

## **Allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P.**

### **Le rôle du juge dans un État démocratique**

**Le 3 juin 2004**

Le rôle du juge dans un État démocratique consiste à résoudre les différends qui opposent les citoyens et les gouvernements. Dans une démocratie, chacun, du citoyen ordinaire au politicien le plus important, doit se conduire conformément à la loi. Une institution doit donc exister pour régler conformément à la loi les différends qui surgissent. Cette institution, c'est la magistrature.

Il est facile de décrire le rôle des juges, mais plus ardu de décrire la façon dont les juges s'acquittent de leur tâche. En effet, au fil des années, certains mythes ont embrouillé la véritable nature du rôle que joue le juge et des défis qu'il doit, dans une démocratie moderne, relever.

De l'avis de certains, les anciens mythes concernant les juges ont disparu. C'est l'opinion de l'avocat et auteur John Mortimer :

[TRADUCTION] Il y a bien des années, lorsque j'ai commencé à exercer le droit, les procédures judiciaires étaient entourées de mythes. À cette époque, les citoyens croyaient que les procès menaient dans tous les cas à la bonne conclusion, que les agents de police ne disaient que la vérité et que, par miracle, les juges naissaient sans idées préconçues, réactions instinctives ou préjugés. Leur imagination ne connaissait pas de faiblesses. Ils étaient capables d'admettre leurs erreurs, n'ayant pas l'attitude butée qu'on observe chez le commun des mortels.

À l'instar de la sorcellerie et de la croyance que la terre est plate, ces mythes ont maintenant disparu, au grand dam sans doute de nombreux membres de la profession juridique. On a démontré que certains procès avaient mal tourné, même si les cours d'appel ont déployé des efforts énergiques pour les valider. Les jurys écoutent maintenant avec une forte dose de scepticisme les témoignages de la police. Les prises de position de certains juges, en exercice ou à la retraite, dépassent les bornes d'une charmante excentricité et suscitent des inquiétudes.<sup>1</sup>

Le rôle du juge aurait donc été démythifié. Mais est-ce vraiment le cas? En fait, de nombreuses conceptions erronées ont été éliminées, mais certains mythes persistent au sujet des fonctions judiciaires et le public continue à se méprendre sur le travail de la magistrature et le rôle qu'elle joue dans une société démocratique. Il est important de dissiper ces malentendus. Comme l'a dit Alexander Pope dans son *Essay on Criticism* (essai sur la critique), [TRADUCTION] « Un peu de science est chose dangereuse. Abstenez-vous de l'eau de la fontaine des Muses à moins d'en boire beaucoup ». Il aurait été préférable de ne jamais démythifier le rôle du juge plutôt que de laisser libre cours à des demi-vérités ou de fausses conceptions.

Ce soir, je commenterai quelques mythes qui persistent au sujet du rôle du juge : le mythe de la certitude juridique, le mythe de la certitude factuelle, le mythe de l'esprit vierge et le mythe selon lequel le juge est un oracle fait homme. Ce n'est que si nous saisissons l'ineptie de ces mythes que nous pourrions comprendre le rôle du juge dans une société démocratique.

### **Le mythe de la certitude juridique**

Selon le mythe de la certitude juridique, pour peu que le juge examine la loi de manière approfondie et judicieuse, il y trouvera la seule réponse claire à la question qu'il doit décider. Le droit ressemble à un ordinateur géant qui permet au juge d'obtenir la bonne réponse, pourvu qu'il appuie sur le bon bouton. En réalité, la situation est beaucoup plus complexe.

Le droit est un tissu de règles, pratiques et valeurs. Certaines règles sont de simples commandements, comme « Tu ne voleras pas ». D'autres, que H.L.A. Hart appelle des règles secondaires, concernent les modalités régissant la création de nouvelles règles ou de nouvelles relations, par exemple, un contrat ou un mariage.<sup>2</sup> D'autres règles sont difficiles à énoncer de façon précise et sont déduites de l'étude des décisions ou mesures qui ont été prises dans des cas semblables dans le passé ; il s'agit des précédents. Dans d'autres cas encore, le juge devra soupeser différentes valeurs pour répondre à la question de droit qu'il doit trancher, notamment lorsqu'il lui faut choisir entre une interprétation large ou restrictive des valeurs énoncées dans la *Charte*, comme la liberté de religion, la liberté ou l'égalité.

Cet enchevêtrement de règles, pratiques et valeurs complexes que nous appelons le droit ne permet pas toujours au juge de donner une seule réponse claire au problème juridique qu'il doit résoudre. Permettez-moi d'explicitier ma pensée. Dans la plupart des cas, la loi donne des réponses relativement claires. Pour reprendre l'explication de H.L.A. Hart, l'ensemble de règles et pratiques que nous appelons le droit s'articule autour d'un noyau solide de concepts bien définis. Par conséquent, les avocats, les tribunaux et les juges de première instance trouvent facilement la réponse à la plupart des différends dont ils sont saisis et l'acceptent. Bref, une grande partie du droit est empreinte de certitude.

Mais le droit n'est pas toujours certain. Le rédacteur d'une loi ou le juge n'est pas capable d'envisager toutes les situations susceptibles de se produire à l'avenir. Une situation imprévue surviendra et elle suscitera des questions auxquelles il faudra répondre. Existe-t-il une règle de droit particulière qui s'applique à cette nouvelle hypothèse? Quelle règle, des deux ou plusieurs règles qui s'opposent, devrait prévaloir? Ou encore, si une certaine règle semble devoir s'appliquer, est-il nécessaire de la modifier pour que justice soit rendue en l'espèce? Pour Hart, les frontières des règles de droit sont marquées par une pénombre d'incertitude.

Ainsi, nous constatons que les règles juridiques et constitutionnelles ne permettent pas toujours d'obtenir des réponses précises à des controverses concrètes. Les penseurs parlent ici de l'indétermination de la loi, qui ouvre la voie au pouvoir discrétionnaire

judiciaire. Plutôt que de se voir offrir une seule réponse certaine, les juges doivent choisir entre différentes réponses, dont chacune, peut-on soutenir, est « correcte ».

Le juge doit choisir une réponse. C'est là son rôle. Le juge, au travail, doit faire précisément ce que la grande majorité des gens s'appliquent à éviter : prendre des décisions. Les juges ne peuvent dire « je ne suis pas certain de connaître la bonne réponse ; je ne rendrai donc pas de décision dans cette affaire ». Ils doivent arriver à une décision, ce qui n'est pas toujours facile.

La première difficulté réside dans les efforts intellectuels et moraux à déployer pour trouver la meilleure réponse qui soit. Le juge doit non seulement évaluer les options juridiques, mais comprendre les incidences de sa démarche, qui peuvent être complexes et polycentriques. La modification d'une règle peut se traduire par une foule de répercussions sur d'autres règles et valeurs juridiques. Le philosophe du droit Lon Fuller a comparé la tâche du juge au fait de tirer un fil d'une toile d'araignée. En tirant un simple fil, on réaménage la toile entière.<sup>3</sup> Il n'est donc pas étonnant que les juges réfléchissent longuement avant d'arriver à des conclusions définitives sur une question de droit.

Une autre difficulté, qui amplifie également la première, est la conviction que, quelle que soit la décision, il y aura des gens pour dire que le juge s'est trompé. Ce problème mène à une troisième difficulté, souvent soulevée par les médias et les universitaires, celle de la légitimité. Si la loi est censée guider la conduite des citoyens, comment est-il possible d'accepter qu'elle ne leur donne pas une seule réponse claire? Le juge n'est-il pas censé se plier à la loi plutôt que l'utiliser comme bon lui semble? De là, il n'y a qu'un pas à franchir pour accuser le juge d'activisme judiciaire, de créer la loi plutôt que de l'appliquer.

Cette accusation d'activisme judiciaire, si souvent entendue depuis quelque temps, s'appuie sur le mythe de la certitude, selon lequel le juge trouvera infailliblement dans la loi une réponse claire et incontestable, pourvu qu'il fasse un examen approfondi et minutieux de la question. Dans la plupart des cas, cette affirmation est vraie. Cependant, dans d'autres cas, que juges et avocats qualifient de difficiles, aucune réponse certaine n'existe. Les juges n'ont d'autres choix que de donner la réponse qui, après mûre réflexion, leur semble la meilleure, eu égard à tous les faits et règles pertinents.

Malgré les efforts de retenue qu'il déploie, le juge est inévitablement appelé à élaborer des règles de droit dans le cadre de ses fonctions. Ce qui caractérise la common law est le fait que les décisions des tribunaux constituent des précédents, une jurisprudence, qui font évoluer le droit. Comme le souligne le théoricien anglais David Pannick, [TRADUCTION] « Qu'il le veuille ou non et qu'il soit compétent ou non, le juge d'appel ne peut éviter d'agir comme législateur dans les cas exceptionnels ».<sup>4</sup>

La validité du droit n'est pas affaiblie pour autant. Le degré limité d'indétermination est utile en ce qu'il permet à la loi d'évoluer en fonction des circonstances. Dans l'affaire *Edwards*,<sup>5</sup> le vicomte Sankey a comparé la Constitution à [TRADUCTION] « un arbre

susceptible de croître et de se développer ». Cette métaphore, souvent reprise, décrit non seulement la Constitution, mais la loi elle-même. L'arbre de la loi est fermement enraciné dans les traditions du passé qui lui ont donné jour et qui continuent à le nourrir. Ses branches demeurent solides, décennie après décennie. À l'occasion, il est nécessaire d'émonder l'arbre; parfois aussi, de nouveaux rameaux font leur apparition et, s'ils sont viables, donneront, eux aussi, des fruits. Dans certains cas, l'incertitude et le potentiel de croissance qui l'accompagne constituent des caractéristiques innées de notre système de droit et non des aberrations. Ceux qui refusent de reconnaître cette réalité sont aveuglés par le mythe de la certitude juridique.

### **Le mythe de la certitude factuelle**

Après le mythe de la certitude juridique, examinons maintenant celui de la certitude factuelle, selon lequel le juge peut découvrir dans tous les cas toute la vérité et uniquement la vérité au moyen des témoins et documents qui lui sont présentés.

À l'instar de la certitude juridique, le mythe de la certitude factuelle repose en grande partie sur des éléments valides. Dans l'ensemble, notre système judiciaire nous permet d'obtenir la vérité. Chaque partie présente sa preuve au moyen de témoins et de documents qui sont soumis au test du contre-interrogatoire. Des experts viennent témoigner sur les questions qui dépassent les connaissances du profane. Le juge, ou le jury, étudie la preuve et détermine où se trouve la vérité. En matière civile, le juge doit être convaincu de la vérité selon la prépondérance des probabilités. En matière criminelle, il doit être convaincu de la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Les avocats plaideurs et les juges sont d'avis que le juge du procès ou le jury tire généralement la bonne conclusion des faits.

Cependant, comme c'est le cas pour le mythe de la certitude juridique, la capacité du juge ou du jury de découvrir la vérité à partir des faits n'est pas absolue. Pour reprendre ce qu'a dit Mortimer, il nous arrive parfois de constater qu'un procès a mal tourné et de découvrir, d'après une preuve irréfutable ou une évaluation scientifique objective, qu'une personne a été condamnée à tort. Les policiers, découvre-t-on, ont fait preuve de zèle excessif ou des éléments de preuve ont été inventés. Horrifiés, nous dédommageons les victimes, mais les années passées en prison sont perdues à tout jamais pour eux. Quelle est la raison de l'échec du système, nous demandons-nous alors.

La réponse réside dans le fait que, si valable qu'il soit, le système que nous utilisons pour découvrir la vérité (le procès), n'est pas infallible. Comme tout autre système humain, il peut être mis hors d'usage en raison de la mauvaise foi, de fabrication de preuves, de manipulation ou encore du fait d'une simple erreur. Les juges le savent et sont constamment aux aguets. Ils appliquent les règles de la preuve pour obtenir le maximum de fiabilité, ils examinent leur propre état d'esprit et ils préviennent les jurés de se garder de toute attitude ou idée préconçue qui pourrait les inciter à sous-évaluer, à surévaluer ou à mal interpréter le comportement d'un témoin. Pour leur part, bien qu'elles acceptent les faits établis valablement, les cours d'appel examinent le dossier pour s'assurer que les règles de la preuve ont été appliquées correctement, c'est-à-dire que l'ensemble de la

preuve appuie la conclusion de fait du juge ou le verdict du jury. Malgré toutes ces mesures, il arrive parfois à des juges ou à des jurys de se tromper. Dans ces cas, nous devons faire de notre mieux pour découvrir pourquoi et veiller à ce que cela ne se reproduise pas. Cependant, nous ne devrions pas pour autant condamner l'ensemble du système.

Cette quête de la vérité constitue depuis des siècles le principal objectif du système judiciaire. Cependant, cette tâche est aujourd'hui plus ardue que jamais. Les tribunaux sont appelés à examiner et à trancher des situations de plus en plus complexes et, pour découvrir la vérité, ils doivent fréquemment chercher à comprendre des éléments de preuve techniques et scientifiques. Le juge doit se pencher sur la preuve scientifique et saisir les ramifications complexes de la situation sous étude afin de pouvoir déterminer laquelle des parties dit vrai.

Le juge est aidé dans cette tâche par les témoins experts. Sans eux, il ne serait pas en mesure de comprendre la preuve et de déterminer où se trouve la vérité. Cependant, cette preuve comporte elle aussi des risques.

D'abord, les experts eux-mêmes ne s'entendent pas toujours entre eux. Le phénomène de l'expert embauché est bien connu des juges et des avocats. Certains experts sont liés à différentes positions et ils viendront témoigner en faveur de ceux qui partagent leurs opinions. Lequel des experts le juge croira-t-il?

De plus, le témoin expert peut se substituer au juge, devenir un juge lui-même. Les avocats parlent de "question cruciale". L'opinion de l'expert porte-t-elle sur un point crucial, auquel cas il incombera au juge, et non à l'expert, de décider. Il faut empêcher que les témoins experts n'usurpent la tâche du juge, qui consiste à revoir toute la preuve pertinente et à déterminer où se trouve la vérité. Nos règles de preuve prévoient des mesures de protection à l'encontre des formes les plus flagrantes de ce danger. Cependant, il existe des moyens plus subtils par lesquels les témoins experts peuvent se substituer au juge dans sa quête de la vérité. Il se peut que le juge n'apprécie pas tout à fait la portée du témoignage expert et qu'il ne l'évalue pas de façon aussi critique qu'il devrait le faire. Les experts peuvent s'éloigner des faits et s'écarter des déductions scientifiques, qui relèvent de leur domaine, et se mettent à soupeser et contrebalancer des valeurs et options en conflit, qui sont le monopole du juge.

Les parodies de la justice, les erreurs judiciaires et les problèmes inhérents à l'examen de questions techniques et complexes font clairement ressortir les défis que la détermination des faits présente pour le juge. Mais, d'autres obstacles existent. Le plus souvent, le juge écoute des personnes ordinaires qui lui racontent des versions contradictoires tout aussi plausibles, ou improbables, des faits. Pour déterminer où se trouve la vérité, le juge doit s'en remettre aux méthodes traditionnelles du procès : la cohérence interne de la déposition du témoin, son comportement en cour et la façon dont il a répondu aux questions qui lui ont été posées en contre-interrogatoire. Pour évaluer ces aspects, il est essentiel que le juge fasse preuve d'empathie et sache comprendre la nature humaine. Mais il doit se méfier des idées préconçues qui pourraient l'amener sur de fausses pistes.

Ainsi, il est normal de voir des signes de comportement évasif chez la personne qui garde les yeux baissés et refuse de regarder dans les yeux le juge ou l'avocat qui l'interroge. Pourtant, dans le cas de certaines cultures, notamment chez les autochtones, c'est là un signe de respect.<sup>6</sup>

La détermination des faits s'avère donc une entreprise ardue et complexe. Assez souvent, le juge entend des témoins qui, délibérément ou par inadvertance, modifient les faits en fonction de leurs intérêts. Il est facile de comprendre ce que ressentait lord Campbell, qui a siégé comme lord juge en chef d'Angleterre de 1850 à 1859 et lord chancelier de 1859 à 1866, lorsqu'il disait : [TRADUCTION] « Un grand découragement m'envahit lorsque je songe que je passerai le reste de mes jours à entendre des témoins jurer que les portes et les fenêtres de leur maison avaient été bien fermées, le soir, pour se rendre compte, à leur réveil le lendemain matin, qu'une fenêtre avait été brisée durant la nuit et que certains de leurs biens avaient disparu ». <sup>7</sup>

Lorsque j'ai parlé de la certitude juridique, j'ai dit qu'il était faux de penser que la loi permettait de répondre à toutes nos questions pourvu que nous mettions suffisamment d'énergie dans notre recherche. Il en va de même pour les faits. La vérité n'est pas un cadeau attendant sous l'arbre de la justice son heureux récipiendaire. Pour trouver la vérité, il faut chercher, passer au crible, écouter et réfléchir avec un sens critique. Lorsqu'on comprend cette réalité, on est mieux placé pour mettre à profit les points forts de notre système judiciaire et rectifier ses manquements occasionnels.

### **Le mythe de l'esprit vierge**

Pour le philosophe John Locke, l'esprit ressemblerait à une ardoise vierge (en latin, une *tabula rasa*) sur laquelle les idées s'écrivent. La perception et la réflexion étaient considérées comme des activités mécaniques. L'esprit était passif et son activité se limitait à enregistrer les impressions captées par les sens tout comme le papier reçoit les impressions faites par la plume.

Cette conception de l'esprit est rejetée depuis longtemps. Nous savons maintenant que l'esprit de l'être humain joue un rôle actif en façonnant les impressions et formant les pensées. Nos observations, nos sentiments et nos pensées sont les produits complexes de l'interaction entre nous et l'extérieur. Ils sont façonnés et influencés par nos attitudes et nos expériences.

Personne ne conteste cette affirmation aujourd'hui. Pourtant, certains persistent à croire que l'esprit du juge est une ardoise vierge sur laquelle les propositions juridiques et factuelles s'impriment de manière mécanique et objective, comme le font les touches de l'imprimante sur le papier. La vérité est pourtant tout autre. Les juges sont d'abord et avant tout des êtres humains et leurs conclusions sur les faits et le droit sont façonnées par la formation qu'ils ont suivie et les expériences qu'ils ont vécues.

Le mythe selon lequel l'esprit des juges est une ardoise vierge découle de l'obligation pour les juges d'être impartiaux et de s'abstenir de favoriser une partie au détriment de

l'autre dans les litiges portés devant eux. Pour être impartial, pense-t-on, le juge doit bannir de son esprit toutes les idées préconçues et prédispositions mentales. Il est vrai que les juges doivent se méfier des idées préconçues et des préjugés susceptibles d'influencer leurs conclusions de fait et de droit. Il est vrai aussi qu'ils doivent être neutres à l'endroit des parties au litige. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que leur esprit doive être une ardoise vierge. Effectivement, ce serait exiger là l'impossible, car aucun être humain ne peut se libérer des constructions mentales qui lui permettent de donner un sens à l'univers qui l'entoure et de conceptualiser le problème porté à sa connaissance.

Dans son ouvrage « The Nature of the Judicial Process », le grand juriste américain Benjamin Cardozo a reconnu la fausseté du raisonnement qui sous-tend le mythe de l'esprit vierge du juge :

[TRADUCTION] Il y a en chacun de nous un courant, que vous pouvez qualifier ou non de philosophique, qui oriente nos pensées et nos actions et les rend cohérentes. Le juge ne peut pas plus échapper à ce courant que les autres mortels. Tout au long de sa vie, il est assailli par des forces, qu'il ne peut reconnaître et ne peut nommer : instincts, croyances traditionnelles ou des convictions acquises qui façonnent sa vision personnelle du monde, sa conception des besoins de la société et sa perception de ce que James appelle « la pression totale de l'univers ». Ces forces détermineront inévitablement le choix qu'il fera, pour peu qu'il soupèse correctement les facteurs pertinents. Chaque problème est examiné en fonction de ces forces. Nous pouvons tenter de voir les choses de la manière la plus objective qui soit. Néanmoins, nous ne pouvons les voir autrement qu'avec nos propres yeux.<sup>8</sup>

Cardozo a conclu comme suit :

[TRADUCTION] Enfouis dans la conscience se trouvent d'autres forces, notamment goûts et aversions, prédilections et préjugés, l'ensemble d'instincts et d'émotions, d'habitudes et de convictions qui façonnent la personne, qu'il s'agisse de la partie au litige ou du juge.<sup>9</sup>

Demander au juge d'éliminer de son esprit toutes les valeurs et les idées préconçues constitue une exigence irréaliste qui suscite des attentes tout aussi illusoires de la part du public. Au mieux, le juge peut prendre conscience de son propre état d'esprit et se méfier des erreurs que cet état peut engendrer. L'attitude exigée du juge n'est pas l'impassibilité du robot, mais l'impartialité de l'être humain. Comme nous pouvons le lire dans les Propos sur la conduite des juges du Conseil canadien de la magistrature :

[L]a sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.<sup>10</sup>

## Le mythe de l'oracle

Nous avons pris l'habitude de critiquer les erreurs des juges et il est bien qu'il en soit ainsi. Toutefois, nous devons éviter les critiques fondées sur la présomption peu réaliste selon laquelle les juges sont des êtres surhumains. Les origines de ce mythe datent de 1765, lorsque William Blackstone a décrit le juge comme [TRADUCTION] « l'oracle vivant » dans son ouvrage *Commentaries on the Laws of England*<sup>11</sup>. Plus récemment, le professeur Ronald Dworkin a dépeint le juge comme un Hercule qui, sur le mont Olympe du droit, peut tout voir.<sup>12</sup>

Comme le souligne le professeur David Pannick [TRADUCTION] « jouer le rôle de “l'oracle vivant” peut être très exigeant »<sup>13</sup>. Et il nous rappelle l'amusante scène du procès décrite par Tolstoï dans son roman *Résurrection*. Le président du tribunal [TRADUCTION] « désirait ardemment débiter la séance et en finir le plus rapidement possible, afin d'arriver avant six heures chez la rousse avec laquelle il avait entamé une idylle l'été précédent »<sup>14</sup>. Le deuxième juge avait des idées noires, parce qu'il venait d'apprendre que son épouse ne lui préparerait pas le repas ce soir-là. Le troisième juge souffrait de catarrhe gastrique. Voici ce que Tolstoï a écrit à son sujet :

Maintenant en montant sur l'estrade, il avait un air particulièrement concentré, car il avait la douce manie de se poser des questions et d'y répondre par les plus invraisemblables moyens. Ainsi il avait décidé que, si le nombre de pas entre la porte du bureau et le fauteuil était exactement divisible par trois, le nouveau traitement le guérirait ; dans le cas contraire, le traitement ne vaudrait rien. Il y avait vingt-six pas, mais il en ajouta un tout petit, un vingt-septième, qui l'amena à son fauteuil.

Bref, les juges sont des êtres humains. Ce sont des fils et des filles, des époux et des épouses, des parents et des amis. Ils dirigent l'équipe de soccer locale, préparent le repas lorsqu'ils reviennent à la maison le soir et, en vacances, font la queue à l'aéroport, comme tout un chacun. Comme Tolstoï le suggère, dans la mesure où leur nature humaine peut les distraire de leur tâche, les juges doivent s'efforcer de la maîtriser. Cependant, le fait que les juges sont des êtres humains se traduit par des avantages qui en compensent les inconvénients. Les juges traitent des problèmes que vivent les êtres humains et ils doivent pouvoir comprendre ces problèmes pour les résoudre. Nous ne voudrions pas d'un robot comme juge, même si cela était possible. Nous craindrions que le robot ne puisse comprendre la nature humaine, ce qui est la condition essentielle à remplir pour être juge.

Un juge doit être humain dans toutes les acceptions du terme. Les plus érudits et les plus respectés des juges reconnaissent le rôle que jouent l'émotion et l'intuition dans l'examen des questions épineuses dont ils sont saisis. Ainsi, le juge William J. Brennan, de la Cour suprême des États-Unis, a écrit que les juges doivent faire leur travail [TRADUCTION] « en apportant à un ensemble donné de faits ou d'arguments l'éventail de réactions émotionnelles et intuitives qui, bien souvent, jaillissent dans notre esprit bien avant que n'y arrivent les lents et lourds syllogismes »<sup>16</sup>.

En réalité, les juges ne sont pas des oracles. Ce sont des êtres humains qui ont reçu une formation poussée en droit et qui s'efforcent de comprendre les situations portées à leur attention et de les trancher conformément à la loi et selon leur conscience.

En tant qu'êtres humains, les juges sont susceptibles de connaître les ennuis et émotions qui guettent le commun des mortels. Au fil des années, ils peuvent se laisser envahir par le découragement à force de voir des êtres humains sous leur jour le plus détestable ou déraisonnable. Ils doivent composer avec le dégoût que leur inspirent menteurs, meurtriers ou tricheurs qui défilent devant eux. À d'autres moments, ils peuvent vaciller sous la pression d'une charge de travail incessante ou sentir la colère monter à l'endroit de ceux qui abusent du système judiciaire. Ainsi, en 1986, le juge Burger, alors juge en chef des États-Unis, s'est emporté contre l'auteur d'une futile réclamation fustigeant l'avocat pour qui le système judiciaire n'était qu'un [TRADUCTION] « laboratoire où les gamins s'amuse »<sup>17</sup>.

Qui plus est, les juges doivent apprendre à vivre avec leurs erreurs. En tant qu'êtres humains, les juges apprennent tôt dans leur carrière à faire face à la critique. Chaque nouveau juge revêt la toge avec la ferme résolution de ne pas commettre d'erreur. Et chaque nouveau juge va commettre des erreurs. Les décisions doivent parfois être prises sans avoir le bénéfice d'une longue période de délibération. Le droit n'est peut-être pas tout à fait clair. La vérité peut être difficile à cerner. En bout de ligne, même les plus compétents des juges se trompent. Les juges d'appel relèvent les erreurs et les exposent à la vue de tous, mais le fait que même les juges d'appel puissent se tromper n'est souvent qu'une mince consolation pour le juge de première instance. Dans certains cas, la presse et le public s'emparent de l'affaire et l'erreur du juge est amplifiée. Dans les cas extrêmes, le juge est vilipendé et menacé et sa famille peut être touchée. Même s'il n'est pas d'accord avec les accusations, il doit néanmoins garder le silence et s'abstenir de répondre en raison du protocole qu'il est tenu de respecter. Rien de tout cela n'est facile.

Les juges sont aussi des êtres humains dans leurs relations avec leurs pairs. Les juges de première instance déplorent parfois l'isolement dans lequel leur rôle les enferme. Le téléphone ne sonne plus. Jour après jour, ils prennent place à leur tribune et président aux procédures qui se déroulent devant eux. Ils sont à la fois au coeur des ces procédures et totalement séparés d'elles. Les amis qu'ils avaient s'éloignent d'eux et, s'ils les rencontrent par hasard, la conversation se limite à des banalités sur la météo. Les juges rencontrent leurs collègues à l'heure de la pause ou du lunch, mais ils ne peuvent pleinement partager avec eux les préoccupations liées à leur travail. Ils portent seuls leur fardeau, comme le veut la nature de leur tâche.

En appel, le défi est différent, puisque le tribunal siège en formation de trois juges ou plus. Le juge apporte son point de vue au problème sous étude et n'est pas forcément d'accord avec celui de l'autre. En fait, les membres du groupe sont peut-être profondément en désaccord. Pourtant, par souci de professionnalisme, ils doivent exposer leur propre position et les failles qu'ils voient dans celle de leurs collègues avec la plus grande franchise. Parfois les ego sont meurtris et les esprits s'échauffent. Pourtant, tous doivent poursuivre la démarche avec respect et civilité.

Certains juges ont vécu des relations extrêmement tendues avec leurs collègues. Ainsi, en Colombie-Britannique, deux juges d'appel qui ne s'entendaient pas ne se sont pas adressés la parole pendant trois ans. Un jour, l'un d'eux est entré dans l'ascenseur du palais de justice sans faire vraiment attention et a constaté que son ennemi était déjà là. La montée - trois étages - s'est faite dans un silence lugubre. À l'ouverture des portes de l'ascenseur, le premier juge est sorti et, se retournant vers son collègue, lui a dit : [TRADUCTION] « Sachez que c'est moi qui ne vous parle pas ».

Il y a plusieurs années, lorsque j'étais une jeune et naïve professeure de droit, je me suis retrouvée assise à un déjeuner à côté d'un juge de la Cour suprême du Canada. Cherchant un sujet de conversation, je lui ai demandé comment les choses se passent lorsqu'on est juge à la Cour suprême du Canada. [TRADUCTION] « Ma chère, a-t-il dit (c'est ainsi qu'on s'adressait aux jeunes avocates à cette époque), c'est un peu comme si vous étiez marié avec huit autres personnes, sauf que ce n'est pas vous qui les choisissez ».

La récente biographie du juge en chef Brian Dickson, le célèbre juriste qui a œuvré comme avocat et juge dans cette province avant de se joindre à la Cour suprême du Canada, présente un aperçu des relations qui ont existé entre les membres de la Cour suprême du Canada au cours de la décennie très éprouvante qui a suivi l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'image qui me vient à l'esprit est celle d'un groupe de personnes dévouées qui éprouvaient une véritable passion pour leur travail et leur pays et les faisaient passer avant leurs préoccupations personnelles. Ces individus aux personnalités fortes et variées étaient soumis à de grandes pressions. Ils avaient parfois des points de vue différents et les tensions montaient à la surface, mais le dialogue collégial se poursuivait, comme cela devait se faire. Ils ont toujours su mettre leurs divergences de côté et s'asseoir ensemble pour partager une idée ou rire d'une blague.

J'ai rejoint la Cour pendant cette décennie-là et j'ai alors appris ce qu'était la collégialité. J'ai compris que cela signifiait encourager aussi bien la nouvelle recrue que le juge plus âgé qui montre des signes de fatigue. J'ai appris aussi que cela signifiait partager son travail et ses idées. Comme Madame la juge Wilson me l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « La population du Canada n'a pas droit à neuf votes séparés. Elle a droit à neuf votes une fois que chaque juge a écouté et examiné à fond l'avis des huit autres ».

Les juges sont des êtres humains et non des oracles. Ils accomplissent leur travail en empruntant les cheminements du questionnement, de l'empathie et de la logique propres à l'être humain. Ce n'est pas toujours facile, mais la plupart d'entre eux constatent que le jeu en vaut largement la chandelle. J'aimerais terminer mon exposé sur les mythes judiciaires par cette citation du juge Learned Hand :

[TRADUCTION] Comme tout autre être humain, le juge doit faire face à des besoins fastidieux, des chamailleries inutiles, des entêtements stupides et des vécilles qui maquillent et obstruent la seule fin raisonnable pouvant justifier toute l'entreprise. Ces problèmes prennent une bonne partie de son temps ; ils hantent et embarrassent le

malheureux juge et parviennent presque à l'éloigner du banc où, ouvrier qu'il est, il travaille. S'il n'y avait rien d'autre, triste serait la vie d'un juge et il ne serait qu'un arbitre ne sachant plus où donner de la tête entre de positions inconciliables. Mais il y a un autre élément qui rend la profession de juge, du moins pour ces étranges créatures qui continuent de l'exercer, très agréable. Lorsque les plaidoyers des avocats ont pris fin, que l'agitation a cessé et qu'il se retrouve seul dans son cabinet, tout commence à prendre forme. Sur papier ou dans sa tête, lentement ou rapidement, selon ses capacités, les contours de son opinion se dessinent. Il peut exprimer ce qu'il a vu et ce qu'il en a fait, inscrire sa marque sur ce qui n'est pas lui; de la matière jusque là informe et dont il n'était qu'une parcelle, il est maintenant le maître. Je doute fort que celui qui a éprouvé cette émotion n'en minimise le plaisir »<sup>18</sup>.

Ajouté à la conviction qu'il sert le public, ce plaisir qu'éprouve le juge lui permet de relever avec enthousiasme les défis liés aux mythes qui entourent sa tâche.

## **Conclusion**

Que reste-t-il une fois que les mythes de la certitude juridique, de la certitude factuelle, de l'esprit vierge et de l'oracle vivant sont démolis? Quel rôle le juge joue-t-il et ce rôle est-il compatible avec la démocratie?

Le juge n'a pas toutes les réponses. Ce n'est pas un grand prêtre qui communique directement avec le Ciel d'où il reçoit invariablement les bonnes réponses. Le juge est un être humain. C'est un spécialiste du droit qui possède, nous le souhaitons, de l'expérience, de la patience, de l'empathie, de la détermination et un bon jugement. Mais il s'agit d'abord et avant tout d'un être humain qui accomplit une tâche humaine.

Dans ce contexte, pourquoi demandons-nous aux juges de résoudre les questions de droit complexes qui se posent dans notre société? Parce que, tout simplement, ces questions doivent être tranchées. Lorsque survient un différend juridique, nous devons être en mesure de le trancher et de poursuivre nos activités, quelles qu'elles soient. Nous avons besoin qu'un membre de notre société s'acquitte de cette tâche, et cette personne, c'est le juge. En vérifiant la formation et l'expérience des candidats et en procédant à une sélection rigoureuse, nous faisons de notre mieux pour que nos juges soient à la hauteur de la tâche qui les attend.

Lorsque nous abandonnons les mythes selon lesquels :

1. il y a toujours « une » bonne solution juridique à un différend;
2. il y a toujours une bonne réponse factuelle à un différend;
3. l'esprit du juge est une ardoise vierge et les décisions sont prises de manière mécanique et non humaine;
4. le juge est un oracle surhumain,

le rôle du juge au sein de la démocratie devient plus clair.

Le rôle du juge consiste à trancher les différends juridiques qui surgissent dans notre société de la façon la plus impartiale et la plus humaine qui soit. Cette fonction est fondamentale, non seulement pour la justice, mais aussi pour la démocratie. Elle est vitale pour la démocratie de deux façons, l'une *privée* et l'autre, *publique*.

Au plan *privé*, dans une démocratie, les citoyens ont le droit de soumettre en toute confiance leurs différends et leurs revendications à un arbitre impartial qui tranchera la question sans crainte ou préjugé.

Au plan *public*, toute démocratie doit posséder une institution qui règle les différends soulevés par les citoyens concernant l'exercice légitime des pouvoirs du gouvernement.

La loi X adoptée par le Parlement ou l'exercice d'un pouvoir exécutif fédéral dans un cas donné relève-t-il de la compétence fédérale en vertu de l'article 91 de l'AANB?

La loi X adoptée par une assemblée législative ou l'exercice d'un pouvoir exécutif provincial dans un cas donné relève-t-il de la compétence provinciale en vertu de l'article 92 de l'AANB?

La loi X du Parlement ou de l'assemblée législative ou la mesure X d'un représentant gouvernemental est-elle conforme aux garanties fondamentales de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Dans une démocratie *constitutionnelle*, tous les pouvoirs, tant législatifs qu'exécutifs, doivent être exercés conformément à la Constitution. Une personne autre que les gouvernements élus, une personne indépendante qui est au-dessus de la mêlée politique et des pressions qui en découlent, doit trancher les différends concernant l'exercice de ce pouvoir. Cette personne, c'est le juge.

Contrairement à ce que certains soutiennent, cela ne signifie pas que les juges sont omnipotents. À l'instar de tout autre pouvoir public, le pouvoir judiciaire doit être exercé selon la loi et la Constitution. Un certain nombre de restrictions institutionnelles existent à cette fin. Les juges peuvent statuer uniquement sur les questions que les citoyens ou gouvernements portent à leur attention. Ils n'ont pas de programme et peuvent agir uniquement dans le cadre de la compétence que leur confèrent la loi et la Constitution. Les juges président les audiences en public, sous l'oeil des parties et des médias. Ils doivent énoncer les motifs à l'appui de leurs décisions et celles-ci sont assujetties à un processus d'appel rigoureux au cours duquel des arguments complets peuvent être exposés. Ils doivent faire montre de retenue à l'endroit du Parlement et des assemblées législatives lorsque ceux-ci se sont exprimés sur des questions sociales particulièrement complexes. Dans le cas des questions concernant la *Charte*, le Parlement a le « dernier mot » constitutionnel, du fait de la clause de dérogation de l'article 33.

Enfin, les juges sont indépendants des pressions politiques et sociales et doivent le demeurer. Ils doivent être libres de trancher le litige conformément à la loi, à la lumière des faits et sans tenir compte des pressions extérieures.

Ces limites, auxquelles s'ajoutent un processus de nomination indépendant ainsi qu'une procédure efficace de révision de la conduite des juges, constituent des garanties institutionnelles à l'encontre des abus de pouvoir de la magistrature.

Ainsi perçu, le rôle du juge est-il compatible avec la démocratie? Sans aucun doute. Dans le cadre de ses fonctions, le juge doit préserver la règle de droit, qui constitue l'assise de notre démocratie. Guidés par les décisions antérieures et la loi, les juges tranchent les différends et règlent les incertitudes. Ce faisant, ils appliquent la loi, la modifient ou l'annulent à l'occasion, mais préservent dans tous les cas la primauté du droit. Ils le font parce qu'ils doivent le faire en vertu de la loi et dans le cadre de leurs fonctions, conscients qu'ils sont des incertitudes entourant le droit et les faits, de leurs propres faiblesses comme être humain et du rôle vital qu'ils sont appelés à jouer au sein d'une démocratie.

---

## Notes

1. J. Mortimer, *The Spectator*, 25 août 1990, à la page 14.
2. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2e édition, Clarendon Press, 1994, aux pages 79 à 99.
3. Lon L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978), 92 *Harvard Law Review* 353, à la page 395.
4. David Pannick, *Judges*, Oxford University Press, 1988, à la page 4.
5. *Edwards c. Attorney General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la page 136.
6. Hon. Edward M. Chen, « The Judiciary, Diversity, and Justice for All », (2003) 10 *Asian Law Journal* 127, à la page 136; Paul Tremblay, « Interviewing and Counseling Across Cultures : Heuristics and Biases », (2002) 9 *Clinical Law Review* 373, à la page 394; Rupert Ross, « Leaving Our White Eyes Behind : The Sentencing of Native Accused », (1989) 3 *Canadian Native Law Reporter* 1, à la page 2. Voir également le Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, *The Justice System and Aboriginal People*, 1991, volume 1, aux pages 17 à 46.
7. R. F. V. Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1855-1940*, Clarendon Press, 1964, à la page 581 (citant lord Campbell).
8. Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921, aux pages 12 et 13.
9. *Id.*, à la page 167.

10. Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, à la page 15.
11. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, 1765-69, volume 1, à la page 47.
12. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press, 1986, à la page 239.
13. Pannick, précité, note 6, à la page 5.
14. *Id.*
15. *Id.*, aux pages 5 et 6.
16. William J. Brennan, Jr., « Reason, Passion, and 'the Progress of the Law' » (1988), 110 *Cardozo Law Review* 3, à la page 9.
17. *Clark c. Florida* (1986), 475 U.S. 1134, aux pages 1134 et 1137 (motifs concourants du juge en chef Burger).
18. Irving Dilliard, « The Preservation of Personality », *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*, Alfred A. Knopf Inc., 1952, à la page 43.