001. The "2152 applications" is actually the total for thirteen years of which calendar 2001

applicant in every four (25%) is appointed. Over the period the ratio of applications to appointments was (just under) ten to one.⁷⁹

This is one part of the equation; the other question is, how many positions need to be filled in the average year? One can generate a rule of thumb from the experiences of the Ontario JAAC. Its report for calendar 2007 indicated that over a period of 19 years, a total of 266 appointments had been made to the Ontario court, this in the context of a total provincial court complement of 286. Roughly speaking, then, the complete complement of the Ontario court "turns over" in twenty years, which means that about five per cent of its complement is replaced every year. The figures for British Columbia are slightly different: their sixty appointments in ten years, against the background of a total provincial court complement of that has fluctuated between 140 and 150, suggests a complete turnover period of something closer to twenty-five years, and a per-year replacement rate closer to four per cent.

Putting these two numbers together -- a normal pattern of ten to a dozen applications for a position, and a position availability ratio of four to five per cent of the total complement -- generates a delightfully neat result: a judicial appointments council/committee should expect to see a number of serious applications for judicial appointment equal to roughly one half of the total number of judges. The fact that these two numbers are so similar for these two provinces, one of which has a reactive and the other an anticipatory committee process, is striking, although the ratios may be somewhat different for smaller provinces.⁸⁰

was the last, and the single year number for 2001 is a much more modest 100 (the second lowest count for the thirteen years). See New Zealand Government, "Appointing Judges: A Judicial Appointments Commission for New Zealand?" Public Consultation Paper (April 2004). Accessed online at <<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 (Then) Chief Justice of the provincial court Brian Lennox presented a paper in which he suggested a slightly higher number, saying that the Ontario JAAC interviews fifteen applicants for every position. See Lennox, *supra* note 21. The more precise number, compiled from the JAAC annual reports, is just below ten interviews per appointment. Lennox also speaks of a process of going through the applications to decide which ones should be interviewed; with respect, I think this is misleading, because from the JAAC reports, it would seem to be very rare (less than 5% of the time) that an applicant is not interviewed.

⁸⁰ Alberta currently has about 100 names on the approved list, and a complement of 140 judges, while Saskatchewan has an approved list of about 30 judges and a complement of 40 judges; since applications remain active for three years, I think these numbers are reasonably consistent as well.

Part 3: Trial Court Appointment Procedures: Other Jurisdictions

A. Canadian Federal Appointment Procedures

Since 1988, the federal government has used Judicial Advisory Committees as part of the process of making appointments to the provincial superior courts and the federal courts (trial and appeal).⁸¹ The normal process begins with the receipt of applications, and the statistics kept for the committees use this label for the cases that are considered, although there is also provision for other persons to nominate qualified individuals for consideration for appointment.⁸² Initially, currently sitting provincial or territorial court judges who wished to be considered for appointment to a provincial superior or federal court were deemed qualified for the appointment without being assessed by the relevant committee; this practice was changed in 1999 to provide that such applications were sent to the relevant committee for "non-binding comments" that were attached to the file, which still automatically went into the "qualified" category.

The committees initially consisted of five members -- a nominee of the relevant provincial or territorial law society, a nominee of the relevant branch of the Canadian Bar Association, a judge nominated by the Chief Justice of the relevant province or territory, a person nominated by the relevant provincial attorney-general or territorial minister of justice, and one person appointed by the federal Minister of Justice to represent the general public. This was adjusted in 1994, increasing the number of persons appointed by the Minister of Justice from one to three, two of whom are lay people and one is a lawyer.⁸³ More recently, the Harper government announced changes to the membership of the committee in November 2006, adding a new position in the form of a person nominated by the relevant law enforcement community; at the same time, the judicial member of the committee was made a non-voting member except in case of a tie vote between the other members of the committee. These changes were, and remain, highly controversial, and I will discuss them further below. Members are appointed to the committees for three year terms and can be reappointed once.

One thing that is worth noting about the membership is that the "nominee" labels in the above paragraph do not mean that the person serving on the committee is directly named to that position by the relevant person or organization (even though this is a

⁸¹ There is also a separate Judicial Appointments Committee for the Tax Court of Canada.

⁸² The New Zealand government's consultation paper attributes to Malleson the observation that "The committees are advisory and do not actively recruit candidates. They respond to names submitted by the executive." See New Zealand, *supra* note 78 at Appendix 2. This is not correct; individuals apply and, subject to a credential check by the office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, the applications are forwarded to the relevant committee for consideration.

⁸³ Information summarized from Millar, "The 'New' Federal Judicial Appointment Process: The First Ten Years", *supra* note 3.

reasonable reading of the apparently similar language for provincial judicial selection committees); rather it means that a list of names for each position is submitted to the Minister of Justice, who makes the choice as to which one will serve.

The chairmanship of the committee has been reported in the relevant sources in two different and contradictory ways. The current information on the website of the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs is that each committee selects its own chair; but the discussions following from the Conservative government's 2006 changes constantly referred to the judicial member becoming a non-voting rather than a voting chair.⁸⁴ This may mean that although committees select their own chair, the general practice was for the person selected to be the judicial member, this not as a requirement but as a general pattern.

There were initially twelve committees for the ten provinces and two territories. This was changed in 1994, to expand the number of committees for Ontario from one to three, and the number of committees for Quebec from one to two, all defined on a geographical basis. A further committee was added for the territory of Nunavut when it was broken away from the Northwest Territories in 2000. As a result, there are now 16 Judicial Appointments Committees for the provinces and territories, and a seventeenth for the Tax Court of Canada. There are annual meetings of the federal Minister of Justice with the Chairs of all the committees, a practice that was formalized in 1999.

The committee receives credential-cleared applications from the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, and undertakes "extensive consultation" with the legal and non-legal communities. Its mandate includes "respect" for diversity, and an admonition to consider all legal experience, including that which may have taken place outside of a "mainstream" legal practice. There is no indication in any of the source material that a personal interview with some or all of the candidates is part of the process. The committee discusses each candidate and decides whether or not they can be recommended for appointment. Initially, they were to divide applicants into "Qualified" and "Not Qualified" categories. In 1991, this was changed to the three categories of "Highly Recommended" and "Recommended" and "Unable to Recommend"; and in 2006, this was changed again to the two categories of "Recommended" and "Unable to Recommend".

⁸⁴ See for example Canadian Bar Association, "Background on the Federal Judicial Appointment Process" released in response to the 2006 changes. Accessed online at <<http://www.cba.org/cba/advocacy/pdf/judicial-appointment.pdf>>. See also Jacob Ziegel's 3 December 2009 entry on the University of Toronto Law School Faculty Blog: "The judicial member is reduced to a vote-less chair." Accessed online at <http://utorontolaw.typepad.com/faculty_blog/2009/12/index.html>.

Table 12: Statistics for Federal Appointments Committees 2004-9

Year	Applications Received	Recommended	Highly Recommended	Applications from judges	Appointed
2004/5	562	170	62	54	38
2005/6	481	151	76	16	8
2006/7	550	146	-	21	75
2007/8	552	228	-	23	63
2008/9	460	171	-	14	68
TOTAL	2605	1004 ⁸⁵		128	252

Table 12 summarizes the workload and output of the federal judicial appointments committees for a five year period.⁸⁶ (The numbers are also very consistent with the figures for the period from 1989 to 1999 that are presented in the Millar article.) The committees receive just over 500 applications each year, and between 35% and 40% of them are recommended for appointment, or about 200 each year; and the average number of appointments per year is about 50. These numbers are also surprisingly parallel to the numbers from British Columbia and Ontario referred to in the Addendum above -- roughly the same proportion of applicants are recommended, from an applicant set that averages about ten applicants for every appointment. And, finally, the number of appointments per year for federally appointed judges is exactly on the 5% replacement per year that was suggested by the B.C. and Ontario figures, reinforcing the extent to which this provides a turnover prediction for any comparable jurisdiction.

The committees' assessments remain valid for two years (before 1999, it was three years), and during this period they constitute a pool from which the Minister may select the people that he or she will recommend for any appropriate vacancy. There is nothing in the formal mandate of the committees which absolutely requires the Minister not to appoint anyone who has not been recommended by a committee; this practice rests on a "personal undertaking" by the then Minister of Justice in 1994. This undertaking has been honoured since that time, but never put on a more formal basis. Before recommending a name from the list, however, the Minister conducts his or her own extensive consultations with the judiciary, the legal community, the relevant provincial or territorial minister, and members of the general public.

For my purposes, looking at the federal judicial appointment process is useful for two purposes, although both are cautionary rather than something worthy of emulation.

⁸⁵ Includes both "recommended" and "high recommended."

⁸⁶ Statistics from website of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. Accessed online at <<http://www.fja.gc.ca/home-accueil/index-eng.html>>.

For my first point, I would suggest that one useful way of looking at judicial selection committees and procedures is with a sceptical, even a cynical, eye -- applying something akin to Oliver Wendell Holmes' "bad man" theory of the law to the motives of the Ministers who put the system in play. On this count, the federal process is flawed in several ways. For one thing, it does not have a statutory basis but instead is subject to the changing discretion of the minister, such that the membership can be expanded, or terms changed, or the mandate expanded (to judicial applicants) or narrowed without notice or due process. For another, the actual composition of the committee is largely the product of the Minister's will as well. As it is now constituted, most of the positions are filled from a list of nominees submitted for the Minister's choice, and the rest are order-in-council appointees of the Minister directly. For yet another, because the committee is an anticipatory rather than a reactive one, it cannot say "this candidate is the best fit for this position" but can only say more abstractly "this person has the qualities to be a judge" -- and since 2006, they cannot even say whether or not the person is particularly well qualified. For yet another, the committees' solicitation of input through consultation is not the complete process but only part of it, because the Minister will subsequently undertake a parallel set of inquiries in any event. Finally, the Minister is not absolutely bound to remain within the list of names recommended by the committee, because this constraint exists only as a "personal undertaking" from a particular minister fifteen years ago. From the cynical point of view, this is just going through the motions -- scrutiny if necessary, but not necessarily scrutiny.

The second is that the most recent set of changes to the committee transparently has the fingerprints of partisan politics and ideology all over it; and it does not take a sceptic to find them, because the Minister and the Prime Minister have said so in public. As the Prime Minister said in the House of Commons, speaking to the announced changes: "We want to make sure we're bringing forward the laws to make sure we crack down on crime, that we make our streets and communities safer....We want to make sure our selection of judges is in correspondence with those objectives."⁸⁷ This is a point that is often made in theoretical terms -- the staffing of committees, and the ratios between various types of actors with their own implicit priorities is an important part of the design of these committees -- but the Prime Minister's comments shows that this is literally true in an immediately practical way, so much so that one can watch and understand the redesign as it is going on. This suggests a strong need to work through the initial design carefully, and then to entrench its provisions at least in legislation so as to prevent their casual manipulation.

⁸⁷ House of Commons Debates, No. 110 (14 February 2007) at 1400, quoted in Carissima Mathen, "Choices and Controversies: Judicial Appointments in Canada" *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 58 (2008) 53 at 61.

B. American state court appointment procedures

At the federal level, the prevailing method of selecting American judges is that of executive appointment followed by confirmation by the legislature (in this case, the Senate). Recent American experience suggests the problems that such a procedure can generate during a period of intense partisan division -- it is not just that almost every federal (Article III) judicial appointment has become a battle that needs to be fought hard, not just that not all those battles can be won even by the nominal majority party, but that the process can so seriously delay any appointments being made at all.⁸⁸ The brief experiment surrounding the Rothstein appointment notwithstanding, Canada no longer seems seriously interested in this procedure even for the appointment of Supreme Court judges; there is no point in exploring it in the context of the immediate enquiry.

But if the US federal judicial selection process is so easily summarized, the situation for the states is quite different. Initially, the dominant method of judicial selection was direct appointment -- sometimes by the governor, sometimes by the legislature, and sometimes by the governor subject to confirmation by the legislature. However, the era of Jacksonian democracy saw strong dissatisfaction with this method on democratic grounds; appointment was seen as "a tool to reinforce privilege and deny the common person of her right to popular sovereignty."⁸⁹ The swing toward the democratic device of the partisan election of judges was well under way by the 1830s, and by the time of the U.S. Civil War, two thirds of the states elected all or almost all of their judges; all the states admitted for the next hundred years adopted this same pattern.⁹⁰

But the problems with direct elections drew the attention of reformers in the twentieth century; especially in the major cities, the predictable result had been to deliver the election of judges into the hands of sometimes corrupt party machines. "By the early

⁸⁸ See for example Carl Tobias "Why Filling the 100 Federal Lower Court Vacancies Is a Key Priority" Commentary (January 8 2010). Accessed on line at <http://writ.news.findlaw.com/commentary/20100108_tobias.html>. The occasion for this comment was the fact that the number of vacancies in the federal court (trial and appeal) had that day risen to 100, or just over 11% of their nominal total strength. See also Sarah Binder and 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 at 167.

⁹⁰ Although one of the frequent current arguments against electing judges is that it compromises the independence of judges by making them reluctant to make unpopular decisions, one of the arguments in favor of electing judges in the 19th century was precisely the expectation that elected judges would be more independent than hand-picked friends of governors. See 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. See also F. Andrew Hanssen, "Learning About Judicial Independence, Institutional Changes in State Courts" *Journal of Legal Studies*, Vol. 33 (2004) 431: "Judicial elections were intended, first and foremost, to provide judges with an independent power base that would enable them to stand up to legislative pressure."

twentieth century, elective judiciaries were increasingly viewed as plagued by incompetence and corruption."⁹¹ The first response, early in the 20th century, was to turn to nonpartisan elections -- if party machines were the problem, then excluding parties might be the solution that still allowed direct elections. But although some states found it satisfactory (more than a dozen still use the method today, twice as many as still use direct partisan elections⁹²), the idea failed to catch on more broadly, largely because of concerns about the capacity of many citizens to make informed choices without even party guidance to assist them, and about the very low turnout that resulted. The American Judicature Society began to promote the idea of merit nominating commissions as a solution, an idea first adopted by Missouri in 1940 (hence the frequently used label "The Missouri Plan", although it could just as plausibly be called the AJS Plan). This idea did catch on with a wave of adoptions in the 1960s and 1970s, and is now used by a majority of states.⁹³

But Malleson's general caution -- that the idea of merit nominating commissions is not an "off the shelf" model of a "one size fits all" nature, but rather a set of variables that can be adjusted in many different ways depending on local context⁹⁴ -- is perfectly illustrated by the spread of the idea in the American states. Even the names vary: there are councils, committees, commissions and boards; they are described as nominating or selecting or screening or advising -- ironically, although the standard rubric is "merit nominating committees",⁹⁵ there is only a single one on the whole list, and that one of the most recent adopters (South Carolina 1996), that uses the word "merit" in its title.⁹⁶ They may be constitutional in their foundation, or statutory, or simple products of executive order. They vary in size from Alabama's five to Massachusetts' 21 (or Georgia's 18, or

⁹¹ Stephen P. Croley, "The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law" *University of Chicago Law Review*, Vol. 62 (1994) 689. (The title is, of course, a play on Bickel's famous comment about the "counter-majoritarian difficulty" in the notion of judicial power.)

⁹² See American Bar Association, "Judicial Selection: The Process of Choosing Judges" (2008) 7. Accessed online at <http://www.abanet.org/justice/pdf/judicial_selection_roadmap.pdf>.

⁹³ Although it is clear that the momentum toward merit commissions has dissipated, and there may even be a backlash taking states in another direction, probably toward nonpartisan elections. See Editorial "Saving the Missouri Plan" *Judicature*, Vol. 91 (2008) 160, arguing that the merit system is under "concerted coordinated attack." Similarly, Geyh notes that "non-partisan judicial elections have a renaissance" to such an extent that the American Bar Association has retreated from its advocacy of merit commissions to a more nuanced position that supports non-partisan elections as an option. See Geyh, *supra* note 16. On the other hand, recent court decisions (such as *Republican Party of Minnesota v. White* 416 F.3d 738 (8th Cir.) (2005)) have created some doubt that the boundary line between partisan and nonpartisan elections can survive free speech concerns.

⁹⁴ Malleson, "The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?", *supra* note 46 at 40.

⁹⁵ Armitage objects to the label "merit nomination commission" because it implies that advocates of other selection methods are not interested in merit, but grudgingly yields to the fact that this has become established as the standard label for this approach. See 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 at 625.

⁹⁶ Judicial Merit Selection Commission.

Tennessee's 17); the most popular sizes are 7 (11 states), 9 (8 states) and 11 (6 states). (Most have committees with odd numbers of members, but eight have even numbers.) Some apply to some courts in the state but not others; some states have different commissions for the different levels of court, and some states have different committees of differing composition for different counties within the state.

Even a simple count of the states that use merit nominating commissions is a little tricky, partly because there is such an incredible diversity of bodies and structures and procedures, and partly because states change their practices so quickly that one is really looking at a moving target. There are two obvious sources for lists and categories -- one is the National Council of State Courts, which maintains a website that includes a considerable range of tabular data on state courts, including selection methods; and the other is the American Judicature Society, which is still aggressively supporting the reform ideas of merit selection committees, and therefore has an immediate interest in keeping track of how this idea is progressing. But the most current data on these two sites is not consistent; not only is their count different, but the categories to which they assign particular states varies. The NCSC shows Pennsylvania as a MNC state; the AJS does not, and the Pennsylvania state website flatly states that Pennsylvania does not use and never has used this method. On the other hand, the AJS excludes South Carolina, even though they amended the state constitution in 1996 to require merit nominating committees.⁹⁷ And what are we to make of the three states (Maine 2003; Ohio 2007; New Jersey 2010) that have within the last seven years created by executive order advisory committees that issue nonbinding advice to governors on judicial appointments? Are these the weakest form of MNC's? Or the strongest form of something else? The NCSC and the AJS are not completely consistent on this. My solution has been to distinguish between the legal basis for the relevant committee (constitutional, statutory or executive order), treating these three as progressively weaker forms of legal foundation.

The table that follows is therefore my best take on the current practices of the American states on the selection of judges, sometimes generalizing to the whole state practices that only apply to most but not all of their courts, and keeping intact the distinction between those states that use the MNC's only for interim (between general election) appointments and those that use them for regular appointments (for at least most courts).⁹⁸ It does not jibe perfectly with the counts that appear elsewhere in the literature (the number I keep seeing is 32 states and the District of Columbia), but I think this is

⁹⁷ For information on the South Carolina Merit Selection Committee, see the website at <<http://www.scstatehouse.gov/html-pages/judmerit.html>>. An unusual feature of this merit nomination committee is that judges are appointed not by the governor but by the legislature, and it is to this body that the committee reports on its findings about candidates for judicial office.

⁹⁸ Primarily based on American Judicial Society, *Judicial Merit Selection: Current Status* (2010). Accessed online at <http://www.judicialselection.us/uploads/Documents/Judicial_Merit_Charts_OFC20225EC6C2.pdf>.

partly a reflection of dated comments caught by evolving practices, and partly reasonable but differing choices on what to do with some of the more unusual sets of state arrangements. My list is drawn from the AJS documentation, adjusted in the light of the NCSC information, and double-checked against the state court websites for those states where the information seems inconsistent or uncertain.

Table 13: Merit Nomination Commissions in US State Judicial Selection

	Constitutional	Statutory	Executive Order
Interim appointments	Kentucky North Dakota Nevada	Idaho Minnesota Montana West Virginia	Georgia Ohio Wisconsin
Regular & interim appointments	Alabama Alaska Arizona Colorado Connecticut Florida Hawaii Iowa Kansas Missouri Nebraska New Mexico Oklahoma Rhode Island South Carolina South Dakota Utah Vermont Wyoming	D. of Columbia Indiana Tennessee	Delaware Maryland Maine Massachusetts New Hampshire New Jersey New York

The center of gravity of this table is clearly the nineteen states that have constitutional provisions covering both regular and interim appointments; and, in a different sense, the 29 (28 states plus the District of Columbia) that have some legal basis (constitutional, statutory or executive order) by which merit nominating commissions deal with all appointments -- but, at the same time, the ten states with more limited provisions of whatever sort for these commissions are part of the phenomenon in its broadest sense. Put differently: there are only a dozen states that make no use of merit nominating commissions at all. The three different modes for the legal basis of the commissions surely reflect a firmness of commitment to the practice that declines as one moves from left to right across the table -- but it is important to remember that American states are constantly amending (and on occasion even completely replacing) their constitutions, so

constitutional entrenchment is not quite so final as Canadian experience might lead us to assume.⁹⁹

Table 14: Summary Table, Merit Nominating Commissions

	Constitutional	Statutory	Executive Order	Total
Interim appointments	3	4	3	10
Regular & interim appointments	19	3	7	29
Total	22	7	10	39

As a first question, what do these commissions look like? Although they vary in size, it is reasonable to think of nine or eleven as a fairly typical size. Usually (but not always) there is judicial representation on the commission; even then, usually (but not always) it is a single judge.¹⁰⁰ (New Mexico and North Dakota are the major outliers, on commissions of fourteen and nine respectively.) The other members are either lawyers or lay-people (defined as "not lawyers or judges"); usually, the ratio between these two is specified closely, but sometimes it is left fairly open (just "not judges"). Sometimes the commissions are dominated by lawyers -- in Florida, they are six of nine, in Minnesota they are eight of thirteen, and in New Mexico they are eight of fourteen. (Maine's new commission is exclusively lawyers with no other member groups, as is Wisconsin's, but this makes them unusual.) Sometimes they are dominated by laypeople (Arizona is the outlier in this respect, with ten laypeople on a commission of sixteen). More typically, however, there is a rough balance between the two groups, often strict equality. So, to the extent that we can speak of a typical commission, it is something like four lawyers, four laypeople, and one judge (although only Kansas and Nebraska have precisely these numbers, and only Iowa has the parallel 5/5/1 for an eleven member commission.) The Vermont Judicial Nomination Board is quite different again, with three lawyers, two laypeople and six elected representatives (three from the lower and three from the upper house), but this is highly atypical.

Most judicial members serve *ex officio*,¹⁰¹ and most of the remainder are named by a Chief Judge or Chief Justice. Lawyers are usually chosen by the state bar association, or by some more local or more specialized lawyers' organization; a minority are named by the governor, most commonly in the executive order commissions. Most of the laypeople are named by the governor, sometimes after consultation with one or more other people (such

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

¹⁰⁰ For a state-by-state list of judicial involvement in selection committees, see 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) at Appendix A.

¹⁰¹ Which in American practice means that they do not have a vote. See Clark, *supra* note 100 at 57.

as legislators or judges or other members of the commission or -- one example only -- the deans of the state's law schools). The most common length of term for members is four years; three years or two year terms are also reasonably frequent; and a few are as long as six years. Several of the Executive Order commissions work with a term length that is defined as the governor's term in office, with a new commission being the consequence of the election of a new governor or the re-election of an incumbent.

Merit nominating commissions typically place advertisements, receive applications, review supporting material, conduct interviews, and make recommendations of qualified candidates -- usually to the governor, sometimes to the legislature. There are usually strict rules as to the number of names that must be submitted, with three being by far the most common (although a dozen commissions work with higher numbers, typically 5 or 6 or 7). Many states stipulate that the names must be submitted in either random or alphabetical order (that is to say, not a ranked list), although about half the states have no standing rules on this aspect of the process. There are also rules on the submission by the commission of additional material to support those names; most states do require varying sets of material to be submitted for each of the recommended candidates. The rules about confidentiality also vary; there is, for example, something of an even split between those states where the recommended list is published and those where it is not allowed to be published.¹⁰² In most states, the recommendations of the commission are binding -- that is to say, a selection (by the governor or by the legislature, as appropriate) must be made from the list -- but a minority of the states allow the list to be rejected and a new set of names submitted. Some of the more recent executive order commissions are non-binding, in that the governor may ignore the list in making the subsequent appointment.

Merit commissions are typically (but not always) linked to a democratic legitimization process in the form of a retention election that takes place after an initial term. As Dann and Hansen note, "Twenty states use some form of judicial retention election for appellate court judges and justices, and twelve states use retention elections for at least some of their trial court judges."¹⁰³ (These comments are ten years old, and may be slightly dated.) They note that the result of retention elections is almost always the confirmation of the judicial appointment (only 1% go the other way, and half of those are in the single state -- Illinois -- which requires a 60% affirmative vote for the judge to remain in office), but also that the

¹⁰² For example: a recent story in a Massachusetts newspaper reported the resignation of the chair of the Judicial Nominating Commission and the need to appoint a replacement, while at the same time giving the names of the three recommended candidates for each of a number of vacant judgeships.

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

average level of support in the confirmation vote is trending downward, and that there have been some very dramatic retention election battles that sound a troubling note.¹⁰⁴

The most important aspect of these nominating commissions, however, is one that is implicit rather than explicit in the description of membership and scope and powers and procedures -- and that is the fact that they are deliberately and consistently bipartisan in nature. The concern was (in part) to move the appointment of judges away from the purely internal calculations of a single political party, and the way that is achieved is by involving both political parties in the process. I do not say "involving both political parties equally" because that is a counsel of perfection and not even a goal of most processes; after all, in the end it is formally a governor (less often, formally a legislative chamber) that narrows the shortlist to a single appointee, and this means that a single political party is dominating the final choice in any event.

This aspect of the American system is not easily exported, because the American party system is quite unusual. The same two (and only two) parties are active and significant at the national level and in every one of the states; partisan political activity extends down into (most) city politics as well; and the national/state/local party links are stronger and tighter and more consistent in the United States than they have been in Canada, where even the opening premise (of two parties, only two, the same two everywhere) does not apply. As well, Americans are much more willing than (say) Canadians to self-identify on a consistent and persisting basis with a single party, and to be completely comfortable with this identification penetrating their personal and their working lives.

The consequence of this bipartisanship is, as Malleson suggests, often compromise that screens out unusual candidates.¹⁰⁵ One of the critiques of the commission system generally is that it tends toward blandness, favouring uncontroversial moderates to more colourful alternatives; this may or may not be true at some level of generalization (although surely the argument for wanting the occasional colourful outside-the-box judge has more attraction for multi-judge appeal panels than it does for solo trial judges in any event), but it is more plausibly true of state judicial nominating commissions.

Compared with Canadian nominating councils/committees, the American examples are (despite their variety) more of a kind, which is to say that they are all structurally separate and distinct from the judicial councils (for handling complaints and for other purposes) that also exist in most states. In terms of membership, and again making

¹⁰⁴ The most famous was the retention election battle in 1986 involving Chief Justice Bird of California, who was defeated in a campaign that focused heavily on a number of death penalty appeal court decisions.

¹⁰⁵ Malleson, "The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?", *supra* note 46 at 45.

allowances for considerable diversity on both sides of the border, they are similar in the proportion of lay members to legal professions; within the ranks of the legal professionals, judges are fewer in number (and sometimes not present at all) while lawyers are correspondingly more numerous. In terms of their powers, in terms of the screening/recommending/nominating/selecting continuum that I have suggested above, the American committees are all further to the right-hand side of that set, nominating candidates through a short-list of set length (most commonly, three names) that is referred for decision to the final decision maker. Like the Canadian bodies, the committees are vulnerable to partisan political capture (that is to say: a significant proportion of the members are named at the discretion of an elected official), and like the Canadian councils/committees, all leave the final choice to an elected official. If movement from the left side to the right side of the continuum is positive, then the American committees score at least slightly better than almost all of the Canadian examples.

C. South African judicial appointment procedures

South Africa has devised two judicial appointment committees. The more broadly noted is the Judicial Service Commission, which deals with the staffing of the higher courts; its lower-court counterpart, which is more directly relevant to trial court judicial selection procedures, is the Magistrates Commission. Since both are very similar in their structure and their procedure (the largest difference being the fact that the JSC is entrenched in the constitution, whereas the MC is a statutory creation), I will assume that many of the comments and evaluations of the higher profile JSC can be carried over to the lower-profile -- and more relevant to appointment procedures for trial court judges -- MC. Both have, incidentally, been challenged on constitutional grounds -- the JSC in the *First Certification* case¹⁰⁶ in 1996, and the MC in the 2002 *van Rooyen* case¹⁰⁷ -- but both have been upheld as valid by the constitutional court (the latter reversing the High Court decision). To further complicate comparisons, the Magistrates Committee does, but the Judicial Service Committee does not, have the additional responsibility of dealing with complaints against magistrates, grievances on the part of magistrates, and with salary and service conditions.

The Judicial Service Commission consists of:

- a) the Chief Justice, who presides at meetings of the Commission;
- b) the President of the Constitutional Court;
- c) one Judge President designated by the Judges President;
- d) the Cabinet member responsible for the administration of justice, or an alternate designated by that Cabinet member;

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).

- e) two practising advocates nominated from within the advocates profession to represent the profession as a whole, and appointed by the President;
- f) two practising attorneys nominated from within the attorneys profession to represent the profession as a whole, and appointed by the President;
- g) one teacher of law designated by the teachers of law at South African universities;
- h) six persons designated by the National Assembly from among its members, at least three of whom must be members of opposition parties represented in the Assembly;
- i) four permanent delegates to the National Council of Provinces designated together by the Council with a supporting vote of at least six provinces;
- j) four persons designated by the President as head of the national executive after consulting with the leaders of all the parties in the National Assembly; and
- k) when considering matters relating to a specific high court, the Judge President of that Court and the Premier of the Province concerned.

The Magistrates Commission consists of:

- i. a judge of the High Court of South Africa, as chairperson, designated by the President in consultation with the Chief Justice;
- ii. the Minister or his or her nominee, who must be an officer of the Department of Justice;
- iii. two regional magistrates, one to be designated by the respective regional magistrates and the other by the President after consultation with the respective regional magistrates;
- iv. two magistrates with the rank of chief magistrate, one to be designated by the respective chief magistrates and the other by the President after consultation with the respective chief magistrates;
- v. two magistrates who do not hold the rank of regional magistrate or chief magistrate, one to be designated by the magistrates profession and the other by the President after consultation with the magistrates profession;
- vi. two practising advocates designated by the Minister after consultation with the advocates profession;
- vii. two practising attorneys designated by the Minister after consultation with the attorneys profession;
- viii. one teacher of law designated by the Minister after consultation with the teachers of law at South African universities;
- ix. the Head of the Justice College;¹⁰⁸

¹⁰⁸ "The Justice College provides vocational training to all officials of the Department of Justice and Constitutional Development. It also presents training to autonomous professions such as magistrates and prosecutors." See

- x. four persons designated by the National Assembly from among its members, at least two of whom must be members of opposition parties represented in the Assembly;
- xi. four permanent delegates to the National Council of Provinces and their alternates designated together by the Council with a supporting vote of at least six provinces; and
- xii. five fit and proper persons appointed by the President in consultation with the Cabinet, at least of two whom shall not be involved in the administration of justice or the practice of law in the ordinary course of their business.

As summarized by the Constitutional Court: "The Commission thus consists of a judge, six magistrates, four legal practitioners, a teacher of law, eight members of Parliament and five nominees of the executive. In addition, the Minister and the head of Justice College are members of the Commission. On its face this is a diverse body of persons, nearly half of whom consist of members of the judiciary and the legal profession. The rest are nominees of Parliament and the executive." (para. 40) These are *very* large committees;¹⁰⁹ their membership is summarized and compared in the table below.

Table 15: Composition of Judicial Appointment Commissions, South Africa

	Judicial Service Commission	Magistrates Commission
Judges	3 (4)	7
Lawyers	4	4
Ministers	1 (2)	1
Legislators	10	8
Academics	1	2
Laypeople	4	5
TOTAL	23 (25)	27

The (slightly) larger size of the Magistrates Commission reflects the fact that it is a multi-purpose body, rather than a single-purpose nominating committee, and that it is divided into committees for at least some of these functions.

South African Government Information website. Accessed online at <http://www.info.gov.za/aboutgovt/justice/structures.htm>.

¹⁰⁹ Although Malleson overstates the extent of this unusual size by comparing it to American state nominating commissions where, she says, the "most common" size is five members. See Kate Malleson, "Assessing the Performance of the Judicial Service Commission" *South African Law Review*, Vol. 116 (1999) 36 at 38 fn.5. In fact, only a single U.S. state (Alabama) uses a nominating commission this small, and seven (eleven examples) or nine (eight examples) are the most common. To be sure, this is still considerably smaller than either of the South African commissions; only Massachusetts, with a committee of 21, comes close.

The most obvious feature of the two South African commissions is the presence of a significant number of elected representatives, as well as the Minister of Justice; together, they constitute just under a majority of the JSC and one third of the MC, although this impact is diminished by the fact that they are not all from the same political party. Malleson describes this as having been the outcome of fierce debate during the drafting of the constitution, with the composition of the Judicial Service Committee reflecting a clear victory for those who wanted a strong elected political presence within the appointment process. However, she suggests that in practice it has not worked out quite as those numbers suggest, and that the judicial members enjoy an influence that is quite out of proportion to their numbers -- so much so, on some occasions, as to prompt complaints about an undue judicial influence.¹¹⁰ As well, she suggests that most of the parliamentarians also have had a legal background, which makes the professional element of the commission more numerous than might appear. On the other hand, Gordon and Bruce suggest that "some people believe that the JSC includes too many politicians and political appointees and thus permits excessive political influence in the appointment of judges" to such an extent as to compromise judicial independence.¹¹¹ But Malleson counters that the very fact that the ANC leadership has often complained of the JSC's slow progress toward an appropriate racial balance in the judiciary, to the extent of threatening constitutional amendments should it gain a large enough legislative majority, is in itself testimony to the extent to which the JSC has displayed a genuine independence. And she has suggested a reason why this may be so: the real key to a functionally independent nominating commission, she says, is for the members to develop a genuine group identity that transcends what might look like prior commitments flowing from the connections that led to their appointment, and she thinks that the JSC has accomplished this.¹¹² If there is a lingering worry, it is that the JSC (in the absence of clearer guidelines as to a definition of merit) leans too heavily on prior experience in a judicial position, which gives the Minister (through his discretionary designation of acting judges, a frequent practice) an indirect but significant influence.¹¹³

This partisan political presence is understandable, perhaps, in terms of the unique circumstances of the emergence of modern South Africa from the conditions of white-dominated apartheid. The word that runs through all the discussions of the judicial system is "transformation", and the critical challenge has been to frame a judicial system that will maintain a degree of continuity with the past without compromising the move toward a

¹¹⁰ Malleson, "Assessing the Performance", *supra* note 109 at 38.

¹¹¹ A. Gordon and D. Bruce "Transformation and the Independence of the Judiciary in South Africa" in *After the Transition: Justice, the Judiciary and Respect for the Law in South Africa* (Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2007) 50. Accessed online at <<http://www.csvr.org.za>>.

¹¹² Malleson, "Assessing the Performance", *supra* note 109 at 39.

¹¹³ Gordon & Bruce, "Transformation", *supra* note 111 at 51.

multi-racial society, that will reflect the new realities of power in South African politics and society without simply having the new victors totally displace the group from whom they wrested power. This transformation is simultaneously social, political and legal; the courts cannot be a brake on the process, and so they must be a part of it. A strong political presence, tempered by a comparably strong professional presence, is a logical way of accomplishing this. However, it drastically limits the exportability of the model, given that for countries like England and Canada the purpose has been to constrain the discretion of the political leaders in judicial selection, not to embrace it; and it may hold some problems for South Africa in the future, if the ANC's overwhelming dominance remains such that it becomes what Sujit Choudhry has termed a "dominant party democracy" with the dangers of incremental autocracy that this involves.¹¹⁴

It was a change in the composition of the MC, expanding the number of elected representatives serving on the commission, that provoked the *van Rooyen* challenge, and part of the argument was that judicial independence is compromised by inappropriate partisan political sway over the appointment process.¹¹⁵ Although it failed in the immediate case, this is an argument that is receiving a better hearing in many countries (including, for example, England) than would have been the case a decade ago -- at one time, we could say that in strictest logic, how the judges get their positions is one thing, how independent (how protected from direct political pressure) they are in the exercise of that office is another and completely separate thing; but this is an idea that is clearly on its way out of the discourse. The South African constitutional court did not disagree with the proposition that appointment bears on independence; it disagreed that the MC, either before or after the amendments, was so constructed as to be transparently an agent of majority political will.

The Judicial Service Committee solicits nominations (and its members can make additional nominations), screens candidates, conducts interviews, and recommends names to the President, who makes the appointment. For the constitutional court, the rule is that it submits three more names than the number of vacancies, although the President can, but so far has not, request additional names to be added to the list; for the other courts in the JSC's remit, the appointment must be made from the Commission's list. What is most striking about the JSC process is that the interviews it has been conducting were (after a brief initial period of closed interviews) open to the public, which in practical terms and most importantly means "to the media". Interviews with at least a subset of the stronger

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) (forthcoming). Accessed online at <<http://ssrn.com/abstract=1651332>>.

¹¹⁵ It is interesting that almost all of the judicial authority cited, and certainly all of the non-South African judicial authority, is comprised of decisions of the Supreme Court of Canada.

candidates are a normal part of the judicial selection process in many countries today, but open interviews definitely are not.

For obvious reasons, the representativeness issue is the central challenge of the JSC and the MC. As Wesson and du Plessis note, "the promotion of a diverse judiciary is a constitutional imperative."¹¹⁶ It is also a tightrope that the JSC and the MC must walk, with the white population constantly on the lookout for signs of victor's justice, and the other elements of the population suspicious of any signs of "business as usual."¹¹⁷ The fact that the JSC is simultaneously being assailed by the ANC for not proceeding briskly enough with the racial transformation of the bench, and criticised because it has "focused more on race and gender than on legal competence when making judicial appointments"¹¹⁸ may be the best sign that it is keeping its balance on the tightrope. A more basic problem, however, is the "lack of clear standards for assessing the suitability and competence of candidates" given that the Constitution requires only that judges are "appropriately qualified" and "fit and proper persons," but neither the constitution nor any other official document lays out the criteria for selection in terms of more specific guidelines.¹¹⁹ The suggestion that a lack of clear criteria complicates the process of finding a proper balance between merit and representativeness is something that I will return to in a later Part of this report.

My comments have necessarily focused on the Judicial Service Commission, as it has drawn the bulk of academic analysis, evaluation and criticism, although its overshadowed counterpart, the Magistrates Commission, is more directly relevant to the immediate enquiry. It seems to me that the basic lesson from the South African experience is the enormous power of public openness as a means of permitting even a controversial body working in a very tricky area to accomplish significant things with a reasonable degree of independence; as Rickard suggests, "the value of open hearings" goes deep in terms of meeting the expectations of the public. Indeed he goes further, warning that "even if you change the system to the finest you can think of, but it operates behind closed doors, then you have lost the battle to persuade people that anything has changed at all."¹²⁰ On the

¹¹⁶ Murray Wesson & Max du Plessis, "The Transformation of the Judiciary: Fifteen Year Policy Review" report commissioned by the South African Presidency. Accessed online at <http://www.thepresidency.gov.za/docs/reports/15year_review/jcps/transformation_judiciary.pdf>.

¹¹⁷ A further complicating factor was the belief, among the white population and to some extent abroad, that at least the appellate levels of the white judiciary under apartheid had been "fearless fighters" for "the unrepresented majority." Contemporary scholarship has dismissed this belief as "a myth" based on a very selective reading of isolated events. See Hugh Corder, "Judicial Authority in a Changing South Africa" *Legal Studies*, Vol. 24 (2005) 253 at 255.

¹¹⁸ Gordon & Bruce, "Transformation", *supra* note 11 at 47.

¹¹⁹ *Ibid.* at 50.

¹²⁰ Carmel Rickard, "The South African Judicial Selection Commission" paper presented at the Conference on "Judicial Reform: Function, Appointment and Structure", held by the Centre for Public Law, University of

other hand, what runs through the literature on the South African models is a warning is to be cautious about too deep a penetration of explicitly partisan political representation into the process, for both its substantive and its symbolic implications.

D. United Kingdom judicial appointment procedures

D.1 The Judicial Appointments Commission for England and Wales

The Judicial Appointments Commission for England and Wales was established in April, 2006, as part of a package of judicial reforms following the Constitutional Reform Act of 2005 (the most dramatic of which was the ending of the House of Lords as the highest court for many matters,¹²¹ and its replacement with a Supreme Court of the United Kingdom). Although there had been concerns about the judicial appointments process for some time, culminating in a Commission for Judicial Appointments that was established in 2001, the promptness with which the reforms were undertaken, and the extent of the reforms that were introduced, is still controversial.

The Judicial Appointments Commission has fifteen members, six of whom are lay members, five are judges, two are lawyers (one barrister and one solicitor, acknowledging the divided nature of the practice of law in England), one is a member of a tribunal, and one is a lay judge. The Chair must be one of the lay members, although legal professionals make up a majority of the committee.¹²²

Three of the judicial members are selected by the Judges' Council, a structure which dates back to the 19th century but had fallen into disuse and was revived in 1988 as a means for judges of the High Court and the Courts of Appeal to give advice to government; in 2002, it was expanded to include judges from the District and Circuit benches and from the House of Lords, and in 2005 it was expanded again to include some representation from the tribunals as well (currently three members).¹²³

All the other members of the JAC -- the two other judges, the lawyers, the tribunal member, the lay judge, and the lay members -- are selected through an open competition, a consideration which is important enough that it is repeated several times in the annual report and on the website. This competition involves creating independent panels (and apparently separate panels for each such competition). Each panel has a chair, selected by

Cambridge (4 October 2003). Accessed online at <<http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/conference-papers/17>>.

¹²¹ More precisely: it replaces the Lords of Appeal in Ordinary, the dozen members of the House of Lords who were appointed to carry out the judicial functions of that House.

¹²² Information drawn largely from the JAC website, and its 2009 annual report which can be accessed online at <<http://www.judicialappointments.gov.uk/index.htm>>.

¹²³ Robert Carnwath, "Comment: The Judges' Council" (April 2006). Accessed online at Council on Tribunals website at <http://www.council-on-tribunals.gov.uk/adjust/item/comment_judges.htm>.

the Lord Chancellor with the consent of the Chief Justice, but who cannot be either a judicial official of any kind or a member of the House of Commons; the other members are the Chief Justice or his nominee, a person selected by the chair of the panel, and the Chair of the JAC. Members are appointed for a fixed term which is not to exceed five years, and no person can serve for a total of more than ten years regardless of whether or not the service is consecutive; however, the annual report shows that although most of the members are part way through five year terms, five of them have actually been appointed for one year terms, and the terms for twelve of the fifteen members will end in January 2011, which is somewhat curious. Eight of the fifteen members of the JAC are women, one whom is the chair; two are visible minorities, one of whom is the chair.

The JAC is responsible for most judicial appointments in England and Wales, including paid lay judges and members of tribunals. It is not responsible for appointments to the new U.K. Supreme Court; there is a separate committee for this purpose. Nor is it responsible for appointments to the unpaid judicial positions that are an unusual but important part of the English system. (This latter is a source of mild concern, in that practical experience is a valued element in the selection process, such that unpaid judicial work is thought of as a stepping stone to full time and paid judicial work, and yet access to these positions is not handled through an independent merit system.) However, it is responsible for everything in between these two extreme ends of the system, and this implies a workload that is far beyond anything contemplated by any Canadian selection committee; the Ontario JAAC recommends candidates for, on average, about fifteen appointments per year, but the English JAC is responsible for about 450 appointments each year, thirty times as many. And where the Ontario JAAC handles about 150 applications per year, the English JAC must process something between 3000 (the 2009 figure) and 3500 (the 2008 figure). The completely predictable result is that the JAC has been obliged to step back from the details of the process and to assume more of a supervisory and capstone role.

The procedure of the JAC is as follows: It begins with a vacancy request from the Lord Chancellor, targeting a specific position and including minimum eligibility requirements as well as any special statutory conditions that might apply to the particular position. The JAC draws up an application form and an information package for each "selection exercise", and applicants can apply online, or by email, or by hard copy. A shortlist is developed from these applicants, based either on a "paper based sift" or a qualifying test; the balance has been shifting gradually from the paper sift to the test, and considerable work goes into designing and reviewing an appropriate test for different types of position. The applicants who make the short list, which tends to involve two or three individuals for each position, are then invited to a "selection day", which involves an interview and possibly a role-play exercise as well. Their performance is assessed by a

panel that consists of a panel chair, a judicial reader, and an "independent" member, with the panel chair preparing a report which is presented to the Commissioners. The same report is simultaneously submitted to the Lord Chief Justice and one other person of comparable experience; these are the "statutory consultees" who will give their view on the suitability of each candidate, and whose comments must be taken into account by the Commissioners and reasons given if the Commission decides differently. The Commission then makes the final decision, recommending a single name to the Lord Chancellor for appointment to the vacancy.

The Lord Chancellor can return the name to the Commission for reconsideration, something which happened once, in 2008, although ultimately the same name was recommended a second time with an explanation and the appointment went ahead. It is not completely clear what the parameters of this reconsideration power are, or what criteria might legitimately trigger it, but it has been resorted to so seldom in the very important early going that it seems inappropriate to attach too much concern to it.

The scale of operations of the English Judicial Appointments Commission is considerable. Each "selection exercise" involves generating an application form targeted on the specific position to be filled, and similarly generating a set of criteria for appointment that is in part generic (as reproduced in Appendix B) but in part focused on the immediate position; since there are a large number of distinctly different positions in its remit -- the JAC website lists sixteen selection exercises currently in process, but these involve ten distinctly different positions. As the emphasis shifts from a paper sift to a specifically designed qualification test, there is additional work involved in designing and field-testing each test, not to mention the coordination of the "selection days" and the selection panels. As well, there is an outreach function to make the information about the new selection process more widely available. At present, the Commission has a permanent staff of about 100 people, and the cost of the commission is about ten million pounds sterling per year (or about sixteen million dollars at current exchange rates).

The Judicial Appointments Commission has been receiving mixed reviews. On the one hand, it is often treated as the poster-child of the selection reform process, the brightest star in the appointment system sky, and all the more surprising for that because it happened in England, whose traditional practices are still emulated and celebrated in countries like New Zealand and Australia. The JAC does not merely screen, or recommend, or even nominate -- it selects, which is to say that it presents a single name, in circumstances that almost never result in a request for a reconsideration. On the other hand, it has been criticized for the length of time that it takes to make decisions -- a concern

cogent enough that the JAC has made something of a reply in its 2010 report.¹²⁴ And it has been criticized as well for not having made sufficient progress toward a more representative judiciary (that is to say: more women, more visible minorities, more solicitors as distinct from barristers, more people from more diverse backgrounds than "Oxbridge"). As a result, the government has announced that it will be reviewing the body and its procedures and powers in the immediate future (something which the simultaneous ending of most of the terms was already pointing to in any event).

The representativeness criticism is particularly cogent, because the principal motivation for the creation of the JAC was the fact that "the narrow background from which the [English] judiciary is drawn, particularly at senior levels, ha[d] become its Achilles' heel."¹²⁵ But this is simply one of the two horns of the dilemma on which most of the judicial selection commissions are caught -- the stronger their powers and the higher the hopes that accompanied their introduction, the grimmer the dilemma. The other horn of the dilemma is, of course merit -- if a commission is not (like the English JAC) criticized for not pursuing diversity aggressively enough, then it is (like the Ontario JAAC) criticized for compromising too much with respect to merit.¹²⁶ In my conclusion, I will try to suggest a way out of the diversity/merit "choose how to lose" bind; for the moment, I will simply endorse Malleson's observation that a totally fair selection committee is not enough to achieve a diverse judiciary, and it has to be accompanied by an aggressive campaign to make sure that candidates other than the traditional ones apply, and that they are appraised on terms that do not take the traditional candidates as the standard.¹²⁷

Compared with the other judicial selection committees surveyed in this study, the English JAC operates at a much more remote level. In many ways, it is the selection panels that are more like the Canadian provincial judicial appointment commissions, or the American merit nominating committees; these are the bodies that take a full set of applicants, evaluate them against some notional threshold in terms of published guidelines, and then decide which names (plural) should remain in consideration. Unlike the practice in many Canadian provinces, what goes on to the next level is not simply the names, or the names accompanied by the application forms, but rather a carefully drafted report to which is appended the critical comments of the statutory consultees. The English JAC is a capstone committee, taking the processed results of the short-listing and then turning this

¹²⁴ Judicial Appointments Committee, Annual Report 2009-10 at 18-19. Accessed online at <http://www.judicialappointments.gov.uk/static/documents/JAC_AR10.pdf>.

¹²⁵ Malleson, "The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?", *supra* note 46 at 42.

¹²⁶ See F.L. Morton, "Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition", *supra* note 9 at 70.

¹²⁷ "If the appointment process seeks to find candidates who are identical in every way to those currently selected apart from their sex or race it is unlikely that many will be found." See Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 122.

into the selection of a single person whose name will be passed on to the officials with the formal power of appointment. But it is this final selection power -- the "reduce the list to one" capacity -- that puts it one stop further down the road than other commissions.

In terms of its composition, the JAC is unusual for its high proportion of judicial members -- five out of the fifteen, although depending how one wants to count the lay judge and the tribunal member, a case could also be made for a count of seven out of fifteen, just short of a majority. There are six lay members and two lawyers, although the balance is slightly tilted again by the fact that the chair of the commission must be one of the lay members. Paterson is very critical of the decision to include so many judges, at the expense of foregoing the chance of a lay majority; he worries that it "ensured that little would change from the status quo" because of the "potential for cloning" in that judiciary would tend to select for people like themselves.¹²⁸ In a more positive vein, it is one of the few commissions where there has been a serious attempt to give the lay members a more competitive, objective and independent role by freeing them from the direct favour of the Minister, either in terms of initial appointment or in terms of reappointment, both of which are handled in a more transparently "hands off" way. (This is partly offset by the curious way that the terms of appointment are being handled, such that several lay members are serving single year terms.)

In terms of outreach, the Judicial Appointments Commission maintains a most impressive website with a wealth of information about its origins, its members, its processes, and the guidelines that it follows in developing the criteria for appointment -- and it is transparently its own website, with its own logo and format and colours, not some corner of somebody else's website. It publishes an annual report that remains available in pdf format on its website, and this is something more than the "words and tables" of most such reports with a more impressive and attractive appearance; on the other hand, government reporting requirements require it to vanish into pages of budgets and accounting practices. The site advertises vacancies (and offers an email newsletter service promising information about future vacancies, should you wish to subscribe), it describes current and past selection exercises, it provides advice about judicial careers and about how to apply, and it offers an online application form. It is in a different league altogether from the online presence of any of the Canadian committees, and a solid demonstration of what transparency and openness look like in the internet age.

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

D.2 The Scottish Appointments Board

The Scottish Appointments Board grew out of the same concerns, and against the same cultural and political background, as the English JAC. Indeed, it was under the "New Labour" British government after 1997 that politicians began to talk openly about establishing an independent and neutral commission; although the government in London retreated (temporarily, as it turned out), the coalition government in Scotland persisted, first with their 1999 *Programme for Government* and then in 2000 with a consultation paper entitled *Judicial Appointments: An Inclusive Approach*.¹²⁹ In 2001, the government announced that it would go ahead with a non-statutory judicial appointments board; the body came into effect in June, 2002, and made 45 judicial appointments in its first full year. The decision to proceed on a non-statutory basis was vigorously criticized on the grounds that it robbed the board of any real effectiveness; this omission made the board "just another ad hoc board" without any "power or authority."¹³⁰ Before long, the government responded to these objections by making the board an advisory non-departmental body under the provision of the *Judiciary and Courts (Scotland) Act* (2008) which took effect on June 1, 2009 (and which otherwise kept the powers, structure and procedures of the board intact).

The composition of the board was equally controversial. It consists of ten members (unusually for such bodies, an even number), five of which are lay members, three are judicial members (a Judge, a Sherriff Principal, and a Sherriff) and two are legal members (a barrister and a solicitor, again reflecting the British division of the legal profession). As if this were not unusual enough, the defining rules stated that the chair of the board must be one of the lay members. The article in the Law Society journal found this to be an "extraordinary" choice that made the body "unique in Europe" where judicial appointments are in the purview of "judicial self-governing bodies."¹³¹ (Presumably this choice is less extraordinary now that the English JAC followed suit four years later.)

Similarly to the process later followed in England, the five lay members and the two lawyer members were all appointed by an independent committee following open advertisement, civil-service style short-listing, a checking of references, and an interview. (Paterson found this selection process to be very good; the Scottish law society was somewhat more sceptical.) The membership of the board was simply carried over when the status of the board was changed from non-statutory to statutory; the members are appointed to terms of four or five years (presumably in the interests of creating staggered memberships), and they can be reappointed for a second term.

¹²⁹ Paterson, *supra* note 128 at 13.

¹³⁰ See for example Jamie Gilmour, "The Judicial Appointments Board -- a Misnomer" in *The Journal Online: the Members' Journal of the Law Society of Scotland* (August 1 2002). Accessed online at <<http://www.journalonline.co.uk/Magazine/47-8/1000263.aspx>>.

¹³¹ Gilmour, "Judicial Appointments Board", *supra* note 130.

The Scottish Board advertises vacancies, receives applications, does a "first sift" of applicants with the stronger files moving on to referee's consultation and assessment forms, followed by a "second sift" with the stronger applicants moving on to interview. After considering stronger alternatives, the Scottish government decided on a nominating commission rather than a selecting commission for the more important judicial positions, and the board submits a ranked short-list on the understanding that the government will not depart from the list or the ranking without good reason which (Paterson indicates) has not happened yet.

The most interesting aspect of the Scottish procedure is the position that it has taken on personal enquiries and consultations by the board members. It is taken for granted in most commissions that part of the duties of the legal and especially the judicial members is to take what in Britain are called "secret soundings" -- that is, to go to their colleagues and ask for candid and confidential comments on specific candidates. This process is obvious, but it is also problematic, first because it favours certain types of candidates more than others (which undermines the diversity objective and offends the principle of equality), and secondly because candidates whose applications are negatively affected will never know why and will never have any chance to present their side of what may be a more nuanced story. The Scottish Board, at the behest of the lay members, therefore decided not use the "secret soundings" route, even at the cost of doing without an information source that might sometimes be useful; and, further, they decided not to allow the judicial members to articulate any personal knowledge about any of the candidates. The way that the board decided to compensate for the loss of this information was to "develop the application form into a formidable document in which candidates are required to demonstrate (with examples from their own experience) how they meet the published criteria for judicial appointment. The referees forms are structured and focused on the same competencies, as is the questioning in the interviews with the short-listed candidates."¹³²

The advantage both of the competitive process for most of the appointments and of the banning of secret soundings is that the process is put on a more objective basis with more elements that must be articulated ahead of time in some detail rather than being left to assumed knowledge. This clearly serves the interests of objectivity and transparency, thereby enhancing the operations of the board.

Like the JAC, albeit on the smaller scale (handling about one tenth as many appointments each year) the Scottish Board has its own modest secretariat and offices, budgeting about a quarter of a million pounds each year. Again like the JAC, it has its own

¹³² Paterson, "The Scottish Judicial Appointments Board", *supra* note 128 at 23.

website presenting information about the board, its members, its procedures, and any running or anticipated competitions.

D.3 Northern Ireland

The Northern Ireland Judicial Appointments Commission (NIJAC) is essentially a variation on the same theme as the other U.K. commissions, and it grows out of the same context and the same discussions, having been established in 2005 as an executive non-departmental public body under the Justice (Northern Ireland) Acts of 2002 and 2004.¹³³ These pieces of legislation are not available on the BAILII website, but from the language on the NIJAC website ("established under" not "established by") it would seem that the commission is not specifically identified within the Act, which instead contains more general and permissive language, such that the NIJAC (unlike the English JAC and the SAB) should probably be thought of as an executive order body rather than a statutory body.

The Northern Ireland Judicial Appointments Commission has thirteen members -- six judicial members, two lawyers (a barrister and a solicitor, echoing the distinction in the other U.K. commissions), and five lay members. It is chaired by the Chief Justice of Northern Ireland, who also names the five other judicial members, one from each tier in the Northern Ireland Judicial hierarchy; judicial members serve a five year term. The five lay members are named by the Lord Chancellor for a four year term. The lawyers are chosen by their respective societies, and serve three year terms. The terms are renewable; the website indicates that the first term for the lay members was recently completed, and all the lay members who wished to be continued for a second term were reappointed.

Table 16: Composition of U.K. judicial appointments commissions

	Judicial members	Legal Members	Lay Members	Total Size
English Judicial Appointments Commission	7	2	6	15
Scottish Appointments Board	3	2	5	10
Northern Ireland Judicial Appointments Commission	6	2	5	13

The composition of the NIJAC is very similar to that of the English JAC (the more so because both are a "loose count" that includes a lay magistrate as well as the more formally designated judges), and more like the English JAC than the SAB in that judicial members are the most numerous group, just short of an absolute majority. This is slightly more pronounced for the NIJAC in that one of the judicial members is the ex officio chair of the commission, unlike the JAC where one of the lay members served as chair. The difference between the membership of the two bodies is that the NIJAC has a very centralized process

¹³³ From the Northern Ireland Judicial Appointments Commission website. Accessed online at <<https://www.nijac.org/default.htm>>.

for selecting members (five are named by the Chief Justice, and five are named by the Lord Chancellor on a completely discretionary basis), where the English JAC has a deliberately decentralized member selection process that gives no individual a comparable potential for leverage. If one were guessing who is the most influential single member, the answer for the NIJAC is clearly the Chief Justice of Northern Ireland; the answer for the English JAC is a little less obvious, but it is probably either the lay Chair or the senior judicial member.

The NIJAC is responsible for recommending appointments to the courts and the tribunals of Northern Ireland (a total of about 700 positions), and it is also responsible for recommending reappointments to the (term specific) appointments to deputy posts and fee-paid posts. During the calendar year covered by its most recent annual report,¹³⁴ it made recommendations for 25 judicial appointments (three court appointments and twenty-two tribunal appointments) and 32 reappointments, a case-load which would seem to make it roughly comparable to the Scottish Appointments Board (although this is to some extent comparing apples and oranges, because reappointments are quite different from appointments). The NIJAC has a staff of 17 (12 seconded from the Lord Chancellor's department, 5 hired directly) and a total annual budget of about 1.5 million pounds.

The application process is straightforward. Notification of a vacancy results in advertising in a number of media, and an information pack is developed which identifies the position and the skills and competencies that are relevant to it. Applications are sifted against eligibility and qualification requirements, and consultations are undertaken with respect to the remaining candidates, after which a short-list is generated for interviews with the commission. It is clearly established that the commission's responsibility is to come up with a single name that is recommended for the position, and although it is reasonable to assume that the Lord Chancellor to whom the recommendations are sent may have some further recourse in unusual circumstances, there is no indication on the website or in the report that any recommendations have not been followed through with appointment.

NIJAC has a reasonably extensive website at <http://www.nijac.org/default.htm>, and they issue an annual report which is accessible from the website, along with brief biographical information about all the members of the commission. They accept a modest outreach mandate, mostly in the forms of written material such as their own 46-page *Guide of Judicial Careers in Northern Ireland*, and articles and other short pieces for the print media. They publish no generic "criteria for appointment" statement, but part of their process is to draw up a Judicial Selection Framework identifying relevant skills and competencies, and this is part of the Information Pack which is sent out with the application form. (No examples, current or past, could be accessed from the website.)

¹³⁴ NIJAC Annual Report and Accounts 2008-2009. Accessed online at https://www.nijac.org/publications/documents/annualreports/NIJAC_Annual_Report2008_2009.pdf.

E. European trial court appointment procedures

How are the judges of the civilian systems of continental Europe selected? In a word, there are picked by competitive examinations. In France¹³⁵ and Spain¹³⁶ and Portugal, we would emphasize after-degree training and examinations. In Germany¹³⁷ and the Netherlands,¹³⁸ we would emphasize relevant work experience and examinations. In Sweden,¹³⁹ we would talk about examinations flexibly graded so as to take account of prior experience. In Italy,¹⁴⁰ we would just talk about examinations, period. But what they all have in common is an emphasize on a set of formal examinations, marked so as to assign grades that rank the people who took the exam; exams that are strict enough that most of those writing fail to gain a post, but those with marks above a cut-off point earn judicial employment and higher marks within that category claim the better of the jobs available.

This is the public service merit-driven system, a comparison that has more positive overtones in Europe than in North America -- to such a point that there a top-level public service career is normally the preferred option. There are judge-dominated organizations with authority over these entrance decisions, and over the promotion decisions that mark the resulting careers, but they are less like the "interview all the candidates" commissions that have dominated this report, and more like a public service commission that makes sure that the rules are clear and that they are followed.

This represents a distinctly different notion of the judicial career and the appropriate access points to such a career from those taken for granted in the common law systems, where the emphasis instead is on tested and experienced professionals. In the common law countries, a judgeship is not an entry level position, but one that can only be accessed after success as a practising lawyer.

There are a number of practical consequences to this. On the one hand: if a judgeship is an entry-level position straight out of university (as it is in France), then starting salaries will be low and the ranks of the lower-level judges can be correspondingly more numerous.¹⁴¹ On the other hand: if almost all judges must start their judicial career as school-leaving entry-level functionaries, then there has to be a meaningful judicial career that involves "progress through the ranks" for almost everyone, and quicker progress to

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

¹³⁶ Bell, "The Spanish judiciary", *supra* note 135 at ch. 4.

¹³⁷ Bell, "The German judiciary", *supra* note 135 at ch. 3.

¹³⁸ Leny E. De Groot-van Leeuwen, "Merit Selection and Diversity in the Dutch Judiciary" in Kate Malleson & Peter H. Russell *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (Toronto: University of Toronto Press, 2006).

¹³⁹ Bell, "The Swedish judiciary", *supra* note 135 at ch. 5.

¹⁴⁰ Mary L. Volcansek, "Judicial Selection in Italy: A Civil Service Model with Partisan Results" in Kate Malleson & Peter H. Russell, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power* (Toronto: University of Toronto Press, 2006).

¹⁴¹ Indeed, in Italy entrance to the magistrature is prohibited to anyone over the age of thirty. See Volcansek, *supra* note 140 at 163.

higher ranks for the most capable. If the general picture of judges in the common law world is that they are white, middle-aged and male, the general picture of judges in Europe is that they are young and female, the logical consequence of the difference in the two career routes I have described.

The civilian approach assumes that the duties of a judge are something that can be taught in university level courses -- a set of techniques that can be taught and examined. This fits with the ethos of the code system, where the rules are straightforward, their application is mechanical and transparent, and judges are not supposed to provide "value added" interpretations to the codes that express the will of the legislature. It can be doubted that this was ever a complete understanding of how the judiciary operated -- Lasser's *Judicial Deliberations* teases out a much more complex story of how the judiciary married policy concerns to the flat application of code provisions through formal syllogisms¹⁴² -- but it defines the tone of a system and the shape of a career. If nothing else, the civilian system ensures that the more complex issues of law in the more important cases are handled by judges who have gained years of experience as they work their way into the higher courts.

I have over-simplified slightly -- for one thing, all I have described is the main entry to the civilian judiciaries, and left out the lateral entry that is possible for people who have started in another career, usually the public service. In France, there are three *concours* for admission to the judiciary -- one for those leaving university, one for civil servants, and a third for those of sufficient standing in a private sector profession -- but the first accounts for more than 90% of the new judges.

The obvious advantage of such an approach is its objectivity and replicability -- the performance on the examination, and its translation into a number that can be directly compared with what others have done, and the fact that the examination can be re-graded on appeal if necessary all move us away from the opaque judgment calls of interviews and secret soundings. The challenge is the design of appropriate examinations that adequately assess the necessary knowledge in a transparent way, without any built-in biases of the sort that (for example) law school admission tests have been struggling for many years -- these are exams that would have to be accepted as reasonable and rigorous both by the people taking the examinations and the members of the profession that they would be joining.

There has been some talk of examinations in the context of the common law system. The South Carolina Judicial Merit Selection Commission has established as one element in its process the taking of an exam in the court procedure relevant to the particular

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

appointment,¹⁴³ and an American academic has suggested that candidates should be required to pass an exam before being allowed to run for judicial office¹⁴⁴ -- but both of these are tangential examples, and in any event are probably sifting exercises of a pass/fail sort rather than nuanced ranking systems.

There is a more immediate example in the form of the English Judicial Appointments Commission, and its move from a "paper sift" to qualifying exams; it is clear from the description on the JAC website¹⁴⁵ that this is considerably more demanding than a multiple-choice or short answer quiz, and that it would sort candidates in a considerably more nuanced way than a simple pass/fail. However the similarity to a civilian system competitive selection exam should not be overstated. The JAC's qualifying exam is an early part of the sifting process, that helps to narrow the full set of applicants to the short-list that will be invited for a "selection day" interview and role-play for a selection panel, which in turn will provide a substantive assessment report that will be reviewed by the statutory consultees before going to the Commission itself for a final choice on the successful candidate. This is at best a modest step toward convergence rather than anything like a full realization. However, if it is somewhat surprising that it should be England that of all the countries in the Commonwealth is taking the boldest and most innovative steps in the judicial selection process, it is comparably surprising that it should be England as well that is on the way to adopting a formal structured exam as an access to the judiciary that bears some real similarity to the European style selections. To refer again to the conceptual frame identified in Part Two: a formal and objective exam can be part of the broader judicial selection process without necessarily being the final selection tool, and that is perhaps the lesson we should take for the English echo of the continental practice.

¹⁴³ "Overview of the Judicial Merit Process". Accessed online at the South Carolina Legislature website at <<http://www.scstatehouse.gov/html-pages/judmerit.html>>.

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

¹⁴⁵ Judicial Appoints Commision, "Qualifying Tests". Accessed online at <<http://www.judicialappointments.gov.uk/selection-process/19.htm>>.

Conclusions and Recommendations

To begin with the obvious: the judicial selection methods adopted in any country reflect a particular set of challenges which those methods are designed to meet. (This is analogous to the traditional "nuisance rule" in the common law interpretation of statutes: what is the "nuisance" that the statute was responding to?) The higher the congruency in the challenges, the more likely the particular set of responses can be penetrated for useful lessons. This is not to deny that once reforms to the selection process are underway in any set of countries, they will have to cover a common set of elements; but it does highlight the nature of the project as it unfolded down these different tracks.

In the **United States**, the unique central problem is the counter-majoritarian difficulty, the problem of reconciling the professionally grounded rule-of-law drive for objectively correct answers with the will of the people and the sovereignty of the notional average citizen. The term "counter-majoritarian difficulty" was framed by Bickel in *The Least Dangerous Branch*,¹⁴⁶ and it has bedeviled the question of judicial power, at least in the United States, ever since.¹⁴⁷ Some generally parallel concerns can be found in the discussion of judicial power in other countries, but it would be a serious mistake not to understand the driving central importance of this concern and their need to find intellectually satisfactory institutional or procedural answers.

In **South Africa**, the unique central problem is the challenge of overcoming the country's recent apartheid past, and of building a multi-racial but majority black society that would serve the needs of all of its citizens. This transformation was primarily a constitutional and secondarily a political challenge (and "transformation" is a central notion that shows up again and again in the literature), and one with which the courts and their personnel had to be transparently in harmony. Both the highly unusual degree of public-ness in the process (most notably the open interviews with candidates for higher courts) and the heavy involvement of political representatives from different parties and different chambers reflect this unique imperative; but the uniqueness limits the exportability of the model.

In **Britain** (intentionally including England & Wales, Scotland and Northern Ireland in a single group), the central challenge is inclusiveness, using this to embrace at one and the same time class issues, gender issues, and the racial issues of an increasingly polyglot society that is the product simultaneously of Britain's colonial past and her European and

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

¹⁴⁷ See Barry Friedman's five-part series, but especially Barry Friedman, "The Birth Of An Academic Obsession: The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five" *Yale Law Journal*, Vol. 112 (2002) 153. See also Mark A. Graber, "The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order" *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 4 (2008) 361.

globalized present. The design of the appointments commission, the language of its mandate, and the terms of its more recent critique all reflect this critical dimension.

In **Europe**, the central challenge historically was the containment of judicial power, which had always meant in practice royal (or at least aristocratic) power; the solution was first to reduce law to the transparent and complete codes, then to reduce the role of the judge to the straightforward application of those codes to the factual circumstances of particular cases, and finally to generate the skill set that was necessary for this fairly mechanical application and teach it in a testable way to the emerging cohort of judges.¹⁴⁸ Put this flatly, there was probably always an element of unreality to such a description, but the *de facto* expansion of the judicial role challenges this model at a very fundamental level.¹⁴⁹ In the meantime, the bureaucratic merit recruitment methodology reflects both the centrality of the civil service and the contained nature of a judgeship.

Of the four, the British concerns are the closest to those that we would find in Canada. There is a subtext here of a lingering concern with political patronage, but this was always directed more to federal appointments than to provincial ones;¹⁵⁰ concerns about the possibility of corruption (of the sort that drove the shift to merit nominating commissions in so many U.S. states) have been, at most, a very minor sub-text. The primary thrust, here as in England, is with a judiciary that is representative in the sense of being inclusive, and that has been recruited through a transparent process that resists capture or colonisation by any smaller or more vested interest. The range of interests that are to be included and "represented" is of course debatable in itself, and constantly evolving in any event, as has been the notion of merit and the way this plays off against representativeness, and this too is part of the reality to which institutional design must adapt.

The following are the lessons which in my opinion follow from the empirical investigation in the earlier Parts of this report.

An independent nominating commission is the appropriate way to accommodate the traditional mechanism of executive appointment to the new expectations of a democratic age, satisfying the demand for transparency, objectivity and accountability in the judicial selection process. The "old" way of complete executive discretion is inappropriate; it represented, in Paterson's words, "an executive-dominated, covert and non-transparent

¹⁴⁸ Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (Oxford: Oxford University Press 2004). For a broader discussion of these themes, see Nick Huls, Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), *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: Oxford University Press 2009).

¹⁵⁰ See Malleon, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 146.

procedure with its perceived potential for political patronage, cronyism, and personal prejudice."¹⁵¹ Nominating commissions are, as Malleson notes, "likely to become the most popular selection system in the twenty-first century."¹⁵² It is also inescapably true that a concern with the process of judicial appointment becomes more acute as the visibility and importance of judicial institutions becomes more visible. The Charter is only part of the reason for this; even more pervasive is the escalating policy of "legalized accountability" that shapes the practices of public and private bureaucracy to legal standards and open accounting.¹⁵³ In a democratic society, the exercise of power invites the demand for accountability, and this is just as true of judges today as it has been of other institutions in the past. Although accountability is a tricky concept in connection with a robustly independent judiciary, a transparency in the selection of the personnel who exercise this steadily expanding power is a critically important first step.

At the same time, as Malleson cautions us elsewhere, such a commission "is not an 'off the shelf' product that can be adopted wholesale, but a system that must be constructed to accommodate the particular legal, political and cultural conditions of the country."¹⁵⁴ "Should we use a judicial nomination committee in the judicial selection process" is therefore the first and easiest question; more challenging is the question "what should this committee look like and what exactly should it do."

A single-purpose committee is preferable to a multi-purpose judicial council. This is the biggest lesson of the quarter century or so during which Canadians have used independent committees to screen candidates for judicial appointments. The "first generation" of these devices was tilted heavily toward the use of judicial councils whose primary function was handling complaints against judges in the interests of finding the appropriate balance between judicial discipline on the one hand and judicial independence on the other. Most of the earliest provisions for a screening procedure used the judicial council for this secondary purpose as well, since the basic features (a mix of judicial, legal and lay members; independence from the direct influence of government; a direct link to the judicial independence principles that became more important with the entrenchment of the Charter) served both purposes. But the membership of a complaint-reactive Judicial Council should (indeed, from Supreme Court jurisprudence, must) be tilted heavily toward a dominant judicial membership, which drastically curtails both broader representation and the encouragement of full lay member participation. In the discipline context, the

¹⁵¹ Paterson, "The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles?", *supra* note 128 at 13.

¹⁵² Kate Malleson, "Introduction" in Kate Malleson & Peter H. Russell (eds), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (Toronto: University of Toronto Press, 2006) at 6.

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

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

dominance of the judicial members is entirely appropriate; in the judicial selection context, it is less so. As Paterson suggests, a preponderance of judicial members on such a committee sends the strong signal "that little would change from the status quo."¹⁵⁵

A single-purpose committee can be driven by a different logic both as to the size of the committee and the proportion of the various types of member, which logically should be tilted away from the judicial members and toward the lay/public members. Separating the two functions (as, initially, only Quebec did) permits the two different logics to be pursued more efficiently, without demanding unnecessary trade-offs between the different functions.

A standing committee is preferable to an ad hoc committee because this:

1. concretely realizes the idea of an independent professionally grounded body outside of the Department and separate from the Minister
2. more reasonably accommodates a larger and more representative membership;
3. contributes to a high degree of continuity;
4. creates an ongoing body that can issue public reports on its own activities over a period of time and in a consistent way; this is more useful than having some other body report "from the outside" what a series of transient committees has done.
5. creates the potential for members who can contribute to an ongoing process of outreach and public education that will better serve the long term purpose of the procedures
6. transparently and necessarily moves the center of gravity of the appointment procedure from the Minister to the committee

A larger committee is preferable to a smaller one because

1. it permits a larger degree of visible representation
2. it contributes to a dynamic in which the lay/public members achieve a critical mass that facilitates and encourages their full participation.
3. It facilitates a balance between the continuity that allows consistency and a learning from shared experiences, and the regular turnover in membership that ensures an openness to fresh ideas
4. it is inherently less prone to "group think" or to domination by an individual or a small number of individuals
5. it is inherently harder to "colonize" or "capture"¹⁵⁶ by any specific interest or actor

¹⁵⁵ Paterson, "The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles?", *supra* note 128 at 20.

A reactive committee is preferable to an anticipatory committee because it focuses the committee's efforts and attention on a more meaningful task -- that is to say, on matching the qualities of specific candidates against the requirements of a specific judicial post in circumstances where that action is going to have fairly immediate consequences. The problem with an anticipatory committee is that it is not asking "can this person do this job?" but rather "would this person make a good judge?" when the referent for the word "judge" has to be left as vague, abstract and general as possible because it could be cashed in a such a diversity of ways. The anticipatory commit has to answer abstract questions in a manner which maximizes the mystique of the judicial position and consequently maximizes the outsider status of the public members.

A short-list committee is preferable to a "pool" creating committee because it visibly and directly constrains the discretion of the Minister and reinforces the purpose of moving the appointment of provincial judges to a more independent, professional, public, transparent, representative process. The short-list committee minimizes, and the pool-creating committee maximizes, the discretionary power of the Minister and the extent to which it can be deployed (or can be perceived as having been deployed) to undesirable ends such as party patronage or worse. The "pool" approach leaves the Minister with the real choice (and typically a very wide degree of choice) while the presence of the committee deflects any criticism.

A ranked-list committee is preferable to a short-list committee, and a single-name selection committee is better yet, because it focuses the attention of the committee and clarifies the arms-length position of the Minister in the appointment of judges. For the "first generation" of judicial selection committees, it may have counted as progress they screened out the quarter or so of the least qualified applicants; today, the goalposts have been moved by the practices of provinces like Ontario and countries like England and Scotland. A well-designed committee is perfectly capable of doing the heavy lifting of selecting judges, rather than being limited to the preliminary work of a first sift.

A statutory committee is preferable to an executive order committee because it underscores the independence of the committee and makes it more difficult and more public for a government to impose its own agenda by changing the committee's structure or mandate. This is particularly important for the end-point of the committee's process, where a Minister may for his or her own reasons want to be able broaden the choice by asking the committee to give a longer list of possible names, or by rejecting a name or a list of names

¹⁵⁶See for example Lennox, *supra* note 16 at 2: "While the fact that the Attorney General appoints more than half of the members of the [Ontario Judicial Appointments Advisory] Committee could have presented an opening for political interference, the size, composition and structure of the Committee, as well as the processes it has adopted, have prevented that from happening and the independence of the Judicial Appointments Advisory Committee is now well-established and widely-accepted."

to ask for others. The Scottish Appointments Board would be stronger if some basis other than recent practice made its ranked short-list all but binding on the executive; the federal judicial appointment committees would be stronger if it were statute, and not a past minister's personal assurance, that no appointment would ever be made except from their recommended list; the role of the Ontario JAAC would be more clearly established if the Minister could not override any short-list by demanding more names; and so on. Recent Canadian experiences with the Harper government dramatically demonstrate the extent to which a government can deliberately manipulate the process for partisan purposes if a ministerial fiat is all that is needed to accomplish significant changes.¹⁵⁷

A single committee is preferable to a procedure that allocates different stages of the process to different committees because it clarifies the responsibility and enhances the status of the committee. Alberta's split between a screening Judicial Council and a nominating Committee is an unnecessary duplication of effort, even apart from the disappointing structure of the second committee; and New Brunswick's division between a group of solo advisors that can be ignored, and an *ad hoc* interview committee that can only veto, would have been disappointing for a first generation process and is totally inadequate today.

A substantial and active lay/public member component is preferable to a small and token one. Creating the opportunity for meaningful lay participation is the central challenge to institutional design for judicial selection committees, and the one that they usual fail. Twenty-five years ago, judicial members told me that they wished the lay-members would speak up more;¹⁵⁸ Malleson reports legal and judicial members of US state merit nominating commissions thinking of lay-members as "an irritant";¹⁵⁹ and although Rickart welcomes lay participation in the huge South African committees, he admits it doesn't often amount to much beyond the boy seeing that the emperor has no clothes¹⁶⁰ -- an unfortunate metaphor that reduces the lay members to children in a world where legal professionals are the adults. Moves that might help to enhance lay participation:

1. Make it clear what the lay member's selection role is supposed to be by avoiding the "judicial mystique" trap¹⁶¹ and the "merit shibboleth"¹⁶² in favour of a clear list of

¹⁵⁷ If Canadian provinces had real constitutional documents of some more-than-statutory significance, one could argue for constitutional entrenchment for nomination committees, but unlike the United States, this is a constitutional law issue that Canada has never worked through.

¹⁵⁸ McCormick, "Judicial Councils for Provincial Court Judges in Canada", *supra* note 5 at 181.

¹⁵⁹ Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 134.

¹⁶⁰ Rickard, "The South African Judicial Selection Committee", *supra* note 120 at 5.

¹⁶¹ Malleson speaks of "the traditional mystification which shrouds the work of judging which the judiciary has often perpetuated." See *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 96.

¹⁶² "Merit selection is one of the shibboleths which dominates past and contemporary discussions of judicial appointment." See Paterson, "The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles?", *supra* note 128 at 15.

selection criteria that are derived from the necessary skills and abilities in objectively identifiable ways, and on which the lay members can usefully comment.

2. Focus the decision on matching a specific set of applicants to a specific skill set linked to a specific judicial assignment.
3. Create a "critical mass" of lay participants by making them the majority or at least a plurality of a reasonably large committee, and by considering making provision for a lay chair.
4. Devise an objective selection process for lay members that moves beyond naked ministerial discretion to create a contest focused on objective qualities such as
 - experience with interviewing and selection techniques in other organizations¹⁶³
 - demonstrated public service experience with groups that are engaged in dealing with and responding to the social realities that generate much of the caseload
 - experience related to alternative dispute resolution techniques in a variety of settings

An extended formal set of criteria for appointment is preferable to short cryptic statements or to "everybody knows" understandings because

1. it reinforces the objectivity of the decision making
2. it enhances the communication to a broader public of the purpose of the process and the nature and workload of the modern judiciary
3. it sends clear signals to potential candidates about the expectations that attach to appointment
4. it provides a clear and coherent basis for organizing the committee's procedures for collecting and processing information
5. it avoids the "judicial mystique" that discourages lay participation by emphasizing an inside game that they are not well equipped to play
6. it avoids an emphasis on "personal qualities"¹⁶⁴ that privilege insiders with a better chance to observe and a better basis for comparison

Ex officio memberships (possibly softened by "or designate" provisions) are preferable (up to a point) to more casual or permissive provisions because

1. it enhances the independence of the committee
2. it enhances the public stature of the committee
3. it forecloses any appearance of "stacking" a committee

¹⁶³ See Paterson, "Scottish Judicial Appointments Board", *supra* note 128 at 20.

¹⁶⁴ Rickard, "The South African Judicial Selection Committee", *supra* note 120 at 4.

4. it provides for the direct participation of informed people whose experience and expertise is directly relevant

But I qualify this with "up to a point" because a committee dominated by *ex officio* members, who will necessarily be lawyers and judges, is likely to intimidate the lay members, who may "defer inappropriately to the legal insiders, particularly senior judges."¹⁶⁵ Judicial input is important, but it should not be decisive because of the potential for "professional cloning" and the danger of a judicial profession that becomes too closed unto itself. A core of *ex officio* members is useful; a dominant bloc of them is a mistake.

The avoidance of executive ("order in council") appointments is preferable, because

- First, it creates the potential for the Minister to have undue and covert influence through the appointment and reappointment of such members, and
- Second, it creates the appearance of the Minister being able casually to deploy such influence, to the detriment of the credibility of the commission by making it vulnerable to unanswerable challenges.
- Third, it undermines the capacity of lay members to establish a basis for making their own independent but useful contributions to the process by leaving them under the Minister's shadow (even if that shadow is appearance only).

Malleson suggests that when there are such executive appointments, they should be for long terms (so that the member can fully adapt to the expected role) and they should not be renewable (so as to avoid the appearance or the temptation of "playing to the gallery" in the form of the Minister with control over the option of reappointment);¹⁶⁶ in fact, as Table 1.4 in Part One has shown, the tendency is precisely the opposite -- appointed members serve short terms, and can usually be reappointed an indefinite number of times.¹⁶⁷

It is preferable for the committee to have a continuing membership over a reasonable period of time. Malleson suggests that the ultimate necessity for a committee to follow an independent course even through some controversy is that the members come to see themselves as committed to the group as an ongoing entity with its own values and its own

¹⁶⁵ Malleson, "The New Judicial Appointment Commission in England and Wales" in Malleson & Russell, (eds), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press, 2006) at 48.

¹⁶⁶ Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 134.

¹⁶⁷ Too long a term might be a problem in its own right, because it might imply such a long commitment as to deter some lay members from accepting it; an option might to emulate what seems to have been the practice in Northern Ireland, which is that there is a term of moderate length, but that term will be renewed (we might qualify that to "once only") for any lay member who indicates they wish it.

imperatives.¹⁶⁸ This is harder to achieve with a group that has a rapid turnover of members or that seldom meets.

It is preferable for the committee to have a visible public face through the chair of the committee so as to give the committee some degree of consistent public appearance; the relative invisibility of most such councils/committees today compromises their impact on public opinion relating to the judiciary, and undermines their capacity to reinforce the reputation of the judiciary through a visibly independent role in the judicial selection process.

It is preferable for the committee to have an independent and separate presence, not just to be something on one more page of the Chief Judge's website or (worse yet) the Minister's departmental website. The logic is similar to that followed in Alberta in the 1970s -- the first priority to help legitimize the new provincial court was for them to have their own building and not (as had been the case with the earlier magistrates court) to continue to share a building with the police station. A separate appearance does not guarantee independence; but the lack of a clear separate appearance will clearly undermine it and (equally important) undermine the appearance of independence. For this reason, it requires separate secretariat of some sort; it cannot simply be part of the department; nor (although this is less undesirable) should it present itself simply as an extension of the office the Chief Judge of Provincial Court, even when this person is a member. Much better is a degree of freestanding independence, although this may only be practical for larger provinces.

It is preferable to have a firm (preferably statutory) annual public reporting requirement; and the report should be a public one that is widely available, not just for the Minister or the department. The report establishes credibility over time, it demonstrates continuity, it provides a basis for performance comparison over time, and it reinforces the public openness and transparency that is a key part of the judicial selection committee process.

It is preferable that all announcements of judicial appointments should attribute the selection to the committee and briefly rehearse the process that is followed. This is a solid practice in some provinces (for example, Alberta) but an extremely infrequent one in others (for example, in New Brunswick, where press releases about provincial judicial appointments never mention a process but simply attribute the decision to the Minister of Justice. The omission is unwise and inappropriate; a committee cannot contribute to a public awareness of an open and transparent process if nobody outside the very narrow circle of the directly involved even knows that the committee exists. Reiterated inclusion in appointment announcements reinforces the visibility of the committee and the importance

¹⁶⁸ Malleeson, "Assessing the Judicial Service Commission", *supra* note 109 at 38.

of its role, and contributes to the process of educating the public (and the legal profession) about the new realities of the judicial selection process.

It is important to defuse the merit/representativeness¹⁶⁹ dilemma. The nature of this bind is demonstrated by the fact that the South African Judicial Service Commission is criticized for letting merit concerns distract it from making the judiciary more representative more quickly; while the Ontario Judicial Appointments Advisory Committee is criticized for making good progress on representativeness but at the price of letting merit slip. Put this way, there is no way out of the trap. The first step, therefore, is to redefine the target: "If the appointment process seeks to find candidates who are identical in every way to those currently selected apart from their sex or race it is unlikely that many will be found,"¹⁷⁰ which in turn means "If judges from wider backgrounds are sought, then the criteria will have to be adapted to give recognition to the qualities which such candidates bring to the bench."¹⁷¹ Merit cannot be thought of as an abstract quality in itself; rather, we identify a set of criteria, devise measurements related to them, and use "merit" to describe a strong performance across a good range of those criteria. If those criteria do not differ to some extent from those we have taken for granted in the past, then any drive for representativeness must fail.

It is important not to expect the judicial selection committee to solve the representativeness issue on its own. The under-representation of identifiable segments of the population must be directly addressed on several fronts.

- First: there must be a fair set of standards against which to judge applicants
- Second: there must be a fair process for that evaluation, and a committee that can be entrusted to do it fairly, which suggests
- Third: the committee must itself be representative (that is, "inclusive" in the sense of not systematically including any appropriate group)
- Fourth: judicial vacancies must be openly and widely advertised to avoid creating an unnecessary insider advantage
- Fifth: the advertising of openings must go beyond the standard and obvious media so as to target the groups from which greater representation is sought
- Sixth: the openness and fairness of the process and the committee must be aggressively publicized, preferably by the committee itself, in the interests of persuading people to apply who have previously assumed that they would not be treated as serious applicants

¹⁶⁹ The word "representativeness" is problematic in itself, because it begs the question of which groups should be (better) represented -- as the critics of the proposed English JAC would taunt, what is the quota for drunk drivers and people on probation? The preferred phrase in the literature is "fair reflection" or possibly "inclusiveness."

¹⁷⁰ Malleson, *The New Judiciary: The effects of expansion and activism*, *supra* note 15 at 122.

¹⁷¹ *Ibid.* at 122.

- Seventh: successes in achieving greater heterogeneity in the judiciary must be announced and celebrated as such

It is important that the committee have a visible public presence, which in current times means an independent and complete website which describes the committee, celebrates its accomplishments, and encourages the wider participation that we want to take place. There is no Canadian example of such a thing; and the American state merit nomination committees that I have seen are either very bland or else simply part of the website for the more traditional office (the legislature or the governor's office) to which they report. The three British committees (and especially the English) are a better example -- although even the English site could be improved by realizing that although the legal community is its primary target, there is a broader community to be addressed as well. The internet is increasingly the medium through which people seek information about government and public activity in its variety of forms, and the opportunity to use this medium to establish the presence and reinforce the credibility of the committee cannot be shirked as dismally as most provinces do today. My own difficulties in collecting the information for Part One of this report are a case in point; that should have been, but was not, a very simple exercise. Judicial selection committees cannot make the judicial appointment process open and transparent if they are invisible.

Appendix A: details of composition of provincial councils/committees

In **British Columbia**, the relevant body is the Judicial Council, which consists of:¹⁷²

- The Chief Judge, as Chair
- An associate chief judge, as alternate chair
- The President of the Law Society, or their designate
- The President of the BC Branch of the Canadian Bar Association, or their designate
- A judge appointed by the Minister (who by convention is President or past President of the Provincial Judges Associate)
- Four other members, one of whom by convention is a judicial justice of the peace, one is a lawyer, and two are lay members.

In **Alberta**, the initial screening is done by the Judicial Council, which consists of:¹⁷³

- the Chief Justice of Alberta or a designate of the Chief Justice,
- the Chief Justice of the Court of Queen's Bench or a designate of the Chief Justice,
- the Chief Judge of The Provincial Court of Alberta or a designate of the Chief Judge
- the President of The Law Society of Alberta or a designate of the President, and
- not more than 2 other persons appointed by the Minister

Alberta has also more recently established a Provincial Court Nominating Committee (responding to recommendations from a Judicial Selection Process Review Committee in May 1998 and the Alberta Summit on Justice in January 1999). This committee initially had five members,¹⁷⁴ then eight members,¹⁷⁵ and more recently eleven members.¹⁷⁶ The committee currently consists of one provincial court judge named by the Chief Judge of Provincial Court, the President of the Law Society of Alberta or designate, the President of the Canadian Bar Association (Alberta Branch) or designate, and eight other people named by the minister. The ratio of lawyers to laypeople within this group of eight is not fixed, and has varied from time to time, but at the moment it is four of each; so the composition of the body is one judge, six lawyers, and four lay-people.

¹⁷² Judicial Council of British Columbia Annual Report (2007 & 2008). Accessed online at the B.C. Judicial Council website at <<http://www.provincialcourt.bc.ca/judicialcouncil/>>. Note that although it is referred to as an "Annual Report," it is in fact not issued every year but rather every second or every third year, and includes information for that multi-year period since the previous report.

¹⁷³ *Judicature Act*; revised statutes of Alberta, current as of November 2008. Accessed online at the Justice Department website at <<http://www.justice.alberta.ca>>.

¹⁷⁴ Government of Alberta news release, (March 9, 1999). Accessed online at <<http://www.justice.alberta.ca>>.

¹⁷⁵ Alberta Justice Annual Report (1999). Accessed online at <<http://www.justice.alberta.ca>>.

¹⁷⁶ "Who's Best for the Bench?", *supra* note 56.

The screening of judicial candidates in **Saskatchewan** is done by the Judicial Council, which is composed of the following members:¹⁷⁷

- the Chief Justice of Saskatchewan, or a judge of the Court of Appeal designated by the Chief Justice of Saskatchewan, who shall be chairperson;
- the Chief Justice of the Queen's Bench, or a judge of the Court of Queen's Bench designated by the Chief Justice of the Queen's Bench;
- the chief judge, or a judge designated by the chief judge;
- the president of the Law Society of Saskatchewan or a bencher or former bencher of the Law Society designated by the president;
- not more than two other persons appointed by the Lieutenant Governor in Council after consultation by the minister with the chairperson of the council and the chief judge;
- two judges elected by the judges at a meeting of the court en banc.

In **Manitoba** the Chief Judge, upon being informed that an appointment is to be made, convenes a nominating committee composed of:¹⁷⁸

- the Chief Judge, as chairperson of the committee;
- three persons, who are not lawyers, judges or retired judges, appointed by the Lieutenant Governor in Council;
- a judge designated by the judges of the Provincial Court;
- a person designated by the president of The Law Society of Manitoba;
- a person designated by the president of the Manitoba Branch of The Canadian Bar Association.

Ontario has a standing Judicial Appointments Advisory Committee, which includes the following members:¹⁷⁹

- two provincial judges, appointed by the Chief Judge of the Provincial Division;
- three lawyers, one appointed by The Law Society of Upper Canada, one by the Canadian Bar Association-Ontario and one by the County and District Law Presidents' Association;
- seven persons who are neither judges nor lawyers, appointed by the Attorney General;
- a member of the Judicial Council, appointed by it.¹⁸⁰

Quebec forms a selection committee to deal with a specific vacancy, the commission being comprised of:¹⁸¹

¹⁷⁷ *Provincial Court Act*; revised statutes of Saskatchewan, current as of May 2009. Accessed online at <<http://www.canlii.org/>>.

¹⁷⁸ *Provincial Court Act*; revised statutes of Manitoba, current as of March 2009. Accessed online at <<http://www.canlii.org/>>.

¹⁷⁹ Ontario Judicial Appointments Advisory Committee, Annual Report 2008. Accessed from the Ontario Court of Justice website at <<http://www.ontariocourts.on.ca/ocj/en/>>.

¹⁸⁰ In practice, this has always been a judge.

- a judge of the Court of Quebec , on the recommendation of the Chief Justice of that court , who serves as president;
- a lawyer or a lawyer appointed after consultation with the Barreau du Québec ;
- a person who is neither a judge nor a lawyer.

New Brunswick has a group of Provincial Judicial Appointment Review advisors that includes:¹⁸²

- one lawyer named by the Law Society of New Brunswick
- one lawyer named by the Canadian Bar Association (New Brunswick branch)
- one lawyer named by the association of francophone jurists
- one judge of the Court of Appeal, named by the Chief Justice
- one judge of the Court of Queen's Bench, named by the Chief Justice of that court
- one judge of the provincial court, named by the Provincial Judges Association
- one lawyer named by the New Brunswick Criminal Defence Lawyers Association
- two members, named by the Minister of Justice

The Minister of Justice is not limited to appointing only candidates who have been approved for appointment by these group of advisors; the person that he wishes to appoint is interviewed by a committee including

Nova Scotia uses a standing Advisory Committee on Provincial Judicial Appointments composed of:¹⁸³

- two lawyers appointed by the Council of the Nova Scotia Barristers' Society;
- one judge of the Provincial Court and one judge of the Family Court, one of whom may be a Chief Judge, appointed by the Chief Judges of the Provincial and Family Courts;
- four members appointed by the Minister of Justice two of which must be public representatives; a "public representative" is an individual who is not a member of the Barristers Society .¹⁸⁴

In **Prince Edward Island**, the Attorney-General upon the occasion of a vacancy in the provincial court creates a Judicial Appointments Advisory Committee, consisting of:¹⁸⁵

- the Chief Judge of the Provincial Court, as Chair;
- a lawyer appointed by the Law Society of Prince Edward Island;
- a lawyer appointed by the PEI Branch of the Canadian Bar Association;

¹⁸¹ Vaillancourt, "Je veux devenir juge: à qui m'adresser?" *supra* note 7 at 269.

¹⁸² Bilodeau and Roy, *supra* note 8 at 867.

¹⁸³ Document entitled "Provincial Judicial Appointments: Guidelines" approved by the Nova Scotia Executive Council (2009). Available on the Nova Scotia government website at <<http://www.gov.ns.ca/>>.

¹⁸⁴ The 2004 version of the same document said "four lay persons"; apart from the shift from "lay persons" to "public representatives", this is interesting for the fact that it implies that one or two of the people named by the Minister may well be lawyers or judges -- or why make the change?

¹⁸⁵ Office of the Attorney General of Prince Edward Island, "Press release" (July 28 2005).

- two other persons appointed by the Attorney General, after consultation with the Executive Council, who are neither judges nor lawyers

The province of **Newfoundland and Labrador** uses a Judicial Council which consists of:¹⁸⁶

- the Chief Judge of Provincial Court, as chairperson;
- a bencher of the Law Society of Newfoundland nominated by the benchers of the law;
- two persons nominated by the minister; and
- the president of the judges' association.

¹⁸⁶ Provincial Court Act; revised statutes of Newfoundland and Labrador, current as of May 2009. Accessed online at <<http://canlii.org>>.

Appendix B: The provinces: criteria for judicial appointment

ONTARIO:

Criteria for Evaluating Candidates

Professional Excellence

- A high level of professional achievement in the area(s) of legal work in which the candidate has been engaged. Experience in the field of law relevant to the jurisdiction of the Ontario Court of Justice on which the applicant wishes to serve is highly desirable but not essential.
- Involvement in professional activities that keeps one up to date with changes in the law and in the administration of justice.
- A demonstrated commitment to continuing legal education.
- An interest in or some aptitude for the administrative aspects of a judge's role.
- Good writing and communications skills.

Community Awareness

- A commitment to public service.
- Awareness of and an interest in knowing about the social problems that give rise to cases coming before the courts.
- Sensitivity to changes in social values relating to criminal and family matters.
- Interest in methods of dispute resolution alternatives to formal adjudication and interest in community resources available for participating in the disposition of cases.

Personal Characteristics

- An ability to listen.
- Respect for the essential dignity of all persons regardless of their circumstances.
- Politeness and consideration for others.
- Moral courage and high ethics.
- An ability to make decisions on a timely basis.
- Patience.
- Punctuality and good regular work habits.
- A reputation for integrity and fairness.
- Compassion and empathy.
- An absence of pomposity and authoritarian tendencies.

Demographics

The Judiciary of the Ontario Court of Justice should be reasonably representative of the population it serves. This requires overcoming the under-representation in the judicial complement of women, visible, cultural, and racial minorities and persons with a disability.

BRITISH COLUMBIA:

Criteria

The following are the Judicial Council's stated criteria for applicants for appointment as a provincial court judge (in no particular order of relative priority):

1. At least ten years in the practice of law. Those with less legal practice experience are considered if they have a range of related experience.
2. Superb legal reputation, and a professional record review from the Law Society of British Columbia.
3. Demonstrated excellence in the applicant's area of law.
4. Experience in mediation or alternative dispute resolution.
5. Willingness and ability to learn and demonstrated commitment to continuing professional education.
6. Knowledge of current issues facing the courts, the judiciary, and the justice system, and awareness of the social context within which the court operates.
7. Ability to listen and communicate effectively.
8. Demonstrated personal characteristics such as decisiveness, evenness of temperament, fairness, open mindedness, common sense, and courage.
9. Demonstrated compassion for those coming before the court and an understanding of their circumstances.
10. Respect in the community.
11. Good health.
12. Passion and enthusiasm.
13. Balanced relationships with peers and subordinates.
14. Demonstrated adaptability and flexibility with respect to job changes.
15. Demonstrated balance of humility and confidence.
16. Appreciation of and experience with diversity.
17. Demonstrated dedication to public service.
18. Ability to cooperate and work with others.
19. Understanding of the role of the court in society and respective roles of the judiciary and other participants in the justice system.
20. Willingness to travel and to sit in all subject areas.

NOVA SCOTIA:

The Committee will use the following criteria when evaluating Candidates:

1. Minimum Qualifications

- The Committee will not recommend a Candidate with less than fifteen years standing at a Bar in a Canadian jurisdiction for appointment except where the Committee feels that there are exceptional circumstances to warrant that recommendation.
- The Committee will not consider the application of any Candidate who was a member of the Committee until two years have elapsed from the date the

candidate resigned from the Committee or the candidate's appointment on the Committee expired.

2. Personal Characteristics

- Respect for the essential dignity of all persons regardless of their circumstances.
- A reputation for integrity and fairness.
- Politeness and consideration for others.
- Moral courage.
- Punctuality - good regular work habits.
- Good health except to the extent that any physical or mental disability would not reasonably preclude performance as a Judge.
- Not involved in serious, unresolved professional complaints, civil actions or outstanding financial claims such as unpaid taxes or insolvency proceedings.
- An absence of pomposity and authoritarian tendencies.

3. Intellectual and Judgmental Ability

- fair and open-minded
- flexible (not unreasonably rigid)
- able to make decisions promptly or within a reasonable period of time
- patient and able to listen

4. Professional Excellence

- A high level of professional achievement in area(s) of legal work in which the candidate has been engaged.
- Involvement in activities which keep one up to date with changes in the law and in the administration of justice.
- An interest in and some aptitude for the administrative aspects of a judge's role.
- Good writing and communication skills.

5. Community Awareness and Understanding

- A commitment to public service.
- Awareness of and interest in knowing more about the social problems which give rise to cases coming before the courts.
- Sensitivity to changes in social values relating to criminal and family matters.
- Capacity to exercise the larger policy role conferred upon the judiciary by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

6. Diversity

- The provincial judiciary should be reasonably representative of the population it serves. This requires overcoming the under-representation of women, racial and ethnocultural minorities and persons with disabilities.
- Candidates will be invited to self-identify as a diversity candidate. When a candidate has self-identified as such, this information will be supplied to the Minister in the event that they are a recommended candidate.

7. Language

- It is important for the provincial judiciary to reflect the bilingual nature of the Province.
- Candidates will be invited to self-identify as a bilingual candidate. When a candidate has self-identified as such, this information will be supplied to the Minister in the event that they are a recommended candidate.

ALBERTA

Criteria for Appointment of Provincial Court Judges

Professional Excellence

- A high level of professional achievement in the area(s) of legal work in which the candidate has been engaged.
- Involvement in professional activities that keep one up to date with changes in the law and in the administration of justice.
- An interest in or some aptitude for the administrative aspects of a judge's role.
- Good writing and communication skills.

Community Awareness

- A commitment to public service.
- Awareness of and an interest in knowing more about the social problems that give rise to cases coming before the courts.
- Interest in methods of dispute resolution, alternatives to formal adjudication and in community resources available for participating in the disposition of cases.

Personal Characteristics

- An ability to listen
- Respect for the essential dignity of all persons regardless of their circumstances.
- Politeness and consideration for others.
- Moral courage and high ethics.
- An ability to make decisions on a timely basis.
- Patience.
- Punctuality and good regular work habits.
- A reputation for integrity and fairness.
- Compassion and empathy.
- An absence of pomposity and authoritarian tendencies.

Demographics

- The provincial judiciary should be reasonably representative of the population it serves. This requires addressing any under-representation in the judicial complement of women, visible, cultural, and racial minorities and persons with a disability.

SASKATCHEWAN

The Council uses the following criteria when evaluating candidates. They are:

1. A minimum level of educational achievement;
2. Professional training and experience including mediation and alternative dispute resolution;
3. Breadth of view and maturity;
4. Tolerance, compassion and sympathy;
5. An understanding and knowledge of the democratic process;
6. Capacity to grow and to develop intellectually and professionally;
7. Age and health;
8. Stability of character and judicial temperament;
9. Wisdom and common sense;
10. Ability to solve legal issues;
11. Peer judgments;
12. Community perception;
13. Good work ethic;
14. Sensitivity to cultural diversity;
15. Demonstrated dedication to public service;
16. Good listening, and oral and written communication skills; and
17. Good administrative and computer skills.

PRINCE EDWARD ISLAND

Qualifications:

Persons are not eligible for appointment to the Provincial Court unless they are members in good standing of the Law Society of Prince Edward Island, and have been members in good standing of the bar of a province of Canada for at least five years immediately preceding the date of appointment.

In formulating its assessments, the committee shall use the following criteria:

- personal suitability
- intellectual and judgmental ability
- professional achievement and experience
- community awareness and understanding

MANITOBA

[From the May 2010 ad for a provincial court vacancy in Dauphin:

The mandate of the Judicial Nominating Committee is to assess the professional excellence, community awareness and personal suitability of candidates, while taking into account the diversity of Manitoba society (c. 275, *The Provincial Court Act*).

QUEBEC

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.

Appendix C: Other jurisdictions: criteria for judicial appointment

Assessment criteria, candidates for Federal Judicial Appointment¹⁸⁷

The following list of factors, though not exhaustive, is intended to provide a basis for assessing the suitability of candidates for judicial appointment.

Professional Competence & Experience

(While courtroom experience is an asset, it is only one of many factors which may be considered in assessing a candidate's suitability for the role of judge.)

- general proficiency in the law
- intellectual ability
- analytical skills
- ability to listen
- ability to maintain an open mind while hearing all sides of an argument
- ability to make decisions
- capacity to exercise sound judgement
- reputation among professional peers and in the general community
- area(s) of professional specialization, specialized experience or special skills
- ability to manage time and workload without supervision
- capacity to handle heavy workload
- capacity to handle stress and pressures of the isolation of the judicial role
- interpersonal skills - with peers and the general public
- awareness of racial and gender issues
- bilingual ability

Personal Characteristics

- sense of ethics
- patience
- courtesy
- honesty
- common sense
- tact
- integrity

¹⁸⁷ From website of the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. Accessed online at <<http://www.fja.gc.ca/appointments-nominations/assessment-evaluation-eng.html>>.

- humility
- punctuality
- fairness
- reliability
- tolerance
- sense of responsibility
- consideration for others

Potential Impediments to Appointment

- Any debilitating physical or mental medical condition, including drug or alcohol dependency, that would be likely to impair the candidate's ability to perform the duties of a judge
- Any past or current disciplinary actions or matters against the candidate
- Any current or past civil or criminal actions involving the candidate
- Financial difficulties including bankruptcy, tax arrears or arrears of child support payments

Judicial Appointments Commission for England and Wales:

QUALITIES AND ABILITIES - GENERIC

1. Intellectual capacity

- High level of expertise in your chosen area or profession
- Ability quickly to absorb and analyse information
- Appropriate knowledge of the law and its underlying principles, or the ability to acquire this knowledge where necessary

2. Personal qualities

- Integrity and independence of mind
- Sound judgement
- Decisiveness
- Objectivity
- Ability and willingness to learn and develop professionally

3. An ability to understand and deal fairly

- Ability to treat everyone with respect and sensitivity whatever their background
- Willingness to listen with patience and courtesy

4. Authority and communication skills

- Ability to explain the procedure and any decisions reached clearly and succinctly to all those involved
- Ability to inspire respect and confidence
- Ability to maintain authority when challenged

5. Efficiency

- Ability to work at speed and under pressure
- Ability to organise time effectively and produce clear reasoned judgments expeditiously
- Ability to work constructively with others (including leadership and managerial skills where appropriate)

The precise qualities and abilities for each post will be published in the information pack for each exercise.

QUALITIES AND ABILITIES - LEADERSHIP AND MANAGEMENT

1. Intellectual Capacity

- High level of expertise in your chosen area or profession
- Ability quickly to absorb and analyse information
- Appropriate knowledge of the law and its underlying principles, or the ability to acquire this knowledge where necessary.

2. Personal Qualities

- Integrity and independence of mind
- Sound judgement
- Decisiveness
- Objectivity
- Ability and willingness to learn and develop professionally
- Ability to work constructively with others.

3. An ability to understand and deal fairly

- Ability to treat everyone with respect and sensitivity whatever their background
- Willingness to listen with patience and courtesy.

4. Authority and Communication Skills

- Ability to explain the procedure and any decisions reached clearly and succinctly to all those involved
- Ability to inspire respect and confidence
- Ability to maintain authority when challenged.

5. Efficiency

- Ability to work at speed and under pressure
- Ability to organise time effectively and produce clear reasoned judgements expeditiously.

6. Leadership and Management Skills

- Ability to form strategic objectives and to provide leadership to implement them effectively
- Ability to motivate, support and encourage the professional development for whom you are responsible
- Ability to engage constructively with judicial colleagues and the administration, and to manage change effectively
- Ability to organise own and others time and manage available resources.

The precise qualities and abilities for each post will be published in the information pack for each exercise.

Judicial Appointments Board for Scotland

The Board has agreed a range of qualities, possession of which constitute merit and which successful applicants for judicial office must demonstrate. These are as follows:

Legal Knowledge Skills and Competence

- High level of legal knowledge and experience.
- High level of skills and competence in interpretation and application of the law
- Ability to apply the law to make sustainable decisions

Intellectual Capacity and Powers of Reasoning

- Ability to marshal and analyse facts and competing arguments.
- Ability to reason logically
- Ability to reach firm conclusions
- Sound, mature judgement
- Ability to exercise discretion appropriately

Personal Characteristics

- Integrity
- Independent of mind and moral courage
- Fairness and Impartiality
- Commonsense
- Understanding of people and contemporary society
- Mature attitude and sound temperament
- Courteous and considerate
- Ability to command respect

Case Management Skills and Efficiency

- Ability of manage cases efficiently and effectively
- Resolution, conscientiousness and diligence

Communication Skills

- Good communication and listening skills
- Ability to communicate clearly with all court users
- Ability to write clear, concise, well reasoned and legally sound judgements

Achevé d'imprimer en janvier 2011
sur les presses de l'imprimerie
Transcontinental – Québec
à Québec



**Commission d'enquête
sur le processus de
nomination des juges**

Québec 