

La responsabilité des juges

H. Patrick Glenn*

Le rôle accru du pouvoir judiciaire contemporain a suscité un nouvel intérêt pour la responsabilité des juges. L'auteur retrace l'histoire de la responsabilité des juges au Canada depuis les époques coloniales française et anglaise jusqu'au présent. Il examine ensuite les fondements systémiques de cette responsabilité, s'appuyant sur les traditions de droit civil et de *common law*, et plus particulièrement sur leur réception dans la juridiction mixte qu'est le Québec. Il soutient que la fonction judiciaire est nécessairement libre et idéalement neutre, et que le juge en conséquence ne peut pas être lié par les règles de droit et ne saurait être l'objet d'une responsabilité civile, pénale ou disciplinaire dans l'exercice du pouvoir judiciaire. L'évolution continue vers l'indépendance de la magistrature démontre la force de ces notions fondamentales. L'indépendance du pouvoir judiciaire ne saurait cependant exclure toute responsabilité civile, pénale ou disciplinaire pour l'abus de pouvoir, car aucune immunité de fonction ne peut être absolue. Les distinctions historiques à cet égard entre juges de cours supérieure ou inférieure ne peuvent plus être soutenues, une conclusion significative aussi pour la structure du système de tribunaux au Canada. Mais seule la magistrature peut contrôler ses membres et, tous les juges étant libres et indépendants, le seul critère possible pour la responsabilité des juges est celui de la fidélité à la fonction judiciaire, c'est-à-dire à l'idéal de la décision libre et neutre. L'autorité ultime du pouvoir judiciaire dépend de sa poursuite de cet idéal, conclusion ayant d'importantes conséquences quant aux sources du droit, l'activisme judiciaire, l'outrage au tribunal et la responsabilité des juges.

Increased reliance on the judicial process has provoked new interest in problems of judicial accountability and liability. The author traces the history of judicial accountability in Canada from French and English colonial times through the contemporary era. He then examines the systemic foundations of judicial accountability, drawing on both civil and common law traditions, with particular reference to their reception in the mixed jurisdiction of Québec. He argues that the judicial function is inherently free and ideally neutral and that the judge can therefore be the object neither of binding rules of law nor of any form of civil, criminal or disciplinary liability in the exercise of judicial power. The continuing evolution towards the independence of the judiciary is evidence of the power of these underlying concepts. The independence of the judiciary precludes, however, neither disciplinary surveillance nor civil or criminal liability for abuse of power, because no immunity of function can be absolute. Historical distinctions in this regard between judges of superior and inferior courts can no longer be sustained, a conclusion with significance for the structure of the Canadian court system as well as for judges themselves. But only the judiciary can control its members and, given the inherent freedom of judges, the only possible criterion for judicial accountability is that of loyalty to the judicial function, defined as an ideal of free and neutral decision-making. The ultimate authority of the judiciary depends upon its pursuit of this ideal, a conclusion having important consequences with respect to sources of law, judicial activism, the contempt power and judicial accountability.

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill. L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, dont une subvention a permis de présenter ce rapport, au nom de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit, au Congrès international de droit comparé à Caracas, Venezuela, au mois de septembre 1982.

*Synopsis***Introduction** (nos 1-3)**Première partie: L'évolution historique de la responsabilité des juges**
(nos 4-25)

- I. La magistrature coloniale** (nos 4-10)
 - A. *La Nouvelle-France* (nos 4-6)
 - B. *La période transitoire, 1759-1843* (nos 7-10)
- II. La responsabilité civile des juges** (nos 11-16)
 - A. *L'ordre judiciaire provincial* (nos 12-15)
 - B. *L'ordre judiciaire fédéral* (no 16)
- III. La responsabilité pénale des juges** (no 17)
- IV. La responsabilité disciplinaire des juges** (nos 18-24)
 - A. *L'ordre judiciaire fédéral* (nos 19-20)
 - B. *L'ordre judiciaire provincial* (nos 21-24)

Deuxième partie: Les fondements systémiques de la responsabilité des juges (nos 26-54)

- I. L'indépendance du pouvoir judiciaire** (nos 27-32)
 - A. *Le juge et les règles de droit* (no 29)
 - B. *Le juge et la vérité* (no 30)
 - C. *Le juge et la fonction judiciaire* (no 31)
 - D. *Indépendance et irresponsabilité* (no 32)
- II. De la protection du pouvoir judiciaire** (nos 33-46)
 - A. *L'immovibilité des juges et le contrôle disciplinaire* (nos 34-39)
 - 1. **Le besoin d'un contrôle disciplinaire** (no 36)
 - 2. **La conciliation de l'immovibilité et du contrôle disciplinaire** (nos 37-39)
 - B. *La surveillance des décisions judiciaires* (nos 40-46)
 - 1. **La Cour supérieure et l'irresponsabilité de ses juges** (no 41)

2. L'évolution du droit judiciaire contemporain (nos 42-46)

III. Des limites du pouvoir judiciaire (nos 47-52)

IV. De la responsabilité dans l'administration de la justice (no 53)

Conclusion (no 54)

* * *

Introduction

1.— Juridiction de tradition mixte, le Québec offre d'intéressantes perspectives sur la question éternelle de la responsabilité des juges. Civiliste de tradition dès l'arrivée des colons français au seizième siècle, héritier du Code Louis de 1667 en matière de procédure civile, et présentement la scène d'importants travaux de re-codification en droit civil,¹ la province à partir de 1763 a aussi connu une deuxième réception, soit celle du droit public, et dans une certaine mesure du droit judiciaire, anglais. Le rôle, le statut, et la responsabilité du juge québécois est donc le produit de cette superposition de cultures juridiques.

2.— À cette complexité d'origines, par ailleurs, il faut ajouter les inévitables conséquences, sur le plan judiciaire, du fédéralisme canadien. Car on sait qu'il existe deux ordres judiciaires au Québec, le premier, celui des cours dites supérieures, relevant du gouvernement fédéral, qui nomme ses juges, fixe leur rémunération et établit certaines conditions de leur office. Cet ordre comprend les juges de la Cour supérieure (juridiction de droit commun au premier degré en matières civile et pénale), de la Cour fédérale du Canada (juridiction dont la compétence est limitée à certaines matières fédérales),² de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada.³ En second lieu, il existe l'ordre judiciaire provincial, dont les juges sont nommés et rémunérés par le gouvernement provincial, où l'on retrouve la Cour provinciale, la Cour des sessions de la paix, les Tribunaux de la jeunesse, les Cours municipales et le Tribunal des juges de paix.⁴ Telle distinction laborieuse entre les deux groupes de juges serait rendue nécessaire par des différences traditionnelles,

¹ Voir Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1977).

² C'est le seul tribunal dont la compétence est limitée au droit propre à l'un ou l'autre palier de gouvernement. Le système de tribunaux étant dans son ensemble de caractère unitaire, les juges des autres tribunaux appliquent à tour de rôle le droit fédéral ou provincial.

³ Voir la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, telle que modifiée.

⁴ Voir la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.

en droit positif, quant à leur responsabilité. Nous verrons cependant que ces différences tendent actuellement à s'estomper.⁵

3.— Puisque la responsabilité du juge est une fonction de ses obligations, il convient de dresser un tableau sommaire du cadre institutionnel dans lequel fonctionne le juge québécois. Quant aux sources du droit écrit, il travaille souvent avec des codes — les Code civil et Code de procédure civile au niveau du droit provincial, le Code criminel au niveau du droit fédéral. Malgré le modèle français, qui a largement inspiré la forme des codes provinciaux,⁶ aucun de ces codes n'a été déclaré source exclusive du droit positif dans son domaine. Ainsi l'ancien droit a été aboli sélectivement et non pas totalement,⁷ et il n'y a eu aucune interdiction formelle du précédent judiciaire comme source de droit. La jurisprudence québécoise tourne autour de la notion de *stare decisis*, sans toutefois l'embrasser formellement.⁸

Le juge québécois est publiciste aussi bien que privatiste. Il tranche ainsi des questions constitutionnelles et, à l'avenir, sera responsable non pas simplement pour le partage de pouvoirs entre les deux niveaux de gouvernement, mais aussi pour le respect des droits fondamentaux inscrits dans les nouvelles chartes canadienne et québécoise des droits de la personne.⁹ Il exerce de plus un pouvoir de contrôle sur l'exécutif et l'appareil gouvernemental, aucun système autonome de tribunaux administratifs ne venant remplacer cette fonction historique des tribunaux du droit commun.

En première instance, dans presque toutes les matières, le juge au Québec fait son travail seul, la collégialité n'étant admise qu'à partir du niveau de la Cour d'appel. Il s'appuie beaucoup sur les avocats devant lui, en matière de droit aussi bien que de fait, bien que des réformes récentes lui donnent une place plus dominante dans le déroulement du procès, rejoignant ainsi la tradition de la Nouvelle-France.¹⁰ Ancien avocat, très rompu avec la

⁵Il faut noter aussi que l'administration de la plupart de ces tribunaux (tous sauf la Cour suprême et la Cour fédérale) relève de la compétence législative provinciale en vertu de l'article 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [S.R.C. 1970, App. II, no 5].

⁶Voir Brierley, *Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed* (1968) 14 McGill L.J. 521.

⁷Voir l'article 2712 du Code civil, l'article 1 du Code de procédure civile dans sa forme originale de 1966, et les articles 7 et 8 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34.

⁸Voir Bernier, *L'autorité du précédent judiciaire à la Cour d'appel du Québec* (1971) 6 R.J.T. 535.

⁹Voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de l'annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Voir, sur cette question, *infra*, no 29.

¹⁰Voir à cet égard, *infra*, note 23, et texte y correspondant, et, pour les réformes récentes, *infra*, no 30.

tradition orale,¹¹ et ayant exercé pendant de longues années avant sa nomination au banc, il dispose d'une autorité indiscutable dans la salle, renforcée en cas de besoin par ses pouvoirs redoutables de sanctionner l'outrage au tribunal. Souvent il n'y aura aucun appel de sa décision, le droit d'appel et la structure des tribunaux d'appel suivant en large mesure le modèle des autres provinces de *common law*, restrictif par tradition à cet égard.¹²

Jouissant d'une permanence incontestable dans l'exercice de ses fonctions et libéré en principe de toute notion de promotion hiérarchique,¹³ le juge est donc une personnalité importante dans la société québécoise. Les règles traitant de sa responsabilité indiquent même davantage qu'il occupe une position constitutionnelle privilégiée dans l'organisation étatique. Pour mieux cerner cette responsabilité, nous examinerons successivement l'évolution historique de la responsabilité civile, pénale et disciplinaire du juge et ensuite les fondements systémiques de sa responsabilité contemporaine.

Première partie: L'évolution historique de la responsabilité des juges

I. La magistrature coloniale

A. *La Nouvelle-France*

4.— Dans les premiers temps de la Nouvelle-France, "le chef ou ses lieutenants tenaient dans leurs mains les grâces et les peines, les récompenses et les destitutions, le droit d'emprisonner sans ombre de délit, le droit plus redoutable encore de faire révéler comme des actes de justice, toutes les irrégularités de leur caprice".¹⁴ Jusqu'au milieu du dix-septième siècle, le pouvoir juridictionnel comme structure autonome fut donc absent de la colonie. La responsabilité qui existait fut surtout politique, et très lointaine. Même avec l'implantation de la justice seigneuriale, à partir de 1634, il n'y eut pas de changement fondamental de régime mais plutôt un simple morcellement en fiefs de cette autorité unifiée et remarquable.¹⁵ Il ne semble pas, d'ailleurs,

¹¹ Le système de preuve par enquête est devenu optionnel sous le régime du Code de procédure civile de 1867 (art. 243), et a été abandonné lors de la codification de 1897, qui a fusionné l'enquête et l'audition devant le tribunal (art. 344).

¹² Voir Tremblay, *La Cour d'appel du Québec* [1978] Rev.int.dr.comp. 149, et Laskin, *La Cour suprême du Canada* [1978] Rev.int.dr.comp. 139.

¹³ Voir cependant, Bouthillier, *Matériaux pour une analyse politique des juges de la Cour d'appel* (1971) 6 R.J.T. 563, aux pp. 580 et 581, qui signale à cet égard une pratique tout de même importante fondée sur une notion de promotion à la Cour d'appel.

¹⁴ Voir Raynal, cité in F.-X. Garneau, *Histoire du Canada depuis sa découverte jusqu'à nos jours* (1882), t. I, à la p. 175. Voir aussi J. Delalande, *Le Conseil Souverain de la Nouvelle-France* (1927), à la p. 27.

¹⁵ Voir M. Trudel, *Les débuts du régime seigneurial au Canada* (1974), aux pp. 5, 6, 41 et 42, et Garneau, *supra*, note 14, aux pp. 173-5.

que les tâches rudes de la colonisation et le système seigneurial de contrôle social se prêtaient aux litiges. On parle beaucoup de composition à l'amiable; les archives ne nous offrent pas d'autres indices.¹⁶

5.— À partir de 1663, l'administration de la colonie par personnes interposées, en l'occurrence les sociétés commerciales d'exploitation jouissant de pleins pouvoirs royaux, y compris celui de distribuer des terres en fief et seigneurie, tire à sa fin. L'administration royale s'installe, en se servant d'institutions calquées sur celles de la métropole, et plus particulièrement celles de la prévôté et vicomté de Paris. Le Conseil souverain reçoit la mission, en plus de ses fonctions législatives et administratives, de juger "en dernier ressort selon les loix et ordonnances de notre royaume, et y procéder autant qu'il se pourra en la forme et manière qui se pratique et se garde dans le ressort de notre cour de parlement de Paris".¹⁷ Des tribunaux inférieurs royaux sont organisés; des gens de Robe arrivent pour assumer ces nouvelles fonctions.

En France, ce fut l'époque des grandes ordonnances de Louis XIV, et son ordonnance sur la procédure civile — le Code Louis de 1667 — devint vite le texte de base pour le droit judiciaire de la colonie. Appliqué dès son arrivée en Nouvelle-France, et formellement enregistré en 1679,¹⁸ le Code nous intéresse pour ses nombreuses dispositions touchant à la responsabilité civile des juges.¹⁹ En droit français, ces dispositions avaient été précédées par celles des édits de 1540 et 1579, et la doctrine française nous enseigne que l'ancien droit "consacrait la responsabilité" des juges.²⁰ Si le principe fut admis, son application au niveau des cours d'appel, et notamment au niveau des parlements, reste cependant incertaine. L'autonomie réelle des parle-

¹⁶ Voir Surveyer, "La procédure civile au Canada jusqu'à 1679" in *Canadian Historical Association Annual Report*, 1932, pp. 29, à la p. 35, et, pour le caractère disparate et dispersé des pièces retrouvées, Trudel, *supra*, note 15, aux pp. xxvii et xxviii.

¹⁷ Voir l'Édit de création du conseil souverain de Québec, 1663 in *Edits, Ordonnances Royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'Etat du Roi concernant le Canada* (1854), vol. 1, pp. 37, à la p. 38 [ci-après: *E. & O.*].

¹⁸ Voir Delalande, *supra*, note 14, aux pp. 281-3. Le délai s'explique par les remontrances faites par le Conseil à l'égard de l'ordonnance elle-même, dont certaines ont été acceptées par le roi. Pour le texte de l'ordonnance, les modifications suggérées par le Conseil, et l'édit d'exécution de 1679, voir in *E. & O.*, *supra*, note 17, vol. 1, pp. 106-230 et 236-8.

¹⁹ Voir notamment, l'article 8 du 1er titre, tenant les juges responsables en dommages et intérêts pour tout jugement rendu contre les ordonnances royales, l'article 1 du VIe titre, admettant la prise-à-partie en cas d'excès de compétence, et le XXVe titre, consacré en entier aux prises-à-partie. Ces dispositions ont été acceptées par le Conseil comme applicables dans la colonie.

²⁰ Voir Henry, *La responsabilité des magistrats en matière civile et pénale*, D.H.1933.I.97, à la p. 98. Voir aussi Lespinasse, *De la prise à partie* (1880) 9 Rev.crit.lég.jur. 588, et, plus généralement, H. Solus & R. Perrot, *Droit judiciaire privé* (1961), t. I, aux pp. 703 *et seq.*, et les références y citées.

ments, renforcée par la vénalité des offices, rendait difficile toute tentative d'assujettir ses membres à une règle de responsabilité.²¹

6.— En Nouvelle-France la vénalité des offices n'existait pas, et tous les juges, y compris les membres du Conseil souverain, tenaient leur office pendant le bon plaisir du Roi.²² De plus, étant donné l'absence d'avocats dans la colonie pendant toute la durée de l'ancien régime,²³ le rôle des juges devenait nécessairement plus grand. Malgré la difficulté de reconstruire la pratique judiciaire de l'époque, une certaine responsabilité disciplinaire et civile de l'ordre judiciaire colonial semble avoir été admise. Ainsi, les membres du Conseil souverain furent l'objet de mesures de suspension et d'au moins une prise-à-partie,²⁴ tandis que le Conseil lui-même confirma la responsabilité civile des autres juges de la colonie en les ordonnant de se conformer à l'ordonnance criminelle de 1670 sous peine, en cas de nullité d'un procès, "d'en faire les frais et de payer les Vacations de celui qui y procédera, et encore les dommages et intérêts de toutes les parties".²⁵

À la fin de l'ancien régime, l'ordre judiciaire fut donc solidement établi, bien qu'il portait toujours les marques d'une organisation coloniale: adhé-

²¹ Voir notamment, J. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968), à la p. 289, qui conclut que la prise-à-partie est avant tout devenue une mesure de discipline contre les tribunaux inférieurs, exercée par les parlements. Le parallèle avec le droit anglais est évident: voir *infra*, notes 41 et 51.

²² Voir Delalande, *supra*, note 14, aux pp. 116, 297, 332 et 333. Le Conseil souverain ne s'est jamais hissé au niveau formel d'un parlement.

²³ Voir R. Lemieux, *Les origines du droit franco-canadien* (1901), à la p. 271, et E. Lareau, *Histoire du droit canadien* (1888), t. I, à la p. 119. Quoique l'absence d'un barreau augmentait les responsabilités du banc, il n'y avait pas d'avocats pour aider ou encourager la procédure hasardeuse de la prise-à-partie. Pour l'historique des débuts du barreau depuis 1763, voir Nantel, *Pionniers du barreau* (1946) 6 R. du B. 97. La prohibition des avocats pendant l'ancien régime semble avoir pris source dans l'*Edict de création du conseil souverain de Québec* de 1663, à l'effet que la procédure de première instance devrait être "sans chicane et longueur de procédures" in *E. & O.*, vol. 1, *supra*, note 17, pp. 37, à la p. 38. Le Conseil souverain était favorable à cette interdiction: voir en ce sens, le procès-verbal contenant les modifications faites par le Conseil à l'ordonnance de 1667 in *E. & O.*, *supra*, note 17, vol. 1, à la p. 106. Le travail du Conseil fut facilité, cependant, par la nomination d'"assesseurs" qui ont bénéficié d'une certaine formation juridique: voir Lortie, *The Early Teaching of Law in French Canada* (1975) 2 Dal. L.J. 521, aux pp. 521 et 522.

²⁴ Voir, pour les cas de suspension, Delalande, *supra*, note 14, aux pp. 114 et 153 *et seq.* Pour la prise-à-partie, qui fut envoyée en France pour être jugée, voir in *E. & O.*, *supra*, note 17, vol. 2, pp. 54.

²⁵ Voir le règlement du 3 septembre 1714 in *Jugements et délibération du Conseil supérieur de Québec* (1891), vol. VI, à la p. 823. Voir aussi l'ordre du 26 avril 1677 faisant "expresse inhibitions et deffences à tous Juges Royaux et Subalternes de prendre quoy que ce soit pour toutes matieres declarées sommaires par Lordonnance 1667 [. . .] sous les peines portées par la ditte ordonnance" in *Jugements et Délibérations du Conseil Supérieur de la Nouvelle-France* (1886), vol. II, pp. 127, à la p. 128.

rence à des règles reçues de la métropole, subordination directe au pouvoir royal, et, dans une certaine mesure, confusion avec le pouvoir politique local au sommet de la hiérarchie. Les traces que l'on retrouve d'un régime de responsabilité judiciaire sont parfaitement compatibles avec un tel statut de la magistrature.

B. *La période transitoire, 1759-1843*

7.— La Conquête de 1759 a profondément bouleversé la vie juridique de la colonie. L'implantation du droit public anglais, la lutte pour la préservation du droit civil français, l'organisation du Barreau, l'arrivée des juges anglais, la restructuration du système des tribunaux et l'introduction du jury contribuèrent tous à une situation qu'on a qualifiée de chaotique.²⁶ On a suggéré qu'il y avait eu boycottage des tribunaux pendant la première décennie de l'administration civile anglaise;²⁷ les plaintes contre l'administration de la justice assumèrent alors une dimension politique importante.²⁸ Pendant le reste du dix-huitième siècle ce seront les grandes options du système juridique qui domineront la discussion; la responsabilité du juge individuel est ainsi submergée dans la confusion et les conflits qui ont caractérisé cette rencontre de systèmes, de traditions et de cultures.²⁹

8.— Le début du dix-neuvième siècle voit une certaine stabilité sociale s'établir, fondée sur des textes à caractère constitutionnel qui donnent des garanties importantes en matières de libertés publiques, de religion et de sources de droit. Avec l'ordre vient le raffinement, et le débat public se tourne vers les structures du gouvernement, l'indépendance de la magistrature et la

²⁶ Voir J.-G. Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec* (1962), à la p. 21. Voir aussi, pour la confusion des sources de droit et dans l'administration des tribunaux, A. Burt, *The Old Province of Quebec* (1933), aux pp. 442-4, et Garneau, *supra*, note 14, t. III, à la p. 59.

²⁷ Voir Morel, *La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774: Une forme de résistance passive* (1960) 20 R. du B. 53.

²⁸ Voir L'Heureux, *L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774* (1970) 1 R.G.D. 266, aux pp. 310-22, et Garneau, *supra*, note 14, t. III, aux pp. 417 et 418.

²⁹ Ainsi, les plaintes se formulent contre toute une classe ou tout un rang judiciaire et le remède politique se trouve dans une reformulation des règles de compétence d'attribution: voir, pour le problème des juges de paix, L'Heureux, *ibid.*, à la p. 290. Certains abus de la part de juges de paix, comme celui de donner aux baillis des assignations ou brefs d'exécution en blanc, font l'objet de protestations politiques au dix-huitième siècle mais d'actions judiciaires individuelles au vingtième siècle: voir, par exemple, L'Heureux, *ibid.*, à la p. 315, et *Asselin c. Davidson* (1912) 13 Q.P.R. 423 (C.S.), conf. (1914) 23 B.R. 274. L'assignation du juge individuel est apparue bien après la période de contestation du système judiciaire dans son ensemble. Paradoxalement, l'exercice de la prise-à-partie implique l'acceptation du système et l'utilisation de ses règles pour corriger une faute dans le fonctionnement du système.

qualité de ses membres individuels. Cette époque fut tout de même très troublée, puisque les juges, étant liés à un pouvoir public de plus en plus contesté, furent régulièrement accusés, souvent avec raison semble-t-il, d'abus de leurs fonctions.³⁰ Ainsi ils furent désignés, à tous les niveaux, pendant le plaisir du pouvoir exécutif,³¹ et souvent cumulaient leur fonction judiciaire avec des responsabilités législatives, en tant que membre de l'Assemblée législative (assemblée élue qui exerçait peu de contrôle sur le gouverneur et son conseil exécutif), ou du Conseil législatif (chambre haute nommée par le gouverneur). La période 1800-1840 fut marquée par de nombreux efforts visant à exclure les juges des assemblées législatives,³² ainsi que par de nombreuses tentatives d'*impeachment* de juges individuels.³³ Si le cumul des fonctions législative et judiciaire fut permis au niveau du Conseil souverain sous l'ancien régime, la pratique semblerait s'être répandue davantage sous l'autorité anglaise et serait ainsi devenue beaucoup plus problématique.³⁴ Le mouvement vers une forme plus responsable de gouvernement, avec une séparation plus nette des pouvoirs, fut la cause principale de cette agitation, mais il est certain qu'il s'y ajoutait une mise en cause directe de la compétence de beaucoup de membres de la magistrature.

³⁰ Voir *infra*, notes 32 et 33.

³¹ Voir Mignault, *L'indépendance des juges* (1927-8) 6 R. du D. 475, aux pp. 485 et 486.

³² *Ibid.*, aux pp. 486-9. Voir aussi, pour plus de détails, R. Christie, *History of the Late Province of Lower Canada* (1866), t. I, chs 11, 12, 13, 15, 18, 28 et 29.

³³ Voir la description que fait S. Pagnuelo de nombre d'entre elles dans *Lettres sur la réforme judiciaire* (1880), aux pp. 163-6, et la documentation trouvée dans Christie, *supra*, note 32, à l'égard des procédures d'*impeachment* intentées contre le juge Foucher (t. II, aux pp. 276-9, et t. VI, aux pp. 345 et 346); le juge en chef Sewell (t. II, aux pp. 154-66), et les juges Kerr (t. III, aux pp. 450 et *seq.*), Fletcher, Thompson et Bowen (t. IV, aux pp. 203-10). Les procédures d'*impeachment* furent généralement votées par l'Assemblée législative pour être ensuite rejetées par le Conseil législatif (nommé par le gouverneur et comprenant généralement des juges parmi ses six membres). Voir, pour les détails de cette lutte au Haut-Canada et en Nouvelle-Écosse, Lederman, *The Independence of the Judiciary* (1956) 34 Can. Bar Rev. 769, aux pp. 1145-58.

³⁴ Dans les deux régimes, un conseil restreint nommé par la Couronne — le Conseil supérieur ou législatif —, fonctionnait à la fois comme chambre législative et comme cour d'appel: voir *supra*, note 17 et no 5; pour le régime anglais, Garneau, *supra*, note 14, t. III, à la p. 34, et *State of the Present Form of Government of the Province of Quebec. With a Large Appendix containing Extracts from the Minutes of an Investigation into the Past Administration of Justice in that Province, Instituted by Order of Lord Dorchester in 1787 and from other Original Papers* (1789), à la p. 31. Mais le problème fut exacerbé sous le régime anglais par la pratique des juges d'autres tribunaux de se faire nommer au Conseil législatif (et ainsi cumuler les fonctions de juge de première instance, juge d'appel et législateur), et de se faire élire à l'Assemblée législative et siéger comme élu et fonctionnaire salarié de la Couronne. M. le juge Sewell cumulait ainsi les fonctions de juge en chef de la province, président de la Cour du Banc du Roi à Québec, président de la Cour d'appel, *Speaker* du Conseil législatif et président du Conseil des ministres: voir Pagnuelo, *supra*, note 33, à la p. 164.

9.— C'est pendant cette première moitié du dix-neuvième siècle que le régime contemporain de la responsabilité des juges prit naissance. Certes, le Code Louis existait toujours, mais la compatibilité de ses dispositions avec le droit public anglais n'avait pas encore été décidée. Et si la responsabilité du juge fut gouvernée entièrement par le droit anglais, il restait à en découvrir la teneur, et à vérifier si son application fut réconciliable avec les exigences que posaient la réalité coloniale. Seul l'*impeachment* semblait bien connu comme mesure de sanction, mais déjà on dut en reconnaître les limites par trop évidentes,³⁵ et la procédure ne fut jamais menée à terme. Cette ambiguïté ne pouvait pas durer, cependant, puisque le mécontentement se concentrait maintenant contre des juges individuels.

En 1828 apparurent les premières décisions rapportées de poursuites civiles contre des membres de la magistrature. Les deux juges mis en cause, le juge Fletcher de la Cour provinciale et le juge Kerr de la Cour de Vice-Amirauté, sont connus des historiens. L'*impeachment* de chacun d'eux fut voté, sans succès, par l'Assemblée législative,³⁶ et Dalhousie s'exprima formellement au sujet de l'incapacité des deux à tenir leurs offices.³⁷ Kerr perdit par la suite son poste après qu'il eût été établi qu'il s'était approprié, en fraudant le trésorier public, des fonds versés à la Cour de Vice-Amirauté.³⁸ Son cas est l'un des rares, sinon le seul au Québec, qui établit le principe de la responsabilité pénale des juges pour des actes commis en rapport avec leurs activités judiciaires.³⁹

Dans la première action civile, le juge Fletcher de la Cour provinciale de l'époque fut poursuivi par un journaliste qu'il avait trouvé coupable à plusieurs reprises d'outrage au tribunal.⁴⁰ La défense du juge Fletcher, qui plaida sa propre cause devant la Cour du Banc de la Reine, couvre sept pages du rapport judiciaire et se résume en trois points: 1) que le droit anglais n'avait jamais connu de précédent d'une poursuite contre un juge et que si une telle action avait été intentée en Angleterre, le demandeur aurait été condamné à la fois par le tribunal du juge défendeur et par le tribunal saisi, pour abus de

³⁵ Voir, sur la nécessité et la difficulté d'obtenir le consentement des deux chambres législatives, *supra*, note 33. Les tentatives d'*impeachment* furent souvent viciées par des défauts de procédure lors de l'enquête parlementaire, un problème persistant étant donné l'absence d'une procédure écrite à suivre: voir les références trouvées dans Christie, *supra*, note 33. Ce problème de procédure n'a été résolu que tout récemment: voir *infra*, nos 18-23.

³⁶ Voir *supra*, note 33.

³⁷ Voir H. Manning, *The Revolt of French Canada, 1800-1835* (1962), à la p. 319, et n. 12, à la p. 413.

³⁸ *Ibid.*, n. 12, à la p. 413.

³⁹ Voir, pour une discussion de la question, *infra*, no 17.

⁴⁰ Voir *Dickerson c. Fletcher* (1828) 1 R.J.R.Q. 254 (B.R.).

procès;⁴¹ 2) que ses actions avaient été commises dans l'exercice de sa juridiction, et 3) que les juges de la Cour provinciale bénéficiaient des mêmes privilèges et immunités des juges de la Cour du Banc de la Reine. Pour le demandeur, il fut allégué: 1) que l'immunité réclamée par les juges ne pouvait exister qu'à l'égard des actes commis à l'intérieur de leur juridiction et que les actes en cause — des jugements rendus par une cour provinciale pour outrage au tribunal commis hors cour — constituaient un excès de juridiction, et 2) qu'il s'agissait de la protection d'un droit civil du demandeur régi par le droit français et ainsi par les dispositions du Code Louis sur la prise-à-partie. Dans un jugement d'un seul paragraphe, la Cour du Banc de la Reine de Trois-Rivières se déclara incompétente pour entendre des causes portant sur des actes accomplis dans la qualité de juge.

Dans la deuxième cause, le juge Kerr fut poursuivi par un praticien de la Cour de Vice-Amirauté que le juge Kerr avait suspendu de ses fonctions pour ne pas avoir effectué des paiements de frais judiciaires à la Cour.⁴² Dans une décision rendue par le juge en chef Sewell, la Cour du Banc de la Reine de Québec affirma que les membres d'un tribunal à compétence limitée sont responsables pour les dommages causés par des actes commis à l'extérieur de leur juridiction, mais rejeta la demande pour le motif que le contrôle disciplinaire des officiers d'un tribunal ne saurait représenter un tel excès de juridiction.

10.— Ces premières décisions portant sur la responsabilité civile des juges ont profondément influencé le développement ultérieur du sujet. Ils ont d'abord établi, de façon implicite mais néanmoins claire, que la responsabilité d'un officier public pour la violation prétendue d'un droit civil est une question de droit public.⁴³ Il en découlait que seul le droit anglais était applicable, et conséquemment, que c'était un droit jurisprudentiel et non-écrit qui devait prévaloir. Enfin, l'application du droit public anglais entraînait la possibilité de simplement reconnaître l'existence d'une immunité judiciaire, du moins pour les juges d'un certain niveau, et ce malgré les différences de structure entre la colonie et la nouvelle métropole.

Ces décisions furent prises par des juges qui ne bénéficiaient pas de la permanence dans l'exercice de leur office et qui exerçaient des fonctions politiques importantes. Ce statut de la magistrature n'allait pas durer très longtemps. Dans la grande réforme politique des années 1840, qui instaura le

⁴¹Cf., pour l'histoire des poursuites contre la magistrature en Angleterre, *Sirros c. Moore* [1975] Q.B. 118, [1974] 3 All E.R. 776 [ci-après cité aux Q.B.]; Feinman & Cohen, *Suing Judges: History and Theory* (1980) 31 S.C.L. Rev. 201, et Block, *Stump v. Sparkman and the History of Judicial Immunity* [1980] Duke L.J. 879.

⁴²Voir *Gugy c. Kerr* (1828) 1 R.J.R.Q. 264 (B.R.).

⁴³Voir aussi, en matière de responsabilité policière, *Chaput c. Romain* [1955] S.C.R. 834, [1956] 1 D.L.R. (2d) 241 [ci-après cité aux S.C.R.], à la p. 854.

gouvernement responsable et la séparation des pouvoirs, la magistrature reçut la garantie de l'inamovibilité dans l'exercice de ses fonctions, tout en se voyant interdite toute activité politique, y compris le droit de vote.⁴⁴ Ainsi, le statut de la magistrature contemporaine québécoise fut définitivement consacré il y a un peu moins d'un siècle et demi. La réforme des années 1840 ne toucha pas, cependant, à la question de la responsabilité des juges et, comme on le verra, l'évolution ultérieure de ce sujet s'est révélée une suite logique des principes annoncés par les décisions de 1828.

II. La responsabilité civile des juges

11.— Nous examinerons d'abord la responsabilité civile des juges de l'ordre judiciaire provincial et ensuite celle des juges de l'ordre judiciaire fédéral.

A. L'ordre judiciaire provincial

12.— Avant la *Loi constitutionnelle de 1867*,⁴⁵ il n'existait qu'un seul ordre judiciaire au Québec, mais déjà une distinction entre les tribunaux dits "supérieurs" et "inférieurs" de première instance fut admise.⁴⁶ On considérait que la compétence du tribunal supérieur restait générale et illimitée, tandis que celle du tribunal inférieur était limitée et strictement définie par la loi. Cette distinction, à laquelle nous reviendrons dans la prochaine partie, fut consacrée par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,⁴⁷ lequel réservait au gouvernement fédéral le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures. Malgré cette limitation considérable du pouvoir judiciaire provincial, les juges nommés par le gouvernement provincial jouissent aujourd'hui d'une compétence très importante. D'une part, ils sont compétents en matière de droit fédéral et provincial, selon les limites de compétence tracées par les lois fédérales et provinciales. D'autre part, le législateur provincial a considérablement étendu leur compétence en matière de droit provincial, à un point tel où de sérieux problèmes constitutionnels se sont manifestés.⁴⁸ Il y a dans ces

⁴⁴ Voir Mignault, *supra*, note 31, aux pp. 484-91, et références y citées. L'interdiction de vote s'applique toujours aux juges nommés par le gouvernement fédéral, mais a été abolie au niveau provincial: voir les *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, c. 14 (1er Supp.), art. 14(4), et *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.1, art. 3.

⁴⁵ Voir 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [S.R.C. 1970, App. II, no 5].

⁴⁶ Voir déjà, en 1828, en matière de la responsabilité des juges, l'affaire *Gugy c. Kerr*, *supra*, note 42.

⁴⁷ Voir 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [S.R.C. 1970, App. II, no 5].

⁴⁸ Voir récemment, *Crevier c. Le procureur général de la province de Québec* [1981] 2 R.C.S. 220, (1981) 127 D.L.R. (3d) 1 [ci-après: *Crevier*, cité aux R.C.S.]. La question est de savoir jusqu'à quel point un juge provincial d'un tribunal inférieur peut voir sa compétence s'élargir, sans devenir un juge qui exerce les pouvoirs d'une cour supérieure, dont les juges doivent être nommés exclusivement par le gouvernement fédéral: voir aussi *infra*, note 168.

développements des pressions en faveur d'un système plus fédéral de tribunaux, au sein duquel chaque niveau de gouvernement aurait son propre système judiciaire de première et de deuxième instances.

13.— L'ordre judiciaire provincial a donc hérité du statut des tribunaux inférieurs d'avant la Confédération. Notamment, il a hérité d'un régime de responsabilité civile des juges basé sur la notion que la compétence du juge d'un tribunal inférieur est nécessairement exceptionnelle et limitée, et que tout acte au-delà de ces limites, ou en représentant un exercice abusif, engage nécessairement la responsabilité personnelle du juge. Le principe, limité aux tribunaux inférieurs de première instance, est d'origine anglaise: si la jurisprudence à partir de 1828 ne le consacrait pas avec finalité,⁴⁹ toute équivoque fut éliminée en 1851 par l'intervention du législateur et la promulgation d'une loi établissant les conditions pour la prise-à-partie du juge d'un tribunal inférieur.⁵⁰ Cette loi fut calquée sur une loi anglaise de 1848 établie pour accorder une certaine protection au juge de paix anglais, tout en laissant intact le principe de sa responsabilité.⁵¹ Les deux lois créaient l'obligation de donner un avis d'un mois avant d'intenter toute procédure de prise-à-partie et ont permis au magistrat défendeur d'offrir compensation au cours de ce délai et, en cas de refus, de l'alléguer comme fin de non recevoir.

14.— Depuis 1851, la jurisprudence n'a jamais mis en cause le principe de la responsabilité civile des juges provinciaux. La plupart des décisions touchent à la responsabilité des juges de paix statuant en matière pénale. Ces officiers de la justice furent quelquefois trouvés responsables,⁵² et, dans les autres cas, les jugements qui les exonérèrent invoquaient des raisons précises, telles que l'absence de malice de la part du défendeur ou l'absence de l'avis requis par la loi.⁵³ Au vingtième siècle, avec le déclin de l'importance du juge de paix (souvent un non-professionnel), et la croissance de la magistrature professionnelle provinciale, le législateur est encore intervenu, cette fois en 1966,

⁴⁹ Voir les arrêts cités en *supra*, notes 40 et 42.

⁵⁰ Voir l'Acte pour amender et refondre les lois pour la protection des magistrats et autres, dans *l'exercice de leurs devoirs publics*, S.C. 1851, c. 54.

⁵¹ Voir *An Act to protect Justices of the Peace from vexatious Actions for Acts done by them in execution of their Office*, 11 & 12 Vict., c. 44 (U.K.), et A.H. Manchester, *Modern Legal History* (1980), à la p. 78.

⁵² Voir *Lacombe c. Ste-Marie* (1871) 22 R.J.R.Q. 103 (Cour de Révision); *Gauvin c. Moore* (1891) 14 L.N. 394 (C.S.); *Mufina c. Sauvé* (1901) 19 C.S. 51; *Laferrière c. Mann* (1905) 11 R.J. 465 (Cour de Circuit).

⁵³ Voir *Cartier c. Burland* (1872) 2 R.C. 475 (Cour de Révision), sommaire in J.J. Beauchamp, *Répertoire général de jurisprudence canadienne, 1770-1913* (1914), vol. III, no 2008, à la p. 2415; *Marois c. Bolduc* (1875) 7 R.L. 48 (B.R.); *Kingston c. Corbeil* (1879) 7 L.N. 325 (Cour de Révision); *Roy c. Pagé* (1881) 5 L.N. 32 (Cour de Révision); *Grenier c. Ahern* (1894) 1 R.J. 362 (Cour de Magistrat); *Asselin c. Davidson* (1912) 13 Q.P.R. 423 (C.S.), et *Aubut c. Caron* (1928) 34 R. de J. 157 (C.S.).

pour abroger les dispositions protectrices de la loi de 1851.⁵⁴ Le juge provincial semblait donc dès lors dépourvu de protection législative, une position qui correspondait de façon générale à la situation du juge provincial dans la majorité des provinces canadiennes.⁵⁵

15.— Le principe de la responsabilité des juges provinciaux a été réaffirmé dans deux jugements récents, qui ont cependant soulevé des problèmes importants dans la mise en oeuvre de cette responsabilité, et qui ont finalement provoqué une intervention législative importante. Dans l'affaire *Mayrand c. Cronier*,⁵⁶ le juge en chef Mayrand de la Cour des sessions de la paix avait ajourné le procès de l'accusé Cronier pour une période de presque un mois à cause de l'encombrement des rôles et de l'indisponibilité des juges. Sur requête de l'accusé à la Cour supérieure, cependant, l'ajournement fut jugé contraire à l'article 738 du *Code criminel*, qui exige que nul ajournement du procès d'un individu en matière de poursuite sommaire ne peut être de plus de huit jours; l'accusé fut donc libéré. En rendant sa décision, la Cour supérieure refusa d'interdire toute poursuite civile contre le juge provincial et le condamna, en tant qu'intimé dans la requête de l'accusé, à payer ses dépens, soit un montant de 200\$. Cette dernière partie du jugement de la Cour supérieure fut renversée par la Cour d'appel, qui s'appuya non seulement sur le principe de la gratuité de la procédure en matière pénale mais aussi, après avoir examiné en détail les circonstances de l'affaire, sur l'absence de mauvaise conduite ou de malice de la part du juge provincial et sur le fait que celui-ci n'avait pas eu l'occasion de se faire entendre sur la question de sa propre responsabilité. En venant à cette conclusion la Cour affirma expressé-

⁵⁴Voir la *Loi modifiant la Loi des privilèges des magistrats*, S.Q. 1966, c. 9. Voir cependant, pour des textes accordant une certaine protection dans des situations particulières — acte juridique rendu en vertu d'une loi inconstitutionnelle, jugement en matière pénale déclaré nul par ordonnance d'une cour supérieure — la *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., c. P-24, art. 6; le *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 717, et la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., c. P-15, art. 107.

⁵⁵Voir Feldthusen, *Judicial Immunity: In Search of an Appropriate Limiting Formula* (1980) 29 U.N.B.L.J. 73, avec les références aux lois provinciales aux pp. 88 et 89. Six provinces (le Québec, la Colombie britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba et l'Île du Prince Édouard), ont aboli ou n'ont jamais adopté les mesures de protection basées sur la loi anglaise de 1848. L'Ontario, Terre-Neuve et la Nouvelle-Écosse retiennent certaines mesures de protection (prescription de 6 mois, cautionnement pour les frais ou mise-en-demeure obligatoire), tandis que le Nouveau-Brunswick semble admettre une immunité pour tout acte accompli "en vertu d'[une] loi". Voir cependant, pour l'immunité du juge provincial (en l'absence de toute allégation de malice ou de mauvaise foi), *Janson c. King* (1979) 103 D.L.R. (3d) 189, 4 S.R. 311 (Sask. Q.B.).

⁵⁶Voir [1981] C.A. 503, (1981) 63 C.C.C. (2d) 561 [ci-après cité aux C.A.].

ment, cependant, le principe de la responsabilité des juges de l'ordre judiciaire provincial.⁵⁷

Dans la deuxième affaire aussi un juge provincial fut désigné comme partie dans la défense de son propre jugement, en droit civil cette fois, et le demandeur conclut en Cour supérieure que le jugement soit cassé et que le juge provincial soit condamné aux frais du demandeur.⁵⁸ Une requête en irrecevabilité de la part du juge fut rejetée, au motif que la conduite du juge provincial est toujours soumise au pouvoir de surveillance de la Cour supérieure. Par la suite, le demandeur se désista quant à son action contre le juge, et la question de sa responsabilité ne fut pas l'objet de contestation ultérieure.

Faisant suite à ces deux décisions et aux réclamations des juges provinciaux, le législateur provincial a ajouté en 1982 des dispositions supplémentaires à la *Loi sur les privilèges des magistrats*, édictant notamment que les juges provinciaux "jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure", et sont protégés contre un jugement de dépens dans une procédure en annulation ou en révision d'une décision.⁵⁹ Ainsi il y aurait aujourd'hui identité entre les régimes de responsabilité civile des deux niveaux de juges au Québec, et seuls des arguments d'ordre constitutionnel pourraient ébranler la protection ainsi accordée aux juges provinciaux.⁶⁰ Il convient donc d'examiner le régime de responsabilité des juges des cours supérieures.

B. L'ordre judiciaire fédéral

16.— La responsabilité civile des juges de l'ordre judiciaire fédéral fut l'objet d'une première décision judiciaire en 1929.⁶¹ Il s'agissait d'une action en diffamation où l'on tentait d'établir que le juge défendeur aurait déclaré

⁵⁷ *Ibid.*, à la p. 505. Voir d'autre part, pour la responsabilité des juges à payer des frais en droit anglais, S. Shetreet, *Judges on Trial* (1976), aux pp. 208 et 209. La condamnation du juge de paix dans l'affaire *Laferrière c. Mann*, *supra*, note 52, fut aussi pour le montant des frais occasionnés par suite de l'acte du juge de paix.

⁵⁸ Voir *Le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Cour provinciale du District du Québec et Son Honneur le juge André Desjardins*, C.S. (Québec, 200-05-000399-795), 30 juillet 1979 [ci-après: *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec*].

⁵⁹ Voir la *Loi modifiant la Loi sur les poursuites sommaires, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives in G.O.Q.*, 1982.II.3175, arts 117 et 118.

⁶⁰ Voir *infra*, nos 40-6.

⁶¹ Voir *Bengle c. Weir* (1929) 67 C.S. 289. La responsabilité civile des juges fédéraux n'a guère été soulevée dans la jurisprudence des provinces canadiennes de *common law*: voir *Feldthusen*, *supra*, note 55, à la p. 82. Récemment, cependant, une action contre quatre juges fédéraux a été déboutée au stade préliminaire par le *Master* de la *Court of Queen's Bench* de l'Alberta, qui a conclu que le déclenchement de l'action constituait un abus du droit d'ester en justice. On avait allégué que les juges avaient rendu des décisions erronées: voir *Ringrose c. Stephenson* (1982) 35 A.R. 62.

lors d'un autre procès que le demandeur, entendu comme témoin, s'était parjuré dans son témoignage. L'action fut rejetée à un stade préliminaire des procédures, et la Cour prit peine de longuement motiver sa conclusion. Elle déclara notamment que cet aspect de l'administration de la justice est régi par le droit anglais, que le juge jouit d'une immunité qui "résulte de la nature même des choses et est de droit naturel",⁶² que l'article 1053 du Code civil (régime de responsabilité délictuelle) est inapplicable, que le privilège est de caractère absolu et ne dépend d'aucune façon de circonstances à être plaidées et prouvées au fond, que les législatures provinciales n'ont pas l'autorité de légiférer à l'égard des juges fédéraux en cette matière et enfin, que les juges des cours supérieures ne détiennent pas le pouvoir de se surveiller et de se contrôler mutuellement et qu'il serait ainsi un abus de pouvoir d'accueillir favorablement la plainte.

Trois décisions plus récentes déboutaient aussi au stade des exceptions préliminaires des actions intentées contre des juges fédéraux, sans toutefois dévoiler la nature exacte des demandes.⁶³ La Cour d'appel ne s'est pas encore prononcée sur la question, et on n'a encore rapporté aucune action intentée contre un juge de la Cour d'appel du Québec ou contre un juge de la Cour suprême du Canada.

III. La responsabilité pénale des juges

17.— Il n'existe pas de textes ou de jurisprudence faisant une distinction entre la responsabilité pénale des juges et celle de tous les autres citoyens. On peut en conclure que le juge est pleinement responsable pour ses actes criminels, qu'ils aient ou non été commis sur le banc. Toutefois, l'affaire de détournement de fonds du juge Kerr semble être l'un des rares cas où un juge a été effectivement trouvé responsable d'un acte criminel commis en rapport avec son office.⁶⁴ Dans une autre affaire du dix-neuvième siècle, un juge de paix fut trouvé non-coupable, après son procès, d'outrage criminel au tribunal,⁶⁵ et plus récemment la presse faisait état d'une enquête policière sur les activités officielles et les sources de revenu d'un juge provincial, enquête qui mena éventuellement à une simple condamnation pour évasion fiscale,

⁶² Voir *Bengle c. Weir*, *supra*, note 61, à la p. 293.

⁶³ Voir *Lemieux c. Barbeau* [1972] R.P. 357; *Vallières c. Ouimet*, non rapporté, mais discuté dans *Lemieux c. Barbeau* (*ibid.*), et, *Gabriel c. Langlois* [1973] C.S. 659.

⁶⁴ Voir *supra*, notes 37, 38 et 39, et texte y correspondant. On ignore, cependant, les détails de l'affaire.

⁶⁵ Voir *Isabella c. Miller* (1837) 1 S.V.A. 134.

sans rapport avec l'exercice de l'office de juge.⁶⁶ Quoiqu'on admette de façon semblable la notion de responsabilité pénale des juges dans les autres provinces canadiennes, on doit constater que là aussi il n'existe que très peu d'exemples de condamnations.⁶⁷

IV. La responsabilité disciplinaire des juges

18.— Au dix-neuvième siècle, l'implantation au Canada du principe de l'inamovibilité des juges a enlevé effectivement le contrôle disciplinaire des juges des mains du pouvoir exécutif.⁶⁸ La seule mesure disciplinaire spécifiquement retenue après la réforme fut celle de la destitution, qui ne pourrait être effectuée qu'après vote favorable par les deux assemblées législatives.⁶⁹ D'une complexité manifeste, la procédure n'a jamais été menée à terme, et l'une des rares tentatives, dans une autre province, fut subséquemment déclarée nulle pour vices de procédure.⁷⁰ Au Québec, la nécessité de saisir l'autorité législative pour destituer un juge provincial fut abolie en 1941, et le gouvernement fut autorisé à démettre un juge si un rapport de la Cour d'appel, fait après enquête sur requête du ministre de la Justice, concluait en ce sens.⁷¹ Cette procédure aussi est lourde, imprécise et politiquement délicate. Elle non

⁶⁶ Voir *Le Devoir* [de Montréal] (9 février 1978) 12, et (30 avril 1982) 3. La condamnation fait présentement l'objet d'un appel, mais le juge a démissionné pour des raisons de santé et il n'y a pas eu de mesures disciplinaires prises contre lui.

⁶⁷ Voir G. Gall, *The Canadian Legal System* (1977), à la p. 171. Voir aussi, *Judge up on charges in his old courtroom*, *The [Toronto] Globe and Mail* (17 juin 1981) 2; *Court Bars press and public from part of judge's trial*, (24 juin 1982) 8; Slotnick, *Wiretap evidence banned, court says judge not guilty*, (29 juin 1982) 8, (juge provincial acquitté d'une accusation d'obstruction de la justice); *Cleared of charge, ex-JPs win \$417,000*, (12 juin 1982) 1, (juges de paix acquittés d'accusations de prévarication), et *JP and barrister sentenced to jail for ticket-fixing*, (11 décembre 1982) 5, (juge de paix trouvé coupable de prévarication; condamné à trois mois de prison).

⁶⁸ Voir *supra*, no 10.

⁶⁹ Voir, au niveau fédéral, l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [S.R.C. 1970, App. II, no 5]. Au niveau provincial, la procédure de destitution est régie par la loi: voir *infra*, note 71. Voir cependant, pour la possibilité d'autres types de procédures de destitution, Lederman, *supra*, note 33, aux pp. 785-8 et 1161.

⁷⁰ Voir *Landreville c. R. (No. 2)* (1977) 75 D.L.R. (3d) 380; *Landreville c. R.* [1981] 1 C.F. 15, (1980) 111 D.L.R. (3d) 36. Avant les réformes de la dernière décennie, il n'y avait pas de procédure prévue, ce qui ajoutait au caractère hasardeux de l'entreprise. Il n'y a eu que quatre tentatives de destitution de juges fédéraux depuis la Confédération de 1867: voir Gall, *supra*, note 67, aux pp. 155 et 156, et Forsey, "Removal of Superior Court Judges" in *Canadian Commentator* (février 1966) 17, aux pp. 17-8.

⁷¹ Voir la *Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1941, c. 50, art. 2. Voir présentement, la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, arts 85, 113, 127, 133 et, d'autre part, pour les juges de paix, 178.

plus n'a jamais été menée à terme, bien que le risque de son déclenchement a occasionné la démission de certains juges.⁷²

On peut ainsi conclure que pendant la plupart de l'histoire de la magistrature québécoise contemporaine, il n'existait aucun régime disciplinaire. Cette situation ayant été jugée insatisfaisante à plusieurs égards, des mesures ont été introduites au cours de la dernière décennie pour y remédier, tout d'abord au niveau fédéral et ensuite, très récemment, au niveau provincial.

A. *L'ordre judiciaire fédéral*

19.— S'inspirant des modèles de la Californie (1966), et de l'Ontario (1968), le gouvernement fédéral en 1971 a créé le Conseil canadien de la magistrature qui, en plus de certaines responsabilités en matière de la formation permanente des juges, est chargé de mener enquête suite à toute plainte formulée à l'égard d'un juge fédéral.⁷³ Le Conseil est composé du juge en chef du Canada et des juges en chef, juges en chef associés et juges en chef adjoints des cours supérieures. Il est donc uniquement composé de magistrats et, en effectuant une enquête ou une investigation, est censé être une cour supérieure. Le Conseil est obligé de mener enquête sur la conduite d'un juge fédéral si la demande lui en est adressée par le ministre de la Justice du Canada ou par le procureur général d'une province, et est autorisé à procéder à une investigation de toute autre plainte. Il peut établir des règlements concernant la conduite de ses enquêtes et investigations, établir des comités d'enquête, et décider si une enquête ou investigation sera menée en public ou en privé (sauf si le ministre de la Justice exige qu'elle soit menée en public). À la fin d'une enquête ou d'une investigation le Conseil doit faire rapport au ministre de la Justice du Canada. Si le Conseil considère que le juge impliqué est frappé d'une incapacité ou d'une invalidité due:

- a) à l'âge ou à une infirmité,
- b) au fait qu'il s'est rendu coupable de mauvaise conduite,
- c) au fait qu'il n'a pas rempli utilement ses fonctions, ou
- d) au fait que, par sa conduite ou pour toute autre raison, il s'est mis dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions,⁷⁴

le Conseil peut recommander que le juge soit révoqué.

⁷² Voir J. Choquette, *La justice contemporaine* (Livre blanc sur l'administration de la justice au Québec) (1975), à la p. 165 [ci-après: *Livre blanc sur l'administration de la justice*]. Les démissions, dans ces circonstances, sont facilitées par l'existence d'un régime de retraite favorable.

⁷³ Voir la *Loi modifiant la Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. 16 (2e Supp.), art. 10, dont le texte est devenu les articles 39 à 41 de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, telle que modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur les juges et d'autres lois concernant la magistrature*, S.C. 1976-77, c. 25.

⁷⁴ Voir l'article 41(2) de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, telle que modifiée.

20.— Avec le Conseil canadien de la magistrature, le gouvernement fédéral se dotait d'un organisme permanent d'enquête et résolvait ainsi de difficiles problèmes de procédure.⁷⁵ Aussi, en énonçant très généralement des critères d'incapacité ou d'invalidité, le législateur fédéral invitait la magistrature à formuler de façon plus précise les normes de conduite judiciaire. Au niveau des sanctions, cependant, la législation fédérale est moins souple, n'envisageant expressément que la destitution (après vote des deux assemblées législatives), ou la cessation complète du traitement du juge.⁷⁶ La compatibilité de cette dernière disposition avec la Constitution est d'ailleurs discutable, dans la mesure où elle pourrait permettre une mesure de révocation déguisée, sans l'accord du Parlement.

Pendant les premières années de son existence le Conseil canadien a reçu peu de plaintes, dont la plupart concernaient des retards dans l'administration de la justice.⁷⁷ Plus récemment, cependant, le Conseil a été saisi d'affaires plus troublantes et en 1982 le ministre de la Justice a rendu public pour la première fois un rapport du Conseil dans une affaire de violation prétendue de l'obligation de réserve. Le rapport a conclu que les propos du juge auraient normalement justifié la destitution, mais qu'en l'espèce une telle mesure aurait été inappropriée étant donné l'ambiguïté qui avait traditionnellement entouré la notion de la réserve. Il a tout de même qualifié la conduite du juge comme une "indiscrétion" et a laissé entendre que l'attitude du Conseil serait plus rigoureuse à l'avenir.⁷⁸

B. *L'ordre judiciaire provincial*

21.— Préconisé depuis un certain temps,⁷⁹ le Conseil de la magistrature du Québec a été créé en 1978.⁸⁰ Comme le Conseil canadien, il a pour objectifs

⁷⁵ Voir *supra*, notes 35 et 70.

⁷⁶ Voir l'article 41(3) de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1, telle que modifiée.

⁷⁷ Voir Roberts, *The Canadian Judicial Council* (1978) 36 *The Advocate* 117, à la p. 118. Le juge en chef Laskin a signalé l'existence de nombreuses plaintes quant au bien-fondé des jugements, qui ne relèvent pas de la compétence du Conseil: voir Laskin, *Address to the Canadian Bar Association Annual Meeting*, (2 septembre 1982), à la p. 8 [inédit].

⁷⁸ Voir *Report and Record of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger and Resolution of the Canadian Judicial Council in* (1983) 28 R. de d. McGill 378 [ci-après: *Report, Record and Resolution*]. Le rapport comprend une résolution du Conseil qui qualifie d'"indiscrétion" l'intervention du juge (*ibid.*, à la p. 379), ainsi que le rapport du Comité d'enquête, qui avait trouvé la plainte *non se bene gesserit* bien fondée mais n'avait pas recommandé le déclenchement de la procédure de destitution (*ibid.*, à la p. 380). Le mot "indiscrétion" est défini par *The Concise Oxford Dictionary*, 4e éd. (1951) comme "*injudicious conduct*". Voir, pour le pouvoir du Conseil de réprimander un juge, *infra*, nos 37-9, et, pour le fondement doctrinal de l'obligation de réserve, *infra*, note 185, et texte y correspondant.

⁷⁹ Voir Prévost, *Arrachons au 19e siècle l'appareil judiciaire* (1966) 26 R. du B. 277, à la p. 292, et Ouellette, *L'éthique judiciaire au Canada et au Québec* (1969) 23 R. jur. pol. Ind. Coop. 1107, aux pp. 1113 et 1114.

⁸⁰ Voir la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et le Code de procédure civile et*

principaux le perfectionnement et le contrôle disciplinaire des juges, et est constitué comme agence d'enquêtes sur leurs activités. Il est tenu de faire enquête si une plainte est portée par le ministre de la Justice de la province, et est autorisé à faire enquête à l'égard de toute autre plainte contre un juge provincial. Le Conseil peut établir des comités d'enquête, qui peuvent adopter les règles de procédure pour la conduite d'une enquête, et est autorisé à siéger à huis clos.

22.— Le Conseil est composé de neuf juges représentant les différents tribunaux provinciaux, de deux avocats nommés sur recommandation du Barreau du Québec, et de deux personnes, qui ne sont ni juges ni avocats, nommés sur recommandation du Conseil consultatif de la justice. Cette composition plus représentative du Conseil fait suite à une recommandation du *Livre blanc sur l'administration de la justice* publié en 1975, qui a trouvé "très lourd" le système "d'autodiscipline" que représente le Conseil canadien de la magistrature.⁸¹ La participation de non-magistrats dans le travail du Conseil correspond à la pratique établie dans les six autres provinces ayant maintenant établi des conseils de la magistrature.⁸²

23.— Si le Conseil établit qu'une plainte est fondée, il peut recommander la révocation du juge au ministre de la Justice⁸³ ou, de sa propre autorité, le réprimander. Malgré les recommandations du *Livre blanc sur l'administration de la justice*,⁸⁴ aucune autre sanction n'est prévue par la loi.

24.— Le Conseil de la magistrature du Québec se distingue aussi du Conseil canadien et de la plupart des autres conseils provinciaux, de par sa responsabilité de formuler et d'appliquer un code de déontologie des juges.⁸⁵ Ce Code de

instituant le Conseil de la magistrature, L.Q. 1978, c. 19, art. 33. Voir présentement, la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, arts 247-82.

⁸¹ Voir *supra*, note 72, à la p. 167. On y cite aussi l'expérience de certaines juridictions américaines, où on a constaté "que les juges sont peu enclins à entreprendre une action disciplinaire à l'encontre d'autres juges" (*ibid.*, à la p. 166).

⁸² Voir S.E. Oxner, *Discipline and Removal from Office of Provincial Court Judges in Canada: A Paper prepared for the Canadian Association of Provincial Court Judges* (1980), aux pp. 15-9.

⁸³ Voir, pour la procédure d'une requête à la Cour d'appel, qui doit toujours être suivie, *supra*, note 71.

⁸⁴ Voir *supra*, note 72, à la p. 168. On recommanda les sanctions suivantes: "une simple réprimande, le retrait de certaines fonctions judiciaires, une période de recyclage ou de perfectionnement, une suspension sans traitement, une recommandation au Conseil exécutif de mise à la retraite forcée et [. . .] une recommandation au Conseil exécutif de révocation" (*ibid.*, à la p. 168).

⁸⁵ Voir la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, arts 261-2. De tous les conseils canadiens de la magistrature, seuls ceux de la Colombie britannique et du Québec sont chargés de la formulation d'un code de déontologie des juges: voir Oxner, *Appendix "C"*, *supra*, note 82.

déontologie, selon la loi, “détermine les règles de conduite et les devoirs des juges envers le public, les parties à une instance et les avocats”, et est suffisamment succinct pour être reproduit en entier:

1. Le rôle du juge est de rendre justice dans le cadre du droit.
2. Le juge doit remplir son rôle avec intégrité, dignité et honneur.
3. Le juge a l'obligation de maintenir sa compétence professionnelle.
4. Le juge doit prévenir tout conflit d'intérêt et éviter de se placer dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions.
5. Le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif.
6. Le juge doit remplir utilement et avec diligence ses devoirs judiciaires et s'y consacrer entièrement.
7. Le juge doit s'abstenir de toute activité incompatible avec l'exercice du pouvoir judiciaire.
8. Dans son comportement public le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité.
9. Le juge est soumis aux directives administratives de son juge en chef dans l'accomplissement de son travail.
10. Le juge doit préserver l'intégrité et défendre l'indépendance de la magistrature dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.⁸⁶

Le Conseil n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer le Code, mais avait déjà, avant son entrée en vigueur, sanctionné par réprimande une violation de l'obligation de réserve.⁸⁷

25.— On peut ainsi parler d'un régime de responsabilité des juges au Québec, mais il faut constater aussi que ce régime est irrégulier en caractère et souvent imprécis dans ses détails. Si la responsabilité pénale des juges est admise en entier (même en l'absence de textes spécifiques ou de jurisprudence contemporaine), la responsabilité disciplinaire est fragmentaire et soulève de sérieux problèmes de standards et de sanctions, tandis que la responsabilité civile serait soumise à un régime unique, qualifié “d'immunité”, dont les frontières n'ont pas été tracées avec précision. Il existe toutefois de profondes raisons pour ces divergences. Elles découlent, croyons-nous, de conceptions fondamentales de la fonction du juge dans la société et du système judiciaire dans son ensemble. C'est dire que la responsabilité des juges aurait des fondements systémiques, et que cette responsabilité ne saurait être définie avec précision sans identifier ces fondements et leur influence.

⁸⁶ Voir le *Décret 643-82*, 17 mars 1982, G.O.Q., 1982.II.1648. Voir aussi le *Décret 644-82*, 17 mars 1982, G.O.Q., 1982.II.1649, adoptant un code de déontologie distinct pour les juges municipaux. Celui-ci reprend la plupart des articles du Code de déontologie de la magistrature, tout en tenant compte du fait que la fonction du juge municipal n'en est pas une de carrière.

⁸⁷ Voir *Le Devoir* [de Montréal] (30 avril 1982) 3. La *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, prévoyait à son article 263 que le Conseil pourrait, même avant l'entrée en vigueur du Code, examiner des plaintes reprochant à un juge d'avoir commis un acte dérogeant à l'honneur, à la dignité ou à l'intégrité de la magistrature, ou de s'être mis dans une situation telle qu'il n'aurait pu utilement remplir ses fonctions.

Deuxième partie: Les fondements systémiques de la responsabilité des juges

26.— Toute responsabilité repose sur l'existence d'obligations, dont la violation peut engendrer une sanction. Une première démarche dans l'étude de la responsabilité du juge sera donc la détermination de ses obligations dans l'exercice de l'office. C'est mesurer l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ensuite, dans la mesure où cette indépendance existe, il faudra vérifier à la fois les moyens de sa protection et les limites au-delà desquelles le juge pourrait être obligé et tenu responsable. Enfin, il faudra voir dans quelle mesure la responsabilité du juge est reliée à celle de l'État dans l'administration de la justice.

I. L'indépendance du pouvoir judiciaire

27.— La fonction du juge est de juger, c'est-à-dire décider sur les droits et les obligations des autres. Dans le vocabulaire technique du droit civil et de la *common law*, il s'agirait d'un pouvoir dont le corrélatif serait la susceptibilité des parties en litige aux ordres judiciaires. L'importance de cette qualification réside dans le fait qu'un pouvoir est de par sa nature facultatif et discrétionnaire, incompatible avec toute obligation dans son exercice. Si la fonction du juge est l'exercice d'un tel pouvoir il devrait nécessairement suivre que celui-ci est libre de toute obligation dans l'acte de décision, et l'irresponsabilité serait inhérente dans l'indépendance du pouvoir judiciaire. Il faudra donc vérifier dans quelle mesure le juge est effectivement obligé ou subordonné dans l'exercice de son office.

28.— À cet égard, il faut noter que l'existence d'un *corpus* de règles de droit ne nous dit rien en soi des obligations du juge. Car un juge peut être libre de ne pas suivre les règles de droit, de les traiter comme purement supplétives à sa propre volonté ou discrétion, ou même de les renverser. Tout est de savoir s'il existe des règles systémiques, sanctionnées par la responsabilité, qui peuvent servir à lier le juge à une forme de conduite ou à un résultat donné, que ce soit dans la disposition d'une affaire ou dans le domaine processuel. En l'absence de telles règles et de telles sanctions, la fonction du juge et son adhérence aux règles de droit sortiraient du système normatif pour en devenir l'une de ses conditions préalables, ce que le positivisme contemporain a bien compris.⁸⁸ Il

⁸⁸ Voir H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. par A. Wedberg (1945), aux pp. 59 et 60:

The judge [...] can be legally obligated to execute the sanction [...] only if there is a further norm which attaches a further sanction to the non-execution of the first sanction. [...] However, this series of legal norms cannot be extended indefinitely. There must be a last norm of the series such that the sanction which it stipulates is not a legal duty in the sense defined.

y va donc de la mesure de subordination du juge lui-même, et cette question est bien distincte de celle de savoir si une décision pourra être renversée en appel — par d'autres juges — parce que jugée contraire aux règles de droit. Si la seule sanction du système se limite à la correction de *décisions* par voie d'appel, le juge a la liberté de ne pas suivre les règles de droit, quitte à voir ses décisions renversées (parfois) en appel. Sa décision serait libre; il ne serait pas obligé dans l'acte de décision; il serait irresponsable dans l'acte de décision. Le principe de la légalité serait donc un *idéal* vers lequel s'efforce le système judiciaire, mais qui est incapable de mise en vigueur obligatoire. Le système d'appels apporterait une certaine uniformité de décisions dans une juridiction donnée, mais l'acte individuel de décision resterait libre, et les juges d'appel ne seraient pas plus obligés que leurs confrères de première instance. Cette conclusion aurait une certaine importance pour la nature même du droit, puisqu'elle affaiblirait toute présomption en faveur de la validité et du caractère obligatoire des règles de droit, découlant de leur acceptation dans le passé. Le juge pourrait donner priorité aux règles de droit positif, mais le système ne l'y obligerait pas. Il serait donc libre de faire appel à d'autres sources pour fonder ses décisions, et seul l'idéal d'une résolution objective de causes pousserait le corps judiciaire vers l'application de règles pré-établies. Il est donc important de savoir si le juge est obligé dans l'exercice de son office.

A. *Le juge et les règles de droit*

29.— Le juge est-il obligé de décider selon les règles de droit? Rappelons d'abord que le Québec est une juridiction codifiée dans la tradition napoléonique, et que son Code civil reprend partiellement le langage du Code Napoléon en rejetant tout "prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi".⁸⁹ On retrouve donc la tradition d'une plénitude de règles écrites auxquelles le juge serait nécessairement subordonné. Cependant, cette conception théorique de la plénitude et de la suprématie de la loi n'a pas survécu à l'attrait de l'histoire et à la dualité du régime juridique contemporain québécois. Ainsi le Code civil n'a pas abrogé l'ancien droit — lois, ordonnances, coutumes, jurisprudence — dans sa totalité, mais uniquement dans la mesure

Voir aussi H. Hart, *The Concept of Law* (1961), à la p. 113:

There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of exchange and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials.

⁸⁹ Voir art. 11, C.c. Voir cependant, pour l'effet d'un refus de juger sous ce prétexte, *infra*, no 31, et, pour le degré de codification au Québec, *supra*, no 3.

de son incompatibilité avec le Code.⁹⁰ De plus, non seulement le droit public du Québec, d'inspiration anglaise, reste en principe non-écrit,⁹¹ mais le Code civil lui-même ne contient aucune interdiction des précédents comme source de droit, rompant en cela avec la tradition napoléonique.⁹²

Le nouveau Code de déontologie de la magistrature québécoise reconnaît formellement cette complexité des sources du droit québécois en disant du rôle du juge qu'il est "de rendre justice dans le cadre du droit,"⁹³ expression significative dans un double sens. D'abord, c'est "le droit" et non pas "la loi" qui conditionne la fonction du juge; ensuite, ce "droit" est conçu comme simple cadre dans lequel la justice est rendue. C'est reconnaître une fonction créatrice et équitable du juge. C'est aussi reconnaître qu'un juge n'est ni lié ni responsable dans l'exercice de sa fonction.

Le droit judiciaire du Québec a reconnu implicitement que le juge n'est pas lié par les règles de droit. Ainsi l'obligation de motiver les jugements n'existe qu'au cas où il y a eu contestation et où le jugement a été rendu après délibéré.⁹⁴ Outre ces cas, le juge ne doit pas divulguer les raisons de sa décision. Le Québec connaît, comme tous les systèmes juridiques à notre connaissance, un système d'appel en vertu duquel la décision d'un juge peut être attaquée sans pour autant engager sa responsabilité. Cette tradition vieille de siècles est en réalité le signe le plus concluant de l'indépendance du juge dans l'acte décisionnel; il a fallu dégager la responsabilité du juge de la justesse de sa décision.⁹⁵ C'était transformer de façon irréfragable la faute

⁹⁰ Voir *supra*, no 3.

⁹¹ Voir *supra*, no 7.

⁹² Voir l'article 5 du Code Napoléon, et, *supra*, no 3.

⁹³ Voir *supra*, no 24. Cf., l'article 12 du nouveau Code de procédure civile français: "Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables". On remarquera qu'il s'agit de règles de *droit*. Même si ce texte aurait comme effet de lier le juge à un *corpus* de règles, l'expérience française démontre qu'il en est tout autrement: voir *infra*, no 32.

⁹⁴ Voir art. 471, al. 2 C.p.c. Voir aussi en droit administratif, Lévesque-Crevier, *La motivation en droit administratif* (1980) 40 R. du B. 535, où l'on souligne aux pp. 561 et 564, que l'absence d'une obligation générale de motiver caractérisait à la fois l'ancien droit et la *common law*. Voir, pour les juridictions de *common law*, Martin, *Criticising the Judges* (1982) 28 R. de d. McGill 1, à la p. 5, et références y citées. Pour une plaidoirie développée en faveur d'une obligation légale pour les juges canadiens de donner des raisons motivées, voir Taggart, *Should Canadian judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases?* (1983) 33 U.T.L.J. 1. La discussion de M. Taggart (*ibid.*, aux pp. 22-4) des sanctions possibles pour la violation d'une telle obligation révèle, cependant, la faiblesse inhérente de l'idée qu'on peut obliger un juge libre de bien expliquer ce qu'il fait. Voir, pour l'idée que le juge ne peut même pas être obligé de juger, *infra*, no 31.

⁹⁵ Voir F. Pollock & F. Maitland, qui constatent dans *The History of English Law*, 2e éd (1898), vol. II, à la p. 668, que "[t]he idea of a complaint against a judgment which is not an accusation against a judge is not easily formed", et ainsi, qu'un certain temps s'écoula avant

décisionnelle du juge en simple erreur. D'ailleurs, même si le Québec connaît un système d'appel à double degré, le droit d'appel *de plano* y est aussi restreint que dans les juridictions de *common law*,⁹⁶ et la simple allégation d'une erreur de droit n'ouvre nullement la voie de l'appel.⁹⁷ Le juge québécois peut soulever des règles de droit d'office, mais en dehors des règles d'ordre public il n'est pas attendu qu'il le fasse,⁹⁸ et dans la pratique du Palais il échoit aux avocats de chercher le droit et de le présenter aux juges.⁹⁹ Le juge qui n'est pas obligé de connaître le droit ne peut pas être rigoureusement obligé de l'appliquer; le juge qui tranche dans le silence du droit fait le droit.

Ainsi le juge du Québec peut décider comme il veut, et c'est pourquoi il est difficile d'être juge. S'il décide mal, il est fort probable que sa décision gardera la force de chose jugée (absence de motivation à critiquer, absence d'un droit d'appel, absence d'une obligation de soulever le droit d'office). Si sa décision peut être attaquée elle le sera par un appel qui le laissera dans une certaine mesure indifférent, s'il en est même au courant. Il peut donc décider dans l'ignorance du droit, à l'encontre du droit, dans le silence du droit et, bien sûr, en conformité avec le droit. Mais si c'est ce dernier qui arrive le plus souvent, ce n'est pas parce que le juge y est tenu, mais parce que les cours d'appel le préfèrent, le législateur le préfère, le public le préfère, et parce que le juge lui-même le perçoit comme préférable, puisqu'il lui donne une tâche

que le bref de faux jugement ne donne lieu au bref d'erreur et éventuellement à l'appel. Voir, pour l'appel pour faux jugement en droit français médiéval, J. Ellul, *Histoire des institutions de l'époque Franque à la Révolution*, 5e éd. (1967), à la p. 160. Il est à noter que si l'existence de l'appel dégage la responsabilité du juge de la justesse de sa décision, il en suit deux effets: d'abord, le juge n'est pas responsable pour la décision simplement erronée, et ensuite, la décision ayant acquis la force de chose jugée, elle n'est pas un obstacle à la responsabilité du juge s'il existe d'autres motifs de sa responsabilité que la simple erreur: voir *infra*, note 174, et la discussion sur les limites du pouvoir judiciaire, *infra*, nos 47-52.

⁹⁶Voir *supra*, note 11. En matière de petites créances, il n'y a aucun appel: voir art. 976 C.p.c.

⁹⁷*Cf.* le système de cassation, où, selon l'expression de M. Tunc, la décision contraire à la loi doit être cassée, et où les autorités publiques peuvent référer une décision à la Cour de cassation même en l'absence d'appel par les parties: voir Tunc, *La Cour judiciaire suprême: Enquête comparative: Synthèse* (1978) 30 *Rev.int.dr.comp.* 5, à la p. 23, et, pour le pourvoi dans l'intérêt de la loi, J. Boré, *La cassation en matière civile* (1980), aux pp. 23 et 1088-99.

⁹⁸Voir L. Ducharme, *Précis de la preuve* (1980), aux pp. 10 et 11; G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1981), à la p. 147, et G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*[:] *Traité des obligations des contrats* (1946), t. 7, aux pp. 142 et 441.

⁹⁹Voir *Les dix commandements du juge Deschênes*, Barreau 81, no 12, (décembre 1981) 8: "Ne pas cacher les précédents qui nous sont défavorables". Pour le même phénomène dans la tradition de *common law*, où la fonction de recherche juridique des avocats se marie avec leurs responsabilités dans la procédure contradictoire et avec la fonction créatrice du juge, voir Lücke, *The Common Law: Judicial Impartiality and Judge-Made Law* (1982) 98 *L.Q.R.* 29, aux pp. 53 *et seq.* Pour les relations entre la responsabilité du juge et la responsabilité de l'avocat, voir *infra*, no 30.

plus simple et moins controversée. Ce sont les arguments en faveur d'un système légal comme nous le connaissons. Mais alors, il n'est pas tout à fait exact de dire que la fonction du juge est quelquefois créatrice. La fonction du juge est libre. À la fin de cette section, d'ailleurs, nous essaierons de montrer que ce phénomène se retrouve ailleurs dans le monde et n'est pas lié à une tradition juridique donnée.

Au Canada, l'importance du pouvoir judiciaire a été récemment rendue plus évidente par des changements constitutionnels. D'abord en 1976, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec a annoncé qu'un ensemble de droits civils, politiques et judiciaires prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la *Charte*.¹⁰⁰ Jusqu'à présent, aucune loi à notre connaissance n'a été déclarée inopérante par la magistrature à cause de la *Charte* québécoise. En 1981, a été adoptée la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui vise à garantir les droits et libertés qui y sont énoncés. Ces droits "ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique".¹⁰¹ Ainsi, la magistrature se verra à l'avenir juger des lois, et cette nouvelle fonction, il faut le souligner, incombe à tous les juges du Québec, qu'il soient nommés par le gouvernement fédéral ou provincial.¹⁰²

Si la fonction du juge est libre de toute façon, quelle est l'importance de ces changements constitutionnels? Si le juge était auparavant libre de ne pas appliquer les lois, que signifie-t-il de lui dire qu'il ne doit pas appliquer certaines lois particulières? Est-ce important qu'un juge puisse 'renverser' des lois qu'il n'est pas obligé d'appliquer? À notre avis, ces changements sont importants, parce qu'ils affaibliront et la tendance à faire appliquer les règles de droit et l'impression que les règles de droit sont appliquées. D'une part, ils

¹⁰⁰L.R.Q., c. C-12, art. 52. L'article 52 a été modifié en 1982 pour étendre l'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* aux lois antérieures. Toutefois, un nouvel article 9.1 annonce que "[l]es libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice": voir la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, arts 1 et 16.

¹⁰¹Voir l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* à la partie I de l'annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.). Il est à noter que l'article 33 de celle-ci indique que le Parlement canadien ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet malgré certains droits et libertés garantis par la charte canadienne, mais qu'une telle disposition doit être renouvelée tous les cinq ans pour continuer à avoir effet.

¹⁰²Voir, pour le caractère unitaire du système juridique canadien, *supra*, no 2. Aucun texte de la constitution ne réserve la question de la constitutionnalité des lois à une catégorie donnée des juges.

donnent à la Cour suprême un moyen important d'attaquer un texte de loi qu'elle juge inacceptable, en annonçant clairement à tous les autres juges qu'elle ne l'appliquera pas. La loi elle-même sera ouvertement attaquée et non pas sa simple application dans l'espèce. Le pouvoir de *leadership* de la Cour suprême est donc expressément agrandi et le pouvoir judiciaire renforcé au sommet, à l'encontre des autres organismes étatiques. Aussi le style de raisonnement juridique changera, à courte ou longue échéance. Le juge, qui est libre de ne pas appliquer une loi, dira plus souvent, et plus ouvertement, pourquoi il ne l'applique pas.¹⁰³ En le faisant il ouvrira le débat juridique et les moyens de contestation, et élargira éventuellement la masse de contestation. Les changements constitutionnels sont donc importants, mais on ne peut pas dire qu'ils changent la fonction essentielle du juge individuel. C'est plutôt par l'attention qu'ils vont attirer et concentrer sur l'exercice du pouvoir judiciaire que la question de responsabilité judiciaire deviendra plus controversée.

B. *Le juge et la vérité*

30.— Si le juge n'est pas obligé de décider selon les règles de droit, est-il obligé d'établir les faits? Il s'agit du rôle du juge dans le procès, et à cet égard il faut constater que les deux traditions processuelles reçues au Québec sont de natures radicalement opposées, et que la tension entre elles persiste aujourd'hui. La tradition investigatrice de l'ancien régime fut renforcée au Québec par l'absence totale d'avocats, le rôle processuel des juges étant ainsi des plus grands.¹⁰⁴ Cette tradition n'a pas été radicalement écartée lors du changement de régime politique du dix-huitième siècle, mais des éléments et des acteurs de la tradition contradictoire anglaise ont été introduits, notamment le jury (pour certaines causes), le barreau et des juges de formation anglaise.¹⁰⁵ Il faut noter qu'à cette époque le rôle processuel du juge anglais était des plus effacés. Si le jury ne décidait plus selon sa propre connaissance de l'affaire, il incombait aux parties de présenter tous les éléments de preuve et toute influence exercée par le juge échappait en principe du contrôle exercé par le *writ of error*.¹⁰⁶

¹⁰³ Il pourra aussi dire pourquoi il continue à appliquer une loi qui a été abrogée, s'il juge son abrogation inconstitutionnelle. Cette force constitutionnelle "positive" a été reconnue en d'autres juridictions: voir notamment, pour la République fédérale d'Allemagne, Glenn, *The Constitutional Validity of Abortion Legislation: A Comparative Note* (1975) 21 McGill L.J. 673. Cet élargissement du processus de raisonnement des juges ne devrait pas influencer, cependant, sur leur obligation de réserve: voir *infra*, note 185.

¹⁰⁴ Voir *supra*, no 6.

¹⁰⁵ Voir *supra*, no 7.

¹⁰⁶ Voir G. Radcliffe & G. Cross, *The English Legal System*, 3e éd. (1954), à la p. 211, et, pour le *writ of error*, *infra*, no 41.

Le dix-neuvième siècle a vu le triomphe du système contradictoire, culminant avec l'abolition de l'enquête en 1897.¹⁰⁷ En 1975, le *Livre blanc sur l'administration de la justice* a pu affirmer le caractère contradictoire du système actuel et en recommander le maintien, bien que simplifié et uniformisé.¹⁰⁸ Cependant, de nombreux éléments contemporains suggèrent une lente évolution de retour vers un rôle plus important du juge dans le procès.

Il faut noter d'abord la procédure purement investigatrice qui prévaut depuis 1971 en matière de petites créances, où le juge "procède lui-même à l'interrogatoire" et "apporte à chacun un secours équitable et impartial de façon à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction".¹⁰⁹ Plus généralement, le Code de procédure civile dans sa rédaction de 1966 dispose que "le juge qui préside le tribunal peut signaler aux parties quelque lacune dans la preuve ou dans la procédure, et leur permettre de la combler, aux conditions qu'il détermine".¹¹⁰ Depuis 1966 aussi, la Cour d'appel est autorisée à entendre "une preuve nouvelle indispensable",¹¹¹ et la jurisprudence récente voit dans ces deux nouveaux articles les sources d'une nouvelle obligation judiciaire de sauvegarder les droits des parties,¹¹² tout en leur laissant, à eux et à leurs avocats, la responsabilité principale de voir à la production de la preuve. De même, la Cour d'appel a vu dans l'autorisation de l'article 318 du Code de procédure civile, à l'effet que le juge peut poser des questions à un témoin, la source d'un "devoir du juge de faire le plus de lumière possible sur la question".¹¹³ Ainsi le juge est devenu formellement impliqué encore dans le

¹⁰⁷ Voir *supra*, note 11.

¹⁰⁸ Voir *supra*, note 72, aux pp. 177-9. Voir cependant les critiques de Trudel, qui rappelle les avantages de la preuve hors-cour dans *Le pouvoir judiciaire au Canada* (1968) 28 R. du B. 191, aux pp. 256 et 257. Le rôle du juge n'a pas été augmenté par l'usage de la conférence préparatoire, procédure optionnelle prévue par l'article 297 C.p.c. Voir, pour les raisons de l'échec de cette institution, le *Livre blanc sur l'administration de la justice*, *supra*, note 72, aux pp. 182-4. Un rapport récent du Barreau se prononce contre son expansion: voir *Le rapport de Grandpré sur les délais à la Cour supérieure de Montréal*, Barreau 81, nos 8-9 (août-septembre 1981) 7, à la p. 9.

¹⁰⁹ Voir art. 976 C.p.c.

¹¹⁰ Voir art. 296 C.p.c.

¹¹¹ Voir art. 523 C.p.c.

¹¹² Voir notamment, *Montana c. Les développements du Saguenay Ltée* [1977] 1 R.C.S. 32; *Girard c. Gariépy* [1975] C.A. 706; *Brisson c. La Société financière pour le commerce et l'industrie S.F.C.I. Ltée* [1975] C.A. 614, et, *La Commission des accidents de travail de Québec c. Tétreault* [1976] C.S. 1107. Voir, sur cette jurisprudence, Ducharme, *Du pouvoir du tribunal d'ordonner la correction d'une lacune dans la preuve* (1978) 38 R. du B. 81. Voir aussi, pour le langage de l'obligation, G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1980), à la p. 56, et, avant même l'amendement au Code, Tremblay, *Certains aspects de la discrétion judiciaire* (1962) 8 McGill L.J. 239, à la p. 240.

¹¹³ Voir *Poulin c. Laliberté* [1953] B.R. 8, à la p. 10 [nous soulignons].

processus de découverte des faits, et si son rôle reste pour l'instant mineur, il n'en reste pas moins obligatoire et grandissant,¹¹⁴ ce qui suggère la création d'une véritable responsabilité.

Dans quelle mesure est-il exact, cependant, d'affirmer que le juge est *obligé* d'intervenir dans le déroulement de la preuve? Il faut rappeler que l'économie du procès est toujours axée sur la responsabilité première des parties et de leurs avocats de produire la preuve.¹¹⁵ L'intervention du juge est donc supplétive, exigeant de lui une décision à l'effet que la preuve offerte à un point donné ne justifie pas encore l'application d'une règle de droit, mais qu'on pourrait suppléer facilement à cette lacune, et partant, qu'il se doit d'intervenir. Le processus ne diffère pas de celui de trancher le litige sur le fond; dans les deux cas il y a évaluation de la preuve et décision. Ici, pourtant, l'obligation du juge ne serait pas d'accueillir ou de rejeter la demande, mais simplement de demander des éléments de preuve supplémentaires. Cependant, si le juge ne peut pas être obligé de trancher dans un sens ou dans un autre sur le fond de l'affaire,¹¹⁶ comment peut-il être obligé de trancher pendant le procès? Dire qu'un juge est *obligé* d'intervenir, comme l'a dit la Cour suprême,¹¹⁷ veut dire simplement que toute décision rendue suite à un refus d'intervenir court le risque d'être renversée en appel. Or, on sait que l'appel n'est pas toujours disponible,¹¹⁸ et que l'appel réussi n'engage pas la responsabilité du juge errant.¹¹⁹ Le Code de procédure civile parle ainsi avec précision en disant que le juge "peut" signaler des lacunes dans la preuve.¹²⁰ Il est exact aussi que la Cour suprême le considère préférable que le juge intervienne, et exerce son *leadership* pour convaincre les juges de le faire plus souvent. Encore une fois, cependant, le juge individuel garde la liberté d'intervenir ou non. En aucun cas sa responsabilité personnelle ne sera engagée et il doit évaluer dans tous les cas les risques de cassation découlant d'une intervention ou d'une abstention. Cette responsabilité judiciaire dans la production de la preuve contraste de façon frappante avec la responsabilité réelle imposée par les juges sur les avocats pour une faute dans la présentation

¹¹⁴ Voir aussi l'article 289 C.p.c., permettant, à l'instar de la tradition de la *common law*, au tribunal d'autoriser l'interrogation de témoins autres que ceux appelés par les parties, ainsi que l'article 815.1 C.p.c., autorisant le tribunal en toutes matières familiales d'ordonner "même d'office, la production de toute preuve additionnelle ou l'assignation de toute personne dont il estime le témoignage utile".

¹¹⁵ Voir arts 280-323 C.p.c.

¹¹⁶ Voir *supra*, no 29.

¹¹⁷ Voir *supra*, note 112.

¹¹⁸ Voir *supra*, notes 12 et 96.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Voir art. 296 C.p.c.

des causes.¹²¹ La différence en est une de fonction. La fonction décisionnelle du juge est libre; la fonction de recherche et de production de l'avocat en est une de service, d'éclairer la fonction décisionnelle. Ainsi le juge n'est pas obligé d'établir la vérité et n'est pas responsable dans le contrôle du procès.

Dans un système de tradition purement investigatrice, cependant, le refus du juge de mener enquête peut constituer un refus d'exercer la fonction judiciaire, ce qui nous amène à notre dernière question.

C. *Le juge et la fonction judiciaire*

31.— Le juge est-il même obligé de juger? Il faut noter à cet égard que le Québec n'a jamais connu un régime universel de brefs dont l'octroi aurait été à la discrétion d'un officier de la justice.¹²² Depuis son introduction au dix-huitième siècle, le jury a lui-aussi gardé un rôle limité, et en matières civiles il est tombé en désuétude bien avant son abolition formelle en 1976.¹²³ Ainsi les relations entre justiciable et juge ont toujours été directes et sans intermédiaires, à un point tel qu'à certaines époques fut même interdite l'intervention des avocats.¹²⁴ La notion d'un "droit d'action" processuel est donc courante et suggère l'existence d'un devoir judiciaire de rendre justice. Toutefois ce "droit d'action" n'obligerait pas nécessairement le juge; il ne pourrait être qu'un simple droit d'intenter des poursuites et d'obliger un défendeur à comparaître, sous peine de risquer un jugement par défaut. Il faut

¹²¹ Si cette responsabilité est soulevée le plus souvent suite à une faute dans la présentation des faits, elle peut aussi être engagée pour l'ignorance du droit ou l'omission de soulever une règle donnée. La faute consistant à laisser une action se prescrire est de cette nature. L'avocat est ainsi *obligé* d'amener une affaire devant le tribunal et d'en présenter les éléments nécessaires pour une décision. La mesure des dommages causés par la faute de l'avocat est rarement calculée, cependant, en fonction de la perte d'une chance que le juge décidera en faveur de la partie lésée. En Angleterre, l'immunité du *barrister* a été qualifiée avec raison comme une forme mineure de l'indépendance du pouvoir judiciaire (voir Lücke, *supra*, note 99, à la p. 58), et est accordée par les juges à un nombre très restreint de hauts spécialistes de la plaidoirie, groupe au sein duquel seront choisis les juges de demain, et qui n'entretient jamais de relations directes avec les parties. Même dans ces circonstances l'élévation du *barrister* vers la fonction judiciaire, qui est une reconnaissance de sa compétence et un signe de la confiance que lui vouent les juges, est limitée aux activités propres à l'audience et ne s'étend pas à la préparation avant le procès: voir *Rondel c. Worsley* [1969] 1 A.C. 191 (H.L.); *Saif Ali c. Sydney Mitchell & Co.* [1978] 3 W.L.R. 849 (H.L.); la discussion, *supra*, notes 98 et 99, et texte y correspondant, et, *infra*, note 175.

¹²² Voir cependant, l'autorisation judiciaire nécessaire à exercer les recours extraordinaires des articles 834 *et seq.* C.p.c., ainsi que le recours collectif prévu aux articles 999 *et seq.*

¹²³ Voir les anciens articles 332-81 C.p.c. En matière pénale, le rôle du jury est très restreint.

¹²⁴ Voir, pour l'interdiction d'exercice des avocats sous l'ancien régime, *supra*, note 23, et, pour l'équivalent contemporain en matière de petites créances, l'article 955 C.p.c.

donc chercher plus précisément les sources d'une obligation judiciaire de rendre justice.

Il est surprenant de constater qu'il n'existe aucun texte au Québec qui obligerait de façon générale le juge à juger. Le Code civil qui dans sa rédaction de 1866 a suivi le Code Napoléon en interdisant aux juges de "refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi", n'a pas suivi le texte français en prévoyant la responsabilité du juge comme sanction d'un 'deni de justice'.¹²⁵ Le Code de déontologie de la magistrature québécoise parle de "devoirs judiciaires" mais n'énonce pas d'obligation formelle de rendre jugement dans les causes entendues.¹²⁶ De plus, on doit constater que la magistrature québécoise n'a pas de responsabilité formelle dans l'administration de la justice, qui relève traditionnellement du ministère de la Justice.¹²⁷ Les seuls textes que nous avons relevés qui imposeraient une obligation de rendre jugement sont ceux qui édictent les délais qui s'y rapportent: l'article 971 du Code de procédure civile dispose qu'en matière de petites créances le juge prononce le jugement au temps fixé pour l'audience, tandis que l'article 738 du *Code criminel*,¹²⁸ interdit d'ajourner un procès pour infraction sommaire pour plus de huit jours sans le consentement de l'accusé. Nous avons déjà vu que la Cour d'appel a décidé, cependant, que la violation d'un tel texte n'engage pas la responsabilité du juge.¹²⁹

Il existe deux raisons pour l'absence en droit québécois d'une obligation formelle de juger. Il y a d'abord la position importante occupée par la magistrature au Québec, qui se traduit par l'absence d'une théorie complète de la suprématie de la loi à l'image de celle du droit français.¹³⁰ Puisque le juge peut lui-même faire le droit il n'est pas subordonné à la loi, et on hésite à le

¹²⁵ Cf. arts 11 C.c., et 4 C.civ. fr. G. Trudel en conclut à la page 76 de son *Traité de droit civil du Québec* (1942), t. 1, que "l'action en déni de justice [...] n'existe pas dans notre droit". F. Langelier, lui aussi, conclut à la page 90 de ses *Cours de droit civil* (1905), t. I, que "les juges de nos tribunaux [...] ne peuvent jamais être poursuivis en dommages, soit parce qu'ils ne jugent pas, soit parce qu'ils jugent mal". Voir cependant, en droit français, H. Motulsky, *Écrits[;] Études et notes de procédure civile* (1973), à la p. 98: "l'action en justice m'apparaît être un droit subjectif, dont le sujet passif est le juge" [italiques dans le texte original]. Cette conclusion serait renforcée par l'article 12 du nouveau Code de procédure civile français, *supra*, note 93: "Le juge tranche le litige [...]". La pratique judiciaire française, cependant, donnerait tort à Motulsky en suggérant plutôt l'impossibilité d'une telle obligation: voir *infra*, no 32.

¹²⁶ Voir *supra*, no 24.

¹²⁷ Voir, sur ce problème qui devient de plus en plus pressant, J. Deschênes, *Maîtres chez eux* (1981), et P. Millar & C. Baar, *Judicial Administration in Canada* (1981).

¹²⁸ Voir S.R.C. 1970, c. C-34.

¹²⁹ Voir l'affaire *Mayrand c. Cronier*, *supra*, note 56 et no 15, et, pour la responsabilité de l'État dans un tel cas, *infra*, no 53.

¹³⁰ Voir *supra*, nos 3 et 29.

traiter comme simple préposé devant trancher chaque cas de façon mécanique. Ainsi, le législateur du Québec n'aurait pas oublié d'imposer cette obligation élémentaire au juge, il aurait plutôt choisi de ne pas l'imposer, signe d'une reconnaissance du rôle important du juge.

Se profilant derrière ce phénomène du droit positif, il y a cependant une autre raison plus profonde qui se révèle dans toutes les traditions juridiques. C'est que l'acte de juger exige la décision de juger, et la décision de juger en est une fondée sur des règles juridiques qui relèvent nécessairement elles aussi du pouvoir judiciaire. Ainsi, combien de causes sont résolues *in limine litis*, ou ne sont résolues sur le fond qu'après avoir fait le vide des objections préliminaires? Les décisions sur les objections préliminaires — compétence, intérêt, qualité d'agir entre autres — tranchent souvent un litige, sans pour autant répondre aux questions principales soulevées par les justiciables. Le juge décide alors de ne pas juger sur le fond, et le justifie en faisant appel à certaines règles. Cette décision est une décision juridique et, pour toutes les raisons que nous avons ci-dessus signalées,¹³¹ ne peut pas engager la responsabilité du juge. On ne peut pas obliger un juge individuel de juger une cause, puisque c'est à lui de décider si elle devrait être jugée. Et en plus de toutes les objections préliminaires qui sont de son ressort, il dispose d'une défense ultime, soit la récusation. Ainsi le refus de juger lui aussi est susceptible de motivation, comme la décision sur le fond, et le renversement en appel de cette décision n'engagera pas la responsabilité du juge. Le juge n'est pas obligé de juger.¹³²

¹³¹ Voir *supra*, no 29.

¹³² Il faut souligner que la conclusion est à l'effet qu'un juge n'est pas obligé de juger une cause donnée. Le refus persistant de rendre des décisions soulève d'autres questions: voir *infra*, nos 47 et *seq.* Dans le cas exceptionnel où un juge individuel serait ordonné par un tribunal supérieur de rendre jugement dans une affaire particulière, son refus de le faire en tant que tel n'engagerait pas sa responsabilité. Il faudrait examiner les motifs du refus, et épuiser les voies d'appel. Si, une fois ces voies épuisées et l'ordonnance confirmée, le juge refusait toujours de statuer (et ne soulevait pas d'autres motifs susceptibles d'appel), ce refus aussi, *en tant que tel*, n'engagerait pas sa responsabilité. Il pourrait, cependant, constituer la base d'une poursuite pénale (pour outrage criminel au tribunal), disciplinaire (pour l'infraction disciplinaire désignée), ou même civile (pour abus du pouvoir judiciaire: voir *infra*, nos 50-2). Dans tous ces cas, cependant, le refus ne serait qu'un élément d'un autre délit ou infraction (sur lequel d'autres juges seraient appelés à juger librement: voir *infra*, no 52), et même ces infractions seraient exclues en cas de récusation. Une série de décisions rendues dans les Pays-Bas pendant les années vingt est instructive à cet égard. Un juge de paix ayant reçu une requête identique à une autre requête qu'il avait auparavant rejetée, se borna à signaler son refus de prendre connaissance de la deuxième requête pour le motif que la requête précédente avait été déboutée. La Cour suprême jugea que le refus exprès de prendre connaissance d'une requête constitue un déni de justice. Sur renvoi cependant, on jugea qu'il n'y avait pas de motifs pour justifier l'octroi de dommages-intérêts, décision éventuellement confirmée par la Cour suprême: voir *Hoge Raad*, 8 avril 1929, NJ.1929.874, discuté par Winkel, "La responsabilité des juges" in *Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law* (1982), pp.

D. *Indépendance et irresponsabilité*

32.— Nous avons conclu que le juge n'est pas obligé dans l'exercice de ses fonctions, et il s'ensuit qu'il ne peut pas être tenu responsable dans l'exercice de ses fonctions. C'est reconnaître la nature d'un véritable pouvoir de décision, qui se caractérise par une liberté de décider. Obliger le juge dans la fonction judiciaire, c'est lui dire comment juger, c'est enlever son pouvoir décisionnel pour y substituer la décision d'autrui. La justice, cependant, ne peut être à la fois déléguée et retenue.

Il existe certes des juridictions qui ont cherché à imposer des obligations sur les juges dans l'exercice de leur fonction. Au Moyen Âge, dans les traditions de droit civil et de *common law*, c'était la fonction de l'appel pour faux jugement.¹³³ Aujourd'hui, il existe dans certains pays une responsabilité judiciaire à travers la prise-à-partie pour 'faute lourde' dans l'acte décisionnel ou 'déni de justice'.¹³⁴ Ces efforts de lier les juges sont nécessairement voués à l'échec. L'objectif est à la fois impossible et illogique. Il est impossible parce que la fonction décisionnelle est tellement complexe et les possibilités d'erreur tellement grandes, qu'un corps judiciaire ne saurait supporter la responsabilité pour l'erreur ou la faute judiciaire.¹³⁵ Certains pensent que l'État lui-même ne pourrait pas la supporter. Si on veut un corps judiciaire, il faut donc qu'il soit irresponsable dans l'exercice de son pouvoir. D'autre part, l'objectif est illogique parce que si le fardeau des *décisions* est trop lourd pour le roi, il faut que les *décisions* soient déléguées aux juges. Si les décisions relèvent des juges, elles ne relèvent plus du roi, qui ne peut que donner des conseils, sous forme de lois de caractère général et abstrait, aux juges. Il reste aux juges, cependant, de prendre librement leurs propres décisions. Ainsi l'appel pour faux jugement n'existe plus;¹³⁶ la responsabilité civile des juges là où elle est censée exister est une illusion ("mockery"), selon l'expression de M. Cappelletti.¹³⁷

185, aux pp. 187-8. Voir, pour le traitement de causes dont le délibéré a duré trop longtemps sans motivation, les articles 464-6 *et seq.* C.p.c., qui ne parlent pas de responsabilité.

¹³³ Voir *supra*, note 95.

¹³⁴ Voir, pour la France, *supra*, note 125. Il faut rappeler qu'au Québec une telle responsabilité de la part des juges provinciaux a été abolie en 1982: voir *supra*, no 15. En Grande-Bretagne aussi, la *Court of Appeal* a abandonné, en 1975, la notion d'un régime particulier de responsabilité pour les juges des tribunaux inférieurs: voir *infra*, note 167.

¹³⁵ Voir, pour une conclusion identique fondée sur une analyse économique du problème, G. Tullock, *Trials on Trial: The Pure Theory of Legal Procedure* (1980), à la p. 109: "Thus, the errors of the court system are one of the reasons why the court is protected against suit, although I have never seen any of the judges discuss the matter using this particular argument".

¹³⁶ Voir *supra*, note 95.

¹³⁷ Voir M. Cappelletti, *Who Watches the Watchmen? [:] A Comparative Study on Judicial Responsibility* (1983) 31 Am. J. Comp. L. 1, à la p. 42. Il est à noter qu'en France la Cour de

On peut en conclure que la nature essentielle du pouvoir judiciaire est d'être libre. Dans la mesure où cette liberté n'existerait pas, le pouvoir judiciaire n'existerait pas, et les juges agiraient comme simples représentants d'un pouvoir situé ailleurs. Une telle situation, cependant, n'existe pas dans les pays de tradition occidentale, car l'évolution du pouvoir judiciaire vers sa liberté actuelle repose sur le besoin profond d'un organisme décisionnel impartial et neutre dans l'État. Ce besoin dicte la liberté du pouvoir judiciaire, qui se concrétise dans le statut contemporain du juge (son inamovibilité),¹³⁸ et les règles lui accordant l'irresponsabilité dans l'exercice de sa fonction.¹³⁹ C'est sous le nom de l'indépendance de la magistrature que nous connaissons cette liberté institutionnalisée. L'irresponsabilité du juge dans l'exercice de sa fonction se manifeste ainsi comme *conséquence* de la liberté essentielle du pouvoir judiciaire.

II. De la protection du pouvoir judiciaire

33.— Il est normal que l'indépendance du pouvoir judiciaire soit protégée, et une première ligne de défense se trouverait naturellement, au-delà de toute règle de fond accordant la permanence ou l'immunité au juge, dans des règles de compétence ou de procédure qui empêcheraient, *in limine litis*, tout examen de la conduite judiciaire. Ces règles sont d'une importance fondamentale, car leur étendue déterminera ce qui est protégé au nom de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Dans quelle mesure, donc, le besoin de protéger l'indépendance du juge dicte-t-il une prohibition absolue de tout examen de sa conduite? Plus précisément, dans quelle mesure l'inamovibilité du juge empêche-t-elle tout contrôle de sa conduite aux fins de la responsabilité disciplinaire, et dans quelle mesure l'acte décisionnel exclut-il toute surveillance de la responsabilité de son auteur?

A. L'inamovibilité des juges et le contrôle disciplinaire

34.— La responsabilité disciplinaire est une responsabilité de hiérarchie. L'individu est responsable envers son supérieur, qui garde ainsi un pouvoir de

cassation s'est déclarée à l'abri de la prise-à-partie, ce qui n'est qu'une constatation de la réalité: voir Solus & Perrot, *supra*, note 20, aux pp. 709-10. On ne saurait soutenir d'autre part qu'un système d'appels très ouvert aurait comme effet que le juge serait tenu d'appliquer le droit. En effet, l'appel dépend de la volonté des parties, et le pourvoi dans l'intérêt de la loi est devenu une institution moribonde, avec raison: voir Boré, *supra*, note 97, aux pp. 1098 et 1099.

¹³⁸ Voir *supra*, no 9.

¹³⁹ Voir *supra*, nos 11-6.

contrôle. Les relations entre les deux parties ont une certaine permanence. Au Canada, l'exécutif a gardé jusqu'au dix-neuvième siècle le pouvoir d'exercer un contrôle disciplinaire sur les juges. L'octroi de l'inamovibilité retirait les juges de ce régime, sans qu'un autre y soit substitué. Ainsi, le juge du Québec n'était responsable ni envers l'exécutif (absence d'un système hiérarchique de promotions, de salaires et de sanctions), ni envers les électeurs (absence d'un système électoral de nomination des juges), ni envers le Barreau (absence d'un système d'évaluation publique des juges, rendu possible dans certaines juridictions par des limites constitutionnelles sur le pouvoir de sanctionner l'outrage au tribunal).¹⁴⁰ La seule responsabilité disciplinaire était envers le Parlement ou envers la Cour d'appel et l'exécutif, à travers le processus lourd de destitution.¹⁴¹

35.— Ce processus de destitution s'est révélé à toutes fins pratiques inutilisable, à cause des difficultés de procédure (maintenant remédiées en grande partie par la création des conseils de la magistrature), mais aussi puisqu'il implique, comme l'a affirmé le *Livre blanc sur l'administration de la justice* en 1975, "une faute à ce point grave qu'il n'a jamais été exercé".¹⁴² Dans la pratique, les fautes disciplinaires des juges ont été l'objet de sanctions purement informelles, exercées soit par l'exécutif sous la forme de menaces de publicité ou de déclenchement de la procédure de destitution, soit par le juge en chef, par l'entremise de son autorité administrative. Dans les deux cas le juge impliqué restait privé d'une audience formelle des reproches soulevés contre lui.

Cette situation a été fondée sur des conceptions fondamentales, mais de plus en plus contestées, du statut du juge. La première conception, c'est que les problèmes de discipline judiciaire ne justifieraient pas l'instauration de tout un régime ou système de discipline. La deuxième, c'est que l'inamovibilité du juge serait incompatible avec toute responsabilité disciplinaire, sauf dans la mesure où la destitution serait justifiée. Le contrôle disciplinaire serait ainsi à la fois superflu et contraire à l'indépendance de la magistrature.

¹⁴⁰ Les membres du Barreau du Québec ont cependant à plusieurs reprises boycotté certains juges: voir Pagnuelo, *supra*, note 33, à la p. 167, et, plus récemment, Le Devoir [de Montréal] (5 mai 1977) 14.

¹⁴¹ Voir *supra*, nos 18-24.

¹⁴² Voir *supra*, note 72, à la p. 165.

¹⁴³ Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [S.R.C. 1970, App. II, no 5], arts 99 et 100, et, *Beauregard c. R.* [1981] 2 C.F. 543, 130 D.L.R. (3d) 433, à l'effet qu'une réduction de salaire d'un juge déjà en fonction, aux fins de créer un fonds de retraite, est inconstitutionnelle.

1. Le besoin d'un contrôle disciplinaire

36.— La notion que tout système de discipline judiciaire serait superflu est un reflet de l'influence importante qu'a eue la tradition judiciaire britannique au Québec, et d'ailleurs dans le reste du pays. Dans cette tradition la magistrature est composée d'un petit nombre de magistrats d'un très grand talent, qui accèdent à leur office au sommet de leur carrière, et dont l'intégrité et la compétence ne sauraient pas être mises à l'épreuve. Le modèle est séduisant et certains de ses éléments, notamment la nomination pendant bonne conduite et la rémunération fixée par le Parlement, se trouvent consacrés par la *Loi constitutionnelle de 1867*, du moins en ce qui concerne les juges fédéraux.¹⁴³ Le modèle a subi une adaptation inévitable, cependant, dans le processus de réception. D'abord, les magistratures québécoise et canadienne se sont avérées beaucoup plus larges que celle de la tradition britannique. Les seules cours supérieure et provinciale du Québec comptent ainsi plus de 250 juges, reflet inévitable de la géographie et de la tradition sédentaire des tribunaux sous l'ancien régime. D'autre part, les nominations au banc du Québec sont faites au sein d'un barreau beaucoup plus large et moins spécialisé que celui de l'Angleterre, où chaque nomination est le produit d'une sélection faite au sein d'un groupe restreint de quelques centaines de *Queen's Counsel*, et dans certains cas de certains spécialistes à l'intérieur de ce groupe.¹⁴⁴ Finalement, malgré d'intéressantes tentatives de réforme,¹⁴⁵ le processus canadien de nomination au banc reste toujours l'objet d'importantes pressions politiques, et l'ultime pouvoir de nomination est toujours exclusivement entre les mains du pouvoir politique. En somme, le modèle d'une magistrature hautement élitiste, centralisée et idéologiquement uniforme,¹⁴⁶ est difficilement adopté dans une juridiction vaste et relativement peu peuplée, dans laquelle les procédures de nomination n'ont pas reçu l'attention qu'elles méritent. Dans ces circonstances, l'inamovibilité de la magistrature se justifie toujours;

¹⁴⁴ Voir, sur ce phénomène d'importance capitale pour la qualité de la magistrature anglaise, *Remarks by the Honourable Sir Robert Megarry* (1973) 11 Alta L. Rev. 302, à la p. 303, qui insiste aussi sur la grandeur de la magistrature canadienne par rapport à celle du Royaume-Uni.

¹⁴⁵ Voir notamment, au niveau de la magistrature du Québec, où une variation du "Missouri Plan" de nominations publiques fut instaurée en 1979, le *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, 6 juin 1979, G.O.Q., 1979.II.4620. Voir, pour le phénomène de nomination en général, Bouthillier, *Profil du juge de la Cour supérieure du Québec* (1977) 55 R. du B. can. 436, et *Matériaux pour une analyse politique des juges de la Cour d'appel* (1971) 6 R.J.T. 563; Angus, *Judicial Selection in Canada — The Historical Perspective* (1967) 4 Etudes Jur. Can./Can. Leg. Studies 220; *Remarks of W.H. Hurlburt, Q.C.* (1973) 11 Alta L. Rev. 287; W. Klein, *Judicial Recruitment in Manitoba, Ontario and Quebec 1905-1970*, (thèse Toronto, 1975); Ratushny, "Judicial Appointments: The Lang Legacy" in A. Linden, *The Canadian Judiciary* (1976), pp. 31.

¹⁴⁶ Mancini parle de "feeble ideological polarity": voir Mancini, *Politics and the Judges — The European Perspective* (1980) 43 Mod. L. Rev. 1, à la p. 2.

l'irresponsabilité disciplinaire le fait plus difficilement.¹⁴⁷ La multiplication des conseils de la magistrature pendant les deux dernières décennies en est la preuve la plus évidente.

Dans la mesure où se présentent des occasions disciplinaires, il est discutable aussi qu'elles puissent être résolues de façon purement informelle. Le juge serait ainsi privé de toutes les garanties de la régularité processuelle, la possibilité d'une inculpation d'un officier de l'État serait cachée du public et le pouvoir exécutif ou le juge en chef jouerait les rôles difficilement compatibles de procureur et de juge. Déjà, l'existence des conseils de la magistrature a mis en relief l'irrégularité de ce traitement traditionnel du corps magistral. La première décision du Conseil de la magistrature du Québec a été rendue à la pétition du juge impliqué,¹⁴⁸ tandis que le premier rapport rendu public par le Conseil canadien de la magistrature a évoqué l'absence de standards précis au sujet de l'obligation de réserve et a conclu à l'inconvenance d'une application rétroactive d'un standard nouvellement créé.¹⁴⁹ La notion de la régularité processuelle semble avoir ainsi un rôle à jouer au sein de la magistrature.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Ainsi le professeur Lederman dans son article devenu classique, *The Independence of the Judiciary*, *supra*, note 33, conclut aux pp. 1178-9 que: "[I]f care has been taken with the appointment in the first place, the conditions of judicial independence will justify themselves [. . .]. It is quite clear then that the success of our system of judicial independence rests upon the appointment of well-qualified persons to judicial office".

¹⁴⁸ Voir *supra*, note 87.

¹⁴⁹ Les auteurs du rapport du Comité d'enquête affirment (voir *Report, Record and Resolution*, *supra*, note 78, à la p. 392) qu'à leur connaissance, cette affaire fut la première de son genre au Canada, ce qui serait difficilement contestable dans l'absence de toute documentation écrite. Cependant, dans sa première décision, le Conseil de la magistrature du Québec a réprimandé un magistrat du Québec pour avoir violé l'obligation de réserve (dans les deux cas pour des commentaires d'ordre constitutionnel), et ce, deux ans avant la décision du Conseil fédéral: voir *supra*, note 87, et, pour le fondement doctrinal de cette obligation de réserve, *infra*, note 185.

¹⁵⁰ Ce qui soulève la possibilité du contrôle et de la révision des délibérations des conseils de la magistrature: voir, pour l'annulation des procédures *ad hoc* initiées dans l'affaire du juge Landreville, *supra*, note 70. La possibilité d'un contrôle des activités des conseils a aussi été évoquée par le juge en chef de la Colombie britannique dans une lettre récente à un Comité d'enquête du Conseil fédéral: voir *Report, Record and Resolution, Appendix "M"*, *supra*, note 78, à la p. 420. Si le contrôle du Conseil provincial semble permis selon les principes généraux du droit administratif, le contrôle du Conseil fédéral apparaît plus problématique, en vertu du fait qu'il est censé, en effectuant une enquête ou une investigation, être une cour supérieure. Voir Scott, *The Supreme Court and Civil Liberties* (1976) 14 Alta L. Rev. 97, à la p. 130, à l'effet que la désignation comme cour supérieure exclut le contrôle du Conseil, et, généralement, *supra*, no 19. Il est à noter, cependant, que le Conseil n'est pas créé en cour supérieure, mais est censé être une cour supérieure en effectuant une enquête ou investigation. Voir, sur la notion discutable qu'une cour supérieure ne peut être l'objet d'un contrôle de compétence sauf par voie d'appel, *infra*, nos 40-6. Il n'y a pas d'appel des conclusions du Conseil fédéral sauf, dans les cas où l'on recommande la destitution, auprès de l'exécutif ou devant le Parlement. Le juge en chef Laskin a fait remarquer récemment que "[j]udges who are objects or subjects of a

2. La conciliation de l'inamovibilité et du contrôle disciplinaire

37.— Si le besoin d'un système de discipline judiciaire se fait de plus en plus sentir, il reste le problème de la conciliation d'un tel système avec l'inamovibilité du juge. Car depuis longtemps, en l'absence de tout mécanisme disciplinaire, l'inamovibilité du juge a été considérée comme incompatible avec toute sanction disciplinaire formelle sauf la destitution, elle-même rarement justifiable. La conduite d'un juge, s'il n'y avait pas eu destitution, était bonne ou censée l'être; l'inamovibilité avait comme corollaire une irresponsabilité disciplinaire formelle quasiment totale. Même avec l'instauration des conseils de la magistrature ce problème persiste au niveau des sanctions possibles pour l'inconduite judiciaire. Car si la conduite d'un juge doit être qualifiée ou bien d'irréprochable ou bien telle que justifiant la destitution, la fonction disciplinaire des conseils sera limitée à l'absolution des juges ou au déclenchement du processus de destitution. Le phénomène d'irresponsabilité disciplinaire formelle pourrait ainsi se perpétuer.

38.— Cependant, il existe déjà des fissures dans cette conception monolithique de la bonne conduite du juge. Ainsi au niveau provincial, comme nous l'avons noté, le Conseil de la magistrature du Québec peut formellement réprimander un juge et on compte déjà un exemple de l'emploi de cette sanction.¹⁵¹ Aussi, en 1979, *The Canadian Association of Provincial Court Judges* s'est prononcée en faveur de la réprimande comme sanction officielle pour l'inconduite d'un juge provincial.¹⁵² Au niveau fédéral le Conseil canadien de la magistrature, dans son premier rapport rendu public, a adopté la position qu'il peut faire la critique du comportement d'un juge tout en rejetant l'opportunité de la destitution à son égard.¹⁵³ Cette possibilité d'un blâme écrit

complaint are entitled to a fair hearing, to appear before the Council or before an appointed committee or to refuse appear [. . .]. Refusal to appear does not paralyze the Council", *supra*, note 77, à la p. 13.

¹⁵¹ Voir *supra*, note 87.

¹⁵² Voir Oxner, *Appendix "A"*, *supra*, note 82.

¹⁵³ Voir en ce sens, l'opinion de M. J.J. Robinette, conseiller juridique au Conseil dans l'affaire en cause, *Report, Record and Resolution, Appendix "P"*, *supra*, note 78, à la p. 434. Il est à noter que ce pouvoir du Conseil a été formellement contesté par le juge en cause: "The Council does not have a roving commission to supervise Canada's judges, or to make gratuitous observations on their conduct [. . .]. If the Judicial Council believes [. . .] that I should be removed from the bench, they should say so. If not, the complaint should be dismissed" (*ibid.*, *Appendix "K"*, à la p. 415). Le juge en chef Laskin a récemment réitéré la position du Conseil dans les termes suivants: "The Canadian Judicial Council is not limited to recommending removal or dismissal; it may attach a reprimand or admonishment without either recommending removal or abandoning the complaint. Only if it gets to removal does it become necessary, in the case of a superior court Judge, to engage the Minister of Justice and Parliament, whose approval on a recommended removal must be sought", *supra*, note 77, à la p. 13.

de la part du Conseil découlerait de son obligation de rapporter les "conclusions" de son enquête au ministre de la Justice, et de son objectif général d'améliorer la qualité des services juridiques. Ainsi il est acquis aux deux niveaux de la magistrature que le comportement d'un juge peut être formellement reproché par un conseil de la magistrature sans toutefois violer les exigences de bonne conduite de son office. Inévitablement, la possibilité d'imposer d'autres sanctions se présentera à l'avenir, surtout à l'égard des sanctions d'ordre correctif, telles qu'une période de recyclage ou de cure, ou le retrait de certaines fonctions.¹⁵⁴

39.— Ces développements peuvent être vus comme nuisibles au prestige de la magistrature, dans la mesure où les juges sont obligés de se justifier suite à une plainte, et peuvent rester en office après avoir été l'objet d'un blâme. Cependant, ils correspondent à un besoin devenu de plus en plus évident, et il est loin d'être certain que la responsabilité disciplinaire formelle envers un comité de hauts magistrats soit plus néfaste pour l'indépendance du juge individuel que la responsabilité informelle envers un seul juge en chef. Les conseils de la magistrature peuvent devenir des instruments importants pour le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

B. *La surveillance des décisions judiciaires*

40.— Il est maintenant de droit positif au Québec que les juges des cours provinciales (nommés par le gouvernement provincial) "jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure" (nommés par le gouvernement fédéral).¹⁵⁵ Or cette "immunité" des juges de la Cour supérieure, empruntée de la tradition britannique, fut traditionnellement justifiée par rapport à l'immunité des cours supérieure elles-mêmes de toute forme de surveillance. L'irresponsabilité du juge découlerait ainsi de la nature de l'institution dont il fait partie. Cette analyse revêt un caractère constitutionnel important au Canada, car si l'irresponsabilité de ses juges constitue un élément essentiel d'une cour supérieure, toute compétence provinciale en la matière pourrait être exclue

¹⁵⁴ Ce sont là des mesures déjà tolérées sous l'autorité du juge en chef. On constate le même phénomène pour ce qui en est du déplacement d'office au niveau des cours provinciales, une mesure qu'un comité du *Canadian Association of Provincial Court Judges* a qualifié de "serious infringement of the principle of independence of the judiciary": voir Oxner, *supra*, note 82, à la p. 33. D'autres sanctions admises en Europe (abaissement d'échelon de salaire, rétrogradation) seraient contraires au caractère de la magistrature canadienne. Voir, pour une gamme de sanctions admises aux États-Unis, American Bar Association, *Proposed Standards Relating to Judicial Discipline and Disability* (1977), reproduit in (1977-8) 54 Chi.-Kent L. Rev. 201, à la p. 227, ainsi que De Re, *Judicial Independence and Accountability: The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980* (1981) 8 N. Ken. L. Rev. 221, aux pp. 248 et 249, et, pour les recommandations du *Livre blanc sur l'administration de la justice*, *supra*, note 84.

¹⁵⁵ Voir *supra*, no 15.

par le pouvoir fédéral de nomination.¹⁵⁶ La législature provinciale ne pourrait pas, sous guise de légiférer dans son domaine de l'administration de la justice de la province,¹⁵⁷ abroger une telle irresponsabilité, car en le faisant elle détruirait une catégorie de juges dont la nomination n'est pas de son ressort. Nous avons déjà relevé une affirmation judiciaire dans ce sens dans l'affaire *Bengle c. Weir* en 1929.¹⁵⁸ De la même façon, la législation québécoise actuelle serait inconstitutionnelle lorsqu'elle prétend hisser les juges provinciaux au niveau d'un juge de la Cour supérieure, violant ainsi le pouvoir exclusif du gouvernement fédéral de nommer les juges possédant de telles qualités. Cependant, le lien entre l'irresponsabilité des juges et la nature historique d'une cour supérieure semble douteux en principe, et a récemment été abandonné en Angleterre. Nous examinerons d'abord la nature de l'argument systémique, l'évaluant ensuite contre l'évolution du droit judiciaire contemporain.

1. La Cour supérieure et l'irresponsabilité de ses juges

41.— La notion anglaise d'une cour supérieure de première instance reposait essentiellement sur l'existence du pouvoir royal en matière de l'administration de la justice.¹⁵⁹ Après la Conquête et l'instauration de la justice royale il existait des tribunaux locaux, mais la supériorité des cours royales se manifestait par le caractère final et concluant de ses archives et par le caractère général de sa compétence. La première de ces caractéristiques découlait de la finalité des déclarations du roi, déléguée à ses juges en matière judiciaire, et la seconde découlait de l'absence de restrictions dans la délégation de la justice aux juges royaux. Ainsi, seules les cours royales pouvaient rendre des décisions inattaquables et seules les cours royales ne pouvaient pas commettre d'excès de compétence. Inévitablement, les autres tribunaux sont tombés sous le contrôle de ces cours royales et par là, supérieures. On voit déjà se dessiner le fondement de la compétence des cours supérieures en droit administratif contemporain.

À partir de ces caractéristiques de base de la justice royale on a pu tirer d'autres conclusions. D'abord, si le bref de faux jugement permettait aux juges royaux de renverser les décisions des tribunaux inférieurs et de rendre civilement responsables leurs juges, le caractère final des jugements des

¹⁵⁶ Voir *supra*, no 12.

¹⁵⁷ Voir *supra*, no 2.

¹⁵⁸ Voir *supra*, note 61.

¹⁵⁹ Voir généralement, sur la discussion qui suit, Lederman, *supra*, note 33, aux pp. 802-5; A. Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality* (1965), aux pp. 11 et 12; Feinman & Cohen, *supra*, note 41, et Block, *supra*, note 41.

tribunaux royaux empêchait la réouverture des litiges entendus devant ces tribunaux. Ainsi la notion d'un appel n'existait véritablement pas en droit anglais pendant la plupart de son histoire, et seul le *writ of error* permettait la correction d'erreurs manifestes dans la documentation des litiges entendus devant les tribunaux royaux.¹⁶⁰ La décision d'une cour supérieure, et le rôle du juge et du jury, devenaient inattaquables dès le prononcé de la décision; seul un mince *record* offrait une cible pour le justiciable mécontent. Aussi, puisqu'on ne pouvait pas questionner le bien fondé d'une décision — ce qui aurait été difficile de toute façon, étant donné le rôle du jury — on ne pouvait pas conclure à la faute d'un juge et ainsi, à sa responsabilité. Et même si le caractère concluant des archives royales ne devait pas permettre aux juges royaux d'excéder abusivement leur autorité, il était difficile, voire impossible, de conclure à l'existence d'un tel excès étant donnée la présomption en faveur de la compétence des cours royales.¹⁶¹ Aucun tribunal inférieur ne pouvait le faire — sa décision serait corrigée; aucun autre juge du même banc ne le ferait — il se considérait lié par la décision initiale et par la présomption de compétence. Nous avons déjà vu cette notion de l'*impossibilité* d'un contrôle des juges d'une cour supérieure par d'autres juges de la même cour dans l'affaire *Bengle c. Weir*.¹⁶² Une décision d'une cour supérieure est donc en principe finale, inattaquable et incontrôlable; seul un appel créé par la loi donne ouverture à sa reconsidération,¹⁶³ et ce, uniquement aux fins de l'appel.

Ainsi, selon cette analyse, admettre la responsabilité civile d'un juge d'une cour supérieure serait admettre le caractère non-supérieur de ses décisions. Il n'y aurait donc plus de distinction inhérente entre les cours supérieures et inférieures de première instance (les seules distinctions seraient celles créées par la loi), et toute fonction des cours supérieures qui repose sur cette distinction, y compris celle (majeure) de contrôler l'administration par le biais du droit administratif, serait insoutenable. L'irresponsabilité civile du juge de cour supérieure serait donc un élément-clé dans l'ensemble du droit

¹⁶⁰ Voir Radcliffe & Cross, *supra*, note 106, aux pp. 210-3, et H. Potter, *Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 4e éd. par A. Kiralfy (1958), aux pp. 126-34; S. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd. par J. Evans (1980), à la p. 400.

¹⁶¹ Même avec le développement des limitations législatives sur la compétence des tribunaux supérieurs, on arrivait au même résultat avec la notion voulant que tout exercice d'une compétence doit être précédé par une décision quant à l'*existence* de cette compétence, et puisqu'il n'y avait pas de limitation sur la compétence de la cour supérieure de décider de sa propre compétence, toute décision en faveur de sa propre compétence est nécessairement valable (en l'absence d'un appel). Sur cette idée, voir *infra*, note 165.

¹⁶² Voir *supra*, note 61, et texte y correspondant.

¹⁶³ Voir par exemple, Rubinstein, *supra*, note 159, à la p. 12: "Superior courts are the final arbiters of the validity of acts done by other bodies; their own decisions must be immune from collateral attack unless confusion is to reign. The superior courts' decisions lay down the rules of validity but are not governed by these rules".

judiciaire et du droit public. De même, accorder l'irresponsabilité civile à un juge d'un tribunal inférieur serait l'isoler de cette forme de surveillance et le transformer à cet égard en juge de cour supérieure. La responsabilité du juge d'une cour inférieure serait un élément essentiel de son statut, de la même façon que sa susceptibilité à d'autres formes de surveillance. Pourtant, cette analyse n'a pas su résister à l'évolution du droit judiciaire contemporain.

2. L'évolution du droit judiciaire contemporain

42.— Trois phénomènes sont à noter, qui ont tous contribué à ébranler la notion que l'irresponsabilité civile est inhérente à l'office d'un juge d'une cour supérieure: la multiplication des juridictions de première instance, la création des cours d'appel et le raffinement de la notion de la chose jugée ou *res judicata*. C'est sans doute le premier de ces trois qui est le plus fécond en conséquence pour le système judiciaire. En effet, face à la multiplication des juridictions spécialisées il est devenu de plus en plus irréaliste de prétendre à l'universalisme traditionnel de la compétence des cours supérieures. Le phénomène est particulièrement intense au Québec où, à part les organismes administratifs ou quasi-judiciaires des deux niveaux de gouvernement, il existe des cours provinciales particulièrement actives et, comme dans le reste du pays, deux cours supérieures de première instance, la Cour fédérale du Canada et la Cour supérieure du Québec.¹⁶⁴ La compétence de tous ces organismes est limitée par la loi, expressément ou implicitement, à travers le processus de dépeçage juridictionnel.¹⁶⁵ Si dans le passé les cours supérieures

¹⁶⁴ Voir *supra*, note 2. Ni l'une ni l'autre ne prétend que sa compétence est illimitée à l'égard de l'autre, et ni l'une ni l'autre n'assume un pouvoir de surveillance traditionnel sur l'autre. Pourtant, si l'une ou l'autre outrepassent les limites constitutionnelles de sa compétence, transgressant ainsi sur la compétence de l'autre, cette transgression par l'une pourrait bien être constatée par l'autre, et ce, même au delà des délais d'appel, sujette encore à correction par voie d'appel jusqu'au niveau de la Cour suprême. Voir récemment, pour le pouvoir de la Cour supérieure du Québec de contrôler un organisme fédéral qui s'arroge une compétence qui relève exclusivement des provinces, *Le Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, C.S.C., 8 février 1983. De même, la cour supérieure qu'est la Cour fédérale peut décider, et le fait régulièrement de façon explicite ou implicite, si une matière tombe dans les limites de sa compétence ou plutôt dans les limites de compétence des cours provinciales. Dans les deux cas, le conflit de compétence ne peut être définitivement réglé qu'au niveau d'appel, et plus précisément au niveau de la Cour suprême, la seule instance supérieure aux deux ordres fédéral et provincial. On retrouve le même phénomène de partage de compétence, ici entre les ordres fédéral et provincial, que celui qui existe à l'intérieur de l'ordre provincial, entre la Cour supérieure et la Cour provinciale. Voir *infra*, notes 165 et 168.

¹⁶⁵ Ils doivent tous, d'ailleurs, statuer sur leur propre compétence avant de l'exercer, et aucun d'entre eux n'est limité par la loi dans l'exercice de ce pouvoir nécessaire de statuer sur sa propre compétence. Ainsi, la Cour suprême a récemment reconnu que la Cour provinciale doit nécessairement statuer sur sa propre compétence avant de l'exercer: voir *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi* [1973] R.C.S. 681. La notion selon laquelle la compétence de la

ont maintenu la fiction que leur compétence, et leur compétence seule, était illimitée, elles l'ont fait en large mesure pour assurer un contrôle quelconque sur d'autres organismes. Or, le contrôle leur est maintenant assuré par la loi,¹⁶⁶ et la fiction peut être abandonnée sans risquer le bouleversement de l'abolition d'un pouvoir de contrôle exercé au niveau de première instance.

La création des cours d'appel en Angleterre et au Canada au dix-neuvième siècle a beaucoup contribué à la réalisation que la Cour supérieure est nécessairement limitée dans sa compétence et est sujette à la correction. Ainsi une cour d'appel contemporaine n'est pas limitée aux circonstances corrigibles par le *writ of error* d'autrefois, peut examiner la totalité du litige entendu en première instance, et peut corriger l'excès de compétence d'une cour supérieure. Tel excès de compétence est donc devenu une notion concevable, et puisque les règles de compétence sont des règles d'ordre public il est normal que la nullité d'une décision d'une cour supérieure, en matière de compétence, puisse être soulevée même en dehors des délais d'appel. Lord Denning a récemment sonné le glas des notions historiques de compétence dans un langage caractéristique:

It has been said that a judge of a superior court is the arbiter of his own jurisdiction. It is so extensive that he can never be said to have gone outside it. At most he has only exercised — albeit wrongly — a jurisdiction which belongs to him. So he is not to be made liable in damages. I can see no justification for this theory. The Pharisee could say: "God, I thank thee, that I am not as other men are." But a judge of a superior court cannot say it, or at any

Cour supérieure est illimitée parce qu'elle peut statuer sur sa propre compétence s'appliquerait donc à tout autre tribunal et ainsi, tout contrôle des excès de compétence serait exclu. Mais l'excès de compétence, une fois la notion admise, en reste un malgré la décision erronée de le commettre. La finalité et la supériorité de la décision d'une cour supérieure a découlé simplement de l'absence d'autres recours et de l'autorité du pouvoir royal. Or, d'une part, il existe maintenant la Cour d'appel et, d'autre part, tous les tribunaux sont investis de l'autorité de l'État. Bien que la compétence de la Cour supérieure soit aujourd'hui résiduelle, il n'y a rien, du point de vue de finalité inhérente, qui la distingue de la compétence des autres tribunaux. Prétendre autrement, c'est ignorer l'appel créé par la loi. Ainsi, même si cette compétence résiduelle de la Cour supérieure peut comprendre la compétence de statuer sur la compétence d'autres tribunaux, cette détermination ne prime aujourd'hui sur celles des autres tribunaux que par la seule force de la loi désignant la Cour supérieure pour l'exercice du pouvoir de contrôle. En l'absence de cette loi, comment trancher entre une décision de la Cour provinciale affirmant sa compétence et une décision de la Cour supérieure la niant (en faveur de sa propre compétence), quand les deux sont sujettes à correction par la Cour d'appel? Il s'agit effectivement d'un conflit de compétence entre deux tribunaux de première instance à compétence limitée, qui ne pourrait être réglé que par un tribunal de conflits, soit la Cour d'appel.

¹⁶⁶ Voir arts 834 *et seq.* C.p.c. Même s'il existe aujourd'hui des juridictions de *common law* qui n'ont pas créé de bases statutaires pour le pouvoir de contrôle de leurs cours supérieures, la force des précédents y écrase toute difficulté doctrinale en la matière.

rate, should not. A judge of the superior court can go outside his jurisdiction just as any other judge can. His jurisdiction is limited by the law, and not by his own whim.¹⁶⁷

Cette conclusion, il faut le répéter, ne met pas en cause le rôle de la Cour supérieure en droit administratif, qui est garanti par la loi.¹⁶⁸ Mais le jugement

¹⁶⁷ Voir *Sirros c. Moore*, *supra*, note 41, à la p. 135. Voir aussi, dans la même affaire, la décision de Ormrod L.J.: “[A] distinction between judges of superior courts and judges of inferior courts which cannot easily be justified, at least, in the circumstances which prevail at the present time”, à la p. 146, et, à la p. 149, “[in] my judgment, these rules in their old form are not appropriate to the conditions of today”. Voir d’autre part, J. Epstein, *National Report. Australia. Judicial Responsibility. XI Congress International Academy of Comparative Law* (1982), à la p. 2: “This distinction has lost its importance since the decision in *Sirros v. Moore*”.

¹⁶⁸ Voir *supra*, note 166. Certaines conséquences, pas nécessairement néfastes, peuvent en découler en droit constitutionnel, notamment en matière du pouvoir fédéral de nommer les juges des cours supérieures et de l’interdiction implicite aux gouvernements provinciaux d’ériger des cours supérieures: voir *supra*, no 12. Il semble douteux, par exemple, malgré la décision récente de la Cour suprême dans l’affaire *Crevier*, *supra*, note 48, que l’existence des cours supérieures implique nécessairement le pouvoir de révision et de contrôle, à moins que l’on ne veuille ériger en principe constitutionnel une fiction de la *common law*: voir, pour la notion que la fonction d’une cour supérieure de statuer sur les questions de compétence ne diffère pas, une fois que l’existence d’une cour d’appel est admise, de la même fonction quand elle est exercée, et elle l’est régulièrement, par un tribunal inférieur, *supra*, note 165. Les deux statuent sur leur propre compétence et implicitement sur la compétence de l’autre, et les deux sont sujettes à la correction par la Cour d’appel. Le pouvoir de révision se révèle, uniquement de cet aspect juridictionnel, comme simple procédure servant à vérifier s’il y a effectivement conflit de juridiction entre les deux tribunaux de première instance. Le véritable conflit est aujourd’hui résolu par l’appel. Le législateur fédéral l’a constaté très clairement en donnant directement à la division des appels de la Cour fédérale la compétence de statuer sur les questions de la compétence des tribunaux fédéraux, permettant ainsi d’échapper au contrôle exercé au niveau de la première instance. Le développement est tout à fait logique et met bien en relief le fait que le pouvoir traditionnel de contrôle exercé au niveau de la première instance n’est aujourd’hui qu’un tamis dépourvu de finalité: voir la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2e Supp.), arts 18 et 28. Dans le système provincial de tribunaux, on commence même à affirmer que c’est la Cour d’appel qui possède un pouvoir inhérent de contrôle et de surveillance, et la Cour suprême vient d’exercer un tel pouvoir en l’absence de son exercice par la Cour d’appel: voir *Goodman c. Rompkey* (1982) 43 N.R. 214 (C.S.C.), et, pour une affirmation récente du droit d’“appel de droit commun” à la Cour d’appel en cas d’absence ou d’excès de juridiction de la Cour supérieure, *Levinson c. Royal Victoria Hospital*, C.A. (Montréal, 500-09-000859-827), 18 novembre 1982. La caractéristique d’une cour supérieure ne se trouve donc ni dans une prétendue finalité de ses jugements, ni dans le fait qu’elle statue en matière de compétence, mais simplement dans les chefs de sa compétence *ratione materiae*: voir cependant, Macdonald, commentaire sur l’affaire *Crevier in* (1983) 17 U.B.C. L. Rev. 111. Il existe d’autres raisons, bien sûr, pour défendre l’autorité légale contemporaine des cours supérieures d’exercer un pouvoir de contrôle au niveau de première instance, notamment sur les organismes gouvernementaux, mais il est difficile de conclure que la notion d’une cour supérieure oblige que ce pouvoir de contrôle soit de caractère constitutionnel. Il faut noter aussi que même si l’arrêt *Crevier* est suivi sur le plan constitutionnel, il n’influe pas sur le problème de la responsabilité des juges, qui est différent de celui de la finalité des jugements: voir *infra*, no 44.

d'un juge de la Cour supérieure *doit* être attaquant, même au-delà des délais d'appel, si une question de compétence se pose. Si la notion peut paraître hérétique dans une perspective de droit administratif, elle est traitée comme une banalité par les processuelistes de la *common law*, plus préoccupés, eux, par la simple légalité que par la hiérarchie des tribunaux.¹⁶⁹

43.— En droit québécois il est de droit positif qu'un juge de la Cour supérieure peut être contrôlé par des voies autres que l'appel. La récusation, dont la procédure a été retenue de l'ancien régime et dont les motifs se rapprochent de ceux d'une éventuelle prise-à-partie, est exercée devant un autre juge de la même cour que celle du juge à être récusé.¹⁷⁰ La rétractation de jugement est prononcée par le même tribunal qui a rendu le jugement, et la Cour suprême a conclu récemment, en approuvant les conclusions de la Cour d'appel du Québec, que l'énumération des causes de rétractation de l'article 483 du Code de procédure civile n'est pas limitative.¹⁷¹ Enfin, une jurisprudence "non pas constante mais sûrement dominante",¹⁷² reconnaît l'action directe en annulation de jugement, exercée par le même tribunal ayant prononcé le jugement à être annulé. La conclusion est conforme à la rédaction de l'article 33 du Code de procédure civile, qui n'exclut que la Cour d'appel du pouvoir de surveillance de la Cour supérieure.

Le caractère incontrôlable de la Cour supérieure se justifiait donc à une certaine époque de l'histoire de la *common law*, eu égard à certains objectifs. Au Québec, au vingtième siècle, aucune juridiction de première instance n'échappe au contrôle et à l'application des règles de compétence ayant le caractère d'ordre public.

44.— Toute cette question de la finalité des jugements de la Cour supérieure est liée à celle de la responsabilité des juges par la notion voulant que la poursuite d'un juge met nécessairement en cause la validité du jugement qui donnerait lieu à sa responsabilité, et devrait donc être refusée. Or la notion de chose jugée qui existe au Québec, et d'ailleurs de plus en plus dans les

¹⁶⁹ Voir par exemple, G. Spencer Bower, *The Doctrine of Res Judicata*, 2e éd. par A. Turner (1969), no 117, à la p. 93.

¹⁷⁰ Voir art. 238 C.p.c.

¹⁷¹ Voir *Cossette c. Germain*, C.S.C., 31 mai 1982, à la p. 62 du jugement [ci-après: *Cossette*]. Cette décision nous enseigne aussi que l'effet de chose jugée ne s'attache pas à un jugement de la Cour supérieure rendu en matière non-contentieuse, et qu'un tel jugement peut être annulé par un autre juge de la Cour supérieure, même des décennies après son prononcé.

¹⁷² Voir l'affaire *Cossette*, *ibid.*, et références y citées. Voir aussi, *Le maire, les échevins, et citoyens de la cité de Montréal c. Stephens* (1870) 33 L.C.J. 273, et *Jacques c. Paré* (1939) 66 B.R. 542. Voir récemment, en Ontario, une décision d'un juge de la *High Court* sur requête préliminaire sur une question de droit, confirmant la compétence de l'un de ses confrères: *Multiple Access Ltd c. McCutcheon* (1975) 11 O.R. (2d) 249, conf. (1982) 138 D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.).

juridictions canadiennes de *common law*, ne donnerait pas un tel effet à la prise-à-partie d'un juge. Même si un jugement de la Cour supérieure était nécessairement final et inattaquable, la poursuite d'un juge ne mettrait pas en cause la validité de son jugement.

La notion de chose jugée au Québec reprend les trois identités du droit romain: identité des parties, de la cause et de l'objet de l'action.¹⁷³ Habituellement, aucune de ces identités n'existera entre une action originale et une action subséquente mettant en cause la responsabilité du juge original: les parties sont différentes, les causes se distinguent par les différences de fait entre les actes du défendeur original et les actes du juge, et l'objet de la première action peut être fort différent de celui éventuellement recherché dans la deuxième. On peut donc attaquer un juge sans attaquer son jugement, de la même manière qu'on peut attaquer un jugement sans attaquer le juge.¹⁷⁴ On est arrivé tout récemment à la même conclusion en Ontario quant à la responsabilité civile de l'avocat. Bien que la poursuite civile d'un avocat pour sa faute dans la conduite d'une action implique un nouvel examen des faits de l'affaire originale, le litige contre l'avocat n'est pas exclu par la force de *chose jugée* du premier jugement.¹⁷⁵ Dans la mesure où, dans le système contradictoire, la responsabilité de connaître et de plaider le droit incombe à l'avocat et non pas au juge, la décision ontarienne admet que la responsabilité d'un officier de la justice n'est pas exclue par la force même de son intervention initiale.

¹⁷³ Voir art. 1241 C.c.

¹⁷⁴ Voir *supra*, note 95. Il est souvent dit qu'on ne peut pas attaquer indirectement (*by collateral attack*) un jugement d'une cour supérieure. Cette expression est doublement trompeuse, d'abord parce qu'elle reproduit la notion traditionnelle, mais erronée, selon laquelle on ne peut pas attaquer un jugement de la Cour supérieure, et ensuite parce qu'elle implique que ce qui est *collateral* constitue quand même une attaque. Ce qui est *collateral* est dirigé à d'autres objets, et une première décision restera parfaitement valable et inattaquable, eu égard aux objets du premier litige. La *collateral attack* n'est en réalité qu'une constatation des effets limités de la notion de *chose jugée*. Voir aussi, pour le caractère archaïque de la notion d'*estoppel by record* qui, selon certains, aurait eu en *common law* un effet plus large que la notion de *chose jugée*, Spencer Bower, *supra*, note 169, à la p. 3.

¹⁷⁵ Voir *Demarco c. Ungaro* (1979) 95 D.L.R. (3d) 385 (H.C. Ont.), où la *High Court* a rejeté la possibilité que le *barrister* de la province d'Ontario puisse jouir de la même immunité civile que le *barrister* anglais. Au sujet de la nécessité de réexaminer des faits de l'affaire, M. le juge Krever a fait remarquer, à la p. 406 du jugement:

It is not a contingency that does not already exist in our law and seems to be inherently involved in the concept of *res judicata* in the recognition that a party in an action *in personam*, is only precluded from relitigating the same matter against a person who was a party to the earlier action. I can find no fault with the way in which Hagarty, C.J., dealt with this consideration in *Wade v. Ball* (1870), 20 U.C.C.P. 302 at p. 304: "Practically such a suit as the present may involve the trying over again of *Wade v. Hoyt*. This cannot be avoided". Better that than that the client should be without a recourse.

Au Québec, la responsabilité civile de l'avocat ne fait pas de doute: voir A. & R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), paras 291 *et seq.*, aux pp. 299 *et seq.*, et Fera, *Harris v. Quain & Quain: A Comment* (1978) 24 McGill L.J. 303.

45.— Ainsi, le rôle historique joué par les cours supérieures ne poserait pas d'obstacles à la responsabilité civile ou pénale des juges. La fonction de tous les tribunaux est de trancher des litiges de façon définitive, mais cette fonction importante est bornée par les limites de compétence tracées par le législateur et par les limites de la chose qui a été jugée. Tout tribunal et tout juge de première instance est contrôlable; tout jugement ne lie que les parties au litige. La surveillance des juges est possible.

46.— Cette conclusion que l'irresponsabilité de ses juges n'est pas un élément de la définition d'une cour supérieure revêt aussi, comme nous l'avons noté,¹⁷⁶ une importance constitutionnelle au Canada. En particulier, le pouvoir du gouvernement fédéral de nommer les juges des cours supérieures ne peut pas en soi empêcher les législatures provinciales de légiférer en la matière, en vertu de leur autorité sur l'administration de la justice dans la province.¹⁷⁷ En légiférant ainsi les législatures provinciales ne toucheraient pas alors à la nature d'une cour supérieure, et leur compétence s'étendrait à l'octroi ou à l'abrogation d'une immunité judiciaire. L'affirmation d'une incompétence provinciale, que nous avons notée dans l'affaire *Bengle c. Weir*, est donc discutable. S'il existe une autorité fédérale dans le domaine,¹⁷⁸ il faudrait la trouver dans le pouvoir général du Parlement fédéral,¹⁷⁹ et rejeter carrément l'idée que la responsabilité civile des juges relève de l'administration de la justice et des droits civils. Pourtant, *puisque la notion d'une cour supérieure n'est pas en cause*, on voit mal pourquoi il y aurait une dimension nationale dans la responsabilité de certains juges mais pas dans la responsabilité d'autres, quand les deux appliquent à tour de rôle droit provincial et droit

¹⁷⁶ Voir *supra*, no 40.

¹⁷⁷ Voir *supra*, no 2. Les législatures provinciales sont aussi compétentes en matière de droits civils dans la province en vertu de l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [S.R.C. 1970, App. II, no 5].

¹⁷⁸ Voir *supra*, note 61.

¹⁷⁹ Voir le préambule de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [S.R.C. 1970, App. II, no 5]. Le pouvoir général du Parlement fédéral fut invoqué dans l'affaire *R. c. Moore* [1969] 2 O.R. 677, 6 D.L.R. (3d) 465 (H.C.), pour valider un texte fédéral empêchant un juge nommé par le gouvernement fédéral d'entreprendre certaines autres activités. Ce pouvoir disciplinaire permettant d'interdire certaines activités nous semble inhérent au pouvoir fédéral de nommer et de révoquer les juges des cours supérieures. Par contre, la responsabilité civile envers les tierces personnes semble à première vue une condition à l'exercice de l'office plutôt qu'à l'office lui-même. L'applicabilité du pouvoir fédéral général fut mis en doute par certains juges en matière d'activités interdites par le gouvernement fédéral, dans *Re Judges Act* (1922) 52 O.L.R. 105, [1923] 2 D.L.R. 604 (Ont. S.C., App. Div.), et *Winnipeg c. Cross* (1926) 37 Man. L.R. 40, [1927] 3 D.L.R. 1072 (C.A.). Ces décisions reflètent l'importance de la tradition unitaire du système judiciaire canadien, dans laquelle l'intervention fédérale se devrait nécessairement d'être exceptionnelle.

fédéral. Il faut noter à cet égard la compétence provinciale en matière d'erreurs judiciaires qui ne mettent pas en cause la responsabilité individuelle d'un juge.¹⁸⁰

III. Des limites du pouvoir judiciaire

47.— On peut donc conclure que les juges partagent le pouvoir originel de l'État et que dans l'exercice de ce pouvoir, ils ne sont assujettis à aucune obligation. Pourtant, la protection de leur indépendance n'est pas absolue, puisque les actes d'un juge individuel peuvent toujours être l'objet de procédures de contrôle et de surveillance. Ces deux conclusions impliquent que le pouvoir du juge, et l'irresponsabilité qui en découle, sont limités. Le pouvoir décisionnel, qui est libre, serait ainsi démarqué par les obligations qui l'entourent. Nous arrivons intuitivement à la même conclusion en admettant qu'un juge est responsable d'une infraction au Code de la route, ou de l'inexécution d'une obligation d'un contrat civil. La véritable question n'est donc pas de savoir si le juge est responsable; en tant que juge il ne l'est pas. La véritable question est de savoir quand il cesse d'exercer le pouvoir judiciaire. Il est ainsi erroné de dire (comme on le dit souvent) qu'un accroissement du pouvoir judiciaire implique une plus grande responsabilité; un accroissement du pouvoir judiciaire implique l'inverse, un champ élargi d'irresponsabilité. Mais l'accroissement du pouvoir attire l'attention à ces limites, et la tâche de démarcation devient plus importante et plus délicate.

48.— Où sont donc les limites du pouvoir judiciaire? La réponse à cette question ne peut se trouver que dans la définition de la fonction judiciaire, la raison pour laquelle le pouvoir judiciaire est établi. Puisqu'il s'agit d'un pouvoir de faire une chose, ce pouvoir doit nécessairement être limité par la définition de cette chose. Or, nous avons déjà vu que la fonction du juge est de décider sur les droits et les obligations des autres,¹⁸¹ et cette définition nous permettrait de conclure que ce pouvoir est nécessairement libre dans son exercice, et qu'il y a eu dans le monde occidental une évolution incontestable vers la liberté de la magistrature.¹⁸² Cette constatation nous permet déjà de

¹⁸⁰ Voir en ce sens, les déclarations du ministre de la Justice, le 25 mars 1953, pendant le débat sur "La responsabilité de la Couronne" in [1952-53] III Débats de la Chambre des communes, pp. 3453, aux pp. 3456 et 3466-74. Voir à cet égard, *infra*, no 53.

¹⁸¹ Voir *supra*, no 27.

¹⁸² Voir *supra*, no 32. Au Québec, nous avons retracé cette évolution dans notre première partie depuis la séparation du pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif au dix-septième siècle, à travers l'octroi de l'inamovibilité aux juges au dix-neuvième siècle, jusqu'à l'octroi, au vingtième siècle, d'une immunité civile à tous les juges de la province. Pour l'évolution de la magistrature ontarienne, voir la décision récente de la *Court of Appeal* d'Ontario dans l'affaire *The Queen c. Valente*, 15 février 1983, à l'effet que les juges de cette province jouissent d'une

formuler une définition plus complète de la fonction judiciaire, soit celle de décider, de façon libre, sur les droits et les obligations des autres. De plus, nous avons vu que la raison d'être de cette liberté de décision est le besoin profond d'une source impartiale et neutre de décisions dans l'État.¹⁸³ Une décision libre serait donc la décision d'une personne qui ne serait pas sous le contrôle d'autrui et qui serait alors libre de tout préjugé, de tout parti pris, et de toute influence personnelle étrangère aux circonstances de la cause. La décision judiciaire ne pourrait ainsi être fondée que sur la raison, l'usage ou les règles écrites. Si le juge est ainsi libre, son adhérence volontaire aux objectifs de sa fonction l'amène à l'adoption des sources classiques du droit. C'est de cette façon qu'il maintiendrait son impartialité.

Cette façon libre, rationnelle et impartiale de décider serait ainsi immanente dans la nature de la fonction judiciaire. C'est pourquoi le juge, en assumant son office, prononce un serment rédigé en termes de la *manière* d'exercer le pouvoir judiciaire, et contenant la promesse solennelle qu'il exercera ce pouvoir "fidèlement, impartialement et honnêtement" au meilleur de sa capacité et de ses connaissances.¹⁸⁴

49.— On peut donc conclure que tout acte ou décision incompatible avec un processus décisionnel libre, rationnel et impartial, serait exclu de la fonction judiciaire et pourrait engager la responsabilité du juge qui en serait l'auteur. La forme de responsabilité pourrait varier selon la conduite, mais il est déjà évident que le comportement personnel d'un juge peut être mesuré en termes

indépendance véritable qui satisfait aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de l'annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.). Voir, *infra*, note 210, et texte y correspondant.

¹⁸³ Voir *supra*, no 32.

¹⁸⁴ Le texte cité fait partie du serment d'office des juges de la Cour provinciale, de la Cour des sessions de la paix et du Tribunal de la jeunesse. Ce serment parle aussi des devoirs des juges de ces cours, sans en préciser la nature. Étant donné le caractère historique du serment, il y aurait là une référence au caractère traditionnellement "inférieur" de ces tribunaux, et au fait que les juges des tribunaux supérieurs ont exercé un pouvoir de contrôle et de surveillance sur ces juges, ce qui a pu aboutir à leur responsabilité civile. Nous avons déjà longuement expliqué pourquoi une telle responsabilité dans l'exercice du pouvoir judiciaire serait incompatible avec l'indépendance de la magistrature: voir *supra*, nos 27-32. Elle serait incompatible aussi avec la législation récente accordant aux juges provinciaux la même immunité que les juges des cours supérieures: voir *supra*, nos 15 et 46. Une telle responsabilité particulière des juges des tribunaux inférieurs a été récemment abandonnée en Grande-Bretagne: voir *supra*, note 167.

L'auteur désire exprimer sa reconnaissance au juge en chef de la Cour provinciale du Québec, Alan B. Gold, pour le texte de ses serments. Le serment d'office des juges nommés par le gouvernement fédéral ne fait aucune référence aux devoirs d'un juge, et l'obligerait simplement d'exercer ses pouvoirs "*duly and faithfully*": voir le texte anglais cité par le juge en chef Bora Laskin dans un discours récent devant l'Association du Barreau canadien, *supra*, note 77, à la p. 3. Voir, quant au seul critère qui pourrait effectivement engager la responsabilité d'un juge, *infra*, no 52.

d'obligations conçues exclusivement pour les membres de la magistrature et qui dépassent le niveau d'obligation du citoyen ordinaire. Ainsi, la violation de l'obligation judiciaire de réserve engage la responsabilité disciplinaire du juge coupable, non pas à cause des obligations du droit civil ou pénal, mais simplement parce que le juge avait agi de façon incompatible avec la fonction judiciaire.¹⁸⁵ Cette responsabilité disciplinaire ne peut donc exister que pour les actes extra-judiciaires,¹⁸⁶ mais reste la forme la plus contraignante de responsabilité judiciaire. De même, tout appel à des règles de droit civil ou de droit pénal ne peut être justifié que si l'acte en cause serait incompatible avec cette définition de la fonction judiciaire. On admet facilement que le juge soit responsable pour tout crime qu'il commet, car le tort à l'État est incompatible avec la fonction étatique. Le pouvoir décisionnel n'est pas un permis de démolition; le juge qui commet un crime n'exerce jamais le pouvoir judiciaire.

50.— La responsabilité du juge pourrait alors se caractériser comme un simple exemple de la notion d'abus de pouvoir, qui fait partie du droit positif de la province.¹⁸⁷ On abuse d'un pouvoir s'il est exercé de façon incompatible

¹⁸⁵ Voir *supra*, nos 20 (pour les juges fédéraux) et 24 (pour les juges provinciaux). L'obligation de réserve existe non pas pour maintenir l'apparence d'impartialité, comme on l'affirme souvent, mais plutôt pour maintenir autant que possible la réalité de l'impartialité. Le juge qui se prononce sur une question hors cours s'associe publiquement à une position donnée, qui devient la sienne. Il se contamine à travers chaque expression publique et chaque prise de position, en matière constitutionnelle aussi bien qu'en matière de droit privé, et à travers chaque discours, chaque livre et chaque rapport de commission royale. Et si le débat juridique au Canada devient plus ouvert dans le système constitutionnel de l'avenir, rien ne permet de penser que l'idéal d'une magistrature neutre n'ait été pour autant abandonné. Le juge ne devrait pas avoir de liberté d'expression. La lui accorder, c'est attaquer la neutralité et ainsi l'indépendance de la magistrature. Voir la discussion, *infra*, no 52, et, pour une critique récente d'une décision de la Cour suprême basée sur le fait que l'un de ses juges se serait prononcé auparavant sur la question en litige et aurait ainsi eu une "*pre-determined position*", Strauss, *Supreme Court bars Firenze buyers from launching a class-action suit*, The [Toronto] Globe and Mail (9 février 1983) 1, à la p. 2.

¹⁸⁶ Il faut donc appuyer la décision récente du Conseil canadien de la magistrature à l'effet que sa compétence ne serait nullement exclue par le caractère privé de l'acte du juge en cause; voir *Report, Record and Resolution*, *supra*, note 78, à la p. 385. Il faut aussi noter que notre critère pour déterminer le caractère judiciaire d'un acte n'est nullement formaliste, s'attardant surtout aux aspects qui rejoignent son caractère neutre et impartial. Ainsi, le juge assis sur le banc pourrait être discipliné si sa conduite s'avérait contraire à cet idéal. Le Conseil canadien a ainsi examiné récemment la conduite d'un juge fédéral qui aurait fait dans le cadre d'un procès des remarques désobligeantes à l'égard d'une minorité de la population (tout en l'exonérant, à cette occasion, à cause du caractère irréfléchi des remarques): voir The [Toronto] Globe and Mail (1 octobre 1982) 2.

¹⁸⁷ Voir à ce sujet arts 1053 C.c., et 846, al. 4 C.p.c.; *Roncarelli c. Duplessis* [1959] S.C.R. 121, (1959) 16 D.L.R. (2d) 689; *Trudeau c. Kennedy* (1938) 42 R.P. 258 (B.R.), et Gagnon, "L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit public canadien et québécois" in Association Henri Capitant, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions* (1977), t. XXVIII, pp. 441, aussi bien que

avec le but de sa création, et le pouvoir judiciaire n'a pas été créé pour commettre des crimes ou des actes dérogatoires à sa fonction. La notion peut mener aussi à la responsabilité civile des juges, comme le démontrait récemment la Cour d'appel dans l'affaire *Mayrand c. Cronier*, en concluant à l'irresponsabilité civile du juge en chef de la Cour provinciale parce que le juge n'a pas "fait montre de mauvaise conduite, de malhonnêteté, ou agit avec malice en agissant comme il l'a fait".¹⁸⁸ Ainsi toute décision, intervention ou omission judiciaire pourrait engager la responsabilité si ce critère de mauvaise foi est établi. Cependant, cette notion d'abus de pouvoir n'a jamais été appliquée à l'égard d'un juge de la Cour supérieure et, comme on l'a vu, tous les juges du Québec jouissent à présent de l'immunité d'un juge de la Cour supérieure.¹⁸⁹ Quelle est donc la véritable étendue de cette immunité, et dans quelle mesure est-elle limitée par la notion d'abus de pouvoir?

À cette question, deux réponses sont possibles. La première est celle de l'immunité dite absolue, à l'effet que l'indépendance décisionnelle du juge serait effectivement menacée par une notion d'abus de pouvoir fondée sur la faute civile, même intentionnelle. La faute civile du juge se situerait dans une zone intermédiaire entre l'irresponsabilité décisionnelle et la responsabilité pénale ou disciplinaire. La faute pourrait exister, mais le juge serait quand même protégé par le besoin de ne pas influencer sur la zone d'irresponsabilité décisionnelle. Le juge ne devrait pas craindre les poursuites civiles; il ne devrait pas être obligé de répondre, même par simple déni, aux allégations de mauvaise foi. Décider autrement serait d'inviter des accusations vexatoires, saper les énergies du corps judiciaire et influencer de façon subconsciente le processus décisionnel.¹⁹⁰

La deuxième réponse fait appel au principe de la légalité,¹⁹¹ et refuse en principe qu'un particulier doive subir des dommages causés par la faute d'un officier de l'État simplement pour protéger l'indépendance de cet officier. Tout pouvoir ayant des limites devant être respectées, le pouvoir judiciaire

les autres rapports canadien et québécois dans ce même volume. L'absence d'un tel *tort* a souvent été signalé comme motif additionnel militant en faveur de l'irresponsabilité des juges des cours supérieures dans la tradition de la *common law*, mais le droit des *torts* a beaucoup évolué pendant les dernières vingt années en matière de dommages pécuniaires, de fautes d'abstention, de fautes verbales ou intellectuelles, et de responsabilité des autorités publiques. Voir aussi, pour une affirmation récente et expresse de la notion d'abus de pouvoir, *Cascone c. Rodney* (1981) 34 O.R. (2d) 618, 131 D.L.R. (3d) 593 (H.C.).

¹⁸⁸ Voir *supra*, note 56, à la p. 507.

¹⁸⁹ Voir *supra*, no 15.

¹⁹⁰ Voir, pour l'immunité "généralement", A. & R. Nadeau, *supra*, note 175, no 243, à la p. 259.

¹⁹¹ Voir, pour la soumission de la magistrature à la règle de droit, Ouellette, *L'Éthique judiciaire au Canada et au Québec* (1969) 23 R.jur.pol. Ind.Coop. 1107, à la p. 1108.

n'a point dans ses limites la commission de délits. Juger en mauvaise foi n'est point juger; la responsabilité du juge, comme celle de tout citoyen, doit être engagée à ce point.

51.— Les deux réponses sont soutenables et ont rencontré une certaine mesure d'adhésion. En Angleterre la *Court of Appeal* vient d'accorder une immunité accrue aux juges des cours inférieures;¹⁹² la prise-à-partie dans les juridictions de tradition romaine est souvent rendue difficile par des obstacles de procédure;¹⁹³ la *Supreme Court* des États-Unis vient d'affirmer une immunité présidentielle tout en soulevant et en confirmant la nécessité d'une immunité judiciaire.¹⁹⁴ Cependant, dans tous ces cas la possibilité d'une responsabilité civile n'a pas été totalement exclue. En Angleterre cette responsabilité civile peut exister si le juge agit consciemment de façon illégale en dehors de sa compétence;¹⁹⁵ dans les juridictions de tradition civiliste, si les conditions de fond et de forme sont établies,¹⁹⁶ et aux États-Unis si le détenteur du pouvoir agit en dehors du "périmètre extérieur" de son pouvoir.¹⁹⁷ Toutes ces formulations témoignent d'efforts visant à protéger l'indépendance décisionnelle tout en laissant une porte ouverte à la responsabilité. Dans la mesure où elles ne tranchent pas avec précision, la question de la responsabilité civile des juges reste ouverte.

Les arguments traditionnels n'ont donc pas résolu le débat et ils se révèlent effectivement faibles à plusieurs égards. Il est d'abord difficile de croire au danger que posent les poursuites civiles contre les juges lorsque l'histoire nous enseigne qu'il y en a si peu quand elles sont permises.¹⁹⁸

¹⁹² Voir *Sirros c. Moore*, *supra*, note 167. La décision représente une autre étape vers la liberté décisionnelle du juge individuel, quelle que soit sa place dans la hiérarchie judiciaire.

¹⁹³ Voir Cappelletti, *supra*, note 137, aux pp. 40-6.

¹⁹⁴ Voir *Nixon c. Fitzgerald* 50 U.S.L. Week 4797, 73 L Ed (2d) 349 (1982) (U.S.S.C.) [ci-après cité aux U.S.L. Week].

¹⁹⁵ Voir *Sirros c. Moore*, *supra*, note 167, à la p. 135 (Lord Denning M.R.).

¹⁹⁶ Voir Cappelletti, *supra*, note 137, aux pp. 40-6.

¹⁹⁷ Voir *Nixon c. Fitzgerald*, *supra*, note 194, à la p. 4804.

¹⁹⁸ Ainsi, au Québec, nous n'avons pu relever qu'une quinzaine d'affaires pendant plus d'un siècle et demi: voir *supra*, nos 7-15. Il existe de bonnes raisons pour cette absence d'engouement pour la prise-à-partie: les difficultés de preuve, une certaine répugnance parmi la plupart des membres du Barreau, les frais judiciaires et extra-judiciaires, et finalement la responsabilité bien établie pour l'abus du droit d'agir en justice (voir à cet égard, *Le Syndicat national des employés de l'aluminium de Baie-Comeau c. La Société canadienne de Métaux Reynolds Ltée* [1976] C.A. 26, et *Dufort c. La Corporation municipale de Grantham Ouest* [1980] C.P. 1). Voir, pour l'emploi de cette notion de l'abus du droit d'agir en justice en matière d'une prise-à-partie, *Ringrose c. Stephenson*, *supra*, note 61. Nous comprenons aussi que la pratique est à l'effet que les frais judiciaires du juge sont supportés par l'État, une pratique qui devrait être institutionnalisée et pour laquelle le juge en chef devrait exercer une certaine responsabilité. Nous rejoignons de cette façon le problème pressant de l'administration des tribunaux: voir *supra*, note 127, et, sur le problème des frais du juge poursuivi, Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality* (1965), n. 2, à la p. 146 (dans le sens que nous préconisons).

L'expérience des autres pays nous a montré aussi qu'il y en a très peu qui réussissent.¹⁹⁹ Et puisqu'il s'agit au fond d'une immunité de *fonction*, aucune formulation de l'immunité ne peut finalement empêcher des poursuites, car le plaideur averti doit simplement alléguer l'excès de cette fonction pour forcer l'examen des faits. Si l'immunité est formulée en termes de compétence, on allègue l'excès de compétence; si elle est formulée en termes de fonction officielle, on allègue l'acte personnel.²⁰⁰ On ne peut pas empêcher les poursuites civiles.

Par contre, dire qu'un juge est nécessairement responsable en droit civil parce que personne n'est au-dessus de la loi semble méconnaître la nature du pouvoir originel dont il jouit, et que nous avons longuement essayé d'expliquer.²⁰¹ L'indépendance du pouvoir judiciaire serait l'élément indispensable à tout système judiciaire; on ne saurait l'écarter aussi facilement par une règle de droit civil.

52.— Ainsi, croyons-nous qu'il reste un point essentiel trop souvent ignoré dans le débat sur cette question — un point qui remet en cause toute la notion de la responsabilité judiciaire et toutes les règles traditionnellement offertes pour justifier cette responsabilité. Ce point essentiel est pourtant très simple. C'est que ce sont les juges qui décident de la responsabilité des juges.²⁰² Ce point est essentiel car, comme nous avons essayé de démontrer dans notre discussion de l'indépendance du pouvoir judiciaire, les juges ne sont pas liés par les règles de droit dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel. Ils ne sont donc pas liés par un texte ou une décision qui dicte la responsabilité d'un juge. S'ils décident qu'un juge n'est pas responsable, il ne l'est pas, et ce malgré toute règle, et ces juges ne sont pas responsables pour cette décision. En fin de compte ce ne sont pas les règles d'immunité qui protègent la magistrature; c'est la magistrature qui protège la magistrature. Elle représente sa propre ultime défense, et chaque juge le sait.

Cette constatation aide à dégager un critère plus réaliste et plus profond pour la responsabilité des juges. D'abord elle ne peut pas être fondée sur des règles, car les juges sont libres de ne pas suivre les règles. Si les juges sont

¹⁹⁹ Voir *supra*, no 32.

²⁰⁰ La Cour suprême du Canada a d'ailleurs approuvé cette analyse dans *Roncarelli c. Duplessis*, *supra*, note 187, en matière d'immunité de l'exécutif, en tenant personnellement responsable un premier ministre du Québec pour la révocation abusive d'un permis d'alcool.

²⁰¹ Voir *supra*, nos 27-32.

²⁰² La participation de membres non-judiciaires dans le travail du Conseil de la magistrature du Québec est à cet égard très significative: voir *supra*, no 22. Investis d'un pouvoir décisionnel, ces membres non-judiciaires ne sont pas plus liés dans l'exercice de ce pouvoir que les membres judiciaires, mais ils ne sont pas membres du corps professionnel dont la responsabilité est en cause. Pour les raisons discutées *infra*, cependant, nous ne pensons pas qu'une augmentation du nombre des membres non-judiciaires serait souhaitable.

responsables pour leurs crimes et pour leurs fautes disciplinaires, c'est parce que d'autres juges ont décidé de les tenir responsables. S'ils sont responsables pour leurs abus civils du pouvoir c'est parce que d'autres juges les tiendront responsables pour ces abus.

Quel est donc le critère qui peut justifier la responsabilité des juges? Pourquoi les juges devraient-ils tenir leurs collègues responsables? À un niveau technique nous avons déjà donné une réponse partielle à cette question en matière de responsabilités pénale et disciplinaire: c'est que les fautes de ce type sortent du pouvoir décisionnel accordé au juge et sont incompatibles avec la fonction du juge. C'est dire au fond que c'est la fonction judiciaire et la mission de juger qui dicte la responsabilité des juges. Car si le juge est libre dans l'acte décisionnel, il est libre pour *juger*, et l'acte de juger serait de par sa définition même, rationnel, objectif et impartial. Si le juge n'agit pas de cette façon il renonce à la fonction judiciaire et à la mission de juger. Il renonce à l'idéal d'une résolution rationnelle et impartiale de conflits et s'adonne à des actes de pouvoir personnel. En ce faisant il renonce aux sources classiques de droit et devient lui-même partie au litige, car la solution qu'il impose est la sienne, qu'il veut faire vaincre. La sagesse des juristes de Rome les amena à condamner le juge qui *litem suam facit*. Les juges d'aujourd'hui se convainquent de faire de même, car l'abus du pouvoir judiciaire constitue non seulement un rejet de toute source traditionnelle de droit mais une attaque en règle contre la fonction de juger et ainsi contre la raison essentielle de l'indépendance de la magistrature. La magistrature indépendante qui tolère l'abus de son propre pouvoir ne se protège finalement pas, tout au contraire. Il se corrompt de l'intérieur.²⁰³ Nous croyons ainsi que la notion d'une immunité

²⁰³ De même, sur le plan constitutionnel, la Cour suprême qui s'engage avec vigueur sur une voie donnée perd lentement de son caractère judiciaire. Elle ne décide plus des cas individuels par l'application de critères traditionnels, mais développe ses propres politiques législatives et se sert de la hiérarchie judiciaire — et des règles sur l'intérêt à poursuivre — pour mieux les imposer: voir *supra*, no 29. Ensuite, elle se bureaucratise et le processus de corruption — d'éloignement de l'idéal de neutralité — s'accélère. On peut dire aussi que la magistrature qui se sert de son pouvoir de sanctionner l'outrage au tribunal pour empêcher qu'elle soit l'objet de critiques virulentes court le risque de s'écarter de la neutralité. En se défendant, ne défend-elle pas *ses positions*? Et pourquoi la magistrature doit-elle défendre ses positions, ou se défendre même, si elle n'existe que pour résoudre les problèmes des autres? La meilleure défense d'une magistrature neutre ne serait-elle pas toujours la retraite? On a ainsi critiqué avec raison l'emploi du pouvoir de punir pour outrage par la magistrature canadienne: voir Martin, *supra*, note 94. Celui-ci cherche à situer la question de l'emploi du pouvoir de sanctionner l'outrage dans un cadre plus large, qui serait celui d'une idéologie canadienne qualifiée de "*Tory*" et "*pre-capitalist*", qui accorderait un grand respect à l'autorité par le fait même de son existence. En ce faisant, l'auteur semble ignorer la réalité de l'histoire de la magistrature canadienne, objet de virulentes attaques au dix-neuvième siècle, à l'époque où ses membres jouaient des rôles politiques très engagés. Les critiques de la magistrature canadienne sont moins marquées depuis que l'indépendance et la neutralité politique lui ont été imposées, et ce, malgré toute

civile absolue de la magistrature est incompatible avec la notion même de la magistrature, et est fondamentalement injustifiable. C'est pourquoi les décisions étrangères récentes laissent ouverte la possibilité de la responsabilité.²⁰⁴ En tenant responsables les juges qui abusent de leur pouvoir, les membres de la magistrature justifient encore une fois le pouvoir indépendant dont ils sont investis. Ils renforcent l'indépendance de la magistrature.

IV. De la responsabilité dans l'administration de la justice

53.— La question de la responsabilité des juges se situe dans un cadre plus large, qui est celui de la responsabilité de l'État dans l'administration de la justice. Ce dernier sujet dépasse le cadre de cette discussion, mais son rapport avec la question de la responsabilité des juges se doit d'être signalé.

Traditionnellement, l'État au Québec n'a pas été responsable pour les défaillances du système judiciaire. Dans la mesure où l'on percevait ce système comme un simple accessoire de l'État, l'État bénéficiait autrefois de l'immunité de la Couronne. Dans la mesure où la responsabilité découlait de l'acte d'un juge, l'indépendance de la magistrature a été vue comme empêchant la responsabilité pour autrui.²⁰⁵ La fin de l'immunité de la Couronne²⁰⁶ a ouvert la voie à une certaine responsabilité étatique pour l'administration de la justice, pour les actes des officiers non-judiciaires. Comme nous l'avons noté, les services de l'administration de la justice relèvent de l'exécutif et non pas du corps judiciaire.²⁰⁷ En même temps, il semble qu'on s'achemine vers un système de responsabilité étatique pour les erreurs ou fautes judiciaires. Ainsi en 1975, le *Livre blanc sur l'administration de la justice* a recommandé l'instauration d'un système de compensation pour les erreurs judiciaires.²⁰⁸ Depuis lors, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec a affirmé le droit de toute personne "en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé"

question de la qualité de cette magistrature: voir *supra*, nos 8-10. Ce qui suggère que l'autorité de la magistrature ne dépend en rien d'options politiques fondamentales ou même de la qualité de ses jugements, mais plutôt de sa réussite dans la recherche d'une neutralité idéale. Il y aurait là des leçons pour le droit constitutionnel de l'avenir.

²⁰⁴ Voir *supra*, notes 195-7, et texte y correspondant.

²⁰⁵ Voir R. Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois* (1974), t. II, à la p. 1486; G. Pépin & Y. Ouellette *Principes de contentieux administratif* (1979), à la p. 376, et P. Garant, *Droit administratif* (1981), à la p. 924. Cette responsabilité pour autrui peut cependant être admise par l'État. Voir, par exemple, en Australie, *O'Connor c. The State of South Australia* (1976) 14 S.A.S.R. 187 (Supr. Crt) (responsabilité de l'État pour l'acte d'un juge ayant blessé une sténographe en ouvrant trop brusquement une porte du palais de justice).

²⁰⁶ Voir art. 94 C.p.c.

²⁰⁷ Voir *supra*, note 127.

²⁰⁸ Voir *supra*, note 72, aux pp. 240 et 241.

et le droit de tout accusé “d’être jugé dans un délai raisonnable,” et donne droit aux dommages-intérêts pour la violation de ce droit.²⁰⁹ De même la *Charte canadienne des droits et libertés* affirme le droit de tout inculpé “d’être jugé dans un délai raisonnable” et “d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable [. . .] par un tribunal indépendant et impartial”, et ouvre la voie judiciaire pour la réparation de toute violation de ce droit.²¹⁰ Ces textes ne représentent pas un système complet de responsabilité étatique pour les carences du système judiciaire. Mais dans la mesure où le fardeau de ces obligations pèse sur l’État et non pas sur le juge, elles représentent une responsabilité étatique et pour la faute judiciaire et pour l’erreur judiciaire. Dans la mesure où l’État assume ces responsabilités, l’occasion se présente de mieux articuler la responsabilité étatique et la responsabilité du juge individuel. La voie serait ouverte pour une canalisation de toute plainte contre le système judiciaire vers l’État, ou l’organisme responsable pour ce système,²¹¹ et l’exclusion de toute action contre le juge individuel sauf par voie récursoire.²¹²

Conclusion

54.— Le pouvoir exercé par le juge est important, et l’exercice de ce pouvoir est nécessairement libre et irresponsable. Il est normal que tout accroissement de ce pouvoir soit accompagné d’un contrôle plus strict de ses limites, d’où les changements apportés récemment aux régimes de responsabilités civile, pénale et disciplinaire des juges. Il est normal aussi que ces contrôles soient peu utilisés (mais utilisés s’il le faut), car la seule véritable responsabilité de la magistrature est à la mission de juger. La compréhension de cette vérité contribuera à l’indépendance de la magistrature.

²⁰⁹ Voir L.R.Q., c. C-12, arts 23, 32.1 et 49.

²¹⁰ Voir la partie I de l’annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), arts 11 et 24.

²¹¹ Ce qui pourrait être un organisme sous contrôle judiciaire ou partiellement sous contrôle judiciaire, advenant des changements dans le système d’administration de la justice: voir *supra*, note 127. L’assignation d’une cour ou d’un tribunal en tant que tel, comme dans l’affaire du *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec*, *supra*, note 58, pose des problèmes sérieux quant à la personnalité juridique d’une cour et sa relation avec le pouvoir exécutif.

²¹² C’est la solution admise dans plusieurs pays et endossée récemment par l’Union Internationale des Magistrats: voir *in* (1980) 23 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 372.