

L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE : FONDEMENT DU PRINCIPLE ET SON APPLICATION AUX TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS*

Jean Denis Gagnon**
Montréal

En de nombreuses occasions au cours des dernières années, les tribunaux canadiens ont rappelé que le principe de l'indépendance judiciaire est l'une des composantes de notre droit public. Ce principe est reconnu aussi bien aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867, qu'en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés. Vu le rôle nouveau attribué aux cours de justice depuis l'entrée en vigueur de la Charte - elles peuvent maintenant prononcer l'inconstitutionnalité de lois adoptées par le Parlement ou les législatures provinciales ou les actions du pouvoir exécutif, même quant à celles qui se rattachent à des domaines relevant de leur compétence constitutionnelle - il importait au plus haut point que les cours de justice jouissent d'une totale indépendance face au Parlement et aux législatures, de même qu'au pouvoir exécutif.

Mais qu'en est-il de l'indépendance des tribunaux administratifs ? L'indépendance de ces tribunaux et de ceux qui les composent paraît bien précaire. Au Canada, ce principe ne leur est généralement applicable qu'à titre de composante de la justice naturelle, principe de Common Law, dont la portée peut être réduite par voie législative. En outre, même lorsque la notion d'indépendance judiciaire leur est applicable, les garanties qui en découlent sont infiniment moindres que celles qui sont reconnues aux tribunaux judiciaires. Vu leur rôle qui les amène bien souvent à décider de causes auxquelles l'État lui-même est partie, il importe au plus haut point que le principe de l'indépendance judiciaire soit mieux affirmé en ce qui concerne les tribunaux administratifs.

Often, in recent years, Canadian courts have reminded us that the principle of judicial independence is part of our public law. This principle is recognised both in terms of the Constitution Act of 1867 and of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Considering the expanded role of the court system since the Charter's implementation – courts can now rule on the constitutionality of federal and provincial laws or government action – it had become vitally important that courts be totally independent

* Cet article est une version modifiée d'un texte paru dans un ouvrage collectif intitulé *Mélanges Jean Pineau*, Les Éditions Thémis inc., 2003.

** Jean Denis Gagnon, professeur honoraire, faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

from Parliament, from provincial legislatures and from government.

But what about the independence of administrative tribunals? The independence of these tribunals seems fairly precarious. In Canada, this principle is generally applied to tribunals as a component of natural justice, a common law principle whose significance can be limited by legislative means. And even when the notion of judicial independence can be applied to tribunals, the guarantees are infinitely smaller than those applied to courts. As they must often judge cases where the state itself is a party, it becomes just as vitally important that the judicial independence of tribunals be strengthened.

<i>Introduction</i>	896
<i>I. Les fondements du principe de l'indépendance judiciaire en droit canadien et québécois</i>	899
<i>A. Les articles 99 et 100 de la Loi constitutionnelle de 1867</i>	899
<i>B. Le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867</i>	900
<i>C. L'alinéa 11 d) de la Charte canadienne des droits et libertés</i> ..	902
<i>D. La séparation des pouvoirs et l'indépendance judiciaire</i>	903
<i>E. L'indépendance des tribunaux:</i>	
<i>composante de la justice naturelle</i>	909
<i>F. L'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne</i> ..	912
<i>II. L'indépendance judiciaire et les tribunaux administratifs</i>	913
<i>A. Les fondements de ce principe quant aux tribunaux administratifs</i>	913
<i>B. Les composantes de l'indépendance judiciaire appliquées aux tribunaux administratifs</i>	916
1. <i>La période pendant laquelle les membres des tribunaux demeurent en fonction</i>	917
2. <i>La sécurité financière</i>	922
3. <i>L'indépendance institutionnelle</i>	923
<i>Conclusion</i>	924

Introduction

Au cours des dernières années, la Cour suprême du Canada et les cours d'appel du pays ont prononcé de nombreux arrêts portant sur le principe de l'indépendance judiciaire. Certains de ces jugements, dont l'un rendu récemment dans l'affaire *Ocean Port Hotel c. Colombie-Britannique*¹, ont trait à son application en ce qui concerne les tribunaux administratifs. On ne saurait s'étonner que cette notion qui, il y a peu, était rarement évoquée

¹ [2001] 2 R.C.S 781.

devant les tribunaux, présente maintenant un intérêt accru. Les interventions de l'État dans des champs d'activités dont il était jadis absent ont fait naître de nombreuses situations où ses actions peuvent être contestées devant les tribunaux. Il importe donc au plus haut point que ceux qui doivent juger de ces causes jouissent d'une grande indépendance et n'aient pas à craindre de réactions négatives à leur endroit, à la suite de leurs décisions. Il en est ainsi tout particulièrement en ce qui concerne les membres des tribunaux administratifs qui doivent bien souvent décider de litiges qui intéressent l'État au plus haut point.

Aussi bien lorsqu'il agit en vertu de la prérogative royale², que lorsqu'il exerce les fonctions diverses que la loi lui confère³, les initiatives et décisions du Gouverneur Général en conseil, ou de son équivalent dans les provinces, ne sont pas à l'abri du contrôle judiciaire, tout au moins dans les cas où l'on prétend qu'il a agi sans pouvoir ou compétence, ou ne s'est pas conformé aux règles de justice naturelle. Par ailleurs au Canada, tout comme au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle Zélande⁴, certains facteurs fréquemment invoqués pour demander l'annulation des décisions des commissions, régies, ou tribunaux administratifs se retrouvent rarement dans les causes portées devant les tribunaux, concernant les actions du Gouvernement. On songe ici tout particulièrement à des contestations des actions de l'Exécutif qui auraient comme fondements leur caractère arbitraire ou déraisonnable, les considérations étrangères sur lesquelles elles seraient fondées, ou la mauvaise foi dont elles seraient entachées.

Parmi les divers facteurs qui sont à la source de la multiplication des situations où les tribunaux canadiens sont amenés à juger de la validité, tant des lois du Parlement ou des législatures provinciales, que des actions entreprises par l'Exécutif, on doit certes faire état de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. Jusqu'alors, les situations où les tribunaux devaient juger de la validité d'une loi adoptée par le Parlement, ou par une législature, étaient limitées. Les lois et les actions entreprises par les gouvernements en vue d'assurer leur mise en

² *Operation Dismantle c. Canada* [1985] 1 R.C.S. 441.

³ *Canada c. Inuit Tapirisat du Canada* [1980] 2 R.C.S. 735.

⁴ Voir à ce sujet Sir A. F. Mason, « Judicial Independence and the Separation of Powers—Some Problems Old and New » (1990) 24 U.B.C. L. R. 345, à la page 356: “In the United Kingdom, Canada, Australia and New Zealand prerogative powers are no longer immune from review. Likewise, the exercise of statutory power vested in the Governor in Council is not beyond judicial review, at least not for jurisdictional defect or for denial of natural justice where there is a duty to accord it. In Canada, Australia and New Zealand it has been acknowledged that in some situations Cabinet decisions might be justiciable”. Et il écrit par ailleurs: “there is no recorded instance of judicial review of a Cabinet decision for bad faith, irrelevant considerations or unreasonableness”.

oeuvre pouvaient certes être contestées, mais uniquement, semble-t-il, dans la mesure où ils tentaient d'agir dans des domaines d'activités se situant à l'extérieur de leur champ de compétence, tel que délimité par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le cadre de la fédération canadienne, les lois ou initiatives diverses de l'autorité publique n'étaient, à toutes fins utiles, déclarées invalides que lorsqu'elles n'étaient pas conformes au partage des compétences tracé par la constitution.

Tout autre est la situation depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avec l'adoption de ce texte constitutionnel, les occasions d'intervention des cours se sont grandement accrues. Désormais, une loi adoptée par le Parlement ou une législature, même dans son domaine de compétence, ou une action de l'un des gouvernements, peuvent être contestées, si elles ne sont pas conformes aux principes fondamentaux affirmés dans ce texte constitutionnel.

Le rôle nouveau assumé par les cours ne fait pas nécessairement l'unanimité. Dans les médias, et même dans les milieux juridiques⁵, certains s'insurgent contre la possibilité que les tribunaux, composés de membres non élus, puissent invalider des lois ou des actions gouvernementales, surtout lorsque leurs jugements fondés sur l'article 1 de la *Charte* les amènent à déterminer si la restriction de certains droits ou libertés découlant d'une loi, ou d'une action gouvernementale, est acceptable dans une *société libre et démocratique*. Dans ces cas, la sagesse même de la loi ou de l'action gouvernementale peut être mise en cause ; et un nombre sûrement non négligeable de canadiens considèrent que le rôle des tribunaux s'accroît aux dépens des institutions démocratiques dont les membres élus doivent rendre compte du zèle, de la compétence et de la sagesse dont ils ont fait montre dans l'exercice de leurs fonctions. Suprématie du Parlement, ou suprématie des juges ; laquelle doit prévaloir ? Cette question ne se pose pas uniquement en droit canadien, mais ailleurs, et plus particulièrement au Royaume-Uni, depuis l'adoption

⁵ Même parmi les juges, certains expriment des réserves concernant le rôle nouveau qui leur est confié depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve et du Labrador *Newfoundland Association of Public Employees v. R.* [2002] N.L.C.A. 72 (C.A. T.-N.), qui a fait couler beaucoup d'encre depuis lors. Le juge Marshall, qui rédige l'opinion unanime de la Cour, mentionne en ce qui concerne le rôle confié aux tribunaux en vertu de l'article 1 de la *Charte* qu'il ne les habilite pas à se substituer aux organes de l'État composés de membres élus. Selon lui, le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les cours de justice, se substituant en quelque sorte au Parlement ou à l'une des législatures, décident qu'une mesure adoptée par eux, ou par l'un des gouvernements est inconstitutionnelle, sous prétexte qu'une autre solution possible aurait été davantage compatible avec les droits et libertés reconnus par la *Charte*. Le juge Marshall demande en réalité à la Cour suprême du Canada de revoir les principes qu'elle a affirmés dans l'arrêt *R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103.

du *Human Rights Act 1998* ⁶.

L'évolution du droit public canadien depuis l'avènement de la *Charte* en 1982 suffit à faire comprendre l'importance que revêt maintenant le principe de l'indépendance judiciaire. Pour assumer pleinement leur rôle nouveau, il importe plus que jamais auparavant, que les tribunaux jouissent d'une réelle indépendance face aux autres organes de l'État. Mais s'agit-il uniquement des tribunaux judiciaires, ou ne devrait-on pas considérer que les tribunaux administratifs, bien souvent saisis de causes intéressant l'État devraient être assurés de garanties semblables ?

Les points de vue retenus par les tribunaux canadiens dans leurs jugements portant sur l'indépendance judiciaire varient considérablement. Quel est le fondement de ce principe quelle est la portée de la protection constitutionnelle dont il fait l'objet, et quelles garanties comporte-t-il ? Puis, quels que soient son fondement dans notre droit et les garanties qui s'y rattachent, jusqu'à quel point l'indépendance judiciaire est-elle de rigueur en ce qui concerne les tribunaux administratifs ? Ces diverses questions sont abordées dans les pages qui suivent. La première partie de ce texte porte sur les fondements de l'indépendance judiciaire en droit canadien et québécois ; et la seconde, sur l'application que ce principe reçoit en ce qui concerne les tribunaux administratifs.

1. Les fondements du principe de l'indépendance judiciaire en droit canadien et québécois

Le principe de l'indépendance judiciaire est affirmé dans divers textes de la Constitution canadienne, les uns contenus aux article 96 à 100, de même que dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et un autre tout au moins dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à son *alinéa* 11d. En outre, dans certains arrêts les tribunaux se sont reportés à des notions générales, telles la séparation des pouvoirs, ou la justice naturelle, pour affirmer son existence. Enfin, en ce qui concerne le droit québécois le principe de l'indépendance judiciaire est reconnu à l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

A. Les articles 99 et 100 de la Loi constitutionnelle de 1867

L'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* affirme le principe de l'inamovibilité des juges des cours supérieures, et son article 100 prévoit que les salaires des juges des trois catégories de cours mentionnées à l'article 96 sont *fixés et payés par le Parlement du Canada*. Tel que reconnu par les juges de la majorité dans le *Renvoi relatif à la*

⁶ Voir à ce sujet Richard Ekins, « Judicial Supremacy and The Rule of Law » (2003) 119 L.Q.Rev. 127.

*rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*⁷, ces dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visent cependant que les juges des cours mentionnées à son article 96, c'est-à-dire ceux des cours supérieures, de district ou de comté. Ainsi donc, elles n'offrent pas de protection particulière aux juges des cours provinciales en cause dans cet arrêt, et certes pas davantage aux membres des divers tribunaux administratifs existant au Canada.

B. Le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867

Suivant l'opinion de la majorité dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*⁸, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne doit pas être vu comme un texte purement déclaratoire ne servant qu'à éclairer le sens des dispositions de la constitution, et n'ayant par lui-même que peu d'effets juridiques. Cela étant, la Cour considère, en ce qui a trait à l'indépendance judiciaire, qu'une loi anglaise traitant de ce sujet, qui était antérieure à 1867, fait en quelque sorte partie du droit public canadien.

La nécessaire indépendance des tribunaux et de ceux qui les composent a été reconnue en droit anglais dès 1701, lors de l'adoption de *The Act of Settlement*⁹. Suivant cette loi, le salaire des juges des cours supérieures doit être garanti; et ils doivent en outre être nommés durant bonne conduite - *quamdiu se bene gesserint* - et non plus selon le bon plaisir de la Couronne. Le juge en chef Lamer, c'était là sa fonction à l'époque, qui expose le point de vue de la majorité dans le *Renvoi* soutient que les principes affirmés dans cette loi anglaise ont été reçus en droit constitutionnel canadien par l'effet du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans lequel il est précisé que le Canada sera régi par une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni. La majorité reconnaît que la loi anglaise déjà mentionnée ne garantissait l'indépendance judiciaire qu'en ce qui concerne les membres des cours supérieures. Cependant le juge Lamer écrit :

[N]otre Constitution a évolué avec le temps. Tout comme notre compréhension des droits et des libertés a progressé, à tel point qu'ils ont été expressément constitutionnalisés par l'édiction de la Loi constitutionnelle de 1982. L'indépendance de la magistrature est devenu un principe qui vise maintenant tous les tribunaux, et non seulement les cours supérieures du pays¹⁰.

⁷ [1997] 3 R.C.S. 3.

⁸ *Ibid.*

⁹ Le titre véritable de cette loi est le suivant: *An Act for the further Limitation of the Crown, and better Securing the Rights and Liberties of the Subject*, 12-13 William III (1701).

Dans un article paru peu après ce jugement - *L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance*¹¹ - les professeurs J. Leclair et Y.-M. Morissette (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec) estiment que la thèse adoptée par l'ex-juge en chef Lamer dans *le Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*¹² est sans fondement. Reprenant le point de vue exposé par le juge La Forest, dissident dans cette même affaire¹³, ils considèrent que les juges canadiens ne peuvent se reporter au préambule de la Constitution de 1867, à titre de fondement de leurs décisions d'annuler des dispositions législatives qui seraient contraires au principe de l'indépendance judiciaire. Ils rappellent à cet égard qu'en droit anglais le principe de la souveraineté parlementaire nie (ou n'ait auparavant jusqu'à l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, 1998) toute possibilité aux juges anglais de contrôler judiciairement la constitutionnalité des lois¹⁴. En réalité, la seule sanction qui pouvait être applicable, dans l'hypothèse où le Parlement du Royaume-Uni portait atteinte au principe de l'indépendance judiciaire, était politique, et non pas judiciaire. Cela étant, le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 ne pourrait être invoqué, selon eux, pour conférer aux juges canadiens un pouvoir dont leurs homologues anglais n'avaient pas été eux-mêmes investis.

Même si l'opinion qui se dégage du jugement de la majorité de la Cour dans le *Renvoi* ne semble pas faire l'unanimité dans le monde juridique, il ne fait pas de doute qu'elle sera désormais suivie par les tribunaux dans les causes où l'indépendance judiciaire sera l'un des points en litige, et ce jusqu'à ce que la Cour suprême adopte un point de vue différent, hypothèse qui ne saurait être écartée.

¹⁰*Supra* note 7 à la page 76.

¹¹ [1998] 36 Osgoode Hall L.J. 485.

¹² *Supra* note 7. Le point de vue du juge Lamer portant sur cette question est exposé aux pages 68 et suivantes.

¹³*Supra* note 7 aux pages 179 et 180. Le juge La Forest écrit à ce sujet :

L'idée qu'il existait des limites applicables au pouvoir du Parlement britannique de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire au moment de la Confédération est donc historiquement fautive. En exprimant le désir d'avoir une constitution "semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni", les rédacteurs de la Loi constitutionnelle de 1867 n'ont pas donné aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi portant atteinte au principe de l'indépendance de la magistrature. Ils ont toutefois effectivement constitutionnalisés les éléments fondamentaux de l'indépendance judiciaire énoncés dans l'Act of Settlement, de manière à permettre aux tribunaux de prendre des mesures contre les atteintes à ce principe. Cependant, c'est au moyen des articles 99 et 100 de la Loi constitutionnelle de 1867, et non du préambule, qu'ils l'ont fait.

¹⁴ *Supra* note 11 à la page 497.

C. *L'alinéa 11 d) de la Charte canadienne des droits et libertés*

Parmi les textes constitutionnels qui traitent de l'indépendance judiciaire, les tribunaux ont accordé une importance particulière à l'alinéa 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui tout comme les autres dispositions contenues à ce même article, garantit certains droits à celui qui est inculqué d'une infraction ou d'un acte criminel¹⁵. La règle inscrite à l'alinéa 11 d) consacre le droit pour toute personne à *une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé*. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*¹⁶, les juges de la majorité étendent sa portée et affirment que

Loin d'indiquer que l'indépendance des juges des cours provinciales n'est consacré dans la Constitution que pour les cas où ces cours exercent une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation, l'al. 11d) atteste l'existence d'un principe général d'indépendance de la magistrature qui s'applique à tous les tribunaux, sans égard au type d'affaires qu'ils entendent¹⁷.

Cette interprétation de l'alinéa 11d) était certes de nature à engendrer une certaine surprise. Suivant le texte même de cette disposition, son application semblait devoir être limitée. On pouvait croire en effet qu'elle ne serait de rigueur que dans des causes criminelles ou pénales. En outre, si l'alinéa 11d) reconnaît la nécessité de l'indépendance judiciaire, ce n'est pas à l'avantage des juges, mais plutôt pour l'inculpé. Ce sens qui semble se dégager du texte de cette disposition est d'ailleurs celui que retient le juge La Forest dans le même *Renvoi* :

La garantie d'indépendance judiciaire prévue à l'alinéa 11d) bénéficie aux personnes jugées et non aux juges (...) L'alinéa 11d) n'accorde donc pas aux juges le niveau d'indépendance auquel ils estiment avoir droit. Il leur garantit plutôt uniquement le degré d'indépendance nécessaire pour faire en sorte que les inculpés subissent un procès équitable¹⁸.

Ce point de vue a été réaffirmé récemment par la Cour suprême dans la *Demande fondée sur l'article 83.28 du Code criminel (Re)*¹⁹. La majorité des juges estiment dans cette cause que l'appelant ne pouvait invoquer l'article 11(d) de la *Charte canadienne* parce qu'il n'était pas

¹⁵ Une garantie semblable est contenue à l'article 2 f) de la *Déclaration canadienne des Droits*, L.R.C., (1985), App.III.

¹⁶ *Supra* note 7.

¹⁷ *Supra* note 7 à la page 77.

¹⁸ *Supra* note 7 à la page 188.

¹⁹ [2004] 2 R.C.S. 248, 293.

inculpé, donnant ainsi clairement à entendre que cette disposition ne peut être invoquée à titre de fondement de l'indépendance judiciaire, lorsqu'il s'agit de l'application de cette notion aux tribunaux judiciaires, autres que ceux qui interviennent dans des affaires criminelles ou pénales.

Comme on peut le constater à la lumière de ce qui précède, deux modes d'interprétation des textes constitutionnels s'opposent. L'un, celui de la majorité dans le *Renvoi*, est marqué d'un esprit créatif, certains diront inventif, lorsqu'il s'agit d'interpréter la constitution ; l'autre exposé par le juge La Forest dans cette même affaire et repris par la majorité dans l'arrêt *Demande fondée sur l'article 83.28 du Code criminel (Re)* est davantage conforme aux règles qui reçoivent généralement application, en matière d'interprétation des textes de lois, incluant les textes constitutionnels.

D. La séparation des pouvoirs et l'indépendance judiciaire

Dans certains arrêts, on songe tout particulièrement à l'opinion du juge Lamer dans l'affaire *Cooper c. Canada*²⁰, et au jugement de la Cour d'appel du Québec dans la cause *Conseil de la Magistrature du Québec c. la Commission d'accès à l'information*²¹, on affirmait que la séparation des pouvoirs est un principe reconnu en droit constitutionnel canadien et que, par voie de conséquence, l'indépendance judiciaire, qui est l'une de ses composantes, jouit de la protection constitutionnelle²².

Toujours, dès qu'elle est évoquée, la notion de séparation des pouvoirs, nous rappelle l'ouvrage *De l'Esprit des lois* de Montesquieu. Cet auteur du XVIII^e siècle, vivant dans une France pré-révolutionnaire, où la monarchie était encore triomphante, a cru trouver en Angleterre un système politique dont les autres nations avaient intérêt à s'inspirer. Dans son ouvrage, il reprenait, en le développant, un thème, que le philosophe Locke avait abordé avant lui. Soucieux des libertés, l'un et l'autre, et d'autres après eux, jugeaient qu'elles sont menacées, lorsque les pouvoirs de l'État sont concentrés en une, ou quelques personnes. Dans ses *Two Treatises on Government*, publiés avant la révolution parlementaire (1688-1689) qui devait instaurer la monarchie constitutionnelle en Angleterre, Locke s'intéressait principalement aux relations entre les pouvoirs législatif et exécutif. Les fonctions législative et exécutive ne doivent pas être confiées aux mêmes personnes, écrivait-il, car s'il en était ainsi, les

²⁰ [1996] 3 R.C.S. 854.

²¹ [2000] R.J.Q. 638 (C.A. Qué.).

²² *Supra* note 20 à la page 871. Le juge Lamer écrivait dans le premier de ces arrêts : « L'une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne est, à mon avis, la séparation des pouvoirs ». Il nuancait par la suite cette affirmation ajoutant : « Cependant, l'absence d'une séparation absolue des pouvoirs ne signifie pas que le droit constitutionnel canadien ne reconnaît ni n'appuie une certaine notion de séparation des pouvoirs ».

législateurs pourraient être tentés d'élaborer des lois à leur convenance, et de se libérer d'obligations ou règles de conduite qu'ils imposeraient aux autres²³.

Dans son ouvrage *De l'Esprit des lois*, Montesquieu s'élevait contre toute forme de gouvernement permettant à quelques-uns d'exercer les trois pouvoirs de l'État. Il écrivait :

[C]'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! La vertu même a besoin de limites.

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet.

Et il précisait en ce qui concerne le pouvoir judiciaire :

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers²⁴.

Vu l'origine de notre droit public dérivé du droit anglais, il n'est pas sans intérêt de voir si le principe de la séparation des pouvoirs qui retient ici l'attention est observé au Royaume-Uni.

Qu'en est-il de ce principe en droit public britannique ? L'historien du droit W. Holdsworth : *A History of English Law*²⁵ répond à cette question.

²³ John Locke, *The Second Treatise of Government*, chapitre 12, N^o 143 (Mentor: Penguin Books U.S.A. Inc., 1993) à la page 335. Locke écrit:

Because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons who have the power of making laws to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community, contrary to the end of society and government ...

²⁴ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XI, chapitres IV et VI. Gallimard, collection folio/essai, 1995. Volume I, aux pages 326 et 328.

Au Royaume-Uni, et ailleurs où son droit constitutionnel a exercé une influence déterminante, il n'y a pas de véritable séparation des pouvoirs. Holdsworth souligne l'importance accrue des titulaires du pouvoir exécutif. Ces derniers, recrutés parmi les membres de la Chambre des Communes, suivant une convention constitutionnelle, sont en réalité les principaux législateurs²⁶. Ce sont eux, les ministres, qui élaborent et conçoivent les grands projets de lois qui doivent être présentés au Parlement, pour fins d'adoption. En outre, il importe de le rappeler, la suprématie du Parlement est en réalité incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs, puisqu'elle assujettit l'Exécutif au contrôle que le Parlement exerce sur son activité.

Au Royaume-Uni, des changements constitutionnels sont en cours. Le monde politique de ce pays redécouvre la notion de la séparation des pouvoirs. L'entrée en vigueur du *Human Rights Act* de 1998, suivant lequel la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* devenait partie intégrante du droit public de ce pays, est à l'origine de ces préoccupations nouvelles. Les juges anglais ont désormais un pouvoir qui ne leur avait jamais été reconnu dans le passé, soit celui de déterminer si un texte de loi est compatible ou non avec les dispositions d'un texte ayant valeur constitutionnelle, soit la *Convention européenne*. En raison du rôle nouveau qui leur est dévolu, on estime en certains milieux que le mode de nomination des juges doit être revu.

Parmi les grandes nations occidentales, ce sont de toute évidence les Etats-Unis qui ont été davantage soucieux d'observer le principe de la séparation des pouvoirs. Les constitutionnalistes américains considéraient que la liberté des citoyens ne peut être assurée que dans la mesure où les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont confiés à des personnes ou institutions différentes. Dans leurs essais publiés dans la revue *The Federalist*, Alexander Hamilton et James Madison insistent sur la relation existant entre la liberté des citoyens et la séparation des pouvoirs de l'État. Suivant la constitution américaine, le président, et les membres du Congrès, doivent leurs mandats à des élections différentes. Le président peut appartenir à un groupe politique, et la majorité des membres de l'une ou l'autre chambre du congrès, ou des deux, à un autre ; et ceux qui exercent le pouvoir exécutif avec le président sont choisis par lui, et non pas issus du congrès.

Cependant, même aux Etats-Unis, le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas observé de façon absolue. Les auteurs soulignent à cet

²⁵ W. Holdsworth, *A History of English Law*, Sweet and Maxwell, Vol. X.

²⁶ *Ibid.* p. 723. Holdsworth écrit : "At present day the power of cabinet, i.e. the executive, over the House of Commons is enormous. The Crown and the House of Lords have ceased to provide any substantial check upon the power of a cabinet backed by a docile majority in the House of Commons ...".

égard que le président qui incarne le pouvoir exécutif peut intervenir dans le processus législatif. La faculté qui lui est reconnue d'opposer un *veto* aux lois votées par le Congrès constitue une limite à la séparation des pouvoirs, tout comme le pouvoir des tribunaux de statuer sur la validité des lois, ou des initiatives ou actions émanant du pouvoir exécutif²⁷.

Q'en est-il du principe de la séparation des pouvoirs en droit public canadien ? Dans l'arrêt *Re Residential Tenancies Act, 1979*²⁸, la Cour suprême, par la voix de son juge en chef d'alors, affirmait que ce principe est étranger à notre droit :

²⁷ Voir à ce sujet Russell K. Osgood, « Governmental Functions and Constitutional Doctrine : The Historical Constitution » (1986-1987) 72 Cornell L. Rev. 553. "The President plays a legislative role in vetoing or approving proposed legislation. Judicial review by the courts presupposes scrutiny of the validity of the executive and legislative branches' actions. Finally, Congress has the power to block certain appointments, reject treaties and other executive agreements, and control to some extent the jurisdiction and structure of the federal courts". (Aux pages 563 et 564.) Voir aussi Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2d ed. (Mineola, New York: The Foundation Press Inc., 1988). Le professeur Tribe écrit aux pages 18 et 19 :

Although the late nineteenth century Supreme Court expressed a wooden notion that each branch must «be limited to the exercise of the powers appropriate to its own department and no other», that view has since been properly understood as indefensibly extreme. After all, the Constitution on its face contemplates that the Executive will perform a «legislative» function when exercising the power to veto legislation ; that the House will indict and the Senate adjudicate in cases of impeachment ; and that the Supreme Court will «make» such law as it must in expounding or modifying the corpus of federal legal principle pursuant to its exercise of the judicial power under article III.

Et il poursuit plus loin à la page 20:

"Thus, along both dimensions, that of federalism as well as that of separation of powers, it is institutional interdependence rather than functional independence that best summarizes the American idea of protecting liberty by fragmenting power".

Voir cependant J.J. Darby, *Garanties et limites à l'indépendance et à l'impartialité du juge aux Etats-Unis d'Amérique* [2003] 55 R.D.I.C. 351. Cet auteur écrit à la page 362 :

Aux Etats-Unis, nous sommes fiers d'avoir, durant 200 ans, encouragé les juges à être à la fois indépendants et responsables. Notre histoire a montré qu'aucune branche du gouvernement ne dispose d'un monopole de la sagesse. Des erreurs ont été faites par les trois branches coordonnées du gouvernement.

Ceci est inévitable dans les affaires publiques, la conséquence de la faillibilité de la nature humaine. Les fondateurs de la République Américaine ont pris tout cela en considération lorsqu'ils ont établi la doctrine de la séparation des pouvoirs comme clé de voûte de l'architecture institutionnelle de la Constitution des Etats-Unis. Dans la culture juridique américaine, la séparation des pouvoirs signifie à la fois indépendance et interdépendance. C'est en cela que réside l'ordre constitutionnel des Etats-Unis.

²⁸ [1981] 1 R.C.S. 714.

Comme le professeur Hogg l'a souligné dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977), à la page 129, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 ne prévoit pas «une séparation générale des pouvoirs». Notre constitution ne sépare pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, et insiste que chaque secteur de gouvernement n'exerce que ses propres fonctions. Ainsi, il est évident que la législature de l'Ontario peut attribuer des fonctions non judiciaires aux cours de l'Ontario et, sous réserve de l'art. 96 de l'A.A.N.B. qui est au centre du présent pourvoi, attribuer des fonctions judiciaires à un organisme qui n'est pas une cour²⁹.

Les auteurs canadiens de droit public sont généralement du même avis³⁰. L'assujettissement du pouvoir exécutif au pouvoir législatif, en

²⁹ *Supra* note 28 à la page 728.

³⁰ Dans son ouvrage intitulé : *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government* (McCraw-Hill Ryerson, Toronto, 1987) aux pages 89 et 90, Peter Russell écrivait :

The separation of powers as a principle requires that the main functions of government—namely, the executive, legislative and judicial functions—be assigned to different branches and that these branches be staffed by totally separate groups of state officials. As far as executive-legislative relations are concerned, there is little room for the application of this principle in Canada with a parliamentary-cabinet system of government in which the executive is headed by the leaders of the strongest party in the legislature. However, the principle applies much more to the judiciary and its relationship with the other branches of government.

L'auteur P. Hogg expose un point de vue semblable dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1997) à la page 24.

Dans son ouvrage *Droit constitutionnel canadien-Principes*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1993, à la page 87, le professeur André Tremblay traitait en ces termes de la séparation des pouvoirs en droit canadien :

S'il n'y a pas de séparation des pouvoirs de manière rigide, il n'y a pas non plus monopole des pouvoirs par l'un ou l'autre organe de l'État. Il y a équilibre des pouvoirs ou plus justement surveillance des pouvoirs. C'est d'un consensus entre les pouvoirs que résultent les décisions étatiques, d'où la nécessité d'organiser une série de contrôles, de mesures de surveillance et de procédures, pour qu'aucun pouvoir ne risque d'aller trop loin. La formule des checks and balances, «freins et contrepoids» traduit la situation. En définitive, c'est le citoyen qui profite de l'absence de monopole du pouvoir par un organe de l'État.

Enfin, dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1999) aux pages 76 et 77, les auteurs D.P. Jones et A. S. de Villars exposent des vues qui fragilisent le principe de l'indépendance judiciaire en droit canadien. Ils écrivent à ce sujet :

In theory, either the Federal Parliament or a provincial legislature could abolish the courts or abridge all or any part of their jurisdiction. Unlike the position under the Constitution of the United States, there is no constitutional guarantee in Canada that there will be independent courts with an irreducible minimum jurisdiction. Thus, in Canada, at least certain «judicial functions» can be created by legislation, but delegated to someone other than a judge sitting in a courtroom.

vertu du principe de la responsabilité ministérielle, est incompatible avec une véritable séparation des pouvoirs, tout comme le rôle prédominant assumé par les ministres, acteurs importants dans le domaine législatif, à titre de membres de la Chambre des communes, ou des diverses législatures provinciales.

Ce qui précède se concilie difficilement avec les propos de l'ex-juge en chef Lamer dans l'arrêt *Cooper c. Canada*³¹. Dans cet arrêt, le juge Lamer ne dit mot de l'opinion exprimée par le juge Dickson dans l'arrêt mentionné ci-dessus et se réfère plutôt au passage suivant des notes du même juge dans l'affaire *Fraser c. C.R.T.F.P.*³².

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement - le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi ; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques ; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques³³

Malgré leurs différences apparentes, les opinions du juge Dickson dans les causes que l'on vient de mentionner ne sont aucunement contradictoires. La première porte sur le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il a toujours été compris dans la littérature politique et juridique. Le juge Dickson constate qu'au Canada certaines personnes peuvent exercer des fonctions de nature diverse. Des juges peuvent être investis de fonctions autres que judiciaires ; et un organisme qui n'est pas une cour, peut exercer des fonctions judiciaires. Une telle situation est de toute évidence incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs, qui exige précisément que la personne ou l'organisme, qui est investi d'une fonction se rattachant à l'un des trois pouvoirs de l'État n'exerce que celle-là, et ne soit en aucun cas habilité à agir dans les deux autres sphères.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Fraser*, le juge Dickson se bornait à rappeler qu'il existe trois pouvoirs distincts au Canada ; et précisait le rôle habituel de chacun, sans cependant aucunement mentionner que la Constitution, ou le droit public canadien, s'oppose à ce que les titulaires de l'un d'eux exercent de façon incidente des fonctions autres que celles qui incombent aux titulaires du pouvoir auquel ils appartiennent, comme l'exigerait le principe de la séparation des pouvoirs, s'il était appliqué dans toute sa rigueur.

Against this theoretical position, however, it is important to note the existence in Canada of a political convention acknowledging the desirability of the existence of courts which in fact are independent and to whom a very wide range of judicial and administrative functions are delegated.

³¹ *Supra* note 20.

³² [1985] 2 R.C.S. 455.

³³ *Supra* note 32 aux pages 469 et 470.

Les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Cooper* avaient essentiellement pour but, semble-t-il, d'établir que les tribunaux administratifs se rattachent au pouvoir exécutif, et non pas au pouvoir judiciaire, et que de ce fait, ils seraient généralement impuissants à se prononcer sur la conformité des lois, ou des initiatives prises par le pouvoir exécutif, avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui concerne ses affirmations même nuancées, concernant l'application du principe de la séparation des pouvoirs, elles ne sauraient suffire à convaincre le monde juridique que ce principe fait partie, en quelque manière que ce soit, de la constitution canadienne.

Très récemment la Cour suprême a eu l'occasion de traiter à nouveau du principe de la séparation des pouvoirs dans la cause *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*³⁴. La majorité des juges semblent endosser le point de vue qui se dégage des notes du juge Dickson dans les arrêts *Re Residential Tenancies Act* et *Fraser*, lorsque lus en parallèle. Les juges Iacobucci et Arbour écrivent à ce sujet :

Bien que la Constitution ne prévoit pas expressément la séparation des pouvoirs (...), les tribunaux ont fréquemment signalé l'existence d'une séparation fonctionnelle entre les branches exécutive, législative et judiciaire³⁵.

À l'opposé des autres composantes de la séparation des pouvoirs, l'indépendance judiciaire est un principe reconnu en droit public canadien. Les motifs exposés auparavant qui amènent les auteurs à considérer que la séparation des pouvoirs n'est pas un principe reconnu en droit constitutionnel britannique valent également pour ce qui est du droit canadien. Le rôle prédominant assumé par les détenteurs du pouvoir exécutif au sein du Parlement et des législatures provinciales, leurs interventions décisives lorsqu'il s'agit de la nomination des juges, et d'une certaine façon, les principes mêmes de la suprématie du Parlement et de la responsabilité ministérielle, paraissent inconciliables avec le principe de la séparation des pouvoirs, tel que les philosophes et essayistes politiques l'ont compris.

E. L'indépendance des tribunaux: composante de la justice naturelle

Outre les textes constitutionnels et quasi-constitutionnels auxquels on s'est reporté auparavant dans ce texte, il importe de rappeler une autre source particulièrement importante en ce qui concerne les tribunaux administratifs, qui a été retenue comme fondement du principe de l'indépendance applicable aux organismes investis de fonctions judiciaires. Dans les arrêts *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging*

³⁴ (2003) 3 R.C.S. 3.

³⁵ *Supra* note 34 au paragraphe 33.

*Ltd*³⁶ et *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*³⁷, la Cour suprême considère que, tout comme la règle de l'impartialité, l'indépendance judiciaire fait partie intégrante de notre droit public, à titre de composante de la justice naturelle. L'ex-juge en chef Lamer écrivait à ce sujet dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée* :

L'indépendance des juges est un principe reconnu depuis longtemps dans notre droit constitutionnel ; elle fait également partie des règles de justice naturelle, même en l'absence de protection constitutionnelle³⁸.

Quelle est la signification de l'indépendance judiciaire, comme composante de la justice naturelle, et quelles exigences comporte-t-elle? On considère qu'un tribunal est constitué d'une façon conforme à ce principe, si ses membres sont libres de décider des litiges dont ils sont saisis, conformément à la loi, étant à l'abri de toute influence indue, et sans avoir à craindre les conséquences, négatives pour eux, qui pourraient découler leurs décisions. L'indépendance d'un tribunal est réalisée, si les conditions faites à ceux qui le composent et les structures à l'intérieur desquelles ils exercent leurs fonctions ne sont pas de nature à influencer sur leur impartialité.

Un rapport étroit existe entre l'indépendance judiciaire et l'impartialité. Cependant, ce sont là deux notions distinctes. On peut très bien imaginer qu'une personne membre d'un tribunal constitué d'une façon conforme au principe de l'indépendance judiciaire soit partielle à l'occasion d'une affaire particulière qui lui est déférée; et à l'opposé, on peut croire qu'une autre appartenant à un tribunal, qui ne serait pas indépendant, déciderait en toute impartialité des causes dont elle serait saisie. L'impartialité réfère à un état d'esprit du juge, lorsqu'il entend une affaire, ou en décide. La décision qu'il doit rendre doit lui être en quelque sorte indifférente. Aucun motif d'intérêt personnel, aucun préjugé, ni sentiment particulier à l'endroit des parties, ne doit l'inciter à favoriser l'une d'elles.

L'indépendance signifie bien autre chose. Comme l'écrit le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*³⁹:

Le terme "independant" à l'al. 11 d) reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des

³⁶ [1990] 1 R.C.S. 282.

³⁷ [1995] 1 R.C.S. 3.

³⁸ *Supra* note 37 à la page 49.

³⁹ [1985] 2 R.C.S. 673.

conditions ou garanties objectives⁴⁰.

Les relations des tribunaux et de leurs membres avec l'Exécutif sont une considération déterminante concernant l'indépendance judiciaire, et éventuellement le respect de la règle de l'impartialité. A la suite des arrêts déjà mentionnés dans lesquels on a affirmé que l'indépendance judiciaire est l'une des composantes de la justice naturelle à laquelle les tribunaux doivent se conformer, on pouvait espérer que le principe qui retient ici l'attention serait dans tous les cas applicable aux tribunaux administratifs⁴¹. Un tel espoir a cependant été de courte durée. L'arrêt récent de la Cour suprême dans l'affaire *Ocean Port Hotel c. Colombie-Britannique*⁴² fait voir clairement que, même si les conditions faites aux membres d'un tribunal administratif peuvent susciter des craintes en ce qui a trait à leur impartialité et leur indépendance, en l'absence de contraintes constitutionnelles, rien n'oblige le législateur, autant dire l'Exécutif dont l'influence est déterminante au sein du Parlement et des législatures, à tenir compte du principe de l'indépendance judiciaire, quant à eux. En effet, suivant cet arrêt, sauf dans les cas de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* – on pense ici à ses articles 7 et 11 – rien ne s'oppose à ce que les législateurs limitent l'application des règles de justice naturelle, et ce même en vertu de dispositions qui peuvent laisser songeur en ce qui a trait à l'indépendance d'autorités investies de fonctions judiciaires.

Il se dégage de ce qui précède que tout en reconnaissant que l'indépendance judiciaire est l'une des composantes de la justice naturelle – notion de *common law* – la Cour suprême considère qu'en l'absence de limites trouvant leur source dans des textes constitutionnels, rien ne s'oppose à ce que le Parlement ou la législature qui crée un tribunal

⁴⁰ *Supra* note 39 à la page 685.

⁴¹ C'est d'ailleurs là l'orientation qui avait été prise par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la décision *Ocean Port Hotel v. British Columbia*. Voir [1999] 174 D.L.R. (4th) 498, aux pages 510 et 511. L'un des juges écrivait en ce qui concerne les membres du tribunal administratif en cause dans cette affaire:

I have reached the conclusion that appointments at pleasure to administrative agencies such as the Quebec Régie d'alcool and the Liquor Appeal Board exercising the power to impose sanctions for violations of statutes comparable to that possessed by courts of law are not sufficient to satisfy the requirement of security of tenure and that for such agencies security of tenure is an essential requirement of independence. I cannot distinguish a fixed term of appointment on a part-time basis from a full-time appointment at pleasure in its effect on the office holder as it would be regarded by a well informed and right minded observer.

Il se dégage de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans cette affaire que la nomination des membres des tribunaux administratifs *durant bon plaisir* est incompatible avec les exigences de la justice naturelle qui ne pourraient être mises à l'écart par le simple vœu d'une législature.

⁴² *Supra* note 1.

administratif se réserve le droit de mettre fin aux mandats de ceux qui le composent, au moment qu'il détermine, autrement dit, *at pleasure*⁴³.

F. L'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne

Des différences importantes, que l'on se doit de souligner, existent entre l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et les dispositions constitutionnelles auxquelles on s'est reporté auparavant dans ce texte. La règle prévue à cet article énonce le principe suivant :

Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle [...]

Suivant son texte même, l'article 23 de la *Charte québécoise* est d'une portée très large ; le principe qu'il énonce est de rigueur, tant en matière civile, que criminelle ou pénale. De plus, son application est encore élargie par l'effet de l'article 56 du même texte quasi-constitutionnel qui prévoit qu'à l'article 23, et ailleurs dans la *Charte*, le mot *tribunal* ne réfère pas uniquement aux tribunaux judiciaires, mais à divers autres organismes ou autorités, et à *une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires*, ce qui inclut bien sûr les tribunaux administratifs. C'est d'ailleurs à l'article 23 de la *Charte*, et non à la constitution canadienne, que la Cour suprême, et la Cour d'appel du Québec se reportent dans les causes 2747-3174 *Québec inc. c. la Régie des alcools, des courses et des jeux*⁴⁴ et *Québec c. Barreau de Montréal*⁴⁵, pour déterminer si l'indépendance judiciaire était observée quant aux membres de la Régie dans le premier cas, et en ce qui concerne les membres du Tribunal administratif dans l'autre. L'article 23 de la *Charte* ne semble pas avoir d'équivalent dans les autres provinces canadiennes, ce que souligne la Cour suprême dans l'affaire *Ocean Port Hotel c. Colombie-Britannique*⁴⁶,

⁴³ Geoff Plant, "The Administrative Justice Project in B.C. or Do Governments Take Tribunals Seriously?" (2002) 16 C.J.A.L.P. 1. Dans le cadre d'une conférence prononcée le 23 novembre 2002, soit peu après l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Ocean Port Hotel*, le Procureur général de la Colombie-Britannique exprimait son opposition à la nomination des membres des tribunaux administratifs *durant bon plaisir*. Il déclarait, à la page 13 :

We are trying to move from appointments « at pleasure » to appointments for fixed terms with express provision for tenure, termination and reappointments so that everyone understands what the terms are and when the terms will expire. This will foster the independence of administrative tribunals by protecting tribunal members from arbitrary terminations.

⁴⁴ [1996] 3 R.C.S 919.

⁴⁵ [2001] R.J.Q. 2058.

tout au moins en ce qui a trait à la province en cause dans cette affaire.

D'autres lois portant sur les droits de la personne, *The Alberta Bill of Rights*, et au niveau fédéral, la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985) App. III, assurent la protection des justiciables qui se présentent devant les tribunaux ; cependant, les garanties consacrées par ces textes législatifs ressemblent à celles qui sont reconnues aux citoyens, suivant les articles 7 et 11 de la *Charte canadienne*, et ne leur accordent aucune protection supplémentaire, lorsqu'ils comparaissent devant les tribunaux administratifs.

II. L'indépendance judiciaire et les tribunaux administratifs

A. Les fondements de ce principe quant aux tribunaux administratifs

Depuis quelques années le monde juridique canadien porte un intérêt particulier à la notion d'indépendance judiciaire et à son application aux tribunaux administratifs. À la lecture des pages qui précèdent, on constate que les règles contenues à la *Loi constitutionnelle de 1967* et dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantissent l'indépendance des tribunaux judiciaires, n'offrent pas de semblable protection quant aux tribunaux administratifs. En ce qui concerne ces derniers et ceux qui les composent, seule la justice naturelle, dans la mesure où sa portée n'est pas limitée par voie législative, et au Québec, l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* peuvent être invoqués, à titre de fondements de l'indépendance judiciaire. En outre, même en ce qui concerne les tribunaux administratifs auxquels la notion qui retient ici l'attention est applicable, les exigences qui en découlent sont amoindries, et n'ont rien de comparable à celles qui sont de rigueur concernant les tribunaux judiciaires. Doit-il toujours en être ainsi, ou serait-il préférable de revoir le statut de ces tribunaux et de leurs membres, dont le rôle revêt une importance accrue en ce qui concerne les litiges opposant les citoyens à l'État ?

Dans des articles parus récemment, certains auteurs soulignent le caractère ambigu de la jurisprudence portant sur cette question. Dans un texte intitulé *Recent Developments in Independence and Impartiality*⁴⁷, David Philip Jones s'interroge quant aux exigences se rattachant à l'indépendance judiciaire suivant les règles de justice naturelle, telles que vues par les tribunaux. Il mentionne avec raison que certaines affirmations que l'on trouve dans divers arrêts suivant lesquelles cette notion recevrait une application variable selon la nature, le rôle et le niveau hiérarchique de chaque tribunal ne suffisent pas à écarter toute incertitude à ce sujet⁴⁸.

⁴⁶ *Supra* note 1.

⁴⁷ (2001) 15 C.J.A.L.P. 81.

Cependant, malgré les difficultés auxquelles on est confronté en ce qui concerne l'étendue des exigences se rattachant à l'indépendance judiciaire quant aux tribunaux administratifs, la comparaison entre les fonctions de ces derniers et celles des cours de justice peut s'avérer féconde. C'est ce que rappelle Philip Bryden dans un article intitulé *Structural Independence of Administrative Tribunals in the Wake of Ocean Port*⁴⁹. Selon cet auteur, les garanties se rattachant à l'indépendance judiciaire qui doivent être observées en ce qui concerne les tribunaux administratifs dépendent des similitudes existant entre leur rôle et celui des cours de justice. L'auteur du présent article qui est du même avis a eu l'occasion d'exposer ses vues à ce sujet dans un texte intitulé *Le T.A.Q. sous l'œil du droit public canadien*⁵⁰.

Parmi les auteurs de textes récents portant sur l'application de la notion d'indépendance judiciaire aux tribunaux administratifs, seule, semble-t-il, Katrina Miriam Wyman : *The Independence of Administrative*

⁴⁸ *Supra* note 47 à la page 105. Cet auteur écrit:

Assuming that the principles of natural justice (including the requirements of structural independence) do apply in a particular circumstance because they have not been specifically excluded by the legislature, what is the content thereof? What does it mean to say that the content of the requirement for structural independence varies according to the circumstances.

⁴⁹ (2002-2003) 16 C.J.A.L. P. 125. Philip Bryden mentionne:

The reason we think that administrative tribunals need guarantees of structural independence that are analogous to those provided to courts is that we believe that tribunals are carrying out adjudicative functions that are essentially the same as those performed by courts. The greater the similarity between the type of jurisdiction exercised by a tribunal and the type of jurisdiction exercised by a court, therefore, the stronger the argument for structural independence guarantees that resemble those provided to judges.

⁵⁰ Ce texte a été publié dans Actes de la XIV^e conférence des juristes de l'État. Les éditions Yvon Blais inc., 2000 aux pages 465 et 466. L'auteur du présent article mentionnait :

Vu les fonctions qui sont dévolues au Tribunal administratif du Québec - la solution de litiges mettant en cause le Gouvernement, une autorité administrative ou décentralisée, partie des structures de l'état - il ne fait aucun doute que le principe de l'indépendance judiciaire, dont l'application peut varier suivant divers facteurs, et en particulier, selon le rôle du tribunal en cause, doit recevoir, quant à lui, une application particulièrement rigoureuse. Ce qui importe avant tout, c'est que les justiciables puissent avoir le sentiment que les membres du Tribunal, n'ont en tout temps, qu'un seul souci celui de décider, des causes qui leur sont déferées, suivant leur mérite, et ce, même au cours des mois qui précèdent immédiatement la fin de leur mandat. Comment en effet le public pourrait-il croire que, pendant cette période, leur seule préoccupation est de rendre justice, indépendamment de ce qui pourrait leur advenir au terme de leur mandat?

En ce qui concerne les différences existant entre les multiples organismes qualifiés de *tribunaux administratifs* et l'incidence du rôle de chacun sur son statut, voir aussi

*Tribunals in an Era of Ever Expansive Judicial Independence*⁵¹ exprime des réserves en ce qui a trait à sa pertinence quant à ces tribunaux. Selon elle, l'application de la notion qui retient ici l'attention devrait être limitée aux seuls tribunaux dont le rôle peut donner lieu, le cas échéant, à l'application des articles 7 ou 11(d) de la *Charte canadienne*. S'il en était autrement, estime-t-elle, le caractère distinct des cours de justice et des tribunaux administratifs pourrait être compromis, voire disparaître⁵².

Madame Wyman soutient en outre qu'une application stricte de la notion d'indépendance judiciaire aux tribunaux administratifs pourrait avoir pour effet d'obliger ces derniers à observer un formalisme accru dans l'exercice de leurs fonctions. La liberté qui leur serait reconnue de procéder à l'audition des causes dont ils sont saisis, étant dégagés des règles de procédure applicables aux cours de justice, disparaîtrait, soutient-elle, ce qui serait contraire aux raisons qui justifiaient leur création⁵³.

Malgré leur originalité, ces arguments à l'encontre de l'application de la notion d'indépendance judiciaire aux tribunaux administratifs ne sont guère convaincants. S'il est exact, comme madame Wyman le souligne, que le rôle de ces tribunaux les amène rarement à décider de questions constitutionnelles, il en va de même également pour de nombreuses cours de justice – sauf évidemment la Cour suprême, et les cours d'appel du pays qui accordent une importance marquée aux causes portant sur de tels sujets – et tout particulièrement quant à celles qui interviennent principalement à l'occasion de litiges relevant du droit civil ou du droit privé. Les juges de ces cours n'ont que peu d'occasions de se prononcer sur des questions relevant du droit constitutionnel et tout particulièrement sur celles qui ont trait à la mise en œuvre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il

Jean Denis Gagnon, « L'arrêt *Dolphin Delivery* : La porte est-elle ouverte ou fermée ? » (1987) 32 R.D. McGill 924 aux pages 936 et 937.

⁵¹ (2000) 14 C.J.A.L.P. 61.

⁵² *Supra* note 51 à la page 122. Elle écrit à ce sujet :

The only tribunals that should be entitled to constitutionally protected independence are tribunals whose proceedings afford an independent basis for invoking the Charter, for example because they concern an interest protected by ss. 7 or 11(d). Put simply, administrative tribunals do not generally perform a constitutional role that warrants constitutionally protecting the independence of tribunals. Furthermore, constitutional protection for the independence of tribunals runs the risk of jeopardizing the continued survival of tribunals as entities distinct in character and process from the traditional courts.

⁵³ *Supra* note 51 à la page 113. Madame Wyman écrit à ce sujet:

Moreover, while many tribunals make determinations about rights, tribunals generally differ from the traditional courts in the way that they adjudicate rights in a less formal and more flexible setting than the courts. Constitutionally protecting the independence of tribunals would provide a further impetus for the ongoing judicialization of tribunal procedures that ultimately threatens to undermine the viability of tribunals as distinct from the courts.

en est ainsi parce qu'en l'absence d'un acte gouvernemental, la *Charte* (Voir son article 32) ne reçoit pas application à l'occasion des litiges opposant les particuliers⁵⁴. Cependant, malgré ce qui précède, il importe néanmoins, comme le démontrent plusieurs des arrêts auxquels il a été fait référence auparavant dans ce texte, que les exigences découlant de l'indépendance judiciaire soient observées quant à eux.

En ce qui concerne par ailleurs les incidences éventuelles de la notion qui retient ici l'attention sur la procédure suivie par les tribunaux administratifs et l'application des règles de preuve au cours des audiences qui ont cours devant eux, les affirmations de l'auteur déjà mentionné paraissent étonnantes. Malgré les dispositions trompeuses, apparaissant dans les lois régissant certains de ces tribunaux suivant lesquelles ils seraient maîtres des règles de preuve et de procédure devant être observées au cours de l'audition des causes portées devant eux, leur liberté à cet égard est limitée. De nombreux jugements des tribunaux supérieurs, fondés principalement sur les règles de justice naturelle, qu'il serait superflu d'énumérer ici, établissent clairement qu'en matière de preuve et de procédure, les tribunaux administratifs sont assujettis à des règles tout aussi rigoureuses que celles qui sont observées devant les cours de justice. Leurs décisions sont annulées dans la mesure où ils ignorent ces règles. Cela étant, on voit mal comment les audiences ayant cours devant les tribunaux administratifs seraient modifiées et davantage empreintes de formalisme, si on se souciait dorénavant plus qu'auparavant de leur indépendance.

B. Les composantes de l'indépendance judiciaire appliquées aux tribunaux administratifs

Les critères à la lumière desquels les cours déterminent si un tribunal est indépendant ont été exposés dans l'arrêt *Valente c. La Reine*⁵⁵, et rappelés souventes fois depuis lors. Le premier a trait au mode de nomination des membres du tribunal. Lorsqu'il est appliqué dans toute sa rigueur, ce critère suppose que les juges soient nommés à titre inamovible et ne puissent être dépossédés de leurs fonctions que pour un motif grave, et suivant une procédure particulièrement rigoureuse. La deuxième

⁵⁴ Le juge McIntyre qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour suprême dans l'affaire *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd* [1986] 2 R.C.S. 573 à la page 597 du jugement écrivait :

Je suis d'accord avec le point de vue suivant lequel la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés. Il ressort nettement de la jurisprudence et des articles précités que c'est le point de vue qu'ont adopté la plupart des juges et des glossateurs qui ont abordé cette question. À mon sens, l'article 32 de la *Charte*, qui traite expressément de l'application de la *Charte* est déterminant sur ce point.

⁵⁵ *Supra* note 39.

exigence découlant du principe de l'indépendance judiciaire se rapporte à la sécurité financière des titulaires de fonctions judiciaires; et la dernière a trait au cadre institutionnel dans lequel ils exercent leurs fonctions ; il s'agit de l'indépendance institutionnelle ou structurelle.

Tel que rappelé auparavant, les divers facteurs retenus par les cours pour décider si un tribunal est constitué d'une manière conforme au principe de l'indépendance judiciaire sont appliqués avec une insistance qui varie suivant la nature, le rôle et le niveau hiérarchique de chaque cour ou tribunal. Ainsi, les juges des cours supérieures jouissent d'un degré d'indépendance plus élevé que celui qui est exigé quant aux autres tribunaux judiciaires⁵⁶; et le principe de l'indépendance est appliqué à l'ensemble de ces tribunaux avec plus de rigueur qu'il ne l'est aux tribunaux administratifs⁵⁷. Quant à ces derniers, on note qu'il ne semble généralement comporter que bien peu d'exigences.

1. La période pendant laquelle les membres des tribunaux demeurent en fonction

En ce qui concerne le premier parmi les critères mentionnés ci-dessus, soit la nomination des membres d'un tribunal, rappelons qu'il ne s'agit pas ici de la manière suivant laquelle ils sont désignés, ou de la procédure suivie lors de leur sélection. À cet égard, les cours de justice, incluant la Cour suprême du Canada⁵⁸, ne sauraient exiger plus de rigueur quant au choix des membres des tribunaux administratifs, que celle qui a été observée lorsque ceux qui les composent accédèrent eux-mêmes aux importantes fonctions qu'ils exercent. Bien souvent le monde juridique s'étonne du choix de nouveaux juges, et exprime, quoique discrètement, le regret de n'avoir pas été davantage consulté, concernant les aptitudes respectives des divers candidats à la magistrature⁵⁹. Mais ce n'est pas là ce

⁵⁶Voir à ce sujet l'arrêt *Valente*, supra note 39, aux pages 695 et 696, de même que Eric Colvin, *The Executive and the Independence of the Judiciary*, (1987) 51 Sask. L. R. 229 aux pages 234 à 237.

⁵⁷Voir à ce sujet l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, supra note 44 à la page 961. Le juge Gonthier écrit en ce qui a trait à l'application du principe de l'indépendance aux tribunaux administratifs:

Les principes développés par notre Cour en matière d'indépendance judiciaire doivent trouver application en vertu de l'article 23 de la Charte. Là n'est pas dire, bien entendu, que les tribunaux administratifs auxquels cette disposition s'applique doivent se comparer en tout point aux cours de justice. Comme en matière d'impartialité, une certaine dose de flexibilité est de mise à l'endroit des organismes administratifs.

⁵⁸Voir à ce sujet Jacob S. Ziegel, "Merit Selection and Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada" IRPP, vol. 5, N^o 2, June 1999. Également accessible sur le web à l'adresse suivante: < <http://www.irpp.org/choicesarchive/vol5no2.pdf> > .

qui retient notre attention. Il s'agit plutôt ici de l'inamovibilité de ceux qui exercent des fonctions judiciaires au sein des tribunaux administratifs.

Dans les arrêts 2747-3174 *Québec inc. c. la Régie des alcools, des courses et des jeux*⁶⁰ et *Canadien Pacifique c. Bande indienne de Matsqui*⁶¹, la Cour suprême traite de la durée des mandats de ceux qui exercent des fonctions judiciaires. Elle rappelle qu'il importe que les membres de tout tribunal soient nommés, à titre inamovible. Cependant, comme le précise le juge Gonthier dans la première de ces causes, le critère de l'inamovibilité des membres d'un tribunal peut être observé, même quant à ceux qui sont nommés pour une durée fixe. Il s'exprime en ces termes :

Les conditions d'emploi des régisseurs se conforment à mon avis aux exigences minimales d'indépendance. Celles-ci ne requièrent pas que tous les juges administratifs occupent, à l'instar des juges des tribunaux judiciaires, leurs fonctions à titre inamovible. Les mandats à durée déterminée, fréquents, sont acceptables. Il importe toutefois que la destitution des juges administratifs ne soit pas laissée au bon plaisir de l'Exécutif⁶².

La durée limitée des mandats des membres des divers tribunaux administratifs, quelle qu'elle puisse être, n'est donc pas incompatible avec le principe de l'indépendance judiciaire. Ce principe s'oppose-t-il par ailleurs à ce qu'ils soient démis de leurs fonctions avant la fin de leur mandat ? Dans le jugement qu'elle rendait dans l'affaire *Hewat v. Ontario*⁶³, la Cour d'appel de l'Ontario jugeait que, même si les membres de la Commission des relations de travail de cette province étaient nommés

⁵⁹ Dans une décision récente *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, une majorité des juges de la Cour suprême affirment, pour la première fois, semble-t-il, que l'autorité qui choisit les membres d'un tribunal administratif doit tenir compte de l'expertise des candidats dans le domaine d'activités de ce tribunal. Le juge Binnie (paragraphe 208) qui rédige l'opinion de la majorité écrit à ce sujet :

La Cour déclare que, dans l'exercice de son pouvoir de désignation conféré par le par.6(5) LACTH (Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch H.14), le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise appropriée en matière de relations de travail et sont reconnus, dans le milieu des relations de travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et par les syndicats.

Notons cependant que cet arrêt qui porte sur la nomination des présidents de tribunaux d'arbitrage qui sont saisis de mécontentements spécifiques, et non de personnes qui exerceraient des fonctions judiciaires au cours d'une période déterminée, n'a qu'une portée limitée.

⁶⁰ *Supra* note 44.

⁶¹ *Supra* note 37.

⁶² *Supra* note 44 aux pages 963 et 964.

selon le bon plaisir du Gouvernement, la fixation d'un terme à leur mandat s'opposait, à ce qu'ils puissent être démis de leurs fonctions sans motif particulier, avant même l'arrivée de ce terme⁶⁴. Malgré l'intérêt qu'il présente, ce jugement a cependant une portée limitée puisqu'il se fonde sur une disposition législative particulière, qui pourrait être en tout temps modifiée par la législature, et non pas sur un texte constitutionnel ou quasi-constitutionnel.

Dans l'affaire *Ocean Port Hotel*⁶⁵, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait endossé un point de vue semblable à celui qui était retenu dans l'affaire *Hewat*. Elle considérait en effet que le principe de l'indépendance judiciaire s'oppose à ce que les membres des tribunaux administratifs puissent être démis de leurs fonctions avant l'arrivée du terme de leurs nominations, au gré de la volonté du gouvernement ou de l'un de ses membres. Une autre cour tout au moins : la *Supreme Court* de Terre-Neuve tenait un raisonnement semblable dans l'affaire *Newfoundland Association of Public Employees v. Parsons et al.*⁶⁶. De toute évidence, ce point de vue n'a pas été retenu par la Cour Suprême.

Dans l'arrêt *Ocean Port Hotel*⁶⁷, la Cour suprême traite elle-aussi du renvoi de certains membres d'un tribunal administratif, avant la fin de leurs mandats. Cependant, le cadre législatif applicable dans cette cause différait considérablement des dispositions de la loi ontarienne auxquelles la Cour d'appel de l'Ontario se reportait dans l'affaire *Hewat*. Loin de s'opposer à ce que les membres du *Liquor Appeal Board* de la Colombie-Britannique puissent être limogés de leurs fonctions avant la fin de leurs mandats, la loi qui leur était applicable prévoyait au contraire qu'ils étaient nommés à titre amovible. Dans cet arrêt, la Cour considère qu'aucune disposition constitutionnelle ne pouvait être invoquée à l'appui de la contestation entreprise par l'appelant. Son jugement porte en réalité sur la

⁶³[1998] 156 D.L.R. 193 (C.A. Ont.).

⁶⁴*Supra* note 63 à la page 198. L'un des juges de la cour écrit à ce sujet: "However, the open discretion, or the power to act at pleasure, was subordinated or exhausted by the inclusion of a fixed term in the original appointment".

⁶⁵ *Supra* note 41.

⁶⁶ (1999) 172 Nfld & P.E.I.R. 261 à la page 319. L'auteur du jugement rendu dans cette affaire écrivait:

The proceedings before the Board in this case create an institutional breach of natural justice arising from the fact that the Employer, here represented nominally by the Minister of Justice, appoints the members of the adjudicative panel from which this and other boards are selected, and can recommend their removal. Further, the Employer through its executive arm the Lieutenant Governor-in-Council, directly controls both the removal of members of the panel and the rates of pay applicable to such members for service from time to time, all of which creates a reasonable apprehension of bias and a resulting breach of natural justice.

⁶⁷ *Supra* note 1.

portée de la justice naturelle. La Cour répète que cette notion comprend l'indépendance judiciaire. Elle rappelle cependant que, sauf dans certains cas où des textes constitutionnels pourraient trouver application – on songe ici, à l'article 7 ou à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne* - rien ne s'oppose à ce que le Parlement ou une législature provinciale mette de côté les principes se rattachant à la justice naturelle. Suivant ses vues, en l'absence d'une reconnaissance constitutionnelle, la justice naturelle, notion consacrée par le droit commun, peut être limitée, au moyen de dispositions expresses contenues dans des textes de lois. Or, comme la législature de la Colombie-Britannique n'était assujettie à aucune contrainte de cette nature, rien ne s'opposait à ce que les mandats des membres du *Liquor Appeal Board* prennent fin, avant même l'arrivée de leur terme.

Lors d'une allocution prononcée dans le cadre de la quatrième conférence annuelle des membres des tribunaux administratifs canadiens, Madame R.S. Abella⁶⁸, alors présidente de la Commission des relations de travail de l'Ontario, déplorait l'état précaire dans lequel les membres des tribunaux administratifs peuvent avoir le sentiment d'être placés dans les cas, fréquents par ailleurs, où ils doivent décider de questions délicates, auxquelles les membres de l'Exécutif accordent une importance particulière. Il n'est certes pas invraisemblable qu'ils se rappellent alors que ces derniers, que leurs décisions intéressent au plus haut point, pourraient décider dans un avenir prochain de ne pas renouveler leurs mandats lorsqu'ils arriveront à terme, ou pis encore si la loi leur reconnaît ce pouvoir, de les destituer de leurs fonctions, sans plus tarder⁶⁹. Leur statut et leur sécurité, on en conviendra, diffèrent totalement de ceux des juges dont le sort ne peut être mis en péril en raison de leurs jugements.

En réalité le respect du principe de l'indépendance judiciaire ne peut généralement être assuré en ce qui concerne les tribunaux administratifs que lorsque le Parlement ou la législature qui les crée décide librement de s'y conformer. Une proposition à cet effet était contenue dans un projet de loi portant sur la justice administrative qui était à l'étude en Colombie britannique après le prononcé du jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ocean Port Hotel*⁷⁰. L'on ne peut certes qu'espérer que le

⁶⁸ Maintenant juge à la Cour suprême du Canada.

⁶⁹ [1989] 2 C.J.A.L.P. 1 à la page 10. Madame Abella mentionnait :

The public understands that once appointed, a judge need never fear that an unpopular decision will affect his or her livelihood. At the heart of judicial independence is the capacity to make courageous judgment calls without fear of political consequences. It takes Herculean feistiness for tribunal adjudicators to develop decisions of a potentially controversial kind – and in our respective sensitive areas these are often the only kind we make – when they know that at the end of the political telescope through which they are observed is a person with the power to renew or not renew a three, or five year appointment

Parlement et les législatures provinciales abandonnent désormais la pratique consistant à nommer les membres des tribunaux administratifs *at pleasure*. Des initiatives de cette nature, si elles se généralisaient, contribueraient à améliorer l'image des tribunaux administratifs dans la population. En leur absence, on ne saurait s'étonner que le justiciable qui conteste une décision de l'autorité gouvernementale devant l'un de ces tribunaux puisse craindre que ses membres, qui pourraient être sommairement démis de leurs fonctions à tout moment, soient réticents à endosser ses vues, et davantage portés à adopter celles que préconise le représentant de l'autorité gouvernementale.

Dans l'affaire *Québec c. le Barreau de Montréal*⁷¹, la Cour d'appel du Québec, dont la décision se fonde essentiellement sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, s'intéresse tout particulièrement à ce qui advient lorsqu'il s'agit de décider du renouvellement des mandats des membres du Tribunal administratif du Québec, quand leurs nominations arrivent à terme. Elle considère que les décisions portant sur ces questions doivent être prises à la lumière de recommandations formulées par un comité indépendant ; et elle précise en ce qui a trait à cet organisme qu'aucun représentant du Gouvernement, non plus que le président du Tribunal administratif ne devrait prendre part à ses travaux. La Cour ajoute en outre que dans les cas où le comité s'apprêterait à formuler une recommandation défavorable concernant l'un des membres du Tribunal, il devrait permettre à ce dernier de se faire entendre⁷².

⁷⁰ *Supra* note 43 à la page 13.

⁷¹ *Supra* note 45.

⁷² Un projet de loi (N^o 35) présenté à l'Assemblée nationale du Québec – *Loi modifiant la Loi sur la justice administrative et d'autres dispositions législatives* – prévoit la création d'un tribunal nouveau, le Tribunal des recours administratifs du Québec, qui remplacerait le Tribunal administratif du Québec et la Commission des lésions professionnelles. Certaines dispositions contenues en ce projet de loi (Articles 198 et 199) sont d'un caractère tout à fait inédit en droit canadien. Elles prévoient que les membres du nouveau tribunal seraient nommés *durant bonne conduite*, tout comme les juges des tribunaux de droit commun, et non plus pour une durée limitée, ce qui est, ou était généralement la règle, pour les membres des tribunaux administratifs canadiens, tant provinciaux que fédéraux. Le but de ces modifications, affirme le Ministre de la justice, est d'accroître la confiance des citoyens en ce qui a trait à l'indépendance et à l'impartialité de ceux qui oeuvrent dans le domaine de la justice administrative. On ne pourrait que se réjouir de cette innovation législative, si elle devenait réalité.

2. La sécurité financière

Le principe de l'indépendance judiciaire suppose que les membres d'un tribunal ou d'un organisme exerçant des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires jouissent d'une certaine sécurité financière. Pour que cette exigence soit observée, il est nécessaire, à tout le moins en ce qui concerne les juges, qu'ils reçoivent une rémunération déterminée conformément à la loi, et soient assurés d'une pension, lorsque leurs fonctions prennent fin. Comme le juge Le Dain le mentionne dans l'arrêt *Valente*⁷³, ce qui importe avant tout, c'est que

[I]l droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire⁷⁴.

La Cour suprême a eu l'occasion de traiter à nouveau de la sécurité financière des juges dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*⁷⁵. La majorité est d'avis qu'il serait inadmissible que collectivement ou à titre individuel, les juges entreprennent des négociations avec l'Exécutif concernant leurs traitements. « De telles négociations seraient fondamentalement incompatibles avec l'indépendance de la magistrature », écrit le juge Lamer⁷⁶. Ces questions devraient être confiées à une commission indépendante du Gouvernement, et dont les recommandations ne pourraient être mises de côté, sauf pour des motifs très sérieux.

On ne saurait certes prétendre que des garanties comparables doivent être accordées aux membres des tribunaux administratifs. Cependant, à la lecture des arrêts portant sur l'indépendance judiciaire, il apparaît clairement que cette notion, telle qu'elle a été élaborée en regard des tribunaux judiciaires, sert en quelque sorte de phare vers lequel on se tourne, quand il s'agit de décider du degré d'indépendance devant caractériser un tribunal administratif.

La Cour d'appel aborde cette question dans l'affaire *Québec c. le Barreau de Montréal*⁷⁷. L'intimé dans cette cause s'élevait contre le fait que les traitements des membres du Tribunal administratif du Québec pouvaient varier, suivant l'évaluation que le président de cet organisme allait faire du rendement de chacun. Se reportant au jugement de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Généreux*⁷⁸, le juge Dussault s'oppose à ce que

⁷³ *Supra* note 39.

⁷⁴ *Supra* note 39 à la page 704.

⁷⁵ *Supra* note 7.

⁷⁶ *Supra* note 7.

⁷⁷ *Supra* note 45.

⁷⁸ [1992] 1 R.C.S. 259.

le traitement des membres du Tribunal varie, suivant l'évaluation annuelle de leur rendement par le président de ce tribunal, et affirme que chacun doit bénéficier d'un accroissement annuel de son traitement, le même pour tous, « jusqu'à ce qu'il ait atteint le maximum de l'échelle de traitement qui lui est applicable »⁷⁹.

Rappelons que la conclusion de la Cour dans l'affaire évoquée ci-dessus se fonde sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, et plus spécifiquement sur son article 23, qui n'a pas d'équivalent dans les autres législations canadiennes. En réalité, et sauf erreur, la jurisprudence canadienne n'offre pas d'autres exemples de situations où les tribunaux auraient affirmé que le mode de fixation des traitements des membres de tribunaux administratifs, laissé à la discrétion de l'Exécutif, était contraire au principe de l'indépendance judiciaire.

3. *L'indépendance institutionnelle*

Cette dernière exigence de l'indépendance judiciaire a trait aux rapports existant entre les membres d'un tribunal et le pouvoir exécutif. Il peut aussi s'agir des règles en vigueur au sein d'un tribunal administratif invitant ses membres à prendre part à des discussions portant sur des sujets fréquemment débattus devant eux, en vue d'assurer une certaine uniformité jurisprudentielle. De telles discussions sont acceptables, dans la mesure où elles ne compromettent pas l'indépendance institutionnelle des membres du tribunal. Elles ne peuvent porter que sur des questions de droit et de politique générale, et non pas sur des causes particulières dont certains d'entre eux doivent décider ; et il importe surtout qu'elles n'aient pas pour but d'inciter les membres du tribunal saisis d'une cause à adopter le point de vue que favorise la majorité des membres du tribunal⁸⁰.

L'indépendance institutionnelle est appliquée dans toute sa rigueur lorsqu'il s'agit des juges, mais de façon bien limitée en ce qui a trait aux membres des tribunaux administratifs. En ce qui concerne les premiers, de nombreux arrêts affirment que leur indépendance est mise en péril dans tous les cas où ils acceptent de discuter avec des représentants de l'État, concernant les causes dont ils sont saisis. Ainsi dans l'affaire *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'immigration) c. Tobiass*⁸¹, la Cour suprême juge que des lettres adressées à l'administrateur de la Cour fédérale par l'avocat du ministère intimé dans cette cause, de même qu'une rencontre entre un représentant du ministère de la justice et le juge en chef

⁷⁹ *Supra* note 45 à la page 2098.

⁸⁰ Voir les arrêts suivants à ce sujet: *SITBAC c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952 et *Ellis-Don Ltd c. Ontario*, [2001] 1 R.C.S. 221.

⁸¹ [1997] 3 R.C.S. 391.

de cette même cour, étaient incompatibles avec le principe de l'indépendance judiciaire, et ce, même si cette correspondance et les conversations entre les deux personnes déjà mentionnées ne portaient pas sur le fond du litige opposant les parties, mais plutôt sur la lenteur des procédures entreprises devant la Cour fédérale.

Dans leurs décisions concernant les tribunaux administratifs, les cours font montre d'une tolérance beaucoup plus grande, lorsque leur indépendance est mise en doute. Ainsi dans l'affaire 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*⁸², la Cour souligne que les régisseurs sont évalués annuellement par le président de la Régie qui doit lui-même se soumettre à une évaluation effectuée par le Ministre de la sécurité publique. De toute évidence, les rapports entre le pouvoir exécutif et le tribunal administratif en cause dans cette affaire, sont particulièrement marqués ; mais la Cour considère néanmoins qu'ils ne sont pas incompatibles avec les exigences de l'indépendance institutionnelle⁸³.

Cependant, tel que mentionné auparavant, des vues différentes sont exposées par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Québec c. le Barreau de Montréal*⁸⁴. Suivant son opinion, les membres du Tribunal administratif ne sauraient être placés dans une situation de dépendance perpétuelle face à l'autorité publique.

Conclusion

Les pages qui précèdent le démontrent. Le principe de l'indépendance judiciaire ne reçoit qu'une application limitée en ce qui concerne les tribunaux administratifs. L'esprit novateur dont la Cour suprême a fait montre, même lorsqu'il s'agissait de l'indépendance des tribunaux judiciaires, autres que ceux qui sont mentionnés à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'est tari. La Cour raisonne d'une toute autre manière, lorsqu'il s'agit des tribunaux administratifs. Quant à ces derniers, les vues traditionalistes triomphent toujours.

Pour que les tribunaux administratifs jouissent d'une indépendance, même relative, il faudrait de toute évidence que cesse leur rattachement à l'Exécutif, ou qu'il soit grandement atténué. Or, la jurisprudence de la Cour suprême ne semble pas viser un tel objectif. Loin de traduire une volonté d'affranchir les tribunaux administratifs de la tutelle de l'Exécutif, les affirmations qui se retrouvent dans de nombreuses causes suivant lesquelles ces tribunaux « sont en fait créés précisément en vue de la mise

⁸² *Supra* note 44.

⁸³ *Ibid.* à la page 965. Le juge Gonthier écrit à ce sujet: « Il n'est en effet pas inhabituel qu'un organisme administratif soit soumis à la supervision générale d'un membre de l'exécutif quant à sa gestion ».

⁸⁴ *Supra* note 45.

en œuvre de la politique gouvernementale »⁸⁵, sont de nature à marquer leur rattachement au pouvoir exécutif⁸⁶. En ce qui concerne la conception du rôle des tribunaux administratifs que traduisent les affirmations de ce genre, elle n'est pas à l'abri de toute critique. Il est connu que ces tribunaux ne peuvent agir qu'en vertu de la loi qui les crée, et ne sauraient fonder leurs interventions sur les politiques mises de l'avant par l'Exécutif, qui n'ont pas été consacrées dans des textes de lois. Dans l'hypothèse où un tribunal agirait à l'extérieur de tout cadre législatif, les cours supérieures ne tarderaient d'ailleurs pas à censurer ses décisions, faute de compétence, ou en raison des considérations étrangères sur lesquelles elles seraient fondées. En réalité, tout comme les cours de justice, les tribunaux administratifs ne sauraient fonder leurs décisions sur de simples politiques préconisées par l'Exécutif.

Dans l'article cité auparavant, *Judicial Independence and the Separation of Powers – Some problems Old and New*, Sir A. F. Mason écrivait:

Tribunals – il s'agit des tribunaux administratifs – do not exhibit the same spirit of independence for which the judiciary is noted. That is one reason they are regarded with approval by politicians and administrators. I do not make that comment in a critical sense. Very often tribunals are authorized to take into account government policies. However, familiarity with that important feature of administrative justice and the deference paid by tribunals to government policy induces non-lawyers to question the intrinsic value of judicial independence⁸⁷.

À la lecture de ce texte on pourrait croire que l'indépendance judiciaire convient mal aux tribunaux administratifs en raison de l'état d'esprit de ceux qui les composent. À cet égard, ils différencieraient considérablement des juges. Leur état d'esprit – Sir Mason n'a pas osé utiliser l'équivalent anglais du mot «complaisance» – et le fait qu'ils seraient davantage sensibles à l'aspect politique des questions qui leur sont soumises, les feraient apprécier du personnel politique et des administrateurs publics, écrit-il. Ce point de vue n'est guère convaincant. On peut certes croire que, dans l'hypothèse où il s'avérerait que les membres des tribunaux administratifs seraient portés à tenir compte des incidences politiques des litiges dont ils sont saisis, leur attitude serait due

⁸⁵ *Supra* note 1 à la page 794.

⁸⁶ Dans le texte cité ci-dessus (*supra* note 69 à la page 10), Madame Abella s'élève contre cette tendance dont la jurisprudence offre de nombreux exemples qui consiste à affirmer que les tribunaux administratifs font en quelque sorte partie de l'Exécutif. Elle mentionnait à ce sujet : "To treat us as part of the bureaucracy defeats the core of our essence – we are public servants, not civil servants, and ought to be treated as such, both as individuals and institutions".

⁸⁷ *Supra* note 4 à la page 346.

principalement aux structures à l'intérieur desquelles ils exercent leurs fonctions, qui ne garantissent pas leur indépendance, et les placent en situation précaire, et non pas à leurs préférences personnelles.

L'opinion qui se dégage du texte cité ci-dessus le démontre bien ; d'une certaine façon, le droit public canadien et celui d'autres pays de tradition juridique britannique portent encore la marque de la pensée de Dicey, juriste anglais du XIX^e siècle et du début du siècle suivant. Dans son ouvrage *The Law and the Constitution* paru en 1885, cet auteur s'opposait à ce que des tribunaux, autres que les cours de justice, décident des mésententes entre citoyens, et davantage encore des litiges opposant l'État à des particuliers. Les tribunaux canadiens, reconnaissent certes, tout comme Dicey trente ans après la parution de son ouvrage dans un article intitulé *The Development of Administrative Law in England*⁸⁸, que l'existence des tribunaux administratifs et leur multiplication sont inéluctables. Cependant, dans plusieurs jugements, les cours semblent peu désireuses de leur permettre d'exercer pleinement les fonctions judiciaires que le Parlement et les législatures provinciales leur confient. L'opinion du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Cooper c. Canada (CDP)*⁸⁹ est éloquente à cet égard. Le point de vue exposé par le juge La Forest est cependant moins négatif en ce qui concerne les tribunaux administratifs. Même s'il est d'avis qu'un tribunal administratif n'est pas nécessairement habilité à statuer sur des questions de droit, le juge La Forest reconnaît qu'il possède ce pouvoir, dans la mesure où la loi qui le crée le lui reconnaît, soit expressément, soit implicitement. Dans cette hypothèse le tribunal administratif serait habilité à se prononcer sur diverses questions de droit, incluant les questions constitutionnelles

Si un tribunal administratif jouit du pouvoir d'examiner des questions de droit, il s'ensuit, par application du par. 52(1) (de la *Loi constitutionnelle de 1982*), qu'il peut se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante⁹⁰.

La distinction entre les questions de droit et les questions de fait est bien connue, et universellement admise. Il y a aussi les questions mixtes de droit et de fait. Cependant, même dans les cas, peu fréquents par ailleurs, où le litige dont il est saisi n'a trait qu'à des questions de fait, tout tribunal est néanmoins souvent appelé à décider de questions de droit. Pour établir leurs prétentions, les parties produiront des documents, ou interrogeront des témoins ; et dans les cas de contestations concernant la validité ou la pertinence de ces moyens de preuve, le tribunal devra se reporter à des règles de droit, celles du droit de la preuve dont l'application n'est en rien

⁸⁸ [1915] 31 *The Law Quarterly Review* 148.

⁸⁹ *Supra* note 20.

⁹⁰ *Supra* note 20 à la page 887.

plus simple que celle d'autres principes juridiques, pour décider de leur admissibilité. De même, lorsqu'il s'agit de délimiter le domaine de compétence d'un tribunal administratif, la simple lecture de la loi qui le régit ne suffit pas toujours. Bien souvent, il doit se reporter à un ensemble de règles élaborées par les tribunaux supérieurs pour statuer sur de telles questions. Or, la Cour ne traite aucunement de cet aspect des choses dans l'arrêt *Cooper*. En réalité, et malgré cet arrêt, on se convainc difficilement que les législateurs aient pu instituer des tribunaux qu'ils n'auraient pas habilités à traiter de quelque question de droit que ce soit. Comment en effet imaginer qu'ils aient pu croire que les organismes auxquels ils ont confié des fonctions judiciaires n'allaient en aucun cas être confrontés à de telles questions?

Pour que les tribunaux administratifs aient une meilleure image dans le monde juridique, et dans la population plus généralement, il serait nécessaire que les tribunaux supérieurs acceptent pleinement leur existence, et reconnaissent qu'ils peuvent contribuer efficacement à l'administration de la justice. Il faudrait en particulier qu'ils s'efforcent d'affirmer leur indépendance face à l'Exécutif, plutôt que de contribuer à leur rattachement à ce pouvoir. A l'occasion d'une conférence prononcée en 1999, l'actuelle juge en chef de la Cour suprême, Madame McLachlin rappelait que les tribunaux administratifs peuvent jouer un rôle important dans l'administration de la justice. Elle mentionnait :

But there is increased room for independent boards, tribunals, and agencies to operate without their activities being depicted, as somehow threatening to the Rule of Law. Rather, to the extent that boards, tribunals, and agencies act rationally and fairly with respect to the public, they have a critical role to play in maintaining that Rule of Law. Indeed, contrary to Dicey's view that the courts' primary role is to constrain, limit and, if possible, eliminate administrative power, the new Rule of Law allows courts to respect and advance the roles of administrative tribunals. The courts' role shifts from being a brute guardian of an artificial and restrictive Rule of Law to that of a partner, with tribunals and other civic institutions, in its construction and maintenance⁹¹.

Pour que les tribunaux administratifs puissent remplir pleinement le rôle dynamique que la juge en chef souhaite qu'ils assument, il faudrait que leur indépendance soit mieux affirmée.

⁹¹ « The Role of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » [1999] 12 C.J.A.L.P. 171 à la page 175.

