

# L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE ET LA COUR SUPRÊME : RECONSTRUCTION HISTORIQUE DOUTEUSE ET THÉORIE CONSTITUTIONNELLE DE COMPLAISANCE<sup>©</sup>

PAR JEAN LECLAIR\* ET YVES-MARIE MORISSETTE\*\*

Le récent *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* donne de l'indépendance judiciaire une interprétation inattendue. La Cour suprême du Canada y affirme majoritairement que ce principe impose aux organes législatifs de mettre en place une procédure indépendante de fixation du traitement des juges. En soutenant que l'assise de ce principe se trouve dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et non dans les dispositions expresse de la Constitution, la Cour opère sans raison une transformation en profondeur de la conception traditionnelle des sources du droit constitutionnel canadien (Partie I). Par ailleurs, divers aspects juridiques de la rémunération des membres de la magistrature valent d'être rappelés ici (Partie II). Le lien de droit entre le juge et la Couronne relève de la prérogative royale, encadrée voire neutralisée par la loi : ainsi, l'*Act of Settlement* de 1701. Les auteurs concluent que l'indépendance judiciaire est mal servie par l'interprétation majoritaire de la Cour.

The recent decision of the Supreme Court of Canada in the *Reference re: Remuneration of Judges in the Provincial Court of Prince Edward Island* has given judicial independence a surprising interpretation. A majority of the Court stated that this principle requires legislative bodies to establish independent procedures for setting judicial salaries. The Court maintained that the basis of judicial independence is to be found in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, rather than the express provisions of the constitutional text. The authors argue in Part I of this article that the Court transformed fundamentally and without reason traditional conceptions of the sources of Canadian constitutional law. According to this new paradigm, underlying structural principles can serve to fill gaps in the protection afforded by the textual provisions which are themselves seen as incomplete expressions of the underlying principles. Part II discusses the legal relationship between a judge and the Crown. The authors conclude that judicial independence is ill-served by the majority opinion of the Court.

---

© 1998, J. Leclair et Y.-M. Morissette. Un dictionnaire donne de l'expression «pavillon de complaisance» la définition suivante : «nationalité fictive accordée aux navires de commerce, à des conditions avantageuses» : P. Robert, *Le petit Robert 1 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Nouv. éd. rev., Paris, Le Robert, 1990. L'expression anglaise correspondante, *flag of convenience*, est elle aussi prégnante. En choisissant un titre pour ce commentaire, nous avons surtout à l'esprit un élément central de la décision majoritaire, son rattachement à ce qui est présenté comme la tradition constitutionnelle britannique.

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les auteurs tiennent à remercier les professeurs André Morel, Jacques Frémont et Roderick A. MacDonald qui ont bien voulu lire et commenter une version préliminaire du présent article.

\*\* Professeur à la Faculté de droit et membre de l'Institut de droit comparé, Université McGill.

I. INTRODUCTION .....	486
II. LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE .....	488
A. <i>L'insuffisance supposée des dispositions expresses garantissant         le principe de l'indépendance judiciaire</i> .....	491
B. <i>Une interprétation douteuse de l'histoire constitutionnelle         britannique et canadienne</i> .....	496
C. <i>Un traitement inadéquat des sources de droit positif</i> .....	506
III. CERTAINS AUTRES ASPECTS JURIDIQUES DE LA RÉMUNÉRATION DES MEMBRES DE LA MAGISTRATURE .....	508
IV. CONCLUSION .....	512

*L'autorité a un nez de cire qui peut être déformé dans tous les sens.*

—Alain de Lille<sup>1</sup>

## I. INTRODUCTION

Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, la Cour suprême s'est à nouveau penchée sur la portée, mais également sur les fondements constitutionnels, du principe de l'indépendance judiciaire.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Citation tirée de J. Le Goff, «La civilisation de l'Occident médiéval» Paris, Coll. *Les grandes civilisations*, Éditions Arthaud, 1984 à la p. 366. Par «autorité», de Lille († 1203) désignait les auteurs et les textes invoqués par les théologiens au soutien de leurs argumentations.

<sup>2</sup> [1997] 3 R.C.S. 3 [ci-après le *Renvoi*].

<sup>3</sup> Le principe de l'indépendance judiciaire a déjà été étudié dans les arrêts *Valentec*, *La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 [ci-après *Valenté*]; *Moriere*, *Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Beauregard*, *Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56 [ci-après *Beauregard*]; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 [ci-après *Généreux*]; *MacKeigan*, *Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 [ci-après *Lippé*]; *Bande indienne de Matsqui*, *Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 1 R.C.S. 3 [ci-après *Matsqui*]; *Ruffoc*, *Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 [ci-après *Ruffo*]; *Cooper*, *Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 [ci-après *Cooper*]; et 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

Quatre pourvois étaient à la source de cette décision.<sup>4</sup> Néanmoins, le problème en litige, dans chaque cas, portait sur la possibilité, pour une législature provinciale, de réduire les traitements accordés aux juges de cours provinciales. Bien que d'autres questions aient également été soulevées,<sup>5</sup> la Cour s'est principalement interrogée sur la dimension institutionnelle de la sécurité financière garantie par l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, avant d'aborder cette question de fond, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité,<sup>7</sup> a longuement insisté sur le fait que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>8</sup> et non les dispositions expresses de cette loi ou de la *Charte*, constituait l'assise première du principe de l'indépendance judiciaire en droit constitutionnel canadien. Cette surprenante digression terminée, le juge en chef s'est ensuite attaché à trancher le litige sur le fondement de l'alinéa 11*d*) de la *Charte* puisque, confesse-t-il lui-même, exception faite d'affirmations fragmentaires figurant dans les mémoires de quelques-unes des parties, aucune argumentation fouillée n'avait été présentée sur la question du préambule. La thèse défendue par le juge en chef, nous le verrons, n'est confortée ni par les textes de loi constitutionnels ni par l'histoire. Elle constitue un bouleversement radical et injustifié de la théorie des sources du droit constitutionnel canadien (Partie II). Il sera également question dans cette section des sources de droit positif qui auraient pu

---

<sup>4</sup> Il est intéressant de noter que, dans chacun de ces cas, même si les contestations se fondaient toutes sur une prétendue violation de l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*], les tribunaux inférieurs avaient néanmoins été saisis du litige selon des procédures différentes. Dans le pourvoi albertain, des accusés ont contesté la validité de leur procès criminel, au motif que la réduction de salaire subie par les juges des cours provinciales de l'Alberta minait l'indépendance de ces derniers et, en conséquence, enfreignait leur droit d'être jugés par un «tribunal indépendant et impartial». Dans le pourvoi manitobain, ce sont les juges eux-mêmes qui, par l'entremise de leur association, ont contesté, au civil, la validité de la réduction de salaire qui leur avait été imposée; ils se sont également fondés sur l'alinéa 11*d*) de la *Charte*. Enfin, à l'Ile-du-Prince-Édouard, le cabinet provincial a lui-même adressé deux demandes d'«avis consultatifs» (ou renvois) à la Cour d'appel à propos de la constitutionnalité, au regard de l'alinéa 11*d*), de la réduction de salaire qu'il entendait imposer aux juges des cours provinciales.

<sup>5</sup> L'étendue de la sécurité financière individuelle et de l'indépendance administrative conférée par l'alinéa 11*d*) de la *Charte* était également soulevée par certains des pourvois.

<sup>6</sup> *Supra* note 4.

<sup>7</sup> La majorité était composée du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci. Le juge La Forest était dissident.

<sup>8</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*(R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, préambule [ci-après la *Constitution de 1867*].

être mentionnées par le juge en chef Lamer dans son analyse de la question de fond.

En ce qui a trait à celle-ci, les juges devaient conclure, à l'unanimité, qu'il était possible pour une législature de réduire, hausser ou bloquer le salaire des juges des cours provinciales, que ce soit dans le cadre de mesures économiques générales intéressant toutes les personnes au service de l'État, ou encore, dans le cadre d'une mesure visant uniquement les juges [147, 287, 328].<sup>9</sup> Toutefois, bien que le juge La Forest ne partageât pas cette opinion, les juges composant la majorité ont décidé que, pour éviter toute possibilité de manipulation financière et ainsi dépolitiser le processus de fixation des traitements des juges [131, 145, 287], les provinces avaient l'obligation constitutionnelle [174] de mettre sur pied des organismes indépendants, efficaces et objectifs, dont la fonction consisterait à recommander aux gouvernements des mesures appropriées en matière de rémunération des membres de la magistrature [287]. Toute mesure de réduction salariale adoptée sans recourir à cette procédure serait donc inconstitutionnelle [174]. À l'instar du juge dissident La Forest, nous sommes d'avis que cette conclusion est extrêmement contestable. Nous poserons donc notre regard sur un certain nombre des aspects juridiques se rapportant à la sécurité financière des membres de la magistrature (Partie III).

## II. LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Tous les pourvois ayant été plaidés sur le fondement de l'alinéa 11*d*) de la *Charte*, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour limite son examen à cette seule disposition. Toutefois, le juge en chef a jugé nécessaire de poser un jugement global sur les dispositions expresses garantissant l'indépendance judiciaire en droit canadien, sous prétexte que ces dernières soulevaient un problème «grave» [85], à savoir qu'elles protégeaient un éventail trop restreint de tribunaux.

D'une part, dit-il, les articles 96 à 100 de la *Constitution de 1867* ne visent que les cours supérieures provinciales, de district et de comté, mais ne s'appliquent pas aux tribunaux inférieurs dont les juges sont nommés par les provinces [85]. Au surplus, l'inamovibilité consacrée par

---

<sup>9</sup> Afin de ne pas multiplier inutilement les notes de bas de page, les références au *Renvoi supra* note 2, figureront entre crochets dans le corps même du texte et correspondront aux numéros des paragraphes.

l'article 99 ne bénéficie qu'aux seules cours supérieures, et non aux autres cours mentionnées à l'article 96 [85]. L'article 100, quant à lui, tout en garantissant la sécurité financière, n'empêche cependant pas les manipulations salariales [87]. D'autre part, bien qu'il soit susceptible de s'appliquer à un plus grand nombre de tribunaux que les articles 96 à 100, l'alinéa 11*d*) de la *Charte* confère un droit aux personnes *inculpées*; autrement dit, il garantit l'indépendance des tribunaux dans la seule mesure où ils exercent une juridiction pénale [86].

Toutes ces prétendues lacunes portent le juge en chef à conclure que le fondement constitutionnel du principe de l'indépendance judiciaire loge ailleurs que dans les dispositions expresses de la *Charte* et de la *Constitution de 1867*. Celles-ci ne codifieraient pas ce principe «de manière exhaustive» [109]. Selon le juge en chef, le premier considérant du préambule de la *Constitution de 1867* constituerait la véritable source du principe de l'indépendance judiciaire au Canada. En voici le libellé :

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom ... [*avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni*].<sup>10</sup>

Dans les arrêts *Beauregard*<sup>11</sup> et *Lippé*,<sup>12</sup> la Cour suprême avait déjà évoqué l'idée que le préambule de la *Constitution de 1867* avait eu pour effet de «transférer» au Canada le principe de l'indépendance judiciaire. Toutefois, dans ces deux affaires, le litige a été solutionné sur la base de dispositions constitutionnelles expresses, et non sur un quelconque principe implicite.

Dans le *Renvoi*, après avoir déclaré que certains principes non écrits pouvaient être «compris» dans la Constitution du Canada en vertu du paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>13</sup> [91-92], le juge en chef affirme que, sans être lui-même une source de droit positif, le préambule avait cependant pour effet de reconnaître et de confirmer l'existence de certains principes fondamentaux qu'il qualifie de structurels [94]. Or, à l'instar du principe fédératif et du principe de la

---

<sup>10</sup> *Supra* note 8 [nos italiques].

<sup>11</sup> *Supra* note 3 à la p. 72.

<sup>12</sup> *Supra* note 3 à la p. 137.

<sup>13</sup> *Loi constitutionnelle de 1982* para. 52(2), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Constitution de 1982*] énonce ce qui suit [nos italiques] : «La Constitution du Canada comprend a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi; b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe; c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b)».

démocratie parlementaire [96], l'indépendance de la magistrature est un principe structurel [105] non écrit [83] reconnu et confirmé par le préambule de la *Constitution de 1867* [83, 109]. Le préambule représente donc la «véritable source de [l']engagement [du Canada] envers ce principe fondamental» que constitue l'indépendance judiciaire [109]. Selon le juge en chef Lamer, la référence, dans le préambule, à une constitution semblable à celle du Royaume-Uni équivaut à une «reconnaissance écrite» du principe de l'indépendance judiciaire [105].

L'approche adoptée par la Cour opère une véritable révolution dans la théorie des sources du droit constitutionnel canadien. En effet, le juge en chef Lamer soutient que le préambule est la clef de voûte, le «portail» dit-il [109], de tout l'édifice constitutionnel canadien puisqu'il «reconnait et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles» de la *Constitution de 1867* [95]. Toutes les dispositions explicites contenues dans les textes constitutionnels ne seraient alors que «l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* [107; voir également 163]! Il ajoute que

le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Constitution de 1867* mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la Loi [95; voir également 104].

Après ce long *obiter*, le juge déclare néanmoins qu'il solutionnera le litige sur la seule base de l'alinéa 11*d*) de la *Charte*. Malgré cette affirmation, on constate, à la lecture de la décision [161-165], que le juge se prononce sur la portée du principe de l'indépendance judiciaire sans égard au libellé particulier de l'alinéa 11*d*) dont il faut rappeler qu'il confère un droit, non pas à la magistrature, mais bien à l'inculpé.

Le raisonnement du juge en chef sur ce premier aspect de la décision a fait l'objet d'une critique décapante par le juge dissident La Forest. Le ton employé par ce dernier tranche d'ailleurs avec la langue compassée généralement utilisée par les juges lorsqu'ils expriment leur désaccord.<sup>14</sup> Nous nous attacherons maintenant à démontrer le bien-fondé de cette critique. Celle-ci porte essentiellement sur les deux points suivants, c'est-à-dire, l'affirmation du juge en chef relative au

---

<sup>14</sup> Le juge décrit la décision majoritaire comme une «entorse injustifiée à la jurisprudence établie et une usurpation partielle du pouvoir de fixer la rémunération des juges des tribunaux inférieurs qui est accordé aux provinces» [296]. Il n'hésite pas à qualifier de «historiquement fausse» [311] l'interprétation de l'histoire constitutionnelle britannique présentée par le juge en chef, dont nous reparlerons plus loin.

caractère lacunaire des garanties expresses reconnues par les textes constitutionnels et l'utilisation discutable qu'il fait de l'histoire constitutionnelle britannique et canadienne. L'analyse de ce deuxième point tiendra également compte des motifs récemment exprimés par la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>15</sup> motifs qui, selon nous, tempèrent ce qu'il y a d'excessif dans l'approche adoptée par le juge en chef Lamer.

A. *L'insuffisance supposée des dispositions expresses garantissant le principe de l'indépendance judiciaire*

Le juge en chef estime nécessaire de recourir à des principes non écrits pour garantir le principe de l'indépendance judiciaire parce qu'il est d'avis, rappelons-le, que l'éventail limité des tribunaux protégés par les dispositions expresses des textes constitutionnels soulève un «grave» problème. Passons rapidement en revue les garanties offertes par la *Constitution de 1867* et la *Charte* pour juger du bien-fondé de l'inquiétude du juge en chef.

Les articles 96 à 100 de la *Constitution de 1867* garantissent l'indépendance des cours supérieures provinciales, et peut-être même celle des cours fédérales.<sup>16</sup> Cependant, l'article 100 ne prohiberait pas, de dire le juge en chef, toute manipulation financière. Une lecture contextuelle et libérale de cette disposition ne permettrait-elle pas, au contraire, de conclure à l'inconstitutionnalité d'une telle manipulation? À elle seule, cette lacune ne justifie pas le recours à des principes non écrits.

Le juge en chef soutient ensuite que l'alinéa 11*d*) de la *Charte* est incomplet, car il ne vise pas les tribunaux exerçant une juridiction civile. D'une part, comme le souligne le juge La Forest, l'objet de l'alinéa 11*d*) est de garantir un droit aux inculpés et non aux juges [298]. La liberté

---

<sup>15</sup> [1998] 2 R.C.S. 217 [ci-après le *Renvoi relatif à la sécession*].

<sup>16</sup> W.R. Lederman, «The Independence of the Judiciary» dans W.R. Lederman, dir., *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada* Toronto, Butterworths, 1981, 109 aux pp. 170-71, est d'avis que les garanties prévues aux articles 96 à 100 s'appliquent également aux tribunaux fédéraux comme la Cour suprême et la Cour fédérale, malgré les mots «nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi» apparaissant en exergue de l'article 101. À son avis, seules les dispositions incompatibles avec l'article 101 seraient visées par ces mots. Or, ce ne serait pas le cas des articles 96 à 100 relatifs à la nomination, rémunération et révocation des juges de cours supérieures; ces dispositions peuvent être conciliées sans difficulté avec l'article 101, puisque celui-ci permet l'établissement de cours supérieures fédérales. *Contra* P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1997 au para. 7.2(e).

d'une personne accusée d'un crime est l'enjeu premier de l'instance pénale; la nécessité d'une magistrature suffisamment indépendante pour décider de son sort se passe de commentaires [298]. De plus, il est permis de supposer que, comme la finalité de l'indépendance judiciaire est de protéger la magistrature à l'encontre de manipulations exercées par l'État,<sup>17</sup> et que cette situation est moins susceptible de se produire dans le contexte de litiges civils qui, en général, opposent des parties privées, le constituant n'a pas jugé approprié d'étendre la protection garantie par l'alinéa 11*d*) au-delà du processus pénal. D'autre part, la plupart des tribunaux détenant à la fois une juridiction pénale et civile, ne pourrait-on pas dire que, de manière indirecte, l'alinéa 11*d*) assure l'indépendance de la majorité des tribunaux canadiens exerçant une juridiction civile.<sup>18</sup> Enfin, le juge ne dit mot de l'article 7 de la *Charte* dont la Cour a pourtant déjà dit qu'il garantissait le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.<sup>19</sup> Cette disposition ne peut cependant jouer que dans les cas d'atteinte au droit qu'elle consacre, c'est-à-dire le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.<sup>20</sup>

La protection décrite plus haut est déjà fort importante. Elle vise tous les tribunaux exerçant une juridiction pénale et un très grand nombre de cours exerçant une juridiction civile. Il est vrai qu'elle laisse de côté certaines cours inférieures d'origine législative, au nombre desquelles on peut compter les tribunaux administratifs. Cependant, si les textes constitutionnels ne garantissent pas explicitement leur indépendance judiciaire, celle-ci peut être efficacement protégée par les cours supérieures provinciales. En effet, l'article 96 de la *Constitution de 1867* interdit, tant au fédéral qu'aux provinces, de retirer à celles-ci certaines fonctions relevant de leur juridiction fondamentale.<sup>21</sup> Or il semble incontestable que cette juridiction comprend depuis toujours le pouvoir de contrôler les excès de compétence commis par une cour

---

<sup>17</sup> *Renvoi, supra* note 2 au para. 111 (juge en chef) : «[L]'indépendance protégée par l'alinéa 11*d*) est l'indépendance de la magistrature par rapport aux autres pouvoirs de l'État et aux organismes qui peuvent exercer des pressions sur les juges en raison de l'autorité dont ils sont investis par l'État».

<sup>18</sup> G. Pépin, «La jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire au Canada, depuis l'arrêt Valente» (1995) 55 R. du B. 313 à la p. 329. Soulignons que, dans son long jugement de 254 pages, la Cour ne fait aucune référence à l'abondante doctrine québécoise relative à la notion d'indépendance judiciaire.

<sup>19</sup> Voir *Ruffo, supra* note 3 à la p. 296; et *Généreux, supra* note 3 à la p. 310.

<sup>20</sup> *Pearlman c. Société du Barreau du Manitoba*[1991] 2 R.C.S. 869 à la p. 881.

<sup>21</sup> *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725 à la p. 737; et *Renvoi, supra* note 2 au para. 88.

inférieure d'origine législative.<sup>22</sup> Par ce moyen, les cours supérieures peuvent donc assurer le respect de l'indépendance judiciaire des tribunaux administratifs en intervenant si les décisions rendues par ceux-ci sont entachées de partialité [La Forest : 313, 324].<sup>23</sup> En tant que partie intégrante de la juridiction fondamentale des cours supérieures provinciales, ce pouvoir de contrôle de l'activité administrative ne pourrait donc être écarté au moyen d'une clause privative.<sup>24</sup> La consécration de la primauté du droit dans le préambule de la *Charte* vient conforter notre point de vue relatif à l'impossibilité pour le Parlement central ou une législature provinciale de prohiber complètement le contrôle judiciaire de la légalité des actes de l'administration publique.<sup>25</sup> Le contrôle judiciaire exercé par les cours supérieures est une des raisons qui militaient en faveur d'une garantie expresse de leur indépendance.

Enfin, de façon beaucoup plus générale, l'existence même de la *Charte*, qui s'applique aux gouvernements du Canada et des provinces ainsi qu'au Parlement et aux législatures, suppose que tous les tribunaux qui sont chargés de cette application bénéficient d'un minimum d'indépendance par rapport aux organes exécutifs et législatifs.<sup>26</sup> La

---

<sup>22</sup> H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* 3e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997 aux pp. 695, 783; et P.W. Hogg, *supra* note 16 au para. 7.3(f).

<sup>23</sup> Dans *Matsqui*, *supra* note 3 aux pp. 49-50, 68-69, la Cour suprême a affirmé que, aux termes des règles de justice naturelle consacrées par la common law, les titulaires de fonctions d'adjudication devaient être investis d'une certaine forme d'indépendance. Les attributs d'indépendance peuvent varier cependant selon la nature des organismes. Voir aussi *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging*[1990] 1 R.C.S. 282 à la p. 332; et Brun et Tremblay, *supra* note 22 aux pp. 792, 796. Y. Ouellette, *Les tribunaux administratifs au Canada: Procédure et preuve* Montréal, Thémis, 1997 à la p. 12 :

Sans égard aux chartes, une mesure d'indépendance quasi judiciaire peut d'abord trouver sa source et son fondement dans le devoir d'agir judiciairement imposé par le droit commun ... . L'obligation d'agir judiciairement comporte implicitement celle de se former une opinion en toute liberté et suivant les seules contraintes imposées par la preuve et les règles de droit, en l'absence de pression, menace ou sollicitation du pouvoir hiérarchique ou politique.

Voir également Pépin, *supra* note 18 à la p. 319.

<sup>24</sup> *Crevier c. Procureur général (Québec)*[1981] 2 R.C.S. 220; et Lederman, *supra* note 16 aux pp. 168-69.

<sup>25</sup> Brun et Tremblay, *supra* note 22 à la p. 695. Le respect de la primauté du droit suppose l'existence d'une magistrature suffisamment indépendante pour assurer la mise en oeuvre impartiale de celui-ci: voir C. Beaulieu, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés au pouvoir judiciaire*, Montréal, Thémis, 1995 aux pp. 104-05.

<sup>26</sup> Voir *Beauregard*, *supra* note 3 à la p. 72; et *Renvoi*, *supra* note 2 au para. 124. Au nombre de ces tribunaux, il faut compter certains tribunaux administratifs : voir *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*[1991] 2 R.C.S. 5; et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*[1991] 2 R.C.S. 22.

Cour a également souligné qu'un arbitre impartial est nécessaire, compte tenu de la nature fédérale du régime constitutionnel canadien, pour régler les litiges entre les deux paliers de gouvernement, et que cet arbitre doit être autonome et complètement indépendant de ces derniers.<sup>27</sup>

À la lecture de tout ce qui précède, peut-on encore conclure à l'existence d'un problème grave? Il nous semble que la réponse est très certainement non. Malgré que certains puissent déplorer la diversité des dispositions protégeant l'indépendance judiciaire,<sup>28</sup> il n'en reste pas moins que cette dernière est pleinement garantie par les textes constitutionnels. Si une assise uniforme était préférable, le constituant pourrait le prévoir en modifiant la Constitution.<sup>29</sup> Dans ce contexte, fonder la protection de l'indépendance judiciaire sur le préambule de la *Constitution de 1867* nous apparaît inutile. En outre, cette approche engendre plus de difficultés qu'elle n'en résout.

Premièrement, lorsque le juge en chef soutient qu'un trop grand nombre de tribunaux ne sont pas protégés, de quels tribunaux parle-t-il? À l'instar de ce qui s'est produit aux États-Unis et en Allemagne, le juge en chef entend-il étendre les garanties formelles de l'indépendance judiciaire aux tribunaux administratifs sous prétexte que, bien plus que les tribunaux ordinaires, ils constituent les véritables intermédiaires entre l'État et le justiciable? La décision du juge en chef participe-t-elle de cette «deuxième vague de l'indépendance judiciaire»<sup>30</sup> qui, ailleurs, a été réalisée par voie législative ou jurisprudentielle? Cette initiative prétorienne n'est pas sans poser problème car, comme le rappelle le juge La Forest [323], si nous devons «inclure toutes sortes de tribunaux administratifs, dont certains sont beaucoup plus importants que les cours civiles ordinaires, ... doit-on faire une distinction entre les différents tribunaux et, si oui, en fonction de quels principes?». <sup>31</sup> Deuxièmement,

---

<sup>27</sup> *Beauregard*, *supra* note 3 aux pp. 71-72.

<sup>28</sup> Le degré d'indépendance garanti par les dispositions expresses de la Constitution n'est pas toujours le même; il est appelé à varier en fonction de la nature particulière du tribunal et de la disposition constitutionnelle invoquée : *Renvoi*, *supra* note 2 au para. 162; *Valente*, *supra* note 3 aux pp. 693-94; *Généreux*, *supra* note 3 à la p. 286; et *Pépin*, *supra* note 18 aux pp. 338-46.

<sup>29</sup> L'absence d'un chapitre consacré au pouvoir judiciaire dans la Constitution est peut-être une lacune véritable; toutefois, ce n'est pas une reconstruction jurisprudentielle qui pourra y porter remède.

<sup>30</sup> H.P. Glenn, «Indépendance et déontologie judiciaires» (1995) 55 R. du B. 295 à la p. 298.

<sup>31</sup> Ces distinctions ne sont pas faciles à opérer; pour s'en convaincre, on peut lire les pages consacrées par Ouellette (*supra* note 23 aux pp. 8-19) à la distinction entre les tribunaux administratifs et les cours inférieures d'origine législative. Voir également P.H. Russell, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government* (Toronto, McGraw-Hill, 1987) aux pp. 95-96.

en constitutionnalisant l'indépendance judiciaire des tribunaux administratifs, on transformerait les tribunaux ordinaires en arbitres ultimes de l'opportunité des mesures institutionnelles et administratives adoptées par le législateur pour assurer l'indépendance et l'impartialité de ces organismes.<sup>32</sup> Vise-t-on plutôt à garantir l'indépendance judiciaire des cours fédérales? Il serait beaucoup plus simple, pour ce faire, de fonder cette protection sur l'article 96 de la *Constitution de 1867*.<sup>33</sup>

Enfin, si le préambule de la *Constitution de 1867* constitue le fondement de l'indépendance judiciaire de tous les tribunaux, ni l'article 1 ni l'article 33 de la *Charte* ne pourront être invoqués pour en limiter l'étendue. En effet, ces articles ne s'appliquent à aucune des dispositions de la *Constitution de 1867*.<sup>34</sup> Ainsi, même si le constituant entendait permettre la limitation du droit reconnu à l'inculpé (et non à la magistrature) par l'alinéa 11*d*), cette intention pourrait dorénavant être déjouée.

À la lecture des motifs du juge en chef Lamer, on devine également son intention d'introduire une séparation plus nette entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif.<sup>35</sup> En ce sens, le *Renvoi* s'inscrit dans la lignée des arrêts *MacMillan*<sup>36</sup> et *Cooper*.<sup>37</sup> Néanmoins, même si telle est son intention, la question évoquée plus

<sup>32</sup> Glenn, *supra* note 30 à la p. 298. La méfiance affichée par le juge en chef à l'égard des tribunaux administratifs dans l'arrêt *Cooper*, *supra* note 3, nous porte à conclure que son intention, en rédigeant son *obiter*, n'était pas de garantir une plus grande protection aux tribunaux administratifs. Il entendait plutôt, nous semble-t-il, élargir l'éventail des règles de droit à la source desquelles la Cour pourrait puiser pour résoudre le *Renvoi relatif à la sécession* *supra* note 15.

<sup>33</sup> Voir Lederman, *supra* note 16.

<sup>34</sup> Voir Pépin, *supra* note 18 aux pp. 345-46.

<sup>35</sup> Par exemple, le juge en chef insiste à plusieurs reprises sur le fait que l'indépendance institutionnelle repose sur le concept de séparation des pouvoirs :

Le principe de la séparation des pouvoirs exige, à tout le moins, que certaines fonctions soient réservées exclusivement à des organismes particuliers : voir *Cooper*, [*supra* note 3 au para. 13]. Toutefois, ce principe comporte aussi un autre aspect—savoir que les trois pouvoirs de l'État ne doivent, autant que possible, interagir que de certaines façons. Autrement dit, les rapports qu'ils entretiennent devraient revêtir un caractère particulier [139].

Voir également paras. 125, 130, 138-39, 239 et 256.

<sup>36</sup> *Supra* note 21. Dans cette affaire, la Cour suprême a interprété l'article 96 comme niant à une législature provinciale, autant qu'au Parlement central, le pouvoir de dépouiller une cour supérieure de certaines fonctions judiciaires relevant de sa juridiction fondamentale.

<sup>37</sup> *Supra* note 3 au para. 13 (motifs du juge en chef Lamer).

haut demeure pertinente. À quels tribunaux veut-on garantir le bénéfice d'une séparation plus stricte des pouvoirs?<sup>38</sup>

Si le recours au préambule nous apparaît inutile pour garantir le principe de l'indépendance judiciaire, il se fonde également sur une interprétation de l'histoire constitutionnelle britannique et canadienne extrêmement contestable.

*B. Une interprétation douteuse de l'histoire constitutionnelle britannique et canadienne*

Pour pallier l'insuffisance des garanties explicites, le juge en chef Lamer fonde la protection de l'indépendance judiciaire sur le préambule de la *Constitution de 1867*. Selon lui, la référence à «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», «indique que l'organisation juridique et institutionnelle de la démocratie constitutionnelle au Canada doit être similaire au régime juridique duquel émane la Constitution canadienne» [para. 96]. Ce préambule constitue donc une «reconnaissance écrite» [105] du principe structurel non écrit que représente l'indépendance judiciaire.

Comme le préambule fait référence à la Constitution du Royaume-Uni, on pourrait croire naïvement que l'étendue du principe de l'indépendance judiciaire en droit canadien doit s'inspirer de la portée de ce principe en droit anglais.<sup>39</sup> En Angleterre, une disposition

---

<sup>38</sup> Le principe de la séparation des pouvoirs est partiellement garanti par l'article 96 de la *Constitution de 1867* qui a été interprété comme consacrant la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire au niveau provincial : voir Lederman, *supra* note 16 à la p. 162. En effet, de manière à usurper la juridiction fondamentale des cours supérieures (et saper le pouvoir de nomination fédéral), il aurait suffi pour les provinces de créer des tribunaux détenant une juridiction équivalente à ces cours, de les coiffer d'un titre différent, et d'en nommer tous les juges. Pour prévenir une telle situation, la Cour suprême a interprété l'article 96 comme une mesure centralisatrice visant à assurer la mise en place d'un système judiciaire unitaire dans le but, entre autres, de contrebalancer l'effet centrifuge du partage des compétences législatives (*Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle* [1981] 1 R.C.S. 714 aux pp. 723, 728), mais également dans le but de préserver la séparation des pouvoirs en reconnaissant aux tribunaux de l'article 96 une juridiction exclusive à l'égard de certaines matières. La Cour a donc conclu qu'une province ne pouvait créer des tribunaux dont les fonctions judiciaires correspondaient à celles exercées en exclusivité par une cour supérieure, à moins bien sûr d'en faire nommer les membres par le gouvernement fédéral. Par ce moyen, non seulement le pouvoir de nomination du gouvernement fédéral était-il protégé, mais la «juridiction fondamentale» des tribunaux auxquels fait référence l'article 96 était également garantie : voir *Renvoi supra* note 2 au para. 88.

<sup>39</sup> C'est ce que pensent Lederman, *supra* note 16 aux pp. 158, 167; et Beaulieu, *supra* note 25 à la p. 96, n. 296.

de l'*Act of Settlement*<sup>40</sup> est venu consacrer officiellement, dans l'ordre constitutionnel britannique, les deux principaux piliers de l'indépendance judiciaire, à savoir la sécurité d'emploi et la sécurité financière.<sup>41</sup> Cette disposition vise uniquement les «central courts of common law».<sup>42</sup> Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, le pouvoir de surveillance des cours supérieures leur permet de garantir l'indépendance et l'impartialité des tribunaux inférieurs. Malgré ce qui précède, il importe de souligner, comme le fait le juge La Forest, que le droit constitutionnel anglais ne posait, et ne pose toujours, aucune limite au pouvoir du Parlement de porter atteinte à l'indépendance de la magistrature [304-310]. Le principe de la souveraineté parlementaire nie toute possibilité aux juges anglais de contrôler judiciairement la constitutionnalité des lois.<sup>43</sup>

C'est donc dire que le préambule de la Constitution ne pourrait donner aux juges canadiens un pouvoir que le droit constitutionnel anglais n'a jamais reconnu à leurs homologues britanniques [311].<sup>44</sup> Le juge en chef ne se formalise pourtant pas d'une telle logique. Il élabore plutôt une théorie constitutionnelle qui n'a aucune affinité avec la

<sup>40</sup> 12-13 William III (1701) c. 2; il n'entrera en vigueur qu'en 1714.

<sup>41</sup> Le paragraphe 7(3) de cette loi met fin aux nominations durant bon plaisir et édicte que les juges occupent leurs fonctions durant bonne conduite; enfin, il précise que les juges ne peuvent être révoqués qu'aux termes d'une adresse conjointe des deux chambres du Parlement. On y spécifie également que leurs salaires doivent être «fixés et établis» [«ascertained and established»]. La protection garantie par le paragraphe 7(3) devait être renforcée en 1760 par l'article 3 de *Commissions and Salaries of Judges Act* 1 Geo. III, c. 23 qui garantit aux juges le paiement de leur salaire durant toute la durée de leur commission, c'est-à-dire à vie, dans la mesure bien sûr où leur conduite ne donne pas prise à révocation : voir Lederman, *supra* note 16 à la p. 128.

<sup>42</sup> Lederman, *supra* note 16 à la p. 119. Une loi adoptée en 1813 devait conférer aux cours d'equity le même degré d'indépendance que celle reconnue aux cours centrales de common law : *ibid.* à la p. 121.

<sup>43</sup> Bien que l'indépendance judiciaire soit considérée, en Angleterre, comme un principe fondamental de droit constitutionnel et que, à ce titre, il apparaît inconcevable que le Parlement puisse y porter atteinte, il n'en reste pas moins qu'une pareille tentative ne pourrait être sanctionnée par les tribunaux :

The people as a whole, and Parliament itself, recognise that under the unwritten Constitution there are certain established principles which limit the scope of Parliament. It is true that the courts cannot enforce these principles as they can under the Federal system in the United States, but this does not mean that these principles are any the less binding and effective.

Voir L. Goodhart, *English Law and the Moral Law*, Stevens, London, 1953 à la p. 55 (cité par Lederman, *ibid.* à la p. 141).

<sup>44</sup> Dans l'arrêt *Dupond c. Montréal* [1978] 2 R.C.S. 770 à la p. 798 [ci-après *Dupond*], le juge Beetz, au nom d'une majorité des juges de la Cour suprême, avait conclu que le droit de tenir une réunion publique n'était pas garanti par le préambule de la *Constitution de 1867* puisque cette liberté était «[i]nconnu[e] en droit anglais».

nationalité britannique qu'elle revendique. L'extrait qui suit mérite d'être cité au long, car il témoigne de l'utilisation plus que douteuse faite de l'histoire par le juge en chef Lamer :

Les origines historiques de la protection de l'indépendance de la magistrature au Royaume-Uni et, partant, dans la Constitution du Canada, remontent à l'*Act of Settlement of 1701* ... Il faut reconnaître que la loi britannique ne protège que les juges des cours supérieures anglaises. Toutefois, notre Constitution a évolué avec le temps. Tout comme notre compréhension des droits et des libertés a progressé, à tel point qu'ils ont été expressément constitutionnalisés par l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982* l'indépendance de la magistrature est devenue un principe qui vise maintenant tous les tribunaux, et non seulement les cours supérieures du pays [106].

En somme, le principe de l'indépendance judiciaire est introduit en droit canadien parce qu'il s'agit d'un principe structurel de la *Constitution du Royaume-Uni* néanmoins, la portée de ce principe en droit anglais n'a, pour sa part, strictement aucune importance! Le juge est donc libre de définir le contenu de l'indépendance judiciaire comme bon lui semble, sans égard au libellé des textes constitutionnels.<sup>45</sup> On ne peut que demeurer bouche bée devant l'affirmation suivante :

Loin d'indiquer que l'indépendance des juges des cours provinciales n'est consacrée dans la Constitution que pour les cas où ces cours exercent une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation, l'alinéa 11*d*) atteste l'existence d'un principe général d'indépendance de la magistrature qui s'applique à tous les tribunaux, sans égard au type d'affaires qu'ils entendent [107].

Le juge La Forest rejette cette approche en déclarant, avec raison selon nous, que cette disposition accorde un droit à la personne inculpée et ne reconnaît pas aux juges le pouvoir de s'accorder «le niveau d'indépendance auquel ils estiment avoir droit, [mais] plutôt uniquement le degré d'indépendance nécessaire pour faire en sorte que les inculpés subissent un procès équitable» [329].

Néanmoins, la décision du juge en chef est troublante, non pas tant à cause de cette manipulation de l'histoire, qu'en raison de la mythification de la *Constitution de 1867* qu'elle opère. Dire du préambule de la *Constitution de 1867* qu'il est le «portail de l'édifice constitutionnel» canadien, affirmer que cette loi consacrait, tous azimuts, le principe de l'indépendance judiciaire, tient de la pensée magique et non d'un examen éclairé de l'histoire et des textes constitutionnels canadiens. La *Constitution de 1867* n'est pas un document fondateur dont la rédaction et la confection ont été inspirées

---

<sup>45</sup> «[T]ant l'alinéa 11*d*) que l'art. 100 sont des manifestations du principe non écrit de l'indépendance de la magistrature, qui est reconnu et confirmé par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* [163].

par de grandes idées philosophiques [La Forest : 320]. La conférence de Charlottetown de septembre 1864, quoi qu'on en dise, n'avait rien de commun avec la constitution de l'Assemblée nationale française en juin 1789, non plus qu'avec la Convention de Philadelphie de mai 1787. Le *British North America Act*—titre initial de la *Constitution de 1867*—visait une *colonie* britannique. Il s'agit d'une loi impériale qui prescrit l'étendue du pouvoir que pourra exercer une colonie dans le respect bien sûr de la suprématie du Parlement britannique [*ibid.*].<sup>46</sup> Il s'agit donc d'un document extrêmement technique, élaboré par des élites coloniales qui ne chercheront d'ailleurs pas à faire sanctionner leur projet par un quelconque appui populaire.<sup>47</sup> En réalité, c'est l'échec du régime constitutionnel établi par l'*Acte d'Union*<sup>48</sup> de 1840,<sup>49</sup> conjugué au marasme économique des années 1850-1860<sup>50</sup> et à la crainte d'une invasion par les États-Unis,<sup>51</sup> qui favorisera la naissance de l'idée d'une fédération des colonies britanniques de l'Amérique du nord. La *Constitution de 1867* s'inscrit dans la suite des constitutions de 1763, 1774, 1791 et 1840 qui avaient toutes pour objet d'établir des structures gouvernementales qui, en reproduisant autant que les circonstances du moment le permettaient le système de gouvernement britannique,

---

<sup>46</sup> L'assujettissement aux autorités britanniques n'a jamais fait l'ombre d'un doute. À preuve, l'idée d'introduire une formule de modification dans la *Constitution de 1867* n'a effleuré l'esprit de personne, tant il allait de soi que ce pouvoir serait réservé en exclusivité au pouvoir législatif suprême du Parlement impérial : voir F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel* Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 11.

<sup>47</sup> L'adoption de cette loi ne s'est pas faite dans l'allégresse, loin de là. Les soixante-douze résolutions adoptées à la Conférence de Québec et qui constituaient la trame de la future constitution furent adoptées en bloc par le Parlement du Canada-Uni. Elles devaient cependant être rejetées à Terre-Neuve et à l'Île-du-Prince-Édouard. Au Nouveau-Brunswick, le gouvernement en fit la pierre d'assise de son programme électoral. Mal lui en prit, car sa défaite fut écrasante. Des pressions exercées par Londres allaient toutefois entraîner l'adoption de résolutions par les législatures de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick en faveur d'une poursuite des pourparlers en Angleterre : voir F. Chevrette et H. Marx, *ibid.* aux pp. 10-11. Un an à peine après l'entrée en vigueur de la *Constitution de 1867* l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse adopta une résolution réclamant de Londres le droit de faire sécession. Cette demande fut refusée et, suite à des négociations entreprises avec Ottawa, la Nouvelle-Écosse mit un terme à ses velléités sécessionnistes : voir J.-Y. Morin et J. Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours* 2<sup>e</sup> éd., Montréal, vol. 1, Thémis, 1994 aux pp. 415-16.

<sup>48</sup> L'*Acte d'Union, 1840*(R.-U.), 3&4 Vict., c. 35, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n<sup>o</sup>4.

<sup>49</sup> G. Rémillard, *Le fédéralisme canadien* 2<sup>e</sup> éd., vol. I, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1983 aux pp. 65-69.

<sup>50</sup> *Ibid.* aux pp. 69-72.

<sup>51</sup> *Ibid.* aux pp. 72-74.

maintenaient en place le lien de subordination coloniale.<sup>52</sup> Affirmer le contraire, c'est faire mentir l'histoire.

Précisons toutefois que le caractère hautement pragmatique de la *Constitution de 1867* n'empêche pas de constater qu'elle avait également pour finalité de «concilier unité et diversité».<sup>53</sup> L'échec du régime constitutionnel instauré par l'*Acte d'Union*,<sup>54</sup> conjugué aux réticences des provinces maritimes, a fait du fédéralisme la seule solution susceptible d'emporter l'adhésion de tous puisqu'elle était seule à tenir compte de la diversité culturelle, religieuse et linguistique de celles qui allaient devenir les futures provinces canadiennes. Ainsi, il est juste d'affirmer, comme le fait la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession*,<sup>55</sup> que le réalisme des acteurs politiques de 1867 a permis l'élaboration d'un document constitutionnel qui allait constituer, avec succès, le premier pas d'une nation en devenir. La *Constitution de 1867* n'est pas la consécration de principes philosophiques unanimement partagés par des acteurs politiques portés par un même élan d'émancipation. Elle est plutôt le résultat d'un compromis réaliste sur la base duquel on espérait construire une nation où il serait possible à «des catholiques et des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais et chacun, par ses efforts et ses succès [d']ajoute[r] à la

---

<sup>52</sup> Le juge La Forest résume ce point de vue de la façon suivante :

La *Loi constitutionnelle de 1867* visait à créer les structures gouvernementales et judiciaires propres au maintien d'un système de gouvernement britannique dans une fédération d'anciennes colonies britanniques. Dans la mesure où des limites étaient imposées au pouvoir législatif au Canada, elles découlaient des termes de la loi (il s'agit d'une loi britannique) qui les a créées et, vis-à-vis de la Grande-Bretagne, de la situation de dépendance qui existait en 1867. Dans l'examen de la nature des structures créées, il était opportun de prendre en considération les principes sur lesquels reposent leurs équivalents britanniques, comme le préambule invite les tribunaux à le faire [320].

<sup>53</sup> *Renvoi relatif à la sécession* supra note 15 au para. 43.

<sup>54</sup> *Ibid.* au para. 59.

<sup>55</sup> *Ibid.* au para. 43 [nos italiques] :

Le fédéralisme était la *réponse juridique aux réalités politiques et culturelles* qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui. À l'époque de la Confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité. ... Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une *reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération* et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d'une seule et même nation en accordant d'importants pouvoirs aux gouvernements provinciaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* était un acte d'édification d'une nation. Elle était la *première étape de la transformation de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un État politique unifié et indépendant où des peuples différents pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d'objectifs communs*. Le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité.

prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération». <sup>56</sup> C'est en cela qu'elle est éminemment canadienne. Et c'est justement ce qui lui confère ce qu'il est permis d'appeler sa «dignité».

Le préambule n'a jamais eu pour objet de consacrer un principe absolu d'indépendance judiciaire. La reconnaissance, au Canada, de la garantie d'indépendance judiciaire a été lente et progressive. <sup>57</sup> Dans leur désir de reproduire chez elles un système judiciaire similaire à celui qui existait en Angleterre, <sup>58</sup> les colonies du Haut et du Bas-Canada, ainsi que de la Nouvelle-Écosse, ont reconnu aux cours supérieures de leur ressort, l'équivalent colonial des «central courts of common law», un degré d'indépendance correspondant à ce que consacre l'*Act of Settlement* de 1701. <sup>59</sup> C'est cette situation de fait qui a été confirmée dans la *Constitution de 1867*. Or, la protection de l'indépendance judiciaire figure aux articles 96 à 100 et non dans le préambule. <sup>60</sup> D'ailleurs, si le préambule garantit l'indépendance judiciaire de tous les tribunaux et ce, depuis 1867, pourquoi les articles 96 à 100, pourtant adoptés à cette époque, ne visent-ils que les cours supérieures provinciales?

<sup>56</sup> Propos de George-Étienne Cartier cités par la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession* *ibid.*

<sup>57</sup> Voir Lederman, *supra* note 16 aux pp. 141-73.

<sup>58</sup> *Ibid.* aux pp. 158, 167; et Beaulieu, *supra* note 25 à la p. 96, note 296.

<sup>59</sup> Le Haut-Canada devait adopter une loi garantissant l'indépendance judiciaire en 1834, le Bas-Canada en 1843 et la Nouvelle-Écosse en 1848 : Lederman, *supra* note 16 aux pp. 149-55. La loi du Bas-Canada s'intitulait *Acte concernant l'indépendance des juges de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour supérieure ainsi que de leur récusation en certains cas* *ibid.*, c. 15.

<sup>60</sup> Le Professeur Roderick A. MacDonald, «The Proposed Section 96B : An Ill-Conceived Reform Destined to Failure» (1985) 26 C. de D. 251 à la p. 261 soutient même que les articles 96 à 100 de la Constitution n'avaient pas pour principale fonction de garantir l'indépendance judiciaire, mais bien plutôt de consolider le pouvoir politique en assurant la nomination d'un personnel judiciaire fidèle aux valeurs traditionnelles chères à l'oligarchie en place (propriété privée et économie de marché). À la p. 260, il affirme :

Far from an attempt to break the power of the local oligarchs, the Judicature sections of the Act of 1867 reflected an opposite goal. Among the main objectives of sections 96-100 was the desire to insulate the appointment of superior court judges from the ravages of unbridled democracy, be this reflected in the election of judges or the exertion of local pressures upon the judiciary, or be this in an assertion of Parliamentary control. Various structural features of the *Constitution Act, 1867* illustrate this ambition : appointment by the Governor General alone (that is, neither appointment by the Governor-in-Council, nor the Lieutenant-Governor-in-Council, nor election by the populace) consolidates executive power; the requirement that salaries be fixed by Parliament (rather than paid through fees of litigants, or from local coffers) helps insulate the courts from the pressure exerted by their clientele, and the demands of the marketplace; and the joint address process is a mechanism for diluting the power of the elected House of Commons with the voices of «rationality and conservatism» of the appointed Senate, as well as for distancing judicial employment from municipal squabbings.

Bref, ni l'histoire ni les textes constitutionnels ne viennent étayer la théorie élaborée par le juge en chef. Le lecteur averti qui connaît le sort relativement obscur attribué au préambule de la *Constitution de 1867* avant 1993<sup>61</sup> est partagé entre l'incrédulité et l'indignation lorsqu'il voit six juges de la Cour suprême affirmer, sur le fondement d'une preuve aussi faible, que le premier considérant de cette disposition constitue l'épicentre de l'ordre constitutionnel canadien.

Le préambule n'est pas le «portail» [109] de tout l'édifice constitutionnel canadien. Toutes les dispositions explicites contenues dans les textes constitutionnels ne sont pas «l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* [107]. À notre avis, l'existence de principes constitutionnels structurels non écrits ne fait aucun doute. Néanmoins, ils ne se fondent pas sur le préambule de la *Constitution de 1867* mais bien sur l'ensemble des textes constitutionnels (y compris le préambule de la *Constitution de 1867*), ceux-ci devant être lus à la lumière du contexte historique et politique qui leur a donné naissance. Ces normes sont, pour ainsi dire, en suspension dans l'esprit des dispositions explicites de la Constitution, celles-ci devant être analysées à la lumière du contexte spécifique du Canada. Or, il semble bien que telle soit l'opinion de la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession*<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Avant cette date, dans des opinions minoritaires, des juges de la Cour suprême avaient prétendu, en *obiter*, que le préambule de la *Constitution de 1867* introduisait en droit canadien certaines libertés reconnues par le droit anglais; c'est ce qu'on a appelé la «déclaration "implicite" des droits». Cette théorie fut cependant clairement rejetée par la Cour dans l'arrêt *Dupond*, *supra* note 44. Bien qu'on l'ait invoquée à nouveau dans *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)* [1987] 2 R.C.S. 2 à la p. 57, il s'agit manifestement là d'un cas d'espèce : voir Brun et Tremblay, *supra* note 22 aux pp. 639-42. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)* [1993] 1 R.C.S. 319 [ci-après *New Brunswick Broadcasting*], la Cour allait cependant transformer le rôle attribué jusqu'ici au préambule. En l'espèce, une majorité des juges de la Cour suprême a conclu que les privilèges inhérents des assemblées législatives faisaient partie de la Constitution du Canada. S'exprimant en leur nom, la juge McLachlin a conclu que, au nombre des principes introduits dans l'ordre constitutionnel canadien par le préambule de la *Constitution de 1867* figurait le maintien du gouvernement parlementaire et que, en conséquence, l'ensemble des préceptes fondamentaux sous-tendant ce type de gouvernement bénéficiaient d'un statut constitutionnel. Les privilèges inhérents, sans lesquels une assemblée ne serait pas en mesure de fonctionner, devaient donc être considérés comme constitutionnellement enchâssés. À ce titre, leur exercice ne pouvait pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire, puisqu'une «partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution» [à la p. 373]. L'objectif de la Cour était, par ce moyen, de préserver l'indépendance du pouvoir législatif [aux pp. 354, 359, 379]. En l'espèce, après avoir jugé que l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse était investie d'un privilège inhérent de nature constitutionnelle l'autorisant à exclure les étrangers de son enceinte, la juge McLachlin devait affirmer que la liberté d'expression reconnue par la *Charte* ne pouvait être invoquée pour supprimer ce droit particulier.

<sup>62</sup> *Supra* note 15. Et du juge dissident La Forest dans le *Renvoi*, *supra* note 2 au para. 325.

En effet, l'approche décontextualisée adoptée par le juge en chef Lamer ne semble déjà plus rencontrée l'approbation des membres de la Cour. Dans le *Renvoi relatif à la sécession* la Cour, à l'unanimité, confirme que certains principes constitutionnels non écrits «inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées». <sup>63</sup> Au nombre de ceux-ci, elle compte le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Toutefois, après avoir rappelé que «[d]errière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents», <sup>64</sup> la Cour définit ses principes d'une manière qui, sans être idéalisée, tient compte au contraire de la réalité historique canadienne. À titre d'exemple, lorsqu'elle aborde le principe fédéral, elle n'hésite pas à rappeler qu'il prend appui dans la nécessité d'accommoder la différence québécoise.

Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840*(R.-U.), 3-4 Vict., c. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même. <sup>65</sup>

Un peu plus loin, son analyse très fine du principe démocratique tel qu'il s'est incarné dans nos traditions politiques canadiennes l'amène à conclure qu'il ne sera pas susceptible de générer une quelconque légitimité si on le réduit à la seule règle de la simple majorité. <sup>66</sup> Pour être en mesure de traduire efficacement l'idéal de discussion qui le soutient, ce principe doit être considéré dans le contexte d'autres principes tout aussi fondamentaux, à savoir le fédéralisme, le respect de la primauté du droit et des minorités.

---

<sup>63</sup> *Supra* note 15 au para. 49; voir aussi para. 32.

<sup>64</sup> *Ibid.* Au para. 32, elle avait préalablement affirmé [nos italiques] : «Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle».

<sup>65</sup> *Ibid.* au para. 59.

<sup>66</sup> *Ibid.* au para. 67.

En adoptant cette approche beaucoup plus subtile, la Cour fait bien sûr référence au préambule et au *Renvoi*, mais sans faire de cette disposition un outil pour introduire des principes qui n'ont rien à voir avec l'histoire constitutionnelle canadienne. Ainsi, elle rappelle que ces principes non écrits «ne so[n]t pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, *sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule..* ». <sup>67</sup> Elle ajoute plus loin que «le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d'incorporer par renvoi *certain* principes constitutionnels», <sup>68</sup> et rappelant les propos du juge en chef Lamer, elle signale que cette disposition «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel». <sup>69</sup> Une fois ce tribut payé au *Renvoi*, la Cour préfère examiner l'histoire constitutionnelle canadienne pour donner sens aux principes non écrits qu'elle avait préalablement identifiés. Or, cette histoire constitutionnelle, rappelle-t-elle, «démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique» <sup>70</sup>. La Cour reconnaît donc que la Constitution canadienne n'est pas composée de principes de droit universellement applicables, mais bien de principes qui ont été lentement, et parfois péniblement, forgés sur l'enclume de la réalité historique canadienne.

Cette approche prudente adoptée par la Cour nous apparaît d'autant plus appropriée que le recours à des normes constitutionnelles non écrites doit demeurer tout à fait exceptionnel, car dans la mesure où l'on s'écarte de ce que le texte même de la Constitution énonce, se pose alors le problème de l'identification des principes structurels, et de la définition du contenu de ces normes fort obscures et imprécises. <sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> *Ibid.* au para. 51 [nos italiques].

<sup>68</sup> *Ibid.* au para. 53 [nos italiques].

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.* au para. 33.

<sup>71</sup> À ce propos, lire J. Webber, «The Legality of a Unilateral Declaration of Independence under Canadian Law» (1997) 42 R.D. McGill 281, à la p. 299-318; et J. Frémont et F. Boudeault, «Supraconstitutionnalité canadienne et sécession du Québec» (1997) 8 N.J.C.L. 163. Les problèmes soulevés par l'invocation de principes constitutionnels non écrits s'apparentent à ceux qu'entraîne le recours à la «théorie des dimensions nationales». En effet, celle-ci implique tout à la fois l'identification, par les tribunaux, des matières d'intérêt national et une définition de leur portée. L'incohérence et le flou des tests élaborés par les tribunaux pour déterminer le caractère national

Avant de passer au prochain point, signalons que le *Renvoi* risque fort de relancer le débat relatif à la légitimité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Cette légitimité, dit-on souvent, repose en grande partie sur le fait que le forum judiciaire constitue un lieu privilégié de discussion, un lieu plus à même de réconcilier la diversité des intérêts s'opposant sur une même question que ne l'est parfois le forum politique. À cela s'ajoute l'obligation à laquelle sont soumis les juges de motiver leurs décisions. Celles-ci peuvent alors faire l'objet de critiques et contribuer, de façon indirecte, à alimenter le débat démocratique. En l'espèce, seuls certains procureurs ont évoqué, de manière tout à fait accessoire, le préambule comme assise du principe de l'indépendance judiciaire [83]. Aucun des six tribunaux inférieurs n'a examiné cet argument. Le contrôle judiciaire cesse d'être légitime lorsque, sur une question qui les intéresse directement, les juges se prononcent sans qu'une discussion préalable n'ait été tenue. Cette illégitimité est encore plus grave lorsque les motifs invoqués au soutien de la thèse prétorienne sont de la nature d'une réécriture de l'histoire constitutionnelle canadienne et britannique.<sup>72</sup> Enfin, l'intervention de la Cour est d'autant plus contestable qu'elle n'hésite pas à s'autoriser de son pouvoir de contrôle pour dicter au pouvoir législatif la mise en oeuvre de la solution *idéale* en matière d'indépendance judiciaire [voir Partie III].<sup>73</sup>

---

ou local d'une matière donnée n'offrent strictement aucune garantie de certitude quant au résultat d'un litige donné. La performance prétorienne en cette matière ne laisse présager rien de bon d'une interprétation trop libérale du préambule de la *Constitution de 1867*. Pour un examen critique de la théorie des dimensions nationales, lire J. Leclair, «Droit constitutionnel—Partage des compétences—Loi réglementant les produits du tabac, S.C. 1988, c. 20—La théorie des dimensions nationales : une boîte à phantasmes : *Canada (Procureur général) c. R.J.R.-MacDonald Inc*» (1993) 72 R. du B. can. 524.

<sup>72</sup> Selon le juge La Forest, le contrôle judiciaire est légitime, dans la mesure où il consiste à interroger un texte écrit, non par le juge, mais par le Constituant en tant qu'interprète de la volonté générale. Il en conclut que «cette légitimité est compromise lorsque les tribunaux tentent de limiter le pouvoir des législatures sans s'appuyer sur des textes explicites» [316]. De plus, soutient-il, si le texte constitutionnel comporte des lacunes, il revient au Constituant de les combler.

<sup>73</sup> Dans les arrêts *Valente*, *supra* note 3 aux pp. 692-93 et *Lippé*, *supra* note 3 à la p. 142, la Cour avait pourtant affirmé que la Constitution n'imposait pas au législateur l'obligation d'assurer une protection idéale à la magistrature.

L'attitude de la Cour dans le *Renvoi*, *supra* note 2 est d'autant plus surprenante que, à peine un mois plus tard, la Cour suprême a refusé d'étendre la portée des règles de common law en matière de responsabilité civile et de *parens patriae* de manière à permettre l'émission d'une injonction autorisant la détention d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à l'enfant qu'elle portait : voir *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925. La Cour a refusé d'apporter les changements demandés au motif qu'ils,

posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu'ils soulèvent, qu'ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des

Comme nous le verrons maintenant, ce n'est pas seulement la théorie des sources élaborées par la Cour qui pose problème, mais également ses conclusions relatives au problème de la rémunération des juges.

*C. Un traitement inadéquat des sources de droit positif*

Avant d'examiner plus à fond certains autres aspects juridiques des traitements judiciaires, il y a lieu d'ajouter une dernière observation, cette fois sur la méthode interprétative de la Cour et les sources citées dans le jugement majoritaire. Le rapport entre le principe de l'indépendance judiciaire et la fixation des traitements judiciaires n'est certes pas la question qui a fait coulé le plus d'encre en droit constitutionnel anglais ou canadien : les textes constitutionnels ou légaux qui ont quelque pertinence sont succincts, la jurisprudence est très clairesemée (sinon inexistante en droit anglais) et rares sont les ouvrages de doctrine qui s'y intéressent.<sup>74</sup> Néanmoins, il existe certains travaux savants de haute qualité réalisés par des juristes réputés en Angleterre, au Canada, en Australie et aux États-Unis.

Parmi eux figure un texte d'une grande érudition historique, plusieurs fois salué, et à juste titre, comme une contribution remarquable à l'étude de l'indépendance judiciaire, l'article que le Professeur William R. Lederman faisait paraître sur la question en 1956.<sup>75</sup> La majorité de la Cour ne mentionne cet article qu'une seule fois [154] et elle en fait une lecture plus sélective que le juge La Forest [voir notamment 313] sans d'ailleurs vraiment s'appuyer sur lui. On aurait pu s'attendre, dans un avis de cette envergure sur une question

---

tribunaux de faire évoluer progressivement le droit. Il appartient davantage au législateur qu'aux tribunaux de décider si de telles modifications sont opportunes et, le cas échéant, de déterminer quelle doit être la portée de la réforme [para. 47].

Comme quoi les décisions judiciaires sont avant tout des discours, des moyens de persuasion qui varieront en fonction des auditoires qu'ils sont appelés à convaincre. ... Le discours judiciaire—et la latitude de pouvoir que les juges s'attribueront sur une question donnée—variera en fonction des contraintes représentées par les valeurs et les attentes d'auditoires très variables. Ainsi, alors que le justiciable moyen s'intéresse assez peu aux questions institutionnelles relatives à l'indépendance judiciaire, il verrait d'un très mauvais oeil l'intervention de juges non élus dans la question du contrôle que l'État peut exercer sur le corps des femmes.

<sup>74</sup> Les travaux du Professeur S. Shetreet font ici exception et le jugement majoritaire [130] cite une observation de portée générale faite par Shetreet sur l'indépendance de la magistrature dans «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges» dans S. Shetreet et J. Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (Dordrecht, Pays Bas: M. Nijhoff Publishers, 1985).

<sup>75</sup> Voir «The Independence of the Judiciary» (1956) 34 R. du B. can. 769.

aussi controversée, à un examen un peu moins superficiel du principal commentaire doctrinal publié au Canada sur l'histoire de l'indépendance judiciaire. En ce qui concerne, cependant, la question spécifique du traitement des juges, un ouvrage anglais de droit constitutionnel et d'histoire des institutions, que l'on doit à Robert F.V. Heuston, est probablement la référence obligatoire pour quiconque s'intéresse à la période contemporaine.<sup>76</sup> Bien qu'il soit cité par le juge La Forest [310], cet ouvrage n'est pas mentionné dans le jugement majoritaire.

Mais on s'étonne surtout que le jugement majoritaire, lequel après tout crée une nouvelle contrainte constitutionnelle potentiellement lourde de conséquences pour les gouvernements, ait ignoré des travaux à la fois plus récents et plus exhaustifs sur le sujet. On pense ici, en particulier, au rapport fortement documenté du Professeur George Winterton,<sup>77</sup> où sont rassemblés une foule de renseignements utiles sur les pratiques suivies dans plusieurs pays appartenant à des traditions constitutionnelles voisines (dont le Canada). De même, on s'explique mal l'absence de toute référence à l'ouvrage de Robert Stevens,<sup>78</sup> un auteur que l'on peut qualifier sans risque d'expert en la matière et dont plusieurs articles ont étudié et mis en contexte la question de la rémunération judiciaire en Angleterre.<sup>79</sup> Peut-être ces sources auraient-elles risqué d'affaiblir plutôt que de renforcer la thèse de la majorité? Si la Cour souhaitait se détacher de l'orthodoxie constitutionnelle anglaise pour se rapprocher de la tradition constitutionnelle américaine, où le judiciaire bénéficie il est vrai d'un statut plus explicitement indépendant, elle aurait constaté qu'un ouvrage relativement récent faisant autorité,<sup>80</sup> de même qu'une jurisprudence qui n'a pas son pendant dans d'autres systèmes de droit,<sup>81</sup> pèsent dans le

---

<sup>76</sup> *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940* Oxford, Clarendon Press, 1964. Un ouvrage subséquent, *Lives of the Lord Chancellors 1940-1970* Oxford, Clarendon Press, 1987, présente moins d'intérêt parce que la question semble avoir été moins controversée au cours de cette seconde période.

<sup>77</sup> Voir G. Winterton, *Judicial Remuneration in Australia* Carlton South, Australian Institute of Judicial Administration, 1995.

<sup>78</sup> Voir R. Stevens, *The Independence of the Judiciary—The View from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

<sup>79</sup> Voir notamment R. Stevens, «On being nicer to James and the children» (1994) 144 New L. J. 1620.

<sup>80</sup> R. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform* Cambridge, Harvard University Press, 1985.

<sup>81</sup> *Atkinsc. United States* 556 F.2d 1028 (Ct. Cl. 1977), *cert. den.*, 98 S. Ct. 718 (1978).

sens du jugement dissident. Mais le juge en chef ne cite pas cette documentation et la seule référence directement pertinente à une source américaine se trouve dans le jugement minoritaire.<sup>82</sup> Bien qu'il ne faille pas confondre le rôle de la Cour avec celui d'un institut de droit comparé ni avec celui d'un historien des institutions, ce silence ne laisse pas de surprendre dans des motifs aussi résolument innovateurs, présentés comme une application d'un principe constitutionnel non écrit remontant à l'*Act of Settlement* de 1701 [83] et donc susceptible d'illustrations ailleurs qu'au Canada.

### III. CERTAINS AUTRES ASPECTS JURIDIQUES DE LA RÉMUNÉRATION DES MEMBRES DE LA MAGISTRATURE

Dans l'arrêt *Beauregard* la Cour suprême a confirmé, sous la plume du juge Dickson, que les juges des cours supérieures ne peuvent en aucun cas être assimilés à des employés du gouvernement.<sup>83</sup> Le statut des juges de certaines cours inférieures, comme les cours municipales, et à plus forte raison le statut des juges administratifs, peuvent être ambigus à ce titre, mais pas semble-t-il celui des juges de cours provinciales. Leur situation, *pari passu*, est semblable à celle des juges de cours supérieures, bien qu'ils soient nommés en vertu de la prérogative de la Couronne provinciale. Le rapport qui existe entre eux et la Couronne (ou, si l'on préfère, le gouvernement) n'est pas un contrat de travail mais un lien juridique relevant de la prérogative royale et qui sous de nombreux aspects, est largement contrôlé par la loi. Il existe évidemment des points de ressemblance entre cette situation et un contrat de travail, ce qui explique probablement pourquoi les quelques rares auteurs qui abordent la question en traitent souvent sous cette rubrique.<sup>84</sup> Néanmoins, le juge, comme l'officier militaire et contrairement au salarié, doit prêter serment d'office, et un élément fondamental du contrat de travail, la subordination, est en soi incompatible avec l'indépendance judiciaire et donc avec la fonction de juge. Chose curieuse, le statut des juges est plutôt précaire au regard de

---

<sup>82</sup> Voir P.B. Kurland, «The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History» (1968-69) 36 U. Chi. L. Rev. 665 cité par le juge La Forest au para. 329.

<sup>83</sup> *Supra* note 3 à la p. 83 : «Les juges des cours supérieures», écrit le juge Dickson, «ne sont d'aucune façon les «employés» de qui que ce soit, pas même du gouvernement fédéral».

<sup>84</sup> Voir, par exemple, P. Gordon, *Crown Law*, Toronto, Butterworths, 1991 aux pp. 308 et s., qui traite (sommairement) du statut des juges sous les titres «Crown Contracts of Employment» et «Employment During Good Behaviour and at Pleasure»; et H.L. Molot, «Employment During Good Behaviour and at Pleasure» (1989) 2 C.J.A.L.P. 238 aux pp. 238-39, 241-42.

la common law, peut-être parce que les origines de ce statut remontent à la nuit des temps constitutionnelle, une époque où le Souverain était encore véritablement souverain, et ce, même en matière de nomination et de destitution des juges. Ce statut ne s'est solidifié que lentement, par sédimentations progressives résultant généralement de la loi : techniquement parlant, par exemple, l'effet de l'*Act of Settlement* fut d'assujettir la fonction judiciaire, jusque-là régie par la règle *durante bene placita* à la règle *dum se bene gesserit*

Bien qu'il y ait ici et là en droit canadien quelques rares cas de poursuites civiles intentées à l'initiative de détenteurs de charges nommés en vertu de la prérogative,<sup>85</sup> il apparaît extrêmement improbable qu'un juge puisse, en vertu d'un principe de common law existant et *a fortiori* répertorié, user d'un moyen de droit pour contraindre la Couronne à augmenter le montant de son traitement. Lorsque les conditions de travail ou de retraite d'un juge font l'objet d'un différend entre lui et la Couronne, la question doit nécessairement se résoudre au regard de la législation applicable, interprétée en tenant compte du principe de l'indépendance judiciaire.<sup>86</sup> En d'autres termes, ce principe est omniprésent même lorsque l'on aborde le problème de la portée, aux termes de la loi ou de la common law, de la prérogative ou des normes de droit privé susceptibles de s'appliquer à un juge. Avant le *Renvoi*, cependant, rien n'indiquait qu'une lecture respectueuse de l'histoire constitutionnelle puisse tirer de ce principe autre chose qu'une pétition de principe.<sup>87</sup>

Il est concevable, théoriquement, que le défaut par le législateur d'ajuster à la hausse les traitements des juges afin de neutraliser les

---

<sup>85</sup> Voir *Clark c. R.* (1979), 99 D.L.R. (3d) 454 (B.C. S.C.); *Bell c. Canada Development Investment Corp.* (1990), 69 D.L.R. (4th) 178 (Ont. H.C.J.); et *Masters c. Ontario* (1994), 115 D.L.R. (4th) 319 (Div. gén. Ont.).

<sup>86</sup> Ce fut le cas, notamment, dans la très intéressante affaire *Landreville c. R.*, [1977] 1 F.C. 419 (T.D.), *Landreville c. R. (No. 2)*, [1977] 2 F.C. 726 (T.D.) et *Landreville c. R. (No. 3)*, [1981] 1 F.C. 15 (T.D.), dont W. Kaplan retrace minutieusement l'histoire dans *Bad judgment: the case of Mr. Justice Leo A. Landreville*, Toronto, University of Toronto Press, 1996.

<sup>87</sup> Lederman, *supra* note 75, écrit à la page 795 :

[I]t seems that the balance of authority definitively favours the view that it is unconstitutional in Britain to cut the salary of an individual judge of a superior court during the currency of his commission. It would seem to be unconstitutional also for Parliament to attempt a general reduction of the judicial salary scale to an extent *that threatens the independence of the judiciary*. Subject to these two limitations, Parliament has power to adjust the level of judicial salaries.

Nous mettons en italiques le passage qui nous semble tenir de la pétition de principe; or, c'est à ce niveau justement, et non à l'échelle des relations individuelles entre un juge et la Couronne, que se situe l'enjeu du *Renvoi*, *supra* note 2.

effets de l'inflation puisse constituer en soi une atteinte, en quelque sorte par inaction, à l'indépendance de la magistrature. Avant que ne s'instruisent les divers recours qui seraient réunis dans le cadre du *Renvoi*, cet argument n'avait jamais été plaidé en tant que tel devant un tribunal canadien, bien qu'on l'ait entendu à l'occasion dans des enceintes politiques. Tout porte à penser qu'il en va de même dans les autres pays de tradition constitutionnelle anglaise. Du moins n'y trouvera-t-on aucun précédent jurisprudentiel sur le sujet. La difficulté de judiciariser la question y est certainement pour quelque chose, mais peut-être aussi, paradoxalement, les résultats obtenus par des moyens extrajudiciaires.<sup>88</sup>

Il existe cependant une tradition constitutionnelle voisine, héritière elle aussi de l'*Act of Settlement* où cette question précise fut plaidée en profondeur il y a une vingtaine d'années. L'affaire *Atkins*<sup>89</sup> opposait au gouvernement américain cent quarante juges des cours de district et des cours d'appel fédérales. Ils faisaient valoir que, de 1969 à 1975, l'inflation avait sensiblement réduit le pouvoir d'achat de leur traitement puisque l'index des prix à la consommation avait augmenté de 34,4 pour cent au cours de cette même période.<sup>90</sup> Ces données n'étaient d'ailleurs pas contestées par le gouvernement.

Deux éléments additionnels d'information étaient de nature à renforcer la position prise ici par les juges. D'abord, la Constitution américaine, par son libellé même, est plus claire que bien d'autres sur les traitements judiciaires : son Article III, paragraphe 1, prévoit que les juges des tribunaux fédéraux «shall ... receive ... a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office». Les

---

<sup>88</sup> Ainsi, Stevens, *supra* note 79 écrit à la p. 1631:

No responsible citizen would suggest that judges should be anything but comfortably paid. There are, however, problems. In the nineteenth century the High Court judges argued that their salaries should be large enough to put them on the same level as the grandes in the land (indeed early in the last century they were sceptical about taking knighthoods, which they feared savoured of trade, and thought perhaps peerages might be more appropriate). In the twentieth century, the fight has been geared more to ensuring that their salaries should keep up with inflation. Indeed, when Parliament was in control of their salaries and seemed reluctant to raise them, judges lobbied to have responsibility transferred to the executive. Since the executive relied on the Top Salaries Body, and that committee developed the rule that judicial salaries should, as far as possible, track the earnings of leading silks, High Court judges (and incidentally Permanent Secretaries to whom the body illogically linked judicial salaries) have over the last 20 years seen salaries rise faster than inflation.

<sup>89</sup> *Supra* note 81.

<sup>90</sup> Ces chiffres ne sont pas négligeables : ils signifient, par exemple, qu'un juge nommé en 1969 avec un traitement de 42 500 \$ recevait en 1975, en dollars de valeur constante, un traitement de 27 880 \$.

documents laissés par les constituants américains prêtent à interprétation<sup>91</sup> mais on peut relever que la disposition citée ici (et dont s'inspire la constitution australienne<sup>92</sup>) est tout de même plus explicite que ne l'est la constitution canadienne ou, à plus forte raison, la constitution anglaise. En second lieu, au cours de la période visée, le Congrès des États-Unis avait augmenté le traitement de la plupart des fonctionnaires fédéraux de 36 pour cent en moyenne—et celui des avocats en début de carrière de 59 pour cent.

Par une décision unanime sur ce point, la United States Court of Claims devait rejeter la prétention, pourtant plaidée avec vigueur,<sup>93</sup> selon laquelle le principe de l'indépendance judiciaire oblige le législateur à corriger les effets de l'inflation.<sup>94</sup> Notons toutefois que certains des juges se dissocièrent de la majorité de la Cour sur un autre aspect du dossier présentant lui aussi quelques affinités avec la situation mise en lumière dans le *Renvoicanadien*.<sup>95</sup> Quoi qu'il en soit, l'affaire n'alla pas plus loin, la Cour suprême des États-Unis ayant rejeté quelques temps plus tard la demande de révision de la décision.<sup>96</sup> Cette même cour devait juger en 1980 que la disposition de la constitution américaine citée plus haut interdit au Congrès de supprimer, dans le cadre d'un gel général des salaires, des augmentations de traitement déjà accordées et qui ont commencé d'être versées, mais n'empêche pas

---

<sup>91</sup> Sur cet aspect du problème, voir *Atkins*, *supra* note 81 aux pp. 1045-49.

<sup>92</sup> Cette dernière prévoit en effet ce qui suit : «72. The Justices of the High Court and of the other courts created by Parliament ... (iii) Shall receive such remuneration as the Parliament may fix; but the remuneration shall not be diminished during their continuance in office». Se prononçant sur la portée de ce texte à la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Atkins*, Winterton conclut, *supra* note 77 à la p. 24, qu'il est très improbable que l'inaction législative face à l'inflation contrevienne à l'article 72.

<sup>93</sup> Il n'est peut-être pas sans intérêt de noter que les juges étaient représentés par des juristes éminents (Arthur J. Goldberg, ancien juge à la Cour suprême des États-Unis, et Stephen Breyer, futur juge de la même cour) et que l'argumentation développée en leur nom ne laissait rien à désirer sur le plan de la technique juridique.

<sup>94</sup> *Supra* note 81.

<sup>95</sup> Les membres dissidents de la Cour estimaient contraire à la constitution que le Sénat des États-Unis, en 1973, ait opposé son veto aux recommandations présidentielles sur les traitements judiciaires. Le président avait alors recommandé que soient versées trois augmentations annuelles de 7,5 pour cent mais il n'avait pas suivi l'avis de la Commission quadriennale sur les traitements judiciaires, laquelle s'était prononcée en faveur d'une seule augmentation de 25 pour cent pour l'année 1973. Le veto du Sénat devait être en partie motivé par le fait que, quelques années auparavant, on avait intégralement donné effet à une recommandation de la Commission proposant une augmentation de 51 pour cent des traitements judiciaires. On peut consulter sur ce point Posner, *supra* note 80, appendice B aux pp. 345-49.

<sup>96</sup> *Supra* note 81.

l'abrogation législative d'augmentations prévues par la loi mais non encore versées.<sup>97</sup>

#### IV. CONCLUSION

En guise de conclusion, nous tenons à rappeler que la critique—parfois mordante—qui précède ne doit pas être interprétée comme une attaque à l'encontre de la garantie d'indépendance judiciaire elle-même. Au contraire, c'est précisément en raison du caractère fondamental de cette dernière pour les justiciables qu'il nous apparaît essentiel de critiquer les motifs exposés par la Cour.

Au contraire de ce que certains juges semblent croire, l'indépendance judiciaire n'a pas pour objet d'assurer aux membres de la magistrature un niveau de vie confortable et privilégié.<sup>98</sup> Elle n'a pas non plus pour objet de faire de la magistrature un cénacle imperméabilisé à l'encontre de toute intervention gouvernementale. En droit constitutionnel canadien, malgré ce que peut en dire la Cour suprême, cette garantie n'a jamais eu pour fonction de dépolitiser complètement les rapports entre le judiciaire et l'exécutif. L'indépendance judiciaire vise essentiellement à assurer «le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature» ainsi que «le maintien de la primauté du droit» [10].<sup>99</sup> Faut-il le rappeler, elle n'a d'autre finalité que d'assurer le caractère désintéressé et impartial de la justice rendue au profit des justiciables.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> *U.S. c. Will*, 449 U.S. 200 (1980).

<sup>98</sup> Sa finalité n'est pas, comme le prétendait le juge McDonald, en première instance dans le pourvoi albertain, de stimuler la productivité des juges qui, une fois rassurés sur le plan financier, seraient «davantage susceptibles de ne pas se limiter à leur strict devoir» : (1994), 160 A.R. 81 (Alta. Q.B.) aux pp. 130-31. L'alinéa 11*d*) ne vise pas non plus, sinon très accessoirement, à attirer à la magistrature «des avocats possédant une très grande compétence et une excellente réputation» : *ibid.* [traduction tirée du *Renvoi*, *supra* note 2 au para. 55].

<sup>99</sup> Voir aussi *Valente*, *supra* note 3 à la p. 689; dans *Lippé*, *supra* note 3 à la p. 139, le juge en chef Lamer affirmait lui-même :

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

<sup>100</sup> Voir Pépin, *supra* note 18 à la p. 383. Dans cette partie de son article, le Professeur Pépin fait la critique de l'arrêt *Bisson c. Québec (P.G.)*, [1993] R.J.Q. 2581 (C.S.) où l'on a jugé que l'augmentation du tarif de stationnement au Palais de Justice de Montréal (applicable à tous les

À défaut par le Constituant de ce faire, il revient aux juges, gardiens des valeurs constitutionnelles, d'adapter les conditions essentielles de cette indépendance à des besoins nouveaux, sans verser dans l'idéalisme et sans oublier la finalité recherchée : assurer l'impartialité des juges dans l'exercice de leurs fonctions de manière à rassurer les justiciables, et non assurer le confort des juges, préoccupation légitime mais étrangère au principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire.

Or, il y a respect du principe de l'indépendance judiciaire, nous rappelle le juge en chef Lamer, lorsqu'«une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, conclu[t] que le tribunal ou la cour est indépendant» [113]. Une intervention prétorienne allant au-delà de ce qui est requis à la prise de décisions impartiales pourrait fort bien, aux yeux d'une personne raisonnable et bien renseignée, s'apparenter à une action purement intéressée de la part des membres de la magistrature. D'accord en cela avec le juge dissident La Forest, nous sommes d'avis que l'absence d'une commission de révision de la rémunération [337, 344], une réduction de rémunération qui traitent les juges de la même manière que les fonctionnaires [341] et la tenue de certaines consultations entre le gouvernement et les juges au sujet de leurs traitements [351] ne sont pas de nature à faire croire à une personne raisonnable et bien informée que l'indépendance judiciaire est mise en péril. Néanmoins, le caractère éminemment répréhensible de l'attitude adoptée par l'exécutif manitobain [238-247] choquerait très certainement ce tiers raisonnable.

Enfin, en allant au-delà des textes explicites de la Constitution pour justifier un élargissement de la protection reconnue par celle-ci, en s'inspirant d'une histoire réinventée, en dictant au législateur dans le plus menu détail la solution à apporter au problème qu'elle identifie, en oubliant semble-t-il que la vocation de l'indépendance judiciaire est de bénéficier non aux juges, mais bien aux justiciables, la Cour risque fort de miner sa propre crédibilité aux yeux de ces derniers. Or, comme l'affirme un auteur, «[t]he formal power of the judiciary comes from the law. In a modern democracy its real power comes from the respect and

---

usagers et non aux seuls juges) constituait une atteinte à la sécurité financière des juges! Cette interprétation parodique d'un principe aussi capital que l'indépendance judiciaire n'a jamais pu faire l'objet d'une révision par la Cour d'appel puisque, sur les instances des juges en chef de la Cour du Québec, de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, le Gouvernement s'est désisté de l'appel qu'il avait interjeté : *Pépin, supra* note 18 à la p. 380.

confidence of the community earned by the judges». <sup>101</sup> Compte tenu de ce qu'elle est directement intéressée, pour conserver ce respect et cette crédibilité qui lui permettront d'intervenir dans l'éventualité d'une atteinte véritable à sa faculté de décider en toute impartialité, la magistrature se doit d'agir avec un très grand doigté dans l'appréciation des droits que lui reconnaît le principe de l'indépendance judiciaire. Il en va non seulement de sa propre crédibilité, mais également du respect même de son indépendance. En effet, l'attitude des tribunaux doit être à ce point mesurée qu'elle ne puisse donner prise aux critiques de ceux qui voudraient véritablement en rogner l'indépendance. <sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> R.E. McGarvie, «The Foundations of Judicial Independence in a Modern Democracy» (1991) 1 J. Jud. Admin. 3 à la p. 7, cité par Winterton, *supra* note 77 à la p. 17.

<sup>102</sup> Ainsi, à titre d'exemple, comme le rappelle Glenn, *supra* note 30 à la p. 312, il serait déplorable que, sous le couvert de préoccupations déontologiques, on «démoli[sse] par inadvertance» le principe même de l'indépendance judiciaire.