

L'ABSENCE DE POUVOIR DES ORGANISMES ADMINISTRATIFS  
POUR DES MOTIFS D'ORDRE CONSTITUTIONNEL:  
L'ARTICLE 96 DE L'A.A.N.B. ET LA CHARTE  
CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTES

Me Gilles Pépin

professeur à la Faculté de  
Droit de l'Université de  
Montréal

18 octobre 1982

On sait fort bien que le pouvoir de surveillance ("judicial review") exercé par les cours supérieures sur les organismes administratifs n'a pas une portée illimitée. Mais on sait moins bien quelle frontière précise les juges des cours supérieures, eux-mêmes non assujettis à ce genre de surveillance, ne peuvent franchir dans l'exercice de leur mission.

On s'accorde généralement à reconnaître que les notions d'ultra vires et d'erreur de droit commise dans l'exercice d'une compétence circonscrivent théoriquement le champ d'action de cette traditionnelle surveillance, qu'il faut prendre soin de ne pas confondre avec la juridiction toute statutaire et faite parfois sur mesure qu'est l'appel à une cour de justice.

L'absence normale de définition claire et nette de ces deux notions laisse aux juges la discrétion judiciaire d'en établir la portée au gré des époques de notre histoire, des textes législatifs en cause, de la nature de l'organisme contrôlé, du secteur d'activité soumis à l'examen, du recours retenu pour solliciter l'intervention et de la présence éventuelle de recours parallèles à d'autres cours de justice ou à des organismes spécialisés; etc. Et cela, sans oublier la perception personnelle que chaque juge peut avoir de l'importance de son rôle de surveillance; la connaissance préalable qu'il peut posséder sur le domaine d'activité concernée; la sensibilité dont il doit faire preuve tout naturellement à l'endroit des faits propres à chaque litige; l'état du dossier qui lui est présenté (qualité de l'enquête, des observations orales ou écrites des avocats); etc.

Etant donné la généralité de son objet et la diversité de ses sujets, le champ d'action du pouvoir de surveillance ne pourra jamais se présenter sous la forme de quelques règles faciles à appliquer. Au besoin, on n'a qu'à lire l'article 846 du Code de procédure civile du Québec, relatif à l'évocation, où voisinent les notions de "défaut ou excès de juridiction", "d'irrégularités graves" de procédure, de "violation de la loi", "d'abus de pouvoir", ou encore

l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, qui traite d'un recours en annulation sans faire mention explicite de l'absence de pouvoir.

L'histoire enseigne que la délimitation du rayon d'action du pouvoir de surveillance est le résultat avant tout d'un jeu de forces auquel ont participé le parlement, l'Administration et les juges, mais sous le couvert de respecter les volontés explicites, implicites ou présumées du premier. Les règles relatives à un jeu de forces se prêtent difficilement à une codification exempte de toute ambiguïté.

Evidemment, il ne faut pas en conclure que toute tentative de systématisation du droit en vigueur en cette matière doit pour autant être ignorée, au profit d'une sorte "d'impressionisme" juridique qui trouverait sa justification dans la "réalité des choses".

La systématisation des règles n'est pas, on n'en sera certes pas surpris, l'objet des observations qui vont suivre. Il nous faut discuter en principe de l'absence de pouvoir de l'Administration, en tant que cas d'ouverture au pouvoir de surveillance. Il s'agit là, du moins à première vue, d'un sujet qui ne devrait pas trop soulever de controverses passionnées car même les partisans d'un contrôle judiciaire minimum de l'administration publique s'accordent sans doute à reconnaître qu'un organisme ne devrait pas avoir la faculté de prendre une décision que le parlement souverain ne l'autorise pas à adopter ...

Reste à savoir, évidemment, quel sens est donné ici à l'expression "absence de pouvoir". Après tout, l'excès de pouvoir témoigne à sa façon d'une absence de pouvoir. L'administrateur qui outrepassé les limites d'un pouvoir à l'occasion de son exercice agit pour autant sans avoir l'autorité de ce faire. L'administrateur qui viole une règle de procédure (d'origine législative ou jurisprudentielle) qui s'impose à son respect, n'a pas le pouvoir de prendre la décision entâchée d'un tel vice de procédure (1).

Mais, on sait que la jurisprudence voit les choses sous un jour différent et restreint généralement la notion d'absence de pouvoir à certains cas particuliers d'ouverture: la sous-délégation illégale, la décision prise sous la

---

(1) Voir notamment H.W.R. Wade, "Administrative Law", 4e éd., p. 40-46; N. Lyon, "Administrative Law - Continuing Search for a General Theory of Judicial Review of Administrative Action for Legality", (1980) 58 R. du B. Can. 646.

dictée d'un tiers, l'abrogation de la loi portant délégation du pouvoir, l'absence de réalisation des conditions (faits et droit) préliminaires à l'exercice d'un pouvoir, etc.

Laissant de côté toute discussion sur le classement des divers cas d'ouverture au pouvoir de surveillance, nous limiterons nos observations à un seul genre de circonstances susceptibles de provoquer l'intervention des cours supérieures: la violation de la Constitution. Qui plus est, nous restreindrons encore davantage notre sujet de préoccupation en nous arrêtant à deux facettes particulières de ce motif d'illégalité:

- la violation de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867
- la violation de la Charte canadienne des droits et libertés

Ces deux questions n'ont pas de rapport immédiat avec les cas classiques d'ultra vires, liés au problème du partage des compétences législatives dans notre régime fédéral. On sait qu'un organisme administratif ne peut valablement adopter une décision si la loi qui l'autorise à agir porte sur une matière qui relève de la compétence d'un autre parlement; est également ultra vires la décision prise par un organisme administratif, sous l'autorité d'une loi parfaitement constitutionnelle, si cette décision empiète sur un sujet du ressort d'un parlement différent de celui qui a adopté la loi.

La jurisprudence relative à l'article 96 a ceci de particulier qu'elle conduit les juges des cours supérieures à nier à certains organismes provinciaux le pouvoir de prendre des décisions au motif qu'ils n'ont pas été désignés conformément aux dispositions des articles 96 à 100 de l'A.A.N.B. Nous allons nous efforcer de faire le point sur l'état de cette jurisprudence dont le volume croissant ne peut laisser indifférent que des personnes insensibles au besoin de l'administration de la Justice.

C'est sur un sujet bien différent, mais qui devrait lui aussi engendrer de très nombreux litiges, que nous nous pencherons par la suite en spéculant plus brièvement sur la question de savoir dans quelle mesure la Charte canadienne des droits et libertés, enchâssée dans la Constitution, conditionne la validité de l'activité des organismes administratifs provinciaux et fédéraux soumis au pouvoir de surveillance.

Section 1 - L'absence de compétence pour cause de violation de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 (A.A.N.B.)

On sait qu'une province n'est pas autorisée à déléguer certaines fonctions judiciaires à des institutions (ou personnes) autres que ses cours supérieures, de district ou de comté lesquelles, en vertu des articles 96 à 100 de la Loi constitutionnelle de 1867, sont composées de juges nommés et rémunérés par les pouvoirs publics fédéraux (2). Il en va ainsi même si, par hypothèse, la délégation porte sur une matière relevant de la compétence législative de la province en cause et même si, semble-t-il, le parlement du Canada n'est pas res- traint de la sorte dans le choix de ses délégués fédéraux ou provinciaux (3). Il n'existe pas actuellement au Québec de cours de district ou de comté.

L'honorable juge en chef Laskin pouvait donc affirmer, dans l'arrêt

Tomko:

"Section 96 of the British North America Act, in terms an appointing power [...], is now regarded as a limitation not only on provincial power to provide for the appointment of Judges of the status of those mentioned in s. 96 but also on their power to invest agencies of their creation and members thereof appointed under their authority with jurisdiction or powers that [...] are broadly conformable or analogous to jurisdiction or powers exercised and exercisable by Courts which are within s. 96" (4)

La Cour suprême semble avoir émis des avis divergents sur la justification de la présence de l'article 96 dans la constitution du Canada. S'exprimant au nom de la Cour dans l'affaire de la Commission du logement de l'Ontario, l'honorable juge Dickson fait appel à la théorie du "unitary judicial system [...] conceived as a strong base for national unity" (5); les cours provinciales étant appelées

(2) Nous ne nous préoccupons pas de la question de savoir si une province peut confier une juridiction à une cour fédérale.

(3) Reference re Establishment of a Unified Criminal Court of New Brunswick, (1982) 127 D.L.R. (3d) 214 (C.A., N.B.). En janvier 1982, l'honorable juge en chef Laskin écrivait, avec l'accord à tout le moins de son collègue l'honorable Ritchie: "Certainly, the Parliament of Canada is not inhibited by s. 96 in conferring upon any judicial officers jurisdiction in matters falling within federal competence" (Reference Re Section 6 of the Family Relations Act, (1982) 131 D.L.R. (3d) 257, p. 267). Pour une étude détaillée et nuancée de cette question, voir R. Elliott, "Constitutional Law - Judicature - Is Section 96 Binding on Parliament", (1982) 16 U.B.C.L.R. 313.

(4) Tomko c. Labour Relations Board (N.E.), [1977] 1 R.C.S. 112, p. 120.

(5) Dans l'affaire d'un renvoi [...] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728, note N. Lyon, (1982) 16 U.B.C.L.R. 131.

à trancher les litiges suscités tant par des lois fédérales que provinciales, la compétence de nommer et de rémunérer les juges des principales cours aurait été en conséquence confiée aux autorités fédérales. Cependant, appelé ultérieurement à rédiger un avis au nom de la majorité de ses collègues, l'honorable juge Estay observait, dans le renvoi sur le droit de la famille, que selon la théorie généralement acceptée, l'article 96 aurait pour but "to ensure quality of independence and impartiality in the courtroom where the more serious claims and issues in the community arise" (6).

La question de la délimitation du champ d'action de l'article 96 a suscité depuis 1867 une jurisprudence extraordinairement abondante et fort complexe, révélatrice à sa façon de la complexité du système judiciaire canadien et du déséquilibre constitutionnel auquel donne lieu le partage des compétences en cette matière. Un ancien professeur d'université n'hésitait pas à écrire, en 1963, que l'article 96 avait donné ouverture à un "relentless pursuit to excise original sin in provincial law-making".

Ce contentieux s'est notamment développé, à l'origine, dans le cadre de litiges relatifs à l'attribution de fonctions judiciaires à des cours inférieures de justice non énumérées à l'article 96. Cela explique que les interprètes de la Constitution se soient tout spécialement attachés à des considérations d'ordre fonctionnel; ils se livraient à une analyse de la juridiction en cause afin de vérifier si elle était du genre "protégé" par l'article 96, i.e. identique ou généralement analogue à un genre de juridiction exercé en 1867 par une cour supérieure, de district ou de comté ("1867 statute book test").

L'attribution de plus en plus fréquente de fonctions judiciaires importantes à des organismes administratifs, distincts des cours de justice, a suscité toutefois une jurisprudence plus souple (et subtile), marquée au coin de préoccupations d'ordre institutionnel. Déjà mise de l'avant par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire John East Iron Works Ltd (7), cette évolution juris-

(6) Reference Re Section 6 of the Family Relations Act, [1982] 131 D.L.R. (3d) 257, p. 280-281. Le juge Estay s'empresse d'ajouter que cette façon de voir les choses n'a pas recueilli l'appui de la Cour suprême du Canada, dans In re Adoption Act, [1938] R.C.S. 398, p. 415-416.

(7) Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works Ltd., [1949] A.C. 134.

prudentielle trouva spécialement sa confirmation dans l'arrêt Tomko c. Labour Relations Board (N.E.) (8) que prononça en 1975 la Cour suprême du Canada.

Il importe donc de s'arrêter brièvement aux principales composantes de cette orientation jurisprudentielle afin de déterminer dans quelles circonstances l'article 96 peut être invoqué afin de mettre en cause la constitutionnalité du texte attribuant une compétence à un organisme administratif, au motif que cette compétence est exercée par des personnes inhabilitées à ce faire, vu les articles 96 à 100 de l'A.A.N.B.

D'ores et déjà, deux observations préliminaires peuvent être formulées.

- L'application de l'article 96 à des cas d'espèce semble obéir à des règles assez différentes selon que l'institution provinciale visée est soit de nature surtout judiciaire, soit de nature surtout administrative. Cette discrimination a été officiellement reconnue par la Cour suprême du Canada. Dans le récent renvoi sur le droit de la famille, le juge en chef Laskin (pour les dissidents) a souligné qu'il ne fallait pas confondre dans la jurisprudence les "court cases" et les "administrative law cases" (9) tandis que le juge Estey observait (pour la majorité):

"A permissive view is, of course, more easily adopted when the constitutional scan is directed to an administrative tribunal operating under a statute which outlines the policy of the legislature and which leaves much of the implementation and application of that policy to a board appointed sometimes with a qualifying background related to the regulated field." (10)

- Il serait intéressant d'analyser les circonstances qui pourraient donner lieu à l'application de la théorie du "juge" ou de "l'officier de facto" lorsqu'un justiciable invoque dans un litige une violation de l'article 96. Cette théorie est sans doute inopposable à celui qui veut empêcher un organisme de prendre une décision; par hypothèse la thèse de l'officier "de facto" n'est invoquée que pour valider une décision déjà prise par un décideur illégalement nommé, lorsqu'il occupe de bonne foi son poste et exerce sa charge en vertu d'un droit apparent ("colourable authority") (11). Reste peut-être à déterminer

(8) [1977] 1 R.C.S. 112.

(9) Reference Re Section 6 of the Family Relations Act, [1982] 131 D.L.R. (3d) 257, p. 261.

(10) Ibid, p. 291.

(11) H.W.R. Wade, "Administrative Law", 4e éd., 1977, p. 287-289.

si la théorie en question ne fait obstacle éventuellement qu'à l'annulation des décisions prises dans le passé, i.e. avant que l'inconstitutionnalité de l'attribution de compétence ne soit prononcée (par un jugement final?) à l'occasion d'un litige donné, ou, au contraire, s'il est possible de l'invoquer parfois pour s'opposer à l'annulation de la décision à l'origine même du litige, de façon en somme à ce que le jugement d'inconstitutionnalité pour cause de violation de l'article 96 ne produise ses effets que pour l'avenir (12).

Il apparaît possible de faire ressortir le particularisme du droit relatif à l'application de l'article 96 à des organismes administratifs en s'arrêtant tour à tour sur les points suivants:

- Le caractère judiciaire, au sens de l'article 96, de l'attribution illégalement exercée
- La théorie de "l'institutionnal setting", facteur à la fois d'assouplissement désirable et d'insécurité accentuée
- Le problème particulier de la juridiction d'appel

Notre objectif premier est d'attirer l'attention sur l'état insatisfaisant de la jurisprudence relative au problème de l'appel.

Paragraphe 1 - Le caractère judiciaire, au sens de l'article 96, de l'attribution illégalement exercée

Si, à l'occasion de son arrêt Ministre du revenu national c. Coopers and Lybrand (13), la Cour suprême du Canada a bien indiqué que la notion de fonction "quasi judiciaire" peut recevoir une interprétation très large en droit administratif, l'honorable juge Dickson a souligné (per curiam), dans l'affaire de la Commission des logements de l'Ontario, que l'article 96 ne doit s'appliquer aux institutions administratives que lorsqu'elles exercent des fonctions "judiciaires" au sens

(12) "The basis of the de facto principle is that the public must be able to rely on the acts of judge and officers so long as there is no reason to suppose that they are not validly appointed [...] In many legal situations it is a mistake to suppose that the consequences of invalidity should be worked out with rigid logic and without regard to facts" (H.W.R. Wade, op. cit., p. 288 et 289). Pour une application de cette théorie au Tribunal des transports du Québec, voir Bernier et Frères Ltée c. Tribunal des transports, C.S., Québec, 29 juin 1979.

(13) [1979] 1 R.C.S. 495.

qu'il convient de donner à cette expression dans le cadre de l'article 96.

L'honorable juge s'est particulièrement penché sur ce sujet dans les notes qu'il a consacrées aux deux premières étapes du raisonnement à trois temps qu'exige à son avis la décision d'assujettir l'exercice d'une compétence provinciale au régime des articles 96 à 100 de la Loi constitutionnelle de 1867. Premièrement, s'agit-il d'une fonction judiciaire qui corresponde au genre de juridiction exercé en 1867 par une cour de 96? (14) Deuxièmement, si on tient compte du cadre institutionnel dans lequel cette fonction est appelée à être exercée, conserve-t-elle encore son caractère judiciaire? (15)

La première proposition n'a rien d'original et on l'applique fréquemment dans la jurisprudence relative aux cours de justice composée de juges nommés par les autorités provinciales. Elle permet aux historiens du droit de voler la vedette aux constitutionnalistes aguerris, aux juges, de faire du droit comparé (1867-1982), aux bibliothécaires, de dépoussiérer les vieux statuts ...

La seconde étape, telle que décrite par le juge Dickson, apparaît plus novatrice.

On observe en effet que la notion de fonction "judiciaire" reçoit une interprétation restrictive lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 96.

"[...] the question of whether any particular function is "judicial" is not to be determined simply on the basis of procedural trappings. The primary issue is the nature of the question which the tribunal is called upon to decide. Where the tribunal is faced with a private dispute between parties, and is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality, then, normally, it is acting in a "judicial capacity". To borrow the terminology of Professor Ronald Dworkin, the judicial task involves question of "principle", that is, considerations of the competing rights of individuals or groups [...] The hallmark of a judicial power is a lis between parties in which a tribunal is called upon to apply a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality" (16)

(14) Dans l'affaire d'un renvoi [...] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 734.

(15) Loc. cit., p. 734. L'arrêt sur l'inconstitutionnalité de la Commission des Logements de l'Ontario a servi d'assise au jugement de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans une affaire Re Fort Massey Realities Ltd and Rent Review Commission, [1982] 132 D.L.R. (3d) 516. Il y a été jugé que le pouvoir de fixer le montant des loyers "in no way encroached on the traditional jurisdiction of the s. 96 courts" (p. 523). Au Québec, la majorité des juridictions de la Régie du logement, exception faite notamment de sa compétence de fixer le prix des loyers, ont aussi été jugées inconstitutionnelles par la Cour supérieure. Voir Grondin c. Roy, [1981] C.S. 1005; Immeubles Jacques Robitaille Inc. c. Kwong, [1981] C.S. 1009; Richard c. Champagne, [1981] C.S. 1017; Propiq Inc. c. Régie du logement, [1982] C.S. 111; Grassi c. Hamelin, [1981] C.S. 1002; De Pourichkevitch c. Immeubles Eltax Ltée, J.E. 82-864. Consulter aussi le jugement de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse: Re Burke and Arab, [1982] 130 D.L.R. (3d) 38.

(16) Loc. cit., p. 735 et 743.



Une fonction "quasi-judiciaire" aux fins de la recevabilité d'un recours en évocation (certiorari-prohibition) sous l'article 846 du Code de procédure civile, d'un recours en annulation sous l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, etc., n'est donc pas automatiquement une attribution "judiciaire" susceptible de provoquer la mise en oeuvre de l'article 96. Ainsi que l'observait d'ailleurs le juge Dickson, per curiam, dans l'arrêt *Coopers and Lybrand*:

"One must weight the factors for and against the conclusion that  
(a) decision must be made on a judicial basis". (17)

Il apparaît tout à fait légitime, mis à part la présomption de constitutionnalité des lois, que la notion de fonction judiciaire soit interprétée restrictivement dans le cadre de l'article 96. Cette disposition de l'A.A.N.B. constitue une exception au principe général qui veut que l'organisation administrative et judiciaire relève dans chaque province de la compétence exclusive des législatures (article 92). En outre, la portée par ailleurs considérable donnée à cet article 96 est déjà une source de difficultés d'envergure dans le fonctionnement de l'administration publique provinciale et un facteur d'insécurité grandissante (du moins au Québec) pour ceux qui transigent avec elle.

L'honorable juge Dickson note que cette recherche du caractère proprement judiciaire d'une compétence doit s'effectuer en tenant compte du cadre institutionnel dans lequel s'inscrit son exercice.

"Step two involves consideration of the function within its  
institutional setting to determine whether the function itself  
is different when viewed in that setting". (18)

En réalité, il est permis de se demander si ce que le juge Dickson présente comme la seconde étape d'un raisonnement ne pourrait pas en être la première. La question de savoir si une attribution est généralement analogue à un genre de responsabilité dévolu en 1867 aux "cours de 96" exige souvent des recherches de grande envergure, d'autant plus que ce retour dans le passé n'est pas limité au droit en vigueur dans la province qui voit une de ses lois mise en accusation pour cause d'atteinte à l'article 96. L'étude des "vieux statuts" provinciaux peut se poursuivre dans les "vieux pays". Des lois britanniques ont retenu l'attention

---

(17) [1979] 1 R.C.S. 495, p. 505.

(18) [1981] 1 R.C.S. 714, p. 734.

de la Cour suprême dans les affaires In re Adoption Act (19) et Reference Re Section 6 of the Family Relations Act (20).

La mise en lumière, dès le départ, du caractère non proprement judiciaire d'une attribution donnée, notamment à cause du cadre institutionnel dans lequel elle s'inscrit, pourrait dispenser les intéressés de se livrer à de longues recherches et à de longues dissertations politico-socio-juridiques sur les analogies susceptibles d'exister entre diverses attributions.

Mais compte tenu de la complexité de la majorité des litiges suscités par l'article 96 et de l'incertitude qui entoure leur solution jusqu'au jugement final, il est probable que les plaideurs voudront couvrir tous les aspects du problème; de sorte qu'en pratique, ils ne laisseront probablement tomber aucune des deux premières étapes présentées par l'honorable juge Dickson, quelle que soit l'ordre retenu.

Ces deux étapes ont d'ailleurs un objectif unique: vérifier si la compétence controversée peut être assimilée à un genre de juridiction, de fonction judiciaire confiée en 1867 à une "cour de 96". Vérifier, en somme, s'il s'agit d'une responsabilité du genre "1867-96". L'étape numéro deux ne fait à la rigueur que rappeler aux intéressés que la qualification d'un (ou plusieurs) pouvoir de l'Administration doit toujours se faire en tenant compte de l'ensemble des articles de la loi dans laquelle le parlement a consenti à la délégation.

Incidentement, la Cour suprême ayant jugé dans l'affaire Blaikie (21) que les garanties linguistiques de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 visaient non seulement les cours de justice mais aussi les "tribunaux quasi-judiciaires", il sera intéressant de voir quelle interprétation recevra dans ce contexte constitutionnel l'expression "quasi-judiciaire".

Paragraphe 2 - La théorie de "l'institutionnal setting", facteur à la fois d'assouplissement désirable et d'insécurité accentuée

A l'occasion de l'affaire de la Commission des logements de l'Ontario, l'honorable juge Dickson a très bien résumé, dans le cadre du troisième temps du

(19) [1938] R.C.S. 398

(20) [1982] 131 D.L.R. (3d) 257.

(21) Procureur général du Québec c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016.

raisonnement qu'il a proposé, ce qu'est en théorie la notion de "l'institutional setting", de cadre institutionnel de l'exercice d'une fonction.

Il importe de noter que cette notion n'entre en scène que lorsque l'application des étapes une et deux de la procédure d'analyse conduit à penser que la juridiction sous étude est plutôt du genre "1867-96".

"Tomko added a further dimension. An administrative tribunal may be clothed with power formerly exercised by s. 96 courts, so long as that power is merely an adjunct of, or ancillary to, a broader administrative or regulatory structure". (22)

Voici les principaux passages des notes du juge Dickson sur la notion de "l'institutional setting".

"I do not think it can be doubted that the courts have applied an increasingly broad test of constitutional validity in upholding the establishment of administrative tribunals within provincial jurisdiction. In general terms it may be said that it is now open to the provinces to invest administrative bodies with "judicial function" as part of a broader scheme [...] s. 96 can no longer be construed as a bar to a province seeking to vest an administrative tribunal with ancillary "judicial" powers formerly exercised by s. 96 courts [...]

The teaching of John East, Tomko and Mississauga is that one must look to the "institutional setting" in order to determine whether a particular power or jurisdiction can validly be conferred on a provincial body [...]

As the British Columbia Court of Appeal noted in its consideration of s. 96 in *Re Pepita and Doukas* [...] "it is notable that no general tests are offered or established in the Tomko judgment for the characterization of the function, the characterization of the institutional arrangements, and the examination of their interrelationship. Instead, the judgment continues with a consideration of the particular function in its context."

An administrative tribunal may be clothed with power formerly exercised by s. 96 courts, so long as that power is merely an adjunct of, or ancillary to, a broader administrative structure. If, however, the impugned power forms a dominant aspect of the function of the tribunal, such that the tribunal itself must be considered to be acting "like a court", then the conferral of the power is ultra vires. [...]

The phrase - "it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears" - is the central core of the judgment in Tomko [...] What must be considered is the context in which this power is exercised [...]

---

(22) [1981] 1 R.C.S. 714, p. 733.

It may be that the impugned "judicial powers" are merely subsidiary or ancillary to general administrative functions assigned to the tribunal (John East; Tomko) or the powers may be necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature (Mississauga). In such a situation, the grant of judicial power to provincial appointees is valid. The scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal (Farrah) so that the tribunal can be said to be operating "like a s. 96 court".

The matter was well expressed in the Ontario Court of Appeal: "Where judicial powers are conferred by a provincial Legislature on a provincially constituted and appointed tribunal, the fact that the tribunal may not be curial in its essential functions but rather an administrative tribunal entrusted with the making of decisions that are primarily of an administrative nature will not, of itself, insulate the judicial powers from a finding that the legislation conferring them is, to that extent, invalid. Whether such a finding may be escaped will tend to depend on whether the judicial powers are seen to be merely incidents of, or adjuncts to, a scheme for the administration of a matter that is otherwise within provincial legislative competence, albeit that as incidents of or adjuncts to the scheme they may be necessary for its effective functioning". (23)

On peut tenter d'esquisser certaines observations générales à la suite de ces enseignements du juge Dickson.

- La théorie du cadre institutionnel ne peut éventuellement venir en aide qu'à un organisme exerçant à la fois des pouvoirs administratifs et des pouvoirs judiciaires du genre "1867-96". C'est pourquoi on peut se demander si la Cour de division de l'Ontario a eu raison d'y faire appel dans une affaire Re Murdy and City of Toronto (24), relative au pouvoir d'un juge de la Cour provinciale, à l'occasion de poursuites pour infraction à des règlements municipaux, "to make an order prohibiting the continuation or repetition of the offence by the person convicted". On s'attaquait à cette juridiction au motif qu'elle autorisait le juge à émettre des injonctions. Après avoir mis en lumière quelques facteurs de distinction entre l'injonction

(23) Loc. cit., p. 732-736. La théorie de "l'institutional setting" a aussi présidé aux jugements prononcés par la Cour suprême dans les affaires suivantes: Ville de Mississauga c. Municipalité régionale de Peel, [1979] 2 R.C.S. 244; Massey-Ferguson Industries Ltd c. Government of Saskatchewan, [1982] 127 D.L.R. (3d) 513. On l'a aussi invoqué dans l'arrêt Société Radio-Canada c. Cordeau et Commission de police du Québec, [1979] 2 R.C.S. 618.

(24) [1981] 118 D.L.R. (3d) 304.

et la prohibition sous étude, la Cour ajouta:

"In the case at bar, the power given to the Provincial Court must be considered in its institutional setting which I take to be a fabric of regulations and prohibition exacted in the public interest by municipalities to govern the activities of their inhabitants" (25)

En aucun cas, il ne fut question de tâches administratives confiées au juge de la Cour provinciale, auxquelles les ordres de prohibition auraient pu servir d'accessoire.

- La théorie de "l'institutional setting" n'a pas été contenue très précis, même si on ne peut nier qu'elle constitue un facteur d'assouplissement dans la jurisprudence relative à l'article 96. Son application laisse au juge une grande liberté de manoeuvre, d'appréciation, à l'image de celle que lui reconnaît le droit administratif lorsqu'il s'agit de qualifier un pouvoir de quasi-judiciaire. En réalité, l'honorable juge Dickson aurait peut-être pu répéter, à propos de la théorie de "l'institutional setting", les remarques qu'il avait formulées dans l'arrêt *Coopers and Lybrand*, au sujet du pouvoir quasi-judiciaire:

"One must weigh the factors for and against the conclusion that the decision must be made on a judicial basis. Reasonable men balancing the same factors may differ, but this does not connote uncertainty or ad hoc adjudication; it merely reflects the myriad administrative decision - making situations which may be encountered to which the reasonably well - defined principles must be applied". (26)

Reste cependant à se demander si l'application de la théorie du cadre institutionnel obéit à des règles raisonnablement bien définies ou si cette question ne laisse pas place à une trop grande part de considérations subjectives, source de grande insécurité dans la délimitation de la portée de l'article 96. D'autant plus que la notion de "jurisdiction généralement assimilable à un genre de juridiction exercée en 1867 par les cours de 96" n'est pas elle non plus d'un contenu éclatant de précisions.

- La théorie du cadre institutionnel ne connaît pas semble-t-il son équivalent dans la jurisprudence relative à l'attribution de fonctions judiciaires à des cours non énumérées à l'article 96. A cet égard, il est intéressant de prendre note de certaines observations du juge en chef Laskin, rédigées lors du renvoi sur le droit de la famille.

(25) Loc. cit., p. 310.

(26) Ministre du revenu national c. Coopers and Lybrand, [1979] 1 R.C.S. 495, p. 505.

Les procureurs du gouvernement prétendaient que l'octroi à la Cour provinciale de quelques fonctions judiciaires visées par l'article 96 n'avaient pas pour effet de transformer la Cour provinciale en une "cour de 96". Le juge Laskin rejeta cet argument. Voici quelques passages du texte fort dense consacré à ce sujet:

"What I may term the [...] position appears to borrow from the administrative law cases, cases which deal with a one-specialty agency, e.g. a labour relations board, and to invite the conclusion that if the character of the agency is not changed by the addition of certain questioned powers, then, similarly, the Provincial Court may be invested with additional powers without necessarily being transformed into a s. 96 Court.

This assertion is founded upon a misconception of the administrative law cases and, most certainly, is not supported by what I would call the Court cases. [...]

Even functions which, in a particular context, may be regarded as purely s. 96 Court functions may lose that purity if they are placed in a different context or are qualified in their use or thrust [...]

The Provincial Court, under the Family Relations Act, retains its essential character as a Court [...] Neither the fact of certain concurrency of jurisdiction with the British Columbia supreme Court nor its subjection to review or appeal provide any basis for entitling the Provincial Court to absorb s. 96 Court functions on the ground that it has not been transformed into a Superior, District or County Court" (27)

- Un organisme appelé uniquement à exercer une mission judiciaire n'échappe à l'emprise de l'article 96 qu'à la condition que ses attributions ne soient pas assimilables au genre de juridiction exercé en 1867 par les "cours de 96". Le fait que cet organisme ne soit pas officiellement intégré au système judiciaire de la province n'y change rien. La jurisprudence Tomko, Mississauga, etc. ne peut lui venir en aide. Il se trouve plutôt assujéti à la jurisprudence du genre Séminaire de Chicoutimi. En somme, on peut caricaturer la situation en observant qu'il est plus facile aux provinces de confier des fonctions judiciaires importantes à un organisme administratif qu'à une cour composée de juges nommés par les pouvoirs publics provinciaux.

---

(27) Reference Re Section 6 of the Family Relations Act, [1982] 131 D.L.R. (3d) 257, p. 261-263.

- Cependant, cet organisme judiciaire peut bénéficier du facteur d'assouplissement jurisprudentiel dégagé par l'honorable juge Estey (pour la majorité) dans le renvoi sur le droit de la famille.

"A permissive view is, if course, more easily adopted when the constitutional scan is directed to an administrative tribunal operating under a statute which outlines the policy of the Legislature and which leaves much of the implementation and application of that policy to a board appointed sometimes with a qualifying background related to the regulated field. But it has almost equal importance and value when the programme outlined in the enabling statute lends itself to interpretation and application in the quick and relatively less expensive summary procedures of the so-called inferior tribunals. The rights and duties created by such statutes frequently are of a kind or are directed to a sector of the community so as to be better and more expeditiously realized and interpreted by the less formal and less demanding procedures of the Provincial Court. It is not to denigrate the role of the Superior Court or its efficacy in the modern community. It is only to say that the highly refined techniques evolved over centuries for the determination of serious and frequently profound difficulties arising in the community are unnecessary for the disposition of much of the traffic directed to the magisterial Courts by contemporary provincial legislation. That traffic can sometimes bear neither the cost nor the time which sometimes inevitably must be borne or devoted by the parties to causes in the Courts of general jurisdiction (the descendants of the Royal Courts of Justice) and the County Courts" (28).

Ces justes observations, révélatrices de préoccupations orientées vers le principe moderne de la spécialisation des tâches, ont une portée qui dépasse le stricte cadre de la délimitation des responsabilités des cours inférieures proprement dite. Elles pourraient aussi s'appliquer à un tribunal administratif d'appel.

### Paragraphe 3 - Le problème particulier de l'appel

Dans deux jugements d'une importance considérable, la Cour suprême du Canada a fait tomber la guillotine de l'article 96 sur des organismes québécois, composés de juges de la Cour provinciale nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, et exerçant une juridiction d'appel: Procureur général du Québec c. Farrah (29) relatif au Tribunal des transports; Crevier c. Procureur général du Québec (30), concernant le Tribunal des professions.

(28) Loc. cit., p. 291.

(29) [1978] 2 R.C.S. 638.

(30) [1981] 2 R.C.S. 220.

Or, chose assez extraordinaire, ces arrêts font parfois des rapprochements entre les juridictions d'appel ("appeal") et de surveillance ("review") sans même s'arrêter d'abord à rappeler qu'il s'agit là de deux compétences fondamentalement et traditionnellement différentes, comme en témoignent les propos que l'on peut lire dans plusieurs jugements rendus dans le passé et comme l'ont signalé à maintes reprises nombre d'auteurs.

Les observations suivantes du professeur H.W.R. Wade sont bien connues:

"The system of judicial review is radically different from the system of appeals. When hearing on appeal the court is concerned with the merits of the decision under appeal. When subjecting some administrative act or order to judicial review, the court is concerned with its legality. On an appeal the question is "right or wrong"? On review the question is "lawful or unlawful"?

Rights of appeal are always statutory. Judicial review, on the other hand, is the exercise of the court's inherent power to determine whether action is lawful or not and to award suitable relief. For this, no statutory authority is necessary [...] The basis of judicial review, therefore, is common law. [...]

Judicial review is a fundamentally different operation. Instead of substituting its own decision for that of some other body, as happens when an appeal is allowed, the court on review is concerned only with the question whether the act or order under attack should be allowed to stand or not [...] In the case of unauthorised action the court's principal weapon is the doctrine of ultra vires [...]

It is an inevitable consequence of our concept of the separation of powers, and our lack of administrative courts, that there is sharp distinction between appeal and review" (31)

Dans son arrêt Re Raca! Communications Ltd (32), la "House of Lords" a jugé qu'il ne fallait pas confondre l'appel et le pouvoir de surveillance, à propos d'une affaire portant sur le contrôle que la Cour d'appel voulait exercer sur un jugement de la "High Court" dont un texte de loi précisait qu'il ne pouvait faire l'objet d'un appel. La Chambre des Lords précisa que la juridiction de la Cour d'appel était uniquement statutaire et non inhérente. Particulièrement guidée par Lord Denning, la Cour d'appel avait cru pouvoir passer outre à l'interdiction législative en soutenant que la décision du juge de la "High Court" équivalait à un refus d'exercer sa juridiction et que conformément aux arrêts Anisimic et Pearlman, il y avait lieu de corriger cette erreur de droit. La "House of Lords"

(31) "Administrative Law", 4e éd., 1977, p. 36-38.

(32) [1980] 2 All. E.R. 634.



se fit fort de signaler à la Cour d'appel qu'elle avait confondu sa juridiction statutaire d'appel avec le traditionnel pouvoir de surveillance qu'il revient à la Cour supérieure d'exercer en première instance (33).

Il serait oiseux de dresser une longue liste d'arrêts canadiens qui ont conduit les juges à signaler constamment aux justiciables qu'il ne faut pas profiter de recours en surveillance pour leur demander d'exercer une juridiction d'appel; le pouvoir de surveillance ne doit pas être travesti en compétence d'appel.

Rappelons que la Loi sur le transport confiait au Tribunal des transports une juridiction exclusive d'appel, sur toute question de droit, à l'endroit des décisions de la Commission des transports et que le Tribunal pouvait confirmer, modifier ou infirmer toute décision et rendre la décision qui, à son jugement, aurait dû être rendue en premier lieu par la Commission. Par ailleurs, le Code des professions confiait au Tribunal des professions la compétence de statuer en appel de toute décision d'un comité de discipline; l'appel n'était pas limité aux questions de droit; comme le Tribunal des transports, le Tribunal des professions pouvait confirmer, modifier ou infirmer toute décision qui lui était soumise et rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu.

L'affaire Farrah a donné lieu à un jugement unanime d'inconstitutionnalité, mais pour diverses raisons si l'on s'en remet à l'ensemble des notes des juges. Cependant, l'opinion ayant reçu l'appui d'une majorité est celle du juge Pratte, et non celle du juge en chef Laskin comme le laissent croire des jugements postérieurs. L'arrêt Crevier est l'oeuvre du juge Laskin, per curiam. L'un et l'autre jugement ne sont pas toujours lumineux dans leur motivation. On peut toutefois être plus sévère à l'endroit du second étant donné qu'il s'agissait du deuxième arrêt sur une question du même genre et que la Cour pouvait en outre tirer profit des enseignements magistraux dégagés cinq mois auparavant dans le renvoi sur la Commission des logements, enseignements dont avait d'ailleurs fait usage le juge en chef Laskin, deux semaines plus tôt, dans l'affaire Massey-Ferguson (34).

---

(33) Pour un problème un peu semblable, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans Goodman c. Rampkey, J.E. 82-537.

(34) Massey-Ferguson Industries Ltd c. Government of Saskatchewan, [1982] 127 D.L.R. (3d) 513.

[I] est possible de donner à l'arrêt Farrah toutes sortes d'interprétations mais un fait semble incontestable. La "ratio" du jugement majoritaire se trouve dans les notes suivantes du juge Pratte:

"A provincial Legislature is therefore competent to reduce the scope of the supervisory power of a superior court by precluding the review by that court of the decisions of an inferior tribunal which while taken within jurisdiction are however tainted with "illegality" (i.e. error of law on the face of the record) and might otherwise be quashed on certiorari. This is indeed what the Quebec Legislature has done when it enacted the privative clause contained in ss. 24 and 72 of the Transport Act. But, it has done more: by s. 58(a) it has also bestowed on the Transport Tribunal the jurisdiction to rule on questions of law in appeal from the decisions of the Commission. This jurisdiction of the Transport Tribunal clearly includes the power to review and correct on appeal such errors of law as may be committed by the Commission within its jurisdiction and which in the absence of both the privative clauses and the right of appeal to the Transport Tribunal could have been corrected by the Superior Court on evocation (formerly certiorari). The net combined effect of s. 58(a) and of the privative clauses (ss. 24 and 72 of the Transport Act) is therefore to transfer to the Transport Tribunal part of the inherent supervisory authority that was vested in the Superior Court at the time of Confederation." (35)

C'est bien ainsi que l'arrêt Farrah a été compris par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans une affaire Re Concerned Citizens of B.C. and Capital Regional District (36). Un article du "Pollution Control Act" de cette province prévoyait un droit d'appel des décisions du "Pollution Control Board", soit au lieutenant-gouverneur en conseil, soit à la Cour suprême, au choix du requérant.

S'exprimant au nom de ses deux collègues, le juge en chef Nemetz écrit:

"The point of significance here is that the [Lieutenant-Governor in] Council and the Supreme Court are given identical powers on appeal [...] The Supreme Court of British Columbia, it must be remembered, at the time of Confederation exercised and now exercises a supervisory power over inferior tribunals and is, therefore, no different from the Superior Court of Quebec. On this respect Pratte J.C. (Martland, Ritchie, Beetz and Pigeon J.J. concurring) said this when finding s. 58(a) of the Quebec Transport Act ultra vires in Farrah, at p. 178 D.L.R., pp. 655-6 S.C.R.:

[Texte cité, supra]

I would respectfully apply these words to the instant appeal. While it is true that the Court [...] has not been entirely excluded from performing a judicial function as was the case in Farrah, nevertheless,

(35) [1978] 2 R.C.S. 638, p. 655-656.

(36) [1981] 118 D.L.R. (3d) 257 - Appel à la Cour suprême du Canada. Voir aussi Nelson c. Pollution Control Board, [1982] 129 D.L.R. (3d) 766 (C.A., C.B.).

if an unsuccessful litigant should choose as his forum the Council rather than the Court, the "net combined effect" of s. 12(1)(c) (le texte attributif de la juridiction d'appel) and s. 24 (the privative clause), to paraphrase what Mr Justice Pratte said in *Farrah* [...] is to transfer to the Council part of the inherent supervisory authority that was vested in the Supreme Court of British Columbia at the time of Confederation" (37)

Etant donné que la juridiction d'appel en cause était confiée au Conseil des ministres, le juge en chef Nemetz se demande ensuite si "l'institutionnal setting" peut constitutionnaliser cette responsabilité. Il répond de façon négative et les notes qu'il rédige à ce propos font voir combien cette théorie peut se prêter à des interprétations diverses.

Aux procureurs du Gouvernement qui soulignaient qu'à la différence de la juridiction confiée au Tribunal des transports du Québec, la compétence d'appel du Conseil des ministres l'habilitait à se prononcer non seulement sur des questions de droit mais aussi sur des questions de fait - l'article 12 portait que "an appeal lies", sans plus de précisions sur la nature de l'appel - le juge Nemetz réplique dans son jugement:

"It is important to notice that the power given to the Supreme Court and to the Council under s. 12 is wider than that granted under s. 58(a) of the Quebec Transport Act in *Farrah* because it comprehends review at the final appellate level of both facts and law. Counsel for the Attorney-General was frank to admit this" (38)

Un premier facteur de distinction possible entre l'appel et le pouvoir de surveillance - l'étendue du contrôle sur les faits - est donc mis en veilleuse par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Bien plus, on se sert de l'absence de limite à la portée de la compétence d'appel confiée au Conseil des ministres pour ajouter à la gravité de l'infraction à l'article 96 de l'A.A.N.B. (39)

On retient aussi que l'honorable juge Nemetz, tout comme l'honorable juge Pratte dans l'affaire *Farrah*, assimile l'appel à une responsabilité qui participe à l'exercice du pouvoir de surveillance des cours supérieures du simple

(37) Loc. cit., p. 262-263. La Commission de contrôle de la pollution et le Lieutenant gouverneur en conseil étaient "protégés" par une clause privative du genre "shall not be questioned in any court", mais précisait: "save for excess or want of jurisdiction".

(38) Loc. cit., p. 262.

(39) Pour une réaction semblable, voir les notes du juge Montgomery, dissident, dans l'affaire *Crevier* en Cour d'appel du Québec: Procureur général du Québec c. Crevier, [1979] C.A. 333, p. 341.

fait qu'il permet un contrôle des erreurs de droit intrajuridictionnelles, qui se trouvent à échapper au champ d'action du pouvoir de surveillance à cause de la présence d'une clause privative.

Cette assimilation de l'appel au pouvoir de surveillance, uniquement parce que le premier recoupe le second sur un terrain qui constitue par ailleurs une extension controversée du traditionnel pouvoir de surveillance - le contrôle des erreurs intrajuridictionnelles -, surprend considérablement (40). Elle fait fi des distinctions fondamentales qu'il y a lieu d'établir entre l'appel et le pouvoir de surveillance et ignore la jurisprudence qui insiste pour que l'article 96 ne s'applique qu'à des responsabilités généralement assimilables aux genres de juridictions dévolues en 1867 aux cours de 96. Par ailleurs, l'idée selon laquelle une province peut retirer aux cours supérieures la faculté de contrôler les erreurs intrajuridictionnelles, à la condition de ne pas confier ce contrôle à d'autres personnes, n'a rien de particulièrement séduisant!

Les notes du juge en chef Laskin, dans l'affaire Farrah, diffèrent très substantiellement de celles de son collègue Pratte, même s'il conclue lui aussi à l'inconstitutionnalité du Tribunal des transports. Mais il n'est pas facile de suivre sa pensée. On retient qu'il n'hésite pas à écrire:

"[...] it is also open to a Province to establish an administrative tribunal of appeal as part of a valid regulatory statute and to invest such a tribunal with power to make decisions on question of law in the course of exercising an appellate authority over decisions of the primary agency" (41)

Mais, à son avis, ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce.

Il appert qu'il reproche surtout à la Législature d'avoir délégué au Tribunal des transports, sur les questions de droit, une juridiction exclusive équivalente à celle confiée traditionnellement à la Cour d'appel du Québec; à la différence du juge Pratte, il ne soutient pas que l'Assemblée nationale a confié au Tribunal une juridiction analogue au pouvoir de surveillance.

Cette interprétation le conduit à voir différemment des facteurs de distinction entre le pouvoir de surveillance et l'appel. Ainsi, il écrit à propos

(40) La Cour d'appel du Québec avait, avec plus d'à propos, insisté sur le fait que l'appel sur des questions de droit autorisait le Tribunal des transports à se préoccuper non seulement des erreurs intrajuridictionnelles mais aussi des excès de juridiction commis par la Commission des transports: Procureur général du Québec c. Farrah, [1976] C.A. 467, p. 468.

(41) [1978] 2 R.C.S. 538, p. 642.

du pouvoir de réformation du Tribunal des transports:

"The fact that by s. 59 of the Transport Act, the tribunal "may confirm, vary or quash any decision submitted to it and render the decision which, in its opinion, should have been rendered in the first instance" simply underlines appellate authority of a kind which is normally given to appellate courts that meet the test of s. 96." (42)

Au sujet des clauses privatives, il observe que:

"Even if it be urged that ss. 24 and 72 should be read as being incapable of denying recourse to the Quebec Superior Court on question of alleged want or excess of jurisdiction and thus as not excluding entirely the reviewability of decisions of the Commission or of the Tribunal by the Superior Court, the validity of ss. 24 and 72 is not directly in issue here. As they stand, they shed light on the purpose of the Transport Act to immunize decisions of both the Commission and the Tribunal from judicial review." (43)

Cependant, tout en semblant reconnaître que le débat est ouvert sur la portée des clauses privatives, le juge Laskin n'hésite pas à faire état de leur présence pour étoffer la "ratio" de son jugement:

"On my opinion, there has been here a substitution of an administrative tribunal of appeal for a s. 96 appellate Court. The effect of ss. 58(a), 24 and 72 is to constitute the Transport Tribunal as the final court of appeal of Quebec in matters within s. 58(a), and to oust the superintending and reforming authority of the Superior Court over decisions of the Commission as well as over decisions of the Transport Tribunal". (44)

On retrouvera, dans l'arrêt Crevier, la même prise de position sur l'effet des clauses privatives au Québec (infra).

Cette conclusion ferme voulant que le Tribunal des transports soit devenu de facto, dans le domaine du transport, la cour d'appel du Québec conduit le juge Laskin à ne pas attacher d'importance à sa propre constatation à l'effet que le Tribunal des transports exerce d'autres responsabilités que celle mentionnée à l'article 58(a) et que:

"Neither s. 58(b) nor s. 56 involves a function which can be designated as "judicial" for the purposes of s. 96 of the British North America Act; s. 58(a) obviously does." (45)

(42) Loc. cit., p. 646.

(43) Loc. cit., p. 645-646.

(44) Loc. cit., p. 647.

(45) Loc. cit., p. 644.

Ce "mixage" de responsabilités aurait pu le conduire à s'interroger de façon approfondie sur une application éventuelle de la théorie de "l'institutional setting". Mais, des observations formulées dans un passage précédent explique peut-être cette attitude. Après avoir référé à l'arrêt Tomko, il note:

"The difficulty in the present case is that the Transport Tribunal has not been constituted as simply a tribunal of appeal within the administrative structure of the Transport Act, empowered to hear appeals from decision of the Transport Commission and to decide questions of law in the course of a general appellate authority. It is constituted as an appeal agency which, under s. 58(a), is primarily concerned with questions of law." (46)

En somme, l'absence de préoccupations administratives dans l'exercice de la compétence sous étude fait obstacle semble-t-il à ce qu'il soit tenu compte de la théorie du cadre institutionnel.

L'arrêt Farrah sera résumé de la façon suivante par l'honorable juge Dickson, per curiam, dans l'affaire de la Commission du logement de l'Ontario:

"In general terms it may be said that it is now open to the provinces to invest administrative bodies with "judicial functions" as part of a broader policy scheme. There will be situations, however, as in Attorney General of Quebec v. Farrah, where a s. 96 "judicial function" is isolated from the rest of the administrative structure of the relevant legislation [...]. The Tribunal performed no function other than deciding questions of law. Since this function was normally performed by s. 96 courts and divorced from the broader institutional framework of the Act, the impugned sections were held to be unconstitutional". (47)

On observe que ce résumé ne tient pas compte des notes du juge Pratte, lequel incidemment ne fit en aucun moment de renvoi à la théorie de "l'institutional setting". On note aussi que le juge Dickson insiste sur le fait que la juridiction d'appel était limitée aux questions de droit.

Dans le renvoi sur le droit de la famille, le juge Laskin synthétise l'arrêt Farrah de façon différente en signalant que:

"there was an attempt to exclude the supervisory jurisdiction of the Superior Courts and, indeed, to substitute an administrative agency for an Appellate Court" (48)

(46) Loc. cit., p. 643-644.

(47) Dans l'affaire d'un renvoi [...] relativement à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 732-733.

(48) Reference Re Section 6 of the Family Relations Act, [1982] 131 D.L.R. (3d) 257, p. 262.

A nouveau, on prend acte de l'importance qu'il donne à la présence de clauses privatives.

Cette question de l'effet des clauses privatives de juridiction sera reprise par l'honorable juge Laskin dans l'arrêt *Crevier*; encore davantage que dans l'affaire *Farrah*, les propos qu'il y consacrera rendront son opinion d'une lecture globalement fort difficile.

Mis en présence d'une "forte" clause privative de juridiction inscrite dans le Code des professions, le juge Laskin décide en quelque sorte de profiter de l'occasion que lui fournit l'affaire *Crevier* pour déclarer que ce genre de texte législatif ne peut avoir pour effet, en matière provinciale, d'empêcher les cours supérieures d'exercer leur traditionnel pouvoir de surveillance en cas d'absence ou d'excès de pouvoir de la part d'un tribunal inférieur ou, si l'on veut, en cas d'erreur juridictionnelle. C'était déjà, comme on le sait, une pratique jurisprudentielle courante. La nouveauté consiste à proclamer solennellement que les dispositions législatives qui ont pour objet - mais elles n'ont pas cet effet - de faire obstacle à l'intervention des cours supérieures en cas d'erreur juridictionnelle sont inconstitutionnelles, parce que contraires à l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867. En somme, le juge Laskin justifie post facto la jurisprudence passée en lui donnant hors de tout doute, à son avis, une assise constitutionnelle en matière provinciale.

"In my opinion, this limitation, arising by virtue of s. 96, stands on the same footing as the well-accepted limitation on the power of provincial statutory tribunals to make unreviewable determinations of constitutionality. There may be differences of opinion as to what are questions of jurisdiction but, in my lexicon, they rise above and are different from errors of law, whether involving statutory construction or evidentiary matters or other matters. It is now unquestioned that privative clauses may, when properly framed, effectively oust judicial review on questions of law and, indeed, on other issues not touching jurisdiction. However, given that s. 96 is in the British North America Act and that it would make a mockery of it to treat it in non-functional formal terms as a mere appointing power, I can think of nothing that is more the hallmark of a superior court than the vesting of power in a provincial statutory tribunal to determine the limits of its jurisdiction without appeal or other review." (49)

---

(49) *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 236-237. On aura remarqué que le juge Laskin semble reconnaître que le pouvoir de surveillance peut être remplacé par un appel.

Cette déclaration générale d'inconstitutionnalité produit un effet sur la solution de l'affaire Crevier. Rappelons, pour mémoire, que le Tribunal des professions exerçait une juridiction générale d'appel (fait et droit) et que le Code des professions l'autorisait expressément à substituer sa décision à celle rendue par un comité de discipline. Or, nous l'avons déjà signalé, le Tribunal était protégé par une forte clause privative. Le juge en chef Laskin est d'avis que ladite clause empêche la Cour supérieure d'exercer son contrôle sur le Tribunal des professions. Il avait tenu des propos semblables, dans l'affaire Farrah, en regard des clauses privatives inscrites dans la Loi sur le transport. Il écrit dans Crevier:

"The Court of Appeal majority viewed the preclusive words of s. 194 (50) as not touching the power and right of the Superior Court to issue a writ of evocation where there has been a want or excess of jurisdiction. Section 194 itself, however, does not recognize this supervisory authority of the Superior Court. If it did, it would be arguable that so long as the Profession Tribunal was subject to the superintendence of the Superior Court on question of jurisdiction, it would not be tainted as exercising a power belonging to a s. 96 court by an initial but reviewable conclusion that a Discipline Committee had exceeded its jurisdiction. That is not this case, having regard to the embracive terms of s. 194 of the Professional Code." (51)

Avec respect, il faut dire, avec la Cour d'appel du Québec, que l'article 194 n'empêchait pas la Cour supérieure d'intervenir en cas d'erreur juridictionnelle. Les clauses privatives n'ont pas plus d'effet, aujourd'hui, au Québec qu'elles en ont ailleurs au Canada et il n'est nul besoin que l'article 194 "recognize [the] authority of the Superior Court"; le pouvoir de surveillance prend sa source au Québec dans la common law (52) et les juges québécois ne se préoccupent guère depuis longtemps de l'article 33 du Code de procédure civile qui reconnaît l'existence de ce pouvoir de surveillance, mais en ajoutant: "sauf dans les cas où la juridiction du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière".

(50) Article 194: "Aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre les personnes visées à l'article 193 (notamment les membres du Tribunal des professions) agissant en leur qualité officielle". Ajoutons qu'ailleurs dans ses notes, le juge en chef signale aussi la présence de l'article 195: "Les dispositions de l'article 33 du Code de procédure civile ne s'appliquent pas aux personnes visées à l'article 193 agissant en leur qualité officielle."

(51) Loc. cit., p. 229-230.

(52) Three Rivers Boatman Ltd c. Conseil canadien des relations ouvrières, [1969] R.C.S. 607.



Tout le reste du jugement Crevier est affecté par cette mésinterprétation de l'article 194 car, comme dans Farrah, le juge Laskin attache beaucoup d'importance à la clause privative.

Il n'accepte pas les motifs fort pertinents qu'avait invoqués la majorité des juges de la Cour d'appel du Québec pour conclure à la constitutionnalité du Tribunal des professions: la juridiction d'appel du Tribunal des professions est distincte de celle du Tribunal des transports puisqu'elle permet un contrôle des questions de fait et des questions de droit; le "1867 statute book test" est à l'effet que l'appel en matière disciplinaire est un genre de juridiction qui était plutôt exercé avant la Confédération par des tribunaux domestiques; le Tribunal des professions est autorisé à substituer son opinion à celle des comités de discipline ce qui accentue le particularisme de sa compétence; même s'il n'y a pas d'appel des décisions du Tribunal, la Cour supérieure n'en conserve pas moins la faculté de les soumettre à son pouvoir de surveillance (53).

Le juge Laskin observe d'abord que "l'institutional setting" ne peut recevoir d'application, probablement au motif qu'il estime se trouver en présence d'un organisme dont la seule fonction, en l'espèce, est de juger (54). Il semble également prendre pour acquis que le Tribunal des professions exerce une fonction judiciaire. Il consacre la majeure partie de sa motivation à la question de la constitutionnalité des clauses privatives. Puis, il tranche la difficulté en effectuant un raccordement avec l'affaire Farrah, mais davantage avec la "version Laskin" qu'avec la "version Pratte" si on veut bien nous permettre l'expression.

"In short, what the Farrah case decided was that to give a provincially-constituted statutory tribunal a jurisdiction in appeal on questions of law without limitation, and to reinforce this appellate authority by excluding any supervisory recourse to the Quebec Superior Court, was to create a s. 96 court. The present case is no different in principle, even though in ss. 162 and 175 of the Professional Code, dealing with the appellate authority of the Professions Tribunal, there is no mention of the word "law" or the word "jurisdiction". When regard is had to the privative terms of ss. 194 and 195, added to the fact that by s. 175 the Professions Tribunal's decisions are final, I see no significant distinction between the present case and the Farrah case in the fact that in the latter the authority granted to the appeal tribunal was "to the exclusion of any other court". In both cases there was a purported exclusion of the reviewing authority of any other court, whether by appeal or by evocation." (55)

(53) [1979] C.A. 333

(54) [1981] 2 R.C.S. 220, p. 233-234.

(55) Loc. cit., p. 238-239.

La lecture des arrêts Farrah et Crevier appelle quelques observations générales.

- L'arrêt sur le Tribunal des professions illustre, comme plusieurs autres jugements, l'urgente nécessité d'enrayer le "cancer" de l'article 96 qui atteint ou risque d'atteindre nombre d'institutions administratives ou de cours inférieures provinciales. "L'ablation" ou la "chirurgie plastique" devra être l'oeuvre des pouvoirs publics compétents. Le juge en chef Laskin signale à juste titre dans le renvoi sur le droit de la famille:

"It is not for this court, by deploring the presence in the Canadian constitution of such an anomalous provision as s. 96, to reduce it to an absurdity through an interpretation which takes it literally as an appointing power without functional implications". (56)

- Dans la solution de la difficulté constitutionnelle engendrée par l'existence du Tribunal des transports et du Tribunal des professions, le juge en chef Laskin, tant dans l'arrêt Farrah (pour une minorité) que Crevier (per curiam), attache une importance primordiale à la présence de clauses privatives dont il dit qu'elles empêchent l'intervention de la Cour supérieure en cas d'erreur juridictionnelle. Cette espèce de postulat n'est guère conforme à la jurisprudence qui a cours au Québec comme ailleurs au Canada. Et la déclaration solennelle de leur inconstitutionnalité, toute importante qu'elle soit en théorie, ne change guère la réalité des choses, sauf qu'elle met à nouveau en lumière le "potentiel" de l'article 96.
- Mis en présence d'institutions dont on pouvait difficilement nier la mission proprement judiciaire (57), vu la nature de la compétence

(56) Reference Re Section 6 of the Family Relations Act, [1982] 131 D.L.R. (3d) 257, p. 264. Voir N. Duplé, "L'article 96 de l'A.A.N.B. et la réorganisation du contentieux administratif" dans "La protection judiciaire des droits et libertés", Actes du 3e Colloque québécois sur la justice administrative, mai 1980, Faculté de Droit, Université Laval, p. 95-132.

(57) L'appel étant une voie de recours statutaire, l'analyse d'une loi peut conduire à penser qu'un organisme d'appel exerce une responsabilité administrative plutôt que judiciaire. Voir, dans ce sens, l'opinion de la Cour d'appel du Québec sur la nature de l'attribution d'appel exercée par la Commission municipale du Québec en matière de congédiement de fonctionnaires municipaux: Commission municipale du Québec c. Ville de Lévis, [1979] C.A. 28. Permission d'appel refusée par la Cour suprême. La Cour d'appel fait aussi usage de la théorie du cadre institutionnel pour valider la responsabilité sous étude. Certes, une fonction principalement administrative aux fins de l'article 96 peut devenir quasi-judiciaire dans un contexte de droit administratif.

soumise à leur examen, les juges de la Cour suprême ne trouvent pas opportun de faire appel à la théorie du cadre institutionnel pour essayer de sauvegarder la validité des articles en cause de la législation québécoise.

- Mais, on peut certes reprocher à la Cour suprême de ne point s'être arrêtée suffisamment à une question fondamentale: les juridictions d'appel en question sont-elles d'un genre généralement assimilable aux genres de responsabilités judiciaires confiées en 1867 aux "cours de 96"?
- L'absence de préoccupation de cette nature est évidente chez le juge Pratte, dans l'affaire Farrah. Aucune référence n'est faite aux distinctions fondamentales qui existent entre l'appel et le pouvoir de surveillance. L'interprétation mise de l'avant par l'honorable juge (pour la majorité) n'a pas été désavouée par la suite. De sorte qu'une institution composée de personnes nommées par la province est toujours inhabile, semble-t-il, à exercer une compétence d'appel si celle-ci permet le contrôle des erreurs de droit intrajuridictionnelles commises par l'organisme assujetti à ce contrôle et si une clause privative empêche la Cour supérieure d'intervenir en cas d'erreur de cette nature.
- Le juge en chef Laskin, tant dans l'affaire Farrah que dans l'arrêt Crevier, n'est pas insensible à cette préoccupation mais sa vision particulière de l'effet des clauses privatives le conduit à ne pas tenir compte des facteurs de distinction, que la Cour d'appel du Québec avait d'ailleurs proposés dans son arrêt Crevier. Très révélateur, à cet égard, apparaît le passage suivant des notes du juge Laskin, dans l'affaire Crevier. Après avoir opiné que la clause privative fait obstacle, à son avis, à l'intervention de la Cour supérieure en cas d'erreur juridictionnelle, il écrit:

"Even if it were otherwise and the supervisory authority of the Superior Court on question of jurisdiction was expressly preserved, it would still not be a complete answer to a contention that the Professions Tribunal is exercising powers more conformable to those belonging to s. 96 court than those properly exercisable by a provincial administrative or quasi-judicial tribunal or even a provincial judicial tribunal". (58)

En somme, semble-t-il, l'honorable juge reconnaît que si ce n'était de sa thèse sur l'effet des clauses privatives, il lui faudrait se demander si la juridiction d'appel du Tribunal des professions est du genre "1867-96". S'il s'était posée attentivement cette question, il aurait trouvé dans le jugement de la Cour d'appel du Québec une réponse satisfaisante à l'effet qu'il ne s'agissait pas de ce genre de responsabilité.

- La question de savoir si une fonction judiciaire est visée ou non par l'article 96 se réglait généralement dans le passé abstraction faite du problème de son éventuel contrôle par une "cour de 96", soit au moyen d'un appel, soit par l'intermédiaire du pouvoir de surveillance. Ainsi, dans l'affaire Séminaire de Chicoutimi (59), la Cour suprême du Canada a jugé inconstitutionnelle l'attribution, à la Cour provinciale du Québec, d'une juridiction de cassation des règlements municipaux même si le justiciable pouvait interjeter appel à la Cour d'appel du Québec, même si la Cour supérieure était en mesure d'exercer son total pouvoir de surveillance sur la Cour provinciale et même si, par ailleurs, la Cour supérieure conservait une juridiction concurrente en cette matière. Encore récemment, le juge en chef Laskin observait, dans le renvoi sur le droit de la famille, que:

"Neither the fact of certain concurrency of jurisdiction [of the Provincial Court] with the British Columbia Supreme Court nor its subjection to review or appeal provide any basis for entitling the Provincial Court to absorb s. 96 Court functions on the ground that it has not been transformed into a Superior, District or County Court". (60)

En somme, la Cour suprême semble nous dire qu'il ne faut pas confondre le problème de la qualification de la nature ("1867-96") d'une fonction judiciaire avec celui de son éventuel contrôle par une "cour de 96". Dans les arrêts Farrah et Crevier, une importance primordiale est attachée à la question du contrôle d'une attribution pour en définir la nature.

(59) Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi, [1973] R.C.S. 681.

(60) Reference Re Section 5 of the Family Relations Act, [1982] 131 D.L.R. (3d) 257, p. 263-264. Voir aussi A.-G. for Ontario c. Victoria Medical Building, [1960] R.C.S. 32.

- Le fait que l'exercice d'une fonction judiciaire soit soumis à un contrôle d'appel d'une cour de 96 ou au traditionnel pouvoir de surveillance pour cause d'erreur juridictionnelle n'entraîne pas automatiquement qu'il ne puisse y avoir violation de l'article 96: Séminaire de Chicoutimi, Farrah (notes du juge Pratte). Il sera donc intéressant de voir quelle portée les tribunaux donneront éventuellement à la Loi adoptée par l'Assemblée nationale du Québec, après l'arrêt Crevier, et qui précise que le Tribunal des professions (et le Tribunal du travail) est désormais assujéti au pouvoir de surveillance de la Cour supérieure en cas d'erreur juridictionnelle (61). Rappelons que, dans l'arrêt Crevier, le juge en chef Laskin a observé au passage que même si le Tribunal était soumis au pouvoir de surveillance, "it would still not be a complete answer to a contention that the Profession Tribunal is exercising powers more conformable to those belonging to a s. 96 court". Dans l'affaire *Re Concerned Citizens of B.C.*, la Cour d'appel de la Colombie Britannique n'a pas attaché d'importance au fait que, selon un texte législatif très clair à cet effet, les décisions du lieutenant-gouverneur en conseil pouvaient faire l'objet d'un examen par les cours supérieures en cas d'erreur juridictionnelle.
- Le jour où des considérations particulières sur l'effet des clauses privatives empêcheront la Cour suprême d'esquiver une discussion sur les distinctions fondamentales qu'il y a lieu d'établir entre l'appel judiciaire et le pouvoir de surveillance, il faut espérer que, dans le débat qui en résultera sur l'analogie éventuelle avec une juridiction "1867-96", la Cour tiendra compte au besoin, certes du critère institutionnel, mais aussi des remarques judicieuses formulées par le juge Estey, dans l'affaire du renvoi sur le droit de la famille, sur la nécessité toute logique et pratique de confier certains types de fonctions, exercées conformément à des règles sommaires de procédure, à des organismes autres que les cours supérieures, de district ou de comté.

---

(61) Loi modifiant le Code des professions et le Code du travail, Projet de loi no 61, sanctionné le

- L'inexistence, au Québec, de cours de comté ou de district - cours inférieures composées de "juges de 96" - restreint spécialement la liberté de choix de l'Assemblée nationale en matière d'attribution de fonctions judiciaires à des institutions autres que la Cour d'appel et la Cour supérieure.

## Section 2 - L'absence de compétence pour cause de violation de la Charte canadienne des droits et libertés

La jurisprudence et les travaux des experts nous feront bientôt connaître l'étendue véritable de la protection accordée à la population canadienne par la Charte canadienne des droits et libertés. L'entreprise sera probablement fort laborieuse; en effet, on se demande parfois si certains articles de ce document, qui n'a rien d'une "Magna Carta", n'auraient pas été rédigés par Kafka ou peints par Dalí ...

Il est évidemment opportun de commencer à s'interroger sur les conséquences qu'entraîne la mise en vigueur de cette Charte sur la validité des décisions prises par les organismes administratifs, conséquences qu'auront à apprécier notamment les juges des cours supérieures dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance.

Nous réunirons nos réflexions provisoires sous les titres suivants:

- Observations générales sur la Charte
- L'application de la Charte aux organismes administratifs

### Paragraphe 1 - Observations générales sur la Charte

La Charte canadienne des droits et libertés fait partie de la Constitution du Canada, en vertu des dispositions de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 que l'on trouve dans l'annexe B de la Loi [britannique] de 1982 sur le Canada. Cette Loi constitutionnelle de 1982 comprend plusieurs parties, dont une Partie I, réunissant les articles 1 à 34, et intitulée "Charte canadienne des droits et libertés". L'article 52, que l'on trouve dans la partie VII concernant les "Dispositions générales", se lit comme suit:

- "(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

(2) La Constitution du Canada comprend:

(a) la loi de 1982 sur le Canada, y compris la présente loi; [...]"

Bien que l'article 57 porte que les versions anglaise et française de la Loi ont également force de loi, il se posera certes à l'occasion des problèmes de "médiation" entre les deux versions car elles ne sont pas toujours d'un contenu identique.

La Charte canadienne n'abroge pas la Déclaration canadienne des droits ni la Charte [québécoise] des droits et libertés de la personne (62). Etant donné le champ d'action assez restreint de la Charte canadienne, les autres textes fondamentaux, qui n'ont pas cependant de valeur constitutionnelle, peuvent trouver à s'appliquer. Ainsi, par exemple, on ne retrouve pas dans la Charte canadienne, même si elle n'ignore pas complètement ce sujet, l'équivalent des articles 23 et 56 de la Charte québécoise:

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

"56. [Dans l'article 23] le mot tribunal inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi-judiciaires."

Partie d'un document législatif élevé au rang de Loi suprême du pays, la Charte canadienne n'en est pas moins un texte très différent des autres composantes de la Constitution. En effet, les parlements fédéral et provinciaux, chacun dans le cadre de leur compétence législative, peuvent plus ou moins facilement (sur le plan juridique) déroger à la Charte par le biais des articles 33 et 1. Les droits et libertés garantis ne sont pas hors de l'emprise des parlements, à la différence, par exemple, des articles 91, 92 et 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 (A.A.N.B.); les parlements peuvent diminuer l'étendue de la protection assurée par la Charte. Il ne faut pas sortir de son contexte et monter trop en épingle la première phrase de l'article 1 qui dit que "La Charte [...] garantit les droits et libertés qui y sont énoncés." La "garantie" est d'un genre particulier; les "objets vendus" aux articles 2 à 34 peuvent subir des altérations après la "vente" ... Les droits et libertés garantis sont les droits et libertés sujets à la mise en oeuvre des articles 33 et 1.

---

(62) Article 26 - "Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés de la personne."

L'article 33 prévoit qu'un parlement peut adopter une loi dont le contenu est expressément soustrait, pendant un laps de temps déterminé, à certaines dispositions de la Charte: l'article 2 (libertés fondamentales) et les articles 7 à 15 (garanties juridiques et droits à l'égalité, l'article 15 n'entrant de toute façon en vigueur qu'en 1985, selon l'article 32(2) ). Le contrôle judiciaire exercé sur la validité d'une telle loi dérogatrice est pour le moins réduit.

Il en va autrement sous l'article 1 susceptible cette fois de s'appliquer à chacun des droits et libertés.

"La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique."

"The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

On devine que ce texte fera "couler beaucoup d'encre".

Nous ne pensons pas que cette disposition autorise les juges, certes chargés d'en assurer le respect, à s'intégrer dans les structures du "Pouvoir législatif", à se comporter comme des juges d'appel ayant mission d'examiner la rationalité des mesures restrictives édictées par les parlements composés de personnes élues par la population et à qui la Charte ne retire pas leurs pouvoirs législatifs en la matière. Le "self-restraint" des juges de tradition britannique nous paraît encore s'imposer.

L'article 1 n'est pas suffisamment précis pour écarter complètement la règle fondamentale voulant que les lois bénéficient d'une présomption de constitutionnalité, ce qui, à tout le moins en cas de doute, devrait conduire les juges à faire acte de prudence. L'honorable juge Jean Beetz n'observait-il pas dans l'arrêt Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec, per curiam:

"Lorsque le législateur veut modifier la common law, il le fait par des dispositions explicites." (63)

En utilisant le qualificatif "raisonnable", le législateur - formellement le législateur britannique - a employé une expression bien connue du droit public. En droit administratif, des textes législatifs ont parfois astreint

(63) [1979] 2 R.C.S. 618, p. 644.



l'Administration à agir de façon raisonnable et la jurisprudence fait d'ailleurs obligation à la majorité des autorités administratives - exception faite peut-être du Gouvernement et des ministres - de ne pas exercer leurs pouvoirs de façon déraisonnable. On s'accorde à reconnaître que Lord Diplock a bien exprimé l'état du droit à ce sujet lorsqu'il a écrit, dans le célèbre arrêt Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council:

"My Lords, in public law unreasonable as descriptive of the way in which a public authority has purported to exercise a discretion vested in it by statute has become a term of legal art. To fall within this expression it must be conduct which no sensible authority acting with due appreciation of its responsibilities would have decided to adopt."  
(64)

Comment les juges pourraient-ils être plus exigeants à l'endroit des parlements qu'ils ne le sont à l'égard d'organismes administratifs qui exercent des pouvoirs délégués par les premiers? Comment expliquer que les serviteurs recevraient plus d'égards que leurs maîtres? La remarque que Lord Russell of Killowen adressait, dans l'arrêt Tameside, à un ministre habilité par une loi à contrôler la "déraisonnabilité" d'une résolution d'une commission scolaire, ne s'applique-t-elle pas "a fortiori" à un juge appelé à se pencher sur le caractère raisonnable d'une loi:

"In summary, my Lords, "unreasonably" is a very strong word indeed, the strenght of which may easily fail to be recognised and which in my opinion has not been recognised in the instant case by the Secretary of State?" (65)

Ce n'est pas la rationalité "in se" des mesures dérogatoires qui devrait faire l'objet d'un examen sous l'autorité de l'article 1; les juges auraient plutôt pour mission de s'assurer que les restrictions en cause ne "heurtent pas le sens commun", pour utiliser l'expression du juge en chef Deschênes, dans l'affaire Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec (66). En tout état de cause, il faut prendre note du fait que l'article 1 n'autorise pas le juge à s'assurer de la "nécessité" des restrictions.

En réalité, au risque de passer pour un réactionnaire, il faut signaler que la Charte canadienne, étant donné son libellé, qu'il ne faut pas confondre avec le contenu des projets de charte mis de l'avant dans le passé par la doctrine ou les gouvernements eux-mêmes, ne procède qu'à un quasi enchassement des

(64) [1977] A.C. 1014, p. 1066.

(65) Loc. cit., p. 1075.

(66) J.E. 32-388.

droits et libertés dont elle fait état. Le principe de la souveraineté des parlements en cette matière n'est pas abrogé mais diminué; il est probable d'ailleurs que la Charte n'a pu être adoptée qu'à ce prix. Les articles 33 et 1 représentent des restrictions d'envergure à l'article 52. La protection garantie par la Charte peut varier d'une province à l'autre, d'une année à l'autre, sans qu'il soit nécessaire d'utiliser le processus d'amendement à la Constitution.

L'article 1 oblige aussi les juges à définir la portée de l'expression "restreints"; les parlements ne sont autorisés en effet qu'à restreindre les droits et libertés dans des limites raisonnables ("subject only to such reasonable limits") et non à les supprimer, comme l'article 33 les habilite à ce faire. La difficulté d'interprétation est de taille car certaines limitations raisonnables débouchent inévitablement sur des sortes de négation d'un droit ou d'une liberté: bien que "tout citoyen canadien" ait le droit de voter aux élections fédérales et provinciales et soit éligible au poste de député (art. 3), on jugera sans doute raisonnable de nier ce droit aux enfants et il est probable que l'on fera le même raisonnement lorsque l'on niera aux juges le droit d'éligibilité à la charge de député. Si l'article 11(d) garantit à tout inculpé le droit à un "procès public", doit-on conclure que ce droit ne peut être nié à un individu en aucune circonstance?

Les restrictions en cause doivent prendre leur fondement dans une "règle de droit" ("prescribed by law"). Se pose évidemment la question de la portée de cette expression. Convierait-il de faire preuve ici d'une interprétation généreuse, en transposant par exemple les enseignements que l'on peut retirer de l'arrêt Martineau no 1, relatif à la signification des mots "by law" ("légalement") dans le cadre de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale? S'exprimant au nom de trois collègues, et sur ce point, son avis était probablement partagé par les autres membres de la Cour, l'honorable juge Pigeon observait dans cet arrêt que:

"I have no doubt that the regulations are law." (67)

(67) Martineau et Butters c. Le Comité de discipline de l'Institution de Matsqui, [1978] R.C.S. 118, p. 129. Par ailleurs, il résulte de l'arrêt Ministre du revenu national c. Coopers and Lybrand, [1979] 1 R.C.S. 495 que le mot "law", à l'article 28 C.F., comprend la "common law".

L'interprétation suivante semble appropriée.

Cet article autorisant des dérogations à la Constitution du pays, nous voyons mal que des organismes administratifs, à l'occasion de l'adoption de règlements, puissent de leur propre chef, c'est-à-dire en l'absence de loi valide les autorisant expressément à ce faire, restreindre dans l'exercice de leurs pouvoirs les droits et libertés garantis par la Charte. Une dérogation pourrait avoir une forme réglementaire que dans la mesure où celle-ci serait autorisée par une loi délégatrice explicite à cet effet et elle-même non contraire à la Charte. Raisonner différemment conduirait notamment à reconnaître aux multiples corporations municipales la compétence de faire varier de leur propre autorité le contenu de la garantie constitutionnelle, sur chacun de leur territoire.

Une distinction entre divers genres de règlements, inspirée de la typologie établie par la Cour suprême pour les fins de l'article 133 de l'A.A.N.B. (68), ne faciliterait guère l'application d'un article de la Charte déjà complexe. Mais, on ne saurait ignorer que l'on trouve dans l'arrêt *Blaikie* ce passage particulièrement important:

"On doit considérer les pouvoirs législatifs ainsi délégués par la législature à un organisme constitutionnel [i.e. le Gouvernement] qui en fait partie comme une extension de son propre pouvoir législatif et, par conséquent, les mesures décrétées en vertu de cette délégation comme des actes de la législature au sens de l'article 133 de l'A.A.N.B." (69)

Evidemment, cette interprétation libérale de l'expression "Acts of the Legislature of Quebec", valable aussi d'ailleurs pour les lois du parlement du Canada, avait pour effet d'étendre à certaines catégories de règlements la garantie des droits linguistiques prévus à l'article 133 tandis qu'une interprétation trop large de l'expression "règle de droit" ["law"], à l'article 1 de la Charte, aurait pour effet de favoriser la multiplication des dérogations aux droits et libertés garantis.

(68) Procureur général du Québec c. *Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, per curiam.

(69) Loc. cit., p. 320.

Si on laisse de côté les effets qu'il y aurait peut-être possibilité de soutirer de la reconnaissance explicite, dans le préambule de la Charte, du principe de la primauté du droit ("Rule of Law") (70), on constate que la question des recours, permettant de sanctionner la force exécutoire de la Charte, est elle aussi susceptible d'engendrer des difficultés d'envergure. L'article 24, placé sous le titre "Recours" ["Enforcement"], porte que:

"24.(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice."

Il est probable que le moment venu de définir la portée de cet article on ne peut plus sybillin, il faudra d'abord s'interroger sur le fait qu'il existe déjà plusieurs recours judiciaires permettant de faire sanctionner les violations à la Constitution canadienne, recours sans doute évoqués par l'article 52 (précité) de la Loi constitutionnelle de 1982, lequel ne fait pas partie de la Charte. L'état du droit positif relatif à l'utilisation de ces recours (action ou requête en jugement déclaratoire, action directe en nullité, évocation, mandamus, injonction, etc.) en matière constitutionnelle n'est pas exempt de difficultés: juridiction des cours inférieures et des tribunaux administratifs, distinction à établir selon que des moyens d'inconstitutionnalité sont invoqués en demande ou en défense, recevabilité d'une injonction contre la Couronne, intérêt requis du demandeur, etc.). Ce n'est que par la suite, semble-t-il, qu'il sera possible de

(70) On a tiré de quelques passages du préambule des constitutions françaises d'importantes règles de droit administratif: voir A. de Laubadère, "Traité de droit administratif", 8e ed., 1980, vol. 1, pp. 254-255. On sait aussi que le préambule de l'A.A.N.B. n'est pas demeuré lettre morte: L. Sormany, "La portée constitutionnelle du préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique", [1977] 18 C. de D. 91. Se pourrait-il que la reconnaissance, dans une première partie du préambule, de la suprématie de Dieu, fasse obstacle, éventuellement, à une mise en valeur toute spéciale de la deuxième partie portant sur la primauté du droit?

mesurer "l'impact" sur le droit existant de ce nouveau recours sous l'article 24, qui est ouvert à une personne possédant un intérêt précis (la victime d'une violation déjà commise), qui est du ressort d'un tribunal ["court"] à identifier et qui reconnaît au juge saisi des pouvoirs discrétionnaires propres à ce recours: ordonner une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, appliquer une règle de preuve toute particulière.

L'article 24 ne fait pas de l'existence d'autres recours une fin de non-recevabilité. Mais jusqu'à quel point modifie-t-il les règles en vigueur sur la question de la compétence des cours supérieures, inférieures et des autres institutions de se prononcer sur des questions d'ordre constitutionnel? Dans quelle mesure infléchit-il le principe qui veut que les cours inférieures et les autres institutions n'ont, en matière judiciaire, que les compétences prévues par des textes législatifs et cela, à tout le moins en matière provinciale, sous réserve de l'article 96 de l'A.A.N.B.?

#### Paragraphe 2 - L'application de la Charte aux organismes administratifs

L'expression "organismes administratifs" n'a pas de signification précise. Elle évoque à tout le moins des sujets bien connus du pouvoir de surveillance des cours supérieures: le gouverneur général en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les "tribunaux", les commissions, les régies, les offices, les corporations municipales et scolaires, les corporations professionnelles, etc. Parler "d'organismes administratifs", c'est faire renvoi au genre d'institutions auquel s'applique la Loi sur la Cour fédérale lorsqu'elle autorise cette Cour à exercer son pouvoir de surveillance sur "un office, commission ou autre tribunal fédéral", c'est-à-dire sur:

"un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi [...]"(71)

En somme, l'expression "organismes administratifs" comprend, de façon générale, les institutions ou les personnes qui exercent des pouvoirs délégués par les parlements.

---

(71) S.R.C. 1970, c. 10 (2e supp.), art. 2, 18, 28.

Ces organismes ont-ils l'obligation de respecter la Charte canadienne des droits et libertés? Une réponse affirmative vient très rapidement à l'esprit. Comment oser penser que cette partie de la Constitution du pays ne leur serait pas opposable? N'enseigne-t-on pas depuis longtemps que les organismes administratifs sont soumis à la "Rule of Law", une notion dont le préambule de la Charte elle-même fait d'ailleurs état; que la Constitution du pays occupe la première place parmi les règles qui sous-tendent le principe de la "primauté du droit" ("principe de légalité"); que les juges des cours supérieures ont pour mission traditionnelle d'obliger l'Administration à respecter ce principe dans l'exercice de ses pouvoirs?

Toute logique et toute "naturelle" qu'elle soit, cette réponse n'en laisse pas moins à désirer car elle ne tient pas compte du fait que la Charte canadienne des droits et libertés n'est pas un texte constitutionnel comme les autres. Il ne faut pas d'emblée mettre sur le même pied, d'une part, les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 (A.A.N.B.), qui traitent du partage des compétences législatives dans notre pays et auxquels ni les parlements (sous réserve de la procédure d'amendement constitutionnel) ni les organismes administratifs ne peuvent déroger et, d'autre part, les dispositions de la Charte canadienne qui contiennent un certain nombre de règles de comportement qui ne lient pas nécessairement les parlements vu la présence des articles 33 et 1. D'où la possibilité que ces règles ne puissent s'imposer aux organismes administratifs, délégués des parlements.

Oui plus est, le principe de la primauté du droit exige évidemment que l'on respecte en premier lieu les dispositions de la Constitution. Or, un article de la Loi suprême du pays a pour objet de définir, comme le dit son titre, "l'application de la charte" et cela, tant sur le plan "ratione personae" que "ratione materiae".

Selon l'article 32 de la Charte:

- "(1) La présente charte s'applique:
- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement [...];
  - b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. [...]"

La version anglaise n'est pas différente. La Charte ne s'applique donc pas "à tout le monde", dans le sens qu'elle n'impose pas des standards de conduite à tous les sujets de droits et d'obligations de la société.

Il faut en déduire que les organismes administratifs sont soumis à la Charte canadienne si l'article 32 est à cet effet. Une nuance importante est donc apportée à la réponse spontanée exprimée plus haut. Si la Constitution du Canada, dans son ensemble, s'applique certes automatiquement à tous les organismes administratifs, cette partie de la Constitution qu'est la Charte énonce des règles de conduite qui ne visent que les institutions ou personnes comprises dans le champ d'action de l'article 32.

La lecture de cet article peut conduire un lecteur pressé à conclure, de façon spontanée là encore, qu'un seul organisme administratif est visé par la Charte: le gouvernement (fédéral ou provincial); au Québec, le mot "gouvernement" a d'ailleurs remplacé dans toutes les lois l'expression "lieutenant-gouverneur en conseil".

Ce serait oublier que la Charte canadienne n'est pas un document susceptible d'être compris par n'importe lequel sujet à qui elle entend "garantir" des droits et libertés. Il arrive qu'un assuré comprenne peu de choses au contenu de sa police d'assurance ...

Il reviendra aux juges d'élucider la portée de ce mystérieux article 32. Il n'y a donc pas que l'article 1 qui fasse appel à leur faculté d'interprétation, à leur rôle créateur (72). Que dire aussi, par exemple, de l'article 7 sur le "droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne"? Signalons au passage que si jamais un juge trouvait opportun de vérifier si la loi britannique d'interprétation contient une définition du mot "gouvernement", il n'en trouverait aucune (73).

La Charte canadienne n'abrogeant pas les règles de droit public qui président aux relations entre, d'une part, les parlements et leurs organismes administratifs et, d'autre part, entre les organismes administratifs et les administrés, il semble raisonnable de formuler les quelques remarques suivantes d'ordre

---

(72) Pour un article récent sur cette question toujours fascinante du rôle du juge, voir les réflexions de l'honorable juge Dickson de la Cour suprême du Canada: "The Judiciary: Law Interpreter or Law Maker", (1982) 12 Man. L.J. 1.

(73) Interpretation Act 1978, c. 30.

théorique, que l'expérience pratique viendra probablement nuancer.

L'article 32 s'intéresse tout spécialement à l'activité des parlements (fédéral et provinciaux) et, sans doute, à leur activité législative d'abord. Le texte porte expressément qu'il s'applique à eux. De là l'article 33 qui autorise les parlements à adopter des lois "nonobstantes"; d'où l'article 1 qui permet que des restrictions soient apportées par une "règle de droit" ("law"); ce qui explique l'article 31 qui précise que la Charte "n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit".

Mais, en décrétant que la Charte s'applique aux parlements, l'article 32 rejoint de même coup les organismes administratifs qui, en règle générale, n'ont de pouvoirs soumis au contrôle de surveillance des cours supérieures que dans la mesure où des textes de loi leur en délèguent. En limitant le pouvoir législatif des parlements, la Charte restreint d'autant la liberté de comportement des organismes administratifs. Ce que le délégant ne peut faire sans porter atteinte à la Charte, le délégataire ne peut lui non plus l'accomplir. C'est ainsi que le professeur P. Hogg voit les choses:

"Any statute enacted by either Parliament or a Legislature which is inconsistent with the Charter will be outside the power of (ultra vires) the enacting body and will be invalid. (See also s. 52(1).) It follows that any body exercising statutory authority, for example, the Governor in Council or Lieutenant Governor in Council, ministers, officials, municipalities, school boards, universities, administrative tribunals and police officers, is also bound by the Charter. Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority. That is the way in which limitations on statutory authority imposed by ss. 91 and 92 of the B.N.A. Act (and other distribution-of-powers rules) work. There is no reason to treat limitations on statutory authority imposed by the Charter any differently.

[...]

It is not clear what if anything is the impact of the closing language of each paragraph of s. 32(1), that is to say, "in respect of all matters within the authority of Parliament [...] or the Legislature [...]" (74)

---

(74) "Canada Act Annotated", 1982, p. 75 et 77.



En contrepartie, dans l'exercice de leurs pouvoirs statutaires, les organismes administratifs ne sont pas soumis aux règles de conduite prescrites par la Charte lorsqu'une loi valide, c'est-à-dire une loi elle-même non contraire à la Charte (ou à la Constitution en général), les en dispense.

Avant de soulever la question de l'inconstitutionnalité d'un règlement municipal incompatible avec l'article 2 de la Charte (libertés fondamentales), le justiciable prendra donc soin de vérifier si cette incompatibilité n'est pas permise par une loi déléгатrice qui trouve sa légitimité dans les articles 33 ou 1 de la Charte. Avant d'intenter des procédures en mandamus contre une commission scolaire qui refuse de donner à des enfants l'enseignement dans la langue de la minorité, tel que "garanti" à l'article 23, le citoyen canadien s'assurera que la décision des commissaires d'écoles n'est pas fondée sur une loi provinciale les autorisant légalement à ce faire (art. 1). Avant de se pourvoir en Cour fédérale contre une décision prise par le ministre de l'Immigration et portant atteinte à sa liberté, sans que les principes de justice fondamentale n'aient été respectés (art. 7), une personne vérifiera si une loi fédérale ne rend pas son recours inutile (art. 33 et 1). (Evidemment, rien n'empêchera une personne intéressée de mettre en cause la validité d'une loi déléгатrice).

Certes, on voit difficilement comment les parlements pourront valablement (art. 33 et 1) permettre aux organismes de déroger à certains articles de la Charte, notamment à l'article 8 qui veut que "chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives".

Les organismes administratifs exerçant des pouvoirs statutaires agissent donc de façon *ultra vires* chaque fois qu'en l'absence de dispositions législatives valides ayant l'effet de les soustraire à la Charte, ils en violent les dispositions. De leur propre chef, ils ne sont pas habilités à passer outre à la charte constitutionnelle. Le cas échéant, appelés par des administrés à bien vouloir se conformer aux règles de conduite formulées par la Charte, ces organismes n'ont pas le pouvoir de décider que la Charte ne s'applique pas alors qu'en réalité, il en va autrement; leur erreur est d'ordre juridictionnel.

Aucune clause privative, même en matière fédérale, ne peut empêcher les cours supérieures d'intervenir pour ce motif d'*ultra vires* prenant son origine dans la Constitution du pays. Incidemment, les cours supérieures sont tout particulièrement aptes à entendre les recours prévus aux articles 52 et 24 de la Charte.

On constate, dans cette perspective, que la rédaction de l'article 52 laisse à désirer puisqu'on y déclare inopérantes les dispositions de "toute règle de droit" ("law") qui sont incompatibles avec la Constitution et, en conséquence, avec la Charte. Il n'est pas dans nos habitudes de qualifier de "règle de droit" les décisions des organismes administratifs qui n'ont pas un caractère réglementaire. Mais l'auteur de la version anglaise ("law") avait peut-être pris connaissance des observations de Lord Reid, dans l'affaire Hoffman-La Roche:

"It must be borne in mind that an order made under a statutory authority is as much the law of the land as an Act of Parliament unless and until it has been found to be ultra vires" (76)

Il n'est pas dans nos habitudes non plus de dire que les décisions invalides des organismes administratifs sont "inopérantes".

Les juges, "interprètes" de la Charte, se demanderont peut-être s'il n'y aurait pas lieu de briser la "chaîne des pouvoirs statutaires" dont parle le professeur Hogg; ils pourraient alors trouver l'outil nécessaire dans la présence du mot "gouvernement", à l'article 32.

On ne peut que spéculer sur l'intention recherchée par le législateur lorsqu'il a décrété que la Charte s'appliquait non seulement aux parlements mais aussi aux gouvernements.

Peter Hogg met de l'avant une hypothèse vraisemblable:

"What is added by the references to the "government" of Canada and of each province? To the extent that government acts under statutory authority, the reference to government adds nothing. But government sometimes acts under common law or prerogative powers, for example, in the acquisition and management of property, in contracting, in the issue of passports, and in award of some appointments and honours. To the extent that a government acts under common law authority, the references in s. 32 to "government" will subject it to the Charter. This raises the question whether "government" includes only the Crown (and those bodies which are by virtue of ministerial control or express statutory stipulation servants or agents of the Crown), or whether it could also extend to public bodies which are not servants or agents of the Crown. It is impossible to be confident, but it seems reasonable to interpret government as meaning Crown and thus draw on the body of case-law defining the Crown.

[...]" (77)

(76) Hoffman-Laroche and Co. c. Secretary for Trade and Industry, [1974] 2 All. E.R. 1128, p. 1134. Souligné ajouté.

(77) Loc. cit., p. 75-76.

D'autres conséquences sont possibles.

- La mention du mot "gouvernement" a pour objet de signaler (plus ou moins heureusement ...) que la Charte, partie de la Constitution unique en son genre, lie la Couronne et que cette dernière ne peut se prévaloir de la règle de droit qui veut qu'un texte de loi ne lui soit pas opposable dans certaines circonstances.
- La présence de ce mot autorise un justiciable, sur un recours sous l'article 24, à demander au juge compétent qu'une injonction soit émise contre le Gouvernement (la Couronne).
- En mentionnant que la Charte s'applique au "gouvernement", le législateur indique que son contenu ne vise pas tous les organismes exerçant des pouvoirs délégués par les parlements mais seulement ceux chargés de fonctions "gouvernementales", de fonctions étatiques, d'une mission de service public pour employer une expression de droit administratif français (78). La notion de "fonction gouvernementale" n'est pas inconnue du droit administratif anglo-canadien; les juges l'ont utilisée, davantage autrefois qu'aujourd'hui, comme critère d'identification des organismes désireux de se prévaloir du statut "d'agent de la Couronne". Les organismes administratifs titulaires de fonctions à caractère industriel et commercial pourraient alors ne pas être soumis aux dispositions de la Charte comme c'est probablement le cas aussi des entreprises privées.
- La présence du mot "gouvernement" signifie que la Charte s'applique à l'activité, statutaire ou non, de tout organisme ou personne qui fait partie du gouvernement. En somme, au pouvoir législatif, (les parlements) il faut opposer le pouvoir exécutif (les gouvernements) dans son sens institutionnel et matériel le plus large. Les directives du commissaire des pénitenciers seraient alors peut-être visées par la Charte (79).

---

(78) "On appelle service public toute activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général [...] L'élément essentiel dans la définition du service public est la notion de l'intérêt général, du besoin du public à satisfaire [...] Toutes les activités assumées par l'administration ne sont pas [...] des services publics" (A. de Laubadère, Traité de droit administratif, 8e ed., 1980, p. 41).

(79) Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118. Observons cependant que l'article 31 précise que la Charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit.

- Hypothèse inacceptable, car non conforme au principe de la "Rule of Law", en insérant le mot "gouvernement" à l'article 32, le législateur veut que la Charte s'applique uniquement aux gouvernements et non aux autres organismes administratifs, telles les corporations municipales. Cette discrimination entre les organismes administratifs apparaît trop violente. De plus, cette interprétation accentuerait l'importance de la délimitation du contenu de l'expression "gouvernement". Par exemple, dans l'arrêt *Blaikie* no 2, la Cour suprême a assimilé le "gouvernement" du Québec au "lieutenant-gouverneur en conseil" pour les fins de l'article 133 de l'A.A.N.B. (80). Quel sort faudra-t-il réserver aux "independent agencies" dont la Cour suprême a dit qu'il ne fallait pas les assimiler au gouvernement, du moins pour certaines fins (81).

On le constate, il est difficile d'identifier de façon précise les organismes administratifs qui sont assujettis au respect de la Charte dans l'exercice de leurs pouvoirs. Et la question de la délimitation de la portée de l'article 32 se présente sous un jour encore plus inquiétant lorsque l'on s'aperçoit que ce sont des cours de justice, dont l'article ne fait expressément nulle mention, qui voient leur activité limitée par certains articles de la Charte. Lorsque l'important article 11 donne des garanties juridiques "à tout inculpé" ["any person charged with an offence"], c'est essentiellement à l'intention des juges qu'il énonce des règles de comportement (82).

- 
- (80) Procureur général du Québec c. Blaikie, [1981] 1 R.C.S. 312, p. .  
Par ailleurs, l'article 9 de l'A.A.N.B. porte que: "The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen".
- (81) Municipalité du canton d'Innisfil c. Municipalité du canton de Vespra, [1981] 2 R.C.S. 145. Capital Cities Communications c. C.R.T.C., [1978] 2 R.C.S. 141.
- (82) "Does the Charter apply to the courts? Several of its provisions imply that the courts are to be bound, for example, most of s. 11 (rights of person charged with offence), s. 12 (cruel and unusual treatment or punishment), s. 13 (self-incrimination), s. 14 (interpreter), and s. 19 (language in court proceedings). In my view, these provisions supply a context in which it is reasonable to interpret the word "government" in s. 32(1) as including the judicial as well as the executive branch. This interpretation is reinforced by the use of the phrase "executive government of Canada" in s. 44 (one of the amending provisions). In addition, a statutory root can usually be found for an exercise of judicial power, and that should be sufficient to include the courts on the basis of the argument advanced in the first paragraph of this commentary to s. 32(1). This does not mean that a judge would be exposed to personal liability for damages under s. 24 when he committed a breach of the Charter. One would expect clearer language in s. 24 to override the time-honoured principle of judicial immunity. The remedies for a breach of the Charter by a judge would be confined to the usual remedies for a defect in judicial proceedings, for example, a new trial or the quashing of a conviction." (P. Hogg, loc. cit., p. 76.)

Il ne sera donc pas facile de dresser la liste complète des organismes ou des personnes qui, dans l'exercice de leur activité, sont assujettis au respect de la Charte (art. 32), puis la liste des institutions ou personnes qui possèdent la compétence de juger des recours pour infraction à la Charte (art. 52 et 24).

### Conclusion

Le Droit devient de plus en plus une chose non seulement trop volumineuse et encombrante, mais trop souvent extraordinairement complexe. Faisant probablement entendre sa voix dans un désert, la Commission de réforme du droit du Canada observait, en 1980, dans son rapport sur la Cour fédérale:

"Nous avons souvent répété que le droit devait, dans la mesure du possible, être présenté dans une forme compréhensible qui la rende accessible à tous." (83)

Dans cet ordre d'idée, les remarques suivantes viennent à l'esprit au terme de cet exposé.

Le contenu de l'article 96 était certes accessible à tous en 1867; la jurisprudence l'a rendu aujourd'hui méconnaissable. Espérons que les gouvernements et les parlements entendront l'appel discret du juge en chef du Canada et feront le nécessaire pour enrayer le "cancer" engendré par cet article de l'A.A.N.B. Les juges éprouvent beaucoup de difficultés à minimiser les effets dévastateurs d'une jurisprudence qui a "exagéré" la portée de cette disposition constitutionnelle.

La Charte canadienne des droits et libertés de la personne se présente actuellement comme un document réservé à la lecture de juristes avertis et plusieurs de ses articles ont une signification controversée. Il reviendra aux juges de remédier au fil des années aux lacunes de ce texte constitutionnel enfanté, de façon trop prononcée, dans la controverse, la stratégie, le "give and take". Espérons qu'ils sauront relever le défi d'en faire un instrument convenable de stabilité et de sécurité, sans lesquelles il n'existe pas de véritables règles de droit.

---

(83) "Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale", 14e Rapport de la C.R.D.C., 1980, p. 34.