

La transformation du modèle québécois de récusation des juges

Luc HUPPÉ*

Résumé

Après avoir connu une longue période de stabilité, l'encadrement juridique de la récusation des juges en matière civile au Québec subit une profonde transformation au tournant du vingt-et-unième siècle. Prenant appui sur l'exigence d'impartialité consacrée par la *Charte des droits et libertés de la personne* à l'égard des institutions judiciaires, la jurisprudence donne une nouvelle signification aux motifs de récusation énoncés au *Code de procédure civile*. De plus, le législateur délaisse une procédure de récusation qui tirait son origine de la grande *Ordonnance de 1667*. En parallèle, la déontologie judiciaire étend son champ d'application à la récusation, ajoutant une dimension nouvelle au sujet. Le présent texte vise à faire état de cette mutation du mécanisme de récusation, en suivant son évolution depuis le Régime français.

Abstract

At the turn of the twenty-first century, after a long period of stability, a substantial change occurred in relation to the rules that govern the disqualification (recusal) of judges in civil matters in the Province of Quebec. The impartiality required from the judicial institutions by the *Charter of Human Rights and Freedoms* served as a basis for a new reading of the grounds for disqualification enumerated in the *Code of Civil Procedure*. Moreover, the legislator no longer maintained a procedure of disqualification that dated from the great «*Ordonnance de 1667*». In the field of judicial ethics, rules were also developed about the disqualification of judges, which added a new dimension to the subject. The present article follows the transformation of the disqualification mechanism since the French Regime.

* Avocat au Barreau du Québec, LL.B. (U. Laval), LL.M. (U. Montréal), LL.D. (U. Montréal).





Plan de l'article

Introduction	211
I. L'éclatement des motifs	213
II. L'individualisation de la procédure	224
III. L'intégration de la déontologie	234
Conclusion	244





Le mécanisme de la récusation permet de dessaisir un juge d'un dossier lorsque sa conduite, ses opinions, ou encore ses liens avec les parties ou l'objet du litige, suscitent un doute quant à son impartialité. Il sert à mettre en œuvre une modalité essentielle de l'exercice des fonctions judiciaires, soit l'obligation faite aux tribunaux de préserver leur impartialité et d'en donner l'apparence. Qu'elle soit volontaire ou forcée, la récusation pose donc une limite à l'autorité personnelle des juges, en les rendant inhabiles à entendre et à décider de certaines affaires. Sans affecter la compétence globale des institutions judiciaires, elle représente une contrainte importante au pouvoir détenu individuellement par chacun de leurs membres.

Le Québec est la seule province canadienne dont la législation énumère les motifs de récusation des juges, ainsi que la procédure qui y conduit¹. Des raisons d'ordre historique expliquent que ces règles se trouvent non dans la *Loi sur les tribunaux judiciaires*², qui définit la structure judiciaire de la province, établit les principaux tribunaux et précise leur organisation, mais dans le *Code de procédure civile*³. Rattachées à la procédure durant le Régime français, les règles concernant la récusation des juges sont demeurées dissociées, après la Conquête, de la mise en place de nouvelles institutions judiciaires. Bien que ce sujet relève du droit public, la législation québécoise l'a toujours situé au sein du droit judiciaire privé.

¹ C'est le constat que faisait le Conseil canadien de la magistrature en 1998 : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1998 (ci-après «*Principes de déontologie judiciaire*»), commentaire E-4, p. 47. Dix ans plus tard, ce constat a été repris par l'un de ses comités d'enquête : *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête constitué en vertu du paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour enquêter sur la conduite du juge Théodore Matlow de la Cour supérieure de justice de l'Ontario*, 28 mai 2008, par. 142.

² L.R.Q., c. T-16.

³ C.p.c., art. 234 à 242. Quelques lois particulières consacrées à des tribunaux ou des organismes spécialisés intègrent expressément ou tacitement ces principes par référence : *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 140 (membres des conseils de discipline) ; *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., c. C-72.01, art. 45 (juges municipaux) ; *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3, art. 40.12.10 (membres de la Commission permanente de révision) ; *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1, art. 118 (membres de la Commission de la fonction publique) ; *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, art. 64 (régisseurs de la Régie du logement) ; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 274 (membres des comités d'enquête du Conseil de la magistrature).

Les dispositions du *Code de procédure civile* traitant de la récusation des juges prennent ainsi leur source dans des normes qui comptent parmi les plus anciennes règles de droit du pays : la grande *Ordonnance de 1667*⁴ abordait longuement la question au Titre XXIV, tant en ce qui a trait aux motifs de récusation qu'à la manière de les faire valoir. Préservé par l'*Acte de Québec de 1774*⁵ après la fin du Régime français⁶, cet encadrement juridique a été repris en substance lors des codifications successives de la procédure civile en 1866⁷, en 1897⁸ et en 1965⁹. Inscrit dans la durée, le modèle québécois de récusation des juges fournit donc un champ d'étude exceptionnellement étendu, à l'échelle du droit canadien.

⁴ Cette ordonnance, ainsi que les modifications apportées le 7 novembre 1678 par le Conseil souverain de Québec et l'édit de juin 1679 entérinant ces modifications, sont reproduites dans *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'état du roi concernant le Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 106 et suiv. et p. 236. Les dispositions de cette ordonnance concernant la récusation sont aussi reproduites dans : Philippe FERLAND, *Code de procédure civile (annoté) de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1959, p. 404 et 405. À propos de l'élaboration et du contenu des dispositions de cette ordonnance traitant de la récusation, voir : Boris BERNABÉ, *La récusation des juges. Étude médiévale, moderne et contemporaine*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 514, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 220 et suiv.

⁵ 14 Geo. III, c. 83 reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2.

⁶ Un juge écrit que l'*Ordonnance de 1667* « était le véritable Code de procédure en vigueur en ce pays, en 1774 et en 1857 » : *Bourdon c. Cité de Montréal*, (1918) 54 C.S. 193, 202. La jurisprudence antérieure à la codification de 1866 invoquait également ces dispositions de l'*Ordonnance de 1667* sans remettre en doute le fait qu'elles exprimaient véritablement le droit en vigueur dans le Bas-Canada : *Compagnie d'assurance du Canada c. Freeman*, (1847-1848) 3 R. de L. 85 (C.B.R.), 85 ; *Renaud c. Guky*, (1858) 8 *Lower Canada Reports* 246 (C.B.R.), 247 et 250. Un auteur a aussi relevé une demande de récusation formulée en 1771 – avant même l'*Acte de Québec de 1774* – à l'endroit d'un juge de la Cour des plaidoyers communs, fondée sur un lien de parenté avec une partie, soit l'un des motifs énoncés à l'*Ordonnance de 1667* : Arnaud DECROIX, « La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête », (2011) 56 *R.D. McGill* 489, 535, note 206.

⁷ *Acte concernant le Code de procédure civile du Bas-Canada*, (1866) 29-30 Vict., c. 25, art. 176 à 191 [ci-après « *Code de procédure civile* (1866) »] ; Pierre Basile MIGNAULT, *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté*, Montréal, Valois, 1891 ; Gonzalve DOUTRE, *Les lois de la procédure civile*, t. 1, Montréal, Eusèbe Sénécal, 1867.

⁸ *Loi concernant le Code de procédure civile de la Province de Québec*, (1897) 60 Vict., c. 48, art. 237 à 250 [ci-après « *Code de procédure civile* (1897) »] ; Pierre BEULLAC, *Code de procédure civile de la Province de Québec annoté*, Montréal, J. Lovell, 1908.

⁹ *Code de procédure civile*, (1965) 13-14 El. II c. 80, art. 234 à 242 [ci-après « *Code de procédure civile* (1965) »].

Des facteurs divers ont influé sur l'évolution de ces dispositions. Certaines modifications résultent non d'un changement apporté au mécanisme juridique lui-même, mais découlent plutôt de son adaptation à la société dans laquelle il prend place. Par exemple, des modifications législatives ont permis d'y refléter l'ouverture de la magistrature aux femmes¹⁰, ou encore l'élargissement de la notion de conjoint¹¹. De même, le nouveau vocabulaire du droit civil québécois introduit par le *Code civil du Québec* a entraîné quelques modifications de forme¹².

À compter de la fin du vingtième siècle, toutefois, les règles du droit québécois relatives à la récusation des juges évoluent plus particulièrement sur trois aspects. En premier lieu, un changement radical de perspective fait éclater l'énumération des motifs de récusation (I). En deuxième lieu, la procédure donne désormais une place prépondérante au juge visé par la demande de récusation (II). Enfin, le développement de la déontologie judiciaire ajoute une dimension nouvelle à la problématique de la récusation (III). Tous ces facteurs ont pour conséquence de transformer profondément le mécanisme de récusation, tel qu'il existait au Québec presque sans discontinuité depuis ses origines.

I. L'éclatement des motifs

L'*Ordonnance de 1667* énonçait en substance six motifs de récusation : la parenté ou l'alliance du juge avec l'une des parties¹³ ; l'existence d'un différend auquel le juge est partie, portant sur la même question que celle dont il est saisi¹⁴ ; les conseils donnés ou l'opinion exprimée par le juge à propos du litige¹⁵ ; l'existence d'un litige le concernant et dont l'une des parties est saisie à titre de juge¹⁶ ; des menaces proférées par le juge ou une inimitié capitale avec l'une des parties¹⁷ ; une fonction d'ordre privé exercée par le juge auprès de l'une des parties ou encore la qualité de donataire

¹⁰ *Loi modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1977, c. 73, art. 8.

¹¹ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 95.

¹² *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 246 et 420.

¹³ *Ordonnance de 1667*, Titre XXIV, art. 1, 2, 3 et 4.

¹⁴ *Id.*, art. 5.

¹⁵ *Id.*, art. 6.

¹⁶ *Id.*, art. 7.

¹⁷ *Id.*, art. 8.

ou d'héritier présomptif de l'une des parties¹⁸. Malgré le caractère non limitatif de cette énumération¹⁹, le Conseil supérieur de Québec décidait, en 1708, que la récusation ne peut avoir lieu pour cause d'alliances spirituelles avec l'une des parties²⁰, en dépit de la pratique antérieure ayant intégré ce motif²¹.

Cette approche restrictive se poursuit après la Conquête²². La Cour du Banc de la Reine écarte alors, comme possible motif de récusation, la parenté du juge avec les actionnaires d'une personne morale partie au litige²³ et interprète strictement la notion d'inimitié capitale²⁴. Il en est de même au plan législatif. Une loi pré-confédérative limite au degré de cousin germain la parenté ou l'alliance entraînant la récusation²⁵, alors que l'*Ordonnance de 1667* l'étendait au quatrième degré, en incluant les enfants issus de cousins germains²⁶. Par ailleurs, au moment de la création d'une

¹⁸ *Id.*, art. 10.

¹⁹ L'article 12 de l'*Ordonnance de 1667* le mentionnait expressément: «N'entendons aussi exclure les autres moyens de fait ou de droit; pour lesquels un juge pourrait être valablement récusé».

²⁰ *Arrêt du Conseil supérieur de Québec qui ordonne qu'il ne sera plus fait de récusations, à l'avenir, pour cause d'alliance spirituelle*, 26 novembre 1708, reproduit dans *Arrêts et règlements du Conseil supérieur de Québec et ordonnances et jugements des intendants du Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1855, p. 153.

²¹ La jurisprudence du Conseil en donne d'ailleurs quelques exemples. Ainsi, dans un arrêt du 12 janvier 1682, il déclarait que ses membres devaient s'abstenir dans les procès touchant les intérêts de leurs parrains, filleuls et personnes dans les autres degrés de cognation spirituelle: *Arrêts et règlements du Conseil supérieur de Québec et ordonnances et jugements des intendants du Canada*, préc., note 20, p. 94. Le même jour, il interdisait à l'intendant de participer au jugement d'un procès étant donné qu'il avait nommé sur les fonds baptismaux l'enfant de l'une des parties: *id.*, p. 94 et 95.

²² Pour ce qui est de l'évolution de la procédure civile dans la province de Québec après la Conquête, l'ouvrage suivant demeure une référence essentielle: Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.

²³ *La Compagnie d'assurance du Canada c. Freeman*, préc., note 6, 86.

²⁴ *Renaud c. Guky*, préc., note 6, 248-250.

²⁵ *Acte pour restreindre dans certains cas les récusations des juges dans le Bas-Canada*, (1855) 18 Vict., c. 105, art. 1^{er}, repris dans: *Acte concernant l'indépendance des juges de la Cour du banc de la Reine et de la Cour supérieure, ainsi que leur récusation en certains cas*, S.R.B.-C. 1861, c. 81, art. 3. En apportant explicitement une modification à l'un des motifs de récusation énoncés dans l'*Ordonnance de 1667*, cette loi confirme que les dispositions de cette ordonnance traitant de la récusation des juges ont continué de faire partie du droit québécois après la Conquête.

²⁶ *Ordonnance de 1667*, Titre XXIV, art. 1^{er}.



première véritable Cour d'appel, en 1849, interdiction est faite à ses membres d'entendre en appel un litige auquel ils auraient participé, en tant que juge de première instance²⁷. Cette prohibition adapte au contexte particulier de l'appel le droit déjà existant de récuser un juge ayant exprimé son opinion à l'égard du litige.

La codification de 1866 reprend essentiellement les motifs de récusation énoncés dans l'*Ordonnance de 1667*, tels que modifiés entretemps²⁸. Le premier *Code de procédure civile* en remploie la formulation et conserve le même ordre de présentation. Conformément à leur mandat²⁹, les Commissaires chargés de la codification se sont limités à codifier les règles de droit du Bas-Canada présentant un caractère général et permanent à ce sujet. Réalisée par le Parlement du Canada sous le régime de l'*Acte d'Union*³⁰, cette première codification maintenait donc, en ce qui a trait aux motifs de récusation des membres des institutions judiciaires d'inspiration britannique établies dans le Bas-Canada, le cadre juridique fixé pendant le Régime français.

Innovation importante, cette première codification contient toutefois un motif additionnel de récusation : l'intérêt du juge à favoriser l'une des parties³¹. Adoptant la conception de la récusation exposée par la doctrine française³², cet ajout présente une caractéristique nouvelle par rapport aux motifs auparavant énoncés : il formule par une idée générale – l'intérêt du juge – le principe qui inspire les diverses causes de récusation spécifiquement

²⁷ *Acte pour établir une cour ayant juridiction en appel et en matières criminelles, pour le Bas-Canada*, (1849) 12 Vict., c. 37, art. 11, repris dans : *Acte concernant la Cour du banc de la Reine*, S.R.B.-C., 1861, c. 77, art. 8. La même règle s'appliquait aux appels à la Cour supérieure des jugements rendus par la Cour de circuit : *Acte pour amender les lois relatives aux cours de juridiction civile en première instance, dans le Bas-Canada*, (1849) 12 Vict., c. 38, art. 56. Cette inhabilité propre aux juges d'appel sera reprise lors des codifications subséquentes de la procédure civile : *Code de procédure civile* (1866), art. 1158 ; *Code de procédure civile* (1897), art. 1229 ; *Code de procédure civile* (1965), art. 515.

²⁸ *Code de procédure civile* (1866), art. 176.

²⁹ *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, (1857) 20 Vict., c. 43, art. 5 et 6.

³⁰ (1840) 4 Vict., c. 35, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 4.

³¹ *Code de procédure civile* (1866), art. 176 al. 7.

³² Les tribunaux relèveront d'ailleurs la source de cet emprunt : *Leclerc c. Bilodeau*, (1868) 12 *Lower Canada Jurist* 20, 22 (C. Circuit) ; *Bourdon c. Cité de Montréal*, préc., note 6, 199 ; *Kruco Inc. c. Kruger Inc.*, [1987] R.J.Q. 1071, p. 1073, note 6 (C.S.).



identifiées³³. Par ailleurs, la clause de l'*Ordonnance de 1667* qui précisait le caractère non limitatif de l'énumération des motifs de récusation disparaît. Ces deux modifications suggèrent une volonté du législateur d'exprimer de manière globale et complète la théorie qui fonde le mécanisme de récusation. Outre l'insertion, au début du vingtième siècle³⁴, de la parenté ou de l'alliance du juge avec l'avocat d'une partie, les codifications subséquentes n'apporteront aucun autre motif.

Sur une période de trois cents ans, une grande stabilité marque donc les motifs de récusation des juges en droit québécois. La lente évolution du droit en cette matière résulte de mesures prises par le législateur, qui maintient avec constance l'esprit des règles établies par l'*Ordonnance de 1667*. Quasi-inexistante, la jurisprudence traitant de cette question n'apporte aucune contribution substantielle à la définition des motifs de récusation. On n'y trouve notamment aucune critique quant à la façon dont les dispositions législatives encadrent le sujet. Aucune injustice n'y est dénoncée quant à leur portée ou leur application. Rien dans cette jurisprudence ne laisse anticiper le changement radical de perspective qui se produira dans le dernier quart du vingtième siècle.

À compter du milieu des années 1950, la Cour suprême du Canada prononce une série de jugements traitant de l'obligation de récusation des juges³⁵ et des arbitres³⁶, ou encore de l'impartialité des décideurs administratifs³⁷, dans des provinces autres que le Québec³⁸. Comme le montrent

³³ C'est ainsi que ce motif de récusation est présenté par l'auteur français Pigeau, dont les codificateurs se sont inspirés : « Le principe général en matière de récusation est que toutes les fois qu'un juge a quelque intérêt à favoriser une partie, intérêt de sang, intérêt personnel, intérêt d'amour-propre, il est récusable : les cas supposés par le tit. 24 de l'ordonnance de 1667 ne sont qu'une partie des conséquences de ce principe » (cité par Philippe FERLAND, *Traité sommaire et formulaire de procédure civile*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, p. 290 et 291).

³⁴ *Loi amendant l'article 237 du Code de procédure civile*, (1901) 1 Ed., c. 35, art. 1^{er}.

³⁵ *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833, 842 et 843.

³⁶ *Szilard c. Szasz*, [1955] R.C.S. 3; *Ghirardhosi c. The Minister of Highways for British Columbia*, [1966] R.C.S. 367.

³⁷ *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767; *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Ringrose c. The College of Physicians and Surgeons of the Province of Alberta*, [1977] 1 R.C.S. 814; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'Énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

³⁸ La Cour suprême du Canada n'a pas encore rendu d'arrêt traitant de la récusation des juges en droit québécois.



ces arrêts, le système de common law traite la question de manière bien différente: plutôt que d'identifier une série de circonstances justifiant la récusation, il met l'accent sur la crainte raisonnable de partialité que pourrait susciter la situation dans laquelle se trouve le juge. Or, l'obligation d'impartialité des institutions judiciaires et de leurs membres est expressément consacrée en droit québécois à la même époque: l'Assemblée nationale adopte en 1975 la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui accorde à toute personne le droit à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé³⁹.

Envisagé sous l'angle de cette garantie constitutionnelle, à laquelle fait écho le critère retenu en common law, le cadre conceptuel fixé par les dispositions du *Code de procédure civile* traitant de la récusation dévoile ses limites. L'énumération des motifs de récusation qui s'y trouve ne contient aucune référence à l'impartialité du tribunal, mais énumère plutôt une série de liens objectifs qui rattachent le juge à l'une des parties ou à l'objet du litige dont il est saisi. Par ailleurs, aucun de ces motifs ne concerne la conduite du juge à l'audience, un moment pourtant susceptible de donner prise à des allégations de manque d'impartialité de sa part.

Pour les tribunaux québécois, une interrogation fondamentale surgit alors: à l'instar de la common law, y a-t-il lieu d'intégrer la crainte raisonnable de partialité dans le mécanisme de récusation prévu au *Code de procédure civile*? À cette époque, la jurisprudence était ambivalente à propos du caractère limitatif, ou non limitatif, des motifs de récusation qui y sont énumérés⁴⁰. Dans le cadre de jugements prononcés en 1986 et 1987, le juge en chef de la Cour supérieure exprime fermement la position que l'énumération des motifs de récusation contenue au *Code de procédure civile* est

³⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6 (maintenant L.R.Q., c. C-12), art. 23.

⁴⁰ En faveur du caractère exhaustif des motifs énumérés: *Brown c. Curé et marguilliers de l'œuvre et Fabrique de la paroisse de Montréal*, (1871) 1 *Revue critique* 107, 115 et 116 (C.B.R.), confirmé en appel sans discussion de cette question: *Brown c. Curé et marguilliers de l'œuvre et Fabrique de Notre-Dame de Montréal*, (1876) 20 *L.C.J.* 228 (C.P., 1874), 229 et 236. En faveur du caractère non limitatif des motifs énumérés: *Bourdon c. Cité de Montréal*, préc., note 6, 200-202. Un arrêt ambigu de la Cour d'appel exprimait des positions contradictoires à ce sujet: *B.P. Oil Ltd. c. Fournier* (C.A., 1979), rapporté dans Hubert REID et Denis FERLAND, *Code de procédure civile du Québec annoté*, vol. 4, « Supplément 1979-1982 », Montréal, Wilson & Lafleur, 1983, p. 224.1, p. 225 (en faveur du caractère limitatif) et p. 230 (en faveur du caractère non limitatif).



limitative et qu'elle n'inclut pas la crainte raisonnable de partialité⁴¹. Selon cette conception, un manquement du tribunal à l'obligation d'impartialité ne permet pas de demander la récusation du juge, mais fournit plutôt un motif d'appel de son jugement.

Dans cette optique, seule une interprétation extensive des motifs de récusation nommément identifiés permet, dans une certaine mesure, d'y intégrer la crainte raisonnable de partialité. Cette technique avait déjà été utilisée à l'égard du motif relié au fait que le juge soit partie à un litige portant sur une question pareille à celle dont il est saisi. Ainsi, en 1918, la Cour supérieure élargissait ce motif de sa propre autorité pour y inclure tout autre litige opposant le juge à l'une des parties⁴². La jurisprudence postérieure à la *Charte des droits et libertés de la personne* tentera semblablement d'interpréter le motif d'inimitié capitale⁴³, ou encore celui relié au fait que le juge ait exprimé son avis extrajudiciairement⁴⁴, d'une façon telle qu'ils puissent inclure certaines manifestations de partialité de la part du juge. Une telle extension des concepts comportait toutefois le risque d'en dénaturer le sens. De toute évidence, elle ne pouvait fonder durablement l'intégration de la crainte raisonnable de partialité comme motif autonome de récusation.

Une voie différente est résolument empruntée en 1992 par un juge puîné de la Cour supérieure⁴⁵. Se fondant sans détour sur la common law, il considère que reporter à l'étape de l'appel la possibilité de faire valoir un moyen relié à l'impartialité du juge a pour effet, entretemps, de priver les parties du droit à une audition impartiale garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Selon lui, les justiciables doivent au contraire

⁴¹ *Alvetta-Comeau c. Association des professeurs de Lignery*, [1986] R.J.Q. 1773 (C.S.), 1775-1780, appel rejeté sur requête et autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée: [1986] 2 R.C.S. v; *Kruco Inc. c. Kruger Inc.*, préc., note 32, 1072 et 1073: ce jugement a été confirmé en appel sur l'unique base que les faits ne démontraient aucune crainte raisonnable de partialité: *Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, [1987] R.D.J. 622 (C.A.), 631-633.

⁴² *Bourdon c. Cité de Montréal*, préc., note 6, 200.

⁴³ *Protection de la jeunesse – 211*, [1986] R.J.Q. 1377, 1379, 1381 et 1384 (T.J.).

⁴⁴ *Droit de la famille – 499*, EYB 1988-77710, par. 18-26 (C.S.).

⁴⁵ *Droit de la famille – 1559*, EYB 1992-75280, par. 18-44 (C.S.). Ce mouvement était déjà amorcé depuis quelques années au sein du Tribunal de la jeunesse: *Protection de la jeunesse – 152*, [1984] T.J. 2096, 2099-2101; *Protection de la jeunesse – 211*, préc., note 43, 1380. La Cour supérieure avait aussi laissé entrevoir ce changement: *Droit de la famille – 499*, préc., note 44, par. 21-25.



pouvoir exiger le respect immédiat de cette garantie. Il en vient donc à la conclusion que la crainte raisonnable de partialité constitue un motif de récusation additionnel à ceux énoncés au *Code de procédure civile*. L'année suivante, la Cour d'appel entérine ce point de vue⁴⁶, dans un arrêt par lequel elle déclare applicable au Québec le critère utilisé en common law en matière de récusation⁴⁷.

À la suggestion du Comité de révision de la procédure civile⁴⁸, cette initiative est consacrée par le législateur en 2002⁴⁹, après avoir été largement suivie par la jurisprudence⁵⁰ : le *Code de procédure civile* est modifié pour prévoir, d'une part, qu'une crainte raisonnable que le juge puisse être

⁴⁶ *Droit de la famille – 1559*, [1993] R.J.Q. 625 (C.A.), 633. Quelques années plus tôt, la Cour d'appel avait expressément refusé d'aborder la question : *Kruger Inc. c. Kruco Inc.* (C.A.), préc., note 41, 631. Il est significatif de constater que la Cour de cassation a peu après fait évoluer le droit français dans le même sens, par un arrêt du 28 avril 1998 de la Première chambre civile, pourvoi n° 96-11.637 ; à ce sujet, voir : B. BERNABÉ, préc., note 4, p. 361 et suiv.

⁴⁷ Après avoir cité deux des arrêts de la Cour suprême du Canada faisant état du critère applicable à la récusation, la Cour d'appel écrit : « Je n'ai aucune hésitation à dire que ce principe s'applique aussi bien au Québec que dans les provinces de common law, d'autant plus en présence de l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne » [*Droit de la famille – 1559*, préc., note 46, 633 (C.A.)].

⁴⁸ COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001, p. 128 et 129. L'analyse du Comité à propos de cette question se limite à constater l'état de la jurisprudence quant au caractère non limitatif de l'énumération des motifs de récusation et à exprimer le point de vue que l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* justifie d'y ajouter la crainte raisonnable de partialité.

⁴⁹ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7, art. 47.

⁵⁰ À titre d'exemples : *Les investissements Alcana Ltée c. St-Laurent (Ville)*, [1995] R.D.J. 208, 211 (C.A.) ; *Rioux c. Arel*, EYB 1996-94363, par. 25, 26 et 35 (C.S.) ; *Protection de la jeunesse – 848*, [1997] R.J.Q. 1156, 1157 (C.A.) ; *Monette c. Pearson*, EYB 1997-03655, par. 10-12 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2731*, EYB 1997-07438, par. 9-11 (C.S.) ; *9004-6673 Québec Inc. c. Roxboro excavation Inc.*, [1998] R.J.Q. 1731, 1737 (C.A.) (demande d'autorisation d'appel refusée, [1999] 1 R.C.S. v) ; *Re Construction Luc Patry Inc.*, EYB 1997-00256, par. 12-14 (C.S.) ; *B. c. P.*, EYB 1998-09817, par. 19-23 (C.S.) ; *Magil Construction Canada Ltd c. Moledet Investments Inc.*, EYB 1998-08620, par. 12-16 (C.S.) ; *Protection de la jeunesse – 940*, [1998] R.J.Q. 2186, 2192 et 2193 (C.Q.) ; *Khurana c. Labaye*, EYB 1999-11578, par. 13-17 (C.S.) ; *Re Calais Development Inc.*, EYB 1999-11541, par. 18-22 (C.S.) ; *Lord c. Domtar Inc.*, [2000] R.J.Q. 772, 778-779 (C.S.) (requête pour permission d'en appeler rejetée, 2000 CanLII 8989 (QC C.A.)) ; *A. c. B.*, [2000] R.D.F. 378, 379 (C.S.) ; *Dufour c. 99516 Canada Inc.*, [2001] R.J.Q. 1202, par. 15-21 (C.S.) ; *Sheppard c. The Royal Institute for the advancement of learning (McGill University)*, 2001 CanLII 9813, par. 12 et 15 (C.A.).



partial représente un motif de récusation et, d'autre part, que les motifs énumérés de récusation ne sont pas limitatifs⁵¹. Cette dernière modification ne fait, en apparence, que rétablir l'état du droit que consacrait l'*Ordonnance de 1667*. En revanche, l'introduction de la crainte raisonnable de partialité comme motif de récusation confirme une véritable mutation du mécanisme de récusation, tel qu'on le connaissait alors au Québec.

Jusqu'à cette époque, la récusation des juges demeurait tributaire de dispositions législatives, celles de l'*Ordonnance de 1667* ou du *Code de procédure civile*. Dorénavant, elle trouve son fondement dans l'obligation d'impartialité enchâssée par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le rôle du *Code de procédure civile* ne consiste plus qu'à illustrer le droit garanti aux justiciables par la *Charte* et à leur fournir la façon de le mettre en œuvre en matière civile⁵². Ce déplacement, dans l'ordre constitutionnel⁵³, du fondement du mécanisme de récusation donne aux tribunaux la possibilité de jouer un rôle prépondérant dans l'identification des circonstances empêchant un juge de demeurer saisi d'un dossier.

Dans la jurisprudence contemporaine, on peut ainsi constater que le motif relié à la crainte raisonnable de partialité tend à se substituer à l'ensemble des autres motifs de récusation énumérés au *Code de procédure civile*, voire à les éclipser. En 2008, la Cour d'appel résume comme suit l'état du droit: « Le critère pour évaluer une demande de récusation est la

⁵¹ Pour la période antérieure à 1992, l'historique contenu dans les pages précédentes permet de douter de l'exactitude des affirmations de la Cour d'appel voulant que l'énumération des motifs de récusation contenue au *Code de procédure civile* « n'est pas exhaustive et ne l'a jamais été », qu'il « allait de soi », même avant la modification législative de 2002, que le juge dont on pouvait raisonnablement craindre la partialité devait se récuser et, de plus, que cette modification n'aurait fait « que codifier la règle fondée sur le bon sens »: *Re Ruffo*, [2006] R.J.Q. 26, par. 160 (C.A.) (demande pour autorisation d'appeler rejetée, [2006] 1 R.C.S. xiv).

⁵² C'est la perspective adoptée par la jurisprudence: *Protection de la jeunesse – 897*, [1997] R.J.Q. 1812 (C.Q.), 1814 et 1815; *Protection de la jeunesse – 940*, préc., note 50, 2190 et 2192; *Laliberté c. Borgia*, EYB 1999-15502, par. 17 (C.S.); *Carrière c. Ambulance St-Raymond Inc.*, EYB 1999-15656, par. 6 (C.S.); *Dans la situation de C.A.M.N.P.*, 2003 CanLII 50012, par. 13 (C.Q.).

⁵³ L'article 52 de la *Charte* énonce le principe qu'aucune disposition d'une loi, même postérieure à la *Charte*, ne peut déroger à l'article 23, notamment. L'article 53 ajoute que si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la *Charte*.

crainte raisonnable de partialité»⁵⁴. L'un ou l'autre des motifs énumérés apparaît dorénavant insuffisant pour justifier la récusation à moins qu'il n'existe aussi une crainte raisonnable de partialité⁵⁵. Intégrés dans un système de pensée qui leur est étranger, les motifs de récusation provenant du droit français perdent ainsi toute autonomie et se fondent dans celui concernant la crainte raisonnable de partialité⁵⁶.

Cette nouvelle perspective provoque l'abandon des sources françaises – utilisées jusqu'au milieu des années 1980⁵⁷ – dans l'interprétation des dispositions du *Code de procédure civile* traitant de la récusation : la common law s'y substitue complètement, et ce, même à l'égard des motifs de récusation découlant de l'*Ordonnance de 1667*. Ainsi, la Cour d'appel s'est-elle considérée justifiée de prendre appui sur la doctrine américaine pour définir l'étendue des degrés de parenté qui forcent la récusation⁵⁸, alors

⁵⁴ *Wightman c. feu Peter N. Widdrington (Succession de)*, [2008] R.J.Q. 59, par. 48 (C.A.).

⁵⁵ À titre d'exemples : *P.-C. c. M.*, EYB 1996-86858, par. 14-18 (C.S.); *Protection de la jeunesse – 897*, préc., note 52, 1815; *Bourgoin c. La Reine*, 2002 CanLII 42039, par. 12-14 (C.S.); *Labbé-Gervais c. Bédard*, 2006 QCCS 458, par. 26, 36 et 37; *Wightman c. feu Peter N. Widdrington (Succession de)*, préc., note 54, par. 53; *AH (MTL) Inc. (Arrangement relatif à)*, [2009] R.J.Q. 1423, par. 57 et 60 (C.S.) (appel devenu théorique, *AH (MTL) Inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCA 2066). En ce qui concerne la récusation des experts, qui est régie par les mêmes dispositions du *Code de procédure civile*, la Cour d'appel a pourtant conclu que les différents motifs de récusation énumérés à l'article 234 doivent être interprétés et appliqués sans les relier au motif de la crainte raisonnable de partialité et que si l'existence de l'un de ces motifs est démontrée, il y a lieu à récusation sans avoir à s'interroger sur la partialité de l'expert : *SNC-Lavallin Inc. c. Guardian du Canada*, 2006 QCCA 687, par. 28.

⁵⁶ La perte d'individualité des motifs de récusation est bien perceptible dans la présentation du mécanisme de récusation par la doctrine québécoise contemporaine : Denis FERLAND et Benoît EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 382 et suiv.; Louis-Paul CULLEN, « La récusation d'un juge saisi d'un litige civil », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 143, *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 77, à la page 92 (cet article est aussi publié dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 155, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 215).

⁵⁷ À titre d'exemple de cette continuité, voir : *Renaud c. Guky*, préc., note 6, 248-250; *Compagnie d'assurance du Canada c. Freeman*, préc., note 6, 86 et 87; *Mercier c. The Waterloo & Magog Railway Company*, (1887) 10 *Legal News* 346 (C.S.), 349; *Bourdon c. Cité de Montréal*, préc., note 6, 199-201; *Labrie c. Malépart*, (1920) 22 R.P. 214, 217 (C.S.); *Alvetta-Comeau c. L'Association des professeurs de Lignery*, préc., note 41, 1776 et 1777; *Kruco Inc. c. Kruger Inc.*, préc., note 32, 1073.

⁵⁸ *Wightman c. feu Peter N. Widdrington (Succession de)*, préc., note 54, par. 55.

que le *Code de procédure civile* traite expressément de cette question⁵⁹ et que la notion de degré est depuis longtemps bien définie en droit civil en ce qui a trait à la parenté⁶⁰. Également, la common law a servi de source d'inspiration pour élaborer les circonstances permettant de conclure qu'un juge a un intérêt dans un litige⁶¹, une notion pourtant clairement empruntée au droit français lors de la codification de 1866.

L'adhésion des tribunaux du Québec au cadre d'analyse utilisé en common law a ainsi conduit à la perte des repères objectifs que fournissait le modèle québécois avant l'introduction du motif relié à la crainte raisonnable de partialité. Sans exception, les motifs de récusation auparavant énoncés se basaient tous sur des données objectives : la parenté, l'existence d'autres procédures judiciaires, l'appartenance à une association, des relations inamicales, etc. Bien que susceptibles d'interprétation, ces motifs identifiaient les causes de récusation avec suffisamment de précision pour permettre aux juges et aux parties de mesurer si la récusation se justifiait dans un dossier⁶². Ainsi peut s'expliquer le nombre très limité de jugements traitant de la récusation des juges avant la reconnaissance de la crainte raisonnable de partialité comme motif additionnel.

Empreint de subjectivité, malgré la présentation qu'en fait la jurisprudence⁶³, le motif relié à la crainte raisonnable de partialité repose au

⁵⁹ C.p.c., art. 234 al. 1 et 9.

⁶⁰ C.c.Q., art. 655 à 659; C.c.B.C., art. 615 à 618.

⁶¹ *Dufour c. 99516 Canada Inc.*, préc., note 50, par. 50-61.

⁶² Dans *Kruco Inc. c. Kruger Inc.*, préc., note 32, 1074, la Cour supérieure a d'ailleurs noté la différence fondamentale de nature entre les motifs énumérés et celui résultant d'une crainte raisonnable de partialité : « The enumerated cases are simple questions of fact which are readily verified and can lead to no dispute. Other cases, such as reasonable apprehension of bias, are matters which are not as easily determined and as a rule depend not only upon past and present events but things to come ». Le caractère objectif de ces autres motifs a aussi été souligné par la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 1559*, préc., note 46, 633 : « Dans tous les cas, il s'agit de situations de fait bien précises qui, par leur réalité, ne permettent que leur constatation ».

⁶³ La jurisprudence invoque régulièrement le caractère objectif de ce critère ; à titre d'exemples : *Lord c. Domtar Inc.*, préc., note 50, 779; *Dufour c. 99516 Canada Inc.*, préc., note 50, par. 20 et 21; *Droit de la famille – 10589*, 2010 QCCA 493, par. 27 (requête en autorisation de pourvoi rejetée, [2010] 2 R.C.S. vii); *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, section locale 301 c. Pointe-Claire (Ville)*, 2011 QCCA 1000, par. 80. Voir aussi : *Patti c. Ghanimé*, 2005 CanLII 43581, par. 18 (C.S.); *R. c. Létourneau*, 2008 QCCS 6858, par. 17.

contraire sur une appréciation du tribunal quant à la perception de l'impartialité du juge dont la récusation est demandée⁶⁴. Cette analyse est assujettie à une modulation de taille : la perception d'impartialité est appréciée non dans la perspective de la partie qui demande la récusation, ni même dans celle du tribunal qui en décide, mais dans la perspective d'une « personne raisonnable ». Le recours à cette fiction fait en sorte que la récusation est décidée en faisant abstraction de la perception réelle de la partie qui la demande⁶⁵. Le tribunal construit plutôt le modèle abstrait d'une « personne raisonnable » et déclare que ce serait – ou devrait être – dans les circonstances la perception d'une telle personne quant à l'impartialité du juge.

Un exercice aussi complexe empêche à toutes fins pratiques les parties de mesurer elles-mêmes si une récusation peut se justifier dans un dossier. L'appréciation de la crainte raisonnable de partialité procède au cas par cas, de sorte qu'il est impossible de tirer de la jurisprudence des principes précis, susceptibles de guider les parties ou le tribunal⁶⁶. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs explicitement refusé de suivre l'exemple de la jurisprudence britannique, qui conclut à une récusation automatique dans certaines situations⁶⁷, comme le prévoyait le modèle québécois. Il ne faut

⁶⁴ Dans *Droit de la famille – 1559*, préc., note 46, 633, la Cour d'appel exprime ainsi le critère applicable : « Pour être cause de récusation, la crainte de partialité doit a) être raisonnable, en ce sens qu'il doit s'agir d'une crainte à la fois logique, c'est-à-dire qui s'infère de motifs sérieux, et objective, c'est-à-dire que partagerait la personne décrite à b) ci-dessous, placée dans les mêmes circonstances ; il ne peut être question d'une crainte légère, frivole ou isolée ; b) provenir d'une personne 1) sensée, non tatillonne, qui n'est ni scrupuleuse, ni angoissée, ni naturellement inquiète, non plus que facilement portée au blâme ; 2) bien informée, parce que ayant étudié la question, à la fois, à fond et d'une façon réaliste, c'est-à-dire dégagée de toute émotivité ; la demande de récusation ne peut être impulsive ou encore, un moyen de choisir la personne devant présider les débats ; et c) reposer sur des motifs sérieux ; dans l'analyse de ce critère, il faut être plus exigeant selon qu'il y aura ou non enregistrement des débats et existence d'un droit d'appel. »

⁶⁵ Ce type d'analyse peut d'ailleurs facilement dériver vers une tentative de discréditer la partie qui demande la récusation ; pour une illustration, voir : *Droit de la famille – 1559*, préc., note 46, 635 et 636.

⁶⁶ « L'allégation de crainte raisonnable de partialité est entièrement fonction des faits de l'espèce. Il s'ensuit que les autres affaires dans lesquelles les tribunaux ont étudié des allégations semblables ont une valeur très limitée à titre de précédent » : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 136. Dans le même sens, voir aussi : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, par. 77.

⁶⁷ *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, préc., note 66, par. 72.

donc pas s'étonner de la recrudescence marquée des demandes de récusation en droit québécois depuis l'introduction de ce motif.

Bien qu'elles conservent la forme et la structure héritées du Régime français, les dispositions du *Code de procédure civile* traitant des motifs de récusation consacrent dès lors des règles de droit dont la substance n'a plus guère de rapport avec l'*Ordonnance de 1667*. Le vocabulaire qu'on y trouve masque la transformation profonde résultant du passage du système de droit civil à celui de la common law. Le modèle québécois consistait à identifier une série de situations considérées comme comportant intrinsèquement un risque quant à la capacité du juge de rendre une décision de manière désintéressée. La récusation issue de la common law procède plutôt à une anticipation – dans la perspective d'un observateur externe – de la capacité du juge à préserver son impartialité. L'un des systèmes prend appui sur les faits pour en tirer *a priori* une présomption d'inhabilité, alors que l'autre explore au cas par cas la perte de confiance qu'ils suscitent. C'est la manière même de conceptualiser la récusation qui change au cours de cette évolution.

II. L'individualisation de la procédure

Selon l'*Ordonnance de 1667*, la demande de récusation était présentée au moyen d'une requête en identifiant les causes⁶⁸. Le juge visé devait y répondre par une déclaration et prendre position quant à la véracité des faits allégués contre lui. C'est ensuite hors sa présence qu'était prononcé le jugement décidant de la demande de récusation⁶⁹. La mise en œuvre de la procédure de récusation exigeait ainsi la participation de plusieurs juges : d'une part, le juge dont la récusation était demandée fournissait, par sa déclaration, les éléments factuels nécessaires à la décision ; d'autre part, un ou plusieurs autres juges rendaient jugement à propos de sa récusation.

L'absence de participation du juge visé par une demande de récusation à la décision qui en apprécie le bien-fondé constituait donc une composante fondamentale du mécanisme de récusation mis en place pendant le Régime français⁷⁰. De toute évidence, une telle règle cherchait à éviter le

⁶⁸ *Ordonnance de 1667*, Titre XXIV, art. 23.

⁶⁹ *Id.*, art. 24.

⁷⁰ À ce sujet, voir : *Compagnie d'assurance du Canada c. Freeman*, préc., note 6, 85 et 86 ; *Mercier c. The Waterloo & Magog Railway Company*, préc., note 57, 349.

conflit d'intérêts dans lequel se trouve un juge appelé à décider de sa propre récusation et qui, pour cette raison, manque de la distance nécessaire pour rendre jugement en demeurant complètement détaché de ses enjeux. Une seule exception à ce principe, fondée sur une ordonnance de 1539⁷¹, aurait théoriquement permis d'envisager qu'un juge puisse, de son propre chef, rejeter sommairement une demande de récusation frivole dont il aurait été l'objet. Évoquée par la Cour du Banc de la Reine près d'un siècle après la fin du Régime français⁷², cette hypothèse sera par la suite écartée⁷³.

Lors de la décentralisation de l'administration de la justice qui survient au milieu du dix-neuvième siècle, le Parlement du Canada maintient le principe qu'un juge ne peut décider d'une demande de récusation qui le concerne, et ce, même s'il est le seul juge siégeant dans un district judiciaire. Tant pour la Cour de circuit⁷⁴ que pour la Cour supérieure⁷⁵, il oblige dans de telles circonstances le renvoi de la demande de récusation au juge d'un district voisin afin qu'il en décide et, le cas échéant, qu'il entende le mérite du litige dont était saisi le juge récusé⁷⁶.

⁷¹ « Quand les récusations proposées ou baillées par écrit, seront frivoles et non recevables, le juge récusé les pourra telles déclarer, et ordonner que nonobstant icelles, il passera outre selon la forme du droit » : *Ordonnance sur le fait de la justice*, Villers-Cotterets, 1539, art. 10, reproduite dans ISAMBERT, DECRUSY, ARMET, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 12, Paris, Belin-Leprieur et Verdière, 1828, p. 600.

⁷² *Compagnie d'assurance du Canada c. Freeman*, préc., note 6, 85 et 86. Les circonstances particulières de cette affaire peuvent expliquer une telle prise de position : deux juges ne siégeaient pas, puisqu'ils étaient actionnaires de la compagnie demanderesse, et la récusation de deux autres juges était demandée en raison du lien de parenté avec d'autres actionnaires de la compagnie, de sorte qu'il devenait impossible pour le tribunal de décider de la demande de récusation sans que les juges visés ne participent au jugement. La doctrine de la nécessité aurait aussi justifié le rejet de la demande de récusation. À propos de cette doctrine, voir : Luc HUPPÉ, « Les conflits d'intérêts institutionnels au sein de la magistrature », (2007-2008) 38 *R.D.U.S.* 127.

⁷³ *Brown c. Curé et marguilliers de l'œuvre et Fabrique de la paroisse de Montréal* (C.B.R.), préc., note 40, 116; le jugement du Conseil privé, en appel, n'aborde pas cette question.

⁷⁴ *Acte pour amender les actes de judicature du Bas-Canada*, (1857) 20 *Vict.*, c. 44, art. 56, repris dans : *Acte concernant la Cour de circuit*, S.R.B.-C., 1861, c. 79, art. 19. Voir aussi : *Acte pour amender les lois relatives aux cours de juridiction civile en première instance, dans le Bas-Canada*, (1849) 12 *Vict.*, c. 38, art. 65.

⁷⁵ *Acte pour amender les actes de judicature du Bas-Canada*, préc., note 74, art. 41, repris dans : *Acte concernant la Cour supérieure*, S.R.B.-C., 1861, c. 78, art. 20.

⁷⁶ Il est significatif de noter que la loi contenant cette mesure est sanctionnée le même jour que celle qui ordonne la première codification de la procédure civile : *Acte pour*

Les codifications de 1866⁷⁷ et de 1897⁷⁸ reprennent cette règle et consacrent le principe général que la demande de récusation est décidée par un juge différent de celui qui en est l'objet, interdiction étant même faite à ce dernier d'être présent lors de l'audition de cette demande. En 1965, le législateur maintient cette inhabileté, mais attribue au juge en chef du tribunal la responsabilité de prendre les mesures requises lorsqu'une demande de récusation est présentée à l'égard du seul juge siégeant dans un district⁷⁹. Une pratique se développe ensuite, du moins en Cour supérieure, selon laquelle le juge en chef entend lui-même les demandes de récusation présentées contre un juge du tribunal qu'il préside, à moins qu'il n'assigne spécialement un autre juge à cette fin⁸⁰. Au fil des codifications, et en dépit de la mise en place d'institutions judiciaires bien différentes de celles établies au cours du Régime français, est ainsi préservé le principe exprimé dans l'*Ordonnance de 1667*, privant le juge de la faculté de décider de sa propre récusation.

En 2002, toutefois, au moment où le législateur ajoute la crainte raisonnable de partialité comme motif additionnel de récusation, le principe interdisant à un juge de décider d'une demande de récusation qui le concerne est écarté⁸¹. Renversant complètement la perspective antérieure, la loi énonce désormais que la demande de récusation – quel qu'en soit le motif – est décidée par le juge saisi de la cause, sa décision étant cependant sujette à appel⁸². Jusqu'alors fondée sur la nécessaire participation de plu-

pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, préc., note 29, art. 5.

⁷⁷ *Code de procédure civile* (1866), art. 184, 185 et 188.

⁷⁸ *Code de procédure civile* (1897), art. 244, 245 et 248. Cette règle ne semble pas toujours avoir été suivie à la lettre. La Cour de révision a confirmé un jugement décidant qu'un juge peut passer outre une demande de récusation non fondée, faite pour des motifs dilatoires ou impropres: *Truchon c. Chicoutimi (Ville)*, (1900) 6 R.J. 101, 102 (C.S.).

⁷⁹ *Code de procédure civile* (1965), art. 238 et 239.

⁸⁰ Cette pratique est attestée par la jurisprudence en ce qui a trait à la Cour supérieure: *Charron c. Charron*, [2003] R.J.Q. 3111, par. 7 (C.S.). Dans d'autres tribunaux, la pratique n'attribuait pas nécessairement ce rôle au juge en chef: *N.P. c. Vallée*, 2003 CanLII 19847, par. 37 (C.S.). L'article 35 du *Règlement de la Cour du Québec*, R.R.Q., 1981, c. C-25, r. 4, prévoit que les demandes de récusation dans les instances en cours le 1^{er} janvier 2003 sont présentées au juge coordonateur ou au juge qu'il désigne, ce qui peut être l'indice d'une pratique en ce sens ayant cours à cette époque.

⁸¹ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, préc., note 49, art. 50.

⁸² La jurisprudence avait déjà établi que le jugement rejetant une demande de récusation pouvait être porté en appel, sur permission: *Doyle c. Sparling*, [1986] R.J.Q. 2560 (C.A.).

sieurs juges, la procédure de récusation s'individualise ainsi complètement en la personne du juge visé par la demande.

Ce changement radical d'une procédure appliquée pendant plus de trois cents ans sans que la jurisprudence n'exprime de malaise résultait de la mise en œuvre d'une recommandation du Comité de révision de la procédure civile formulée l'année précédente. Considérant que « l'exercice de la fonction judiciaire ne peut faire l'objet d'une surveillance, d'une évaluation ou d'une révision que par une juridiction supérieure »⁸³ et que « le principe de l'indépendance judiciaire interdit au juge en chef d'intervenir dans l'exercice de la fonction judiciaire d'un juge saisi d'une cause »⁸⁴, le Comité était d'avis que cette règle devait aussi s'appliquer en matière de récusation et qu'il valait mieux adopter, en droit québécois, la procédure suivie en common law. La jurisprudence a repris cette thèse à son compte, mais sans l'analyser à son mérite⁸⁵.

Pour appuyer son opinion à propos de la portée de l'indépendance judiciaire dans le processus de récusation, le Comité de révision de la procédure civile fait uniquement référence au jugement *Duong v. The Queen*⁸⁶, rendu par un tribunal ontarien de première instance. Or, ce jugement ne mentionne pas même le principe de l'indépendance judiciaire. En raison des circonstances particulières dans lesquelles le tribunal était alors saisi d'une demande de récusation⁸⁷, il invoque plutôt l'impossibilité pour le juge d'un tribunal supérieur de réviser le jugement rendu préalablement par un autre juge du même tribunal à ce sujet.

⁸³ COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, préc., note 48, p. 127 et recommandation R.3-25. La jurisprudence ajoutait une restriction de taille à un tel énoncé : « [...] sauf exception exprimée dans la loi, dans un texte qui doit être en conséquence interprété restrictivement, un juge de la Cour supérieure n'a aucun pouvoir de contrôle ou de surveillance sur un autre juge de ladite Cour » : *Alvetta-Comeau c. L'Association des professeurs de Lignery*, préc., note 41, 1779 (nos soulignés). Par ailleurs, le jugement sur lequel ce passage prend appui traitait d'une situation bien éloignée du contexte de la récusation d'un juge.

⁸⁴ COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, préc., note 48, p. 127.

⁸⁵ *Charron c. Charron*, préc. note 80, par. 37-47 et 54; *Landry c. Guimont*, 2010 QCCS 6697, par. 2.

⁸⁶ (1999) 129 C.C.C. (3d) 430 (Ont. C. Gen. Div.).

⁸⁷ Une demande de récusation avait été rejetée par le juge qui en était l'objet et la partie s'adressait au juge en chef du tribunal pour qu'il en décide lui aussi.

Dans la mesure où elle consiste à vérifier l'existence des conditions qui rendent le juge habile à se saisir d'un dossier ou à en demeurer saisi, une procédure qui confère à un juge autre que celui visé par la demande de récusation le soin d'en décider ne porte pas atteinte à l'indépendance judiciaire, telle qu'elle est définie par la Cour suprême du Canada. L'étude de cette demande n'a pas pour objet d'exercer une « influence » ou une « pression » à l'endroit du juge concerné⁸⁸, elle ne remet pas en cause la « séparation intellectuelle qui permet au juge de rendre des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent »⁸⁹, elle ne cherche pas à orienter le sens du jugement au mérite, ni à interférer dans l'administration de la preuve⁹⁰.

Selon le jugement *Duong v. The Queen*, les demandes de récusation fondées sur la partialité sont entendues par le juge qui en est l'objet⁹¹, une pratique d'ailleurs entérinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*⁹². Une telle affirmation doit toutefois être replacée dans son contexte: contrairement à la situation qui prévaut au Québec, ni la common law, ni le droit statutaire dans les autres provinces, ne prévoient de véhicule procédural précis pour demander la récusation d'un juge⁹³. Ces

⁸⁸ C'est ainsi que la Cour suprême du Canada présente la notion d'indépendance judiciaire dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, 138.

⁸⁹ Selon la formulation contenue dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 426 et 427.

⁹⁰ La définition classique de l'indépendance judiciaire énoncée dans *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 69, garantit la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises à l'abri des interventions extérieures.

⁹¹ « Bias, as a jurisdictional issue and a collateral matter, must be heard by the superior court trial judge seized »: *Duong v. The Queen*, préc., note 86, 436. Telle semble effectivement être la pratique au Canada: Philip BRYDEN, « Legal Principles Governing the Disqualification of Judges », (2003) 82 *R. du B. can.* 555, 594.

⁹² *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 66, par. 99: « Si les paroles ou la conduite du juge suscitent une crainte de partialité ou dénotent réellement sa partialité, il excède sa compétence [...]. On peut remédier à cet excès de compétence en présentant une requête en récusation adressée au juge présidant l'instance si celle-ci se poursuit, ou en demandant l'examen en appel de la décision du juge ». Cette affirmation de la Cour suprême du Canada, quant à la présentation de la requête en récusation au juge qui en est l'objet, n'est appuyée sur aucune source.

⁹³ Geoffrey S. LESTER, « Disqualifying Judges for Bias and Reasonable Apprehension of Bias: Some Problems of Practice and Procedure », (2001) 24 *Advocates' Quarterly* 326, 336 et suiv.; Paul M. PERELL, « The Disqualification of Judges and Judgments on the Grounds of Bias or Reasonable Apprehension of Bias », (2004) 29 *Advocates' Quarterly*

jugements ne font état d'aucune exigence d'ordre constitutionnel qui attribuerait au seul juge concerné par une demande de récusation l'autorité d'en décider. Dans l'affaire *Duong*, le tribunal souligne même qu'aucune disposition législative n'octroyait au juge en chef le pouvoir de décider d'une demande de récusation⁹⁴, ce qui constitue une différence significative avec l'encadrement fourni par le *Code de procédure civile* à cette époque, qui conférerait expressément une telle autorité aux autres juges que celui visé par la demande.

La jurisprudence a d'ailleurs appliqué de manière contrastée la réforme introduite en 2002 à ce sujet. D'une part, elle a consacré le conflit d'intérêts du juge décidant de sa propre récusation en affirmant que « la personne la plus apte à apprécier si elle doit ou non se récuser dans une affaire dont elle est saisie est le juge lui-même »⁹⁵. Elle a également légitimé l'attribution d'un tel pouvoir en invoquant – d'une façon quelque peu

102, 108 ; Linda S. ABRAMS et Kevin P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, 2^e éd. Markham, LexisNexis, 2010, n° 2.108, p. 148. Dans les provinces canadiennes autres que le Québec, les règles de droit concernant la récusation des juges sont d'origine prétorienne et non statutaire : P. BRYDEN, préc., note 91, 563. Ce n'est qu'exceptionnellement que la législation y aborde le sujet, et ce, afin de limiter les possibilités de récusation : *Loi sur la non-récusation des juges*, L.R.N.-B. 1973, c. J-1 ; *Judicial Disqualifications Removal Act*, R.S.N.S. 1989, c. 241 ; *Provincial Court Act*, S.S. 1998, c. P-30.11, art. 12. Pour une étude récente du traitement des demandes de récusation dans l'ensemble du Canada, voir : Philip BRYDEN et Julia HUGHES, « The Tip of the Iceberg : A survey of the Philosophy and Practice of Canadian Provincial and Territorial Judges Concerning Judicial Disqualification », (2010-2011) 48-3 *Alb. L.R.* 569.

⁹⁴ Préc., note 86, 440 et 441. On peut noter que le Conseil canadien de la magistrature n'écarte pas la collaboration du juge en chef ou d'un autre juge du tribunal à l'égard d'une demande de récusation : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 1, commentaire E-15, p. 52. On peut également noter que le droit américain prévoit parfois l'obligation de référer la demande de récusation à un juge autre que celui qui en est l'objet : Richard E. FLAMM, *Judicial Disqualification. Recusal and Disqualification of Judges*, 2nd ed., Berkeley, Banks & Jordan Law Pub. Co., 2007, p. 498-507.

⁹⁵ *M.M. c. Directeur de la protection de la jeunesse*, [2006] R.J.Q. 885, par. 102 (C.S.). Un autre jugement affirme que le nouvel article 238 du *Code de procédure civile* « n'est pas sujet à interprétation » : *D'Amours c. Les assurances Gérald Deslandes Inc.*, 2005 CanLII 43255, par. 13 (C.S.). En ce qui a trait aux demandes de récusation concernant les membres de la Cour d'appel, un juge a pris la position que « la décision sur une requête écrite demandant la récusation d'un juge relève de la compétence exclusive de ce dernier » : *Bohémier c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 61 (CanLII), par. 10.

gratuite – qu’il s’agit de « la coutume partout dans le monde ou presque »⁹⁶. D’autre part, cependant, la jurisprudence fournit l’exemple d’un juge refusant de décider lui-même d’une demande de récusation dont il est l’objet et la référant à la juge en chef du tribunal, bien que cette dernière avait préalablement refusé d’en décider⁹⁷. De plus, les pouvoirs inhérents des tribunaux ont été invoqués pour maintenir l’autorité du juge en chef ou d’un juge désigné par ce dernier de se saisir, dans des circonstances exceptionnelles, d’une demande de récusation concernant un autre juge⁹⁸.

De telles réserves montrent bien que l’indépendance judiciaire n’est pas affectée par un mécanisme qui retire au juge dont on demande la récusation le droit d’en décider lui-même. Peu avant l’amendement législatif de 2002, la Cour d’appel considérait encore comme usuel le fait pour un juge de déferer au juge en chef une demande de récusation dont il est l’objet⁹⁹. Au surplus, en dépit de la position prise par le Comité de révision de la procédure civile, un mécanisme de renvoi des demandes de récusation des membres d’un tribunal administratif au président de ce tribunal a

⁹⁶ *Banque nationale de Paris c. Creadev Inc.*, 2003 CanLII 48294, par. 6 (C.S.). Le tribunal reprenait ainsi à son compte la conclusion tirée par le Comité de révision de la procédure civile d’une analyse de la situation limitée aux autres provinces du Canada, à la Grande-Bretagne et à la France (qui n’a pas adopté ce modèle) : COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, préc., note 48, p. 127. On retrouve une affirmation semblable dans *Dans la situation de C.A.M.N.P.*, préc., note 52, par. 2.

⁹⁷ *Banque nationale de Paris c. Creadev Inc.*, préc., note 96, par. 10 et 29. La demande de récusation sera effectivement référée à un autre juge par le juge en chef : *Banque nationale de Paris c. Creadev Inc.*, EYB 2003-41301 (C.S.). La jurisprudence fait aussi référence à la « position délicate » dans laquelle se trouve placé le juge qui décide de sa propre récusation : *Tokar c. Poliquin*, 2011 QCCS 6978 (CanLII), par. 42, permission d’en appeler accordée : *Tokar c. Poliquin*, 2011 QCCA 2437 (CanLII).

⁹⁸ *Charron c. Charron*, préc., note 80, par. 48 et 49. Il est significatif de constater que cette position est notamment appuyée sur un jugement de common law (*R. v. Stark*, 1994 O.J. 406) dont le raisonnement avait été rejeté dans l’affaire *Duong v. The Queen*, préc., note 86, 438 et 439. La doctrine a évoqué sans la désavouer la position adoptée dans l’affaire *Stark* : P.M. PERELL, préc., note 93, 109.

⁹⁹ 9004-6673 *Québec Inc. c. Roxboro excavation Inc.*, préc., note 50, 1735. On peut aussi noter que, la même année, dans son analyse des obligations déontologiques des juges relativement à la récusation, le Conseil canadien de la magistrature ne fait état d’aucun problème relié à l’indépendance judiciaire en ce qui a trait à cette façon de procéder : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 1. Le Conseil est composé des juges en chef et des juges en chef associés et adjoints de tous les tribunaux supérieurs du pays, y compris ceux du Québec qui entendaient alors les demandes de récusation : *Loi sur les juges*, L.R.C. 1985, c. J-1, art. 59.

été considéré comme comportant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité¹⁰⁰. Plusieurs lois relatives à des tribunaux ou des organismes spécialisés contiennent un mécanisme semblable¹⁰¹, ce qui indique que la modification apportée au *Code de procédure civile* n'était pas fondée sur des préoccupations liées à l'indépendance des décideurs.

Le véritable motif à la base de la réforme apportée au processus de récusation en 2002 semble plutôt résider dans une volonté bien affirmée de faire disparaître une procédure de récusation spécifique au Québec et d'aligner le droit québécois sur la common law. Il semble largement excessif – voire même erroné – de qualifier comme une intervention dans l'exercice de la fonction judiciaire du juge dont la récusation est demandée la décision rendue à ce sujet par le juge en chef ou tout autre juge du tribunal. Au plan de sa qualification juridique, la procédure de récusation ne constitue pas un mécanisme de surveillance ou de révision de la manière dont le juge exerce ses fonctions. Elle se présente plutôt comme une vérification incidente des conditions qui rendent le juge habile ou inhabile à se saisir d'un dossier ou à en demeurer saisi. La perspective du Comité de révision de la procédure civile dénature donc quelque peu le mécanisme de récusation.

Par ailleurs, la jurisprudence récente fournit des illustrations du danger intrinsèque que comporte une procédure qui laisse au juge le soin de déterminer lui-même si une « personne raisonnable » considérerait que sa conduite donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Ainsi, après avoir fait part de sa « grande surprise » et de son « grand étonnement » à propos d'une demande de récusation fondée sur la crainte raisonnable de partialité, un juge de la Cour supérieure rejetait cette demande en déclarant que « si besoin était, le soussigné n'a aucune hésitation à déclarer son impartialité et son objectivité, tant pour le passé que pour le futur dans le présent dossier, le seul but visé étant la détermination des droits des par-

¹⁰⁰ *Supermétal Québec Inc. c. Deraiche*, 2011 QCCS 1382, par. 23. Le Tribunal fait d'ailleurs spécifiquement référence à la prise de position du Comité de réforme de la procédure civile avant de s'en distancier (*id.*, par. 19).

¹⁰¹ *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 429.43 (membres de la Commission des lésions professionnelles); *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 39 (membres du Tribunal des droits de la personne); *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 137.10 (commissaires de la Commission des relations du travail); *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 144 (membres du Tribunal administratif du Québec).

ties à la lumière de la preuve pertinente qui lui sera offerte »¹⁰². Néanmoins, la Cour d'appel ordonne sa récusation en concluant que l'effet cumulatif des commentaires et des agissements du juge suffisait à susciter une crainte raisonnable de partialité et que le juge avait franchi la ligne permettant d'assurer et de maintenir le respect des justiciables envers le système de justice¹⁰³.

Une autre affaire montre avec encore plus d'acuité l'inévitable manque de distance d'un juge qui, même avec la plus entière bonne foi, doit décider de sa propre apparence d'impartialité. Le juge de la Cour supérieure visé par une demande de récusation la rejette en affirmant positivement qu'il est impartial, qu'il n'a aucun préjugé favorable ou défavorable envers qui que ce soit, qu'il entend trancher les questions soumises selon la preuve, qu'il est libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert, qu'il souhaite que le procès – commencé depuis déjà douze jours – se termine dans les plus brefs délais et qu'une récusation serait grandement préjudiciable pour les parties. En outre, il invoque le serment qu'il a prêté, afin de continuer d'exercer ses fonctions à l'égard de ce dossier en son âme et conscience, selon la preuve soumise et la loi et avec probité, intégrité et impartialité¹⁰⁴.

La Cour d'appel ordonne néanmoins sa récusation. Son appréciation tranche radicalement avec les déclarations on ne peut plus solennelles du juge de première instance. Percevant dans la conduite du juge une « hostilité à peine voilée à l'endroit des appelants », elle lui reproche l'usage de mots « qui paraissent manifester une antipathie réelle » à leur endroit, elle considère que sa maladresse « aurait troublé toute personne raisonnable », elle qualifie de remarque « fielleuse et imméritée » un passage du jugement

¹⁰² *Droit de la famille – 11765*, 2011 QCCS 1356, par. 2, 68 et 75.

¹⁰³ *Droit de la famille – 112335*, 2011 QCCA 1462, par. 11 et 14. Dans un autre dossier où elle ordonnait la récusation du même juge, ayant alors refusé de se récuser malgré qu'il avait, dans un dossier antérieur, porté un jugement sévère sur la crédibilité d'une partie, la Cour d'appel soulignait que « it is difficult to conceive that the judge, whose good intentions are not to be doubted, could be perceived as having no pre-existing opinion regarding the credibility of the Appellants »: *Michalakopoulos c. Credit VW Canada Inc.*, 2010 QCCA 1894, par. 3. Elle ajoutait même (par. 5): « Having decided not to recuse himself, the judge ought to have done his best, in his conduct of the case, to allay the fears of the Appellants with respect to his apprehended partiality. The transcripts show, however, that the four day hearing was anything but serene, which could only reinforce a perception of partiality ».

¹⁰⁴ *Quebecor Inc. c. Société Radio-Canada*, 2010 QCCS 6907, par. 25 et 26.

refusant la récusation et relève son « manque de sérénité » et sa « véhémence »¹⁰⁵. Elle conclut qu'une personne raisonnable pourrait douter que le juge soit désormais en mesure d'apprécier de façon impartiale la preuve qui lui est présentée et qu'il y a apparence de partialité.

Lorsque la Cour d'appel ordonne la récusation d'un juge qui considérerait qu'une « personne raisonnable » ne pourrait valablement craindre pour son impartialité, la crédibilité de ce dernier en est nécessairement affectée. Il existe un risque réel que les justiciables concluent que ce juge, publiquement désavoué par un tribunal d'appel à propos de sa propre impartialité, s'obstinait à mauvais escient à exercer ses fonctions dans un dossier dont il aurait dû se dessaisir. Il n'est pas souhaitable d'exposer les juges à une telle perte de crédibilité, en leur donnant la responsabilité de décider de leur propre récusation. La procédure antérieure à la réforme de 2002 évitait au juge de devoir porter lui-même un jugement sur la qualité essentielle qui le rend apte à exercer des fonctions judiciaires, son impartialité. Elle empêchait ainsi que ne soit mise au jour la difficulté – sinon l'impossibilité – de mesurer lui-même correctement la perception qu'il en donne.

Depuis l'amendement législatif de 2002¹⁰⁶, le juge saisi d'une demande de récusation est conduit à commenter sa propre conduite dans l'administration d'un dossier ou la direction d'un procès, à qualifier le ton ou le contenu des paroles qu'il prononce au cours d'une audition, à apprécier le mérite de ses interventions et de ses décisions. La plus parfaite intégrité du juge ne peut exempter cette façon de faire d'une certaine forme d'autojustification. Que le juge s'explique à propos des reproches qu'une partie lui adresse est une chose ; la procédure utilisée depuis l'*Ordonnance de 1667* lui a toujours fourni cette occasion, indispensable pour donner un éclairage complet de la situation. Que la position du juge – qui, malgré toute sa probité, ne peut demeurer entièrement désintéressé par rapport à l'issue de la demande de récusation – prenne la valeur d'un jugement qui s'impose à toutes les parties en est une autre.

¹⁰⁵ *Quebecor Inc. c. Société Radio-Canada*, [2011] R.J.Q. 333, par. 14, 20, 26 et 27 (C.A.). Pour un autre exemple, relatif à un arbitre, voir : *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, section locale 301 c. Pointe-Claire (Ville)*, préc., note 63, par. 107 et 116 (motifs du juge dissident).

¹⁰⁶ La constitutionnalité de cette disposition a apparemment été remise en cause : *Demers c. Raymond Chabot Inc.*, 2009 QCCA 753 (demande d'autorisation d'appeler refusée, [2009] 3. R.C.S. vi).

III. L'intégration de la déontologie

Depuis sa mise en place, le modèle québécois de récusation des juges impose expressément quatre obligations à ces derniers : i) divulguer les motifs de récusation qui leur sont connus¹⁰⁷ ; ii) prendre formellement position à propos des motifs de récusation invoqués par les parties¹⁰⁸ ; iii) s'abstenir de toute présence à l'audition lorsqu'un motif de récusation est jugé valable¹⁰⁹ ; et iv) ne pas se dessaisir d'un dossier sans déclarer un motif valable de récusation¹¹⁰. La portée précise de ces obligations a varié selon les époques, entre autres en fonction de l'évolution du processus de récusation. Ainsi, avant la réforme législative de 2002, c'est par une déclaration écrite que le juge prenait position à propos des motifs de récusation invoqués par les parties ; depuis cette réforme, il le fait au moyen d'un jugement qui en décide.

De telles obligations constituent le juge comme une partie prenante au mécanisme de récusation. Elles sous-entendent nécessairement l'existence de mesures destinées à en assurer le respect, bien que le *Code de procédure civile* n'en identifie aucune, outre l'appel des jugements rendus relativement à une demande de récusation. En droit judiciaire, la conséquence logique d'une contravention à ces obligations devrait être que le juge puisse faire faire l'objet de certaines ordonnances lui enjoignant de s'y conformer, ou encore qu'il soit dessaisi du dossier par l'autorité compétente. Cependant, la jurisprudence n'offre pas d'exemples de mise en œuvre forcée de ces obligations, hormis des arrêts de la Cour d'appel ordonnant la récusation d'un juge en raison de l'existence d'un motif suffisant.

Par ailleurs, les obligations des membres de la magistrature en rapport avec l'exercice de leurs fonctions relèvent aussi de la déontologie judiciaire, un sujet qui prend son essor à la fin du vingtième siècle. Au moyen d'un

¹⁰⁷ *Ordonnance de 1667*, Titre XXIV, art. 17 ; *Code de procédure civile* (1866), art. 179 ; *Code de procédure civile* (1897), art. 239 ; *Code de procédure civile* (1965), art. 236 al. 1.

¹⁰⁸ *Ordonnance de 1667*, Titre XXIV, art. 24 ; *Code de procédure civile* (1866), art. 184 ; *Code de procédure civile* (1897), art. 244 ; *Code de procédure civile* (1965), art. 238.

¹⁰⁹ *Ordonnance de 1667*, Titre XXIV, art. 15 ; *Code de procédure civile* (1866), art. 187 ; *Code de procédure civile* (1897), art. 247 ; *Code de procédure civile* (1965), art. 241.

¹¹⁰ *Ordonnance de 1667*, Titre XXIV, art. 18 ; *Code de procédure civile* (1866), art. 178, 189 et 191 ; *Code de procédure civile* (1897), art. 248 al. 2 et 250 ; *Code de procédure civile* (1965), art. 241.

code de déontologie ou autrement, les normes de conduite qui s'imposent aux juges acquièrent alors une nouvelle consistance. Un mécanisme de plaintes permet dorénavant de porter les inconduites d'un juge à l'attention d'un conseil de la magistrature¹¹¹. Certaines des valeurs qui inspirent la déontologie judiciaire recourent les principes sur lesquels repose le mécanisme de récusation. Par voie de conséquence, son champ d'application est donc susceptible de s'étendre à ce sujet, entraînant ainsi un dédoublement des obligations des membres de la magistrature relativement au mécanisme de récusation.

Si le *Code de déontologie de la magistrature*¹¹², applicable aux juges de nomination provinciale, ne traite pas directement de la récusation des juges, en revanche les *Principes de déontologie judiciaires*, développés par le Conseil canadien de la magistrature à l'intention des juges de nomination fédérale, y consacrent un long développement¹¹³. Par deux énoncés généraux, ils expriment le devoir du juge de se récuser chaque fois qu'il s'estime incapable de juger impartialement, ou encore s'il croit qu'une personne raisonnable, impartiale et bien informée aurait des motifs de soupçonner qu'il existe un conflit entre son intérêt personnel, ou celui de ses proches, et l'exercice de ses fonctions¹¹⁴. Les *Principes de déontologie judiciaire* ana-

¹¹¹ Le dépôt d'une plainte déontologique contre un juge ne constitue pas, en soi, un motif de récusation mais peut entrer dans l'appréciation de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité : *Droit de la famille – 1559*, préc., note 46, 635 et 636; *Protection de la jeunesse – 940*, préc., note 50, 2193-2196; *Protection de la jeunesse – 097840*, 2009 QCCQ 20224, par. 9; *Syndicat des travailleurs de Kvaerner Hymac Inc. (CSN) c. Kvaerner Hymac Inc.*, 1999 CanLII 13825 (C.A.), 10. C'est aussi l'avis exprimé par un comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec : *Couture c. Houle*, 2002 CMQC 26, par. 49. Une jurisprudence ancienne avait semblablement conclu qu'une partie ne pouvait obtenir la récusation d'un juge sur la simple base d'une demande d'enquête formulée auprès de l'assemblée législative à propos de ce juge : *Renaud c. Gogy*, préc., note 6.

¹¹² *Code de déontologie de la magistrature*, R.R.Q., c. T-16, r. 1.

¹¹³ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 1, p. 30 et 46-56. Pour ce qui est des positions antérieures du Conseil au sujet de la récusation, voir : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Propos sur la conduite des juges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 61-83; GÉRALD FAUTEUX, *Le livre du magistrat*, Ottawa, Approvisionnement & Services Canada, 1980, p. 33-45; J.-O. WILSON, *A Book for Judges*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1980, p. 23-31.

¹¹⁴ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 1, énoncés E.1 et E.2, p. 30. À l'échelle internationale, l'obligation de récusation des juges est aussi reconnue par l'article 2.5 des *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, entérinés en 2006 par le Conseil économique et social de l'O.N.U. : ESOSOC 2006/23.

lysent également la notion de conflit d'intérêts dans l'exercice de fonctions judiciaires, ainsi que certains aspects procéduraux comme la divulgation des motifs de récusation par le juge, ou encore l'effet du consentement des parties à ce que le juge demeure saisi de leur dossier malgré l'existence d'un motif de récusation.

En raison de ce développement, les règles concernant la récusation des juges se situent donc désormais non seulement dans l'ordre du droit judiciaire et du droit constitutionnel, mais également dans l'ordre du droit disciplinaire. Une telle situation soulève nécessairement des questions quant aux rapports qui s'établissent entre l'encadrement du mécanisme de récusation par le droit judiciaire et l'encadrement fourni par la déontologie judiciaire. Le Conseil canadien de la magistrature a pour sa part d'emblée précisé que ses *Principes de déontologie judiciaire* « ne traitent pas, et ne sont pas destinés à traiter, du droit relatif à la récusation des juges »¹¹⁵, dissociant ainsi l'appréciation faite quant à l'existence d'un manquement déontologique de celle faite pour déterminer si le juge doit être dessaisi d'un dossier.

Distinguant elle aussi les deux séries de normes, la Cour suprême du Canada assigne une fonction préventive à la déontologie et une fonction curative aux dispositions du *Code de procédure civile* traitant de la récusation¹¹⁶. Cette façon de voir paraît quelque peu paradoxale si l'on considère qu'une plainte déontologique dénonce un manquement déjà réalisé, alors qu'une demande de récusation vise plutôt à empêcher que ne se produise – ou que ne se poursuive – une situation susceptible d'affecter l'impartialité du juge. Dans l'optique de la Cour suprême du Canada, toutefois, la fonction des instances qui mettent en œuvre la déontologie judiciaire est réparatrice à l'endroit de l'ensemble de la magistrature¹¹⁷ : dans cette perspective collective, une intervention disciplinaire concernant la récusation d'un juge en particulier peut effectivement servir à prévenir une perte de confiance envers les institutions judiciaires en général.

¹¹⁵ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 1, commentaire A.1, p. 30.

¹¹⁶ Traitant de la procédure de récusation prévue au *Code de procédure civile*, la Cour suprême du Canada écrit qu'elle « s'impose nécessairement comme la sanction d'une atteinte déjà réalisée ou perçue alors que l'objet premier de la déontologie, à l'opposé, est de prévenir toute atteinte et de maintenir la confiance du public dans les institutions judiciaires » : *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, par. 110.

¹¹⁷ *Id.*, par. 68.

Il arrive pourtant que la jurisprudence utilise des normes ou des principes déontologiques dans l'application du mécanisme de récusation prévu au *Code de procédure civile*. Deux obligations que le *Code de déontologie de la magistrature* impose aux juges de nomination provinciale – être de façon manifeste impartiaux et objectifs et remplir leur rôle avec intégrité, dignité et honneur¹¹⁸ – ont été invoquées comme des fondements à part entière de l'obligation de récusation par les tribunaux dont les membres sont assujettis à ce code¹¹⁹. Parfois, les tribunaux composés de juges de nomination fédérale ont pareillement recours aux *Principes de déontologie judiciaire* dans l'analyse de demandes de récusation¹²⁰.

En dépit de la volonté d'intégration de ces diverses sources par la jurisprudence, l'utilisation d'instruments déontologiques dans la mise en œuvre du mécanisme de récusation comporte des risques. Elle présente une réelle pertinence seulement si les règles déontologiques, telles qu'appliquées par les instances disciplinaires, concordent avec les règles de droit énoncées au *Code de procédure civile*, selon l'interprétation qu'en donnent les tribunaux judiciaires. Autrement, plutôt que de conduire à un approfondissement de la problématique posée par la récusation, l'intégration de ces diverses sources produit de la confusion. Or, les quelques rapports d'enquête dans lesquels des instances disciplinaires ont traité de récusation laissent entrevoir la difficulté d'harmoniser l'ensemble de ces règles. Ce constat est particulièrement évident en ce qui a trait aux deux aspects suivants : la divulgation par le juge des motifs de récusation qui lui sont connus ; la marge de discrétion dévolue au juge lorsqu'il prend une décision relativement à sa récusation.

¹¹⁸ *Code de déontologie de la magistrature*, art. 2 et 5.

¹¹⁹ *Protection de la jeunesse – 152*, préc., note 45, 2097, 2098 et 2101 ; *Protection de la jeunesse – 211*, préc., note 43, 1380 ; *La Reine c. Desrosiers*, EYB 1994-75619 (C.Q.), par. 12-15 ; *Dans l'affaire de A*, 2002 CanLII 170 (C.Q.), par. 9 ; *Dans la situation de C.A.M.N.P.*, préc., note 52, par. 14 ; *Protection de la jeunesse – 111782*, 2011 QCCQ 7313, par. 6. Le *Code de déontologie de la magistrature* a aussi été utilisé à propos d'une demande de récusation visant un juge de nomination fédérale : *Saint-Hyacinthe (Ville) c. Guignard*, 2011 QCCS 1516, par. 80-82 [requête pour permission d'appeler refusée, *Guignard c. Saint-Hyacinthe (Ville)*, 2011 QCCA 772].

¹²⁰ *La Reine c. Bourgoïn*, préc., note 55, par. 7 et 8 ; *Dufour c. 99516 Canada Inc.*, préc., note 50, par. 41 et 45 ; *Wightman c. feu Peter N. Widdrington (Succession de)*, préc., note 54, par. 55 ; *AH (MTL) Inc. (Arrangement relatif à)*, préc., note 55, par. 62 ; *Droit de la famille – 10589*, préc., note 63, par. 14 ; *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, section locale 301 c. Pointe-Claire (Ville)*, préc., note 63, par. 78 et 79.

En droit judiciaire, l'obligation faite au juge de divulguer les motifs de récusation est considérée par la jurisprudence comme « essentielle afin de préserver l'intégrité de notre système de justice »¹²¹. Elle impose au juge un devoir de transparence afin que les parties puissent connaître les faits susceptibles de remettre en cause son impartialité et son indépendance¹²². Au plan déontologique, les *Principes de déontologie judiciaire* font également état d'une semblable obligation, du moins en ce qui a trait à un intérêt ou à un facteur porteur d'un conflit d'intérêts potentiel¹²³. Malgré ces règles, l'obligation de divulgation fait l'objet d'appréciations divergentes par les instances disciplinaires.

Pour les juges de nomination provinciale, il est établi que le défaut de divulgation peut constituer un manquement déontologique¹²⁴. En ce qui concerne les juges de nomination fédérale, toutefois, l'affaire *Matlow* a révélé une division au sein du Conseil canadien de la magistrature à ce sujet¹²⁵. Dans un premier temps, le comité d'enquête a considéré que, dans les cas qui le justifient, la divulgation par le juge des motifs de récusation « est une conséquence nécessaire des deux obligations déontologiques connexes du juge : rendre des décisions de façon impartiale et préserver

¹²¹ *Dufour c. 99516 Canada Inc.*, préc., note 50, par. 37 ; *Re Ruffo*, préc., note 51, par. 161 et 162.

¹²² *Re Ruffo*, préc., note 51, par. 150.

¹²³ Préc., note 1, commentaires E-11 et E-12, p. 50 et 51. Le Conseil canadien de la magistrature conclut comme suit ses réflexions : « Pour l'instant, on peut conclure que les juges doivent consigner au dossier tout intérêt susceptible de fonder, de manière plausible, la prétention selon laquelle il doit y avoir récusation ».

¹²⁴ *Re Ruffo*, préc., note 51, par. 138-177 et 412. La Cour d'appel en arrive à cette conclusion même si, une fois avisée des reproches qu'on lui adressait, la juge concernée s'était volontairement récusée : *id.*, par. 79. Dans un jugement antérieur concernant les mêmes événements, elle avait déclaré que, bien que la récusation volontaire de la juge avait mis fin aux conséquences judiciaires des incidents qui lui étaient reprochés, cette récusation ne pouvait empêcher l'examen de sa conduite au plan déontologique : *Re Ruffo*, [2005] R.J.Q. 1637, par. 30 (C.A.). Dans le cadre de ce dossier, la Cour d'appel agissait à titre d'instance disciplinaire, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont accordés par l'article 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, préc., note 2.

¹²⁵ Ce dossier concernait un juge ontarien et il est donc possible que les positions exprimées par les instances du Conseil de la magistrature auraient été différentes dans l'examen d'une plainte concernant un juge assujéti au *Code de procédure civile*. En common law, il n'y a pas de règle précise concernant la divulgation des motifs de récusation : « Disclosure of interest or bias by the judge is governed solely by practice and the sense of ethical obligation of the individual judge, subject to the risk that the decision will be set aside on appeal » (G.S. LESTER, préc., note 93, 336 et 337).

l'apparence d'impartialité»¹²⁶. Cette divulgation « vise à préserver la confiance des parties à l'égard de l'instance et celle du public en général à l'égard de l'impartialité de la magistrature »¹²⁷. Bien qu'il s'abstienne d'identifier les situations entraînant une obligation positive de divulgation, le Comité d'enquête souligne en des termes forts « qu'il ne fait aucun doute qu'il existe manifestement une obligation déontologique de divulgation » lorsque les circonstances sont telles qu'il serait impossible qu'un juge, faisant preuve de l'objectivité à laquelle on s'attendrait de lui, ne conclut pas qu'une personne raisonnable, impartiale et bien informée aurait des motifs raisonnables de soupçonner l'existence d'un conflit entre l'intérêt personnel du juge et l'exercice de sa fonction¹²⁸.

Lors de l'examen du rapport du comité d'enquête, la majorité des membres du Conseil canadien de la magistrature ont toutefois refusé d'entériner cette position, se disant préoccupés par les conséquences du principe ainsi mis de l'avant¹²⁹. Même en tirant la conclusion que le défaut de divulgation en l'instance démontrait un « seriously flawed judgment » de la part du juge, la majorité a conclu qu'il n'avait commis aucun manquement déontologique¹³⁰. Pour les membres minoritaires, l'obligation de divulgation représente une « contrainte personnellement imposée », destinée à maintenir un degré élevé de professionnalisme et de collégialité¹³¹ : faisant référence à la conception de la déontologie judiciaire mise de

¹²⁶ *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête constitué en vertu du paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour enquêter sur la conduite du juge Théodore Matlow de la Cour supérieure de justice de l'Ontario*, 28 mai 2008, par. 145.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*, par. 146 et 185.

¹²⁹ *Rapport du Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice concernant l'honorable Théodore Matlow*, 3 décembre 2008, par. 138 (motifs majoritaires) : « The Ethical Principles do not set out when a judge should or should not recuse himself nor do they set out a duty to disclose possible conflicts of interest based on a “reasoned suspicion” test. Further, the law on whether a duty to disclose possible conflicts of interest is not settled and we are concerned about the implications that would necessarily follow from imposing on judges an unqualified obligation to disclose possible conflicts of interest based on a “reasoned suspicion” test ».

¹³⁰ *Id.*, par. 143 (motifs majoritaires).

¹³¹ *Id.*, par. 61 (motifs minoritaires) : « The judge's duty to disclose in advance of his sitting on the case is an ethical duty to be open, honest, and candid with both counsel and colleagues. The duty to disclose is a “personally imposed constraint” to ensure the highest standards of professionalism and collegiality ».

l'avant par la Cour suprême du Canada¹³², cette manière de présenter l'obligation de divulgation suggère sans doute une position médiane entre la reconnaissance d'une obligation déontologique ferme et le constat d'une absence d'obligation de divulgation.

Ces diverses opinions montrent – à tout le moins pour un juge de nomination fédérale – que les contraintes d'ordre déontologique lui imposent vraisemblablement une obligation plus faible que celle qui lui est faite par le *Code de procédure civile* quant à la divulgation des motifs de récusation qu'il connaît. Dans l'état actuel du droit, l'utilisation des sources déontologiques relatives aux juges de nomination fédérale dans la mise en œuvre du mécanisme de récusation en droit judiciaire québécois ne pourrait conduire qu'à un affaiblissement de l'obligation de divulgation qui y est clairement établie. Seule la position exprimée par le comité d'enquête dans l'affaire *Matlow* – et subséquemment écartée par le Conseil canadien de la magistrature – semble compatible avec le modèle retenu au Québec.

On peut constater une semblable discordance en ce qui a trait à la marge de discrétion dévolue au juge lorsqu'il prend une décision relativement à sa récusation. Selon la structure mise en place par le *Code de procédure civile*, un juge ne peut se récuser volontairement sans justifier adéquatement sa décision¹³³ : compte tenu des conséquences d'une récusation pour les parties et des problèmes qu'elle peut occasionner dans la gestion du tribunal¹³⁴, une telle décision ne peut relever de sa seule volonté. Par ailleurs, lorsque le juge est formellement saisi d'une demande de récu-

¹³² *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, préc., note 116, par. 110.

¹³³ La jurisprudence n'exprime pas cette règle de manière bien ferme, *Alvetta-Comeau c. Association des professeurs de Lignery*, préc., note 41, 1779 : « En un mot, le droit de demander la récusation d'un juge est limité aux cas prévus par l'article 234 C.P. Par contre, le droit du juge de se récuser lui-même, pour des raisons qu'il croit valables, dans les circonstances, n'est pas limité mais est un exercice de sa discrétion judiciaire. »

¹³⁴ Le droit d'un juge de se récuser volontairement doit être encadré par certaines balises pour demeurer compatible avec l'autorité accordée à la direction du tribunal dans l'assignation des dossiers, d'une part, et avec son devoir de donner suite à ces assignations, d'autre part. Au sein de la Cour supérieure et de la Cour du Québec, les articles 22 et 96 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, préc., note 2, confèrent au juge en chef et à ceux qui l'assistent la fonction de coordonner et de répartir le travail des juges du tribunal et font obligation à ces derniers de se soumettre à leurs ordres et à leurs directives à cet égard. Une discrétion totale quant à la décision d'un juge de se récuser entrerait nécessairement en conflit avec ces dispositions.

sation, il est tenu de se récuser s'il conclut à l'existence d'un motif valable¹³⁵ et tenu de demeurer saisi du dossier au cas contraire¹³⁶. Dans tous les cas, son rôle consiste à déterminer s'il existe un motif valable de récusation.

À cet égard, aussi, la jurisprudence disciplinaire est ambivalente. Le seul comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec ayant été saisi d'une plainte concernant la récusation volontaire d'un juge s'est assuré que ce dernier s'était dessaisi du dossier pour un motif valable, en l'occurrence l'existence d'une crainte raisonnable de partialité¹³⁷. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a évoqué la possibilité que le processus de plainte disciplinaire puisse servir à mettre en œuvre l'obligation de récusation imposée aux juges des cours municipales¹³⁸. En ce qui a trait aux juges de nomination fédérale, on peut toutefois constater l'existence de plusieurs courants de pensée au sein du Conseil canadien de la magistrature à propos de cette question.

Cette division s'est manifestée pour la première fois dans l'affaire *Boilard*¹³⁹, en rapport avec la décision d'un juge de se récuser dans un dossier qu'il présidait depuis plus de six mois : le juge estimait « ne plus avoir l'autorité morale et peut-être aussi l'aptitude requise » pour continuer d'exercer ses fonctions dans ce dossier, à la suite de la désapprobation exprimée par une instance interne du Conseil canadien de la magistrature à propos de sa conduite dans un autre dossier. Pour les membres du comité d'enquête, un juge peut se récuser de sa propre initiative « pour un motif

¹³⁵ Le *Code de procédure civile* n'exprime pas de façon explicite l'obligation du juge de se récuser en présence d'un motif valable. Les articles 236 et 238 ne lui imposent que l'obligation de divulguer lui-même un tel motif ou, si la récusation est demandée par une partie, de rendre à ce sujet un jugement pouvant être porté en appel. En vertu de l'article 241, il ne peut assister à l'enquête et à l'audition de la cause si la récusation est jugée valable. Lorsqu'existe un motif suffisant, l'obligation de récusation découle nécessairement de l'exigence d'impartialité.

¹³⁶ *Wightman c. feu Peter N. Widdrington (Succession de)*, préc., note 54, par. 61 : « [L]orsqu'une demande de récusation est contestée, il est du devoir du juge d'entendre l'affaire qui lui est attribuée si la demande en question n'est pas fondée en droit ». L'article 241 du *Code de procédure civile* énonce que si la récusation est jugée non valable, le juge ne peut refuser de siéger.

¹³⁷ *Couture c. Houle*, préc., note 111, par. 49.

¹³⁸ *R. c. Lippé*, préc., note 88, 150 et 151.

¹³⁹ Bien que ce dossier concernait un juge du Québec, ce dernier exerçait ses fonctions en droit criminel, de sorte que les dispositions du *Code de procédure civile* n'étaient pas applicables.

rationnel et valable, en soupesant soigneusement les conséquences de son geste en regard de l'administration de la justice et des droits des justiciables», mais il ne pourrait le faire pour un motif «illégal, impropre ou non valable» sans manquer aux devoirs de sa charge¹⁴⁰. Dans cette perspective, la règle déontologique concorde avec la règle de droit judiciaire: le juge doit justifier sa décision de se dessaisir d'un dossier en faisant valoir un motif valable de récusation.

Lors de l'étude du rapport du comité d'enquête, le Conseil canadien de la magistrature a cependant désavoué cette approche. D'une part, le Conseil considère que la décision de se récuser prise par un juge est une «décision judiciaire discrétionnaire». D'autre part, il estime qu'à moins que le juge n'ait «fait preuve de mauvaise foi ou commis un abus dans l'exercice de sa charge», une telle décision, de même que les circonstances qui en sont à l'origine, ne peuvent servir de fondement pour conclure à un manquement déontologique¹⁴¹. Ainsi, le Conseil canadien de la magistrature semble reconnaître à un juge qui souhaite se récuser une latitude plus grande, au plan déontologique, que celle qu'il possède en vertu des règles du droit judiciaire québécois.

On peut constater une semblable divergence d'opinion dans l'affaire *Matlow* qui, à l'inverse de l'affaire *Boilard*, mettait en cause la conduite d'un juge ayant fait défaut de se récuser alors qu'il était en conflit d'intérêts. Tout en se déclarant sans compétence pour apprécier la décision que rendrait un juge à l'égard d'une demande de récusation, le comité d'enquête considère qu'il peut néanmoins se pencher sur la conduite préalable

¹⁴⁰ *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête nommé conformément au paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour mener une enquête sur le juge Jean-Guy Boilard relativement à la décision qu'il a prise le 22 juillet 2002 d'abandonner la gestion du procès R. c. Beauchamp*, 5 août 2003, par. 98. Considérant non valable le motif invoqué par le juge, le comité d'enquête a conclu à un manquement déontologique: *id.*, par. 99, 109 et 114.

¹⁴¹ *Rapport du Conseil de la magistrature présenté au ministre de la Justice du Canada en vertu de l'art. 65 (1) de la Loi sur les juges et concernant le juge Jean-Guy Boilard de la Cour supérieure du Québec*, 19 décembre 2003, p. 2. Le Conseil ajoute à la page 3: «Il incombe à chaque juge de déterminer en toute bonne foi s'il existe des circonstances qui le rendent inapte à instruire une affaire ou à en poursuivre l'instruction. Le juge n'est tenu de consulter personne à cet égard, pas même son juge en chef». Aucune preuve de mauvaise foi ou d'abus n'ayant été faite, de l'avis du Conseil, celui-ci conclut à l'absence de fondement de la plainte. Pour une interprétation de la portée de ce rapport, voir *Re Ruffo*, préc., note 124, par. 27-29.

du juge et examiner si, avant même qu'on lui présente une telle demande, il avait l'obligation déontologique de se récuser de lui-même¹⁴². À ce sujet, le comité d'enquête énonce que « la seule conséquence déontologiquement acceptable lorsqu'on est en présence d'un conflit d'intérêts ou de la possibilité qu'une personne raisonnable, impartiale et bien informée en percevrait un est que le juge se récuse »¹⁴³. Pour en décider, le juge doit se placer dans la perspective d'une « personne raisonnable », et non se fonder sur sa propre appréciation de l'existence d'un conflit d'intérêts¹⁴⁴. À nouveau, l'approche du comité d'enquête concorde avec la perspective du droit judiciaire québécois.

Rejetant ce point de vue lors de l'examen du rapport du comité d'enquête, la majorité des membres du Conseil canadien de la magistrature indiquent qu'il est erroné d'utiliser un critère purement objectif à propos d'une décision judiciaire discrétionnaire, comme celle consistant pour le juge à décider s'il y a lieu de se récuser, et d'ensuite traiter comme un manquement déontologique le défaut de satisfaire à ce critère¹⁴⁵. Pour la majorité, le critère consiste plutôt à apprécier ce que le juge a conclu après avoir analysé objectivement la question : son défaut de se récuser peut démontrer un mauvais jugement de sa part mais, en l'absence de mauvaise foi, d'abus de pouvoir ou d'une conduite semblable, il ne constitue pas un manquement à ses devoirs¹⁴⁶. Le Conseil module donc l'obligation déontologique en fonction de la bonne foi du juge, alors que le comité d'enquête insistait plutôt sur la justesse de sa décision, comme l'aurait fait un tribunal d'appel¹⁴⁷.

¹⁴² *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête constitué en vertu du paragraphe 63 (3) de la Loi sur les juges pour enquêter sur la conduite du juge Théodore Matlow de la Cour supérieure de justice de l'Ontario*, préc., note 126, par. 85, 86 et 92-94.

¹⁴³ *Id.*, par 139.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 140, 171 et 172.

¹⁴⁵ *Rapport du Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice concernant l'honorable Théodore Matlow*, préc., note 129, par. 133 (motifs majoritaires). Les membres de la minorité ont pour leur part exprimé leur accord avec le critère objectif utilisé par le comité d'enquête : *id.*, par. 71 et 73 (motifs minoritaires).

¹⁴⁶ *Id.*, par. 135 (motifs majoritaires).

¹⁴⁷ Les conséquences du critère utilisé par le comité d'enquête sont présentées de la façon suivante par la majorité des membres du Conseil (par. 134 des motifs majoritaires) : « Were the Inquiry Committee's theory correct, every case in which a judge erred in the exercise of their decision-making by failing to meet an objective standard of what others would have done in the same circumstances would potentially leave the judge open to a finding of judicial misconduct ».

En qualifiant de « discrétionnaire » la décision que prend un juge à propos de sa propre récusation, le Conseil canadien de la magistrature aborde la question dans une perspective qui cadre mal avec la façon dont le *Code de procédure civile* formule le mécanisme de récusation. Le Conseil tire de cette qualification la conséquence suivante : au plan déontologique, il importe moins de savoir s'il existe un motif valable de récusation que d'analyser la manière dont le juge a traité la situation à laquelle il était confronté. Or, l'absence de mauvaise foi, d'abus de pouvoir ou d'une conduite semblable de la part du juge constituent des facteurs étrangers aux critères qui, en droit judiciaire québécois, encadrent la décision du juge de se récuser ou de rejeter une demande de récusation. À cet égard, aussi, l'utilité des sources déontologiques en droit judiciaire s'en trouve donc forcément réduite.

De telles discordances produisent un résultat peu satisfaisant quant à la cohérence intrinsèque du mécanisme de récusation¹⁴⁸. Puisque l'obligation d'impartialité découle d'une exigence constitutionnelle, il est difficile de justifier que sa portée puisse différer selon qu'on l'analyse sous l'angle de la déontologie ou sous l'angle du droit judiciaire. Ainsi, un juge qui refuse ou néglige de se récuser en présence d'un motif suffisant contrevient à son obligation constitutionnelle fondamentale. Cette conclusion devrait s'imposer tant devant les instances disciplinaires que devant les tribunaux judiciaires. Elle ne signifie toutefois pas, au plan déontologique, qu'il soit dans tous les cas approprié d'imposer une sanction au juge. À cet égard, le processus de récusation abandonné au Québec en 2002 semblait plus propre à minimiser les risques de manquements de la part du juge visé par une demande de récusation, en attribuant à un autre juge le soin de prendre une décision à ce sujet.

*
* * *

Au cours des trente dernières années, le modèle québécois de récusation des juges a été plus particulièrement soumis à deux forces. En premier lieu, l'évolution de ce modèle tend vers une élimination des différences du

¹⁴⁸ La jurisprudence évoquée ci-dessus conduit au constat que la situation juridique des juges de nomination provinciale au Québec présente une plus grande cohérence que celle des juges de nomination fédérale en ce qui a trait aux règles de diverses natures qui traitent de leur récusation.

droit québécois par rapport à la common law. L'introduction par la jurisprudence de la crainte raisonnable de partialité comme motif indépendant de récusation résultait d'une volonté délibérée en ce sens. L'un des juges de la Cour d'appel ayant participé au jugement qui a opéré ce revirement invoquait que «it is apparent that in civilized jurisdictions other than the Province of Québec apprehension of bias is a ground for recusation like any other, urged in the same way as any other»¹⁴⁹. À ce constat, il ajoutait le commentaire suivant : «Surely the distinctiveness of our society and our civil law rather than common law system, does not require that we be deprived of a useful and logical remedy available elsewhere». Il appert donc que les particularités du droit québécois, en ce qui a trait aux motifs de récusation des juges, produisaient un inconfort suffisant pour que les institutions judiciaires prennent elles-mêmes l'initiative de les amenuiser, voire de les faire disparaître, indépendamment de toute intervention du législateur à ce sujet.

Cette tendance à l'uniformisation s'est ensuite poursuivie par la substitution progressive de la crainte raisonnable de partialité à l'ensemble des motifs énumérés au *Code de procédure civile*, au point qu'aucun de ces autres motifs ne suffit maintenant à justifier la récusation du juge à moins qu'il n'entraîne, en plus, une telle crainte. La liste de motifs que l'*Ordonnance de 1667* détaillait avec un souci d'exhaustivité, et que la législation subséquente avait allongée dans le même esprit, a ainsi perdu son utilité première, qui était de fournir aux justiciables et aux membres de la magistrature des repères objectifs quant à l'incapacité des juges. Par ailleurs, l'attraction de la common law peut aussi être décelée dans la recommandation du Comité de révision de la procédure civile d'attribuer au juge visé par une demande de récusation la compétence d'en décider lui-même. La faiblesse des raisons invoquées pour écarter la procédure antérieure de récusation laisse deviner une volonté de rendre le droit québécois conforme, sur ce point, à celui du reste du pays.

En second lieu, la magistrature canadienne a substantiellement augmenté le contrôle qu'elle exerce sur son propre statut juridique depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce phénomène ressort clairement de la portée que la jurisprudence a donnée à l'indépendance judi-

¹⁴⁹ *Droit de la famille – 1559*, préc., note 46, 629 et 630.

ciaire à compter de cette époque¹⁵⁰. L'affirmation d'une présomption d'impartialité chez le juge, dans le traitement des demandes de récusation¹⁵¹, s'inscrit dans la même lignée. Une telle présomption crée au bénéfice du juge une certaine forme de garantie – semblable à la garantie découlant de l'indépendance judiciaire – quant à son autorité de décider d'un litige dont il est régulièrement saisi, malgré l'opposition d'une partie.

Dans cette perspective, la méthode utilisée par *Code de procédure civile*, consistant à déclarer le juge inhabile lorsque se trouvent réunies certaines conditions objectives identifiées par le législateur, a pour effet de priver la magistrature de la possibilité de contrôler elle-même un aspect important de l'exercice des fonctions judiciaires. Ainsi pourrait s'expliquer la préférence pour un critère qui attribue au pouvoir judiciaire, plutôt qu'au pouvoir législatif, l'appréciation finale des circonstances justifiant une récusation. Il semble difficile d'expliquer autrement la raison pour laquelle les tribunaux ont donné priorité à un motif de récusation élaboré par la jurisprudence, par rapport aux divers motifs explicitement énumérés dans la loi.

Cependant, cet aménagement du statut juridique du juge ne doit pas faire perdre de vue que l'obligation d'impartialité imposée par la Constitution est établie au bénéfice des justiciables et qu'elle a pour objectif de maintenir la confiance publique dans les institutions judiciaires. La responsabilité de définir les conditions qui assurent l'impartialité des membres de la magistrature ne devrait pas incomber en exclusivité à ces derniers. Pour faire connaître les attentes de la société à cet égard, la loi constitue un véhicule plus approprié que la fiction d'une « personne raisonnable », dont les tribunaux façonnent seuls l'individualité. L'identification par le législateur des situations qui justifient objectivement la récusation d'un juge devrait donc prévaloir. De même, aucune présomp-

¹⁵⁰ À ce sujet, voir : Luc HUPPÉ, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 683 et suiv.

¹⁵¹ Cette présomption est fréquemment invoquée par la jurisprudence ; à titre d'exemple : *Droit de la famille – 499*, préc., note 44, par. 19 et 20 ; *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 66, par. 117 ; *B. c. P.*, préc., note 50, par. 24 et 25 ; *Lord c. Domtar Inc.*, préc., note 50, 780 ; *Dufour c. 99516 Canada Inc.*, préc., note 50, par. 23 et 24 ; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, préc., note 66, par. 59 et 76 ; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 91, par. 13 ; *Wightman c. feu Peter N. Widdrington (Succession de)*, préc., note 54, par. 47 et 50 ; *AH (MTL) Inc. (Arrangement relatif à)*, préc., note 55, par. 57 et 60.

tion d'impartialité ne peut éclipser le conflit d'intérêts dans lequel se retrouve un juge appréciant lui-même la suffisance des motifs invoqués par une partie pour demander sa récusation. Le lourd devoir de décider de la récusation d'un juge devrait incomber à une personne indépendante des enjeux qu'elle présente.