

## DU NON-DROIT DE L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Maxime St-Hilaire

Volume 45, numéro 1-2, 2015

Ateliers de droit constitutionnel en l'honneur de Marie Deschamps

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1105803ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9925>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

St-Hilaire, M. (2015). DU NON-DROIT DE L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 45(1-2), 157–234. <https://doi.org/10.17118/11143/9925>

Résumé de l'article

L'article qui suit ambitionne de démontrer que l'idée selon laquelle l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* par les tribunaux répond à des normes juridiques, autrement dit, l'idée qu'il existe un « droit » relatif à l'application de cette Charte, est l'un des plus grands mythes de la science du droit public canadien. Cette démonstration est faite à partir de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Elle consiste en une mise au jour, non seulement des contradictions internes de la motivation de certains arrêts particuliers et de la jurisprudence en général, mais également, à la faveur de l'analyse des décisions où la Charte s'est appliquée sans que la Cour n'indique en vertu de quoi, du décalage qui sépare la *jurisprudence* (composée de conclusions motivées) de la *pratique judiciaire effective* (qui s'étend aux conclusions non motivées). Ce n'est donc qu'accessoirement que l'article propose un moyen de combler l'écart qui sépare actuellement le droit de la pratique judiciaire effective, soit de reconnaître une « *Drittwirkung* » aux droits et libertés que garantit la Charte.

# DU NON-DROIT DE L'APPLICATION DE LA CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

par Maxime ST-HILAIRE\*

*L'article qui suit ambitionne de démontrer que l'idée selon laquelle l'application de la Charte canadienne des droits et libertés par les tribunaux répond à des normes juridiques, autrement dit, l'idée qu'il existe un « droit » relatif à l'application de cette Charte, est l'un des plus grands mythes de la science du droit public canadien. Cette démonstration est faite à partir de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Elle consiste en une mise au jour, non seulement des contradictions internes de la motivation de certains arrêts particuliers et de la jurisprudence en général, mais également, à la faveur de l'analyse des décisions où la Charte s'est appliquée sans que la Cour n'indique en vertu de quoi, du décalage qui sépare la jurisprudence (composée de conclusions motivées) de la pratique judiciaire effective (qui s'étend aux conclusions non motivées). Ce n'est donc qu'accessoirement que l'article propose un moyen de combler l'écart qui sépare actuellement le droit de la pratique judiciaire effective, soit de reconnaître une « Drittwirkung » aux droits et libertés que garantit la Charte.*

---

*This article aims at demonstrating that the idea that the application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by courts abides by some legal norms — in other terms, that there exists some form of « Charter Application Law » — is one of the greatest myths that pervade the science of Canadian public law. This case is made through the analysis of the Supreme Court of Canada's case law. The article both identifies not only the internal inconsistencies of particular sets of reasons or the jurisprudence in general, but also, by taking into account the decisions where the Charter was applied with no given reasons, a gap between the Court's (motivated) jurisprudence and its (effective) practice. In a merely incidental manner, the article then hints at a possible way of filling this gap: giving the Charter rights and freedoms some "Drittwirkung".*

---

\*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	159
<b>1. Les mesures attribuables au législateur</b> .....	164
<b>2. Le « gouvernement » et les acteurs qui lui sont assimilables</b> .....	169
<b>3. Les policiers et ceux qui agissent sur leurs instructions</b> .....	182
<b>4. La fouille</b> .....	187
<b>5. Les « tribunaux »</b> .....	190
5.1. « Tribunal »?.....	190
5.2. « Application »?.....	194
5.3. La catégorie de « litiges privés » comme critère .....	196
5.4. L'éclatement immédiat du critère.....	204
<b>Conclusion</b> .....	230

Au risque de choquer d'entrée mon lecteur, force m'est d'admettre que l'idée selon laquelle l'application de la Charte canadienne des droits et libertés, soit des dispositions de la loi suprême relatives aux droits fondamentaux de la personne, réponde à des conditions juridiques, c'est-à-dire à du droit, est à mon sens un des plus grands mythes du droit public canadien. Le présent article a pour propos de déboulonner ce mythe. Il est le résultat d'une analyse des seules décisions de la Cour suprême du Canada. Ses développements consistent en une mise au jour, non seulement des contradictions internes de la motivation de certains arrêts particuliers et de la jurisprudence en général, mais également, à la faveur de l'analyse des décisions où la Charte s'est appliquée sans que la Cour n'indique en vertu de quoi, du décalage qui sépare la *jurisprudence* (composée de conclusions motivées) de la *pratique* judiciaire effective (qui s'étend aux conclusions non motivées).

Ce n'est qu'accessoirement que l'article qui suit veut aussi proposer un moyen de combler l'écart qui sépare actuellement le droit de ce qui se révèle n'être qu'une pratique judiciaire intuitive, désordonnée et incohérente.

Dans la mesure où, à la manière de la pratique du droit, il est possible de publier un article « de droit » (par opposition à « sur le droit ») sans devoir s'expliquer auprès d'une pléthore de théories et de conceptions philosophiques, l'axiome de la présente étude se veut le droit positif au sens préthéorique, usuel et commun du terme, où celui-ci renvoie notamment à l'idée d'un système de décisions admises sinon fondées par des normes déterminables et, partant d'un minimum de cohérence et de prévisibilité. Même si, sur le plan normatif, j'adhère personnellement à une conception élargie du positivisme juridique qui s'étende à la conception moderne et matérielle de l'État de droit(s), le présent article n'est aucunement tributaire de cette position, mais se situe à l'intérieur du périmètre que dessine le *fait* du positivisme des professions juridiques, du moins au Canada.

Bien situer le sujet de l'*application* de la Charte implique quelques mots sur la Charte prise globalement et rapportée à certains autres textes. La Charte canadienne des droits et libertés forme la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* – elle-même adoptée en « Schedule B » du *Canada Act 1982*<sup>1</sup>, une loi britannique de catégorie impériale. Le par. 52(1) de cette *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel compte parmi les « Dispositions générales » qui donnent son titre à la partie VII, prévoit que « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada » et qu'« elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Nonobstant ce que prévoit le par. 52(2), il faut en réalité se reporter chaque fois à la procédure de modification constitutionnelle afin de savoir si une disposition, actuelle ou à venir, relève de la loi suprême<sup>2</sup>. Cela dit, la Charte n'est assurément pas modifiable par loi ordinaire (fédérale ou provinciale). D'autre part, le mot « inopérant » ne veut pas dire ici la même chose qu'au sein du contrôle d'opérabilité en droit de la répartition fédérative des compétences<sup>3</sup>. Il veut plutôt dire « invalide ». Dans le renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, il a en effet été précisé que :

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière

- 
1. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).
  2. Voir notamment Maxime ST-HILAIRE et Laurence BICH-CARRIERE, « La constitution juridique et politique du Canada: notions, sources et principes », coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.
  3. Voir notamment *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67; *Husky Oil Operations Ltd c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *A.-G. Ont. v. A.-G. Can. (Local Prohibition)*, [1896] A.C. 348; *Huson v. South Norwich (Township)*, 24 SCR 145.

constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot "inopérantes" signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité<sup>4</sup>.

Comparons d'abord cette charte constitutionnelle, dont l'art. 26 préserve d'ailleurs les « autres droits et libertés », avec la Déclaration canadienne des droits<sup>5</sup> et la Loi canadienne sur les droits de la personne<sup>6</sup>. « Constitutionnelle » sur le plan matériel, la Déclaration de 1960 est une loi fédérale ordinaire sur le plan formel. Son adoption ne correspond pas à l'exercice du pouvoir constituant<sup>7</sup>. Elle ne peut donc pas conditionner la validité des lois ni concerner les droits et libertés au-delà de leur relation avec ce qui relève de la compétence fédérale. Justement, la Déclaration n'intéresse que les autres lois fédérales. Son art. 2 ne contient ainsi que des dispositions interprétatives, dont une règle de préséance<sup>8</sup>. Une autre différence appréciable entre la Charte et la Déclaration canadiennes est que la seconde, à son alinéa 1*a*), entend protéger le droit de l'individu à la libre jouissance de ses biens, tandis que la première, à son art. 8, se limite à cet égard la protection de chacun contre les perquisitions ou saisies abusives. Quant à la Loi canadienne sur les droits de la personne de 1977, qui est elle aussi une loi fédérale ordinaire sur le plan formel avec tout ce que cela implique, elle traite tout spécialement du droit à la protection contre la discrimination<sup>9</sup>. Afin de lever l'immunité législative dont bénéficie le gouvernement et ses mandataires en vertu de la common law, son par. 66(1) prévoit d'autre part que

---

4. *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, par. 52.

5. *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44.

6. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

7. Voir M. ST-HILAIRE et L. BICH-CARRIÈRE, préc., note 2, par. 20.

8. « Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [les al. a) à g) l'indiquent]. »

9. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., note 6, art. 2.

cette « loi lie Sa Majesté du chef du Canada sauf en ce qui concerne les gouvernements du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut ». La loi en question ne cherche pas à atteindre son objectif au moyen d'une règle de prépondérance, mais par l'institution d'un système d'enquête, de conciliation, de règlement et de sanction composé de la Commission canadienne des droits de la personne, créée en vertu de la partie II de la loi, et du Tribunal canadien des droits de la personne, établi aux termes de ses art. 48.1 à 48.9. Comparons ensuite la Charte canadienne des droits et libertés avec la Charte des droits et libertés de la personne du Québec<sup>10</sup>. Celle-ci est une loi québécoise ordinaire sur le plan formel, de sorte qu'elle ne peut elle aussi être qualifiée de « constitutionnelle » que sur le plan matériel. Elle ne saurait donc fonder une déclaration d'invalidité davantage que ne peut le faire la Déclaration canadienne des droits, par exemple. Aussi son art. 52, entre autres dispositions interprétatives, ne prévoit-il qu'une règle de préséance<sup>11</sup>? Tout comme le par. 66(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, son art. 54 prévoit que cette « Charte lie l'État ». Outre les tribunaux judiciaires, la Charte québécoise est également mise en œuvre par la Commission des droits de la personne et de la jeunesse établie aux termes de sa partie II ainsi que par le Tribunal des droits de la personne constitué en vertu de sa partie VI, ajoutée à la loi en 1989. Enfin, un trait distinctif de la Charte québécoise est que, en son chapitre IV, elle entend protéger certains droits économiques et sociaux. À tout prendre cependant, ce qui distingue essentiellement la Charte canadienne des droits et libertés des autres textes législatifs de contenu similaire demeure son statut constitutionnel formel. Aussi faut-il savoir d'entrée que, en vertu de plusieurs de ses dispositions, cette partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* est à certains égards de portée plus large que ne le prévoit, en partie VII, le par. 52(1) au sujet de la loi suprême en général. Au-delà du seul contrôle de validité, l'art. 24

---

10. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

11. « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ».

de la Charte permet à la personne dont les droits ont été violés, niés ou autrement enfreints d'obtenir réparation<sup>12</sup>. Plusieurs droits qu'elle protège sont opposables à des mesures de portée individuelle qui ne se présentent pas forcément comme des « règles de droit ». Enfin, en vertu du par. 32(1), elle s'applique notamment au contrôle de toute action des gouvernements fédéral et provinciaux. C'est précisément cette dernière disposition qui retiendra notre attention ici.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, par exemple, s'applique aux rapports privés en sus de ceux entre l'État et les personnes (physiques et morales), mais, bien entendu, seulement dans la mesure où ces rapports ressortissent au Parlement fédéral<sup>13</sup>. Il en va tout autant de la Charte québécoise, à cette exception près qu'elle ne vise que « les matières qui sont de la compétence législative du Québec »<sup>14</sup>. S'agissant de la Charte constitutionnelle en revanche, la jurisprudence veut qu'elle ne s'applique qu'à une notion confuse de rapports de droit public. La jurisprudence prend à cet égard appui sur son par. 32(1), qui dispose que celle-ci s'applique :

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Les tribunaux ont interprété cette disposition de manière restrictive. La Charte constitutionnelle ne pourrait ainsi s'appliquer qu'aux législateurs et aux gouvernements, provinciaux comme fédéral dans chaque cas. C'est donc dire qu'elle ne saurait s'appliquer aux autorités étrangères – l'application extraterritoriale

---

12. Voir notamment *R. c. Conway*, 2010 CSC 22; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32.

13. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., note 6, art. 2.

14. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 10, art. 55.



de la Charte étant une question relativement complexe dont je ne traiterai pas ici<sup>15</sup>. À en croire la jurisprudence ou, plus exactement, la tentative de théorisation que consigne la motivation d'un certain ensemble de jugements de la Cour suprême, il y aurait deux modes principaux d'application de la Charte aux acteurs visés à son par. 32(1). Un premier serait fonction de la nature législative de la mesure en cause, et un second, fonction de la qualité « gouvernementale » de l'auteur de celle-ci. Se poserait donc accessoirement la question de l'application de la Charte aux acteurs qui ne sont pas visés par cette disposition, parmi lesquels les tribunaux. Le présent propos n'est autre que de prendre la mesure du décalage entre les théories de la Cour et sa pratique d'application de la Charte, une mesure telle que cette application se révèle être régie par l'intuition plutôt que par une forme ou une autre de normes juridiques.

## 1. Les mesures attribuables au législateur

En tant qu'elle s'applique au législateur, la Charte s'applique d'abord à toute norme législative ou réglementaire.

---

15. Voir notamment la jurisprudence relative à l'extradition : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1. Toutefois, à défaut d'une application *directe* susceptible de fonder un recours en réparation en vertu de l'art. 24, la Charte peut s'appliquer *indirectement* à l'action d'autorités étrangères. Cela lui est possible en fondant le contrôle d'une procédure d'extradition depuis le Canada vers l'étranger, le plus souvent en vertu de l'art. 7 relatif au droit de chacun à ce qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne que conformément aux principes de justice fondamentale, mais éventuellement aussi en vertu de l'art. 12 qui protège chacun contre tous traitements ou peines cruels et inusités. Une telle application indirecte de la Charte à l'action des autorités étrangères est aussi possible dès lors que cette action s'est traduite par la collecte d'éléments de preuve que le poursuivant veut produire dans un procès tenu au Canada, et ce sous la forme d'un contrôle de l'équité du procès en vertu de l'al. 11*d*) ou, si l'inculpé est passible d'une peine d'emprisonnement, en vertu de l'art. 7 (volet « liberté ») : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 35.

Lorsque le législateur a entrepris de légiférer sur une question, la Charte peut intervenir, quitte à permettre aux tribunaux, par les techniques de l'interprétation large (*read in*) ou atténuée (*read down*), d'ajouter ou de soustraire aux termes de la loi afin, par exemple, de la rendre non discriminatoire en vertu de son par. 15(1)<sup>16</sup>. En revanche, la Charte ne saurait fonder l'inconstitutionnalité de l'absence totale de législation sur une question. D'autre part, et quitte à anticiper sur la question d'une éventuelle atteinte à un droit, précisons d'ores et déjà qu'une norme législative ne saurait être tenue pour contraire à la Charte lorsque cette norme ne fait par exemple que conférer, en toute égalité, une capacité de droit commun, telle la capacité de contracter, sans impliquer forcément que l'exercice de cette capacité ne porte atteinte aux droits qu'une personne détient en vertu de la Charte. Il s'agirait là d'une norme législative neutre au regard de la Charte. Il est donc essentiel de pouvoir se poser la question à savoir si l'atteinte alléguée proviendrait effectivement de la norme plutôt que de la manière particulière dont elle a été mise en œuvre. Dans *Miron c. Trudel*, par exemple, la loi ontarienne sur les assurances (dans sa version normalement applicable aux faits de l'espèce), qui dictait l'essentiel des termes de toute police d'assurance automobile, a été reconnue porter atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la Charte pour limiter la notion de « conjoint » à la personne légalement mariée<sup>17</sup>. En revanche, dans les affaires *Young c. Young*<sup>18</sup> et *P.(D.) c. S. (C.)*<sup>19</sup>, dont il a été disposé en même temps, la Cour fut unanime à conclure que les dispositions de la loi fédérale sur le divorce et du code civil, respectivement, qui font de l'« intérêt de l'enfant » le critère à l'aune duquel le juge doit trancher les litiges relatifs à la garde d'un enfant, ne portent en elles-mêmes atteinte à aucun droit ou liberté garanti par la Charte. Il faut donc retenir que, s'il est vrai que la Charte s'applique toujours à la loi, encore faut-il s'assurer que l'atteinte alléguée en proviendrait directement, à

---

16. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

17. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

18. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

19. *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

défaut de quoi il faut reporter la question de son application à l'acte de mise en œuvre de la loi.

Si l'atteinte alléguée était (si elle était avérée) imputable à un acte de mise en œuvre de la norme législative plutôt que directement à celle-ci, la Charte ne s'y appliquera, *en tant qu'elle s'applique au législateur*, que si cet acte tient de l'exercice d'un pouvoir prévu par cette norme. En effet, la Charte ne s'appliquera pas, sur ce mode, à l'exercice d'une simple capacité de droit commun, prévue au Code civil, par exemple, ou qui n'existe à la base que grâce à une loi, générale ou spéciale, aux termes de laquelle une organisation est constituée en personne morale. Ce mode d'application de la Charte exige plutôt l'exercice d'un véritable *pouvoir*. Celui-ci est par définition dérogoratoire au droit commun. On ne peut en être titulaire qu'en vertu de la loi ou de la common law, constitutionnelle ou ordinaire dans les deux cas. Or, il est ici entendu que, pour que la Charte s'applique à l'exercice d'un pouvoir en tant qu'elle s'applique au législateur, ce pouvoir doit provenir de la loi ordinaire, bien qu'il serait souhaitable d'étendre ce principe à l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi constitutionnelle. Par exemple, l'exercice d'un pouvoir qui tire sa source de l'exercice préalable d'une simple capacité de droit commun, tel l'arbitrage qui intervient en vertu d'une clause contractuelle, ne sera pas soumis à la Charte, tandis qu'il en va autrement de celui qui, tel l'arbitrage de grief aux termes d'une convention collective de travail, est imposé par la loi<sup>20</sup>. Pour prendre un autre exemple, l'exercice de sa compétence par la *British Columbia Human Rights Commission* a aisément été reconnu être assujéti à la Charte par une majorité de juges dans l'affaire *Blencoe* :

L'un des traits distinctifs des actes accomplis en vertu d'un pouvoir conféré par la loi est qu'ils comportent un pouvoir de contrainte que n'ont pas les particuliers (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* [éd. feuilles mobiles]),

---

20. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 (application de la Charte à un arbitrage de grief).

vol. 2, à la p. 34-12). Il est clair que les pouvoirs de la Commission sont plus étendus que ceux d'une personne physique. Sa compétence ne découle pas du consentement des parties. Le *Human Rights Code* habilite, de diverses manières, la Commission à enquêter sur des plaintes et à décider de la façon de les traiter. L'article 24 du Code permet expressément au commissaire d'exiger la production de documents<sup>21</sup>.

Ainsi que le relève Peter Hogg cependant, la Cour suprême s'est parfois écartée de ce principe<sup>22</sup>. Dans l'arrêt *Eldridge*, la Cour a tenu la Charte applicable, en tant que celle-ci s'applique au législateur, à une forme de mise en œuvre qui n'avait rien de l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi, en l'occurrence la mise en œuvre d'une « politique » ou « programme » « déterminé »<sup>23</sup>. En vertu de l'*Hospital Insurance Act* de la Colombie-Britannique, l'hôpital en cause n'exerçait aucun pouvoir sur autrui en fournissant des services hospitaliers et autres soins médicaux. La Cour a pourtant insisté sur l'encadrement et le financement de la prestation de ces services par la loi. Celle-ci faisant de ces services un droit des résidents de la province qui se traduit par une obligation qui incombe aux hôpitaux, il est tentant de conclure que l'arrêt *Eldridge* a ajouté l'obligation au pouvoir comme condition dans laquelle la mise en œuvre d'une norme législative peut être assujettie à la Charte en tant que celle-ci s'applique au législateur. Cela dit, cette notion de « mise en œuvre de politiques gouvernementales » ayant jusqu'alors servi plutôt à l'analyse fonctionnelle relative à l'application de la Charte en tant qu'elle s'applique au *gouvernement*<sup>24</sup>, il semble surtout que les motifs, pourtant unanimes, de l'arrêt *Eldridge* s'expliquent par une confusion des deux principaux modes d'application de la Charte. À l'inverse, dans l'arrêt *Lavigne*, où l'un des auteurs de la mesure

---

21. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, par. 36 (j. Bastarache).

22. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supp., Toronto (Ont.), Carswell, loose-leaf, 2007, p. 37-15 à 37-18.

23. *Eldridge c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 43-51.

24. Voir *infra*, partie 2.

avait dans un premier moment été reconnu assimilable au gouvernement, les motifs majoritaires du juge La Forest suggéraient que, si cela n'eût été le cas, la mesure n'eût été attribuable au législateur<sup>25</sup>. Cette mesure consistait en l'inclusion d'une disposition relative à la cotisation syndicale obligatoire (« formule Rand ») dans la convention collective de travail conclue entre le Conseil des gouverneurs, soit l'agent négociateur des collèges ontariens, et le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario. N'eût été la qualité gouvernementale du Conseil, nous disent les motifs du juge La Forest, la Charte n'aurait pu trouver application à la mesure contestée. La Loi sur la négociation collective dans les collèges prévoyait expressément les dispositions de précompte obligatoire, mais comme possibilité seulement, c'est-à-dire sans aucunement en faire un contenu conventionnel impératif. Les parties avaient donc eu la liberté de négocier ou non de telles dispositions. Or Peter Hogg insiste pour dire que c'est la nature même des dispositions de cotisation syndicale obligatoire que de lier individuellement chacun des employés visés à une convention collective de travail nonobstant leur absence de consentement, ce qui n'est possible qu'à la faveur d'un régime législatif dérogatoire au régime contractuel de droit commun<sup>26</sup>. Autrement dit, cet auteur rappelle que, pour répondre à la question de savoir s'il y a ou non exercice d'un pouvoir prévu par la loi dans le domaine du droit du travail, il ne faut pas limiter son regard aux parties à une négociation collective, mais le porter aussi sur la situation des employés pris à titre individuel en vertu de l'ensemble du régime législatif rendant possible la négociation obligatoirement collective des relations de travail. En d'autres termes encore, la loi donne aux parties à la négociation des relations collectives de travail d'une unité accréditée un pouvoir sur les employés pris individuellement.

Une autre décision problématique doit ici être prise en considération. Il s'agit de l'arrêt rendu dans une affaire où, bien que la Charte ait été invoquée à l'encontre de l'exercice d'un

---

25. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (ci-après *Lavigne c. SEFPO*).

26. P. W. HOGG, préc., note 22.

pouvoir prévu par la loi, la Cour suprême s'est contentée de disposer de la contestation sur la base des critères que, en termes de « normes de contrôle », le droit administratif fournit aux fins du contrôle de légalité. Dans l'arrêt *Chamberlain*, en effet, tant les motifs concordants du juge LeBel que les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin se sont ainsi limités à contrôler la conformité du refus de la part d'un conseil scolaire d'approuver les manuels contenant des illustrations figurant des familles homoparentales à la *School Act* de la Colombie-Britannique<sup>27</sup>.

## 2. Le « gouvernement » et les acteurs qui lui sont assimilables

*En tant qu'elle s'applique au gouvernement* maintenant, la Charte peut, tout aussi bien, s'appliquer à une mesure indifféremment de la nature de celle-ci, en raison de la seule qualité « gouvernementale » de son auteur. Il n'importera alors pas que la mesure en question se fonde sur la prérogative royale<sup>28</sup> ou sur des règles encore plus générales de la common law ni qu'elle consiste en l'exercice d'une simple capacité de droit commun, que celle-ci provienne de la common law, du Code civil ou d'une loi. Il pourra donc s'agir, par exemple, de la conclusion d'un contrat ou autre forme d'acte bilatéral<sup>29</sup>, ou encore de l'exercice d'un droit de propriété. Peu importera, dès lors que l'auteur de la mesure sera *assimilable* au gouvernement – le mot étant ici entendu au sens strict qui le fait renvoyer au détenteur du pouvoir exécutif, c'est-à-dire, au Canada, à la Reine ou au gouverneur général en conseil ou au lieutenant gouverneur en conseil, suivant qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou de celui d'une province<sup>30</sup>.

---

27. *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86.

28. *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

29. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

30. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 9-16 et 58-68.

La Charte s'appliquera de cette manière à tout acte, non seulement du gouvernement, mais aussi du seul « cabinet »<sup>31</sup> ou conseil exécutif (suivant qu'il s'agisse du pouvoir fédéral ou provincial), d'un ministre ou d'un fonctionnaire du gouvernement au sens strict, bref, à tout acte de ce qu'on appelle aussi l'« administration centrale ». Mais ce n'est pas tout. La Charte s'appliquera aussi sur ce même second mode à toute personne, physique ou morale, ou entité, non seulement désignée « mandataire de la Couronne » (*Crown Agent*) par la loi<sup>32</sup>, mais encore réputée telle au terme de son analyse<sup>33</sup>. Les formes imaginables que peut revêtir cette dernière analyse sont au nombre de deux : une analyse structurelle et une analyse fonctionnelle. Or, la seconde fait intervenir une notion élargie de « gouvernement ».

L'analyse *structurelle* mènera à la conclusion selon laquelle une entité est assimilable au gouvernement dont elle est ainsi réputée être la mandataire si elle révèle un « niveau non négligeable » (*substantial degree*) de contrôle de cette entité par le « gouvernement » au sens strict. Une telle analyse devra donc porter sur l'ensemble du régime législatif de l'entité en cause afin, notamment, de déterminer le mode de nomination et de destitution de ses administrateurs et dirigeants et de vérifier dans quelle mesure certains de ses règlements et décisions sont éventuellement assujettis à l'approbation du gouvernement ou d'un ministre. D'autres formes d'interventions gouvernementales

---

31. En droit, le « cabinet » n'est rien d'autre qu'un comité du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

32. *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, par. 17 (J. Deschamps, motifs majoritaires, cependant unanimes sur ce point, concernant l'une des deux sociétés de transport en cause, en l'occurrence BC Transit). Pour ne prendre dans la loi qu'un exemple supplémentaire parmi tant d'autres, l'art. 3.1.1. de la *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c. H-5, prévoit que : « La Société est, pour les fins de la présente loi, un mandataire de l'État et l'a toujours été depuis le 14 avril 1944. »

33. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, préc., note 29; *Lavigne c. SEFPO*, préc., note 25.

dans les opérations de l'entité pourront aussi être prises en considération. Par contre, le financement public ne devrait pas ici être en soi déterminant. Il est tout à fait fréquent qu'une entité décentralisée, dont la loi prévoit un niveau élevé d'indépendance par rapport au gouvernement et à l'administration centrale, soit financée à même des fonds publics. Or, toute opération débitrice sur le trésor public devant être prévue par une loi d'affectation de crédits, ce sera plutôt l'éventuelle discrétion accordée par la loi au gouvernement dans l'allocation de ressources financières à l'entité en question qui devra être prise en compte. Les deux arrêts à l'origine de cette analyse structurelle sont *McKinney c. Université de Guelph*<sup>34</sup> et *Stoffman c. Vancouver General Hospital*<sup>35</sup>.

Dans ces deux affaires, la juge Wilson a rédigé des motifs dissidents dans lesquels elle militait notamment pour que l'analyse devant permettre de répondre à la question à savoir si une entité doit ou non être réputée mandataire du gouvernement aux fins de l'application de la Charte s'entende également d'une analyse *fonctionnelle*. Celle-ci devait porter sur la nature des opérations ou activités principales de l'entité afin de déterminer si elles correspondaient à l'exercice d'une « fonction gouvernementale ». Il vaut de reproduire ici les extraits pertinents des motifs de la juge Wilson dans l'arrêt *McKinney*. Ceux-ci défendent une conception pour ainsi dire « non essentialiste » de la fonction gouvernementale :

Une fonction devient gouvernementale parce qu'un gouvernement a décidé qu'il devrait l'exercer et non parce que la fonction est en soi une fonction gouvernementale. Il me semble que si on ignore ce point, la méthode fonctionnelle risque de nous amener à mettre la charrue devant les bœufs. En outre, il me semble nécessaire de reconnaître qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles tant les organismes gouvernementaux que non gouvernementaux exercent simultanément une fonction donnée. Dans ces cas, la méthode fonctionnelle peut ne

---

34. *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

35. *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.



pas nous révéler grand-chose quant au statut d'une entité donnée qui exerce cette fonction.

Cela dit, il me semble que la méthode fonctionnelle a quelque chose à offrir, pourvu qu'on ne présume pas que pour la seule raison qu'un organisme n'exerce pas une fonction gouvernementale traditionnelle il n'est pas un acteur gouvernemental. Le fait qu'une entité exerce une activité que nous sommes venus à considérer comme l'une des fonctions exclusives d'un palier de gouvernement donné peut fort bien être un indice sérieux qu'il s'agit d'un acteur gouvernemental. [...]

Finalement, tout dépendra, dans une large mesure, de la fonction dont il est question. Bien qu'il existe des fonctions que le gouvernement exerce depuis longtemps, par exemple le processus d'application du droit criminel, il y en a d'autres qui peuvent être exercées par le gouvernement dans certaines circonstances et par d'autres types d'organismes, par exemple des sociétés privées, dans d'autres circonstances. Il peut également y avoir des fonctions que le gouvernement juge ne plus devoir exercer. Et comme je l'ai déjà proposé, il peut y avoir des secteurs de l'économie où le gouvernement est en concurrence directe avec le secteur privé quant à la fourniture de services particuliers et où il est très difficile d'utiliser une méthode fonctionnelle pour déterminer qui est un acteur gouvernemental et qui ne l'est pas. Au mieux, la méthode fonctionnelle ne peut alors apporter que des réponses approximatives à la question de savoir s'il s'agit du gouvernement. Mais cette méthode peut néanmoins faire ressortir des considérations importantes dont on devrait tenir compte dans l'examen du statut d'un organisme donné<sup>36</sup>.

Dans ces mêmes motifs, la juge Wilson se livre préalablement à une critique convaincante du raisonnement du

---

36. *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 34 (j. Wilson, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

juge La Forest selon lequel l'analyse se doit d'être exclusivement structurelle :

Mon collègue le juge La Forest a conclu que la *Charte* ne s'applique qu'au gouvernement au sens le plus restreint. Il trouve appui dans une théorie particulière du rôle des constitutions appelée le "constitutionnalisme". Selon cette théorie, l'État est un mal nécessaire. En raison du risque de tyrannie et d'abus que comportent les grands États, le rôle du gouvernement devrait être défini restrictivement. L'ordre social et économique devrait relever du secteur privé. Plus l'État intervient dans cet ordre privé, plus grand est le risque que la liberté des personnes soit réduite. Ainsi, l'intervention minimale de l'État est un bien non mitigé. Cependant, même quand l'État intervient le moins possible, il doit y avoir un certain mécanisme pour protéger les citoyens contre le risque de tyrannie du gouvernement et ce mécanisme c'est la constitution elle-même. D'où la notion de gouvernement constitutionnel comme protecteur de la liberté des citoyens.

À partir de cette vision du rôle classique des États et des constitutions, mon collègue a formulé ce que j'estimerais être un critère très étroit de "l'action gouvernementale" en vertu du par. 32(1) de la *Charte*. À son avis, seules les entités qui constituent réellement le "gouvernement" relèvent de la *Charte*. Ils doivent faire partie "de l'appareil gouvernemental", "du gouvernement", "de la machine gouvernementale"<sup>37</sup>.

Il y a en effet quelque chose de foncièrement incohérent dans le raisonnement du juge La Forest dans cette affaire. Dans la mesure où la *Charte* a justement pour objectif d'encadrer l'action de l'État (ce « gouvernement » au sens large et plutôt anglais du terme), le « constitutionnalisme » du juge La Forest aurait dû le conduire à en préconiser un champ d'application qui soit large, non pas étroit. Cela impliquait une conception large, non pas

---

37. *Id.* (j. Wilson, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

étroite, de la notion de « gouvernement » au sens du par. 32(1) de la Charte. À l'inverse, le juge La Forest préfère s'aveugler à l'égard de la réalité de la diversification des formes et de l'expansion générale de l'intervention étatique au cours du 20<sup>e</sup> siècle pour favoriser une application de la Charte à un seul gouvernement conçu restrictivement sur la base de la forme que celui-ci a pu prendre à une époque révolue. Voilà qui ressemble au mieux au jeu de l'autruche, au pire à une contradiction performative, et ce pour quoi la juge Wilson était fondée de faire l'objection suivante :

Il me semble qu'un rappel historique de la croissance de l'État canadien démontre clairement que ceux qui ont adopté la *Charte* voulaient accorder une certaine protection à la liberté individuelle et à l'autonomie personnelle face au rôle grandissant du gouvernement. [...] À mon avis, il découle de ces propositions que nous devons donner un sens général au mot "gouvernement", un sens qui tient à la fois compte de la variété des rôles que le gouvernement en est venu à jouer dans notre société et de la nécessité d'assurer que, dans tous ces rôles, il se conforme aux normes constitutionnelles établies dans la *Charte*. Cela signifie qu'il ne faut pas s'empresse de présumer qu'un organisme *ne fait pas* partie du gouvernement. L'examen d'une grande variété de facteurs peut fort bien être nécessaire pour pouvoir conclure définitivement qu'une entité particulière ne fait pas partie du gouvernement. Si notre Cour doit s'acquitter de son obligation de veiller à ce que notre Constitution fournisse une "protection constante des droits et des libertés individuels" contre l'action gouvernementale, elle ne doit donc pas adopter une interprétation restrictive de ce que constitue l'action gouvernementale. Le faire revient à limiter l'effet de la *Charte* et à minimiser la protection qu'elle visait à fournir<sup>38</sup>.

---

38. *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 34 (j. Wilson, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

N'y a-t-il pas en effet quelque chose d'irréductiblement contre-intuitif, à notre époque, à statuer qu'une charte constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux prévoyant s'appliquer au législateur et au gouvernement ne s'applique pas pour autant systématiquement, par exemple, à ces gouvernements locaux, par nature décentralisés territorialement, que sont les municipalités et les villes?

Majoritaire dans *McKinney* et *Stoffman*, le structuralisme exclusiviste du juge La Forest a été suivi dans les affaires *Douglas College*<sup>39</sup> et *Lavigne*<sup>40</sup>. Dans l'arrêt *Godbout*, trois juges sur neuf, sous la plume du juge La Forest justement, auraient reconnu la Charte applicable à la ville de Longueuil en raison de la nature gouvernementale de ses activités, du moins celles en cause<sup>41</sup>. Il convient de reproduire ici les extraits pertinents du juge La Forest, qui me paraissent corriger une erreur sans l'admettre, au moyen d'une reconstruction interprétative plutôt forcée des motifs majoritaires des arrêts *McKinney* et *Stoffman* :

La comparaison entre les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* d'un côté et les arrêts *Douglas* et *Lavigne*, de l'autre, fait ressortir clairement ce qui me paraît être un principe important de l'applicabilité de la *Charte* canadienne à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouvernements fédéral ou provinciaux : lorsque ces entités sont en réalité de nature « gouvernementale » – en raison, par exemple, du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l'objet ou de la nature gouvernementale des fonctions qu'elles exécutent – elles ne peuvent se soustraire à l'examen fondé sur la *Charte*. En d'autres termes, l'art. 32 est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale et son champ d'application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. Cela ne veut pas dire, bien sûr,

---

39. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, préc., note 29.

40. *Lavigne c. SEFPO*, préc., note 25.

41. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

que la *Charte* ne s'applique qu'aux entités (autres que le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements fédéral ou provinciaux) qui sont de nature gouvernementale. Il se peut très bien, en effet, que des entités données soient assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu'elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme « gouvernementales » [...].

[...] Si la *Charte* devait en effet ne s'appliquer qu'aux organismes faisant institutionnellement partie du gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à d'autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n'auraient qu'à créer des organismes distincts d'eux et à leur conférer le pouvoir d'exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la *Charte* impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d'une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent<sup>42</sup>.

S'il n'était minoritaire, le juge La Forest se trouverait ici à donner rétroactivement (plutôt que simplement rétrospectivement) raison à la juge Wilson, dont la notion de fonction

---

42. *Id.*, par. 47 et 48 (j. La Forest).

gouvernementale n'était assurément pas réduite à une conception étroite du gouvernement au sens du titulaire du pouvoir exécutif, mais tenait d'une notion plus large de service public<sup>43</sup>. L'analyse fonctionnelle permettrait ainsi de conclure soit, globalement, à une entité de nature gouvernementale, soit, particulièrement, à la nature gouvernementale de certaines de ses activités seulement.

Dans *R. c. M.*, la Cour a retenu que, aux fins de l'application de la Charte, « les écoles font partie du gouvernement »<sup>44</sup>. Cette conclusion générale des juges majoritaires était partagée par le juge dissident<sup>45</sup>. Était en cause la fouille d'élèves d'une école secondaire par son directeur adjoint. Cette qualité d'acteur gouvernemental a été au passage reconnue aux écoles primaires également, mais non aux collèges et universités<sup>46</sup>. La Cour ayant aussi relevé que la fouille en cause « était implicitement autorisée par les dispositions de l'*Education Act* de la Nouvelle-Écosse »<sup>47</sup>, il est impossible de déterminer sur lequel des deux principaux modes la Charte s'y est appliquée. La Cour se fait même explicite sur cette indétermination :

Compte tenu de la concession faite par l'intimée, il ne convient pas d'examiner et de décider de manière définitive lequel de ces arguments [celui du contrôle gouvernemental ou celui de l'exercice d'un pouvoir légal,] devrait être appliqué. Il vaut mieux présumer simplement,

---

43. Voir *supra*, notes 36, 37 et 38, et texte correspondant.

44. *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 25 (j. Cory, motifs majoritaires).

45. *Id.*, par. 71 (j. Major, motifs dissidents) : « les actes que les responsables d'une école accomplissent, en tant que prolongement du gouvernement, sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés* ». Ce juge dissident était cependant d'avis qu'en l'espèce le directeur adjoint de l'école secondaire avait plutôt agi comme « mandataire de la police », en l'occurrence la GRC opérant comme police provinciale ou municipale sous l'autorité et la responsabilité du ministre provincial à la faveur d'une entente de services (*Id.*, par. 73, 78 et 79).

46. *Id.*, par. 64 (j. Cory, motifs majoritaires) : « Il y a lieu de noter que cette affaire ne porte que sur une fouille d'élèves exécutée dans une école élémentaire ou secondaire. On ne s'est pas penché sur le cas des fouilles effectuées dans des établissements de niveau collégial ou universitaire. »

47. *Id.*, par. 64 (j. Cory, motifs majoritaires).

aux fins de la présente affaire, que les écoles font partie du gouvernement et que, partant, la *Charte* s'applique aux mesures prises par le directeur adjoint.

Or, il est capital de noter ici, car nous aurons à y revenir, qu'un tel vague entourant l'application de la Charte dans cette affaire contribue à rendre possible une conception élargie de la notion d'acteur gouvernemental au sein de laquelle l'idée de gouvernement n'est pas réduite au sens restreint où le mot renvoie au pouvoir exécutif ou à l'administration centrale. En effet, la qualité d'acteur gouvernemental a été ici reconnue à une école secondaire et à ses dirigeants à un niveau de généralité supérieur à celui sur lequel intervient la distinction entre pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire.

Dans les motifs majoritaires de l'arrêt *Blencoe* dont il a été question plus haut, l'analyse fonctionnelle pourrait sembler faire enfin son entrée officielle dans la jurisprudence, si seulement il s'agissait d'autre chose que d'une phrase échappée au beau milieu d'une détermination d'applicabilité de la Charte en vertu du premier mode principal (en tant qu'elle s'applique au législateur) :

Les faits de l'affaire *Slaight* et ceux de la présente affaire ont au moins une caractéristique commune prédominante: l'arbitre en matière de relations du travail (dans *Slaight*) et la Commission (en l'espèce) exercent tous les deux des pouvoirs gouvernementaux conférés par un corps législatif. Dans chaque cas, l'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission tire tous ses pouvoirs de la loi. Elle applique le régime législatif du *Human Rights Code*. Elle met en œuvre un programme gouvernemental ou un régime législatif particulier établi par le gouvernement pour l'application de sa politique (voir *Eldridge*, précité, aux par. 37 et 44 et *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 584). La Commission doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir

l'égalité dans la société en général sont clairement de « nature gouvernementale »<sup>48</sup>.

Encore là, ce *dictum* tend à confirmer ma thèse de la présence, dans la pratique effective de la Cour, d'une notion plus générale, non seulement d'acteur, mais de fonction gouvernementale, notion qui s'étendrait, non seulement à certains actes d'acteurs non essentiellement gouvernementaux au sens large aussi bien qu'étroit, mais aussi à la mise en œuvre de la loi, voire à l'adoption de la loi, et qui à ce niveau de généralité couvrirait également la fonction juridictionnelle. Cette notion transcenderait donc l'opposition entre les soi-disant deux grands modes d'application de la Charte. Bref, ce *dictum* tend à confirmer notre thèse de la présence implicite et inassumée, dans la jurisprudence de la Cour suprême relative à l'application de la Charte, d'une notion large de fonction gouvernementale en termes de service public.

Dans l'arrêt *Buhay*, un *dictum* de la juge Arbour, écrivant du reste pour une cour unanime, prévoyait dans le même sens que, « [s]i l'État abandonnait au secteur privé, en totalité ou en partie, une fonction publique essentielle, même sans délégation expresse, il se peut [sic] que l'activité privée soit alors assimilée à une activité de l'État pour les besoins de la *Charte*<sup>49</sup> ».

Dans l'affaire de la *Greater Vancouver Transportation Authority*, l'« affaire BC Transit », deux entités, en l'occurrence deux sociétés de transport public, étaient en cause, entités dont la Cour a eu à se demander si elles étaient ou non mandataires du gouvernement. Bien que ce jugement soit majoritaire, les juges qui y ont pris part<sup>50</sup> furent unanimes sur cette question. Ainsi que nous l'avons vu plus haut en note, l'une de ces deux sociétés, BC Transit, a aisément pu être reconnue mandataire du gou-

---

48. Voir *supra*, note 21, et texte correspondant.

49. *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, par. 31.

50. Le juge Bastarache était présent à l'audience mais n'a pas pris part au jugement.



vernement, puisque la loi la désignait expressément comme telle<sup>51</sup>. L'autre société, TransLink, a été reconnue mandataire réputée du gouvernement, mais cela au motif qu'elle était largement contrôlée par un équivalent de nos communautés métropolitaines, le Greater Vancouver Regional District. Celui-ci s'était d'abord fait reconnaître la qualité d'acteur gouvernemental, au terme, non pas d'une analyse structurelle, mais d'une analyse fonctionnelle. Plus précisément, et au-delà de certaines apparences du texte, la juge Deschamps y est venue distinguer pour les admettre, à côté de l'analyse structurelle [1], deux formes d'analyse fonctionnelle, soit celle de la nature de l'entité même [2.1] et celle de la nature des activités de cette entité qui sont en cause [2.2] :

Deux avenues s'offrent donc pour déterminer si la *Charte* s'applique aux activités d'une entité : l'examen de la nature de l'entité ou celui de ses activités. Si on conclut que l'entité fait partie du « gouvernement », soit par sa nature même [2.1], soit à cause du pouvoir substantiel que l'État exerce sur elle [1], toutes ses activités sont assujetties à la *Charte*. Si l'entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu'elle exerce tout de même des activités gouvernementales [2.2], seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la *Charte*<sup>52</sup>.

Si, tandis qu'elle n'est ni désignée ni – en raison du contrôle que celui-ci exerce sur elle – réputée mandataire du gouvernement, une entité n'exerce qu'accessoirement des fonctions de nature gouvernementale, alors la Charte ne s'appliquera, *en tant qu'elle s'applique au gouvernement*, qu'à l'exercice de ces dernières fonctions. Dans cette affaire, la Cour fut unanime à conclure que la Charte s'appliquait à l'ensemble des actes de TransLink, car celle-ci était contrôlée [1] par une entité, le Greater Vancouver Regional District, qui était lui-même

---

51. Voir *supra*, note 32, et texte correspondant.

52. *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, préc., note 32 (j. Deschamps).

gouvernemental par nature [2.1]. Cette dernière conclusion se fondait essentiellement sur le fait que la loi traitait de tels « districts » dans les termes du « gouvernement local »<sup>53</sup>. À un niveau plus fondamental, la juge Deschamps a motivé sa conclusion selon laquelle la Charte s'appliquait à TransLink par les raisons suivantes :

Le principe énoncé par le juge La Forest dans les arrêts *Eldridge* (par. 42) et *Godbout* (par. 48) – le gouvernement ne devrait pas pouvoir se soustraire aux obligations que lui impose la *Charte* en octroyant simplement ses pouvoirs à une autre entité – étaye également la conclusion que TransLink est une entité gouvernementale. La création légale de TransLink en 1998 et le transfert partiel au DRV du pouvoir de la province sur le réseau de transport en commun de la région ne visaient pas la privatisation des services de transport, mais plutôt la réorganisation administrative par l'octroi de pouvoirs accrus aux gouvernements locaux (motifs de la Cour d'appel, par. 75-79). On ne saurait donc conclure que ce transfert de pouvoirs provinciaux au DRV a

---

53. *Id.*, par. 18 (j. Deschamps) : « Pour sa part, TransLink prétend que le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort qu'elle fait partie du "gouvernement" au sens de l'art. 32 de la *Charte*. La juge Prowse est arrivée à la conclusion que TransLink appartient à l'appareil gouvernemental parce qu'elle relève du DRV, qui fait lui-même partie du "gouvernement" au sens de l'art. 32. Sa conclusion que le DRV est par nature assimilable au gouvernement repose sur l'art. 5 de la *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323 ("LGA"), suivant lequel [TRADUCTION] "gouvernement local" s'entend du "conseil d'une municipalité" et du "conseil d'un district régional". La juge a en outre fait observer qu'un district régional est une société (art. 173) que dirige un conseil (art. 174), lui-même composé d'administrateurs municipaux et d'administrateurs de secteurs électoraux (par. 783(1)). De plus, la LGA dispose que le district régional est un [TRADUCTION] "palier de gouvernement indépendant et responsable sur son territoire" et que sa raison d'être est de veiller au [TRADUCTION] "bon gouvernement dans l'intérêt de la collectivité" (al. 2a)). Le DRV est donc clairement un "gouvernement local". »

soustrait le réseau de transport en commun du Grand Vancouver à l'application de la *Charte*<sup>54</sup>.

Il est donc vraisemblable que, même si la Cour ne l'a jamais affirmé en *ratio decidendi*, la Charte s'applique déjà, pour ainsi dire du point de vue de la pratique, à tous les actes des villes et municipalités ainsi qu'à ceux des municipalités régionales et communautés métropolitaines, « districts », etc.

Ce qui précède tend à confirmer la thèse d'une intuition pratique, voire d'un principe implicite, mais pourtant effectif d'application de la Charte à l'exercice de toute fonction gouvernementale entendue au sens large de service public. Voilà ce que tend aussi à confirmer ce qui suit, car une exception aux principes structuralistes qui sont censés présider à l'application de la Charte au gouvernement semble viser les policiers, dont l'action est apparemment toujours tenue pour gouvernementale.

### **3. Les policiers et ceux qui agissent sur leurs instructions**

Dans l'arrêt *Broyles*, la Charte a unanimement été considérée s'appliquer généralement aux policiers, dont la Cour, sans ne jamais mentionner le par. 32(1), s'est contentée de parler généralement comme des « représentants de l'État »<sup>55</sup>. La Cour s'est donc ensuite demandé si l'indicateur de police en cause avait, en suivant les instructions des policiers, agi à ce titre de représentant de l'État. Cette question, la Cour a dit qu'il fallait y répondre en se concentrant sur « l'effet qu'ont eu sur l'entretien ou la communication avec l'accusé les liens existant entre l'indicateur et les autorités »<sup>56</sup>.

Dans les motifs concordants qu'il a rendus dans l'affaire *Cook*, le juge Bastarache exprimait l'opinion selon laquelle, aux

---

54. *Id.*, par. 22 (j. Deschamps).

55. *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595 (j. Iacobucci; version électronique publiée par Lexum non paginée).

56. *Id.* (j. Iacobucci; version électronique publiée par Lexum non paginée).

termes de son par. 32(1), « la *Charte* s'applique à la police canadienne [par opposition aux policiers étrangers] parce que celle-ci fait partie du gouvernement du Canada ou d'une province »<sup>57</sup>. Était en cause l'action de policiers municipaux canadiens à l'étranger. Sur cette question précise, les motifs majoritaires des juges Cory et Iacobucci se faisaient plus équivoques :

Conformément aux principes énoncés précédemment, nous concluons que la *Charte* s'applique aux actes des détectives de Vancouver à La Nouvelle-Orléans dans le cas qui nous occupe. Premièrement, l'arrestation et la détention de l'appelant et son interrogatoire subséquent étaient des actes accomplis par des policiers canadiens, ou à leur initiative. Le mandat d'arrestation faisait suite à une demande d'extradition présentée par le Canada. L'interrogatoire a été mené par des policiers canadiens, et non par des agents étrangers, en conformité avec les pouvoirs d'enquête que leur confèrent les lois canadiennes. Par conséquent, l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte*. La première condition est donc remplie<sup>58</sup>.

---

57. *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, par. 124 (j. Bastarache, motifs concordants). Voir aussi par. 119 de ces mêmes motifs : « À première vue, il ne fait pas de doute que le par. 32(1) vise les actes de la police de Vancouver, puisque celle-ci a été constituée à titre d'organe gouvernemental et qu'elle exerce ses pouvoirs en vertu d'une loi provinciale (*Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 7(2)). Les policiers sont visés par cette disposition, non seulement parce qu'ils exercent des pouvoirs conférés par la législature compétente, mais aussi parce qu'ils sont des agents du gouvernement. En effet, il a été décidé que le statut juridique du policier est celui de [TRADUCTION] "l'agent ministériel exerçant des pouvoirs prévus par la loi indépendamment de tout contrat" (*Reference Re Power of Municipal Council to Dismiss a Chief Constable* (1957), 7 D.L.R. (2d) 222 (C.A. Ont.), à la p. 225, citant le vicomte Simonds dans *Attorney-General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457, aux pp. 489 et 490; voir aussi la *Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 7(2)). »

58. *Id.*, par. 49 (j. Cory et Iacobucci, motifs majoritaires).

Il semble donc que la majorité dans cette affaire ait jugé la Charte applicable sur ses deux principaux modes d'application à la fois. Cela dit, le mot du juge Bastarache dans *Cook* selon lequel « la *Charte* s'applique à la police canadienne parce que celle-ci fait partie du gouvernement du Canada ou d'une province »<sup>59</sup> sera repris par le juge LeBel dans l'arrêt *Hape* dont il rendra les motifs majoritaires. Plus exactement, ce mot sera alors repris, non pas en son intégralité, mais à l'appui de la thèse plus restrictive voulant que le policier soit « un acteur étatique auquel s'applique à première vue la *Charte* »<sup>60</sup>. Cela dit, dans cette affaire, aucun juge ne s'opposera à cette thèse plus générale voulant que, aux fins de l'application de la Charte, les policiers doivent être considérés comme des « acteurs étatiques » ou « représentants de l'État ».

Dans l'intervalle, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Golden*, reconnu la Charte applicable à une fouille exercée par des policiers accessoirement à une arrestation<sup>61</sup>. Bien qu'unanimes sur cette question précise, les motifs de cet arrêt n'y consacrent aucun développement, pas plus qu'ils ne contiennent quelque référence que ce soit au par. 32(1). Or, la fouille accessoire à une arrestation ou à une détention aux fins d'enquête n'étant permise qu'en vertu de la common law, il est raisonnable de supposer qu'en l'espèce la Charte n'a pas pu s'appliquer sur le premier mode, à savoir en tant qu'elle s'applique au législateur. Il est donc tentant d'en déduire que la Charte s'est alors appliquée plutôt en tant qu'elle s'applique au gouvernement, mais il aurait été souhaitable que la Cour indique les bases sur lesquelles elle assimilait des policiers de la communauté métropolitaine de Toronto au gouvernement.

Exceptionnellement, sans procéder à son arrestation, autrement dit préalablement à son arrestation éventuelle, des policiers peuvent détenir une personne à des fins d'enquête

---

59. Voir *supra*, note 57, et texte correspondant.

60. R. c. *Hape*, 2007 CSC 26, par. 103 (j. LeBel, motifs majoritaires).

61. R. c. *Golden*, 2001 CSC 83.

[...] s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir. En outre, le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive. [...] Il convient de distinguer les détentions aux fins d'enquête ainsi que le pouvoir de fouille préventive y afférent des arrestations et du pouvoir de fouille y afférent [...]<sup>62</sup>.

L'extrait qui précède provient des motifs majoritaires du juge Iacobucci dans l'arrêt *Mann*. Or, dans cette affaire, la Cour fut unanime à reconnaître l'application de la Charte à la fouille effectuée accessoirement à une détention aux fins d'enquête<sup>63</sup>. Cela s'est fait de la même manière que dans l'arrêt *Golden*, c'est-à-dire sans que la Cour se livre préalablement à une analyse en vertu du par. 32(1), qui n'y a pas davantage été cité ou autrement mentionné. Les motifs de cet arrêt ne précisent d'ailleurs pas s'il s'agissait en l'espèce de l'action de policiers municipaux. C'est encore exactement de cette manière – à l'exception des motifs dissidents du juge Binnie qui semble étrangement l'avoir d'abord appliquée à la règle de common law en cause elle-même<sup>64</sup> – que la Charte s'est appliquée à une fouille policière accessoire à la détention aux fins d'enquête dans l'affaire *Clayton*<sup>65</sup>. Relevons que l'application de la Charte aux policiers implique son application à la common law dans la mesure où les policiers agissent en vertu de celle-ci.

---

62. *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, par. 45.

63. Par conséquent, la majorité des juges qui ont pris part à ce jugement fut d'avis que « [t]ant la détention que la fouille par palpation doivent être effectuées de manière non abusive » [...] « que les détentions effectuées aux fins d'enquête doivent être brèves et que les personnes détenues n'ont pas l'obligation de répondre aux questions du policier ». (*Id.*, par. 45 (j. Iacobucci, motifs majoritaires))

64. Voir *infra*, partie 5.

65. *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32.

D'autre part, dans la mesure où le pouvoir de fouille accessoire à une *arrestation* est prévu par la common law comme accessoire éventuel, non seulement d'une arrestation effectuée par des policiers, mais aussi d'une arrestation effectuée par « quiconque » aux termes de l'art. 494 du Code criminel<sup>66</sup> ou d'une autre disposition législative pénale provinciale ou fédérale<sup>67</sup>, l'imprécision des motifs de l'arrêt *Golden*, dont on ne sait s'il l'avait reconnue applicable sur le premier ou le second mode principal, ne permet pas de répondre à la question à savoir si la Charte s'appliquera également à la fouille accessoire à une

---

66. Jusqu'à tout récemment, cet article prévoyait ce qui suit :

(1) Toute personne peut arrêter sans mandat : a) un individu qu'elle trouve en train de commettre un acte criminel; b) un individu qui, d'après ce qu'elle croit pour des motifs raisonnables : (i) d'une part, a commis une infraction criminelle, (ii) d'autre part, est en train de fuir des personnes légalement autorisées à l'arrêter et est immédiatement poursuivi par ces personnes.

(2) Quiconque est, selon le cas : a) le propriétaire ou une personne en possession légitime d'un bien; b) une personne autorisée par le propriétaire ou par une personne en possession légitime d'un bien, peut arrêter sans mandat une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle sur ou concernant ce bien.

(3) Quiconque, n'étant pas un agent de la paix, arrête une personne sans mandat doit aussitôt la livrer à un agent de la paix.

La jurisprudence relative au par. (2) interprétait cette disposition comme n'autorisant pas l'arrestation d'une personne qui n'était pas en possession des biens qu'on prétendait avoir été volés : *R. v. Abel & Corbett*, 2008 BCCA 54. La *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, c. 9, qui a reçu la sanction royale le 28 juin 2012, est venue remplacer le contenu de cette disposition par ce qui suit :

(2) Le propriétaire d'un bien ou la personne en ayant la possession légitime, ainsi que toute personne qu'il autorise, peut arrêter sans mandat une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle sur le bien ou concernant celui-ci dans les cas suivants :

a) il procède à l'arrestation à ce moment-là;

b) il procède à l'arrestation dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction et il croit, pour des motifs raisonnables, que l'arrestation par un agent de la paix n'est pas possible dans les circonstances.

Le Barreau du Québec comme l'Association du Barreau canadien, entre autres, s'opposaient à une telle modification.

67. *R. v. Lerke*, 1986 ABCA 15 (CanLII).

arrestation effectuée par une personne autre qu'un policier ou réputée mandataire du gouvernement, bref, par une personne de droit privé.

#### 4. La fouille

Une décision rendue par la Cour d'appel de l'Alberta en 1986, l'arrêt *Lerke*, avait statué que la Charte s'appliquait à la fouille accessoire à une « arrestation citoyenne » en raison du fait que toute arrestation correspondait à l'exercice d'une « fonction gouvernementale »<sup>68</sup>. Auteur de motifs unanimes, le juge en chef Laycraft en était venu à cette conclusion au terme d'une analyse historique<sup>69</sup>. Il importe d'éviter l'écueil d'une lecture anachronique de cette décision qui a été rendue avant que la Cour suprême du Canada ne dégage les deux principaux modes d'application de la Charte. Cela dit, il eût été concevable de la part du juge en chef Laycraft à l'époque qu'il reconnût que la Charte s'appliquait à une telle fouille à titre d'accessoire, non pas d'une « fonction gouvernementale », mais de l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi. Cela dit, l'approche du juge en chef Laycraft pourrait aujourd'hui trouver confirmation dans l'arrêt « BC Transit », où la Cour a précisé que, « [s]i l'entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu'elle exerce tout de même des activités gouvernementales, seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la Charte »<sup>70</sup>. Il faudrait seulement admettre qu'ici « entité » puisse aussi

---

68. *Id.*, par. 15 (j. en chef Laycraft, motifs unanimes) : « *In my view the arrest of a citizen is a governmental function whether the person making the arrest is a peace officer or a private citizen* »; par. 23 : « *In my opinion when one citizen arrests another, the arrest is the exercise of a governmental function to which the Canadian Charter of Rights and Freedoms applies* ».

69. *Id.*, par. 15 (j. en chef Laycraft, motifs unanimes) : « *I reach this conclusion from a consideration of the long legal history of citizen's arrest from its common law origins to the statutory expression of the present powers of arrest contained in the Criminal Code of Canada or in the Petty Trespass Act.* »

70. Voir *supra*, note 52.



s'entendre d'une personne physique. Voilà toutefois qui serait sans compter avec l'arrêt *Buhay*.

Dans ce dernier arrêt en effet, la Cour a jugé qu'une fouille effectuée par de simples agents de sécurité n'était pas assujettie à la Charte, puisque ceux-ci n'avaient pas agi à titre de représentants de « l'État », auquel leur action ne pouvait d'ailleurs d'aucune autre manière être attribuée<sup>71</sup>. Sans même essayer de reprendre au compte de ma thèse la substitution du terme plus large d'« État » à celui de « gouvernement », je concède que cet arrêt suggère fortement que, nonobstant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Lerke*, une fouille effectuée par une personne de droit privé accessoirement à une arrestation se dérobera au contrôle de la Charte. Quant à l'« arrestation citoyenne » elle-même, elle pourrait se voir appliquer la Charte sur le premier mode principal dans la mesure où elle est prévue par loi. En ce qui concerne la fouille effectuée par une personne de droit privé, on pourrait toujours distinguer entre celle qui est intervenue accessoirement à une arrestation légale et constitutionnelle et celle qui, comme dans l'affaire *Buhay*, était dépourvue de tout fondement juridique. Dans le premier cas, l'exercice d'un pouvoir légal dont elle est l'accessoire pourrait étendre sa qualité d'acte attribuable au législateur à la fouille. Encore, à l'encontre de l'arrêt *Buhay*, au-delà de l'arrêt *Lerke* et sur la base de l'arrêt « BC Transit », il serait possible de tenir directement, et non seulement par le truchement de l'arrestation dont elle peut être l'accessoire, toute fouille pour l'exercice d'une fonction gouvernementale. N'y a-t-il pas, en effet, quelque chose d'incohérent dans le fait de nier la protection de la Charte à celui qui est l'objet d'une fouille *absolument* illicite pour l'accorder à celui qui est fouillé accessoirement à une arrestation légale? On sera tenté de répondre par l'affirmative tant que l'on a à l'esprit une réparation telle que celle prévue au par. 24(2) de la Charte, à savoir l'exclusion des éléments de preuve obtenus à la suite de la fouille. La réponse risque cependant d'être autre dès lors qu'on se souvient que, en vertu du par. 24(1), la responsabilité en

---

71. *R. c. Buhay*, préc., note 49, par. 17, 25-30.

dommages-intérêts, non pas de la personne de droit privé qui a effectué la fouille, mais de l'État peut être engagée. Il serait assurément déraisonnable et ruineux de tenir l'État responsable des actes de tout particulier qui entreprend de « jouer au policier », pour ainsi dire. Or, j'aimerais profiter de l'occasion pour indiquer combien discutable me paraît ce principe de l'arrêt *Ward* selon lequel les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la Charte le sont aux dépens de l'État, autrement dit de la « Couronne » ou, s'il est titulaire d'un patrimoine, de l'acteur public en cause<sup>72</sup>. Traditionnellement, la *Rule of Law* à l'anglaise s'est distinguée fièrement du droit public européen continental par son principe de responsabilité personnelle des fonctionnaires, plan positif et fondamental de la maxime immunitaire « *The King can do no Wrong* »<sup>73</sup>. Par la suite, la loi est venue largement inverser cette logique, en levant l'immunité de la Couronne contre les poursuites en responsabilité civile d'une part et en prévoyant diverses formes d'immunités en faveur de certaines catégories de fonctionnaires d'autre part. S'agissant de la responsabilité pour violation des droits et libertés fondamentaux, la constitutionnalisation d'une telle inversion législative de la logique classique qui était celle de la common law aurait sans doute mérité davantage d'explications. En réalité, la Cour n'est à cet égard pas allée chercher plus loin que l'idée générale selon laquelle la Charte ne s'applique qu'à l'État, idée dont je dirai déjà, quitte à anticiper sur mon propos, que je la remettrai en cause en conclusion du présent texte.

En tout état de cause, le par. 24(1) de la Charte et la jurisprudence qui lui est relative accordent aux tribunaux une ample marge d'appréciation de la réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances », si bien qu'à mon sens il demeurerait préférable, nonobstant l'arrêt *Buhay* qui me paraît mal fondé, de retenir que, aux fins de l'application de la Charte, toute fouille se

---

72. *Vancouver (Ville) c. Ward*, préc., note 12, par. 22. Dans cette affaire, l'action de policiers municipaux a, en vertu du par. 24(1) de la Charte, engagé la responsabilité de la Couronne provinciale en dommages-intérêts.

73. Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>e</sup> éd., Londres, Macmillan, 1959, chap. XII.

veut l'exercice d'une fonction « gouvernementale » ou, plus largement, « étatique ».

## **5. Les « tribunaux »**

Comme nous le savons, seuls les législateurs et gouvernements fédéraux et provinciaux sont visés par le par. 32(1) de la Charte. Voilà qui explique en partie que se soit posée la question étrange, ou du moins assurément contre-intuitive, à savoir si la Charte devait être reconnue « s'appliquer » aux tribunaux.

### **5.1. « Tribunal »?**

La jurisprudence s'est montrée fort hésitante sur cette question, dont elle a du reste le plus souvent traité sans recourir à une notion claire de « tribunal ». Au Canada, il faut savoir distinguer les [1] cours de justice ou tribunaux judiciaires des [2] tribunaux administratifs. Parmi les premières, il faut encore distinguer entre les [1.1] cours de compétence supérieure, ou « cours supérieures » au sens large, et les [1.2] cours de compétence inférieure. Au sein des cours de compétence supérieure, on trouve : [1.1.1] les cours supérieures au sens étroit, qui possèdent une compétence de principe et dont certaines garanties d'indépendance sont protégées par les art. 96, 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; [1.1.2] les cours d'appel provinciales, dont la compétence est d'attribution, mais qui, pour être souvent issues d'un phénomène d'autonomisation par rapport aux cours supérieures au sens strict dont elles ne furent au départ que des comités *ad hoc*, relèvent elles aussi de ces dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*; [1.1.3] la Cour suprême du Canada, dont la compétence est d'attribution, qui a été créée par loi fédérale en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* – qui prévoit la création d'une « cour générale d'appel pour le Canada » – et dont la composition et les « caractéristiques essentielles » sont protégées par la procédure de modification constitutionnelle en vertu des al. 41*d*) et 42(1) *d*) de

la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>74</sup>; de relativement nombreuses cours de justice créées, elles aussi, par loi fédérale en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* – qui prévoit aussi la création de « tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada » –, en l'occurrence les cours suivantes : [1.1.4] la Cour fédérale; la Cour d'appel fédérale; la Cour canadienne de l'impôt; la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada; les cours supérieures (ou « suprêmes ») et d'appel des Territoires. Dans les systèmes de common law<sup>75</sup>, un tribunal administratif est une juridiction spécialisée chargée de l'application d'une ou d'un nombre restreint de lois déterminées. Il s'agit donc d'un tribunal de compétence d'attribution très limitée, qui ne présente pas les mêmes garanties d'indépendance qu'une cour de justice et dont les juges ne possèdent généralement pas le pouvoir de punir pour outrage *ex facie*. La conformité à la common law, la légalité et la constitutionnalité des décisions de ces tribunaux sont contrôlées par les « cours supérieures » au sens large. Les cours de justice de niveau inférieur de compétence sont titulaires d'une compétence d'attribution plus large, possèdent souvent le pouvoir de punir pour outrage *ex facie*<sup>76</sup> et présentent des garanties plus élevées d'indépendance qui, à défaut d'être protégées par les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le sont par l'al. 11*d*) de la *Charte* – dans la mesure où elles détiennent une compétence pénale, cette disposition garantissant entre autres le droit de tout inculper à un tribunal indépendant et impartial – ainsi que par un principe « non écrit » d'indépendance

---

74. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.

75. Car, dans la tradition européenne continentale, un tribunal administratif est une juridiction spécialisée dans le contrôle de légalité, notamment des décisions de ces juridictions que, au contraire, la tradition de common law appelle des « tribunaux administratifs ».

76. Voir notamment le jeu des articles 49 et 22 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, et 8 et 3 du *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1. Voir également l'art. 708 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Voir aussi, au sujet du Tribunal de la concurrence, l'arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394.

judiciaire<sup>77</sup>. Il s'agit notamment des cours provinciales, des cours municipales et de certaines cours territoriales. Enfin, les juridictions titulaires de la compétence de contrôle de conformité au droit dont les effets, pour peu que la conclusion d'invalidité soit de nature déclaratoire, vaudront *erga omnes*, et non seulement *inter partes*, sont en définitive les cours supérieures au sens large<sup>78</sup>. Il n'en demeure pas moins que, non seulement les cours

---

77. Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E., [1997] 3 R.C.S. 3.

78. Sur le principe selon lequel les seules cours de compétence supérieure sont titulaires d'une compétence de contrôle avec effets *erga omnes*, voir : *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des Relations de Travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p.17, par f) : « Comme cela n'équivaut pas à une déclaration formelle d'invalidité, réparation que seules les cours supérieures peuvent accorder, l'affirmation de la Commission [des relations de travail de l'Ontario] à l'égard d'une question relative à la Charte ne constitue pas un précédent judiciaire impératif, mais elle se limite dans son application à l'affaire dont elle procède. » Voir aussi *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin / Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, par. 31; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*; *Casimir c. Québec (Procureur général)*; *Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 16, par. 44 et 45. En ce qui concerne la compétence formelle de contrôle avec effets *erga omnes* des «cours fédérales» (au sens large), voir *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 4; *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 3; *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 236. En ce qui concerne celle de certaines cours territoriales, voir *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, art. 23(1)e) et 31 (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.T.N.-O. (Nu) 1998, c. 34, art. 1 et 2); *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, ch. 2, art.2, art. 18(1)k) (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, art. 2); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, art. 18(1)k) (et *Loi sur la Cour suprême*, L.R.Y. 2002, c. 211, art. 2). En ce qui concerne celle de la Cour suprême du Canada et des cours d'appel provinciales, fédérale et territoriales, elle découle logiquement de leur compétence d'entendre des appels provenant de cours «supérieures» au sens large, bien que certains législateurs aient jugé utile de la prévoir expressément. Voir p. ex., *Loi sur la Cour d'appel*, C.P.L.M. c. C240, art. 2; *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, L.S. 2000, c. C-42.1, art. 3; *Court of Appeal Act*, R.S.A. 2000, c. C-30, art. 2; *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, art. 2; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 3, *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, art. 23(1)e) et 31 (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.T.N.-O. (Nu) 1998, c. 34 a. 1, art. 15); *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014,

de justice de niveau inférieur, mais aussi tout tribunal administratif investi par la loi de la compétence de trancher des questions de droit, a de ce fait compétence de contrôle constitutionnel avec effets *inter partes* seulement, et ce, que la compétence de trancher des questions de droit lui ait été attribuée expressément ou non, l'exception à cette compétence de contrôle étant plutôt la preuve que le législateur entendait exclure le contrôle constitutionnel en cause de la compétence du tribunal<sup>79</sup>. En l'absence de dispositions à ce sujet dans la « loi suprême », le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, en vertu de la Charte y compris, se fait donc de manière non spécialisée, mais décentralisée ou, en d'autres termes, intégrée à la répartition générale des compétences juridictionnelles au sein du système judiciaire et administratif canadien<sup>80</sup>. Le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* fonde la compétence constitutionnelle *inter partes* de toute juridiction compétente pour trancher des questions de droit, même s'il s'agit d'un tribunal administratif, de manière à l'autoriser à ne pas appliquer une norme qu'elle tient pour contraire à la loi suprême. Quant à l'art. 24 de la Charte relatif aux mesures de redressement, il n'est pas attributif, mais réconfortif de la compétence *de contrôle*, se contentant, en renvoyant au « tribunal compétent », de lui faire suivre la compétence *de redressement*<sup>81</sup>. La Cour a confirmé que toute juridiction compétente pour trancher des questions de droit peut aussi être un tribunal compétent pour accorder une réparation en vertu de l'art. 24 de la Charte, mais en précisant que pour ce faire elle doit être habilitée par ailleurs à accorder ce genre de

---

ch. 2, art.2, art. 18(1)k) (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, art. 15); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, art. 18(1)k) (et *Loi sur la Cour d'appel*, L.R.Y. 2002, c. 47, art. 1).

79. *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin / Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Laseur*, préc., note 78, par. 3, 29 et 41; *R. c. Conway*, préc., note 12. Voir aussi, en matière de contrôle de conformité à la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* relative aux droits spéciaux des peuples autochtones : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43.

80. *R. c. Conway*, préc., note 12, par. 3.

81. *Id.*

réparation<sup>82</sup>. Ce ne sont donc pas que les tribunaux judiciaires, mais aussi les tribunaux administratifs qui peuvent être appelés à appliquer la Charte, si bien que la mesure dans laquelle il est question de ces derniers devrait normalement faire partie de cette équation à résoudre qu'est l'applicabilité aux tribunaux de cette partie de la loi suprême.

## 5.2. « Application »?

Puisqu'il revient aux tribunaux d'appliquer la Charte, il paraîtra curieux de se demander si la Charte s'applique aux tribunaux. Il est évident que la Charte « s'applique » aux tribunaux dès lors que ceux-ci la mettent en œuvre, car se faisant, ils doivent bien entendu la respecter. En ce sens précis, la jurisprudence n'a pas tardé à reconnaître que « [l]es tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit »<sup>83</sup>. Aussi le « contrôle du contrôle » juridictionnel de conformité à la Charte doit-il normalement se faire, comme c'est le cas pour le travail des juges en général, au moyen d'une procédure d'appel ou de révision judiciaire, sauf plainte en déontologie judiciaire<sup>84</sup>. Or, il faut se rappeler que le régime constitutionnel de responsabilité en vertu de l'art. 24 de la Charte ne doit pas être confondu avec le régime infraconstitutionnel. Outre la responsabilité individuelle de son auteur en vertu du droit infraconstitutionnel, l'acte fautif ayant causé préjudice à autrui qui a aussi été accompli en violation de la Charte est susceptible, en vertu du par. 24(1), d'engager la responsabilité de l'État en dommages-intérêts. L'état actuel du droit est incertain sur la relation entre la Charte et le régime

---

82. *Id.*, par. 82.

83. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 36 (J. McIntyre, motifs majoritaires).

84. Voir en cette matière Pierre NOREAU et Emmanuelle BERNHEIM, *La déontologie judiciaire appliquée*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, ainsi que Emmanuelle BERNHEIM, « La déontologie judiciaire en ligne », Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, en ligne : <<http://www.deontologie-judiciaire.umontreal.ca/>> (consulté le 11 septembre 2014).

d'immunités prévu par la loi et par la common law<sup>85</sup>. Les juges des tribunaux judiciaires bénéficient normalement au Canada d'une immunité judiciaire civile absolue ou quasi absolue dans l'exercice de leurs fonctions<sup>86</sup>. La loi accorde par ailleurs normalement aux juges administratifs une immunité judiciaire civile limitée aux actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions<sup>87</sup>. Il est invraisemblable que la décision d'un tribunal administratif ou judiciaire puisse engager la responsabilité de l'État en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la Charte<sup>88</sup>. Cela irait d'ailleurs à

---

85. Voir Kent W. ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 2011, loose-leaf, para. 11.330 à 11.546.

86. En ce qui concerne les juges des cours de compétence supérieure, l'immunité judiciaire civile absolue pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions provient de la *common law* : *Morier et Bolly c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716. S'agissant des juges des cours de justice de compétence inférieure, au Québec la *Loi sur les privilèges des magistrats*, RLRQ, c. P-24, art. 1, prend le soin de prévoir que « [n]ulle action ne peut être intentée contre un juge de la Cour du Québec, juge de paix ou officier remplissant des devoirs publics en raison d'un acte fait en vertu d'une disposition statutaire du Canada ou du Québec, pour le motif que cette disposition est inconstitutionnelle [al. 1] » et que, « [e]n outre, les juges visés à l'article 260 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure ». Il me semble cependant que l'immunité judiciaire civile des membres des tribunaux judiciaires doit être considérée couverte par le principe non écrit d'indépendance judiciaire ainsi que, en ce qui concerne les cours supérieures au sens strict et les cours d'appel provinciales, par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 30.

87. Au Québec, la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, par exemple, prévoit, à son art. 74, que « [l]e Tribunal [administratif du Québec] et ses membres sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement [al. 1] », qu'« ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties [al. 2] » et qu'« [i]ls ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions [al. 3] ».

88. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 910 et 911 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents, mais non sur cette question sur laquelle ne s'est pas prononcée la majorité) : « En outre, si la *Charte* s'appliquait aux ordonnances judiciaires, les particuliers qui subissent un préjudice du fait d'une telle ordonnance pourraient alors, du moins



l'encontre du principe d'indépendance judiciaire, du moins dans sa dimension individualiste<sup>89</sup>. Dans le cas d'une violation des droits qui coïnciderait avec la mauvaise foi avérée d'un juge administratif ou, s'agissant du membre d'un tribunal judiciaire, avec un comportement ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, on se situerait hors champ de l'immunité judiciaire, mais il serait alors tout aussi improbable, notamment au vu de l'état actuel de la jurisprudence relative aux conditions d'applicabilité de la Charte, que la responsabilité de l'État soit engagée en vertu de son par. 24(1).

### 5.3. La catégorie de « litiges privés » comme critère

Dans un premier moment, à l'exception du fait que « les tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit » dès lors qu'il s'agit pour eux de l'appliquer, la réponse de la Cour à la question de l'applicabilité de la Charte aux tribunaux fut négative. Le raisonnement à la base de ce premier refus quasi catégorique de reconnaître la Charte applicable aux tribunaux est le suivant<sup>90</sup> : la Charte n'étant pas

---

en théorie, conformément au par. 24(1) de la *Charte*, demander une réparation, notamment sous forme de dommages-intérêts, contre le juge ayant initialement rendu l'ordonnance contestée. Un tel résultat est à mon avis inadmissible. »

89. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, par. 57; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Voir aussi Martine VALOIS, *L'indépendance judiciaire : la justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Éditions Thémis, 2011.

90. Outre la crainte de voir les tribunaux devenir responsables en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1), une justification supplémentaire a été proposée par la juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais non contredite sur ce point dans l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 911 : « Enfin, appliquer la *Charte* aux ordonnances judiciaires pourrait entraîner des méandres sans fin de litiges où même les ordonnances définitives de la Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal du pays et la cour de dernier ressort, pourraient être contestées en première instance sur le fondement de la *Charte*. Ce serait là une situation étrange et injustifiable, qui risquerait de paralyser notre système judiciaire en enlevant toute certitude à des jugements censés être définitifs. » Pour ma part, je ne vois pas en quoi l'application systématique de la Charte aux tribunaux devrait se traduire

porteuse d'obligations incombant aux personnes de droit privé, il faut éviter que cela ne soit finalement le cas par le truchement de son application systématique aux tribunaux, qui ont notamment pour fonction de trancher les litiges entre de telles personnes. Ainsi l'exclusion des tribunaux de l'énumération d'organes étatiques qui figure au par. 32(1) de la Charte s'expliquerait-elle? Un tel raisonnement, qui d'ailleurs pourrait tout aussi bien militer à l'encontre de l'application de la Charte à la loi, emprunte toutefois un raccourci pour passer de la sorte insensiblement de l'action des personnes de droit privé à la résolution judiciaire de leurs différends qui, elle, coïncide avec l'exercice d'une charge publique. La justice n'est-elle pas, en effet, avec la sécurité extérieure, la sécurité intérieure et la monnaie, l'une des quatre « fonctions régaliennes »? Dans un État de droit moderne au sein duquel il est indépendant non seulement de l'exécutif, mais aussi du législatif<sup>91</sup>, le pouvoir judiciaire n'en demeure pas moins l'un des trois grands pouvoirs de l'État. Au reste, s'il est vrai qu'au sein du système judiciaire canadien les tribunaux judiciaires agissent parfois en vertu de la common law, ces tribunaux sont créés par la loi<sup>92</sup> ou, s'agissant des cours supérieures, leur existence et indépendance sont protégées par les art. 96, 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Leurs juges sont d'ailleurs nommés aux termes de la loi ordinaire ou, s'agissant des cours supérieures, conformément à ce même art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quant aux tribunaux administratifs, non seulement leurs membres sont-ils nommés eux aussi en vertu de la loi ordinaire, mais encore ces juridictions détiennent-elles tous leurs pouvoirs de celle-ci. Partant, il devrait normalement être difficile de nier

---

par une inversion de la hiérarchie judiciaire ou autre épouvantail du genre.

91. Voir notamment les travaux de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle : « Conférence mondiale sur la Justice constitutionnelle », en ligne : <[http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ\\_F.asp](http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_F.asp)> (consulté le 11 septembre 2014).
92. Voir par exemple la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16. Voir aussi, dans le même sens, P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-21 et 37-22 : « The references in s. 32 to « Parliament » and « Legislature » could also be regarded as catching court action, because courts are established (or continued) by statute [...]. »

que, l'exercice de toute fonction juridictionnelle correspondant à celui d'un pouvoir prévu par la loi, la Charte s'y applique systématiquement en tant qu'elle s'applique au législateur. La Cour suprême en a pourtant décidé autrement. Ce résultat improbable fut d'abord, dès 1986, celui de l'affaire *Dolphin Delivery*<sup>93</sup>, dans laquelle était en cause la constitutionnalité d'une injonction interlocutoire émise par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, confirmée par la Cour d'appel de cette province et intimant à un syndicat et à ses membres l'ordre de ne pas faire ou organiser le piquetage secondaire d'un établissement de l'entreprise exploitée par l'employeur ni se livrer à de telles activités « ailleurs dans la province de Colombie-Britannique ».

Cette injonction avait été émise en vertu de la common law qui tient pour une « faute » ou un « délit civil » (*tort*) le fait d'inciter à l'inexécution d'obligations contractuelles (*breach of contract*), en l'occurrence celles prévues à des contrats de travail. Sur la base de motifs particulièrement alambiqués dont il demeure aujourd'hui quelque peu ardu de dégager le *ratio*, les membres de la formation de la Cour qui a entendu l'affaire furent unanimes à conclure que la Charte ne s'appliquait pas à l'ordonnance d'injonction en cause. L'une des composantes du complexe motivationnel qui se situe à la base de cette conclusion précise est la thèse selon laquelle le par. 32(1) de la Charte exclut les tribunaux de son champ d'application :

Le paragraphe 32(1) mentionne le Parlement et le gouvernement du Canada ainsi que la législature et le gouvernement de chaque province en ce qui concerne tous les domaines qui relèvent de leurs compétences respectives. À cet égard, on peut constater que le Parlement et les législatures sont traités comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif, et que, par conséquent, le terme « gouvernement » utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général – c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'état [*sic*] – mais plutôt une branche du gouvernement. Le terme

---

93. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83.

« gouvernement », qui suit les termes « Parlement » et « législature », doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot « gouvernement » utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial<sup>94</sup>.

En d'autres termes, de poursuivre le juge McIntyre – qui signe des motifs majoritaires dans leur ensemble, mais unanimement partagés sur ce point –, « [m]ême si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir [sic] les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, [on] ne [peut] assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale »<sup>95</sup>. Bien que cela ait pu être précisé plus clairement dans les motifs qui nous occupent, l'exclusive ne semble bien frapper que les tribunaux judiciaires<sup>96</sup>. Il importe par ailleurs de relever au passage comment cette interprétation du par. 32(1), et notamment du mot « gouvernement » qui y est employé, préfigure cette jurisprudence qui viendra distinguer deux principaux modes d'application de la Charte.

Un tel principe de non-applicabilité de la Charte aux tribunaux judiciaires pouvait impliquer celui de sa non-applicabilité à ce droit d'origine judiciaire qu'est la common law. Voilà qui risquait d'introduire une fâcheuse différence entre le Québec et les autres provinces, puisqu'au Québec le droit commun privé se trouve dans cette loi ordinaire provinciale que

---

94. *Id.*, par. 33 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

95. *Id.*, par. 36 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

96. *Id.*, par. 36 et 39 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

demeure formellement le Code civil du Québec<sup>97</sup>. Dissident dans *R. c. Therens* l'année avant celle où fut rendu l'arrêt *Dolphin Delivery*, le juge Le Dain avait au passage suggéré que la restriction d'un droit ou d'une liberté au sens de l'article premier de la Charte pouvait « aussi résulter de l'application d'une règle de *common law* »<sup>98</sup>. Quel sens y aurait-il à dire qu'une règle de *common law* peut, à certaines conditions dégagées de l'interprétation de l'article premier de la Charte, restreindre valablement les droits et libertés protégés par celle-ci si, par nature, une telle règle n'y était pas assujettie? Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, et d'une manière qui peut sembler jurer avec sa thèse selon laquelle elle ne s'applique pas aux tribunaux, le juge McIntyre se dit en arriver à la conclusion selon laquelle la Charte s'applique en principe à la *common law*. Nous verrons pourtant qu'il ne s'agit que d'une apparence. S'appuyant sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* – en insistant surtout sur sa version française où il est question de « toute autre règle de droit » plutôt que de « *any law* » –, ce juge en est aisément venu à la conclusion que « [a]dopter une interprétation [...] qui soustrairait à l'application de la *Charte* l'ensemble de la *common law* qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, [sic] serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe »<sup>99</sup>. Le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est une disposition d'ordre très général qui confirme le principe selon lequel la « loi suprême », autrement dit le droit constitutionnel formel, conditionne la

---

97. *Code civil du Québec*, disposition préliminaire :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

98. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, par. 60 (j. Le Dain, dissident).

99. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 25.

validité des autres normes juridiques<sup>100</sup>. Cette disposition confirme le constitutionnalisme, non seulement juridique, mais aussi judiciaire, c'est-à-dire la justice constitutionnelle, en l'occurrence une justice constitutionnelle non spécialisée, mais décentralisée ou intégrée. Le par. 52(2) confirme clairement que la Loi constitutionnelle de 1982 n'est qu'une partie de la loi suprême du Canada. Quant à la Charte canadienne des droits et libertés, elle est, comme je le rappelais en introduction du présent texte, une partie, en l'occurrence la partie I, de cette partie de la loi suprême qu'est la Loi constitutionnelle de 1982. Étant d'ordre plus particulier, le par. 32(1) de la Charte, dans la seule éventualité où il devrait effectivement être interprété comme une disposition restrictive, pourrait très bien venir ajouter ou enlever à ce qui est prévu généralement au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut regretter que, à tout prendre, la jurisprudence de la Cour n'éclaire pas la relation entre ces deux dispositions. Toujours est-il que, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, le juge McIntyre n'a pas tardé à faire intervenir le par. 32(1) de la Charte afin de, au mieux, nuancer son affirmation selon laquelle la Charte s'applique à la common law, au pis, voire en réalité, en révéler l'inanité :

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable, peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils

---

100. Voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 4, par. 52.

sont inconstitutionnels. Ces actes sont également inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de *common law* qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte*. C'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis<sup>101</sup>.

La reconstruction la plus généreuse de l'extrait qui précède exige d'en sacrifier une partie. L'applicabilité de principe de la *Charte* à la *common law* en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait ici que semer la confusion. Ce qui est déterminant, c'est plutôt l'interprétation donnée au par. 32(1), et donc la notion d'acteurs visés, de préférence à celle de « règle de droit ». Le raisonnement du juge McIntyre ne peut être que le suivant. Les tribunaux n'étant pas des acteurs visés au par. 32(1) de la *Charte*, celle-ci ne peut s'appliquer à leur action qu'indirectement. Cela peut se produire de deux manières. La première voit un tribunal judiciaire se fonder sur la loi ou un règlement d'application de celle-ci, la *Charte* s'appliquant alors nonobstant la nature publique ou privée du litige. La seconde voit un tel tribunal se fonder sur la *common law*, mais seulement si c'est dans le cadre de la résolution d'un litige public. Encore une fois, il faut souligner comment le raisonnement du juge McIntyre présage une jurisprudence qui viendra articuler deux principaux modes d'application de la *Charte*. Toutefois, dans son contexte, l'affirmation du juge McIntyre selon laquelle « [c]'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés » demeure incompréhensible<sup>102</sup>.

---

101. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 34 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

102. C'est d'ailleurs ce qui semble être l'avis de P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-23 : « *Does the Charter apply to the common law? This question is closely related to the question whether the Charter applies to the courts, since the courts « make » the common law. It is not surprising, therefore, that in the Dolphin Delivery case (1986) the Supreme Court of Canada*

Rappelons au surplus que la suggestion voulant que « ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis » a été démentie par le jeu de certains arrêts relatifs au privilège parlementaire<sup>103</sup>. J'ai dit plus haut que le souci à la base de la thèse de la non-applicabilité de la Charte aux tribunaux était d'éviter que celle-ci ne soit finalement porteuse d'obligations incombant aux personnes de droit privé par le truchement de son application systématique aux tribunaux, qui ont entre autres fonctions de trancher les litiges entre de telles personnes. Voilà qui se donne à voir clairement dans les passages suivants des motifs qui nous occupent :

Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tous les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordonnance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*<sup>104</sup>.  
[...]

[L]orsque "A", une partie privée, actionne "B", une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte

---

*answered the question no: the Charter does not apply to the common law, or at least those rules of the common law that regulate relationships between private parties. »*

103. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30.
104. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 36 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).



du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas<sup>105</sup>.

Or, j'ai également dit combien un tel raisonnement était spécieux, notamment parce qu'il serait opposable à l'application de la *Charte* à la loi, acte par excellence de cet acteur visé à son par. 32(1) qu'est le législateur. Dans ce qui reste des motifs du juge McIntyre, rien ne me semble permettre de répondre à mes objections, et nous verrons comment la jurisprudence ultérieure de la Cour tend à me donner raison. Enfin, outre son distillat d'une valeur discutable, l'alambic de l'arrêt *Dolphin Delivery* génère des résidus nocifs en ce qu'il ne tient aucun compte du fait que, au Québec, le droit commun privé se trouve dans le Code civil, non pas dans la common law.

#### **5.4. L'éclatement immédiat du critère**

Certains arrêts tendent à confirmer le principe de l'arrêt *Dolphin Delivery* selon lequel ce n'est finalement qu'à ces décisions judiciaires qui se fondent sur la common law dans le cadre d'un litige privé que la *Charte* ne s'« appliquera » pas – indirectement bien sûr puisqu'il ne saurait être question de son application directe aux tribunaux [1]. D'autres militent plutôt dans le sens d'un élargissement de cette « non-applicabilité » (même indirecte) de la *Charte* à tout litige privé, que le tribunal se fonde sur la common law ou la loi [2]. À la fois pris dans leur ensemble et combinés à ces derniers, d'autres arrêts encore, rapportés à certains motifs minoritaires, laissent entendre que, dans certains cas, l'existence d'un litige n'importe pas davantage que sa nature publique ou privée ni que la nature législative ou de common law de la norme juridique sur laquelle se fonde la décision du tribunal, mais plutôt la nature des droits ou intérêts que la mesure judiciaire précise en cause entend protéger, et ce de manière à dégager un mode direct d'applicabilité de la *Charte* aux tribunaux [3]. Nous verrons aussi que certains motifs minoritaires suggèrent

---

105. *Id.*, par. 39 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

que la Charte devrait s'appliquer directement aux tribunaux en toute matière pénale, même dans le cadre d'une procédure privée, s'agissant par exemple de la procédure pour outrage prévue au Code de procédure civile, suggestion qui, indépendamment du par. 32(1), semble se fonder sur la nature des droits en cause [4]. Il est parfois impossible de savoir avec certitude à quelle catégorie appartient un arrêt donné. En résulte à mon sens la preuve du fait que toute tentative jurisprudentielle de construire sur le soubassement des distinctions opérées à cet égard dans l'arrêt *Dolphin Delivery* est vouée à la ruine. Heureusement, certains motifs épars forment le germe d'un virtuel principe d'application directe et systématique de la Charte à toute décision judiciaire de même qu'à ce droit de source exclusivement jurisprudentielle qu'est la common law [5].

Dans *Tremblay c. Daigle*, la Charte était invoquée dans un litige privé à l'appui de la demande d'une injonction qui, sur le plan substantiel (par opposition au plan procédural), se serait fondée, non pas sur la loi ou la common law, mais sur la Charte elle-même. La Cour fut plutôt d'avis que la Charte ne pouvait s'appliquer parce que, entre autres raisons, il s'agissait en l'espèce « d'une action civile entre deux particuliers »<sup>106</sup>. Voilà qui situe cet arrêt dans notre deuxième catégorie.

Techniquement, ce qui était en cause dans l'affaire *Young c. Young* était des dispositions de la Loi sur le divorce relatives à l'ordonnance de garde d'enfant<sup>107</sup>. Il semble donc clair que, invoquée, la Charte trouvait application. Voilà pourquoi il est surprenant que, confondant le contrôle de la loi avec celui de sa mise en œuvre judiciaire, cette question ait été débattue. Ce sont plus précisément quatre juges sur sept qui se sont véritablement prononcés sur ce point<sup>108</sup>. Sur ces quatre, un seul, en l'occurrence

---

106. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 (motifs unanime de « la Cour »; version électronique publiée par Lexum non paginée).

107. *Young c. Young*, préc., note 18.

108. La juge McLachlin, par exemple, a plutôt « présumé » que la Charte s'appliquait à la demande d'une telle ordonnance tout en apportant la précision suivante : « Étant donné la conclusion à laquelle j'arrive plus

le juge Sopinka, considérait que la Charte s'appliquait à l'ordonnance qui finit par être en cause; les trois autres, soit les juges L'Heureux-Dubé, La Forest et Gonthier, exprimaient l'avis contraire. Cela devait mettre non seulement le Code civil, mais la loi en général dans cette même position que la common law qui fait que, dès lors qu'il s'agit d'un litige privé, la décision judiciaire qui y prend appui se dérobe à l'application de la Charte. En même temps que cette affaire fut tranchée, celle de *P. (D.) c. S. (C.)*, où était en cause une ordonnance de garde d'enfant, fut rendue en vertu du Code civil<sup>109</sup>. À l'exception du juge Sopinka dont les motifs dissidents renvoyaient eux aussi à ceux qu'il avait signés dans *Young c. Young*, tous les membres de la formation qui avaient entendu l'affaire ont partagé la conclusion des motifs majoritaires de la juge L'Heureux-Dubé suivante :

Comme je l'ai exposé dans l'arrêt *Young*, précité, la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. La *Charte* ne peut, non plus, viser des ordonnances judiciaires émises afin de résoudre des litiges de nature privée (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530). En outre, il ne s'agit pas ici d'une situation similaire à celle d'un arbitre nommé en vertu d'une loi et en tirant tous ses pouvoirs, comme dans l'arrêt *Staight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Nous sommes en présence du pouvoir judiciaire, une branche distincte du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. En conséquence, la *Charte* ne s'appliquera pas ici à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale. Certaines exceptions à cette règle, dont je fais état dans *Young*, ne sont pas ici applicables<sup>110</sup>.

---

loin que des ordonnances valides au regard du critère de «l'intérêt de l'enfant» ne peuvent violer la *Charte*, il n'y a pas lieu de décider si celle-ci s'applique à une demande de droit d'accès présentée en vertu de la *Loi sur le divorce*.» (*Id.*, j. McLachlin, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée.)

109. *P.(D.) c. S.(C.)*, préc., note 19.

110. *Id.* (j. L'Heureux-Dubé, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

Ces deux arrêts appartiennent donc eux aussi à notre deuxième catégorie.

Plus tôt, dans l'affaire *BCGEU*, la Charte avait été reconnue s'appliquer pour ainsi dire directement – et non grâce à l'intervention d'un des acteurs qui ont jusqu'ici été tenus pour visés au par. 32(1) – à la décision d'un tribunal judiciaire dès lors que celui-ci agissait de son propre chef et dans l'intérêt public plutôt que dans celui d'une partie à un litige privé<sup>111</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une injonction émise de sa propre initiative, *ex parte* et sur la base de la common law, par le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'encontre du piquetage du palais de justice. Voici l'extrait pertinent à notre question des motifs majoritaires du juge en chef Dickson :

Il faut tout d'abord déterminer si l'ordonnance rendue par le juge en chef McEachern peut ou non faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. L'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, établit que la *Charte* s'applique effectivement à la *common law*, sauf lorsque la *common law* est invoquée relativement à un différend purement privé. Ce qui est présentement en cause est la validité d'une violation du droit criminel selon la *common law* [*sic*] et, en dernière analyse, le pouvoir d'une cour de sanctionner ce type de violation. La cour agit à ce moment-là de sa propre initiative et non pas à la requête d'un particulier. Elle le fait pour des motifs de caractère entièrement "public" plutôt que "privé"<sup>112</sup>.

Non seulement la décision judiciaire en cause se fondait-elle sur la common law – en l'occurrence la compétence inhérente des cours supérieures qui leur permet de punir ou d'autrement remédier *ex parte* à l'outrage criminel *in facie* –, mais encore ne pouvait-il y avoir davantage de litiges « publics » – au sens où le gouvernement ou l'un de ses « mandataires » y serait partie – que

---

111. *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

112. *Id.*, par. 56.

de litige tout court? Ce n'est donc pas à la faveur de l'intervention du législateur ou d'un acteur gouvernemental que la Charte a pu ici trouver application au tribunal, mais d'elle-même, pour ainsi dire, le fait que les tribunaux ne soient pas visés à son par. 32(1) n'important plus. La synthèse suivante semble autorisée : la Charte s'applique, directement ou indirectement, suivant qu'ils agissent de leur propre chef dans l'intérêt public ou autrement, aux tribunaux judiciaires, sauf lorsqu'ils se fondent sur la common law pour trancher un litige privé ou, plus généralement comme le suggéreront les affaires *Young et P.(D.) c. S. (C.)*, dès lors qu'ils disposent d'un tel litige, indépendamment des sources qu'ils mobilisent. Voilà qui commence à être sans doute un peu trop compliqué. Par la reconnaissance de ce nouveau cas d'application de la Charte aux tribunaux qui invite à se pencher sur la finalité de la décision plutôt que sur la nature publique ou privée des parties à l'éventuel litige, l'arrêt *BCGEU* paraît faire le lit de notre troisième catégorie d'arrêts. Mais, à mon sens, sa véritable contribution consiste plus simplement à concevoir pour une première fois que la Charte puisse s'appliquer directement aux tribunaux judiciaires, conception qui se veut une condition de possibilité de notre cinquième catégorie.

En 1991, l'arrêt *Swain* reconnaissait la Charte elle-même, et non ses seules « valeurs », applicable à une règle de common law en raison de la nature publique du « litige »<sup>113</sup>. Auteur de motifs majoritaires dans cette affaire, le juge en chef Lamer y a écrit ce qui suit : « Il convient de souligner que notre Cour a indiqué dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 592 et 593, que, dans les cas où la *Charte* s'applique de manière générale au litige en cause (au sens de l'art. 32), elle s'applique aux règles de la common law aussi bien qu'aux lois et aux règlements<sup>114</sup>. » Cette conclusion était unanimement partagée. Le juge en chef était cependant d'avis que, « puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse

---

113. *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

114. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative »<sup>115</sup>. En fait, nonobstant l'emploi de l'expression « par exemple », une telle application différenciée de la *Charte* à la common law ne devait se rapporter qu'à son article premier : « Par exemple, la cour ayant conclu que la règle de common law actuelle restreint les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, il n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'application de l'article premier<sup>116</sup>. » On peinerait à trouver formulation plus hésitante. Le raisonnement du juge en chef à cet égard était au fond le suivant. La règle de common law ayant « été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes [*sic*] élus n'est pas en cause », si bien que, lorsqu'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne restreigne plus le droit ou la liberté constitutionnels en cause, le tribunal doit ce faire. Voilà qui implique que, « s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte* »<sup>117</sup>. Bien qu'ils me paraissent des plus difficiles à comprendre, les motifs concordants du juge Gonthier partageaient vraisemblablement ce dernier jeu de principe et d'exception. Signataire elle aussi de motifs concordants, la juge Wilson était plutôt d'avis que l'article premier s'appliquait normalement avec la *Charte* dont il fait partie à la règle de common law en cause. Quant à la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, elle exprimait pour sa part l'opinion selon laquelle « [l]a règle de common law ne contrevenant pas à l'art. 7, point n'est

---

115. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

116. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

117. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

besoin de procéder à une analyse en vertu de l'article premier »<sup>118</sup>. Ici, la Charte a été tenue s'appliquer indirectement aux règles de common law en cause de la même manière qu'elle s'applique indirectement aux décisions judiciaires, c'est-à-dire en raison de la nature publique du litige. Voilà qui permet de ranger ces motifs dans notre première catégorie. On peut en dire autant de l'affaire *Daviault* où, de la même manière et citant l'arrêt *Swain*, la Cour a revu la règle de common law relative à la défense d'intoxication<sup>119</sup>.

Dans l'affaire des *United Nurses of Alberta* de 1992 paraissait être en cause la condamnation d'un syndicat pour outrage criminel au tribunal, condamnation qui avait été prononcée en vertu de la common law pour cause de grève contraire à des directives qui avaient été préalablement déposées au greffe de la cour supérieure pour valoir comme ordonnance de celle-ci<sup>120</sup>. Si je dis « paraissait », c'est que, au regard de la Charte, la majorité s'est surtout penchée, non pas sur la condamnation particulière de l'espèce, mais sur les règles de common law en vertu desquelles cette condamnation avait été prononcée. Encore là, ce que dit la majorité à ce sujet ressemble plutôt à cette forme de *dictum* qu'est l'hypothèse superfétatoire. L'extrait pertinent des motifs majoritaires de la juge McLachlin se lit en effet comme suit :

À supposer, aux fins du présent pourvoi, que la *Charte* s'applique (voir les observations du juge en chef Dickson dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, aux pp. 243 et 244), l'unique question est de savoir si cette atteinte est portée en conformité avec les principes de justice fondamentale<sup>121</sup>.

---

118. *Id.* (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

119. *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, 93 et 94.

120. *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901.

121. *Id.* (j. McLachlin, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

La référence à l'arrêt *BCGEU* fait de cette hypothèse celle d'une application en l'espèce directe de la Charte à la common law relative à l'outrage criminel au tribunal ainsi qu'à la décision judiciaire d'application de celle-ci. Cette référence, en l'occurrence non explicitée, me porte à ranger ce *dictum* dans notre troisième catégorie, quoique sur le plan fonctionnel il puisse tout aussi bien appartenir à la quatrième. Le par. 32(1) de la Charte ne figure pas parmi les dispositions citées dans ce jugement.

Dans l'affaire *Vidéotron*, la Charte était invoquée à l'encontre d'une citation à la barre des témoins de la part d'une personne de droit privé par ailleurs partie à un litige en responsabilité civile avec la personne citée<sup>122</sup>. Ce litige avait été judiciairement résolu par l'émission d'une injonction permanente, mais, alléguant un défaut de la part des défendeurs de se plier à cette injonction, les demanderesses avaient entamé une procédure d'outrage *ex facie*. C'est au cours de cette procédure qu'est intervenue la citation à la barre. La procédure pour outrage comme celle du litige principal étaient toutes deux régies par le Code de procédure civile du Québec.

Bien que la « contraignabilité » à témoigner y fût la règle générale, ce Code ne prévoyait à l'époque rien de particulier à ce sujet en relation avec la procédure pour outrage, qui peut mener à une peine d'amende ou d'emprisonnement. Voilà donc comment le droit, garanti à l'al. 11c) de la Charte, de tout inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même a pu être invoqué à la base d'une objection. Celle-ci avait été accueillie par la Cour supérieure, puis confirmée par la Cour d'appel. Elle le fut aussi par la Cour suprême, dont les motifs ne font cependant aucune mention du par. 32(1) de la Charte. L'affaire fut entendue par une formation de cinq juges, dont un n'a pas pris part au jugement. Les motifs de l'arrêt se composent de trois ensembles : les motifs majoritaires du juge Gonthier auxquels souscrit le juge La Forest, les motifs concordants du juge en chef Lamer et les motifs dissidents de la juge L'Heureux-Dubé. Seul le juge en chef s'étant

---

122. *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.



réellement prononcé sur la question de l'application de la Charte constitutionnelle, l'affaire n'a pas été tranchée sur la base de l'al. 11c) de celle-ci. Le juge Gonthier fonde véritablement sa décision sur la « spécificité de l'outrage au tribunal en droit québécois », qu'il dégage notamment de l'économie des dispositions du Code de procédure civile, ainsi que sur la Charte québécoise<sup>123</sup>, n'ayant qu'en *dictum* ce mot sibyllin au sujet de la Charte constitutionnelle : « La non-contrainabilité de l'intimé s'inscrit également dans la foulée de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège le droit à la non-incrimination<sup>124</sup>. » Quant à la juge L'Heureux-Dubé, elle prend le soin dans ses motifs dissidents de préciser qu'elle ne se prononce pas « sur les motifs de la Cour d'appel à ce sujet [de l'application de la Charte constitutionnelle], ni sur la question de l'application au droit privé québécois des critères développés par [la] Cour dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* »<sup>125</sup> Et même si les motifs concordants du juge en chef Lamer contiennent la conclusion selon laquelle la Charte constitutionnelle s'applique, c'est sans référence aucune à son par. 32(1) ou à la jurisprudence qui y est relative, le juge en chef se contentant d'affirmer que la nature pénale de l'outrage prévu au Code de procédure civile fait de celui qui en fait l'objet un « inculpé » au sens de l'art. 11 de cette Charte. Ici, la contestation en vertu de la Charte se rapportait à une citation à témoigner, non pas de la part du tribunal agissant de son propre chef dans l'intérêt public, mais de celle d'une partie à un litige. Ce litige était d'ailleurs privé. Enfin, la décision du tribunal de faire droit ou non à l'objection à cette citation se fondait, tant au plan formel que matériel, sur la loi, et non sur la common law. Il serait donc à la rigueur possible de reconstruire charitablement les motifs concordants du juge en chef Lamer en les justifiant par le fait

---

123. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 10, art. 33.1 : « Nul accusé ne peut être contraint de témoigner contre lui-même lors de son procès. »

124. *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, préc., note 122 (j. Gonthier, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

125. *Id.* (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

qu'ici la Charte trouvait application à la décision du tribunal en tant qu'elle s'applique au législateur. Il est pourtant évident que c'est la nature à son avis pénale de la procédure pour outrage prévue au Code de procédure civile qui fut pour lui déterminante. Est-ce donc à dire que la Charte s'applique directement à tout tribunal saisi d'une procédure pénale? Est-ce plutôt qu'elle s'applique à toute décision judiciaire prise dans l'intérêt public, même si c'est à la demande d'une partie privée plutôt que de l'initiative du tribunal? Allez savoir! Les motifs du juge en chef Lamer pourraient ainsi relever d'une version élargie de notre troisième catégorie tout aussi bien que de la première. Mais, en réalité, le juge en chef Lamer ne fait que contraindre son lecteur à conclure que selon lui la Charte devrait s'appliquer directement aux tribunaux dans le cours de toute procédure pénale. Voilà qui, s'il était ici question de motifs majoritaires, ferait peut-être, de cet élargissement de la troisième, une quatrième catégorie.

Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, la Charte était invoquée à l'encontre d'une injonction de ne pas publier émise en vertu de la common law à l'endroit de la SRC, qui n'est pas mandataire de la Couronne, à la demande de personnes physiques de droit privé qui faisaient par ailleurs l'objet d'un procès de droit criminel avec jury<sup>126</sup>. L'ordonnance en cause avait justement pour but de préserver l'intégrité de ce procès en prévenant toute influence indue sur les jurés. C'est une minorité de trois juges sur neuf qui se sont véritablement prononcés sur la question de l'applicabilité de la Charte à cette ordonnance. Les cinq juges majoritaires, dont les motifs furent rédigés par le juge en chef Lamer, ont préféré prendre appui sur le *dictum* du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery* selon lequel, à défaut de pouvoir y appliquer la Charte, les tribunaux judiciaires peuvent « développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution »<sup>127</sup>. Nous

---

126. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88.

127. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 39 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question), cité dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 878 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires).

reviendrons sous peu sur la trajectoire jurisprudentielle de ce fameux *dictum*. Ce qu'il importe de retenir pour le moment, c'est que, les juges majoritaires dans l'affaire *Dagenais* ayant ainsi entrepris de « reformuler la règle de common law en matière d'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte* »<sup>128</sup>, ils n'avaient apparemment « donc pas à trancher ici la question de l'application de la Charte aux ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, en particulier, et aux ordonnances judiciaires en général »<sup>129</sup>. Bien qu'ils n'y aient pas répondu, les juges majoritaires ont donc formulé la question de l'application de la Charte de manière à suggérer que des réponses relevant, non seulement de nos première et deuxième, mais aussi de notre cinquième catégorie demeuraient théoriquement possibles. Dissident en partie, le juge Gonthier ne paraît pas s'être davantage prononcé sur la question de l'application de la Charte à l'ordonnance en cause, s'étant plutôt limité à cet égard à convenir avec la majorité de ce que ce texte constitutionnel « doit inspirer et régir la détermination des droits de l'accusé en matière criminelle »<sup>130</sup>, autrement dit à faire porter son analyse sur la conformité de la règle de common law qui était à la base de l'ordonnance en cause aux seules « valeurs » de la Charte plutôt qu'à la Charte elle-même. Le juge Gonthier a voulu ainsi préciser que, « [b]ien qu'elle ne modifie pas directement le critère de common law, l'application de la *Charte* à l'examen d'une interdiction de publication ou de diffusion modifie dans une certaine mesure la structure de l'analyse »<sup>131</sup>. Dissidente elle

---

128. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 878 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires).

129. *Id.*, 867-868 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires).

130. *Id.*, 918 (j. Gonthier, motifs dissidents).

131. *Id.*, 922 (j. Gonthier, motifs dissidents). Le juge Gonthier divergeait notamment d'opinion avec le juge en chef Lamer en étant (étrangement) d'avis que la règle de common law en cause relative aux interdictions de publication dans le cadre d'un procès pénal devait recevoir un contenu équivalent à celui de l'article premier de la Charte. Il s'agissait en d'autres termes de rendre « applicables » à une décision judiciaire les conditions auxquelles la restriction à un droit ou liberté de la Charte

aussi, la juge L'Heureux-Dubé prenait cependant le soin de se prononcer subsidiairement<sup>132</sup>, en l'occurrence défavorablement, sur la question de l'application de la Charte aux décisions des tribunaux<sup>133</sup> avant d'adhérer pour le reste aux motifs du juge Gonthier relativement à son application indirecte, par le truchement de l'influence que les « valeurs » de la Charte doivent avoir sur l'élaboration et l'application de la common law<sup>134</sup>. Auteur de motifs concordants, la juge McLachlin était pour sa part d'avis que la Charte s'appliquait à l'ordonnance en cause, avis qu'elle formulait dans les termes suivants :

Pour les fins de l'espèce, il suffit de dire que les arrêts *Rahey* et *B.C.G.E.U.*, précités, circonscrivent une sphère à l'intérieur de laquelle les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen fondé sur la *Charte*. Les ordonnances judiciaires en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte* ou à la capacité de les faire exécuter sont elles-mêmes assujetties à l'application de la *Charte*. C'est là le minimum requis si

---

peut être tenue pour justifiée, alors, non seulement que la Charte ne s'applique apparemment pas mais seulement ses « valeurs », mais aussi que la première de ces conditions est que la restriction en cause prenne la forme d'une règle de droit. Ainsi écrivait-il, en p. 920, que « [p]our déterminer le juste équilibre entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression, on aura recours à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* ». Le juste équilibre en cause n'est pas celui de la règle de common law, mais de son application. Récemment, l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, est venu rétablir le principe selon lequel n'est une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte qu'une norme législative ou réglementaire de portée générale.

132. Car elle concluait à l'incompétence de la Cour suprême aussi bien que de la Cour d'appel d'entendre le pourvoi.

133. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 908 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents) : « Le juge McLachlin fait valoir dans ses motifs, apparemment avec l'appui du juge La Forest, que la *Charte* s'applique à l'ordonnance de non-publication ici contestée. À mon avis, elle ne s'y applique pas. »

134. *Id.*, 914 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents) : « Plus précisément, eusse-je conclu à la compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi, j'aurais souscrit entièrement aux motifs de mon collègue le juge Gonthier et j'aurais tranché le pourvoi comme il le fait. »

l'on souhaite que les droits garantis par la *Charte* aient un sens. [¶] La présente affaire entre dans cette catégorie<sup>135</sup>.

Nous nous pencherons plus tard sur l'arrêt *Rahey* qui, malheureusement, n'a pas encore fait jurisprudence. Limitons-nous pour le moment à relever comment une telle relecture de l'arrêt *BCGEU* rappelle surtout les motifs concordants du juge en chef Lamer dans l'affaire *Vidéotron*, motifs dont j'ai dit que je voyais un élargissement de la troisième catégorie qui pourrait tout aussi bien être interprété comme la différenciation d'une quatrième. Mais si ces motifs de la juge McLachlin devaient ainsi se ranger dans cette quatrième catégorie, ce serait néanmoins d'une manière sensiblement différente de ceux du juge en chef Lamer dans *Vidéotron*, où la nature de la mesure en cause avait été appréciée indépendamment de celle de la procédure dont elle était l'accessoire. On pourrait encore interpréter cet extrait des motifs de la juge McLachlin comme s'expliquant par la nature généralement publique d'un procès pénal, ce qui le rattacherait à notre deuxième catégorie. Notons au passage que la juge McLachlin exprimait ici d'autre part l'avis selon lequel « [l]a question de savoir quelles ordonnances judiciaires entraînent l'application de la *Charte* est générale, et est mieux résolue au cas par cas »<sup>136</sup>. Quant au juge La Forest, dissident, il prétend néanmoins, sur cette question qui nous occupe, renvoyer largement aux motifs de la juge McLachlin<sup>137</sup>. L'extrait déterminant de ses motifs sur ce point est le suivant :

En l'espèce, [l'ordonnance en cause] ne découle pas du fait qu'un particulier invoque la loi. Elle est un sous-produit, lequel en l'espèce se répercute à l'extérieur du processus

---

135. *Id.*, 944-945 (j. McLachlin, motifs concordants).

136. *Id.*, 944 (j. McLachlin, motifs concordants).

137. *Id.*, 893 (j. La Forest, motifs dissidents) : « J'estime que les commentaires du juge McLachlin sur cette question sont particulièrement utiles. »

criminel, de procédures entamées au criminel par le ministère public<sup>138</sup>.

Voilà qui situe ses motifs dans notre quatrième catégorie, dont j'ai dit qu'elle pouvait aussi être conçue comme une extension de la troisième. La présence des termes « par le ministère public » autorise cependant à penser que c'est la nature publique de ce « litige » pénal, plutôt que celle des droits ou intérêts mis en œuvre par l'ordonnance, qui explique une telle conclusion, si bien que pour le juge La Forest, notre quatrième catégorie serait une extension de la deuxième plutôt que de la troisième. Or, ses motifs contiennent aussi le passage suivant :

Le fait que la règle en vertu de laquelle elle a été rendue est d'origine prétorienne n'importe pas. L'élaboration de telles lois [*sic*] procède du rôle historiquement attribué aux juges nommés par la Reine. Ceux-ci exerçaient des pouvoirs découlant du souverain à titre de source de la justice. La *Charte* s'applique à la common law tout autant qu'aux lois<sup>139</sup>.

La présence des trois premières phrases reproduites ci-dessus semble s'expliquer par le souci de justifier la quatrième, qui contient la conclusion selon laquelle la Charte s'applique à la common law aussi bien qu'aux lois. On se demande si une telle conclusion était nécessaire, puisque le juge La Forest était de toute façon d'avis que la Charte s'appliquait à l'ordonnance en cause. En effet, l'application à une ordonnance doit forcément impliquer l'application à la règle de common law sur laquelle cette ordonnance peut se fonder, mais pas l'inverse. La conclusion du juge La Forest ne serait donc utile que dans le cadre d'un raisonnement au sein duquel, à défaut de conclure à l'application

---

138. *Id.*, 892 et 893 (j. La Forest, motifs dissidents) : « En l'espèce, [l'ordonnance en cause] ne découle pas du fait qu'un particulier invoque la loi. Elle est un sous-produit, lequel en l'espèce se répercute à l'extérieur du processus criminel, de procédures entamées au criminel par le ministère public. »

139. *Id.*, 893 (j. La Forest, motifs dissidents).

de la Charte à une ordonnance, la question de son application à la règle de common law sur laquelle elle se fonde se poserait. Cela dit, les deuxième et troisième phrases reproduites ci-dessus vont bien plus loin encore en laissant entendre, dans le contexte d'une discussion relative à l'application de la Charte, que les tribunaux judiciaires exercent une fonction « gouvernementale » au sens large du terme où celui-ci s'entend comme celui d'« étatique ». Voici qui, à la différence de ceux de la juge McLachlin, permet aussi de ranger les motifs du juge La Forest dans notre cinquième catégorie. Car les raisons pour lesquelles ce dernier juge milite en faveur d'une application de la Charte à la common law peuvent tout aussi bien valoir pour la défense de la thèse, ou plutôt s'expliquer par la thèse de son application directe aux tribunaux suivant une acception élargie du mot « gouvernement ».

En 2011, dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Canada*, les mesures judiciaires en cause ne consistaient ni en des décisions ou déclarations relatives à un litige ni en des ordonnances d'intérêt public rendues à l'initiative du tribunal, mais en des règles de pratique<sup>140</sup>. Il s'agissait précisément de certaines dispositions du Règlement de procédure civile<sup>141</sup> relatif à la Cour supérieure et des règles de pratique de la chambre criminelle de la Cour supérieure<sup>142</sup>. Ces deux ensembles de règles avaient été adoptés en vertu de l'art. 47 du *Code de procédure civile*<sup>143</sup> et des par. 482(1) et 482.1(1) du *Code criminel*<sup>144</sup>, respectivement. C'est sans ne jamais renvoyer au par. 32(1) de la Charte que, sous la plume de la juge Deschamps, une Cour unanime l'a appliquée aux règles de pratique contestées. En fait, la question de l'application de la Charte n'a pas été considérée se poser, la Cour ayant de toute évidence estimé que cette application allait de soi. Selon toute vraisemblance, la Charte s'est ici appliquée indirectement

---

140. *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2.

141. *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)*, RLRQ, c. C-25, r. 8, règles 38.1 et 38.2.

142. *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8A et 8B.

143. *Code de procédure civile*, préc., note 76.

144. *Code criminel*, préc., note 76.

aux mesures judiciaires contestées en tant qu'elle s'applique au législateur, l'adoption des règles de pratique en cause ayant consisté en l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi (3.1). Voilà qui range finalement cette affaire dans notre première catégorie. En l'absence d'une habilitation législative, la Cour supérieure eût tout de même pu adopter les règles de pratique en question en vertu de sa compétence inhérente. Les motifs de la décision qu'aurait alors pu rendre la Cour et qui aurait appliqué la Charte se seraient rangés soit dans la troisième, soit, s'agissant des règles en matière pénale, dans la troisième, soit, plus simplement, idéalement et pour l'un et l'autre ensemble de règles, dans la cinquième catégorie.

Les paragraphes qui précèdent indiquent déjà que, en plus de pouvoir le faire par l'intervention intermédiaire d'un acteur visé à son par. 32(1), la Charte peut « s'appliquer » encore plus indirectement aux tribunaux, et ce, par le biais de l'« influence » que les « valeurs » qu'elle exprime doivent avoir sur l'élaboration et l'application de la common law. Les motifs majoritaires du juge McIntyre dans l'affaire *Dolphin Delivery* entendaient poser le principe suivant lequel la Charte « ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis<sup>145</sup> ». Plus exactement, la réponse que voulait donner l'arrêt *Dolphin Delivery* à la question du rapport de la Charte à la common law consistait à dégager deux modes indirects d'application, l'un davantage que l'autre cependant : (1) l'application indirecte de la Charte à la common law par le truchement de la participation d'un acteur gouvernemental à un litige de ce fait public; (2) l'application encore plus indirecte de la Charte à la common law limitée à celle des « valeurs » de celle-là à l'élaboration et à l'application de celle-ci dans le cadre de la résolution judiciaire d'un litige privé. La jurisprudence entretient toutefois la plus grande confusion entre ces deux modes, qui se présentaient à l'origine comme qualitativement différents et complémentaires, de contrôle de la

---

145. Voir *supra*, note 101.



common law en vertu de la Charte, à un point tel qu'on ne sait plus si le second mode n'a pas aboli le premier de manière à généraliser le principe de non-applicabilité de la Charte à la common law nonobstant la nature du litige. Ensuite, que ce soit la satisfaction à l'une ou à l'autre exigence qui est contrôlée, la jurisprudence est dans l'ensemble opaque sur la question de savoir si l'exigence en cause ne concerne que les règles de common law ou leur mise en œuvre judiciaire également. Enfin, si le caractère éminemment médiat et atténué de la seconde forme de contrôle de la common law par la Charte à travers les seules « valeurs » de celle-ci peut parfois avoir eu des conséquences pratiques, ce ne fut majoritairement pas le cas, la Cour allant jusqu'à incorporer l'« essence » sinon l'intégralité du « test de l'arrêt *Oakes* »<sup>146</sup> aux « valeurs » de la Charte. Il semble avoir été rare, en effet, que, comme le prescrivait l'arrêt *Swain*<sup>147</sup>, cette forme plus ou moins indirecte de contrôle se différenciat concrètement en accordant une plus grande marge d'appréciation au « *making-law-judge* » que ne le fait l'application directe de la Charte aux acteurs que la jurisprudence tient pour assurément visés à son par. 32(1), soit le législateur et le gouvernement au sens strict complété de ses mandataires désignés ou réputés. C'est d'ailleurs la lecture que fait Peter Hogg de la jurisprudence qui veut que « the exclusion of the common law from Charter review is not particularly significant »<sup>148</sup>. Il est à mon sens problématique, et non anodin, que le lecteur ne puisse pas toujours savoir si, ne serait-ce qu'en pratique, la Cour a ou non soupesé d'autres valeurs que celles de la Charte et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et suivant quelle méthode ou principe de mise en balance.

Dans *Cloutier c. Langlois*, la Charte n'avait pas été invoquée à l'encontre d'une fouille subie accessoirement à une arrestation par des policiers. Il était plutôt allégué que la fouille en cause constituait des voies de fait pour n'avoir pu s'appuyer valablement

---

146. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

147. Voir *supra*, notes 116 et 117, et texte correspondant.

148. P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-29.

sur la common law<sup>149</sup>. Au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé écrivait ce qui suit :

Même si les parties n'ont pas ici invoqué la Charte, mais se sont plutôt limitées aux sources de common law dans l'examen de l'étendue du pouvoir de fouille, j'estime que les tribunaux doivent "expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution" (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603)<sup>150</sup>.

Elle restitua ensuite les règles de common law relatives à la fouille accessoire à une arrestation de manière à conclure qu'elles ne sont pas contraires aux valeurs de la Charte.

Dans *R. c. Salituro*, la question en litige devant la Cour suprême du Canada était de savoir si la règle de common law relative à l'incapacité des conjoints à témoigner connaissait une exception dès lors que ceux-ci étaient séparés sans que n'existent de possibilités raisonnables de réconciliation<sup>151</sup>. Il vaut d'être souligné que la Charte n'avait pas été invoquée par l'inculpé, qui cherchait plutôt à faire mettre en œuvre la règle de common law en cause de manière à ce que soit exclu le témoignage qu'avait rendu son épouse pour la poursuite. S'appuyant sur l'arrêt *Dolphin Delivery*, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, a d'abord rappelé que « la Charte fera également sentir son influence même en l'absence d'une loi ou d'une action gouvernementale »<sup>152</sup>. Voilà qui pourrait sembler curieux, puisqu'il s'agissait en l'espèce d'une poursuite pénale publique. Cet arrêt pourrait ainsi suggérer quelque passage d'un principe restreint à un principe large de

---

149. *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158.

150. *Id.*, (j. L'Heureux-Dubé, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

151. *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

152. *Id.*, (j. Iacobucci, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

non-applicabilité de la Charte à la common law, indifféremment de la nature du litige. Or, le recours au second mode, normalement le plus indirect, de contrôle de la common law en vertu de la Charte, ou des valeurs de celle-ci, s'explique sans doute ici par le fait que celle-là est intervenue en faveur, non pas de l'inculpé, mais de la poursuite. Sans pour autant se reporter à l'arrêt *Swain*, le juge Iacobucci énonçait ce qui suit :

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée<sup>153</sup>.

C'était pour en venir à la conclusion que, « [à] défaut d'intervention parlementaire », il convenait « de modifier la règle de common law de façon à rendre les conjoints séparés de façon irrémédiable habiles à témoigner pour le poursuivant »<sup>154</sup>. Les motifs de cet arrêt n'indiquent donc pas pourquoi, au juste, la Charte n'est ici intervenue dans le contrôle de la common law que sur le second mode de l'influence que doivent avoir ses valeurs. Il revient au lecteur de le deviner, le par. 32(1) de la Charte n'étant d'ailleurs ici jamais mentionné.

Nous avons déjà eu l'occasion de voir que le *ratio* de l'arrêt *Dagenais* avait consisté à se fonder sur un *dictum* de l'arrêt *Dolphin Delivery* pour reformuler la règle de common law relative à l'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la Charte<sup>155</sup>. Cette règle fut reformulée dans ce même but dans l'affaire *Mentuck* où, à

---

153. *Id.*, (j. Iacobucci, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

154. *Id.*, (j. Iacobucci, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

155. Voir *supra*, notes 128 et 129, et texte correspondant.

l'inverse, c'était plutôt la poursuite qui demandait une interdiction de publication « dans le but de protéger la sécurité des policiers et de maintenir l'efficacité des opérations policières secrètes », l'accusé tenant pour sa part « la médiatisation de certains détails de son arrestation et de son procès comme essentielle au respect de son droit à un procès équitable »<sup>156</sup>. Sous la plume du juge Iacobucci, la Cour a unanimement cru juste d'élargir les conditions prévues à la règle reformulée dans l'affaire *Dagenais* afin que ce qu'exige « la bonne administration de la justice » puisse aussi être pris en compte par le juge. Cette reformulation issue des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* fut appliquée dans l'affaire *SRC c. La Reine*<sup>157</sup>.

*Hill c. Église de scientologie de Toronto* était une affaire de diffamation entre des parties de droit privé à laquelle s'appliquait la common law relative à la responsabilité civile (*tort law*). La Cour a néanmoins statué que les règles de common law relatives au libelle diffamatoire n'étaient pas contraires aux « valeurs » de la Charte, et ce en insistant pour distinguer un tel examen d'une véritable application de celle-ci à la common law<sup>158</sup>. La Cour a ajouté que « [l]es changements d'ampleur à la common law doivent être laissés au législateur »<sup>159</sup>.

L'affaire *Pepsi-Cola* présentait un coefficient fort élevé de similarité avec l'affaire *Dolphin Delivery*. L'issue du litige fut toutefois différente. Cette différence tient justement à l'intervention d'un contrôle de conformité de la common law, non pas à la Charte elle-même, mais à ses « valeurs ». Était en cause une injonction interlocutoire de ne pas faire ou organiser de piquetage secondaire, émise en vertu de la common law à l'encontre d'un syndicat dans le cadre d'un litige privé. Plutôt que de rejeter les arguments fondés sur la Charte au motif que celle-ci ne trouvait pas application à l'espèce, la Cour en a tenu compte

---

156. *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, par. 28.

157. *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3.

158. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 95 et suiv. (j. Cory, motifs majoritaires).

159. *Id.*, par. 96 (j. Cory, motifs majoritaires).

au point de modifier la common law relative au piquetage secondaire afin de la rendre conforme aux valeurs de la Charte. Depuis lors, le piquetage secondaire n'engage la responsabilité de son auteur que s'il constitue une faute (*wrongful act*)<sup>160</sup>.

L'affaire *Grant c. Torstar* s'apparentait quant à elle à l'affaire *Hill*, puisqu'il s'agissait d'une poursuite en diffamation intentée par un particulier à l'encontre d'une personne morale de droit privé et fondée sur la common law. S'appuyant sur l'arrêt *Hill*, la Cour a d'abord rappelé que, « [m]ême si la common law n'est pas directement sujette à un examen au regard de la Charte dans le cadre de litiges opposant des parties privées, des modifications peuvent y être apportées pour la rendre conforme à la Charte »<sup>161</sup>. Elle est cependant revenue ensuite sur le principe plus particulier de ce dernier arrêt en concluant « qu'il convient de modifier la common law pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public »<sup>162</sup>, et ce, nonobstant la véracité d'une telle communication.

Que conclure d'une telle jurisprudence? Qu'elle est inopérante. Sa complexité extrême n'est pas justifiée par quelque fonctionnalité que ce soit. Par exemple, la non-applicabilité de la Charte à la common law dans les litiges privés est incompatible avec les arrêts *Young* et *P.(D.) c. S. (C.)*, qui ont substitué le critère, qui forme notre deuxième catégorie, de la seule nature du litige à celui qui y ajoutait la source de droit en cause. De faire varier les conditions d'application de la Charte avec la source du droit infraconstitutionnel applicable à la résolution du litige introduit de toute façon un malencontreux décalage entre le Québec et les autres provinces. Au-delà de cette considération, un tel non-

---

160. *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd*, 2002 CSC 8, par. 19, 20, 47 et 65-107.

161. *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 44 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires; les motifs concordants de la j. Abella se distinguent sur une autre question).

162. *Id.*, par. 7; voir aussi par. 85 et 86 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires; les motifs concordants de la j. Abella se distinguent sur une autre question).

système d'application de la Charte aux tribunaux mobilisant confusément comme autant de facteurs la nature respective de la source de droit en cause, du litige, des droits et intérêts protégés et de la procédure rend à ce point imprévisible la réponse à cette question dans les cas d'espèce qu'il se mérite difficilement le qualificatif de « juridique ». Du reste, cela tient de la sophistication que de prétendre que la Charte peut s'« appliquer » aux tribunaux et à la common law à l'un ou l'autre de trois degrés d'intensité : application directe; application indirecte en raison de la nature du litige ou de la source de droit en cause; application encore plus indirecte par le seul truchement de ses « valeurs ». Ainsi que le relève Peter Hogg au sujet de la jurisprudence relative au contrôle de conformité de la common law aux « valeurs » de la Charte : « Despite some differences in the way s. 1 justification is assessed, the indirect application [of the Charter through its values] is much the same in its effect as the direct application [where a governmental actor is involved]<sup>163</sup> ». La stérilité de la ou plutôt des théories de la Cour sur les conditions d'applicabilité de la Charte aux tribunaux est révélée de manière flagrante par l'arrêt qu'a rendu la Cour le 20 décembre 2012 dans l'affaire *R. c. N.S.*, affaire dont il est impossible de dire comment, au juste, la Charte y a été appliquée<sup>164</sup>. Était en cause le droit relatif aux conditions dans lesquelles témoignage peut être rendu dans un procès criminel, à l'enquête préliminaire y compris, et ce, en vertu de deux droits ou libertés également protégés par la Charte, mais invoqués ici de manière antagonique. D'une part, les accusés invoquaient leur « droit à un procès équitable » en vertu de l'al. 11*d*) et de l'art. 7 à l'appui de la thèse selon laquelle la victime alléguée et principal témoin de la poursuite ne pouvait témoigner à l'enquête préliminaire qu'à visage découvert. De l'autre, cette dernière invoquait la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) afin d'être autorisée à porter un niqab lors de son témoignage. Le droit infraconstitutionnel en cause se composait d'un ensemble indéterminé de dispositions législatives et réglementaires et de

---

163. P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-29.

164. *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72.

règles de common law<sup>165</sup>. Les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin consistent pour l'essentiel en une reformulation du contenu matériel d'ensemble de ce droit infraconstitutionnel à la lumière d'un exercice de conciliation des droits et libertés constitutionnels en jeu. Désormais :

[L]a personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une instance criminelle sera obligée de l'enlever si les deux conditions suivantes sont respectées :

a) l'obligation qui lui est faite d'enlever le niqab est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion<sup>166</sup>.

Ce résultat se veut motivé par la jurisprudence inaugurée par les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* :

Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, la Cour a établi le cadre d'analyse permettant de cerner et de résoudre les conflits opposant des droits en common law. La démarche a été précisée dans *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Le

---

165. *Id.*, par. 21 : « On peut toutefois se permettre d'affirmer que la common law, à laquelle s'ajoutent les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et la jurisprudence, part du principe que la possibilité de voir le visage du témoin constitue une caractéristique importante d'un procès équitable. »; par. 48 : « Comme je l'ai déjà mentionné, cette réponse va à l'encontre des présomptions profondément enracinées dans la pratique criminelle en common law et dans le Code criminel, ainsi que de l'opinion judiciaire acceptée selon laquelle le fait de voir le visage du témoin aide à en apprécier la crédibilité et est importante pour la tenue d'un procès équitable. » (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

166. *Id.*, par. 3 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

cadre d'analyse a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, mais ses principes sont d'application plus large<sup>167</sup>.

On pourrait donc croire qu'en l'espèce la Charte n'a pas véritablement trouvé application, mais que ses seules « valeurs » ont orienté indirectement un remodelage de certaines règles de common law. Cette hypothèse paraît corroborée par le fait que la Cour s'est ici refusée à appliquer l'article premier de la Charte, précisant que son raisonnement ne consistait plutôt qu'en une « analyse de la proportionnalité qui s'apparente au dernier volet du critère de l'arrêt *R. c. Oakes* »<sup>168</sup>. Mais pourquoi la Charte ne se serait-elle pas appliquée plus directement? D'abord, le droit contrôlé ne se réduisait pas à des règles de common law. Encore là, le litige était public. La procédure était aussi de nature pénale. À la rigueur, l'ordonnance en cause à travers la décision de la Cour d'appel, soit celle du juge d'instance qui avait ordonné au témoin de retirer son niqab avant de témoigner à l'enquête préliminaire, pouvait être considérée revêtir une dimension d'intérêt public liée à la préservation de la considération dont doit jouir l'administration de la justice au sein de la société dans son ensemble. Du reste, une lecture attentive suggère que, en réalité, ce ne soit que sur un plan matériel, et non formel, que la Cour se soit ici référée aux arrêts *Dagenais* et *Mentuck* et ait situé en dehors du champ d'application de l'article premier de la Charte l'exercice qui consiste à concilier deux droits ou libertés constitutionnels plutôt que de vérifier le caractère justifié d'une restriction à de tels droits ou libertés qu'apporterait une règle de droit infraconstitutionnelle. Voilà ce que tend à confirmer l'amalgame que fait le passage suivant entre différents cas d'application de la Charte :

J'ai proposé que, dans les affaires comme celle en l'espèce, les tribunaux devraient traiter du conflit entre les droits

---

167. *Id.*, par. 7. Voir aussi par. 30-32 et 34 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

168. *Id.*, par. 35 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).



en trouvant un équilibre juste et approprié entre la liberté de religion et le droit à un procès équitable. [...] Cette approche suit la voie empruntée par la Cour dans les cas où il y a conflit entre des droits : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978-979 et 986-987; *Dagenais*, p. 878; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 2<sup>169</sup>.

Comme si ce n'était pas suffisant, il est encore un passage qui suggère plutôt que, si l'article premier de la Charte ne trouvait pas application, c'était parce que ce qui faisait l'objet du contrôle n'était pas une « règle de droit ». Et ce, d'ailleurs, comme si de prendre la forme d'une règle de droit n'était pas censé, dans tous les cas où la Charte trouve application, être une condition *sine qua non* de validité de toute restriction apportée aux droits et libertés qu'elle protège : « Ce principe [selon lequel les droits ne peuvent être restreints que par une mesure dont la justification est démontrée] est énoncé à l'article premier de la *Charte* relativement aux règles de droit : les règles de droit qui limitent les droits garantis par la *Charte* sont invalides dans la mesure où la limite n'est pas raisonnablement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique »<sup>170</sup>. Enfin, nulle part n'est-il question, dans ces motifs, d'un simple aiguillage axiologique par la Charte dont, hormis l'article premier, la Cour traite des dispositions qu'elle tient pour pertinentes comme si elles trouvaient bel et bien application. Le par. 32(1), cependant, ne fait pas partie des dispositions citées, référencées ou autrement mentionnées dans ce jugement. Il serait vain d'espérer trouver la réponse à la question qui nous occupe dans les motifs minoritaires de ce jugement, que ce soit les motifs concordants du juge LeBel ou ceux, dissidents, de la juge Abella. Autrement dit, ce n'est qu'intuitivement qu'ici la Charte a été appliquée aux tribunaux et à la common law.

---

169. *Id.*, par. 46 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

170. *Id.*, par. 56 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

Une solution simple à une question qui se devait de l'être serait de rendre la Charte systématiquement applicable aux tribunaux, y compris à cette partie de leur production qu'est la common law, et ce, aux termes d'une acception large du terme « gouvernement » qui s'étende à l'exercice de toute « fonction gouvernementale ». Cette solution correspond à notre cinquième catégorie. L'objection la plus sérieuse, c'est-à-dire la crainte de voir la Charte imposer des obligations aux personnes de droit privé, ne résiste pas à l'analyse. Cette crainte repose sur (1) une confusion entre le rapport privé et sa résolution judiciaire d'une part et (2) un aveuglement à l'égard de la distinction entre la norme juridique qui est en elle-même attentatoire à un droit ou à une liberté constitutionnels et celle qui est neutre du point de vue de la Charte, mais dont l'exercice des simples capacités qu'elle confère aux personnes de droit privé peut donner l'illusion d'une norme attentatoire. Cette objection pourrait d'ailleurs tout aussi erronément être faite à l'encontre de l'applicabilité de la Charte à la loi, dont les auteurs sont visés au par. 32(1). Outre le premier pas effectué en ce sens par l'arrêt *BCGEU*, une telle solution pourrait prendre appui sur une base contemporaine et alternative de l'arrêt *Dolphin Delivery*, à savoir l'arrêt *Rahey*<sup>171</sup>. Cette dernière affaire fut en effet tranchée peu de temps après l'affaire *Dolphin Delivery*, dont il n'est aucunement fait mention dans les motifs de la Cour. Il s'agissait du contrôle de la constitutionnalité d'une procédure pénale intentée devant la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse pour des infractions à la loi fédérale sur l'impôt sur le revenu. La demande de contrôle se fondait sur l'al. 11 b) de la Charte qui garantit à tout inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Un juge sur les neuf qui ont entendu l'affaire n'a pas pris part au jugement. Les motifs des huit autres se répartissent en quatre ensembles, dont chacun est signé par un juge avec l'appui d'un autre, si bien que ce jugement ne compte au final que des motifs concordants. Ceux qui nous intéressent ici sont les motifs du juge La Forest qui, sans tenir compte de l'arrêt *Dolphin Delivery* ni mentionner le par. 32(1) de la Charte, écrit dans cette affaire que, « [o]utre ce qui peut se dégager d'une

---

171. *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

analyse grammaticale du texte de l'al. 11 b) et des dispositions analogues [172], il [...] semble [...] évident que les tribunaux, à titre de gardiens des principes enchâssés dans la *Charte*, doivent eux-mêmes être assujettis à l'examen que prévoit la *Charte* dans l'exécution de leurs fonctions »<sup>173</sup>.

\*

\*      \*

Pour conclure, j'aimerais proposer une solution pour combler ce décalage entre le droit positif et une pratique judiciaire somme toute intuitionniste et qui, ce faisant, est source d'insécurité juridique générale, qu'on ait ou non conscience de celle-ci. Je propose que la Charte canadienne des droits et libertés soit enfin tenue pour applicable à tout rapport, aussi bien de droit privé que de droit public, quitte à revoir en conséquence le principe de responsabilité de l'État en dommages pour violation par ses préposés des droits et libertés que cette Charte garantit à autrui ainsi que notre manière de concevoir le test de justification des restrictions aux droits en vertu de l'article premier.

En pratique, la Cour s'est déjà résignée à appliquer la Charte à une notion de service public, autrement dit à l'exercice d'une notion élargie de « fonction gouvernementale », dont fait aisément partie la résolution juridictionnelle des différends. Plus

---

172. Voir notamment P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-21 : « [...] many of the Charter rights contemplate that the courts are bound by the Charter. Nearly all of the rights guaranteed to [penal] defendants by s. 11 entail action by courts: holding a trial within reasonable time (s. 11(b)), not compelling the defendant to testify (s. 11(c)), respecting the presumption of innocence and providing a fair and public trial (s. 11(d)), granting reasonable bail (s. 11(e)) and so on. The same is true of the s. 12 right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment, the s. 13 right against self-incrimination, and the s. 14 right to an interpreter. These provisions supply a context in which it is reasonable to interpret the word « government » in s. 32 as including the judicial branch ».

173. R. c. Rahey, préc., note 171, par. 95 (j. La Forest).

encore, en vertu de cette même pratique qui est celle de la Cour, le par. 32(1) de la Charte n'est aucunement exhaustif des conditions d'applicabilité de celle-ci. Derrière l'écran fumeux d'un simple aiguillage axiologique, la pratique d'application systématique de la Charte à la common law comme à la loi, même en droit privé tel que celui de la responsabilité civile et du *tort law*, y compris dans le contentieux privé, atteste que la Cour est déjà disposée à appliquer la Charte aux rapports de droit privé.

Ainsi que le relatent Roy Romanow, John Whyte et Howard Leeson :

Finally, the charter which formed part of the resolution [of 2 October 1980] contained for the first time a new application section [...] which said that the charter would apply : [¶] a. to the Parliament and Government of Canada and to all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and NorthWest Territories; and [¶] b. to the Legislature and Government of each province and to all matters within the authority of the Legislature of each province. [¶] This was a dramatic addition. It made the charter applicable not only to governmental action, by stating that all matters within the legislative jurisdiction of Parliament or the provinces were also subject to the terms of the charter, it gave the charter control over all private conduct. [...] It was not until the constitutional accord was reached on 5 November 1981 that the problem was dealt with. At a lawyer's drafting session that took place long into the night following the signing of the accord by first ministers, the wording of the application section was changed so that the charter again reached governmental action [only]<sup>174</sup>.

Dès 1969 pourtant, le premier ministre fédéral, dans un document produit dans le cadre d'une conférence consti-

---

174. Roy ROMANOW, John WHYTE et Howard LEESON, *Canada... Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982*, 25th anniv. ed., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 249 et 250.

tutionnelle réunissant les premiers ministres fédéral et provinciaux, indiquait que : « The proposed charter of human rights does not stop at restricting governmental action. It is designed to protect rights against private action as well<sup>175</sup>. » Et c'était encore la position du ministre fédéral de la Justice en 1978 que : « Only by placing such a guarantee in the Constitution may individuals and minorities be assured that their rights and freedoms are adequately protected against arbitrary action by others, be those other individuals, majorities, governments or legislators<sup>176</sup>. »

De toute façon, à l'« originalisme », il faut préférer l'interprétation téléologique<sup>177</sup>, idéalement enrichie de la « fécondation croisée » des jurisprudences constitutionnelles et supranationales et éclairée par les standards internationaux. Au Royaume-Uni, l'art. 6 du *Human Rights Act 1998*<sup>178</sup>, qui traduit en droit interne les engagements pris par cet État en ratifiant la Convention européenne des droits de l'homme<sup>179</sup> le 8 mars 1951, article dont les dispositions prévoient qu'il est « unlawful for a

---

175. THE RIGHT HONOURABLE PIERRE ELLIOTT TRUDEAU, Prime Minister of Canada, « The Constitution and the People of Canada: An Approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government », catalogue no. CP 32-9-1969, dans Anne F. BAYEFSKY (compiled by), *Canada's Constitution Act 1982 and Amendments: A Documentary History*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989, p. 78, à la page 82.

176. THE HONOURABLE OTTO E. LANG, Minister of Justice, « Constitutional Reform: Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Anne F. BAYEFSKY, préc., note 175, p. 499, à la page 499.

177. Voir notamment *Edwards v. A.-G. Canada*, [1930] A.C. 124, 135 et 136; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155 et 156; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 53; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 21; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 30; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, par. 9.

178. *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, ch. 42, art. 6.

179. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n°5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953, amendée par les protocoles n° 11 et 14 et complétée par le protocole additionnel et les protocoles n° 4, 6, 7, 12 et 13) [Convention européenne des droits de l'homme].

public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right », a généré des difficultés et, parfois, des apories équivalentes à celles que le présent article avait pour propos restituer<sup>180</sup>. Tel que l'explique Heinz Klug :

From the interpretative expansion of the State action requirement to include privately formulated, racially discriminatory contracts by the United States Supreme Court, to the notion of drittwirkung [sic] (operation of the constitution on private third parties) in the jurisprudence of the German Constitutional Court, there has been a constant struggle over the impact of constitutional rights on the private exercise of power. While the requirement of State action has remained largely constrictive in the United States, the German Constitutional Court has long recognized the radiating effect constitutional rights have of private actions that impugn the rights of other private parties. Although this horizontal application of the Bill of Rights was at first rejected by the South African Constitutional Court in its interpretation of the 1993 Constitution, the reaction of the Constitutional Assembly was to rewrite the application clause in the « final » 1996 Constitution explicitly to apply the Bill of Rights to relevant private action<sup>181</sup>.

---

180. Voir notamment *Aston Cantlow PCC v. Wallbank*, [2003] U.K.H.L. 37; *YL v. Birmingham City Council & Ors*, [2007] U.K.H.L. 27; *London & Quadrant Housing Trust v. Weaver*, [2009] E.W.C.A. Civ 587; voir aussi Dawn OLIVER, « The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions Under the Human Rights Act », [2004] *Public Law* 476; Cormac MAC AMHLAIGH, « Once More Onto the (Public/Private) Breach... : s. 6 of the Human Rights Act 1998 and the Severability Thesis », UK Constitutional Law Association, 13th December 2013, en ligne : <<http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/>> (consulté le 11 septembre 2014).

181. Heinz KLUG, « Model and Anti-Model: The United States Constitution and the « Rise of World Constitutionalism », *Wisconsin Law Review* 597, 2000, p. 614.

Traditionnellement, les droits fondamentaux des personnes et groupes ont été conçus comme des limites à l'exercice des pouvoirs constitués. L'affirmation progressive, sous l'influence de la science allemande du droit constitutionnel, de leur *Drittwirkung*, c'est-à-dire de leur effet horizontal, non seulement indirect mais aussi parfois direct<sup>182</sup>, vient remettre en question cette conception. À la science canadienne du droit, cette réflexion semble demeurer étrangère. Or l'inopérabilité avérée de l'interprétation exclusiviste du par. 32(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* tend à confirmer qu'il n'y a aucune raison de croire que le Canada doive échapper à cette logique mondiale d'extension du contrôle juridictionnel des droits et libertés constitutionnels.

---

182. Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », dans Hugues DUMONT, François OST et Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355-390.