



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service

Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

**L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS
ET LIBERTÉS AUX INSTITUTIONS GOUVERNEMENTALES**

PAR

CHRISTIAN BRUNELLE

**Thèse réalisée sous la direction du professeur Daniel Proulx
et présentée à l'École des études supérieures de
l'Université d'Ottawa, en vue de l'obtention du
grade de maîtrise en droit (L.L.M.)**



Christian Brunelle, Ottawa, Canada, 1992



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-315-75061-8

Canada



UNIVERSITÉ D'OTTAWA
UNIVERSITY OF OTTAWA

**L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS
ET LIBERTÉ AUX INSTITUTIONS GOUVERNEMENTALES**

A MES PARENTS

TABLE DES MATIERES

L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS AUX INSTITUTIONS GOUVERNEMENTALES

	Page
NOTE LIMINAIRE	VI
RÉSUMÉ	VII
REMERCIEMENTS	VIII
LISTE DES ABRÉVIATIONS	IX
INTRODUCTION	I

PREMIERE PARTIE	L'ARTICLE 32 DE LA CHARTE CANADIENNE ET LA NOTION DE GOUVERNEMENT
-----------------	--

<u>Chapitre I:</u>	<u>La notion polysémique de gouvernement</u>	9
Section 1:	La multitude de sens du terme gouvernement	9

II

	Page
Section 2: Le principe de l'interprétation large et libérale de la Charte Canadienne	13
<u>Chapitre II:</u> <u>L'article 32 et l'interprétation restrictive de la notion de gouvernement</u>	18
Section 1: L'affaire <u>Dolphin Delivery</u> et la détermination du champ d'application de la Charte canadienne	19
A) L'exclusion de principe des rapports privés	20
a) L'exception de l'action gouvernementale	31
b) L'inaction gouvernementale	33
B) Les tribunaux judiciaires et la common law	41
a) L'influence indue du principe de l'indépendance judiciaire	43
b) Le caractère inopportun de la distinction common law / législation	48
Section 2: L'émergence de la théorie de l'action gouvernementale en droit canadien	55
A) Les difficultés d'application de la théorie de l'action gouvernementale en droit canadien	56

III

	Page
a) Le désastre conceptuel américain	57
b) Le "state action" restrictif	60
B) L'inadéquation de la théorie de l'action gouvernementale au contexte canadien	62
a) La "coloration" du litige	62
b) La spécificité de la Charte canadienne et le caractère inopportun de la distinction public/privé	72
DEUXIEME PARTIE:	L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE AUX INSTITUTIONS GOUVERNEMENTALES
<u>Chapitre I:</u>	<u>Les critères d'application proposés par les tribunaux judiciaires provinciaux</u>
	81
Section 1:	Le critère de nature institutionnelle
	82
A)	Le contrôle gouvernemental sur l'institution
	82
a)	L'étude de la loi-cadre
	83
b)	L'étude des lois connexes
	85
B)	L'analyse globale
	86

IV

	Page
Section 2: Le critère de nature fonctionnelle	87
A) L'exercice d'une fonction gouvernementale	87
B) L'analyse ponctuelle	89
 <u>Chapitre II: Les critères d'application adoptés par la Cour suprême du Canada</u>	 91
 Section 1: Les critères des juges formant la minorité	 97
A) Le critère du contrôle gouvernemental	101
a) Le financement	103
b) L'organisation et l'administration internes	105
c) Les politiques de l'institution	107
d) Le processus décisionnel	112
e) Le lien de dépendance	112
B) Le critère de la fonction gouvernementale	114
C) Le critère de l'entité gouvernementale	118
D) L'importance relative des critères d'application de la Charte	121

V

	Page
Section 2: Les critères des juges formant la majorité	124
A) Le critère du contrôle gouvernemental extrême	131
a) La branche législative	133
b) La branche exécutive	135
c) La branche administrative	137
B) Le critère de la fonction gouvernementale traditionnelle	144
CONCLUSION	151
NOTES	155
BIBLIOGRAPHIE	243
TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE	265

NOTE LIMINAIRE

La recherche jurisprudentielle et
doctrinale qui fonde cette thèse
a été complétée le 1er janvier 1992

RÉSUMÉ

**L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET
LIBERTÉS AUX INSTITUTIONS GOUVERNEMENTALES**

En 1986, la Cour suprême du Canada décidait de ne pas étendre le champ d'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux activités privées. Du même coup, elle confinait la portée de ce texte constitutionnel à l'"action gouvernementale". Ce faisant, la Cour était désormais confrontée à une tâche délicate: circonscrire le concept de gouvernement et élaborer des critères qui puissent permettre de déterminer les institutions qui en font partie.

Par le truchement d'une analyse critique, l'auteur tente de démontrer que les juges favorisent une interprétation restrictive de la notion de gouvernement. A cet égard, les critères qu'ils ont élaborés pour identifier les organismes qui peuvent être assimilés au gouvernement pour les fins de l'application de la Charte font l'objet d'un examen détaillé. L'auteur souligne certaines des difficultés auxquelles peuvent mener les solutions retenues par une majorité de juges de la Cour suprême. Il suggère l'adoption d'une interprétation plus large du concept de gouvernement de manière à favoriser la protection constante des droits et libertés.

VIII

REMERCIEMENTS

Mille fois "presque terminé", ce mémoire de maîtrise, mis en chantier voilà près de deux ans, est maintenant parachevé. Sa réalisation fut facilitée par plusieurs personnes auxquelles je désire exprimer ma gratitude.

Qu'il me soit d'abord permis de souligner l'apport exceptionnel de mon directeur de thèse, le professeur Daniel Proulx. Son érudition, sa clairvoyance et ses commentaires toujours judicieux m'ont guidé tout au long de mes recherches. Par ses encouragements répétés et sa grande disponibilité, il a su établir avec moi une relation qui transcende les simples rapports "directeur-étudiant". Pour cela, je lui suis reconnaissant.

Je suis redevable à mes collègues de la société d'avocats Pothier, Bégin de Ste-Foy, pour leur compréhension, leur patience et leur soutien moral, financier et technique. A cet égard, un hommage particulier doit être rendu à Madame Anne Pelletier qui n'a pas épargné les efforts pour assurer le traitement informatique du texte définitif.

Je m'en voudrais de ne pas remercier également le professeur Henri Brun de l'Université Laval qui a su, le premier, me sensibiliser aux droits fondamentaux de la personne.

Enfin, merci à mes parents et ami-e-s qui sont demeurés attentifs, jusqu'à la toute fin, à mes propos redondants sur un sujet encore passionnant pour moi, mais sans doute devenu lassant pour eux. Leur support continuél aura été déterminant pour mener cette étude à terme.

Christian Brunelle
7 février 1992

IX

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.C.	Appeal Cases
A.C.D.P.	Annuaire Canadien des Droits de la Personne
Adm. Pub. Can.	Administration Publique Canadienne
Alberta L.R.	Alberta Law Review
Alb. Q.B.	Alberta Queen's Bench
Buffalo L.R.	Buffalo Law Review
C.A.	Cour d'appel
C.A. Alb.	Cour d'appel de l'Alberta
C.A.C.B.	Cour d'appel de la Colombie-Britannique
C.A. Man.	Cour d'appel du Manitoba
C.A.N.B.	Cour d'appel du Nouveau-Brunswick
C.A. Sask.	Cour d'appel de la Saskatchewan

X

C.A.T.N.	Cour d'appel de Terre-Neuve
C.A. Ont.	Cour d'appel de l'Ontario
C.B.L.J.	Canadian Business Law Journal
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
C. de D.	Cahiers de Droit
C. Div. Ont.	Cour Divisionnaire de l'Ontario
C.F.	Cour Fédérale du Canada
C.F., d.p.i.	Cour Fédérale du Canada, division de première instance
C.J.A.L.P.	Canadian Journal of Administrative Law and Practice
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reporter
C.L.	Chambre des Lords
C.P.	Conseil Privé
C.S.	Cour Supérieure

XI

C.S.C.	Cour Suprême du Canada
C.S.N.E.	Cour Supérieure de Nouvelle-Ecosse
D.L.R.	Dominion Law Reports
F.P.B.Q.	Formation permanente du Barreau du Québec
Georgia L.R.	Georgia Law Review
G.O.Q.	Gazette Officielle du Québec
Harvard L.R.	Harvard Law Review
H.R.Q.	Human Rights Quarterly
L.Q.	Loi du Québec
L.R.C.	Lois Révisées du Canada
L.R.Q.	Lois Refondues du Québec
Man. L.J.	Manitoba Law Journal
Man. R.	Manitoba Reports
M.P.L.R.	Municipal Planning Law Reports

XII

O.H.L.J.	Osgoode Hall Law Journal
N.J.C.L.	National Journal of Constitutional Law
Northwestern U.L.R.	Northwestern University Law Review
N.S.R.	Nova-Scotia Reports
Ottawa L.R.	Ottawa Law Review
O.R.	Ontario Reports
Ont. H.C.J.	Ontario High Court of Justice
P.L.	Public Law
Queen's L.J.	Queen's Law Journal
Rev. Can. Sc. Pol.	Revue Canadienne de Science Politique
R.C.S.	Recueil de la Cour suprême du Canada
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. Can.	Revue du Barreau Canadien
R.D. McGill	Revue de Droit de McGill

XIII

R.D.U.S.	Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
R.G.D.	Revue Générale de Droit
R.J.Q.	Rapports Judiciaires du Québec
R.J.T.	Revue Juridique Thémis
R.L.	Revue Légale
R.S.A.	Revised Statutes of Alberta
R.S.N.S.	Revised Statutes of Nova-Scotia
St-Louis U.L.J.	St-Louis Université Law Journal
Sask. L.R.	Saskatchewan Law Review
S.O.	Statutes of Ontario
S.N.	Statutes of Newfoundland
S.S.	Statutes of Saskatchewan
Supreme Court L.R.	Supreme Court Law Review
U.B.C.L.R.	University of British Columbia Law Review

XIV

U.N.B.L.J.	University of New-Brunswick Law Journal
U. Penn. L.R.	University of Pennsylvania Law Review
U. of Florida L.R.	University of Florida Law Review
U. of T. Fac. L. Rev.	University of Toronto Faculty Law Review
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
W.W.R.	Western Weekly Reports
Wash. U.L.Q.	Washington University Law Quarterly

L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS AUX INSTITUTIONS GOUVERNEMENTALES

Introduction

Aucun membre de la gent d'affaires n'accepterait de parapher un contrat sans connaître précisément les droits et obligations qu'il comporte pour chacune des parties signataires. De fait, la prudence la plus élémentaire incite à prendre de soigneuses précautions à ce chapitre au moment de la conclusion d'un simple engagement contractuel. Aussi devrait-il en être de même, à plus forte raison, lorsqu'une nation donne son assentiment à une entente constitutionnelle susceptible de la lier pour de nombreuses années.

Toutefois, les considérations politiques qui entourent la ratification d'une telle entente sont si importantes que l'imprécision de son texte s'avère souvent le seul moyen d'arracher un consensus.¹ A l'aube de 1982, les négociateurs fédéraux et ceux de neuf des dix provinces canadiennes en étaient parfaitement conscients. En effet, la Charte canadienne des droits et libertés² laisse sans réponse précise la question de savoir qui sont les créanciers et les débiteurs des droits constitutionnels³ consignés dans ce "contrat social". La crainte qu'une prise de position trop claire sur le sujet ne fasse achopper les négociations aura pesé lourd en faveur de l'incertitude. Le désir de raffermir l'unité nationale ⁴ aura primé sur la nécessité de clarifier la situation.

Mais opter pour l'imprécision, c'est refiler à d'autres le soin d'élaborer une solution. Accepter l'ambiguïté d'un texte constitutionnel par manque de volonté politique, c'est s'en remettre à la volonté judiciaire, laquelle s'exprime par le biais de l'interprétation.⁵ Or l'interprétation d'une Constitution est une activité qui participe davantage de la subjectivité que de la déduction. L'interprète procède invariablement à des choix qui engagent "sa personnalité, ses croyances, ses valeurs."⁶ De la même façon, les juges ne peuvent jamais faire abstraction des courants philosophiques dominants dont tous subissent l'influence. Parmi ces philosophies qui façonnent la vision des "gardiens de la Constitution"⁷, la doctrine libérale est, semble-t-il, celle dont ils sont le plus imbus.

Qu'on l'affuble des qualificatifs les plus divers--classique ou pluraliste⁸, politique ou économique⁹, religieux ou moral¹⁰--le libéralisme ne s'en trouve pas altéré dans son fondement même, lequel repose sur une nette distinction entre la société civile et l'État.¹¹ Cela étant, la doctrine libérale postule que la liberté est une faculté immanente de la personne humaine, indéfectiblement reliée à sa nature. Cette liberté existe en marge de toute reconnaissance étatique. Elle limite les pouvoirs de l'État mais elle ne lui est pas redevable puisqu'elle lui est antérieure.¹² Dans cette perspective, la préservation de l'autonomie personnelle¹³ des individus qui oeuvrent dans la société civile devient l'ultime tâche du gouvernement. Celui-ci doit se garder de s'immiscer dans la zone d'autonomie de celui dont il est le serviteur: l'individu. Dès lors, les seules limites qu'il est justifié

d'élever devant la liberté des uns sont celles qui sont nécessaires à l'exercice de la liberté des autres:

"[Que la liberté] soit bien assumée, qu'elle permette à l'autonomie individuelle de s'épanouir sans rencontrer d'obstacles insurmontables, alors le rôle de l'État est de s'effacer. Qu'au contraire la liberté soit menacée, alors non seulement il a la faculté d'intervenir, mais encore il en a le devoir. Pour le libéralisme, l'État ne cesse d'être au service de la société. Mais ce service n'implique pas nécessairement sa passivité; il requiert, le cas échéant, une action protectrice de la liberté." ¹⁴

Ainsi perçue, rien dans la pensée libérale originelle n'autorisait à présenter l'État comme l'antagoniste de la personne. De fait, à l'époque de l'élaboration de la doctrine libérale par les philosophes du siècle des Lumières, l'État n'était pas seulement décrit comme l'ami de la liberté, "il en était la condition." ¹⁵

Vertueux dans ses principes, le libéralisme se sera dépravé dans l'application pratique. Les individus poussant toujours plus loin les frontières de leur propre liberté, laquelle est vécue dans l'absolu, seuls les plus forts pourront préserver intégralement leur autonomie. Partant, leur crainte de voir la puissance étatique se mettre au service des "victimes" pour rétablir l'équilibre "naturel" aura fait de l'État l'ennemi juré de la classe dominante. A compter de ce moment, rien ne sera plus "libéral" qu'un discours qui traduit, sinon la hargne, du moins la méfiance à l'égard de l'État. Une telle attitude, laquelle a fomenté une crainte viscérale envers l'arbitraire étatique, est aujourd'hui inhérente au

libéralisme.¹⁶ D'ailleurs, le droit interne canadien ne sera pas resté indifférent à ce discours. La reconnaissance, dans toute leur plénitude, des principes de la suprématie de la Constitution, de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit témoigne d'une volonté d'assurer aux individus une protection contre l'arbitraire.¹⁷

Au rang des principales caractéristiques du libéralisme loge également le principe du respect de la propriété privée.¹⁸ Celle-ci est décrite comme un attribut de l'essence humaine au même titre que la liberté. Pour les philosophes libéraux, dont Locke sera le plus célèbre héraut, la propriété est un droit naturel¹⁹ en ce qu'elle est intimement liée à la liberté. Selon cette conception, la liberté suppose la propriété, laquelle élargit les pouvoirs de l'individu et assure ainsi sa pleine autonomie. En définitive, la propriété privée est "considérée comme une condition de la liberté de la personne humaine".²⁰ L'individu doit être le seul maître chez lui.

On pourrait s'étendre encore longuement sur les traits distinctifs du libéralisme. Mais de toutes les particularités que recèle cette doctrine, la préséance accordée à l'autonomie individuelle, la méfiance à l'égard de l'État et l'importance de la propriété privée sont celles qui influent le plus lorsque vient le moment de circonscrire le champ d'application de la Charte canadienne.

L'influence de ces principes libéraux sur les juges confrontés aux problèmes d'application du texte constitutionnel n'est du reste pas surprenante. D'une part, l'idée de se doter d'une Charte des droits émane elle-même de la pensée libérale.²¹ De fait, bien qu'elle reflète plus d'un courant idéologique, la Charte canadienne est surtout "un document libéral qui protège la liberté individuelle et limite d'autant l'action étatique."²² En second lieu, la tradition libérale est fermement ancrée dans la société canadienne.²³ A preuve, si la population a majoritairement consenti à l'enchâssement de cette Charte dans la Constitution, c'est qu'elle "s'attendait à ce que la Charte la protège contre les abus des gouvernements."²⁴ D'autre part, puisque les tribunaux perçoivent la Constitution d'un pays comme "l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux"²⁵, ils s'efforcent d'harmoniser l'interprétation de la Charte canadienne avec cette volonté. Dès lors, il ne faut pas s'étonner si ce document constitutionnel est interprété "par les tribunaux dans l'esprit libéral qui a présidé à son élaboration."²⁶ Ceux-ci ont d'ailleurs tôt fait de légitimer une telle démarche interprétative. Ils ont reconnu d'emblée la nécessité de situer la Charte dans son contexte philosophique²⁷, en gardant bien en vue "les traditions et les philosophies inhérentes de notre société."²⁸

Partant, le désir d'aménager la plus grande marge d'autonomie possible aux individus, combiné à la méfiance qu'ils entretiennent traditionnellement à l'égard de l'État, ont dicté la solution judiciaire quant à l'application de la Charte canadienne; celle-ci n'est

opposable qu'à l'"action gouvernementale".²⁹ C'est essentiellement l'État qui doit se conformer aux impératifs constitutionnels afin que les individus bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte.³⁰ Pour ce qui est des relations individuelles de nature privée, les droits constitutionnels ne s'y interposent pas. Ainsi, l'autonomie des personnes physiques et morales est préservée et l'exercice de leurs droits de propriété n'est sujet à aucune entrave nouvelle.

Si cette solution préconisée par la Cour suprême du Canada semble compatible avec la tradition libérale, son application pratique est d'une singulière complexité. En effet, l'appareil gouvernemental actuel ne forme plus un corps monolithique comme au temps des penseurs libéraux. Son ampleur est aujourd'hui si considérable, ses fonctions si diverses et ses interventions si nombreuses qu'il se situe aux antipodes de l'institution autour de laquelle s'est érigée la doctrine libérale. La recherche du sens que les tribunaux donnent à la notion de gouvernement contenue dans la Charte canadienne s'impose donc. C'est à cette tâche que nous consacrons la première partie de notre étude. Nous verrons que l'interprétation restrictive du concept de gouvernement privilégiée par la Cour suprême du Canada est susceptible de donner lieu à des difficultés importantes.

Par ailleurs, s'il est impérieux de définir le concept de gouvernement pour préciser l'étendue de la protection qu'offre la Charte canadienne, encore faut-il être en mesure de passer de sa formulation abstraite à l'analyse concrète. Pour ce faire, il faut pouvoir

déceler la présence de l'action gouvernementale requise pour que la Charte entre en jeu. La seconde partie de notre étude est affectée au relevé et à l'analyse des critères et des considérations qui gouvernent les tribunaux confrontés à cette difficulté. Nous verrons que les critères retenus par la majorité des juges de la Cour suprême pourraient restreindre considérablement la portée des droits constitutionnels.

PREMIERE PARTIE: L'ARTICLE 32 DE LA CHARTE CANADIENNE ET LA NOTION DE GOUVERNEMENT

L'étude de toute question relative au champ d'application de la Charte canadienne s'amorce par la lecture du paragraphe premier de son article 32. Coiffée de la rubrique ³¹ "Application de la Charte" et flanquée d'une note marginale ³² qui reprend les mêmes termes, cette disposition précise:

"32.(1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature."

La Charte demeure silencieuse sur la signification du terme "gouvernement". Comme les lois d'interprétation fédérale et provinciale ne s'appliquent pas à ce texte constitutionnel ³³, la tâche de définir ce terme incombe aux Cours de justice. Avant d'analyser la solution privilégiée par la Cour suprême du Canada, il n'est pas sans intérêt de jeter un coup d'oeil sur les possibilités qui s'offraient à elle.

CHAPITRE I: La notion polysémique de gouvernement

Souvent assimilée à la *Couronne* ³⁴, généralement associée à l'*Exécutif* ³⁵, tantôt confondue avec l'*État* ³⁶, tantôt assortie à l'*Administration publique* ³⁷, la notion de gouvernement est source d'une grande confusion terminologique. Cette nomenclature de termes, apparemment interchangeables, serait bien inoffensive si elle n'était porteuse d'une confusion plus lourde de conséquence. En effet, l'apparente synonymie qui s'en dégage dissimule un désordre sémantique fâcheux. A la vérité, le sens du mot "gouvernement" fluctue au gré des contextes, selon les conceptions des juristes qui ont à l'interpréter.

Section 1: La multitude de sens du terme gouvernement

On a déjà prétendu que définir le mot "gouvernement" était "l'un des aspects les plus complexes de l'interprétation de la Charte"³⁸. Cette complexité découle indéniablement de l'imprécision inhérente de ce terme dans l'état actuel du droit canadien:

"Dans les pays de tradition britannique, on se réfère à l'expression "Government" dans un sens très peu précis. Ainsi on parle couramment du "Gouvernement du Canada" ou du "Gouvernement du Québec" pour évoquer plus ou moins confusément l'État, l'Exécutif, le Conseil des

ministres, l'Administration. Ces réalités sont pourtant différentes, tant en fait qu'en droit". ³⁹

Ainsi, la notion de gouvernement peut recouvrir une multitude de sens. Un tel laxisme de la langue nous semble regrettable mais il n'est plus possible de le dénier tant ses racines sont profondes dans notre société. Pour les seules fins de l'application de la Charte canadienne, pas moins de trois significations distinctes peuvent être attribuées au mot "gouvernement".

Selon une interprétation large du terme, il désigne l'ensemble des institutions politiques d'un pays, incluant le Parlement. ⁴⁰ Cette définition s'accommode bien de la réalité pratique en ce qu'elle témoigne du degré d'intégration considérable du gouvernement à la Législature:

"En fait, c'est le gouvernement qui, par sa majorité, contrôle en pratique au jour le jour les travaux des membres élus de la Législature, établit l'ordre du jour, donne priorité à ses propres projets de loi et dans la plupart des cas décide si le pouvoir législatif doit être délégué et, le cas échéant, s'il doit l'exercer lui-même ou le confier à un autre organisme." ⁴¹

Ainsi comprise, cette notion de gouvernement est suffisamment englobante pour viser notamment, outre le Parlement, les ministères, les tribunaux judiciaires et administratifs, les officiers publics, les municipalités, les universités, les commissions

scolaires, les corporations professionnelles, les entreprises d'utilité publique et tous les autres organismes créés par la loi pour la mise en oeuvre des politiques des personnes élues.

Aucune ramification de l'action gouvernementale ne semble échapper à l'emprise d'une telle définition. Considérant l'ampleur démesurée, l'intervention accrue et la complexité grandissante des gouvernements modernes ⁴², c'est là un avantage indéniable de la définition. Elle comporte en retour un inconvénient. Cette interprétation large de la notion de gouvernement rend futile la mention du "Parlement" et des "Législatures" à l'article 32 de la Charte canadienne. Ce faisant, la définition large du terme "gouvernement" se bute à une longue tradition judiciaire selon laquelle il convient de présumer que le législateur "ne parle pas pour ne rien dire". ⁴³

En vertu d'une interprétation plus restrictive du concept de gouvernement, celui-ci correspond au pouvoir exécutif dans son ensemble, par opposition au Parlement et aux Législatures, lesquels incarnent le pouvoir législatif. ⁴⁴ Prise dans ce sens, la notion de gouvernement désigne "la branche exécutive ou administrative".⁴⁵ Elle vise sans conteste le Chef de l'État ⁴⁶, les ministères et la fonction publique fédérale ⁴⁷ et provinciale ⁴⁸ mais là s'arrête la certitude. En épurant la notion de gouvernement de toute référence au Parlement, le seul fait d'être une "créature de la loi" ne suffit plus pour y cadrer. Encore faut-il que l'Exécutif exerce un certain degré de contrôle sur un organisme donné pour que

celui-ci soit assimilé au gouvernement. En conséquence, la question de savoir si une action contraire à la Charte canadienne est d'une nature "gouvernementale" appelle une réponse variable selon les cas.

Cette interprétation du concept de gouvernement redonne un sens aux termes "Parlement" et "Législature" de l'article 32. En revanche, la détermination des institutions visées par le mot "gouvernement" est laissée à l'appréciation des juges. Les Cours de justice doivent dès lors élaborer des critères susceptibles de les guider dans cette tâche. Toutefois, l'application pratique de tels critères prête flanc à la subjectivité judiciaire et n'est donc pas toujours garante de résultats cohérents.

Enfin, dans un sens encore plus étroit, le terme "gouvernement" peut désigner, "en régime parlementaire, la partie de l'exécutif, distincte du chef de l'État, qui est responsable devant la ou les assemblées législatives."⁴⁹ Conformément à cette définition, la composition du gouvernement se limite au conseil exécutif provincial et au cabinet fédéral. Le premier tire son origine de l'article 63 de la Loi constitutionnelle de 1867.⁵⁰ Il est formé du premier ministre québécois et des ministres nommés par le lieutenant-gouverneur en vertu de la Loi sur l'Exécutif.⁵¹ Quant au second, il "comprend le premier ministre et tous les autres ministres fédéraux."⁵²

Ainsi l'interprétation étroite de la notion de gouvernement dissipe toute ambiguïté sur les personnes qui peuvent être soumises aux impératifs de la Charte constitutionnelle. Cependant, ce que la notion gagne en précision, les individus le perdent en protection. Des pans entiers de l'action gouvernementale échappent à un concept aussi étroitement défini. C'est là une lacune majeure de cette approche interprétative.

En définitive, la notion de gouvernement de la Charte canadienne est polysémique. Sa signification précise dépend donc largement des préceptes d'interprétation élaborés par les Cours de justice. Parmi ceux-ci, le principe de l'interprétation large et libérale de la Charte canadienne mérite une attention toute particulière, tant sa mention dans la jurisprudence est abondante.

Section 2: Le principe de l'interprétation large et libérale de la Charte canadienne

Attentive aux nombreuses critiques qui lui avaient été adressées pour son interprétation indûment restrictive de la Déclaration canadienne des droits⁵³, la Cour suprême du Canada n'a pas tardé à faire montre de plus d'ouverture à l'égard de la Charte canadienne. Insistant sur le caractère constitutionnel de la Charte et la rigidité de son mode d'amendement, la Cour a reconnu d'emblée qu'une interprétation "étroite et formaliste" ne convenait pas à la nature de ce texte.⁵⁴ Dans une décision subséquente, la plus haute Cour du pays donnait implicitement son aval au principe de l'"interprétation

large et libérale" ⁵⁵ avant de l'adopter, d'une façon encore plus éloquente, dans un arrêt ultérieur:

"Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

A mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte. Comme on le souligne dans l'arrêt Southam, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés." ⁵⁶

Depuis lors, la Cour suprême a souligné en maintes occasions que les droits garantis par la Charte devaient recevoir une interprétation large et libérale afin que toute personne bénéficie pleinement de sa protection.⁵⁷

A la lecture des propos de la Cour, il semble que ce soit les droits et libertés qui méritent d'être interprétés d'une manière libérale. Or l'article 32 de la Charte canadienne ne consacre pas de droits ou de libertés spécifiques. Il s'agit au mieux d'une disposition

d'appoint, d'une nature générale, qui vise à clarifier la question de savoir si la Charte s'applique aux législatures et aux gouvernements. Est-ce à dire que le principe de l'interprétation large et libérale peut être mis à l'écart en ce qui a trait à l'article 32 ? Aucune raison sérieuse ne peut être avancée pour soutenir une telle affirmation. En revanche, les motifs juridiques pour appuyer la thèse opposée nous semblent persuasifs.

Tout d'abord, faut-il le rappeler, l'article 32 est partie intégrante de la Charte canadienne, laquelle jouit d'un statut pleinement constitutionnel.⁵⁸ C'est précisément ce statut qui exige une démarche interprétative large et libérale. Munie d'un mécanisme de modification pour le moins rigide, la Constitution canadienne s'accommode mal d'une approche formaliste. Un texte constitutionnel doit pouvoir "évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées."⁵⁹ Partant, "la souplesse est essentielle à l'interprétation de tout document constitutionnel, y compris la Charte."⁶⁰ Cette façon d'aborder la Constitution était reconnue valable bien avant que l'on y formule des droits et libertés.⁶¹ En vérité, le principe de l'"interprétation généreuse et libérale" découle "des principes généraux d'interprétation constitutionnelle".⁶² L'inclusion d'un ensemble de droits et libertés fondamentaux dans la Constitution n'a pas altéré ces principes qui guidaient les Cours de justice avant 1982.

Il est vrai que la Cour suprême, dans l'extrait précité de l'arrêt Big M Drug Mart, tient un discours axé sur l'interprétation des droits et libertés. Ainsi, elle précise que "le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie".⁶³ Toutefois, il faut se garder d'attacher une importance démesurée aux termes utilisés. La Cour nous convie à suivre cette démarche "dans l'interprétation de toute disposition de la Charte".⁶⁴ Voilà qui témoigne de son intention d'interpréter chacun des articles de la Charte canadienne par le truchement d'une méthode uniforme. La démarche interprétative ne devrait donc pas varier en fonction du fait qu'une disposition énonce ou non des droits et libertés. Par souci de cohérence, les mêmes préceptes d'interprétation doivent s'appliquer en principe à tous les articles de la Charte. D'ailleurs, sur le strict plan logique, l'interprétation large et libérale des droits et libertés pourrait s'avérer vaine si leur portée devait être limitée par une interprétation étreinte et formaliste de l'article 32.

Nos propos doivent cependant être nuancés. Le principe de l'interprétation large et libérale vise à étendre la protection accordée par la Charte. Partant, on conviendra aisément que ce principe ne doive pas être appliqué aux dispositions qui ont précisément pour but de limiter la portée des droits constitutionnels. Ainsi, les clauses limitative (article 1) et dérogatoire (article 33) de la Charte devraient faire l'objet d'une interprétation nettement plus restrictive.⁶⁵ Toutefois, en marge de ces deux exceptions, l'interprétation large et libérale des dispositions de la Charte est de rigueur.

Mais consentir à l'interprétation large et libérale de l'article 32 ne garantit pas l'application sans limite de la Charte canadienne. Une multitude de facteurs sont considérés par la Cour suprême au moment de statuer sur le sens et la portée d'une disposition. La nature et les objectifs plus larges de la Charte, les termes choisis, l'origine historique des concepts enchâssés, le sens et l'objet des autres droits et libertés protégés comptent parmi ces facteurs.⁶⁶ En même temps, la Cour accorde une grande importance aux contextes historique, politique, philosophique, linguistique, traditionnel, juridique et social dans lesquels s'insère le texte constitutionnel.⁶⁷ Le principe de l'interprétation libérale n'est donc pas déterminant en soi lorsque vient le moment d'interpréter la Charte. Voyons si la plus haute Cour du pays s'est néanmoins laissée guider par ce principe d'interprétation en abordant l'article 32 de la Charte canadienne.

CHAPITRE II: L'article 32 et l'interprétation restrictive de la notion de gouvernement

Il a fallu attendre la fin de l'année 1986 pour que la Cour suprême du Canada précise la notion de gouvernement contenue à l'article 32 de la Charte canadienne. A ce moment, il est vrai, la Cour avait déjà reconnu l'obligation de l'Exécutif "d'agir conformément aux préceptes de la Charte", même dans l'exercice de ses pouvoirs de prérogative, c'est-à-dire des pouvoirs qu'il détient légalement mais en l'absence de toute habilitation législative.⁶⁸ Cette position n'avait rien pour surprendre puisqu'elle ne faisait que reconnaître le sens minimal du concept de gouvernement.⁶⁹ La question de l'étendue réelle du champ d'application de la Charte restait donc toujours ouverte. Le 18 décembre 1986, la Cour y apportait un début de réponse.

Le texte de la Charte étant plutôt équivoque au sujet de son domaine d'application, les auteurs étaient nombreux à exprimer leurs vues. Les arguments invoqués reposaient essentiellement sur les termes et l'histoire du texte constitutionnel, l'intention présumée du constituant, la nature d'une Constitution et de simples considérations d'ordre pratique.⁷⁰ Soupesant les arguments avancés par certains de ces auteurs⁷¹, la Cour, après plus de deux ans de délibération⁷², nous montrait ses couleurs dans une décision si maladroitement motivée qu'elle demeure, encore aujourd'hui, largement teintée de zones grises. Les pages qui suivent sont consacrées à l'étude de ce jugement.

Section 1: L'affaire Dolphin Delivery et la détermination du champ d'application de la Charte canadienne

La situation factuelle à l'origine de l'arrêt S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd ⁷³ est assez familière dans le domaine des relations de travail. Le syndicat appelant représentait un groupe de salariés mis en lock-out par l'entreprise de messageries privée Purolator Courier Ltd. Avant que cette compagnie ne décrète le lock-out, l'intimée Dolphin Delivery Ltd assurait pour elle la livraison de courrier dans la région de Vancouver. En février 1982, après le début du conflit de travail, Dolphin Delivery Ltd entreprit de faire le même type de travail pour le compte d'une autre compagnie connue sous le nom de Supercourier Ltd. Selon le syndicat, cette dernière entreprise de messageries était étroitement liée à la compagnie Purolator Courier Ltd.

Dans le but de publiciser le conflit, le syndicat appelant informait les dirigeants de Dolphin Delivery Ltd de son intention de dresser des lignes de piquetage devant leur établissement, à moins qu'ils n'acceptent de mettre fin à leurs relations d'affaires avec Supercourier Ltd. En réponse, la direction présentait une requête en injonction afin de contrer les projets de "piquetage secondaire" du syndicat. Ainsi, avant même que les membres de l'appelant n'aient pu arpenter, pancartes à la main, la place d'affaires de Dolphin Delivery Ltd, une ordonnance d'injonction était émise contre eux. Selon le juge de première instance, une telle ordonnance était justifiée pour le motif qu'en common law,

inciter une entreprise à rompre le contrat qui la lie avec un tiers constitue un délit. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique confirmait cette décision.⁷⁴

Soutenant que le principe de common law invoqué au soutien de l'injonction était contraire à la liberté d'expression que lui reconnaît la Charte canadienne, le syndicat portait l'affaire en Cour suprême. Partant, les juges de la Cour étaient appelés à se prononcer sur l'application de la Charte canadienne aux rapports de droit privé, aux ordonnances des tribunaux judiciaires et aux principes de common law qu'ils élaborent. Voyons les réponses que la Cour a servies, les arguments auxquels elle a adhéré pour les étayer et les conséquences qui découlent de ses prises de position.

A) L'exclusion de principe des rapports privés

Dès l'adoption de la Charte canadienne, son application possible aux activités privées a suscité une vive controverse doctrinale. La Cour suprême y aura mis un terme en statuant que la Charte nécessite la présence d'une action gouvernementale pour être applicable.⁷⁵

L'exclusion des activités privées de l'emprise de la Charte fut décrite comme n'étant pas surprenante.⁷⁶ Pourtant, la Cour suprême elle-même avait permis d'entretenir

certains espoirs à cet égard par les propos qu'elle avait tenus dans une affaire précédente. Appelée à circonscrire la notion de liberté, omniprésente dans la Charte, la Cour affirmait:

*"La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre."*⁷⁷

Si la coercition requise pour qu'il y ait atteinte à la liberté protégée par la Charte pouvait émaner "d'autrui" et non seulement de "l'État", ne fallait-il pas présumer l'assentiment de la Cour à ce que la Charte puisse s'appliquer aux rapports privés ?⁷⁸

Par ailleurs, en soumettant la Charte à des préceptes d'interprétation auxquels la recherche de l'intention originelle du constituant est somme toute étrangère ⁷⁹, la Cour ouvrait une autre porte. En effet, les acteurs politiques qui prenaient part aux négociations antérieures à l'adoption de la Charte tendaient à confiner son application aux seuls pouvoirs publics. ⁸⁰ La modification du texte de l'article 32 entre le moment de sa première lecture ⁸¹ et celui de l'adoption de sa version finale constituait, semblait-il, une indication en ce sens. Dans sa version première, l'article reconnaissait l'application de la Charte "au Parlement et au gouvernement du Canada, ainsi qu'à ("and to") tous les domaines relevant du Parlement", la même formulation étant employée pour viser les législatures et les gouvernements provinciaux. ⁸² Le libellé actuel de l'article 32 contient

plutôt la mention "pour ("in respect of") tous les domaines ...".⁸³ La locution conjonctive "ainsi qu'à" impliquant logiquement un ajout, certains juristes prétendaient que son abandon confirmait la volonté du constituant de soustraire les activités privées du giron de la Charte.⁸⁴ Considérant la "nature foncièrement douteuse" et "indéterminée" des allocutions et déclarations politiques antérieures à la Charte, la Cour suprême coupait court aux arguments inspirés de ces données en mettant sérieusement en doute leur force probante.⁸⁵

C'est l'affaire Dolphin Delivery qui lui aura fourni l'occasion d'assener le coup de grâce à la proposition, soutenue alors par plusieurs auteurs⁸⁶, selon laquelle la Charte devait s'appliquer à toute la gamme des activités humaines, qu'elles soient de nature publique ou privée. Parlant au nom de tous les membres de la Cour sur ce point, le juge McIntyre eut le commentaire suivant:

*"Je suis d'accord avec le point de vue que la Charte ne s'applique pas aux litiges privés. (...) A mon sens, l'article 32 de la Charte, qui traite expressément de l'application de la Charte, est déterminant sur ce point."*⁸⁷

Ainsi, pour la Cour, la seule présence de l'article 32, lequel mentionne que la Charte s'applique aux parlements et aux gouvernements tant fédéraux que provinciaux, est déterminante en soi pour nier l'application de la Charte aux rapports privés.

La meilleure façon d'éprouver cet argument est d'examiner le texte de l'article 32. Son libellé ne permet pas d'exclure, sans réserve et *a priori*, les rapports privés de la Charte canadienne. En effet, les termes utilisés par le constituant n'édicte nullement que la Charte s'applique *seulement* aux parlements et aux gouvernements.⁸⁸ L'imprécision de l'article 32 est notable à ce niveau.⁸⁹ Partant, si "un langage vague et général de la Loi ne saurait être interprété comme écartant des droits fondamentaux"⁹⁰, pourquoi en serait-il autrement lorsque c'est la Constitution qui est en cause? Après tout, la référence expresse aux "parlements" et aux "gouvernements" pourrait bien traduire la volonté du constituant d'écarter le principe de la souveraineté parlementaire⁹¹ et la prérogative selon laquelle les droits du gouvernement ne peuvent être affectés que par des termes explicites ou par déduction nécessaire.⁹² Si c'est là l'objet de l'article 32, peut-être faudrait-il conclure à un excès de prudence du constituant puisqu'en vérité, parlements et gouvernements sont toujours liés par la Constitution.⁹³ Toutefois, il n'est pas impossible que la mention du "parlement" ait été jugée nécessaire pour contrer les réticences judiciaires auxquelles les tribunaux nous avaient habitué avec la Déclaration canadienne des droits.⁹⁴ Partant, la mention du "gouvernement" était à son tour requise puisque son absence à l'article 32 aurait pu signifier que seule l'action parlementaire était visée par la Charte.⁹⁵

Outre l'argument fondé sur l'article 32, la Cour a adhéré à d'autres arguments pour justifier sa position de ne pas appliquer la Charte aux litiges privés. Parmi ceux-là, il en est un qui s'appuie sur l'assertion qu'une Constitution, de par sa nature, "vise à imposer

des restrictions à l'action du gouvernement" et n'est par le fait même "pas destinée, en l'absence d'une intervention gouvernementale quelconque, à être appliquée aux litiges privés." ⁹⁶ En somme, la Cour est d'avis "que seul le gouvernement est lié par la Charte."⁹⁷ Si un tel argument est d'un certain attrait pour les juristes de common law, il s'avère impuissant à emporter l'adhésion des juristes de formation civiliste.⁹⁸ La raison en est simple: pour ces derniers, la Constitution est d'ordre public, elle est un "minimum" en deçà duquel nul sujet de droit n'est habilité à s'aventurer:

*"Elle assure d'abord au regard des particuliers un renforcement de la légalité car, si tout acte contraire à la Loi doit être considéré comme dépourvu de valeur juridique, a fortiori doit-il en aller de même pour un acte qui violerait la constitution. Si cet acte émane des gouvernants, il doit être également considéré comme sans valeur."*⁹⁹

On conçoit aisément la fragilité de l'argument avancé par la Cour, lequel a pour effet de banaliser la Charte en l'assimilant à "la plupart des constitutions écrites" ¹⁰⁰ sans tenir compte de ses caractères distinctifs. ¹⁰¹ En fait, l'argument est le produit de l'ancienne vision selon laquelle la protection des libertés fondamentales est entièrement assurée par la common law.¹⁰² Il traduit un sacro-saint respect de l'autonomie personnelle ¹⁰³ c'est-à-dire une vision de la Constitution, inspirée de l'idéologie libérale, qui invite à la méfiance envers l'État¹⁰⁴ mais non à l'égard des pouvoirs privés. ¹⁰⁵ Une telle vision, fut-elle adéquate au XVII^e et XVIII^e siècle, ne correspond plus aux pouvoirs démesurés dont jouissent aujourd'hui certains individus et leurs organisations privées. Elle a pour effet de dépouiller les individus moins nantis d'une protection constitutionnelle là où ils en ont

souvent le plus besoin.¹⁰⁶ Paradoxalement, la Cour est pleinement disposée à accorder le bénéfice de certaines dispositions de la Charte aux personnes morales privées.¹⁰⁷ Ce faisant, leurs ressources financières abondantes peuvent servir à rendre inopérantes des règles de droit parfois adoptées à l'avantage des plus démunis. Un tel résultat ne manque pas d'incohérence tant il nous semble contraire à l'esprit d'une Charte des droits.¹⁰⁸

Selon la Cour suprême, le refus d'appliquer la Charte aux litiges privés trouve une solution satisfaisante dans le fait que les codes provinciaux sur les droits de la personne et le droit ordinaire s'appliquent aux rapports entre particuliers.¹⁰⁹ Cet argument nous semble à son tour peu persuasif puisqu'en général, hormis peut-être la Charte des droits et libertés de la personne¹¹⁰ du Québec, les codes provinciaux couvrent le domaine des droits fondamentaux d'une manière bien moins complète que ne le fait la Charte canadienne.¹¹¹ De plus, ils n'offrent pas aux individus la sécurité d'une protection constitutionnelle puisque les législatures des provinces conservent, à leur égard, toute leur souveraineté et peuvent donc les modifier ou les abroger à leur guise.¹¹² Cette même remarque conserve toute sa pertinence au sujet des lois ordinaires.

La Cour fut enfin séduite par un autre argument selon lequel l'application de la Charte aux rapports privés aurait pour conséquence malheureuse "d'instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile ... qui ferait concurrence aux mécanismes de règlement des litiges favorisés par les lois en matière de droits de la personne".¹¹³ Quel est donc

l'effet si dramatique qu'aurait, sur le droit canadien, la création d'un pseudo régime subsidiaire de responsabilité civile ? Après tout, la personne victime d'un acte discriminatoire au Québec bénéficie déjà d'une alternative pour faire valoir ses droits: son recours peut être fondé sur les dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne ou sur l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada.¹¹⁴ Selon la première option, la personne lésée peut exercer son recours en saisissant le Tribunal des droits de la personne¹¹⁵, généralement avec l'assistance de la Commission des droits de la personne, ou en s'adressant elle-même aux tribunaux de droit commun.¹¹⁶ Si le Tribunal des droits de la personne est de création récente, ce "régime subsidiaire de responsabilité civile" que crée la Charte québécoise est en vigueur depuis plus de quinze ans et fonctionne relativement bien. Dès lors, on est en droit de s'interroger sur le caractère réel du danger dont la Cour suprême a voulu nous prémunir. En vérité, la position qu'elle défend prend essentiellement racine dans la common law. Elle est dénuée de fondement en droit civil québécois. De fait, à la différence de ce qui prévaut au Québec, les recours créés par les Codes provinciaux sur les droits de la personne sont exclusifs des recours de nature civile fondés sur la common law. Partant, la victime ne jouit d'aucune alternative pour faire valoir ses droits:

"[J]e conclus que non seulement le Code empêche toute action civile fondée directement sur une violation de ses dispositions, mais qu'il exclut aussi toute action qui découle de la common law et est fondée sur l'invocation de la politique générale énoncée dans le Code. Le Code lui-même établit les procédures destinées à la défense de cette politique générale..."¹¹⁷

Pour les juristes civilistes du Québec, la rationalité d'une telle position ne relève pas nécessairement de l'évidence.¹¹⁸

Si la motivation de la décision Dolphin Delivery s'avère déficiente, on peut tenter d'en combler les carences par des arguments plus probants. Tout bien considéré, l'étude de l'article 32 à la lumière des autres articles de la Charte est une démarche susceptible de mener à des résultats moins contestables que l'analyse isolée de cette disposition.¹¹⁹ A les considérer un à un, seuls les articles 2, 6 à 9, 10c), 12, 15, 24 et 26 ont un libellé qui permet de prétendre à leur application possible aux rapports privés.¹²⁰ Les autres articles de la Charte, en revanche, ont un libellé qui oblige à faire abstraction de certains de leurs termes pour en étendre l'application aux relations entre simples particuliers.

A ce niveau, on a prétendu que l'article premier de la Charte posait de singulières difficultés. Cette disposition énonce que les droits et libertés "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." Les pouvoirs publics agissant presque invariablement par le biais de "règles de droit", celles que l'on

juge incompatibles avec les droits constitutionnels peuvent toujours être récupérées par l'article 1. Comme les parties privées ne peuvent en principe se prévaloir de ce moyen de défense, la Charte s'appliquerait plus rigoureusement à elles qu'à l'action gouvernementale. Jugeant ce résultat inacceptable et contraire à l'objet de la Charte, certains juges y auront vu un élément additionnel pour exempter les acteurs privés de l'obligation de respecter les droits et libertés d'autrui.¹²¹

De prime abord, un tel argument peut sembler séduisant mais il n'est pas incontournable. Sa valeur dépend dans une large mesure du sens que l'on attribue à l'expression "règle de droit". Selon une interprétation "formelle", la règle de droit est une norme d'application générale de sorte que "seules les lois et les règlements sont des règles de droit (ou encore des sources de droit) à l'exclusion des normes individuelles que sont le jugement, la décision, la stipulation contractuelle".¹²² Toutefois, il est possible d'adopter une interprétation plus souple de l'expression de manière à ce que non seulement les lois et les règlements soient assimilés à des règles de droit, mais aussi la common law¹²³, les jugements¹²⁴ les ordonnances¹²⁵ et les clauses contractuelles¹²⁶. En fonction de cette interprétation "légaliste"¹²⁷, les parties privées qui concluent des contrats incompatibles avec les droits constitutionnels pourraient démontrer leur caractère raisonnable en vertu de l'article premier. D'ailleurs, la plus haute cour du pays n'a pas rejeté la possibilité qu'un tel fardeau de preuve puisse reposer sur une partie privée en certaines

circonstances.¹²⁸ Les propos empreints de prudence qu'elle tient à ce sujet sont significatifs:

"La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantie par la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction".¹²⁹

Ce n'est pas sans raison que la Cour s'abstient de référer de manière explicite à l'"État" dans ce contexte. De fait, en appliquant la Charte à l'ordonnance d'un tribunal administratif, la Cour impose indirectement le fardeau d'en démontrer le caractère raisonnable à la partie privée en faveur de laquelle l'ordonnance a été rendue.¹³⁰

Certaines considérations relatives à l'exercice du contrôle judiciaire se dressent inévitablement devant la thèse de l'application large de la Charte. On sait que, traditionnellement, les tribunaux ont toujours fait montre d'une grande réticence à s'immiscer dans la sphère des conduites individuelles et des relations interpersonnelles. A ce niveau, les personnes qui résident au pays jouissent d'une grande et salutaire liberté. Par ailleurs, le fait que la Charte garantisse certains droits fondamentaux "ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada".¹³¹ Partant, il est légitime de penser que l'application de la Charte aux rapports privés inciterait de toute façon les tribunaux à faire preuve de plus de flexibilité à l'égard des individus qu'à l'égard de l'État. Une telle attitude aurait pour effet de réintroduire l'embarassante dichotomie

public/privé¹³² que les tenants de la thèse de l'application de la Charte aux rapports privés ont précisément voulu écarter.¹³³

A cette considération s'ajoute celle de l'accroissement indésirable des pouvoirs judiciaires au détriment d'institutions gouvernementales souvent plus représentatives de la population et plus en mesure d'opérer des réformes économiques ou sociales. Réduit à sa plus simple expression, cet argument traduit la crainte que les tribunaux soient appelés à délaisser leur rôle de censeur au profit de celui de législateur. Dans la mesure où la Charte les habilite à s'ingérer dans les rapports privés, on craint qu'ils statuent sur l'opportunité de modifier ou non les conséquences légales d'une conduite privée pour la rendre compatible avec la Charte.¹³⁴ A notre avis, la Cour suprême a donné une réponse satisfaisante à cette prétention éculée:

"C'est un argument qu'on a entendu maintes et maintes fois avant l'enchâssement de la Charte, mais qui, en vérité, pour le meilleur ou pour le pire, a été réglé par l'entrée en vigueur même de la Loi constitutionnelle de 1982. Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la Charte dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité."¹³⁵

De tous ces arguments que l'on peut avancer pour justifier le refus d'appliquer la Charte canadienne au domaine des relations privées, pas un n'emporte notre adhésion. A la vérité, aucune interprétation, si savante soit-elle, ne peut recueillir d'emblée la conviction universelle des juges et juristes. La Cour suprême aura tranché en faveur de l'application de la Charte aux seules autorités publiques. Toutefois, c'est bien connu, il n'y a pas de règle sans exception. La décision de ne pas appliquer le texte constitutionnel aux litiges privés comporte bien sûr la sienne.

a) L'exception de l'action gouvernementale

S'il est vrai que "la Charte ne s'applique pas aux litiges privés" ¹³⁶, l'assertion qu'elle ne peut avoir aucune incidence sur les relations individuelles est parfaitement erronée. En effet, "la Charte pourra recevoir application dans la mesure où les actes posés par un particulier s'appuient sur une intervention gouvernementale." ¹³⁷ Ainsi, pour que le texte constitutionnel s'applique, il doit exister un lien "direct et étroit" entre un "élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite" ¹³⁸ par une partie:

"Lorsqu'une action gouvernementale est présente ou lorsqu'on l'invoque, et lorsqu'une partie privée l'invoque ou s'appuie sur elle pour entraîner la violation d'un droit d'un tiers garanti par la Charte, la Charte s'appliquera. Toutefois, lorsque "A", une partie privée, actionne "B", une partie privée ... et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la Charte ne s'appliquera pas. (...) En ce sens, donc, la Charte est loin d'être sans portée pour les parties privées... Mais ceci est différent de la

*proposition qu'une partie privée a envers une autre une obligation constitutionnelle, proposition qui sous-tend la prétendue affirmation de causes d'action en vertu de la Charte ou de défenses entre particuliers en vertu de la Charte."*¹³⁹

En outre, la Charte sera applicable si la violation d'un droit fondamental résulte d'un acte qui est le fruit d'une interaction entre une partie privée et un officier public ¹⁴⁰ ou un organisme gouvernemental. ¹⁴¹

Du reste, on sait encore peu de chose sur la nature de l'"action gouvernementale" requise pour que la Charte entre en jeu dans le cadre d'un litige privé. Pour le moment, l'une des seules certitudes que nous ayons, c'est qu'une disposition législative contraire à la Charte constitue un élément d'intervention gouvernementale suffisant dans ce contexte. ¹⁴² Selon la Cour suprême, l'action gouvernementale pourrait aussi revêtir "plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures." ¹⁴³ Cette affirmation empreinte de retenue ne donne plus prise au doute puisque la Cour consent à appliquer la Charte à la réglementation du gouvernement ¹⁴⁴ et à la législation déléguée qu'édicte les corporations professionnelles.¹⁴⁵ Toutefois, hors du champ somme toute restreint des lois et de la réglementation qui en découle, la notion d'"action gouvernementale" demeure un mystère. Son élucidation relève

de l'application de certains critères qui seront scrutés dans la seconde partie de notre étude.

A ce stade cependant, une autre question mérite considération. En exigeant un "élément d'intervention gouvernementale" pour rendre la Charte applicable aux litiges privés, la Cour requiert implicitement une action positive de l'État. Pourtant, si les pouvoirs publics peuvent, par leurs interventions, porter atteinte aux droits fondamentaux, leur abstention d'agir peut en certaines circonstances produire le même résultat. La Charte peut-elle venir en aide aux personnes victimes du désœuvrement des gouvernements?

b) L'inaction gouvernementale

Dans notre régime juridique fondé sur la primauté du droit, toute personne jouit de la liberté "de faire ce qui lui plaît" et de s'adonner aux activités de son choix, à moins que la loi en dispose autrement.¹⁴⁶ Sous réserve des impératifs constitutionnels, le Parlement et les législatures peuvent donc, par l'entremise de mesures législatives, reconnaître des droits aux uns et limiter la liberté des autres en fonction des fins politiques qu'ils poursuivent. Ce faisant, ils ont le pouvoir d'intervenir de façon active pour fournir un cadre juridique nouveau à toute la gamme des activités humaines, qu'elles soient de nature publique ou privée. De la même façon, ils peuvent opter pour la passivité législative dans la mesure où ils jugent que leurs objectifs sont mieux servis par le maintien du statu quo.

Traditionnellement, les tribunaux ont toujours considéré qu'il ne leur appartenait pas "de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur" ¹⁴⁷ et encore moins de ses silences.¹⁴⁸

On aurait pu croire que l'entrée en vigueur de la Charte canadienne allait modifier sensiblement les choses à ce sujet. En consacrant un ensemble de nouvelles valeurs dans la loi suprême du pays ¹⁴⁹, la Charte invitait les tribunaux à scruter les choix du Parlement et des Législatures afin de pourvoir "à la protection constante des droits et libertés." ¹⁵⁰ Toutefois, à la première occasion, la Cour suprême s'est empressée de réitérer son engagement à ne pas mettre en doute la sagesse des textes législatifs même à l'ère de la Charte.¹⁵¹ Elle a réaffirmé cette position abondamment par la suite:

*"Ni avant ni après l'adoption de la Charte, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois."*¹⁵²

Si le discours de la Cour semble toujours fidèle à ce principe, il faut bien reconnaître que la plupart de ses décisions fondées sur la Charte s'en éloignent inévitablement. A vrai dire, la Charte ne permet pas de maintenir la distinction entre la sagesse et la constitutionnalité d'une mesure législative, entre le contrôle de l'opportunité politique et le contrôle judiciaire:

"A notre avis, la Cour remet en question la sagesse d'un texte législatif chaque fois qu'il y a contrôle judiciaire. Elle n'a pas le choix; cela fait partie intégrante de la tâche d'interprétation de la Charte. Mais en invoquant la distinction, la Cour se couvre du drapeau de la conception classique de la fonction judiciaire, en présentant son mode d'intervention comme judiciaire et non politique."¹⁵³

Cette distinction entre les modes d'intervention judiciaire et politique façonne et détermine l'approche de la Cour à l'égard des droits et libertés. Les juges, il est vrai, ne craignent pas de sanctionner l'action gouvernementale directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, lorsqu'elle est jugée incompatible avec les valeurs protégées par la Charte. En revanche, les doutes subsistent sur leur disposition à appliquer la Charte à l'inaction des pouvoirs publics.

D'aucuns pourront prétendre que la Cour suprême a dissipé l'incertitude dans sa décision R. c. S.(S.).¹⁵⁴ Ce n'est pas notre avis. Dans cette affaire, un adolescent de l'Ontario était accusé d'avoir eu en sa possession des vêtements obtenus illégalement. Avant qu'un plaidoyer ne soit inscrit, son procureur présentait une requête par laquelle il demandait le rejet de l'accusation. Selon lui, l'omission du lieutenant-gouverneur en conseil d'autoriser un programme de "mesures de rechange" aux fins de la Loi sur les jeunes contrevenants portait atteinte au droit à l'égalité de son client. Il étayait sa prétention par le fait que de pareilles mesures avaient été substituées aux procédures judiciaires formelles dans toutes les provinces canadiennes à l'exception de l'Ontario. Par

sa requête, il s'attaquait à une distinction géographique, fondée sur la province de résidence, qui avait l'effet d'instituer un régime pénal plus sévère à l'endroit des jeunes contrevenants ontariens.

Toutefois, pour sanctionner l'inaction du gouvernement, encore fallait-il que la Cour conclue à l'existence d'une obligation d'agir. Analysant la loi "du point de vue de son contexte, de ses dispositions, de sa portée et de ses objets", la Cour estime que le choix de la province de ne pas instaurer un programme de mesures de rechange ne constitue pas "un manquement à une obligation imposée par la loi."¹⁵⁵ Puis elle précise:

*"Une fois qu'on décide qu'il n'incombe au procureur général de l'Ontario aucune obligation de mettre en oeuvre un programme de mesures de rechange, le non exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut, du seul fait qu'il engendre des différences entre les provinces, donner prise à une attaque fondée sur la Constitution. La conclusion contraire pourrait avoir pour conséquence d'exposer à l'examen en vertu de la Charte tout exercice par une province d'un pouvoir relevant de sa compétence, examen dont l'unique fondement serait que cet exercice crée une distinction quant au traitement accordé aux particuliers dans différentes provinces."*¹⁵⁶

Enfin, pour parer à tous les arguments, la Cour s'applique à démontrer qu'il n'y a de toute façon aucune violation du droit à l'égalité puisque la distinction fondée sur la province de résidence ne repose pas sur une "caractéristique personnelle". Ce faisant, elle se garde bien de souligner une quelconque impossibilité d'appliquer la Charte à l'inaction gouvernementale. Au plus se borne-t-elle à signaler que dans ce cas précis, l'omission

du gouvernement ne peut être sanctionnée puisque ni la loi, ni la Charte ne peuvent être interprétées de manière à imposer une obligation d'agir au gouvernement. Si la Cour devait un jour être confrontée à une situation où l'omission d'agir d'un gouvernement engendre une violation flagrante des droits fondamentaux, il n'est pas sûr qu'elle avaliserait pareille inaction. Toutefois, une chose est certaine, les juges ne se départiront pas aisément de cette crainte que la sanction de l'inaction gouvernementale ne les incite à des interventions essentiellement politiques. Néanmoins, nous croyons que la Cour n'a pas tout à fait fermé cette avenue.¹⁵⁷

Certes, la plus haute cour du pays est d'avis que la Charte "vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre [des] droits et libertés." ¹⁵⁸ De même, elle confine l'application de la Charte à l'"intervention" ¹⁵⁹ ou l'"action gouvernementale" au sens de l'article 32. ¹⁶⁰ Elle va jusqu'à reconnaître "qu'en règle générale, l'acquiescement du gouvernement à la conduite d'une partie privée ne transforme pas cette conduite en action gouvernementale". ¹⁶¹ Toutefois, s'il s'agit là d'une "règle générale", peut-être comporte-t-elle sa part d'exceptions. Ainsi, nous croyons que la décision de ne pas légiférer dans une matière donnée et de laisser le champ libre aux particuliers, en maintenant le *statu quo*, pourrait constituer, en certaines circonstances, une "action gouvernementale". ¹⁶² Il devrait également en être ainsi dans les cas où le législateur prive une partie de la population de certains droits en s'abstenant explicitement d'intervenir pour étendre leur portée. ¹⁶³ De fait, la différence entre ce dernier type d'intervention et l'inaction totale est plutôt ténue.

Du reste, la Cour semble admettre que le libellé de certaines dispositions de la Charte "impose au gouvernement des obligations positives".¹⁶⁴ C'est le cas chaque fois que le constituant énonce des "droits". Ainsi, la Cour suprême se montre disposée à intervenir pour pallier l'inaction gouvernementale dans la reconnaissance des droits à l'instruction dans la langue de la minorité.¹⁶⁵ Certains tribunaux d'appel ont fait preuve d'une même ouverture notamment en matière de droits démocratiques¹⁶⁶ et de droits à l'égalité.¹⁶⁷ En conséquence, "lorsque des droits sont expressément garantis par la Charte", il n'est pas impossible que la Cour accepte de "s'engager dans le domaine législatif".¹⁶⁸

La chose est moins sûre lorsque les juges se voient confrontés à une "liberté". Pour la Cour suprême, "la liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte".¹⁶⁹ Cette vision négative de la liberté commande l'abstention d'agir, l'inaction pure et simple de l'État. Ainsi comprise, la notion de liberté privilégiée par la Cour se marie bien avec ses réticences coutumières à s'arroger la fonction des assemblées législatives. Néanmoins, nous croyons que le concept de liberté que le juge Dickson a formulé pour la Cour n'est pas immuable. De fait, l'ex-juge en chef a implicitement reconnu, dans un arrêt subséquent, l'étroitesse de sa notion de liberté:

"[L]a charte garantit des "libertés" fondamentales et... des "droits". Si parfois ces deux termes sont utilisés indifféremment, une distinction d'ordre conceptuel est souvent faite entre les deux. On dit au sujet des "droits", qu'ils imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question, alors qu'on dit au sujet des "libertés", qu'elles comportent simplement une absence d'intervention ou de contrainte. Cette

conception de la nature des "libertés" est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales (par exemple, une réglementation limitant la monopolisation de la presse peut être nécessaire pour assurer la liberté d'expression et de presse)."¹⁷⁰

Le juge Dickson ne rejette donc pas la possibilité qu'une liberté puisse "imposer des obligations de faire à l'État" de telle sorte qu'une partie privée soit justifiée de présenter "une requête visant à forcer l'État à agir."¹⁷¹ En conséquence, il est encore théoriquement possible de croire à une application plus généreuse de la Charte dans le cadre des litiges privés.

A la réflexion cependant, c'est peut-être là une illusion, une vaine construction théorique qui se heurte à la réalité pratique. En effet, comment un individu pourra-t-il mettre en preuve la décision du gouvernement d'autoriser, en s'abstenant de le prohiber, un acte privé qui viole ses droits constitutionnels ? Démontrer une telle "action gouvernementale", par preuve prépondérante¹⁷² de surcroît, est une tâche qui s'avère à toutes fins utiles impossible. Si les projets de loi font l'objet de débats publics devant les assemblées législatives, les projets de légiférer ou non sur une matière donnée demeurent à jamais sous le sceau du secret. Pas un témoin, ni aucun document accessible, ne pourraient servir les prétentions d'une partie privée dans sa tentative de prouver une décision consciente et arrêtée du gouvernement en faveur de la passivité législative.¹⁷³

D'autre part, le gouvernement est confronté à un nombre effarant de problèmes auxquels

il doit apporter le plus souvent, une solution expéditive. Dès lors, il devient difficile de distinguer sa décision de ne pas agir d'une simple inactivité¹⁷⁴ imputable à la nécessité de résoudre des problèmes encore plus urgents selon ses priorités. A défaut d'une preuve persuasive, les juges ne présumeront pas la malveillance des autorités. Puisque "les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues dans une vide factuel" ni "être fondées sur des hypothèses non étayées" par la preuve ¹⁷⁵, le recours d'une personne victime d'une omission gouvernementale reste vraisemblablement illusoire.

On dit que "créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la Charte qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution." ¹⁷⁶ On obtient sûrement un résultat aussi fâcheux lorsque le redressement prévu pour la partie lésée dépend d'une preuve qu'elle ne sera jamais en mesure d'établir. A notre avis, seule la démonstration d'une atteinte à une liberté protégée par la Constitution devrait incomber à la partie qui en est victime. L'arrêt Dolphin Delivery a pour effet d'alourdir le fardeau de preuve des personnes qui subissent les affres de l'inaction gouvernementale. Consentir à l'application pure et simple de la Charte aux rapports privés, sans l'exigence d'une "action gouvernementale", écarterait cette difficulté additionnelle. Si les libertés fondamentales méritent la protection constante que la Cour suprême semble disposée à leur assurer ¹⁷⁷, c'est là une solution qu'elle devra envisager tôt ou tard.

Cela étant, les parties privées ne sont bien sûr pas les seules qui peuvent menacer les droits constitutionnels. Par les nombreux pouvoirs qui leur sont dévolus, les juges peuvent également adopter des comportements et des règles incompatibles avec les valeurs protégées par la Charte. Voyons si la Cour a convenablement résolu la question de savoir si la Charte peut servir à contrôler les ordonnances des tribunaux judiciaires et les principes de common law sur lesquels elles s'appuient.

B) Les tribunaux judiciaires et la common law

En excluant la possibilité que la Charte canadienne s'applique pleinement entre particuliers, la Cour suprême adoptait une interprétation restrictive de l'article 32. Sa position a pour effet de limiter l'application de la Charte aux parlements et aux gouvernements et plus précisément aux "branches législative, exécutive et administrative."¹⁷⁸ Puis, poursuivant sa marche sur le sentier de l'interprétation limitative, la Cour ajoute:

"Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la Charte, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la Charte. Les tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, il sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance

*d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la Charte aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la Charte à pratiquement tous les litiges privés."*¹⁷⁹

En définitive, bien que les tribunaux judiciaires soient "liés par la Charte", celle-ci ne s'applique pas à leurs décisions "parce qu'elles ne sont pas des "actions gouvernementales".¹⁸⁰

Lorsqu'il est lu en filigrane, cet extrait de l'arrêt Dolphin Delivery témoigne du grand attachement de la Cour pour le principe de l'indépendance de la fonction judiciaire. Ce principe comporte deux volets, l'un de nature individuelle, l'autre de nature institutionnelle:

*"[L]a condition essentielle de l'indépendance judiciaire au niveau individuel est la nécessité que les juges se sentent tout à fait libres de rendre des décisions dans les affaires dont ils sont saisis. Sur le plan institutionnel, l'indépendance judiciaire s'entend de la préservation de l'indépendance et de l'intégrité du pouvoir judiciaire et d'une garantie de son immunité contre toute ingérence injustifiée des pouvoirs législatif et exécutif ou même contre toute cohabitation trop étroite avec ceux-ci."*¹⁸¹

Ce principe de l'indépendance judiciaire est inspiré de la théorie de la séparation des pouvoirs:

"Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement - le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes

*généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques."*¹⁸²

Ainsi, le pouvoir judiciaire dont la tâche est "d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces" ¹⁸³ doit être dissocié des pouvoirs législatif et exécutif. Les juges doivent pouvoir accomplir cette tâche en toute indépendance, "complètement libres de toute ingérence arbitraire tant de la part du pouvoir exécutif ¹⁸⁴ que de la législature" ¹⁸⁵, ou "des parties au litiges".¹⁸⁶ Cette préoccupation est omniprésente dans leur esprit. Voyons dans quelle mesure l'arrêt Dolphin Delivery en est imprégné et la reflète.

a) L'influence indue du principe de l'indépendance judiciaire

En refusant de considérer les tribunaux comme un organe du gouvernement au sens de l'article 32 de la Charte, la Cour suprême adopte une position déroutante à plus d'un niveau. D'une part, alors qu'elle exhorte à situer la Charte dans son "contexte politique"¹⁸⁷, la Cour ignore complètement la notion de gouvernement propre à la "science politique". La chose étonne d'autant que moins d'un an plus tôt, les juges de la Cour admettaient sans ambages que le pouvoir judiciaire était l'une des trois branches du gouvernement. ¹⁸⁸

En quoi la Charte a modifié cet état de fait ? En vérité, les pouvoirs législatif et

exécutif exercent un contrôle suffisamment important sur les tribunaux¹⁸⁹ pour que ceux-ci puissent être assimilés à une branche du gouvernement.¹⁹⁰ La négation de cette évidence nous semble attribuable au respect farouche que la Cour voue au principe de l'indépendance judiciaire.

En effet, la Charte ne serait pas applicable à une ordonnance judiciaire puisque les tribunaux sont des "arbitres neutres" lorsqu'ils appliquent des règles de droit. Cette référence aux "arbitres neutres" évoque de toute évidence la notion d'"arbitre impartial" propre aux affaires relatives à l'indépendance des juges.¹⁹¹ L'arrêt Dolphin Delivery doit donc être lu en corrélation avec ces décisions. Cette démarche n'est pas vaine puisqu'elle nous révèle la prémisse majeure du syllogisme en vertu duquel la Cour tente de justifier sa position:

- * Pour la Cour "il est nécessaire d'avoir un arbitre impartial pour régler les litiges aussi bien entre les deux paliers de gouvernement qu'entre les gouvernements et les citoyens" qui invoquent la Constitution;¹⁹²
- * Les juges sont "des arbitres neutres et non des parties opposées" dans ces litiges;¹⁹³
- * Donc les ordonnances judiciaires rendues "pour régler les litiges" ne peuvent être soumises à la Charte puisqu'elles sont le produit d'"arbitres neutres" et non celui d'une "action gouvernementale".

Sans mésestimer l'importance du principe de l'indépendance judiciaire, nous doutons de sa pertinence pour défendre le refus d'appliquer la Charte aux Cours de justice. Réduit à sa plus simple expression, ce principe exige que les tribunaux, en tant qu'arbitres neutres des litiges, "soient complètement séparés, sur le plan des *pouvoirs* et des *fonctions* de tous les autres participants au système judiciaire." ¹⁹⁴ Or, l'exercice "des pouvoirs et des fonctions" des juges prend généralement fin avec l'ordonnance judiciaire. Le tribunal n'étant plus saisi de l'affaire à compter de ce moment, on cherche en vain le type d'ingérence qu'il pourrait subir de la part des "autres participants au système judiciaire". De fait, lorsque le juge est dépouillé de son autorité conformément au principe *functus officio* ¹⁹⁵, toute considération relative à la préservation de son indépendance n'a plus sa raison d'être. Partant, le refus d'assimiler les tribunaux judiciaires à l'un des organes du gouvernement s'harmonise difficilement avec la réalité:

"Il importe de souligner que, dans l'arrêt Beauregard c. Canada, on propose non pas la séparation absolue du pouvoir judiciaire, dans le sens d'une absence totale de rapports avec les autres organes du gouvernement, mais une séparation de ses pouvoirs et fonctions. Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement.

(...)

La condition capitale du maintien de l'indépendance judiciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les "pouvoirs et fonctions" essentiels du tribunal..."¹⁹⁶

En énonçant que les tribunaux sont des "arbitres neutres" lorsqu'ils appliquent des règles de droit, la Cour adopte une conception plutôt archaïque de la fonction judiciaire. Cette vision ne concorde plus tout à fait avec la réalité contemporaine ¹⁹⁷ et l'activisme qui caractérise la Cour aujourd'hui. ¹⁹⁸ Parions que la Cour en est parfaitement consciente mais dans ce cas précis, cette conception la sert doublement. En se décrivant comme des "arbitres neutres" plutôt que des acteurs gouvernementaux, les juges préservent leur image d'impartialité tout en consolidant leur conclusion de ne pas élargir la portée de la Charte aux litiges privés. Ironiquement, pour exclure l'application de la Charte des affaires civiles privées, la Cour appelle en renfort un principe que le constituant limite lui-même aux seules "affaires criminelles et pénales". ¹⁹⁹

D'autre part, l'approche privilégiée par la Cour ignore entièrement certaines des dispositions de la Charte qui confèrent des obligations précises aux tribunaux judiciaires. Pensons aux dispositions relatives aux affaires criminelles et pénales, aux peines cruelles et inusitées, aux témoignages incriminants, au droit à l'assistance d'un interprète ou encore au droit d'employer l'une des langues officielles devant le tribunal saisi d'une affaire. ²⁰⁰ De la même façon, les juges ont sûrement l'obligation d'agir "en conformité avec les principes de justice fondamentale" pour transgresser les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité des individus. ²⁰¹

De fait, la Cour suprême s'avère impuissante à harmoniser sa jurisprudence avec l'assertion que les juges ne sont pas des acteurs gouvernementaux au sens de la Charte.²⁰² C'est ainsi que le texte constitutionnel a été invoqué avec succès pour contrôler des conduites ou ordonnances judiciaires jugées incompatibles avec certains droits enchâssés²⁰³, la Cour confirmant par le fait même la nécessité d'inclure le pouvoir judiciaire dans la notion de "gouvernement" à laquelle réfère l'article 32.²⁰⁴ Comme le notait le juge Lamer avant le prononcé de l'arrêt Dolphin Delivery:

"[L]es tribunaux ne peuvent simplement admonester l'exécutif ou le législatif pour n'avoir pas respecté les exigences de la Charte; nous devons maintenant faire notre propre examen de conscience et décider si le judiciaire répond lui aussi adéquatement aux exigences de la Charte. Si toutes les branches de gouvernement sont responsables dans une certaine mesure, c'est néanmoins au judiciaire qu'il appartient de jouer un rôle central... [L]e système d'administration de la justice... doit se conformer aux exigences constitutionnelles de la Charte."²⁰⁵

On le conçoit aisément, la décision de la Cour suprême au sujet de l'application de la Charte canadienne aux tribunaux n'est pas sans failles. Le refus d'admettre que les ordonnances judiciaires suffisent pour satisfaire au critère de l'"action gouvernementale", malencontreusement concocté par la Cour, montre sa détermination à ne pas exposer les rapports privés aux prescriptions de la Charte.²⁰⁶ L'opiniâtreté dont elle fait montre dans la poursuite de cet objectif l'amène à passer outre au fait que les tribunaux peuvent contrevenir à la Charte, au même titre que l'État.²⁰⁷ En somme, l'arrêt Dolphin Delivery

semble élever la fonction judiciaire au-delà de la Charte.²⁰⁸ C'est d'ailleurs le sens que la Cour d'appel du Québec tend à donner à cet arrêt.²⁰⁹ Toutefois cette "immunité" est loin d'être absolue. D'une part, la plus haute instance canadienne l'a édulcorée dans certaines de ses décisions rendues en matière criminelle.²¹⁰ D'autre part, les principes de common law qui sont élaborés par les tribunaux et qui servent de fondement aux ordonnances judiciaires sont vraisemblablement soumis à la Charte. Encore faut-il voir dans quelle mesure.

b) Le caractère inopportun de la distinction common law/législation

Pour la Cour suprême, "il n'y a pas de doute" que la Charte canadienne s'applique à la common law.²¹¹ Elle en avait d'ailleurs implicitement convenu dans deux décisions antérieures.²¹² Cependant, l'application de la Charte à ce niveau n'est pas illimitée puisqu'"elle ne s'applique à la common law que dans la mesure où la common law constitue le fondement d'une action gouvernementale".²¹³ Ainsi, l'action gouvernementale fondée sur les prérogatives royales²¹⁴ reconnues par la common law est sujette à la Charte.²¹⁵ Toutefois, considérant le nombre restreint des règles de common law qui peuvent fonder une action gouvernementale en dehors de tout cadre législatif, l'application de la Charte ne s'en trouve pas beaucoup plus étendue.

La situation aurait pu être différente si la Cour avait assimilé les ordonnances judiciaires à une "action gouvernementale". En évinçant les tribunaux de sa notion de "gouvernement", elle a réduit considérablement l'application de la Charte aux principes de common law invoqués dans le cadre d'un litige privé. En fait, "la Charte s'applique à la common law, mais non pas entre particuliers."²¹⁶ Ce n'est que "dans les cas où la Charte s'applique de manière générale au litige en cause" que les règles de common law pourront être revues à la lumière des valeurs protégées par la Charte.²¹⁷ En somme, le texte constitutionnel ne s'applique pas à la common law, sauf si celle-ci motive une action gouvernementale.

D'apparence neutre, cette prise de position n'est pas sans affecter plus particulièrement le peuple québécois. Les règles de common law qui régissent les relations de droit privé entre les citoyens des autres provinces canadiennes échappent à l'emprise de la Charte. En revanche, celle-ci demeure en principe pleinement applicable au droit privé du Québec du seul fait qu'il soit codifié dans les Codes civils adoptés par la Législature. En effet, la codification "est sans doute une action gouvernementale"²¹⁸ suffisante pour que la Charte s'applique aux dispositions des Codes civils. Dans cette perspective, la décision de ne pas soumettre la common law invoquée dans le cadre d'un litige privé au texte constitutionnel nous apparaît regrettable. Elle introduit une distinction entre la common law et la législation qui nous semble inopportune à plus d'un niveau.

Tout d'abord, nous l'avons vu précédemment, les tribunaux forment une branche du gouvernement.²¹⁹ La common law est le produit de leurs travaux. Ils en sont les auteurs et peuvent donc la modifier et même l'infirmer dans l'exercice de leur rôle dans l'État ²²⁰:

*"Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de [la Charte], il faudrait le faire."*²²¹

En somme, la fonction des tribunaux à l'égard de la common law s'apparente à celle d'un législateur. ²²² Partant, si les règles de droit adoptées par la Législature sont soumises à la Charte, celles élaborées par la magistrature devraient recevoir le même sort puisqu'elles résultent d'une "action gouvernementale". ²²³

En outre, l'incorporation de la common law britannique au droit canadien dépend habituellement de dispositions législatives spécifiques. ²²⁴ L'article 129 de la Loi constitutionnelle de 1867 ²²⁵ qui laisse en place "tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle... comme si l'union n'avait pas eu lieu" en témoigne de façon implicite. De même, l'article 9 du Code criminel ²²⁶ préserve "le pouvoir, la juridiction ou l'autorité qu'un tribunal, juge, juge de paix ou magistrat possédait, immédiatement avant le 1er avril 1955, d'imposer une peine pour outrage au tribunal" en vertu de la common law. ²²⁷

Selon certains auteurs, le fait que les principes de common law aient généralement une assise législative devrait suffire pour que la Charte s'y applique.²²⁸ Quoi qu'il en soit, nous croyons que la nature législative ou jurisprudentielle des règles de droit auxquelles on a recours dans un litige ne devrait pas être un facteur à soupeser. Cette considération fait en sorte que la protection des droits fondamentaux varie selon la nature publique ou privée du litige et la culture juridique propre à une province donnée. Un tel résultat s'avère d'autant plus navrant lorsque l'histoire nous rappelle que le Québec est l'unique province qui n'a pas adhéré à la réforme constitutionnelle à l'origine de la Charte canadienne.²²⁹ Du reste, la Cour suprême fait peu de cas de l'effet illogique, voire discriminatoire²³⁰, de sa décision sur ce point.²³¹

Notre propos doit toutefois être nuancé. D'une part, ce n'est vraisemblablement pas tout le droit civil québécois qui est soumis à la Charte. Il n'est pas inutile de préciser que "le droit civil, qui est un ensemble de règles de droit privé, se compose en grande partie, mais non pas exclusivement, du droit énoncé dans le Code civil du Bas-Canada et le Code civil du Québec."²³² Ainsi, les Codes civils ne contiennent pas tout le droit civil; ils sont fondés "sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence... d'assurer la fécondité."²³³ A la lumière de l'arrêt Dolphin Delivery, il est fort possible que les principes non codifiés du droit civil échappent à l'application de la Charte canadienne.

La décision Larose c. Malenfant ²³⁴ peut nous servir à titre d'illustration. Lors d'une conférence de presse, l'appelant Larose, président de la C.S.N., a manifesté l'intention de mener une campagne publicitaire pour inciter les touristes américains et ontariens à boycotter les établissements hôteliers de l'intimé. Vantant les attraits touristiques du Québec, la publicité envisagée y déplorait la présence d'une "pomme pourrie" ("rotten apple") pour faire allusion au propriétaire de ces hôtels. Afin d'empêcher la diffusion d'une pareille annonce, ce dernier présentait une demande d'injonction permanente à la Cour supérieure. Qualifiant les propos de diffamatoires, la Cour a jugé que leur publication constituerait un abus de droit équivalant à une faute au sens de l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada. L'injonction fut donc émise. Insatisfait de cette décision, le défendeur Larose a interjeté appel. Il prétendait que sa liberté d'expression, protégée par la Charte canadienne, devait primer les principes d'application de l'article 1053. Rejetant l'argument, la Cour d'appel concluait que "[l]e seul principe général de l'article 1053 C.C.", lorsqu'il est appliqué par un juge, "paraît insuffisant pour qu'on puisse dire qu'il y a en cause un acte du gouvernement du Québec." ²³⁵

En revanche, les normes juridiques de droit privé couchées dans des lois seront pleinement assujetties à la Charte. La Loi sur les normes du travail ²³⁶ et la Loi sur la protection du consommateur ²³⁷ figurent parmi les plus importantes.

D'autre part, par leurs interventions législatives, les Législatures des autres provinces canadiennes modifient parfois les règles de common law.²³⁸ Dans ces cas, les rapports de droit privé régis par ces lois pourront être affectés par la Charte de la même manière qu'au Québec.²³⁹ Cependant, la crainte d'une Législature d'être "incommodée" par les valeurs constitutionnelles pourra l'inciter à la passivité législative. Dès lors, seul le pouvoir judiciaire pourra, selon son bon vouloir, modifier les règles de common law qui ne s'harmonisent pas avec les droits fondamentaux.²⁴⁰

Il faut reconnaître que la Cour suprême attribue à la fonction judiciaire le devoir d'"expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution".²⁴¹ Mais comment comprendre cette assertion si l'ordonnance d'un tribunal n'est pas une "action gouvernementale" qui doit, de ce fait, être conforme à la Charte? Force est de conclure qu'une telle affirmation, incompatible avec la *ratio* de l'arrêt²⁴², pourrait n'être qu'un vœu pieux. De fait, appliquée à la lettre, elle aurait l'effet virtuel de soumettre l'ensemble de la common law et les relations privées qui en dépendent aux prescriptions de la Charte.²⁴³

En somme, l'arrêt Dolphin Delivery introduit une distinction qui n'apparaît pas souhaitable entre la common law et le droit statutaire. La Constitution n'imposait pas une telle distinction. Bien au contraire, il nous semble qu'elle dictait une approche uniforme puisqu'elle protège des valeurs dites universelles. La lecture de l'article 52 de la Loi

constitutionnelle de 1982 ²⁴⁴ nous en convainc. Cette disposition consacre la suprématie de la Charte canadienne et rend "inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit". Si cette dernière expression englobe l'ensemble de la common law dans le contexte de l'article premier de la Charte ²⁴⁵, il devrait *a fortiori* en être ainsi dans le cadre de l'article 52:

"[L]'article premier de la Charte et l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 visent deux objets très différents. L'article 52 s'inspire de la théorie de la suprématie constitutionnelle. A ce titre, une interprétation large de la "règle de droit", dont il est question dans cette disposition, est requise de sorte que tous les exercices d'un pouvoir de l'État, de nature législative ou administrative, soient visés par la Charte. Par ailleurs, l'article premier vise à permettre que des limites soient imposées aux droits constitutionnels lorsque cela s'avère nécessaire dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent cependant être formulées au moyen d'une règle de droit. A cette fin, la définition de l'expression "règle de droit" doit nécessairement être restreinte." ²⁴⁶

En excluant les Cours de justice du concept de gouvernement auquel réfère l'article 32 de la Charte, la Cour suprême diminue la portée de l'article 52. ²⁴⁷ Bien sûr, on pourra arguer que c'est l'article 32 qui précise l'étendue du champ d'application de la Charte, l'article 52 ne visant qu'à affirmer la préséance de la Constitution afin de légitimer le contrôle judiciaire. ²⁴⁸ Cela est indubitablement vrai mais là n'est pas la question. C'est bien plus l'interprétation restrictive qu'on lui a donnée que l'article 32 lui-même qui atténue la portée de l'article 52. A notre avis, l'interprétation large et libérale des termes de l'article 32 permet d'inclure les tribunaux judiciaires dans la notion de gouvernement.

Mais en adoptant un critère d' "action gouvernementale" qui ne vise pas leurs ordonnances, la Cour est inexorablement amenée sur le terrain de l'incohérence. Elle est appelée à multiplier les exceptions de sorte qu'elle amenuise un raisonnement initial dont le fil conducteur résiste mal, comme nous allons le voir maintenant, au contexte canadien.

Section 2: L'émergence de la théorie de l'action gouvernementale en droit canadien

La décision Dolphin Delivery ²⁴⁹ montre bien le dilemme auquel la Cour suprême était confrontée. D'une part, la Cour désirait exclure les relations privées du champ d'application de la Charte. D'autre part, si la Cour était disposée à appliquer le texte constitutionnel à l'État, elle devait écarter son application aux tribunaux et aux principes de common law qu'ils élaborent afin d'éviter d'élargir la portée de l'application de la Charte aux litiges privés. ²⁵⁰

C'est en épousant une théorie similaire à la théorie américaine du "state action" que la Cour s'est extirpée de la situation délicate dans laquelle elle se trouvait. L'empressement de la plus haute cour canadienne à prôner cette théorie, abondamment critiquée chez nos voisins du sud, étonne. Sa position tranche vivement avec les admonitions qu'elle a maintes fois servies à l'égard des solutions élaborées par les tribunaux des États-Unis. ²⁵¹

Qu'à cela ne tienne, cette théorie ayant obtenu la faveur de la Cour suprême, il importe d'en étudier brièvement les principales conséquences sur le droit canadien.

A) La difficulté d'application de la théorie de l'action gouvernementale en droit canadien

La notion d'"action gouvernementale" façonnée par la jurisprudence américaine semble, de prime abord, d'une extrême simplicité:

"La position américaine, du moins jurisprudentielle, est relativement claire: les obligations constitutionnelles visant au respect des droits et libertés ne sauraient concerner que la sphère étatique: seule, en effet, l'activité étatique - le "State Action" - doit se conformer aux obligations en question.

(...)

Cependant, la jurisprudence américaine a fini par dégager l'idée qu'un particulier peut exceptionnellement être tenu à respecter les prescriptions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux dans la mesure où il exerce une activité ayant un certain degré de parenté avec les attributs de la puissance publique."²⁵²

Si la théorie de l'"action gouvernementale" s'énonce simplement, son application pratique, qui consiste ni plus ni moins à départager les actes de nature gouvernementale et ceux de nature privée, est d'une singulière complexité. Après plus de cent ans de tergiversations jurisprudentielles, les tribunaux américains s'avèrent encore aujourd'hui

impuissants à élaborer une théorie véritablement cohérente qui puisse être garante de résultats justes, logiques et prévisibles. C'est vers le texte du Bill of Rights américain qu'il faut se tourner pour expliquer cette incohérence.

a) **Le désastre conceptuel américain**

La lecture du Bill of Rights des États-Unis témoigne de l'attachement profond de la nation américaine pour l'idéologie libérale. Ainsi, ce document constitutionnel préserve la zone d'autonomie individuelle de toute personne tout en lui offrant une protection contre les abus de l'État. A ce sujet, le libellé du Bill of Rights est sans équivoque. A titre d'exemple, le neuvième amendement protège la liberté individuelle en affirmant que l'énumération de certains droits dans la Constitution ne doit pas être interprétée comme une négation d'autres droits conservés par le peuple.²⁵³ Par ailleurs, c'est l'État qui est tenu de respecter le principe d'égalité selon le quatorzième amendement.²⁵⁴ De fait, le libellé de la plupart des dispositions du Bill of Rights qui ont pour but de protéger les libertés individuelles n'impose des restrictions ou des obligations qu'à l'État.²⁵⁵

Ces contraintes textuelles nous semblent manifestement plus sérieuses que celles que l'on a bien voulu voir dans la Charte canadienne.²⁵⁶ Néanmoins, la Cour suprême des États-Unis s'y sera dérobée à plus d'une reprise. Sa jurisprudence sur la notion de "state

action" est abondante et son traitement exhaustif dépasse largement le cadre de notre étude.²⁵⁷ L'un de ses arrêts doit toutefois retenir notre attention.

De toutes les décisions où la plus haute cour américaine s'est distanciée sensiblement du langage clair du Bill of Rights, l'arrêt Shelley c. Kraemer²⁵⁸ constitue l'exemple le plus percutant. Dans cette affaire, des propriétaires de race blanche avaient convenu entre eux de ne pas céder leurs propriétés à des personnes de race noire. Faisant fi de cette convention, l'un des propriétaires consentit à vendre son immeuble à un acheteur de couleur. A la demande de l'intimé Kraemer, l'un des signataires de l'entente, la Cour suprême du Missouri confirmait la validité du contrat intervenu entre les propriétaires et rendait une ordonnance d'injonction afin de priver l'acheteur Shelley de son titre de propriété. Appelée à statuer sur la validité constitutionnelle de cette ordonnance, la Cour suprême américaine la jugeait incompatible avec la garantie du quatorzième amendement relative à l'égale protection de la loi. Pour la Cour, bien que la convention en cause ait été de nature purement privée, l'ordonnance judiciaire qui lui donnait force suffisait pour que l'exigence de l'action gouvernementale en vertu du Bill of Rights soit remplie.

Cette décision de la Cour suprême des États-Unis s'inscrit dans la période de l'âge d'or du "state action".²⁵⁹ Elle sera suivie d'autres décisions où la plus haute juridiction américaine consentit à appliquer le Bill of Rights à des situations où l'intervention de

l'État était souvent discrète.²⁶⁰ Toutefois, son incapacité notoire à élaborer des critères objectifs pour déterminer convenablement les cas où les parties privées doivent respecter la Constitution lui aura valu les foudres de la doctrine. Par ailleurs, depuis l'aube des années soixante-dix, sa propension à élargir le champ d'application du Bill of Rights s'est estompée au profit d'une interprétation plus conservatrice prisée par les juges actuels.²⁶¹ Ce faisant, la Cour suprême a du mal à concilier certains de ses anciens jugements avec cette vision étriquée. Partant, près d'un quart de siècle après avoir été qualifiée de "désastre conceptuel"²⁶², la théorie américaine du "state action" mérite encore pleinement cette épithète.²⁶³

Il va de soi que cette situation pourrait être évitée si la Constitution du peuple américain visait les activités privées de manière explicite. Tel n'est pas le cas. Les auteurs du Bill of Rights étaient insensibles à cette préoccupation. Selon leur appréciation, la common law suffisait pour assurer le respect des libertés individuelles dans la sphère privée.²⁶⁴ Or, l'émergence de puissants groupes privés à compter du vingtième siècle a révélé l'insuffisance de la common law pour protéger les droits fondamentaux.²⁶⁵ Soucieuse de combler cette lacune et de participer au mouvement universel de promotion des droits de la personne auquel la seconde guerre avait donné vie, la Cour suprême des États-Unis étendait progressivement la portée de la Constitution. Ainsi, elle consentait à revoir, à la lumière du Bill of Rights, certaines règles de common law invoquées dans des litiges privés.²⁶⁶ Cependant, en procédant de façon intuitive, sans recourir à des critères

précis pour distinguer les activités privées des activités gouvernementales soumises à la Constitution, la Cour a élaboré un corpus jurisprudentiel marqué par l'incohérence.

Avec l'arrêt Dolphin Delivery ²⁶⁷, c'est sur cette voie que la Cour suprême du Canada s'est engagée "alors même que rien ne l'y contraignait." ²⁶⁸ En effet, contrairement au Bill of Rights américain ²⁶⁹, la Charte canadienne pouvait être interprétée de manière à ce qu'elle s'applique aux litiges purement privés. ²⁷⁰ La plus haute cour canadienne aura préféré l'"american way". Toutefois, la solution canadienne n'est pas parfaitement conforme au modèle américain. La Cour aura cru bon de la teinter d'une touche toute personnelle.

b) Le "state action" restrictif

En adoptant le concept américain de "state action", la Cour suprême du Canada a incorporé au droit canadien une théorie de l'"action gouvernementale" qui nous semble inopportune. ²⁷¹ De surcroît, elle en a tronqué une partie fort importante. En écartant la possibilité que la Charte canadienne puisse s'appliquer aux ordonnances judiciaires et à la common law invoquée dans les litiges privés ²⁷², la Cour a dépouillé cette théorie de son seul élément attrayant. Ce faisant, la notion d'"action gouvernementale" adoptée par la Cour est encore plus restrictive que celle prise par nos voisins du sud. ²⁷³ Elle invite

les tribunaux canadiens à valider les actions privées les plus manifestement contraires à la Charte, même celles qui choqueraient outrageusement la conscience.

Il y a fort à parier qu'elle éprouvera les mêmes difficultés que la Cour suprême américaine dans l'élaboration de critères pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer la Charte dans un cas donné. La raison en est simple: si les activités de certaines institutions étatiques ne laissent planer aucun doute sur leur caractère public, un grand nombre d'entre elles reproduisent essentiellement les conduites d'acteurs privés.²⁷⁴ Conséquemment, il devient très difficile, voire impossible²⁷⁵, de concevoir des critères objectifs susceptibles de mener à des solutions satisfaisantes qui permettent de qualifier sans peine l'action contraire à la Charte:

*"La discussion qui précède illustre la difficulté, sinon l'impossibilité, de tracer une ligne de démarcation entre les relations privées exclues du domaine d'application de la Charte et l'action gouvernementale. A notre avis, toute tentative en ce sens est non seulement vouée à l'échec, mais au surplus injustifiable sur le plan des principes et nullement requise par le texte de la Constitution. En fait, l'exigence d'un quelconque "state action" est artificielle et masque bien souvent la question de fond que doivent se poser les tribunaux: quand le respect d'un droit fondamental doit-il l'emporter sur le droit à l'intimité et à l'autonomie individuelle ?"*²⁷⁶

Somme toute, l'arrêt Dolphin Delivery élude la seule question qui importe vraiment: comment, en toute logique, des droits dits fondamentaux ne le deviennent que s'ils se heurtent à une "action gouvernementale" alors que, le plus souvent, les atteintes les plus pernicieuses à ces mêmes droits s'interposent dans le cadre de rapports privés?

Certaines des contraintes qu'impose le recours à la notion "diminuée" d'action gouvernementale étant relevées, voyons comment les tribunaux s'en accommodent.

B) L'inadéquation de la théorie de l'action gouvernementale au contexte canadien

Si le "state action" américain a connu des ratés et une histoire mouvementée, cette théorie apprêtée à la "sauce canadienne" continuera de nourrir les critiques les plus acerbes. La notion d'action gouvernementale peut, dans les faits, revêtir d'innombrables formes.²⁷⁷ Elle est susceptible d'acception fort large²⁷⁸ ou étroite selon le bon vouloir des juges qui ont pour mission de l'identifier. Ainsi comprise, elle confère aux tribunaux le pouvoir ultime de décider des cas où la Charte offre une protection constitutionnelle efficiente.²⁷⁹ L'étude de certaines décisions révèle que cette protection fluctue en fonction du type de litige.

a) La "coloration" du litige

La première décision qu'il importe d'analyser est l'affaire B.C.G.E.U. c. P.G. de la Colombie-Britannique.²⁸⁰ Les membres du syndicat appelant avait dressé des piquets de grève aux abords des Palais de justice de la Colombie-Britannique afin de sensibiliser la population au conflit de travail qui les opposait à l'État. Les lignes de piquetage pouvaient être franchies au moyen de laissez-passer délivrés par le syndicat. En imposant le respect

des lignes de piquetage, les grévistes pouvaient restreindre l'accès des palais de justice aux parties, témoins, jurés et officiers de la Cour. Or, en common law, les actes qui gênent les personnes qui ont à remplir une fonction auprès d'une Cour de justice constituent un outrage au tribunal. Se fondant sur cette règle, le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la province rendait une ordonnance d'injonction, de sa propre initiative et *ex parte*, afin de faire cesser le piquetage. Se pliant à cette ordonnance, le syndicat présentait subséquemment une demande d'annulation de l'injonction conformément aux conditions de l'ordonnance émise par le juge en chef. Celui-ci rejetait la demande formulée par le syndicat et son jugement était confirmé par la Cour d'appel à l'unanimité. Conséquemment, la Cour suprême était appelée à statuer sur la compatibilité de l'ordonnance d'injonction avec la liberté d'expression du syndicat.

Moins de deux ans plus tôt, on s'en rappellera, la Cour avait refusé de "considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la Charte".²⁸¹ Partant, la simple logique dictait qu'il en soit de même dans des circonstances dont la similitude avec celles de l'affaire Dolphin Delivery était trop évidente pour justifier l'adoption d'une autre solution.

La plus haute Cour du pays fit pourtant volte-face. Passant sous silence le critère de l'action gouvernementale de l'arrêt Dolphin Delivery, la Cour affirme:

"Il faut tout d'abord déterminer si l'ordonnance rendue par le juge en chef McEachern peut ou non faire l'objet d'un examen en vertu de la Charte. L'arrêt SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., (1986) 2 R.C.S. 573, établit que la Charte s'applique effectivement à la common law, sauf lorsque la common law est invoquée relativement à un différend purement privé. Ce qui est présentement en cause est la validité d'une violation du droit criminel selon la common law et, en dernière analyse, le pouvoir d'une cour de sanctionner ce type de violation. La cour agit à ce moment-là de sa propre initiative et non pas à la requête d'un particulier. Elle le fait pour des motifs de caractère entièrement "public" plutôt que "privé". Il s'agit de l'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la Charte. En même temps, toutefois, on doit dans cette branche du droit criminel, comme dans n'importe quelle autre, se conformer aux normes fondamentales établies par la Charte".²⁸²

L'absence de mention, même implicite, de l'article 32 dans l'affaire B.C.G.E.U. étonne; on cherche en vain l'"action gouvernementale" requise pour "activer" la Charte.²⁸³ Tout se déroule comme si la Cour substituait à son critère de l'"action gouvernementale" un critère plus englobant d'"action publique" de façon à y inclure les ordonnances judiciaires, tout en donnant l'impression qu'elle ne contredit pas son arrêt Dolphin Delivery. Le procédé est habile mais il résiste difficilement à l'analyse. Pour la Cour suprême, les termes "gouvernemental" et "public" semblent interchangeables²⁸⁴ de sorte qu'il faudrait conclure que la seule façon rationnelle d'interpréter l'arrêt B.C.G.E.U., c'est de reconnaître le caractère public des tribunaux²⁸⁵, lequel fait d'eux une "branche du gouvernement" à laquelle il faut appliquer la Charte.²⁸⁶

On le voit, la Cour elle-même a du mal à suivre sa propre logique et à être conséquente avec les principes qu'elle a posés dans l'affaire Dolphin Delivery. De toute évidence, la Cour d'appel du Québec éprouve les mêmes difficultés. C'est du moins ce qui ressort de sa décision dans l'affaire Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Electroniques Inc.²⁸⁷ Alléguant qu'une ordonnance d'injonction rendue en sa faveur avait été violée par l'entreprise intimée, la société Vidéotron a intenté des procédures d'outrage au tribunal contre la contrevenante. L'une des personnes assignées à comparaître dans le cadre de cette procédure a refusé d'être interrogée. Étant elle-même citée pour outrage au tribunal dans cette instance, elle prétendait qu'elle ne pouvait être contrainte à témoigner en vertu de l'alinéa 11 c) de la Charte canadienne. La Cour d'appel devait donc déterminer s'il y avait présence d'une action gouvernementale suffisante pour que la Charte s'applique à ce litige privé.

Dans une décision unanime, elle a convenu qu'il y avait lieu d'appliquer la Charte dans les circonstances:

"Il me paraît, de la lecture des articles 49 et sqq. du Code de procédure civile, situés dans le chapitre traitant des pouvoirs des tribunaux et des juges, que, une fois que le Tribunal a statué qu'il y avait lieu d'assigner l'intimé à comparaître pour répondre à l'accusation portée contre lui, la procédure n'appartient plus à la partie qui l'a initiée, mais relève alors de l'ordre et de l'intérêt public. Ce sont l'intérêt public, le respect de l'ordre public, la stabilité des jugements de nos tribunaux qui exigent l'imposition des pénalités prévues par le Code de procédure civile. Ce n'est pas la partie qui a été outragée, mais bien le Tribunal. Comme le dit l'article 50, c'est

la violation d'une ordonnance ou d'une injonction du Tribunal, c'est le geste de nature à entraver le cours normal de l'administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du Tribunal qui constitue l'outrage. De privé qu'il était, le litige, à ce moment-là, me paraît acquérir un caractère public."²⁸⁸

En somme, il faut déduire de ces propos que l'ordonnance de comparaître pour répondre à une accusation d'outrage au tribunal constitue un "élément d'intervention gouvernementale" suffisant pour que la Charte soit applicable. Une telle prise de position paraît incompatible avec l'arrêt Dolphin Delivery.

Du reste, cette décision de la Cour d'appel se distingue sensiblement de l'arrêt B.C.G.E.U.. Dans cette dernière affaire, la Cour suprême semble consentir à appliquer la Charte à une ordonnance judiciaire dans un contexte factuel bien précis:

- * elle était en présence d'une "violation du droit criminel", lequel est une branche du droit public;
- * la common law n'était pas "invoquée relativement à un différent purement privé";
- * la Cour qui avait rendu l'ordonnance agissait "de sa propre initiative et non pas à la requête d'un particulier"; ²⁸⁹

Or, dans l'affaire Vidéotron Ltée, la Cour d'appel du Québec applique la Charte alors qu'elle est en présence d'une violation du droit civil, dans le cadre d'un litige essentiellement privé. De plus, l'ordonnance judiciaire en cause est le résultat d'une procédure "initée par une requête émise par l'une des parties"²⁹⁰ privées et non par la Cour elle-même.

Néanmoins, il n'est peut-être pas impossible de concilier les décisions B.C.G.E.U. et Vidéotron Ltée. Dans les deux cas, les juges se sont chargés d'appliquer les règles de la common law en matière d'outrage au tribunal. La Cour d'appel précise en effet que "ce sont les règles de la common law que nous devons appliquer au Québec en matière d'outrage au tribunal, même dans le cadre de procédures civiles..."²⁹¹ Les éléments constitutifs de l'outrage au tribunal, il est bon de le signaler, doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable.²⁹² L'exigence de cette norme de preuve fait en sorte qu'"une allégation d'outrage au tribunal a une dimension criminelle (ou du moins quasi criminelle)..."²⁹³ Partant, le litige étant teinté d'une "couleur criminelle" qui le rend "public" comme par enchantement, le critère de l'"action gouvernementale" de l'arrêt Dolphin Delivery est subrepticement relégué aux oubliettes. De fait, la Cour suprême s'est systématiquement abstenue de référer à ce critère dans les cas où elle a jugé que l'action des tribunaux transgressait la Charte.²⁹⁴ Fait révélateur, chacun de ces cas concernait des litiges de nature criminelle. En conséquence, les critères pour appliquer la Charte pourraient varier en fonction du type de litige en cause. S'il peut être qualifié de

"criminel", sa nature "publique" suffirait pour que la Charte s'y applique sans qu'il soit nécessaire de déceler une action gouvernementale précise.

La décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire R. c. Wigglesworth²⁹⁵ peut possiblement servir à étayer cette hypothèse. Au cours de l'interrogatoire d'un suspect, le policier Wigglesworth, membre de la G.R.C., a eu recours à la violence dans le but d'obtenir un aveu de la personne interrogée. Deux accusations de voies de fait ont été portées contre lui à la suite de cet incident, l'une en vertu du Code criminel, l'autre aux termes de la Loi sur la Gendarmerie Royale du Canada. Reconnu coupable selon les dispositions de cette dernière loi, l'agent Wigglesworth a prétendu que l'accusation portée en vertu du Code criminel ne devait pas être maintenue. Selon lui, toute conclusion contraire allait porter atteinte à son droit de ne pas être jugé ni puni deux fois pour la même infraction aux termes de l'alinéa 11 h) de la Charte.

Escortée par la note marginale "Affaires criminelles et pénales", cette disposition de la Charte protège "tout inculpé". La Cour devait donc déterminer si l'article 11 visait des procédures disciplinaires et si l'agent Wigglesworth était un "inculpé" dans ce contexte. Elle a admis que la portée des termes "tout inculpé" pouvait laisser entendre que l'article 11 s'applique "à des procédures non criminelles".²⁹⁶ Néanmoins, elle a préconisé une interprétation plus restrictive de cette disposition en la confinant "aux procédures

criminelles ou quasi criminelles et aux procédures qui entraînent des conséquences pénales".²⁹⁷ Précisant sa position, la Cour énonce:

"...si une affaire en particulier est de nature publique et vise à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique, alors cette affaire est du genre de celles qui relèvent de l'art. II. Elle relève de cet article de par sa nature même. Il faut distinguer cela d'avec les affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou corrective et qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée ...

(...)

*Cela ne veut pas dire que la personne accusée d'une affaire privée, domestique ou disciplinaire qui est principalement destinée à maintenir la discipline, l'intégrité ou à réglementer une conduite dans une sphère d'activité privée et limitée, ne peut jamais posséder les droits que garantit l'art. II. Certaines de ces affaires peuvent très bien relever de l'art. II, non pas parce qu'il s'agit du genre d'affaires classique destinées à relever de l'article, mais parce qu'elles comportent l'imposition de véritables conséquences pénales. A mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. II est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée."*²⁹⁸

Ainsi, l'article II de la Charte pourrait s'appliquer à des affaires privées qui comportent de véritables conséquences pénales. Dans un tel contexte, le silence de la Cour au sujet de l'exigence d'une "action gouvernementale" révèle, il nous semble, son intention de se dissocier de ce critère en matière criminelle.

Du reste, ses propos fournissent une explication logique concernant les affaires d'outrage au tribunal, lesquelles comportent des conséquences pénales qui rendent donc inutile l'exigence d'une "action gouvernementale".

En revanche, si le litige ne se prête pas à la "coloration criminelle", le critère de l'action gouvernementale de l'arrêt Dolphin Delivery conserverait toute sa pertinence. Ainsi, "pour que la Charte canadienne puisse être invoquée" dans le cadre "d'une action civile entre deux particuliers", l'État devrait "avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque".²⁹⁹ Toutefois, les affaires privées où l'on invoque l'article 11 de la Charte mais qui ne comportent pas de conséquences pénales feraient exception.³⁰⁰ Ainsi, même si une disposition législative contraint un individu à témoigner devant une instance disciplinaire, l'absence de conséquences pénales pourrait écarter l'application de la Charte³⁰¹ et ce, en dépit d'une action gouvernementale évidente, laquelle se traduit par une loi ! Dès lors, il faudrait conclure que l'article 11 est complètement indépendant de l'article 32 de la Charte.³⁰² Un tel résultat a de quoi étonner. Après tout, la Cour suprême n'estime-t-elle pas que l'article 32 "mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la Charte" en y incluant la "branche législative" ?³⁰³

A notre avis, rien ne justifie l'adoption de critères d'application de la Charte qui soient différents selon la nature du litige. La Charte elle-même n'exige pas une telle antinomie. La faveur des juges pour cette approche ambivalente témoigne éloquemment

de l'inadéquation, de la théorie du "state action" élaborée dans l'arrêt Dolphin Delivery. D'inspiration américaine, les solutions rigides et artificielles que propose cet arrêt ne sont pas suffisamment malléables pour qu'elles puissent s'adapter, de façon juste et cohérente, aux multiples situations qui peuvent être sources de violation des droits et libertés. Partant, les Cours de justice préconisent des solutions de rechange mais celles-ci demeurent toujours fondées sur une obscure distinction entre les litiges publics et privés. Ce faisant, les juges ajoutent à la confusion et élaborent des critères qui sont à leur tour susceptibles de créer des injustices.

La fonction judiciaire canadienne doit s'empresse de reconnaître la faillite du modèle américain. Nous croyons qu'il est impérieux d'élaborer une solution vernaculaire qui tienne compte de trois réalités. La première concerne la multitude d'atteintes aux droits fondamentaux qui peuvent avoir cours en marge de la sphère publique. Elle n'a pas à être démontrée tant elle est évidente. La seconde repose sur la spécificité de la Charte canadienne au regard du Bill of Rights américain. La troisième résulte de l'impossibilité de tracer une ligne de démarcation précise entre les actes gouvernementaux et privés. Celles-ci appellent de brefs commentaires.

b) **La spécificité de la Charte canadienne et le caractère inopportun de la distinction public/privé**

On ne saurait trop insister sur la spécificité de la Charte canadienne au regard du Bill of Rights des États-Unis.³⁰⁴ Il existe des "différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions."³⁰⁵ En fait, il faut se garder d'ignorer les disparités qui existent entre les deux pays "sur les plans social, politique et historique. La charte doit être comprise et respectée comme un document constitutionnel exclusivement canadien."³⁰⁶ Pour les fins de notre étude, trois différences dans la formulation des deux documents nous semblent insignes. Toutes trois tendent à démontrer le caractère factice de la théorie de l'"action gouvernementale" en droit canadien.

La première réside dans l'article I de la Charte canadienne, lequel n'a pas d'équivalent dans la Constitution américaine.³⁰⁷ Cet article premier "constitue le mécanisme purement canadien par l'intermédiaire duquel les tribunaux ont à décider de la justiciabilité de questions litigieuses particulières dont ils sont saisis"³⁰⁸ en vertu de la Charte. La théorie du "state action" élaborée par les tribunaux des États-Unis vise en partie à combler l'absence d'une disposition similaire dans le Bill of Rights. Les auteurs américains s'accordent pour dire que l'un des buts du "state action" est de préserver l'autonomie individuelle.³⁰⁹ Ainsi, dans les cas où l'on estime que celle-ci doit l'emporter sur une autre valeur fondamentale protégée par le Bill of Rights, il suffit de conclure à

l'absence d'une action gouvernementale. Ce faisant, le juges évitent la délicate opération de hiérarchisation des valeurs à laquelle la Constitution les convie. A l'opposé, lorsqu'elles détectent une action gouvernementale dans un cas donné, les Cours de justice américaines font presque invariablement primer le Bill of Rights sur l'autonomie individuelle:

"Des auteurs américains ont d'ailleurs démontré qu'à une exception près, la Cour suprême américaine avait toujours conclu à la violation d'un droit constitutionnel lorsqu'elle avait préalablement identifié un "state action", ce qui tend à démontrer que l'élément d'intervention gouvernementale représente souvent un raccourci pratique que l'on substitue habilement à une véritable évaluation des intérêts et des droits impliqués..."³¹⁰

La Charte canadienne ne se prête pas à une telle machination. Son article premier est le véhicule approprié pour évaluer les valeurs sous-jacentes des droits qu'elle garantie en regard d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique. Dans ce contexte, la théorie étrangère de l'action gouvernementale "dont l'application suppose déjà la conclusion recherchée"³¹¹ nous apparaît aucunement pertinente.

Une deuxième différence notable entre les textes constitutionnels canadien et américain ressort d'une lecture comparative de l'article 7 de la Charte et des cinquième et quatorzième amendement du Bill of Rights. Alors que le premier confère à chacun le "droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne", les seconds assurent la protection de la vie, de la liberté et de la propriété privée. L'adjonction de la propriété privée à des valeurs aussi fondamentales que la vie et la liberté en dit long sur

l'importance que le peuple américain lui accorde. Cette valeur de la propriété privée est bien servie par la théorie du "state action".³¹² De fait, refuser de sanctionner la violation des droits constitutionnels pour le motif qu'il n'y a pas d'action gouvernementale, c'est souvent reconnaître que les propriétaires sont "maîtres chez eux" et donc maîtres de les violer. La double consécration constitutionnelle de cette valeur justifie peut-être l'absurdité d'un tel résultat. Dans le contexte canadien toutefois, la situation est tout autre. La Charte exclut intentionnellement la "propriété" de l'article 7 de telle sorte que cette valeur ne jouit pas d'une protection constitutionnelle.³¹³ Néanmoins, en appliquant la théorie de l'action gouvernementale dans l'arrêt Dolphin Delivery, la Cour suprême du Canada donne préséance au droit de propriété d'une compagnie privée plutôt qu'à la liberté d'expression des personnes syndiquées. La seule présence de l'article 32 nous semble bien insuffisante pour justifier *a priori*, sans recourir à l'article premier, la primauté d'un droit ordinaire à la propriété sur le droit constitutionnel de s'exprimer. Cette position reflète la grande révérence que la fonction judiciaire canadienne porte au droit de propriété.³¹⁴

Enfin, il importe de relever une troisième différence entre la Charte et le Bill of Rights. Alors que le libellé des dispositions du texte américain laisse planer peu de doutes sur son application exclusive à l'État³¹⁵, la Charte n'offre pas autant de certitude. Par opposition au Bill of Rights dont la plupart des dispositions interdisent aux États américains la transgression de certains droits ("No State shall"), la Charte s'adresse essentiellement aux bénéficiaires de ces droits ("Chacun a droit"). Cette formulation neutre

-- sans référence expresse à l'État -- de plusieurs articles de la Charte ne permet donc pas de conclure inconsidérément à la nécessité d'adopter la théorie de l'action gouvernementale pour circonscrire son application.³¹⁶

Ces disparités entre les documents constitutionnels des deux pays ne sont pas négligeables lorsque vient le moment de juger de l'opportunité d'emprunter le modèle américain. Elles rappellent à la mémoire les nombreuses mises en garde que la Cour suprême adresse à l'égard de la jurisprudence américaine.³¹⁷ Il est dommage que la Cour ait ignoré ses propres consignes de prudence en épousant la théorie du "state action".³¹⁸

Sa démarche est d'autant plus contestable qu'elle invite les tribunaux à tracer une ligne de démarcation entre les sphères gouvernementale et privée. Considérant "le rôle accru du gouvernement et de ses mandataires dans notre société moderne, plus particulièrement dans les domaines industriel et commercial qui relevaient autrefois principalement d'intérêts privés"³¹⁹, cette tâche s'avère impossible³²⁰:

*"Celui [ou celle] qui tente de tracer la ligne de démarcation entre ce qui est public et ce qui est privé s'embourbe rapidement dans les distinctions de nature politique et économique sans espoir d'établir logiquement cette ligne de démarcation."*³²¹

Il est vrai que cette distinction public/privé est très ancienne.³²² Elle remonte à tout le moins aux écrits d'Aristote et à la distinction qu'il traçait entre la cité (*polis*) et le foyer (*oikos*).³²³ Son enracinement profond dans le monde occidental et le fait qu'elle ait traversé plus de deux mille ans sont des facteurs rassurants pour quiconque est inconfortable à l'idée de se distancier des traditions. Selon toute vraisemblance, une majorité de juges de la Cour suprême appartient à cette dernière catégorie. D'ailleurs, l'auteur des motifs de l'arrêt Dolphin Delivery s'est toujours fait insistant pour que l'interprétation de la Charte soit conforme aux traditions de notre société.³²⁴

Mais la société n'est jamais à la remorque des traditions. Elle les intègre ou les renie au gré des bouleversements sociaux. Or, la remise en question de la distinction entre les sphères publique et privé est un phénomène social nouveau mais de plus en plus répandu.³²⁵ Ce questionnement découle de deux réalités sociales modernes: l'expansion extraordinaire de l'appareil gouvernemental et la préoccupation grandissante des individus pour la protection de leurs droits fondamentaux. Le maintien de la distinction entre le domaine public et la société civile ne s'accommode pas de ces réalités.

D'une part, la croissance des institutions gouvernementales, la diversité de leurs fonctions et leurs ramifications complexes rendent illusoire la délimitation objective, fondée sur une quelconque distinction public/privé, du champ qu'elles occupent dans la société actuelle. Cette distinction sert au mieux de support à l'intuition mais elle apparaît

tout à fait artificielle. A la limite, tout peut être qualifié de public ou privé selon la perspective adoptée.³²⁶ Que le respect des droits fondamentaux repose sur une distinction aussi fragile³²⁷ a quelque chose d'inquiétant:

*"Dès que l'on passe de la formulation abstraite à l'analyse concrète, on s'aperçoit qu'il est impossible de dissocier les relations État-particuliers et les relations privées. Poser le principe d'une liberté, c'est nécessairement envisager sa réalisation dans ces deux domaines. A défaut, on aboutirait à une distorsion entre deux éthiques différentes, qui se révélerait inacceptable, car il n'y a pas place, dans une société, pour deux conceptions opposées de [la personne humaine], valables l'une dans les rapports publics, l'autre dans les relations privées."*³²⁸

D'autre part, en limitant l'application de la Charte par le biais de la distinction public/privé, on amenuise considérablement la protection du droit à l'égalité et ce, au préjudice des femmes notamment:

*"Toute théorie sur l'application de la Charte devrait ... tenir compte de l'argument féministe selon lequel la répartition de nos systèmes juridiques, sociaux et économiques en des sphères "publiques" et "privées" ne fait que refléter l'origine patriarcale de ces systèmes et ne résiste pas à une analyse logique (...) Le fait de reléguer dans le secteur "privé" le travail domestique, les rapports et les droits financiers des femmes place une grande partie de la vie des femmes en dehors du système juridique. C'est pourtant dans le domaine "privé" que les femmes subissent le plus d'inégalité..."*³²⁹

Ces considérations militent en faveur du rejet de la distinction public/privé. A l'ère de la Charte, cette distinction traditionnelle doit être abandonnée au profit de critères plus justes et cohérents. Sa malléabilité infinie n'offre aucune certitude aux justiciables dont les droits constitutionnels sont bafoués. En cette matière plus que toute autre, l'application de critères prédéterminés devrait être garante de résultats équitables.

En adoptant le critère de l'action gouvernementale, la Cour suprême introduit subrepticement la distinction public/privé dans chaque litige portant sur la Charte canadienne.³³⁰ Ce faisant, elle ouvre une porte béante aux distinctions futiles et artificielles.

Bien sûr, la Cour a bien tenté de pallier l'imprécision en établissant que les "branches législative, exécutive et administrative" étaient celles visées par la Charte et "non pas le gouvernement au sens général".³³¹ Cela étant, on n'en sait guère davantage puisque l'autorité suprême a eu la sagacité de ne pas définir plus amplement les contours de sa notion de gouvernement. Au mieux nous a-t-elle informés que les relations de nature privée et les ordonnances judiciaires en étaient formellement exclues.

Partant, l'analyse des critères qu'elle a élaborés pour faciliter l'identification de l'"action gouvernementale" requise pour que la Charte entre en jeu s'impose. C'est là l'objet de la seconde partie de notre étude.

DEUXIEME PARTIE: L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE AUX INSTITUTIONS GOUVERNEMENTALES

De l'avis de la Cour suprême du Canada, l'article 32 de la Charte canadienne indique "clairement que l'application de la Charte se restreint à l'action gouvernementale."³³² Le ton péremptoire que les juges empruntent à ce chapitre laisse peu d'espoir aux personnes qui prônent une application plus universelle de la Charte. Partant, les justiciables qui désirent se prévaloir du texte constitutionnel dans le cadre d'un litige doivent préalablement y déceler la présence d'une action du gouvernement. En d'autres termes, les juges doivent être en mesure d'identifier un "lien direct et étroit" entre un "élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite".³³³

Il suffit d'être un tant soit peu familier avec le droit administratif pour comprendre que cette tâche n'est pas entièrement nouvelle pour les tribunaux. En effet, ils sont appelés à déceler le "lien gouvernemental" chaque fois où le législateur, par son silence, les contraint à déterminer si une institution gouvernementale doit jouir des privilèges et immunités de la Couronne ³³⁴, du fait qu'elle en est mandataire. D'ailleurs, certaines théories d'application de la Charte sont inspirées en partie par les solutions jurisprudentielles élaborées pour reconnaître les mandataires du gouvernement. ³³⁵

Toutefois, puiser trop allégrement à la source du droit administratif n'est pas sans comporter un certain danger pour la protection des droits de la personne. Selon qu'il s'agisse d'un litige de droit administratif ou d'un litige qui implique les droits fondamentaux, l'interprétation du concept de gouvernement doit différer pour servir les intérêts des justiciables. En effet, la reconnaissance d'immunités et de privilèges au bénéfice du gouvernement crée en sa faveur un régime exorbitant du droit commun.³³⁶ Or, le plus souvent, l'institution gouvernementale qui invoque ces immunités et privilèges le fait pour se soustraire aux obligations qu'on lui demande d'honorer conformément aux règles du droit "ordinaire". Dans ce contexte, l'individu y gagne lorsque les tribunaux refusent d'étendre la notion de gouvernement.³³⁷ A l'inverse, l'interprétation étroite de cette notion peut mettre en péril et limiter indûment la portée des droits constitutionnels. Parfois souhaitable en droit administratif, l'interprétation restrictive dessert les individus lorsque la Charte est en cause.

Cependant, cela est indéniable, les tribunaux confrontés à des problèmes d'un genre nouveau puisent généralement les solutions dans leur vécu judiciaire. Il ne faut donc pas s'étonner si les critères adoptés pour identifier l'action gouvernementale présentent une analogie avec ceux sur lesquels le pouvoir judiciaire se fonde pour reconnaître les mandataires de la Couronne.

Avant d'analyser attentivement les critères d'application de la Charte retenus par la Cour suprême du Canada, il convient de jeter un regard sur ceux proposés par les tribunaux judiciaires des provinces.

CHAPITRE I: Les critères d'application proposés par les tribunaux judiciaires provinciaux

Afin de permettre à certaines institutions publiques de bénéficier des privilèges et immunités inhérents à la Couronne, les tribunaux leur attribuent parfois le statut de mandataires du gouvernement. Pour ce faire, les juges ont établi certains critères susceptibles de faciliter l'identification des agents de la Couronne. La consultation du corpus jurisprudentiel élaboré au cours des ans révèle que ces critères sont au nombre de deux: celui du contrôle gouvernemental et celui relatif aux fonctions de nature gouvernementale.³³⁸ En somme, l'entité publique est généralement analysée sous deux aspects, savoir le degré de contrôle que l'État exerce sur elle et la similitude des fonctions dont elle s'acquitte avec celles du gouvernement.³³⁹ Ce sont essentiellement ces critères qui ressortent des décisions où les Cours des provinces ont eu à statuer sur l'application de la Charte à certaines institutions gouvernementales.

Section I: Le critère de nature institutionnelle

En précisant que les branches législative, exécutive et administrative du gouvernement sont celles auxquelles s'applique la Charte ³⁴⁰, la Cour suprême du Canada invitait les tribunaux à analyser le statut de l'acteur qui enfreint les droits et libertés. A la recherche d'un critère de nature institutionnelle ³⁴¹, les tribunaux supérieurs des provinces auront spontanément opté pour un critère avec lequel ils étaient familiers: celui du contrôle gouvernemental.

A) Le contrôle gouvernemental sur l'institution

Ce sont principalement les municipalités ³⁴² les commissions scolaires ³⁴³, les universités ³⁴⁴, les collèges ³⁴⁵, les hôpitaux ³⁴⁶, les corporations professionnelles ³⁴⁷, les syndicats ³⁴⁸ et les tribunaux administratifs ³⁴⁹ qui posent des problèmes aux juges appelés à se prononcer sur l'application de la Charte. S'il est une caractéristique commune à toutes ces institutions, elle réside dans le fait que leur action est étroitement circonscrite par la loi. Du reste, leurs pouvoirs, leurs objets, leurs structures et leurs modes d'organisation interne varient sensiblement d'une entité à l'autre, selon les lois qui les gouvernent. Partant, la découverte d'indices susceptibles de révéler le degré de contrôle que le gouvernement exerce sur elles procède d'abord d'une étude minutieuse de leur loi-cadre.

a) **L'étude de la loi-cadre**

Au cours des dernières décennies, le nombre d'organismes publics et la quantité de lois qui les régissent se sont prodigieusement accrus. Tirailé entre le désir de contrôler ces nouvelles créatures législatives et l'impossibilité de régir toutes leurs fonctions, le gouvernement s'est vu contraint de les doter d'une certaine autonomie. Toutefois, la liberté de manoeuvre ainsi conférée n'est jamais absolue. L'État la balise par le truchement de mécanismes de contrôle législatifs dont l'importance varie en fonction des priorités gouvernementales. Un survol de la jurisprudence des Cours de justice des provinces révèle que plus ces mesures de contrôle sont importantes, plus l'institution qui en est l'objet risque d'être assujettie à la Charte.

Lorsque les tribunaux judiciaires procèdent à l'étude de la loi-cadre d'une entité gouvernementale afin de statuer sur l'applicabilité de la Charte à ses actes, les éléments de contrôle auxquels ils reconnaissent une certaine pertinence concerne:

- le statut de l'entité (mandataire de la Couronne ou personne morale autonome)³⁵⁰;
- le gestionnaire de l'entité (absence ou présence d'un conseil d'administration)³⁵¹;
- le degré de représentation du gouvernement au sein du conseil d'administration de l'entité ³⁵²;
- le rôle du gouvernement sur la nomination des membres du conseil d'administration³⁵³;

- le pouvoir du gouvernement de remplacer le conseil d'administration par la personne qu'il désigne ³⁵⁴;
- la nécessité pour l'entité d'obtenir l'approbation du gouvernement pour valider certains de ses actes³⁵⁵;
- le pouvoir de révision du gouvernement sur les actes de l'entité ³⁵⁶;
- le détenteur du droit de gérance sur le personnel de l'entité ³⁵⁷;
- l'appartenance du personnel de l'entité à la fonction publique ³⁵⁸;
- la propriété des biens de l'entité ³⁵⁹;
- le pouvoir de l'entité de contracter (acheter, vendre, louer, céder, construire...)³⁶⁰;
- le pouvoir de l'entité de percevoir des taxes ³⁶¹;
- le pouvoir de l'entité d'exproprier³⁶²;
- l'engagement des vérificateurs comptables ... ³⁶³;

Plus le degré de contrôle gouvernemental qui se dégage de l'analyse de la loi-cadre est élevé, plus les juges des provinces se montrent disposés à étendre la portée de la Charte à l'institution régie par cette loi.

Du reste, les tribunaux ne se limitent pas à l'étude de la loi-cadre pour apprécier l'ampleur du contrôle que le gouvernement exerce sur une entité. D'autres données peuvent faciliter cette appréciation. Ainsi, les éléments de contrôle qui ressortent de cette loi ne sont pas les seuls qui soient pertinents.

b) L'étude des lois connexes

En plus d'analyser la loi-cadre des institutions gouvernementales, les tribunaux étendent parfois leur étude aux autres lois auxquelles elle sont soumises. L'analyse de ces lois "connexes" est susceptible de fournir d'autres facteurs de contrôle gouvernemental. De fait, la jurisprudence en a identifié certains en insistant sur les éléments suivants:

- le pouvoir de l'entité d'exproprier ³⁶⁴;
- le pouvoir de contracter et d'ester en justice ³⁶⁵;
- le pouvoir de révision du gouvernement sur certaines clauses contenues dans la convention collective négociée par l'entité ³⁶⁶...

Qu'ils soient puisés dans la loi-cadre de l'institution gouvernementale ou dans les autres lois qui lui sont applicables, ce type d'éléments ne constituent que des "indices" de contrôle. Plusieurs se recoupent mais pas un d'entre eux ne semble déterminant pour conclure à l'application de la Charte. En effet, comme nous allons le voir maintenant, c'est par le biais d'une analyse globale que les tribunaux parviennent à évaluer le degré de contrôle gouvernemental.

B) L'analyse globale

Lorsqu'ils appliquent le critère du contrôle gouvernemental pour être en mesure de se prononcer sur l'applicabilité de la Charte à une institution, les tribunaux procèdent à une analyse globale. Les juges prêtent ainsi attention à tout un ensemble d'éléments de contrôle desquels peut émerger, selon leur appréciation, le lien gouvernemental requis pour que la Charte s'applique.

Si le "lien direct et étroit" ³⁶⁷ entre le gouvernement et l'entité examinée transparaît de l'analyse effectuée par le tribunal, le recours à la Charte peut être autorisé. De fait, en certains cas, l'application du seul critère de nature institutionnelle a suffi pour tirer une telle conclusion. ³⁶⁸

Toutefois, la jurisprudence montre que les tribunaux ne se bornent pas toujours à l'analyse du statut de l'acteur qui enfreint la Charte. Ainsi, l'acte à l'origine d'une violation des droits constitutionnels retient souvent leur attention. Les juges sont dès lors appelés à déterminer si l'acte contesté résulte de l'exercice d'une fonction gouvernementale.

Section 2: Le critère de nature fonctionnelle

Bien qu'il soit ignoré dans certaines décisions, le critère de nature fonctionnelle est abondamment utilisé dans la jurisprudence. Si certains juges l'ont parfois préféré au critère du contrôle gouvernemental, une majorité d'entre eux adjoint ce critère institutionnel au critère fonctionnel. Un tel cumul s'harmonise difficilement avec le principe d'interprétation large et libérale de la Charte. Il nous semble qu'une institution qui répond aux exigences jurisprudentielles du contrôle gouvernemental devrait être pleinement assujettie à la Charte, sans égard à la nature de ses fonctions. Sans s'étendre plus longuement sur l'approche discutable que certaines Cours adoptent à ce sujet, voyons comment elles détectent les actes de nature gouvernementale.

A) L'exercice d'une fonction gouvernementale

Ce critère d'application de la Charte vise à identifier quels sont les actes d'une entité qui s'inscrivent parmi les fonctions traditionnelles du gouvernement.

Un examen sommaire de certaines décisions où ce critère fonctionnel est considéré nous révèle que son application se fonde davantage sur l'intuition que sur des principes. Partant, il devient difficile de discerner les lignes directrices qui dictent aux juges la

conclusion appropriée. Cette situation s'explique vraisemblablement par le fait que le critère fonctionnel repose sur l'obscur distinction entre les actes publics et privés.³⁶⁹ Dans la mesure où ils jugent qu'une institution gouvernementale s'aventure dans la sphère privée, les tribunaux ne consentent généralement pas à soumettre ses actes à la Charte.

Ainsi, les Cours de justice des provinces ont statué que les actes suivants ne résultaient pas de l'exercice d'une fonction gouvernementale:

- une convention collective librement négociée³⁷⁰;
- une résolution ayant pour effet de mettre un terme à un emploi³⁷¹;
- une politique de retraite obligatoire³⁷²;
- un règlement interne qui requiert que des employés soient membres d'un syndicat déterminé³⁷³;
- la décision d'un hôpital d'opérer une clinique où des avortements sont pratiqués³⁷⁴;
- la décision d'un syndicat d'utiliser les cotisations qu'il perçoit aux fins qu'il estime appropriées³⁷⁵ ...

En revanche, une institution exercerait vraisemblablement des fonctions gouvernementales lorsqu'elle procède à:

- l'adoption de règlements d'application générale³⁷⁶;
- l'adoption de règles de nature déontologique³⁷⁷;

- l'adoption de règles de sécurité autorisant certaines fouilles, perquisitions et saisies³⁷⁸;
- la mise à pied d'une employée par l'entremise de l'administrateur en charge du personnel ³⁷⁹;
- l'arrestation d'une personne ³⁸⁰ ...

Un échantillonnage de décisions où le critère fonctionnel est considéré permet donc de dresser le constat suivant:

"La qualification en fonction de l'acte peut servir à étendre l'applicabilité de la Charte, mais aussi, selon une certaine jurisprudence, à la restreindre. Le raisonnement semble reposer sur un postulat assez simple. Lorsque le gouvernement entretient des rapports de droit privé, en sa qualité de sujet de droit capable de contracter, avec d'autres sujets de droit, il agirait non plus en tant que gouvernement mais en tant que simple sujet de droit..."³⁸¹

Ainsi, le recours au critère de nature fonctionnelle n'est pas toujours garant d'une application généreuse de la Charte. Cette situation est largement attribuable à la méthode d'analyse que les tribunaux judiciaires ont adoptée à son égard.

B) L'analyse ponctuelle

A la différence du critère institutionnel, l'application du critère des fonctions

gouvernementales ne découle pas d'une analyse globale. C'est plutôt par le truchement d'une analyse "à la pièce" que les tribunaux parviennent à associer un acte donné à l'exercice d'une fonction gouvernementale. Conséquemment, même si la relation entre le gouvernement et ses institutions semble étroite, les actes de celles-ci, pris isolément, peuvent échapper à la Charte en raison de leur aspect privé.

Cette méthode d'analyse ponctuelle laisse une ouverture béante à la subjectivité. En effet, selon la conception qu'ils ont du gouvernement, les tribunaux ont une vision plus ou moins étendue de la sphère publique. Partant, le dépistage de l'"action gouvernementale" par le recours au critère fonctionnel offre bien peu de certitude aux justiciables.³⁸² Selon qu'elle enfreint leurs droits constitutionnels par règlement, résolution, règle, contrat, politique, décision ou par une conduite quelconque, l'entité fautive pourra ou non être assujettie à la Charte. Puisqu'"il n'existe pas de critères communément acceptés qui permettent de déterminer clairement quand une fonction a un caractère proprement gouvernemental"³⁸³, la marge d'appréciation laissée aux juges est donc considérable. Par conséquent, le critère de nature fonctionnelle n'est pas toujours gage de résultats heureux issus d'une logique implacable.

Nous pourrions disséquer encore plus minutieusement les décisions des tribunaux des provinces sur le champ d'application de la Charte. Après tout, nombre d'entre elles prêtent à extrapolation. Néanmoins, l'examen sommaire que nous en avons fait révèle le

type de considérations présentes à l'esprit des tribunaux confrontés au texte constitutionnel. L'applicabilité de la Charte leur posant problème, les juges des provinces proposeront les critères du contrôle et des fonctions à titre de solution. Voyons si la Cour suprême du Canada a réservé un accueil favorable à leur "proposition".

CHAPITRE II: Les critères d'application adoptés par la Cour suprême du Canada

Le 6 décembre 1990, au terme d'une période de délibération de plus de dix-huit mois, la Cour suprême du Canada se prononçait sur l'applicabilité de la Charte canadienne à trois types d'institutions gouvernementales: les universités ³⁸⁴, les centres hospitaliers ³⁸⁵ et les collèges. ³⁸⁶ Les litiges à trancher reposaient sur des faits très similaires, lesquels ont pris naissance dans le contexte des relations de travail. Essentiellement, la Cour devait déterminer si les politiques de retraite obligatoire de ces institutions portaient atteinte aux droits à l'égalité de leurs travailleurs et travailleuses âgés de plus de soixante-cinq ans. Toutefois, avant d'analyser ces politiques sous l'angle de l'égalité, la Cour devait préalablement se résoudre à leur appliquer les normes constitutionnelles.

A cette fin, la Cour s'est d'abord tournée vers l'article 32 de la Charte comme elle l'avait fait, quatre ans auparavant, dans l'arrêt S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd. ³⁸⁷

D'entrée de jeu, elle a unanimement confirmé le bien-fondé de cet "arrêt de principe"³⁸⁸, en précisant une fois de plus "que l'application de la Charte se restreint à l'action gouvernementale."³⁸⁹ Soucieuse de répliquer aux nombreuses critiques que cette décision a suscitées, la Cour a réitéré les arguments qu'elle y défendait pour justifier son refus d'appliquer la Charte aux activités privées.³⁹⁰ Puis employant toute sa rhétorique à convaincre les plus sceptiques, la Cour ajoute trois arguments inédits.

D'une part, selon la Cour, le refus d'étendre la portée de la Charte aux rapports privés vise à préserver l'autonomie des individus:

*"Soumettre au contrôle judiciaire toutes les actions de nature privée ... pourrait paralyser le fonctionnement de la société et ... restreindre la liberté d'action des particuliers."*³⁹¹

En d'autres termes, l'assujettissement des activités privées à la Charte "aurait un effet trop paralysant sur la confiance qui est essentielle au véritable exercice de la liberté individuelle".³⁹² Avec égards pour la Cour, la logique de cette assertion nous semble déficiente. Tout bien considéré, la position qu'elle soutient peut précisément avoir l'effet que la Cour compte éviter. De fait, chaque fois qu'une violation des droits fondamentaux est tolérée, l'autonomie individuelle de la personne qui la subit s'en trouve sacrifiée.³⁹³ Ainsi, exclure les activités privées du champ d'application de la Charte pour préserver la "liberté d'action des particuliers", c'est voir les choses par le petit bout de la lorgnette.

C'est faire primer *a priori* la liberté absolue des uns au détriment de l'autonomie personnelle des autres. Nous aurions cru que la Charte requérait une interprétation plus équitable.

D'autre part, la Cour tente de justifier sa position au moyen de l'argument selon lequel "soumettre les activités privées au contrôle judiciaire pourrait imposer un fardeau impossible aux tribunaux."³⁹⁴ On peut se demander si, ce faisant, la Cour ne leur impose pas un fardeau encore plus lourd en les contraignant à distinguer les actes privés des actes publics.³⁹⁵ Incidemment, plusieurs n'hésitent pas à qualifier cette tâche d'"impossible".³⁹⁶

S'exprimant au nom de la majorité de ses collègues sur ce point, le juge La Forest précise:

*"Tant le gouvernement que les tribunaux ont reconnu la nécessité de restreindre le contrôle judiciaire au moyen, par exemple, de clauses privatives et du principe de la retenue envers les tribunaux spécialisés, des techniques qu'on ne pourrait utiliser dans un contexte relevant de la Charte. En outre, comme je l'ai déjà souligné, le gouvernement peut, dans plusieurs cas, prévoir des moyens plus souples pour traiter les droits des particuliers. Ainsi, les commissions des droits de la personne disposent de techniques plus souples pour examiner les pratiques discriminatoires sans restreindre indûment l'exercice d'autres droits démocratiques qui sont extrêmement difficiles à contrebalancer..."*³⁹⁷

Produit d'un effort de persuasion louable, cet extrait n'emporte pas l'adhésion. Essayons d'y voir un peu plus clair. Dans un premier temps, la Cour note que les techniques usuelles destinées à restreindre le contrôle judiciaire s'avèrent inutilisables à l'encontre de la Charte canadienne. Or, les propos qu'elle tient laissent croire que c'est une "nécessité de restreindre le contrôle judiciaire". Partant, pour répondre à cette "nécessité", la Cour juge préférable de nier l'application de la Charte aux actions de nature privée.

On cherche en vain le principe en vertu duquel il est "nécessaire" de limiter le contrôle des tribunaux à ce niveau. De fait, en matière de droits de la personne, il est loin d'être évident que les gouvernements reconnaissent la "nécessité" d'apporter des restrictions au contrôle judiciaire. La preuve en est que les décisions des tribunaux spécialisés en ce domaine sont le plus souvent susceptibles d'appel devant les tribunaux judiciaires.³⁹⁸ Cela témoigne de toute l'importance que les Législatures accordent au respect des droits fondamentaux. En cette matière, l'encombrement des tribunaux semble être une préoccupation bien secondaire pour elles. Ainsi, même quand le gouvernement peut "prévoir des moyens plus souples pour traiter les droits des particuliers", c'est néanmoins au jugement des tribunaux judiciaires qu'il s'en remet en dernier ressort. De toute évidence, la Cour est réticente à assumer une telle responsabilité.³⁹⁹

En outre, la Cour réfère également aux techniques souples dont disposent les Commissions des droits de la personne. Pour le juge La Forest, cette voie procédurale est semble-t-il plus avantageuse et donc suffisante. Est-il besoin de rappeler que le rôle de ces Commissions est confiné au seul examen des pratiques discriminatoires ? Dans la mesure où le droit à l'égalité n'est pas en cause, les problèmes relatifs aux autres droits fondamentaux qui peuvent être garantis par les chartes provinciales échappent totalement à la compétence des Commissions. Dès lors, ce sont les Cours de justice qui sont appelées à interpréter ces droits, lesquels s'appliquent tant aux litiges privés que publics. Au Québec, elles assument ce "fardeau impossible" depuis plus de quinze ans et s'en accommodent sans trop de peine. L'argument de la Cour en sort donc affaibli.

Paradoxalement, si la Cour tend à décharger les tribunaux judiciaires d'un "fardeau impossible", elle éprouve moins de compassion pour les tribunaux administratifs. En effet, elle n'a pas hésité à leur déléguer la tâche "de se prononcer sur des questions constitutionnelles dans l'exercice de leur mandat."⁴⁰⁰ Pourtant, les arguments sérieux ne manquaient pas pour l'inciter à rejeter cette solution. Pour plusieurs, confier une pareille responsabilité à ces tribunaux spécialisés allait "à l'encontre de leur raison d'être".⁴⁰¹ Néanmoins, la Cour a noté avec justesse que même dans ce contexte, les droits et libertés garantis par la Charte devaient être respectés.⁴⁰² Dommage que cette priorité soit reléguée au second plan lorsque les actions en cause sont de nature privée.

Enfin, il est fait mention de l'article 33 de la Charte dont les termes permettent au législateur de déroger à certains droits et libertés. Selon madame la juge Wilson, cette disposition "signifie que les gouvernements qui ont souscrit à la Charte savaient que le document était destiné à apporter des restrictions à leur action et qu'ils voulaient se munir d'un mécanisme leur permettant d'éviter certaines de ces limites ... si jamais cela s'avérait nécessaire." ⁴⁰³ En quoi le désir des Législatures de préserver leur souveraineté dans les cas où elles l'estiment nécessaire est-il un indice que la Charte ne doit pas s'appliquer aux rapports privés ? Avec déférence, l'établissement d'un tel rapport de cause à effet nous semble captieux. Certes, les gouvernements peuvent s'aménager une zone d'autonomie dans le cours de négociations constitutionnelles mais ils ne le font pas nécessairement au détriment de leurs sujets. Ce n'est pas parce que les gouvernements sont liés par la Charte qu'il faut en déduire que les individus sont dégagés de l'obligation de la respecter. On cherche vainement le lien rationnel qui justifie cette prise de position.

Quoi qu'il en soit, tous les membres de la Cour s'entendent sur l'exigence d'une "action gouvernementale" pour que la Charte soit applicable. Il faut donc voir par quels moyens les juges de la plus haute Cour du pays décèlent la présence du gouvernement dans les litiges qu'on leur soumet.

Tous les juges de la Cour suprême du Canada s'accordent pour dire "que les branches législative, exécutive et administrative du gouvernement sont les acteurs auxquels

s'applique la Charte".⁴⁰⁴ De même, pour identifier les institutions qui font partie de ces branches de l'appareil gouvernemental, les membres de la Cour adoptent la même démarche ambivalente. Ainsi, tous prêtent successivement attention à l'acteur "fautif" d'une part et à l'acte contesté d'autre part. A ce chapitre, point de voix discordantes. Toutefois, là s'arrête le consensus. En effet, l'unanimité se rompt à compter du moment où il faut élaborer et appliquer des critères susceptibles de dévoiler le degré d'appartenance d'une institution au gouvernement. Avant de voir les critères d'application de la Charte privilégiés par le plus grand nombre, voyons ceux retenus par les juges minoritaires.

Section 1: Les critères des juges formant la minorité

Sept juges ont entendu les affaires McKinney, Harrison, Stoffman et Douglas College et analysé les politiques de retraite obligatoire de certaines entités en regard du droit à l'égalité garanti par la Charte. Nous laissons à d'autres le soin d'analyser ces décisions sous l'angle de l'égalité. Sans égard à la pluralité d'opinions nuancées que les juges expriment à ce propos, seule la question de l'applicabilité de la Charte retiendra ici notre attention.

Notre étude s'intéresse essentiellement aux critères d'application du texte constitutionnel formulés par les juges de la Cour. C'est dans cette perspective que la

distinction que nous traçons entre les juges formant la minorité et les juges majoritaires doit être comprise. Elle est sans rapport avec la notion de dissidence au sens où nous l'entendons juridiquement.

D'ailleurs, notre analyse sera truffée de références à l'arrêt Lavigne c. S.E.F.P.O.⁴⁰⁵ prononcé par la Cour suprême le 27 juin 1991. Tout comme dans l'affaire Douglas College, l'arrêt Lavigne ne contient pas d'opinions dissidentes au sens formel.

Enseignant à l'École des mines de Haileybury, l'appelant Lavigne faisait partie de l'unité de négociation représentée par le syndicat intimé. Bien qu'il n'était pas membre du S.E.F.P.O., des cotisations étaient régulièrement déduites de son chèque de paie et étaient versées dans les recettes générales du syndicat. Le prélèvement de ces cotisations était autorisé par une clause de la convention collective intervenue entre le syndicat et l'agent négociateur des collèges employeurs, le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario. Cet organisme créé par une loi provinciale était assimilable à un mandataire de l'État. Prétendant que ses cotisations étaient utilisées pour appuyer un syndicat et des causes auxquels il n'adhérait pas, l'appelant soutenait que le versement obligatoire de telles cotisations enfreignait sa liberté d'expression et d'association. Les syndicats étant généralement associés au secteur "privé", la Cour devait donc déterminer si le contexte factuel en cause permettait d'appliquer la Charte. L'application des critères élaborés dans les affaires McKinney, Harrison, Stoffman et

Douglas College justifiait une réponse affirmative des sept juges de la Cour. Néanmoins, les divergences qui ressortent des motifs de l'arrêt Lavigne témoignent éloquemment du désaccord qui existe toujours entre deux groupes de juges quant à la façon appropriée d'appliquer la Charte canadienne.

Rangée dans le camp de la minorité, madame la juge Wilson a dégagé trois critères d'application. Afin de déterminer si une institution publique est liée par la Charte, elle favorise une méthode qui soulève les questions suivantes:

1. *La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question?*
2. *L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État?*
3. *L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?"* ⁴⁰⁶.

Alors que le juge Cory partage sans réserve les motifs et la méthode élaborés par sa collègue dans l'arrêt McKinney, madame la juge L'Heureux-Dubé marque son assentiment de manière plus hésitante. En premier lieu et contrairement aux juges Cory et Wilson, elle refuse d'appliquer la Charte aux universités. ⁴⁰⁷ Néanmoins, elle mentionne à cette même occasion qu'elle "n'entend pas être en désaccord" avec le "test large" proposé par sa collègue Wilson. ⁴⁰⁸ Puis elle consent à reconnaître que les hôpitaux sont

liés par la Charte "en raison du test large" formulé par madame la juge Wilson.⁴⁰⁹ Enfin, l'honorable juge L'Heureux-Dubé adopte une position similaire à l'égard des collègues en souscrivant cette fois purement et simplement à l'avis de sa collègue.⁴¹⁰ Dès lors, une conclusion s'impose. Bien que les juges Wilson, Cory et L'Heureux-Dubé s'entendent sur les critères appropriés pour déterminer si une entité est assujettie à la Charte, l'application de ces critères peut mener à des résultats variables.

Gardant à l'esprit cette lacune de la méthode proposée, il convient d'analyser distinctement les critères sur lesquels elle repose. Selon les juges formant la minorité, pas un de ces critères n'est "déterminant en soi". En retour, il semble que "chacun fait ressortir un aspect important de la nature du gouvernement."⁴¹¹ C'est la raison pour laquelle on ne les applique qu'"aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement".⁴¹² Quant à ces entités qui s'intègrent clairement à l'appareil gouvernemental, les juges minoritaires se gardent bien de les identifier.

En se faisant silencieuse sur la question, la minorité s'aménage une zone discrétionnaire qui pourrait la servir. En effet, dans l'éventualité où une institution ne répond pas aux critères avancés, il lui serait loisible d'appliquer néanmoins la Charte. Pour ce faire, les juges pourraient prétendre qu'il est "évident en soi" que cette institution est partie du gouvernement. En revanche si tel n'est pas leur avis, trois critères leur dicteront

la solution.

A) Le critère du contrôle gouvernemental

Les tribunaux judiciaires des provinces se sont largement guidés sur ce critère pour identifier le genre d'institutions dont les activités doivent être conformes à la Charte.⁴¹³ Que madame la juge Wilson le reprenne pour le compte de la minorité ne surprend guère. Ce faisant, elle apporte des précisions attendues sur ses modalités d'application tout en y greffant un nouvel élément.

D'une part, elle note que le critère du contrôle gouvernemental soulève des questions de deux ordres. Certaines, à caractère général, concernent "la nature et l'étendue du contrôle gouvernemental".⁴¹⁴ Les réponses à ces questions peuvent révéler les "formes de contrôle pertinentes" aux fins de l'application de la Charte. Elles permettent ainsi de "déterminer si un acteur qui fait clairement partie d'une branche du gouvernement contrôle des aspects de l'activité de l'entité en intervenant dans la formulation de sa politique, en approuvant les règlements ou règles qui établissent la façon dont l'entité doit exécuter son mandat, en répartissant les fonds utilisés pour mettre en oeuvre ses objectifs ou en nommant le personnel qui dirige l'entité."⁴¹⁵ D'autres questions, de nature plus précise, touchent "aux activités de l'entité" c'est-à-dire au "lien clair" qui peut exister entre le gouvernement et l'activité contestée en vertu de la Charte.⁴¹⁶

En somme, le critère du contrôle gouvernemental "exige que l'on vérifie si le gouvernement exerce un contrôle général sur une entité qui ne fait pas partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement, ou s'il y a un lien clair entre le gouvernement et l'activité particulière contestée." ⁴¹⁷

Ce second volet du critère de contrôle n'a toutefois pas l'importance du premier. Des raisons pratiques nécessitent de reconnaître un rôle accessoire au volet du "lien clair". En effet, le législateur crée parfois des organismes qu'il "garde délibérément à distance, et qui ont une vaste marge de manoeuvre quant à la mise à exécution de politiques particulières." ⁴¹⁸ En pareils cas, le "lien" entre de telles institutions et le gouvernement est souvent ténu voire inexistant. Partant, leurs activités seraient invariablement exemptes de l'application de la Charte si l'exigence d'un "lien direct" figurait parmi les "conditions nécessaires pour conclure à l'existence d'une action gouvernementale." ⁴¹⁹ Un tel résultat ne se justifie d'aucune manière:

"Conclure que des organismes qui n'ont pas de lien de dépendance avec les branches exécutive ou administrative du gouvernement sont automatiquement des organismes non gouvernementaux signifierait qu'une vaste gamme d'entités créées mais non contrôlées par la branche législative du gouvernement échapperait à tout examen fondé sur la Charte. On pourrait alors difficilement parler de la "protection constante" des droits et libertés que la Charte visait à assurer." ⁴²⁰

Pour ces motifs, il n'est pas "nécessaire que le gouvernement contrôle un organe subordonné à tous égards pour ... établir qu'il "contrôle" cet organe dans un sens constitutionnellement pertinent."⁴²¹ Le contrôle "général" que le gouvernement exerce sur une entité créée par la loi peut suffire sans qu'il soit requis de déceler un "lien de dépendance" étroit entre eux.

Cela étant, quatre domaines distincts sont analysés pour apprécier la nature et l'étendue de ce contrôle "général". Il s'agit du financement, de l'organisation et de l'administration internes, du processus décisionnel et des politiques de l'institution à laquelle on oppose la Charte. Nous les aborderons de façon séparée afin de mieux voir leurs ramifications. Puis nous traiterons brièvement de l'élément de contrôle "spécifique" auquel correspond l'exigence du "lien de dépendance".

a) Le financement

Le premier indicateur de contrôle considéré par les juges formant la minorité a trait aux sources de financement de l'institution.⁴²² Il consiste à évaluer la contribution monétaire du gouvernement dans les frais de fonctionnement de l'entité. Parmi les facteurs de contrôle financier glanés dans les différentes lois applicables à une institution, les suivants sont jugés pertinents:

- Le pourcentage de participation gouvernementale quant aux coûts d'exploitation et d'immobilisations de l'institution. A cet effet, il semble qu'un taux d'environ 80% soit suffisant ⁴²³;
- L'octroi de subventions gouvernementales à l'institution. Le fait que la Loi exige le respect de certaines conditions pour bénéficier de ces subventions ⁴²⁴ ou que le gouvernement donne ses instructions sur la façon de les utiliser ⁴²⁵ est un indice de contrôle additionnel;
- L'affectation de sommes prélevées à même le fonds de revenu consolidé du gouvernement afin de répondre aux besoins particuliers de l'institution ⁴²⁶;
- L'existence de fondations constituées par la loi et subventionnées par le gouvernement pour assister l'institution. Fait à noter, le fait que les membres d'une telle fondation soient tous nommés par le gouvernement est un élément considéré⁴²⁷;
- L'assujettissement de l'institution aux lois qui traitent de la responsabilité financière des organismes du secteur public ⁴²⁸ ou de la surveillance de leurs dépenses ⁴²⁹ ...

Par ailleurs, les juges minoritaires reconnaissent également une certaine pertinence à des facteurs de contrôle indirect. Leur attention est alors tournée vers le soutien financier que le gouvernement procure aux personnes qui sont en relation avec l'institution. Parmi ces facteurs de contrôle indirect, on note ceux-ci:

- La distribution de deniers gouvernementaux, sous forme de prêts garantis ⁴³⁰ ou de bourses, aux personnes qui désirent bénéficier des services offerts par l'institution⁴³¹;

- Le paiement par le gouvernement des dépenses encourues par les personnes qui ont bénéficié des services de l'institution ⁴³² ...

En tenant compte de l'intervention gouvernementale dans le financement d'une institution, les juges peuvent étendre sensiblement la portée de la Charte canadienne. De fait, un grand nombre d'entités jouissent des faveurs pécuniaires du gouvernement. En ce sens, la considération de cet indicateur de contrôle peut contribuer à la "protection constante" des droits et libertés. Toutefois, de crainte que cette protection ne devienne trop étendue, l'honorable juge L'Heureux-Dubé insiste sur le caractère peu concluant de ce facteur de contrôle. Pour elle, "le financement gouvernemental ne peut pas en soi signifier "gouvernement", sinon même les petites et moyennes entreprises, qui reçoivent des subventions gouvernementales, pourraient se voir accoler l'étiquette de "gouvernement" aux fins de l'article 32 de la Charte." ⁴³³ Néanmoins en utilisant les termes "en soi", on comprend qu'elle ne nie pas pour autant la pertinence du facteur "financement".

b) L'organisation et l'administration internes

Le second domaine d'analyse du contrôle gouvernemental concerne l'organisation et l'administration internes de l'institution. La loi-cadre de celle-ci fait alors l'objet d'un examen fouillé. Ce faisant, les juges cherchent à identifier le rôle, les pouvoirs, les fonctions, les privilèges et les éléments constitutifs de l'institution. Plus l'ombre du

gouvernement plane sur ces attributs, plus la Charte est susceptible de s'appliquer.

L'étude des décisions de la Cour suprême montre que les juges minoritaires attachent de l'importance à toute une kyrielle d'éléments. Plusieurs s'enchevêtrent de telle sorte qu'on peut les regrouper en cinq grandes catégories, lesquelles concernent:

- le statut de l'institution (organisme "constitué en vertu d'une loi" ⁴³⁴, personne morale constituée "au moyen de lois" ⁴³⁵, "mandataire de la Couronne" ⁴³⁶...);
- la structure du corps dirigeant de l'institution (conseil d'administration, conseil de gouverneurs ...) ⁴³⁷;
- les pouvoirs du gouvernement sur ce corps dirigeant (nomination ⁴³⁸ et destitution de ses membres ⁴³⁹, modification de sa composition, nomination d'inspecteurs pour contrôler ses activités, création de comités d'appel de ses décisions, pouvoir de désapprouver et modifier ses règlements, faculté d'édicter des règlements additionnels, pouvoirs d'enquête ⁴⁴⁰, pouvoir d'approbation de certaines de ses décisions, pouvoir d'exiger certains rapports et renseignements ⁴⁴¹ ou encore le pouvoir du gouvernement de remplacer purement et simplement le corps dirigeant par l'administrateur ou l'administratrice qu'il désigne ⁴⁴²...);
- les pouvoirs du corps dirigeant circonscrits par la loi (exploitation et direction de l'institution ⁴⁴³, contrôle sur les recettes et les dépenses ⁴⁴⁴, les affaires financières ⁴⁴⁵, les biens, les revenus, les opérations et les activités de l'institution ⁴⁴⁶, adoption de règlements ⁴⁴⁷, pouvoir d'exproprier, capacité de faire des emprunts, faculté du corps dirigeant de s'adjoindre des conseils consultatifs pour l'assister...) ⁴⁴⁸;
- les privilèges de nature gouvernementale dont bénéficie l'institution (biens-fonds à l'abri de l'expropriation ⁴⁴⁹, exemptions fiscales ...) ⁴⁵⁰;

On le voit, la moisson d'éléments de contrôle recueillis dans les arrêts de la Cour suprême est abondante. Puisque ces éléments varient selon les lois-cadres des institutions, toute tentative d'en dresser une énumération exhaustive s'avère infructueuse. Ce qu'il faut retenir, c'est que le contrôle gouvernemental sur l'organisation et l'administration internes des institutions s'évalue en fonction de leurs caractéristiques propres.

c) Les politiques de l'institution

La nature et l'étendue du contrôle gouvernemental peuvent également être appréciées sous l'angle des politiques que l'institution est chargée de mettre en oeuvre. Si les juges s'intéressent aux pouvoirs du gouvernement et de l'institution en matière d'organisation et d'administration internes, ce sont surtout leurs devoirs qui retiennent leur attention dans le domaine des politiques.

En effet, pour arriver aux fins qu'il estime souhaitables, le législateur utilise des entités qui, en leur "qualité d'organismes créés par la loi", ont "l'obligation légale d'accomplir certaines fonctions." ⁴⁵¹ L'étude de ces devoirs est donc susceptible de révéler l'ampleur du contrôle gouvernemental sur les institutions qui s'en acquittent.

Dans un premier temps, il semble que les juges tentent d'identifier l'objet de l'institution en parcourant la loi qui la régit. Le plus souvent, des dispositions spécifiques précisent cet objet ⁴⁵² ou décrivent les fonctions de l'institution de façon si détaillée qu'il devient facilement identifiable. ⁴⁵³ En d'autres cas, le législateur se fait moins explicite. Les juges semblent alors présumer l'objet de l'institution, lequel transparaît généralement de l'ensemble de la loi. ⁴⁵⁴

Une fois que cet objet est identifié, formellement ou de façon tacite, les juges relèvent les obligations légales que le gouvernement et l'institution doivent assumer pour le réaliser. Ces obligations sont très diversifiées et leur nombre fluctue considérablement en fonction des institutions. Partant, il serait fastidieux d'énumérer ici les nombreux devoirs légaux auxquels les juges minoritaires ont reconnu une certaine pertinence dans le cadre de l'analyse des politiques d'une institution. Néanmoins, il n'est pas sans intérêt d'illustrer notre propos. Pour ce faire, deux exemples suffiront, celui des collèges et celui des centres hospitaliers.

Dans l'affaire Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College ⁴⁵⁵, une disposition précise de la loi constitutive du collège énonçait qu'il avait pour objet d'offrir:

- i) *un programme complet de cours équivalents à ceux qu'offre une université pendant les première et deuxième années d'études postsecondaires;*

ii) *un programme d'études ou de formation postsecondaires;*

iii) *un programme d'éducation permanente;*

En conséquence, les juges formant la minorité ont tenu compte des "devoirs" du gouvernement et du collège pour mettre cette politique éducative en oeuvre. Les juges ont notamment pris en considération le fait que le Ministre responsable du collège était tenu:

- d'établir, sur avis du conseil, des politiques ou des directives concernant l'éducation et la formation postsecondaires;
- de fournir au collège les services qu'il estime nécessaires et pouvait même le contraindre à les utiliser;
- de déposer un rapport annuel auprès de la Législature concernant l'état de l'éducation postsecondaire;
- de coordonner des programmes d'éducation permanente ...

De plus, comme les "pouvoirs" du ministre se transforment souvent en "devoirs" pour l'institution, les juges minoritaires considèrent, entre autres, le fait qu'il peut:

- désigner les fonctions techniques, professionnelles, artistiques, éducatives ou autres que le collège doit fournir;

- établir les normes éducatives, professionnelles, administratives et autres;
- exiger que le collège décerne un diplôme ou un certificat à une étudiante ou un étudiant;
- superviser les programmes d'éducation postsecondaires ...⁴⁵⁶

Dans l'arrêt Stoffman c. Vancouver General Hospital ⁴⁵⁷, les juges qui forment la minorité conviennent implicitement de l'objet de l'hôpital. Pour les juges Wilson, Cory et L'Heureux-Dubé, il semble aller de soi que l'objet du centre hospitalier est de prodiguer des soins de santé à la population, tout en assurant la formation clinique des personnes qui aspirent à l'exercice de la médecine.

Partant, les juges relèvent les devoirs que la Législature impose à l'hôpital pour atteindre ces fins. Ainsi attache-t-on de l'importance au fait que l'hôpital:

- ne peut refuser d'admettre une personne parce qu'elle n'a pas de ressources financières;
- n'est pas autorisé à admettre une personne atteinte d'une maladie contagieuse à moins que le ministre ne soit convaincu que l'hôpital dispose des installations nécessaires pour soigner cette personne;

- doit soumettre les personnes traitées pour la tuberculose à la surveillance d'un agent de santé désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil;
- doit tenir un dossier médical détaillé des patientes et patients;
- doit fournir des installations suffisantes pour donner une formation clinique à des étudiantes et étudiants en médecine...

Par ailleurs, les juges s'intéressent bien sûr aux pouvoirs que la loi reconnaît aux membres du gouvernement. L'incidence de tels pouvoirs sur l'institution a pour effet d'allonger sensiblement la liste de ses "devoirs". Madame la juge Wilson tient donc compte du fait que le lieutenant-gouverneur édicte des règlements concernant:

- les procédures d'admission et de congé des personnes à traiter;
- les conditions de fond qui doivent être respectées avant que l'hôpital puisse traiter une patiente ou un patient;
- l'organisation du corps médical et les fonctions qu'il doit remplir ... etc ... ⁴⁵⁸

En somme, les juges considèrent toute une panoplie d'obligations légales dont les institutions doivent s'acquitter pour respecter la volonté gouvernementale et "appliquer de la sorte les politiques du gouvernement."⁴⁵⁹ Chaque situation doit être appréciée à son mérite.

d) Le processus décisionnel

Ce dernier indicateur de contrôle invite à examiner si le législateur autorise expressément le contrôle judiciaire de certaines décisions de l'institution. Essentiellement, les juges vérifient si "la branche législative du gouvernement... confère aux tribunaux le pouvoir de surveiller l'exercice par les [institutions] de leurs attributions pour veiller à ce qu'elles respectent le principe de l'équité."⁴⁶⁰ Selon les juges minoritaires, une réponse affirmative à ce niveau témoigne d'un certain contrôle gouvernemental.

e) Le lien de dépendance

Contrairement aux quatre domaines de contrôle "général" que nous venons d'aborder, l'exigence du lien de dépendance permet d'évaluer le contrôle "spécifique" que le gouvernement exerce sur une entité. En s'y référant, les juges minoritaires analysent le rapport existant entre l'appareil gouvernemental et l'institution dont l'activité est contestée en vertu de la Charte.

De façon plus précise, cette démarche vise à "détecter un lien direct entre le gouvernement et l'activité en question."⁴⁶¹ L'objectif est alors braqué sur l'acte plutôt que sur l'acteur. Toutefois, nous l'avons vu ⁴⁶², "il n'est pas nécessaire d'établir un lien précis entre l'action contestée et le gouvernement" ⁴⁶³ pour que la Charte s'applique. De fait, à

l'exception de madame la juge L'Heureux-Dubé, les juges minoritaires ont appliqué la Charte aux universités "même en l'absence d'un tel lien". ⁴⁶⁴

Cependant, lorsque ce lien est établi, on peut difficilement conclure à l'absence d'une "action gouvernementale". C'est du moins ce qui se dégage de l'arrêt Stoffman c. Vancouver General Hospital. ⁴⁶⁵ Dans cette affaire, la politique de retraite obligatoire était formulée dans un règlement adopté par un comité contrôlé par le conseil d'administration de l'hôpital. Conformément aux normes prescrites par la loi, ce règlement était entré en vigueur après avoir été dûment approuvé par le ministre de la santé. N'eût été de cette approbation préalable donnée par écrit, le règlement contesté aurait été sans effet.

Pour les juges minoritaires, la nécessité d'une telle approbation ministérielle est le signe d'un lien apparent entre le gouvernement et l'institution dont le règlement est contesté:

"Dans ces circonstances, je ne vois pas comment on peut dire que le règlement échappe au contrôle du gouvernement ou qu'il reflète autre chose que la politique du gouvernement. Selon moi, la façon dont la province pouvait, par l'entremise du ministre, traiter le règlement donne une indication très forte que ce qui est contesté en l'espèce est une action du gouvernement. En l'espèce, je pourrais être prête à conclure que les conditions exigées en vertu du par. 32(1) sont remplies en raison du seul critère du contrôle." ⁴⁶⁶

Ainsi, en dépit du fait que la formalité du lien de dépendance est accessoire, la preuve que l'on est en présence "d'une action gouvernementale sera évidemment plus solide" si ce lien est établi.⁴⁶⁷ En revanche, dans l'éventualité où l'on ne peut démontrer l'existence d'un tel lien, d'autres critères peuvent servir à identifier l'action gouvernementale.

B) Le critère de la fonction gouvernementale

Le second critère proposé par les juges formant la minorité est celui de la fonction gouvernementale. Rappelons que les tribunaux provinciaux avaient eux aussi jugé opportun d'adopter un critère de nature fonctionnelle pour déterminer si une entité était visée par la Charte.⁴⁶⁸ Fondamentalement, ce critère visait à examiner le lien entre l'acte contesté en vertu de la Charte et le gouvernement. Si ce lien était suffisamment étroit, l'acte analysé était alors perçu comme le fruit de l'exécution d'une fonction gouvernementale traditionnelle et les juges consentaient à lui appliquer le texte constitutionnel. Dans le cas contraire, la Charte devenait pour ainsi dire lettre morte. Le fait que l'entité fautive soit étroitement contrôlée par le gouvernement n'y changeait vraisemblablement rien.

De toute évidence, les juges minoritaires ne sont pas restés insensibles à cette situation. De fait, leur critère de la fonction gouvernementale diffère singulièrement de celui élaboré par les tribunaux provinciaux. D'une part, l'exigence d'un lien entre l'acte contesté et le gouvernement forme le second volet du critère de contrôle gouvernemental élaboré par la minorité.⁴⁶⁹ En outre, c'est une formalité accessoire puisque l'absence d'un tel lien ne saurait suffire, à elle seule, pour mettre les droits fondamentaux en veilleuse.⁴⁷⁰ Ceux-ci pourront prévaloir si le contrôle "général" que le gouvernement exerce sur l'institution est suffisamment important. Quant au contrôle "spécifique" dont témoigne l'existence de ce lien, il n'est nullement nécessaire d'en faire la preuve. Ce faisant, les juges minoritaires invitent les tribunaux à abandonner l'analyse ponctuelle qu'ils privilégiaient parfois en exigeant la preuve du lien pour conclure à l'application de la Charte.⁴⁷¹

En épurant le critère de la fonction gouvernementale de cette exigence pour mieux la diluer dans son critère de contrôle, la minorité étend sensiblement la portée de la Charte. Il faut saluer l'approche plus généreuse qu'elle préconise sur ce point.

Cela étant, voyons comment les trois juges de la Cour suprême abordent le critère de la fonction gouvernementale. D'emblée, les juges reconnaissent qu'"il est erroné de croire que l'on peut identifier la ou les fonctions-clés qui déterminent ce qui constitue le gouvernement."⁴⁷² Considérant "que les fonctions du gouvernement ne sont pas figées",

madame la juge Wilson ajoute:

"Une fonction devient gouvernementale parce qu'un gouvernement a décidé qu'il devrait l'exercer et non parce que la fonction est en soi une fonction gouvernementale.

(...)

Cela dit, il me semble que la méthode fonctionnelle a quelque chose à offrir, pourvu qu'on ne présume pas que pour la seule raison qu'un organisme n'exerce pas une fonction gouvernementale traditionnelle il n'est pas un acteur gouvernemental. Le fait qu'une entité exerce une activité que nous sommes venus à considérer comme l'une des fonctions exclusives d'un palier de gouvernement donné peut fort bien être un indice sérieux qu'il s'agit d'un acteur gouvernemental. En réalité, on peut conclure que même s'il n'existe pas de lien direct entre le gouvernement et les activités d'un organisme donné et même s'il y a un contrôle minimal du gouvernement sur cet organisme, celui-ci doit néanmoins être considéré comme faisant partie du gouvernement parce qu'il exerce une fonction qui a été traditionnellement exercé par le gouvernement." ⁴⁷³

En proposant un critère fonctionnel qui limitait l'application de la Charte aux seules fonctions gouvernementales traditionnelles, les tribunaux provinciaux partageaient une conception plutôt étroite du gouvernement. ⁴⁷⁴ Au-delà des apparences, le critère de la fonction gouvernementale formulé par les juges minoritaires ne comporte pas cette lacune.

Il est vrai que l'on attache une importance certaine à la fonction "traditionnellement exercée par le gouvernement". D'ailleurs, pour identifier ces fonctions traditionnelles, les juges retracent les lois qui portent sur le domaine d'activité de l'institution à laquelle on

oppose la Charte. Les lois mises "en vigueur tant avant qu'après la Confédération" sont alors recensées.⁴⁷⁵ En outre, les dispositions de la Constitution relatives au partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces sont également considérées. La mention expresse du domaine d'activité d'une institution parmi ces dispositions constitutionnelles séculaires peut indiquer le caractère traditionnel d'une fonction.⁴⁷⁶

Néanmoins, si le critère de nature fonctionnelle de la minorité n'ignore pas la tradition, il ne fait pas fi des mutations constantes de l'appareil gouvernemental. Même s'il existe un certain groupe d'activités traditionnelles que la majorité des gouvernements exercent, les fonctions gouvernementales sont en perpétuelle évolution. De nouvelles fonctions peuvent donc être assumées par le gouvernement. Celles-ci n'échappent pas au critère formulé par les juges minoritaires. De fait, leur critère n'est pas limité aux activités traditionnelles ni "restreint aux activités qu'un gouvernement particulier exerce à un moment donné".⁴⁷⁷ Aussi peut-il viser "les cas difficiles où le gouvernement est intervenu dans un nouveau domaine d'activités".⁴⁷⁸

Madame la juge Wilson se fait d'ailleurs insistante sur cet aspect du critère. Pour elle, "le principe général ... veut qu'une fonction devienne gouvernementale parce que le gouvernement a décidé de la remplir, non parce que la fonction est gouvernementale par sa nature même."⁴⁷⁹ Partant, l'institution qui exerce "une fonction du gouvernement

moderne" pourra être assujettie à la Charte au même titre que si elle accomplit une fonction traditionnellement exercée par le gouvernement.⁴⁸⁰

En définitive, le critère de nature fonctionnelle des juges formant la minorité repose sur une conception du gouvernement qui contraste avec la conception plus étroite qui se dégage de certaines décisions des tribunaux provinciaux. Ce faisant, l'approche retenue par ces juges de la Cour suprême nous semble louable puisqu'elle offre une meilleure protection des droits fondamentaux. Toutefois, la méthode fonctionnelle ne peut "apporter que des réponses approximatives" à la question de savoir si l'on est en présence d'une action gouvernementale.⁴⁸¹ Il importe donc de voir le dernier critère proposé par les juges minoritaires pour déterminer si l'action d'une institution est de nature gouvernementale.

C) Le critère de l'"entité gouvernementale"

Le troisième critère formulé par les juges minoritaires de la Cour suprême vise à déterminer si une institution donnée est une "entité gouvernementale". Une telle conclusion s'impose vraisemblablement si elle "exécute une tâche conformément à un pouvoir conféré par la loi et si elle l'exécute au nom du gouvernement dans la poursuite d'un objectif gouvernemental."⁴⁸² Il faut donc voir si une institution existe en vue de répondre aux objectifs du gouvernement ou pour satisfaire ses propres intérêts. En somme, si le critère du contrôle s'intéresse à ce qu'est l'institution et le critère des fonctions à ce qu'elle fait,

le critère de l'"entité gouvernementale" amène les juges à s'interroger sur ce qu'elle vise. En ce sens, peut-être est-il plus juste de référer au "critère de l'intérêt public", expression plus significative en raison de sa connotation plus téléologique qu'institutionnelle.⁴⁸³

Selon les juges minoritaires, le critère de l'"entité gouvernementale" offre un double avantage. D'une part, il permet de tenir compte des cas où le gouvernement décide "d'assumer un nouveau rôle" en déléguant cependant son pouvoir à un organisme subordonné.

D'autre part, il aide à distinguer les entités régies par la loi qui ne font pas partie du gouvernement, telles les sociétés privées, de celles qui font partie des rouages de l'appareil gouvernemental comme les entités qui sont mandataires de Sa Majesté.⁴⁸⁴ Fait à noter, les tribunaux judiciaires des provinces ne consentaient pas nécessairement à appliquer la Charte pour le seul motif qu'une institution jouissait du statut de mandataire de la Couronne en vertu de la loi.⁴⁸⁵ Il faut se réjouir de l'ouverture dont la minorité fait preuve à cet égard. Celle-ci démontre une plus grande inclination à voir au respect des normes constitutionnelles fondamentales:

"Je ne vois aucune raison pour laquelle les mandataires de Sa Majesté devraient être qualifiés d'organismes non gouvernementaux et être ainsi soustraits à la portée de la Charte. Si nous voulons veiller à ce que la Charte continue à assurer une protection constante des droits et libertés individuels, il me semble alors que [ces organismes] doivent être assujettis à la Charte."⁴⁸⁶

Pour identifier les institutions dont les actes peuvent être soumis à un examen fondé sur la Charte en fonction du critère de l' "entité gouvernementale", il faut voir si elles servent l'intérêt public. Madame la juge Wilson a jugé que c'était le cas des universités, des hôpitaux et des collèges. Au sujet des universités, elle reconnaît sans détour que "[l]e fait de promouvoir la poursuite d'études supérieures et d'en permettre l'accès relève volontiers de l'intérêt public."⁴⁸⁷ Elle parvient à une conclusion identique en ce qui concerne les centres hospitaliers. Puisque "l'avancement et la protection de la santé favorisent le maintien d'une société productive et saine", elle conclut "que l'accès aux soins de santé essentiels est un service dont aucune société évoluée ne peut légitimement priver ses citoyens."⁴⁸⁸ Enfin, elle admet que c'est "dans l'intérêt public que des services d'éducation sont offerts dans les domaines techniques" par les collèges.⁴⁸⁹ Ce faisant, elle ne manque pas de souligner que le collège en cause est un mandataire de la Couronne, ce qui constitue un indice additionnel d'une participation gouvernementale. Incidemment, dans les cas où la loi constitutive d'un organisme ne le qualifie pas expressément de "mandataire de la Couronne", les décisions des tribunaux qui lui reconnaissent ce statut pourront combler le silence du législateur.⁴⁹⁰

D) L'importance relative des critères d'application de la Charte

Des trois critères adoptés par les juges minoritaires pour déterminer si une institution fait partie intégrante de l'appareil gouvernemental, pas un n'est décisif en soi. Il est vrai qu'une réponse affirmative à l'une ou l'autre des questions que ces critères soulèvent constitue "un indice sérieux qu'il s'agit d'une entité qui fait partie du gouvernement."⁴⁹¹ Toutefois, "une réponse affirmative ne peut jamais être plus qu'un indice."⁴⁹²

Est-ce à dire que les critères proposés doivent être appliqués de façon cumulative? En d'autres termes, une institution doit-elle répondre aux exigences de tous ces critères pour être assimilée au gouvernement? Une réponse négative à l'égard de l'un d'eux est-elle fatale pour la personne dont les droits fondamentaux sont lésés par l'institution? La réponse des juges minoritaires à ce sujet est quelque peu équivoque. D'abord, madame la juge Wilson précise que les critères proposés ne sont que des "directives pratiques", lesquelles ne sont pas limitatives:

*"Les parties pourront toujours expliquer pourquoi l'organisme en question ne fait pas partie du gouvernement. De même, une réponse négative n'est pas une conclusion que l'entité ne fait pas partie du gouvernement. Les parties pourront toujours expliquer que l'entité comporte quelque autre aspect que les [critères formulés] précédemment ne visent pas mais qui fait en sorte qu'elle fait partie du gouvernement."*⁴⁹³

Sans doute consciente de l'effet dévastateur que l'application cumulative des critères aurait sur la portée de la Charte, la minorité se garde bien d'exiger un tel cumul. De fait, les trois juges minoritaires se sont montrés disposés à appliquer la Charte aux hôpitaux "en raison du seul critère du contrôle."⁴⁹⁴ Ainsi, en certaines circonstances, la preuve que le gouvernement exerce un contrôle suffisant sur un organisme pourrait justifier à elle seule l'application du texte constitutionnel.

Cependant, il n'est pas certain que les critères de la fonction et de l'entité gouvernementales, pris isolément, jouissent de la même autorité. C'est du moins ce qui se dégage des propos de madame la juge Wilson dans l'arrêt McKinney. D'une part, elle mentionne que le critère de la fonction gouvernementale peut permettre d'assimiler une institution à l'appareil gouvernemental "même s'il y a un contrôle minimal du gouvernement sur cet organisme."⁴⁹⁵ D'autre part, elle affirme que le critère de l'"entité gouvernementale" peut "aider à identifier les organismes qui ne font pas l'objet d'un contrôle gouvernemental poussé".⁴⁹⁶ De toute évidence, ces assertions n'envisagent pas l'absence de contrôle gouvernemental mais présupposent plutôt son existence. Peut-on pour autant conclure que les critères de la fonction et de l'entité gouvernementales doivent être cumulés avec le critère du contrôle en raison du fait qu'ils sont moins concluants ?

Si les passages précités de l'arrêt McKinney étayaient une telle conclusion, les propos subséquents de madame la juge Wilson dans l'arrêt Lavigne n'autorisent vraisemblablement plus une réponse aussi affirmative. Appliquant le critère de l'entité gouvernementale au Conseil qui assume la fonction d'agent négociateur pour les collègues ontariens, elle affirme:

"Je suis disposée à conclure que la Charte s'applique à la clause de la convention collective pour l'unique raison que l'une des parties est une entité gouvernementale." ⁴⁹⁷

Cette position nous semble préférable à celle qui aurait pour effet de nier l'autonomie des critères de la fonction et de l'entité gouvernementales. L'idée de tout cumul des critères devrait être abandonnée puisqu'elle est susceptible de restreindre davantage la portée des droits fondamentaux. A notre avis, les critères élaborés par les juges minoritaires devraient avoir une même importance. Aucune raison sérieuse n'incite à donner plus de poids au critère du contrôle. Il nous semble que la Charte devrait être applicable à une institution dès que l'un des critères est respecté.

Quoi qu'il en soit, même si la solution retenue par la minorité reconnaissait une certaine préséance au critère du contrôle, il faudrait néanmoins reconnaître que les critères qu'elle privilégie sont en somme acceptables. Un nombre relativement important

d'organismes publics pourraient être assujettis à la Charte en fonction de ces critères. Ce faisant, la protection des droits et libertés s'en trouverait accrue.

Mais en cette matière comme en toute chose, c'est la "loi de la majorité" qui prévaut. Il convient donc de voir si les critères retenus par les juges majoritaires sont aussi favorables aux individus.

Section 2: Les critères des juges formant la majorité

C'est le juge La Forest qui a rendu jugement pour la majorité de la Cour dans les arrêts McKinney, Harrison, Stoffman, Douglas College et Lavigne. Dans des motifs de jugement séparés, le juge Sopinka prend le soin d'exposer, dans l'arrêt McKinney, les raisons pour lesquelles il souscrit à l'avis du juge La Forest. Ce faisant, il décrit bien la démarche adoptée par la majorité pour déterminer si la Charte s'applique à une institution donnée:

*"[C]e ne sont pas toutes les activités d'une entité qui exerce généralement les fonctions du gouvernement qui seront de nature gouvernementale. Lorsqu'on tente de classer la conduite d'une entité dans une affaire donnée, il est important de savoir, premièrement, qu'il s'agit d'un organisme gouvernemental et, deuxièmement, qu'elle agit en cette qualité à l'égard de la conduite que l'on cherche à assujettir à un examen fondé sur la Charte."*⁴⁹⁸

C'est donc successivement l'acteur puis ses actes qui constituent les sujets d'analyse des juges formant la majorité.

D'entrée de jeu, les juges majoritaires rappellent "que les branches législative, exécutive et administrative du gouvernement sont les acteurs auxquels s'applique la Charte".⁴⁹⁹ Partant, il importe de déterminer les attributs qu'une institution doit posséder pour cadrer avec ces branches de l'appareil gouvernemental.

Une chose est sûre, le simple fait qu'une institution soit une "créature de la loi" est insuffisant pour nous permettre de conclure qu'elle est liée par la Charte. Pourtant, ce critère relativement simple et objectif avait reçu, semblait-il, un accueil favorable dans l'arrêt Slaight Communications Inc. c. Davidson.⁵⁰⁰

Dans cette affaire, l'intimé Davidson agissait à titre de vendeur de temps d'antenne pour le compte de la société Slaight Communications au moment où celle-ci prit la décision de le congédier en raison de son rendement qu'elle jugeait insatisfaisant. Se considérant victime d'un congédiement injuste, il eut recours à la procédure prévue au Code canadien du travail. La question de son congédiement fut alors soumise à un arbitre chargé d'appliquer les dispositions pertinentes de ce Code à son cas. Après avoir soupesé les témoignages entendus pendant deux jours d'audition, l'arbitre donnait gain de cause à l'intimé Davidson. S'autorisant d'une disposition du Code qui l'habilitait à rendre toute

décision qu'il juge équitable pour "contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier", l'arbitre rendit plusieurs ordonnances. L'une d'entre elles contraignait la société fautive à rédiger une lettre de recommandation à contenu spécifié et favorable au travailleur injustement congédié.

Considérant que cette ordonnance violait sa liberté d'expression garantie par l'alinéa 2 b) de la Charte canadienne, l'appelante demandait à la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision de l'arbitre. Celle-ci donnait à nouveau raison à l'employé congédié. L'affaire étant portée en appel, la Cour suprême devait notamment statuer sur l'application de la Charte canadienne à la sentence arbitrale.

Dissident en partie sur la question de fond, le juge Lamer rédigea les motifs sur la question de savoir si la Charte est applicable à l'ordonnance de l'arbitre. Tous les juges de la Cour souscriront à son opinion, laquelle est sans équivoque:

"Le fait que la Charte s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la Charte à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite (...) En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la Charte et il excède sa juridiction s'il le fait. Le

professeur Hogg a très bien exprimé cette idée lorsqu'il a écrit dans son volume intitulé *Constitutional Law of Canada* (2e éd. 1985), à la p. 671:

[TRADUCTION] "La mention du "Parlement" et d'une "législature" à l'art. 32 montre clairement que la Charte agit comme une limite aux pouvoirs de ces organes législatifs. Tout texte de loi adopté par le Parlement ou une législature, qui est incompatible avec la Charte excédera les pouvoirs (sera *ultra vires*) de l'organisme qui l'a adopté et sera invalide. Il s'ensuit que tout organisme qui exerce un pouvoir statutaire, par exemple le gouverneur en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les commissions scolaires, les universités, les tribunaux administratifs, les officiers de police, est également lié par la Charte. Les mesures prises en vertu du pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administratives ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire." ⁵⁰¹

Puisque les universités comptent parmi les entités énumérées, on comprendra que les juges majoritaires aient senti le besoin de préciser la teneur de cet extrait. Ainsi, le juge La Forest note que ce passage a été cité "à l'appui de la proposition que la Charte vise un exercice discrétionnaire du pouvoir conféré par une loi dans la mise en oeuvre du régime législatif." Selon lui, cet extrait "ne porte pas sur la question plus large de savoir

quelles entités peuvent faire partie de l'appareil gouvernemental".⁵⁰² A son avis, le critère de la "créature de la loi" est simplement inadéquat pour trancher cette question:

*"[L]e simple fait qu'une entité soit créée par une loi et se voie conférer les attributs juridiques d'une personne physique ne suffit aucunement à assujettir ses actions à la Charte. Il se peut que cette entité soit établie pour faciliter l'exécution de tâches que les auteurs de la demande de constitution en personne morale veulent entreprendre et contrôler, et non pour faciliter l'exécution de tâches confiées au gouvernement. Ce serait porter sérieusement atteinte à l'objet clair de l'art. 32, qui est de restreindre l'application de la Charte aux actions législatives et gouvernementales, que d'en étendre l'application aux sociétés privées..."*⁵⁰³

En somme, pour les juges formant la majorité, soumettre les "créatures de la loi" à la Charte, c'est consentir à appliquer ce texte constitutionnel à toute une panoplie d'activités privées auxquelles s'adonnent les sociétés commerciales. Or, nous l'avons vu⁵⁰⁴, la Cour suprême ne peut se résoudre à donner une telle portée à la Charte. Toutefois, pour conclure que cette appréhension de la Cour au sujet des sociétés privées est légitime, encore faut-il se convaincre qu'elles sont en fait des "créatures de la loi". Et quoi que l'on en dise, il ne s'agit pas là d'une évidence.⁵⁰⁵

En effet, on peut s'interroger longuement sur la question de savoir si le législateur crée les compagnies où s'il ne fait qu'en reconnaître l'existence. La controverse doctrinale est vive à ce propos. Deux théories s'affrontent, l'une dite de la fiction, l'autre qualifiée de réaliste. La première postule que la personnalité juridique d'une compagnie "ne repose

sur rien d'autre que la volonté de l'État".⁵⁰⁶ La seconde pose comme postulat que la création d'une société par actions est le fruit d'initiatives individuelles, l'État ne faisant "que reconnaître qu'elle existe lorsqu'il lui accorde une charte".⁵⁰⁷

Il n'est pas impossible que les interventions législatives des dernières années soient venues mettre un terme au débat théorique. De fait, le mode de constitution des sociétés a évolué considérablement au fil des années. Ces modifications fondamentales apportées par les Législatures pourraient bien avoir sonné le glas de la théorie de la fiction:

*"[L]e processus d'incorporation a beaucoup évolué au cours des ans, passant de la charte royale ou loi du Parlement, à l'octroi de lettres patentes, pour finalement aboutir présentement à l'enregistrement sur simple dépôt de statuts. Nous voyons, dans cette évolution vers un système moins formaliste, un signe évident d'un glissement vers la théorie réaliste où le rôle de l'État se borne à reconnaître et à réglementer et non à créer."*⁵⁰⁸

D'ailleurs, en reconnaissant la validité des contrats conclus avant le dépôt des statuts corporatifs ⁵⁰⁹, le législateur admet implicitement que les compagnies ne sont pas ses créatures mais plutôt la création des individus qui les forment.⁵¹⁰

Il est regrettable que la majorité ait expédié le critère de la créature de la loi sans pousser l'analyse plus à fond. A notre avis, il demeure possible d'y recourir sans étendre pour autant le champ d'application de la Charte aux activités privées. Par ailleurs, en plus

de favoriser la protection constante des droits fondamentaux, un tel critère colle mieux à la réalité de nos gouvernements modernes. Par l'adoption de ce critère "objectif" d'application de la Charte, les tribunaux confrontés aux actes d'un organisme sur lequel plane l'"ombre législative" pourraient s'exempter de l'"impossible tâche" de déterminer s'il y a action gouvernementale au sens de l'arrêt Dolphin Delivery. L'application du texte constitutionnel aux "créatures de la loi" que sont les municipalités⁵¹¹, les universités⁵¹², les collèges⁵¹³, les commissions scolaires⁵¹⁴, les corporations professionnelles⁵¹⁵ et les tribunaux administratifs⁵¹⁶, pour ne citer que ces exemples, pourrait ne plus jamais faire de doute. Enfin, l'application relativement simple d'un tel critère pourrait réduire les risques qu'une même institution soit qualifiée de "gouvernementale" dans un cas, et de "privée" dans l'autre, selon l'appréciation subjective des juges. Pour les justiciables, ce sont là des avantages non négligeables.

En dépit de ces considérations, il serait douteux que les juges de la Cour révisent leur position. En effet, si la Cour craint d'appliquer la Charte aux rapports privés, elle ne consent pas davantage à soumettre les ordonnances judiciaires aux normes constitutionnelles.⁵¹⁷ Comme les Cours de justice sont des "créatures de la loi"⁵¹⁸, on comprend peut-être encore mieux pourquoi ce critère se bute aux réticences de la majorité.

Manifestement, les juges majoritaires appréhendent au plus haut point l'intrusion des valeurs constitutionnelles dans le secteur privé. Qu'ils privilégient une interprétation

restrictive de la notion de gouvernement afin d'éviter pareille situation n'a donc rien d'étonnant. D'ailleurs, les critères d'application de la Charte qu'ils adoptent en témoignent éloquemment.

A) Le critère du contrôle gouvernemental extrême

Pour déterminer si une institution fait partie de l'appareil gouvernemental de manière à ce que ses actions relèvent de la Charte, les juges majoritaires s'en remettent éminemment au critère du contrôle. Toutefois, il ne faut pas se méprendre, la similitude entre ce critère et celui que propose la minorité réside exclusivement dans leurs vocables identiques. De fait, il y a entre ces deux critères de contrôle des divergences inconciliables.

Tout d'abord, les juges qui forment la majorité ne donnent pour ainsi dire pas de poids à l'élément du financement. Ainsi, même si certaines institutions "dépendent des fonds du gouvernement" cela ne suffit "absolument pas" pour les assimiler à des "organes du gouvernement".⁵¹⁹ De même, le fait que des lois particulières rendent une entité "responsable sur le plan fiscal n'établit pas que le gouvernement exerce un contrôle ou une influence sur [s]es fonctions essentielles".⁵²⁰ En somme, "le fait qu'un organisme soit

fortement réglementé et subventionné par le gouvernement ne suffit pas à lui seul à en faire une partie de l'appareil gouvernemental."⁵²¹ Servilement, la majorité prend le soin de "souligner que la même démarche a été suivie aux États-Unis."⁵²²

D'autre part, on sait que les juges minoritaires attachent une grande importance au pouvoir, que détient parfois le gouvernement, de nommer la plupart des membres du corps dirigeant d'une entité.⁵²³ A leur avis, cet élément est "l'indice d'un contrôle gouvernemental encore plus grand" sur l'organisation interne d'une institution.⁵²⁴ Or, pour la majorité, un tel pouvoir de nomination ne colore pas les actes de l'institution d'une teinte gouvernementale⁵²⁵, à moins que tous les membres soient nommés à titre amovible par le gouvernement.⁵²⁶

Par ailleurs, le volet "processus décisionnel" du critère de contrôle que propose la minorité est également répudié par les juges majoritaires. Selon eux, ce qui justifie l'exercice du contrôle judiciaire sur les décisions des institutions "est non pas le fait qu'[elles] font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics."⁵²⁷ Partant, même si les décisions d'une entité sont sujettes au pouvoir de surveillance des tribunaux judiciaires, cette entité "ne devien[t] pas pour autant partie du gouvernement au sens de l'article 32 de la Charte."⁵²⁸

En somme, les critères de contrôle des juges majoritaires et du trio minoritaire sont plutôt dissemblables. Il faut donc insister sur les modalités d'application du critère de contrôle adopté par la majorité. La démarche suivie postule que la Charte doit être dirigée contre l'action des branches législative, exécutive et administrative du gouvernement. Il convient d'analyser le critère du contrôle au regard de chacune de ces divisions de l'appareil gouvernemental.

a) La branche législative

En premier lieu, les juges tentent de caractériser la nature du rapport existant entre la branche législative et l'institution dont on conteste l'action en vertu de la Charte.

Pour une institution, le fait d'être une "créature de la loi" est insuffisant pour conclure à l'application du texte constitutionnel.⁵²⁹ En revanche, si l'une ou l'autre des lois qui la régissent "l'oblige à adopter une politique particulière" subséquemment jugée contraire aux droits fondamentaux, l'institution sera alors liée par la Charte.⁵³⁰ En d'autres termes, ce sont les actions "accomplies sous la contrainte de la loi"⁵³¹ qui pourront être assimilées à "des actes du pouvoir législatif du gouvernement".⁵³² Or, le plus souvent, le législateur se contente d'autoriser les institutions qu'il crée à intervenir dans une matière donnée. Plus rares sont les cas où il exige pareille intervention. Partant, est-il besoin de

faire état de l'abondance des cas où les personnes victimes d'une violation ne pourront satisfaire aux exigences du critère du contrôle à ce niveau ?

La lecture de l'arrêt Lavigne suffit pour s'en convaincre. Dans cette affaire, il est bon de le rappeler, un enseignant contestait l'usage que le syndicat qui le représentait faisait des cotisations mensuelles déduites de son chèque de paie. Comme il n'approuvait pas les fins auxquelles les sommes prélevées étaient destinées, il estimait que le versement obligatoire de ces cotisations portait atteinte à ses libertés d'expression et d'association. Cette déduction automatique des cotisations était requise par une clause de précompte obligatoire de la convention collective. C'est une disposition législative qui autorisait les parties à la convention à prévoir le paiement de ces cotisations au syndicat. La loi donnant aux parties la faculté d'inclure cette clause sans pour autant les y contraindre, les juges majoritaires estimaient qu'ils n'étaient pas en présence d'une action de la branche législative du gouvernement:

"J'aimerais souligner dès le départ que je ne souscris pas à l'argument de l'appelant selon lequel la conduite dont il se plaint est attribuable au législateur ontarien. Aucune loi ne l'oblige à verser des cotisations au syndicat." ⁵³³

En somme, pour répondre aux exigences du premier volet du critère du contrôle élaboré par la majorité, il faut que l'action contestée puisse être attribuée directement au législateur.

b) **La branche exécutive**

En second lieu, les juges majoritaires considèrent le contrôle exercé par la branche exécutive sur les actes de l'institution qui sont l'objet d'une contestation fondée sur la Charte. Autant qu'on puisse en juger, la personne lésée par l'action d'une institution aura encore bien du mal à démontrer l'existence d'un tel contrôle. L'arrêt Stoffman c. Vancouver General Hospital ⁵³⁴ en est la plus stupéfiante illustration. Habilité à adopter des dispositions réglementaires relatives à l'administration et à la gestion de l'institution, le conseil d'administration de l'hôpital avait édicté un règlement prescrivant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans. Conformément à la loi, l'entrée en vigueur de ce règlement avait été suspendue jusqu'à ce que le ministre de la santé l'approuve par écrit. La disposition réglementaire contestée avait donc pris effet par suite de cette approbation ministérielle.

On pouvait raisonnablement croire que l'approbation du règlement par un membre du pouvoir exécutif suffisait, en soi, pour conclure à l'existence d'un contrôle gouvernemental étendu sur l'institution. De toute évidence, une majorité de juges de la Cour suprême ne l'entendent pas ainsi. Pour eux, "[i]l ne s'agit que d'un simple pouvoir de contrôle" ⁵³⁵, lequel est insuffisant dans les circonstances:

"[L]e fait que le règlement ... ne soit entré en vigueur que lorsqu'il a été approuvé par le ministre de la Santé ne modifie pas sa nature de règlement de gestion interne de l'hôpital et de son personnel, qui a été conçu, rédigé et adopté par les autorités responsables de la gestion quotidienne des affaires internes de l'hôpital..."⁵³⁶

Ainsi, le règlement "n'est pas une disposition législative déléguée, mais fait partie essentiellement des règles ou directives de régie interne" de l'hôpital.⁵³⁷ Puisque "[l]a preuve n'indique pas que le règlement ... a été adopté à la demande du ministre ... ni qu'il constitue d'une façon quelconque une politique ministérielle"⁵³⁸, la Charte ne s'y applique pas. Le défaut de prouver que la disposition réglementaire avait "été portée à l'attention du ministre ou de son personnel" s'avère donc fatal à la personne lésée.⁵³⁹ En somme, la nature "interne" du règlement le transforme en règle "privée" non assujettie aux normes constitutionnelles.

Cette position adoptée par les juges majoritaires soulèvent des difficultés qui restent irrésolues. En effet, comment la personne qui subit une violation de ses droits fondamentaux pourra-t-elle assumer le fardeau de preuve que la Cour lui impose ? Par quel moyen pourra-t-elle combler les carences de l'enquête soulignées par la majorité ? Lorsque l'on connaît le secret qui entoure la majeure partie des activités du pouvoir exécutif, on ne peut que rester perplexe devant l'exigence de telles preuves.

Quoi qu'il en soit, dans ce contexte, la démonstration qu'une institution agit en vue de mettre "en oeuvre une politique gouvernementale"⁵⁴⁰ semble être un pré-requis à toute contestation fondée sur la Charte. A ce niveau, si la loi constitutive de l'institution fait d'elle un mandataire de la Couronne, le fardeau de preuve de la personne lésée s'en trouve vraisemblablement allégé.⁵⁴¹

Néanmoins, si l'institution porte atteinte aux droits fondamentaux par le biais d'une politique interne, la Charte est privée d'effet. A cet égard, l'approbation de cette politique par le gouvernement demeure sans incidence.

c) La branche administrative

Enfin, les juges majoritaires évaluent l'ampleur du contrôle gouvernemental en déterminant si l'institution qui enfreint la Charte fait partie de la branche administrative du gouvernement. Il peut sembler étonnant que la question de l'application de la Charte soit analysée de façon distincte sous ce rapport. En effet, en référant à "la branche exécutive ou administrative" dans l'arrêt Dolphin Delivery, la Cour laissait croire à la synonymie de ces adjectifs.⁵⁴² De fait, on reconnaît généralement l'équivalence de ces termes.⁵⁴³ Aussi ne faut-il pas se surprendre si le critère du contrôle, vu sous cet angle, postule à son tour une distinction entre les actes de gestion interne de l'institution et les actes où il y a "participation directe et importante du gouvernement".⁵⁴⁴

Afin de déterminer si l'institution qui contrevient à la Charte s'intègre à la branche administrative, les juges majoritaires analysent le cadre législatif à l'intérieur duquel elle oeuvre. Pour satisfaire les exigences de leur critère de contrôle, ils précisent que la loi doit assujettir "les aspects quotidiens ou routiniers du fonctionnement" de l'institution "au contrôle du gouvernement". A cet effet, ils exhortent à distinguer "le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier."⁵⁴⁵ La Charte ne sera applicable à une institution que si celle-ci est sous le contrôle "routinier ou régulier" du gouvernement. On sait peu de chose sur ce type de contrôle. Toutefois, la Cour nous enseigne que les mécanismes de contrôle prévus dans une loi-cadre pour répondre à des situations exceptionnelles sont des indices de contrôle "absolu ou extraordinaire". Selon toute vraisemblance on compte parmi ceux-ci le pouvoir du gouvernement:

- d'exiger d'une institution qu'elle lui "soumette des rapports ou d'autres sortes de renseignements";⁵⁴⁶
- de contrôler l'utilisation des sommes qu'il remet à une institution "à des fins d'investissements en capital déterminés";
- d'assujettir l'institution aux règlements qu'il estime nécessaires;
- de remplacer le corps dirigeant de l'institution par la personne qu'il désigne...⁵⁴⁷

Les juges majoritaires greffent deux autres indices de contrôle "absolu ou extraordinaire" à cette liste non exhaustive. Le premier vise le pouvoir du gouvernement de nommer la majorité des membres du corps dirigeant d'une institution.⁵⁴⁸ Le second concerne la nécessité d'une approbation gouvernementale pour que ses règlements entrent en vigueur.⁵⁴⁹

Avec la plus grande déférence pour cette opinion, nous aurions cru que ces deux mécanismes de contrôle témoignaient plutôt de l'existence d'un contrôle "routinier ou régulier". A l'évidence, la nomination de plus de la moitié des membres du conseil d'administration d'une institution par le gouvernement lui permet d'en contrôler régulièrement les activités quotidiennes. Les cas où le gouvernement nomme sciemment des personnes hostiles à ses politiques pour occuper ce type de fonction ne sont pas légion. Du reste, si l'on songe que la moindre décision d'une institution résulte d'une délibération de son corps dirigeant, l'allégeance des personnes qui y siègent influe nécessairement sur ses grandes orientations. De là à conclure que les décisions courantes ainsi prises sont celles du gouvernement, peut-être n'y a-t-il qu'un pas.

Par ailleurs, comment peut-on mettre en doute l'importance de l'intervention gouvernementale lorsque tous les règlements d'une institution nécessitent une approbation ministérielle pour prendre effet ? Comment nier l'existence d'un contrôle gouvernemental lorsque par sa seule inaction, le gouvernement peut paralyser complètement les activités

d'une institution en attente d'approbation ? En outre, si tous les règlements d'une institution sont assujettis à la formalité de l'approbation, comment peut-on prétendre qu'il s'agit là d'un mécanisme de contrôle "extraordinaire" conçu pour répondre à des situations exceptionnelles ? Autant de questions auxquelles les juges majoritaires apportent des réponses bien insatisfaisantes.

Quoi qu'il en soit, le gouvernement doit donc exercer un contrôle "routinier ou régulier" sur une institution pour que la Charte s'y applique. A cet effet, les juges majoritaires exigent une "participation directe du gouvernement".⁵⁵⁰ Pour déterminer si cette participation est présente, ils semblent faire peu de cas du contrôle général dont l'institution est l'objet. A vrai dire, ils se préoccupent bien davantage "du degré d'autonomie dont l'[institution] bénéficie dans l'ensemble."⁵⁵¹ Ainsi, la majorité a refusé d'appliquer la Charte aux politiques de retraite obligatoire en cause dans les arrêts McKinney, Harrison et Stoffman pour le motif que les universités et l'hôpital impliqués les avaient adoptées "de leur propre initiative".⁵⁵²

En somme, si le gouvernement ne prend pas part activement et directement aux actes "routiniers ou réguliers" d'une institution, celle-ci ne fait pas partie de la branche administrative de l'appareil gouvernemental au sens de l'article 32 de la Charte. En d'autres termes, si la décision contestée n'est pas celle du gouvernement⁵⁵³ entendu dans

son sens étroit, c'est-à-dire le Cabinet ou l'un de ses membres, la personne lésée est sans recours.

Quant au contrôle gouvernemental "routinier ou régulier", peut-être doit-on conclure à son existence dans les seuls cas où un organisme est *constamment assujéti* au contrôle du gouvernement. C'est précisément ce degré élevé de contrôle que la Cour exige pour octroyer le statut de mandataire de la Couronne à une institution.⁵⁵⁴ Aussi n'est-il pas étonnant que les juges majoritaires aient consenti à appliquer la Charte à des mandataires de la Couronne à la suite d'une analyse pour le moins succincte.⁵⁵⁵ Du reste, l'incertitude demeure quant à savoir ce qui constitue un contrôle gouvernemental "routinier ou régulier".

En effet, il semble que la Cour n'applique pas son critère de contrôle de façon uniforme. Dans les arrêts McKinney, Harrison et Stoffman, l'attention des juges majoritaires est essentiellement portée sur l'acte que l'on prétendait incompatible avec la Charte, savoir la politique de retraite obligatoire. Procédant ainsi à une analyse ponctuelle, la majorité conclut qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la Charte, faute d'une participation suffisamment directe du gouvernement à l'égard des politiques en cause.

En revanche dans l'affaire Douglas College, la Cour semble abandonner cette analyse ponctuelle pour une approche plus globale. De fait, les juges majoritaires n'ont

pas jugé utile d'analyser isolément la clause de la convention collective qui prévoyait la retraite obligatoire à 65 ans. Ils ont conclu que la Charte s'appliquait au collège du seul fait qu'il n'était pas un organisme autonome mais bien une partie de l'appareil gouvernemental:

*"Comme sa loi constitutive l'indique clairement, le collège est un mandataire de la Couronne établi par le gouvernement pour mettre en oeuvre une politique gouvernementale. Bien que le gouvernement puisse permettre au conseil du collège d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que les membres du conseil sont nommés à titre amovible par le gouvernement et que celui-ci peut en tout temps réglementer le fonctionnement du collège par loi. En résumé, il fait simplement partie de l'appareil gouvernemental tant dans la forme que dans les faits."*⁵⁵⁶

Compte tenu de cette conclusion, ils n'ont pas jugé nécessaire de voir si le gouvernement exerçait un contrôle direct sur l'application de la politique contestée.⁵⁵⁷

Cette méthode d'analyse plus globale est également celle qui est retenue dans l'affaire Lavigne. S'inspirant des principes énoncés par la majorité dans l'arrêt Douglas College, la Cour en vient à la conclusion que le conseil chargé de négocier la convention collective à titre de mandataire des collèges communautaires de l'Ontario "n'est qu'une partie de la structure gouvernementale."⁵⁵⁸ Selon le juge La Forest, le contrôle "routinier ou régulier" exercé par le ministre de l'éducation "sur l'ensemble des activités du Conseil" fait de celui-ci "un acteur gouvernemental" auquel s'applique la Charte.⁵⁵⁹

Cela étant, la Cour est indifférente au fait que la clause de précompte obligatoire à l'origine de la contestation du professeur Lavigne a été insérée dans la convention collective à l'initiative du syndicat plutôt que du Conseil. Elle considère que l'exécution de l'engagement du Conseil de percevoir les cotisations syndicales pour le compte du syndicat "doit certainement être qualifiée d'action gouvernementale" au sens de la Charte.⁵⁶⁰ En conséquence, la Cour ne s'interroge pas davantage sur la question de savoir si le gouvernement a participé directement aux décisions du syndicat concernant l'affectation des sommes perçues à titre de cotisations.

Dès lors, une conclusion s'impose. Selon que l'on adopte une méthode d'analyse ponctuelle ou globale, les droits et libertés succombent ou prévalent. Partant, le succès de la personne lésée est bien aléatoire puisqu'il dépend, dans une forte mesure, de la méthode d'analyse privilégiée par le tribunal qui entend ses représentations.

Toutefois, un fait demeure, la majorité a élaboré un critère de contrôle gouvernemental extrême. Ce faisant, elle a réduit considérablement le nombre d'institutions gouvernementales qui peuvent être liées par la Charte. En marquant clairement leur préférence pour l'exigence d'un contrôle gouvernemental omniprésent ou constant, les juges majoritaires ont restreint indûment la portée du texte constitutionnel.

Du reste, si les juges majoritaires favorisent surtout un critère de contrôle extrême, ce choix n'est vraisemblablement pas exclusif. Un autre critère pourrait servir, semble-t-il, pour déterminer si une institution doit respecter les valeurs protégées par la Constitution. Il s'agit du critère relatif à l'exercice de fonctions de nature gouvernementale.

B) Le critère de la fonction gouvernementale traditionnelle

Sans l'invoquer de manière explicite, les juges formant la majorité ne rejettent pas le critère de nature fonctionnelle. Toutefois, le peu de précisions qu'ils apportent sur son mode d'application permet difficilement d'en saisir l'essence. Pour tout dire, les juges majoritaires nous renseignent davantage sur les éléments à partir desquels on ne peut tirer une conclusion plutôt que sur les éléments constitutifs de leur critère fonctionnel.

D'emblée, ils mentionnent que l'exercice de fonctions de nature publique par une institution ne fait pas nécessairement d'elle une partie du gouvernement assujettie à la Charte:

"Si cela suffisait en soi pour rendre la Charte applicable à [une entité]... un vaste éventail d'institutions et d'organismes considérés habituellement comme faisant partie du secteur privé, allant des compagnies aériennes, des chemins de fer et des banques aux syndicats, aux orchestres et aux autres organismes culturels, relèverait également de la Charte."⁵⁶¹

En somme, les juges majoritaires sont d'avis que la fourniture d'un service public n'est pas un élément concluant. Pour eux, un tel critère d'objet public "regorge de difficultés et d'incertitudes" et fait abstraction de la dimension institutionnelle.⁵⁶² Ainsi, la prestation d'un service public, aussi important soit-il, "ne relève pas du genre de fonctions que l'on peut qualifier de fonction gouvernementale en vertu de l'article 32".⁵⁶³

Le critère de la fonction gouvernementale élaboré par les juges formant la minorité offre un double avantage sur le plan de la protection des droits constitutionnels. D'une part, l'exigence d'un "lien étroit" entre l'acte contesté et le gouvernement en est exclue de manière à favoriser une application plus généreuse de la Charte. D'autre part, la gamme des fonctions gouvernementales auxquelles la Charte est susceptible de s'appliquer est relativement étendue. Le critère recouvre aussi bien les fonctions gouvernementales "traditionnelles" que "nouvelles". Pour les juges minoritaires, le fait que le gouvernement décide de remplir une fonction suffit pour la qualifier de "gouvernementale" au sens de la Charte.⁵⁶⁴

Les juges qui forment la majorité font regrettablement peu de cas de ces avantages que comporte le critère du trio minoritaire. Tout d'abord, ils adoptent un critère fonctionnel dont l'application dépend de l'existence d'un "lien précis" entre l'action contestée et l'appareil gouvernemental. Selon toute vraisemblance, pour conclure à l'existence d'un tel lien, les juges majoritaires requièrent la démonstration d'une

participation active et directe du gouvernement à l'acte contesté.⁵⁶⁵ Cette exigence de la participation gouvernementale, propre à leur critère de contrôle⁵⁶⁶, est à ce point rigoureuse que la portée de la Charte ne s'en trouve élargie en aucune façon.

Dans ce contexte, on est en droit de s'interroger sur l'utilité réelle du critère fonctionnel en tant que critère autonome. De fait, le critère de la fonction gouvernementale de la majorité ne devrait pas servir dans les cas où les exigences du critère de contrôle sont remplies. En effet, selon la Cour, les actes qu'un organisme contrôlé par le gouvernement accomplit "dans l'exécution de ses fonctions" sont réputés être des "actes gouvernementaux". Partant, la Charte est applicable aux actes contestés sans égard à la participation effective du gouvernement dans l'accomplissement de ces actes.⁵⁶⁷ Ce n'est qu'en l'absence d'un contrôle gouvernemental suffisant que le critère fonctionnel pourra donc servir. Or, si l'application du critère de contrôle ne révèle pas l'existence d'une participation gouvernementale suffisante dans un cas donné, en quoi le critère de la fonction pourra-t-il être d'une certaine assistance pour la personne lésée ?

Le mutisme de la majorité sur le genre de fonctions que l'on peut qualifier de "gouvernementales" en vertu de la Charte permet difficilement d'avancer une réponse concluante. Toutefois, si l'on se reporte aux exemples de fonctions gouvernementales que les juges majoritaires tirent de la jurisprudence, il y a tout lieu de croire que l'utilité du critère fonctionnel pourrait être plutôt réduite.

Le premier de ces exemples vise un cas où la Charte a été appliquée à la réglementation d'une municipalité.⁵⁶⁸ Le second concerne une affaire dans laquelle on a consenti à examiner, sous l'angle de la Charte, les règles de nature déontologique édictées par une corporation professionnelle.⁵⁶⁹ Pour les juges majoritaires, il ne fait pas de doute que les situations visées dans ces décisions donnaient matière à l'application de la Charte.⁵⁷⁰ Commentant brièvement l'assertion selon laquelle les municipalités sont liées par le texte constitutionnel, le juge La Forest précise:

*"[S]i la Charte vise les municipalités, c'est parce que "les municipalités exercent une fonction purement gouvernementale". Elles adoptent des règles qui ont force de loi auprès du public en général et prévoient des peines pour ceux qui y contreviennent..."*⁵⁷¹

Ainsi, l'institution qui adopte des règles générales d'une nature législative et dont le non-respect entraîne des "conséquences pénales" est réputée exercer une fonction gouvernementale au sens de la Charte.⁵⁷² Cette référence tacite aux "conséquences pénales" évoque l'affaire Wigglesworth.⁵⁷³ Elle révèle une conception pour le moins traditionnelle, voire dépassée, du gouvernement. Cette conception se rapproche davantage de celle de l'"État-gendarme" d'hier que de l'"État-providence" d'aujourd'hui.⁵⁷⁴ D'ailleurs, les juges minoritaires n'ont pas manqué de se distancier de cette "conception plutôt étroite du gouvernement comme étant responsable de l'adoption et de l'application des lois."⁵⁷⁵ Toutefois, la lecture de l'arrêt Lavigne montre qu'il ne faut peut-être pas

donner un poids démesuré aux propos qui accompagnent les deux exemples de fonctions gouvernementales auxquels réfèrent les juges majoritaires:

*"Dans le monde d'aujourd'hui, il est irréaliste de penser que les relations entre les gouvernants et les gouvernés sont régies seulement par le modèle traditionnel du législateur et du citoyen assujetti à la loi. Nous ne voulons plus d'un gouvernement qui se cantonne dans son rôle traditionnel de législateur; nous nous attendons à ce qu'il stimule et préserve le bien-être économique et social de la collectivité. Ainsi, les activités gouvernementales qui sont formellement des opérations "commerciales" ou "privées" sont en réalité des expressions de la politique gouvernementale, qu'il s'agisse de l'appui donné à une région ou à une industrie donnée ou de l'amélioration de la compétitivité internationale globale du Canada. La question qui se pose dans ce contexte est celle-ci: pourquoi notre souci de voir le gouvernement se conformer aux principes énoncés dans la Charte ne s'étendrait-il pas à ces aspects de son mandat contemporain? Affirmer que la Charte ne vise que le gouvernement en tant que législateur revient à interpréter notre Constitution à la lumière d'une conception de gouvernement dépassée depuis longtemps même avant l'adoption de la Charte."*⁵⁷⁶

Il faut saluer cette conception moins étroite du gouvernement. Cependant, la Cour tient ces propos dans un contexte où elle avait préalablement conclu que l'institution analysée était assujettie à un contrôle gouvernemental important.

Est-ce à dire qu'elle adoptera cette conception plus réaliste du gouvernement lorsque viendra le moment d'évaluer si un organisme non contrôlé par le gouvernement exerce une fonction gouvernementale ? La question reste sans réponse pour l'instant.

Toutefois, un fait demeure, si la Cour privilégiait la conception traditionnelle dans ce contexte, toute une panoplie d'institutions gouvernementales pourraient échapper au critère fonctionnel de la majorité. Même les municipalités pourraient vraisemblablement se dérober aux normes constitutionnelles. Ce pourrait être le cas chaque fois qu'elles s'expriment par résolution plutôt que par règlement.⁵⁷⁷ En effet, les résolutions, bien qu'elles puissent parfois avoir "force de loi auprès du public en général", ne sont pas assorties de "peines pour ceux qui y contreviennent".⁵⁷⁸ En outre, "la résolution est utilisée pour les décisions administratives courantes"⁵⁷⁹ du Conseil municipal. De telles décisions n'ont pas toujours "force de loi auprès du public en général". La décision de congédier, par résolution, une personne à l'emploi de la municipalité constitue un bon exemple. Le Conseil municipal qui procède à un tel congédiement exercerait-il une "fonction gouvernementale" ? Rien n'est moins sûr.⁵⁸⁰

Du reste, la marge d'autonomie considérable que le gouvernement laisse aux conseils municipaux fait en sorte que le critère du contrôle élaboré par la majorité ne serait vraisemblablement d'aucun secours pour la personne congédiée.

Cela étant, si le troisième palier de gouvernement que forment les municipalités⁵⁸¹ n'était pas constamment assujéti à la Charte en fonction du critère fonctionnel de la majorité, on imagine sans peine le grand nombre d'institutions qui pourraient également échapper à ce critère.

Certes, le juge La Forest précise "que l'application de la Charte n'est pas limitée aux entités qui remplissent des fonctions de nature essentiellement gouvernementale."⁵⁸² Toutefois, son laconisme nous laisse dans l'incertitude au sujet des autres entités auxquelles la Charte pourrait s'appliquer en raison des fonctions qu'elles exercent. Une chose est sûre, l'institution qui s'adonne "à des activités ou à la fourniture de services qui relèvent de la compétence législative des gouvernements fédéral et provinciaux" ne sera pas assujettie à la Charte pour cette seule raison.⁵⁸³

A l'aube de la Charte, l'octroi d'une signification fonctionnelle à la notion de gouvernement était souhaité parce qu'on la jugeait de nature à étendre l'application des droits constitutionnels.⁵⁸⁴ Le critère de la fonction gouvernementale adopté par les juges majoritaires ne pourrait combler cette attente s'il était lié à une conception traditionnelle et donc plutôt étriquée du gouvernement. L'adéquation d'un tel critère aux fonctions multiples, diversifiées et toujours changeantes des institutions gouvernementales modernes ferait tristement défaut. En conséquence, un nombre considérable d'entités gouvernementales aux fonctions les plus diverses pourraient se jouer des droits constitutionnels sans craindre le courroux des tribunaux. Pour la personne qui en ferait les frais, la déception serait grande.⁵⁸⁵ Nul doute que l'injustice aussi...

Conclusion

Près de dix ans après l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés, il est encore difficile de mesurer l'étendue de son champ d'application. Certes, les droits et libertés qu'elle garantit sont à toutes fins utiles dénués d'effet sur les litiges privés. En fait, les valeurs qu'elle consacre ne priment que l'"action gouvernementale". Toutefois, en marge de ces certitudes, l'ambiguïté demeure.

En épousant, pour des motifs discutables, la thèse de la non applicabilité de la Charte aux rapports de droit privé, la Cour suprême du Canada a cru se décharger d'"un fardeau impossible".⁵⁸⁶ Ce faisant, elle se trouve maintenant confrontée à une autre "tâche impossible"⁵⁸⁷, celle de circonscrire la notion de gouvernement afin de déterminer le type d'institutions qu'il convient d'assujettir aux normes constitutionnelles.

Si l'on s'en reporte aux critères qu'elle préconise pour déceler l'"action gouvernementale" nécessaire pour aviver la Charte, celle-ci pourrait rester lettre morte dans bon nombre de cas. Soucieuse de préserver la zone d'action privée des individus, la Cour estime souhaitable d'étendre pareille protection à certaines institutions gouvernementales en les mettant à leur tour à l'abri du texte constitutionnel. Pour ce faire, elle évacue le principe de l'interprétation large et libérale de la Constitution au profit

d'une interprétation restrictive du concept de gouvernement. Alors qu'elle évince le pouvoir judiciaire de sa notion de gouvernement, elle recourt à deux critères plutôt limitatifs pour identifier les autres institutions gouvernementales qui sont visées par la Charte.

Le premier tend à identifier le degré de contrôle exercé par le gouvernement sur l'institution. De toute évidence, l'assujettissement de celle-ci à la Charte dépend d'un contrôle gouvernemental extrême, c'est-à-dire constant, routinier ou régulier. Le second critère dont les contours sont encore imprécis et dont l'importance semble négligeable au regard du premier, vise à déterminer si les fonctions exercées par une institution sont de nature gouvernementale. Selon toute vraisemblance, celles intimement liées à la fonction traditionnellement gouvernementale d'adoption et d'application des lois devront être exercées dans le respect des valeurs protégées par la Charte. Du reste, la Cour ne précise pas davantage les autres types de fonctions qui pourraient être qualifiées de "gouvernementales".

Partant, par l'effet de ces critères indûment restrictifs, une quantité appréciable d'organismes publics communément associés à l'appareil gouvernemental sont autorisés à agir au mépris des droits constitutionnels. A notre avis, le tamisage de l'"action gouvernementale" à travers le crible à trous étroits de ces critères ne permettra pas de

recueillir suffisamment de "particules gouvernementales" pour que la protection constante des droits et libertés soit assurée.

On cherche en vain l'explication logique à une interprétation aussi restrictive. Que la Cour suprême refuse, pour des motifs d'opportunité politique, d'exposer les rapports de droit privé à l'emprise de la Charte, passe encore. Mais comment expliquer sa persistance à restreindre davantage la portée de la Charte en adoptant une conception étroite du gouvernement ? Pour quelle raison impérieuse devrait-on réfuter une fois de plus le caractère universel des droits et libertés dans ce contexte ? Si "la Charte est essentiellement un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement" sur les individus⁵⁸⁸, peut-être faudrait-il adopter une conception du gouvernement qui se rapproche de celle qu'ils s'en font intuitivement.

Certes, la Cour suprême n'a peut-être pas dit son dernier mot sur la question de l'application de la Charte aux institutions gouvernementales. Plusieurs des membres de la Cour n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le bien-fondé des critères d'application de la Charte retenus par leurs collègues. Partant, considérant l'importance relative qu'elle accorde aujourd'hui à la règle du stare decisis⁵⁸⁹, il demeure toujours possible que la Cour accepte de réviser éventuellement les critères qu'elle a majoritairement privilégiés. Rangée dans le camp minoritaire, madame la juge Wilson exhortait ses collègues à s'engager dans cette voie dans l'arrêt Lavigne:

"Je suis parfaitement consciente que, dans le pourvoi McKinney et les autres pourvois qui ont été entendus en même temps que lui, seuls deux de mes collègues ont approuvé le critère que je proposais pour déterminer si un organisme est un acteur gouvernemental aux fins du par. 32(1) de la Charte. En revanche, je suis incapable de trouver un critère d'application générale différent dans les motifs de la majorité. Ces motifs me semblent refléter une façon ponctuelle d'aborder le statut de chaque entité en cause devant la Cour afin de déterminer si elle fait "partie de l'appareil gouvernemental" et peut ainsi faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte. Cela étant, je ne me sens pas aussi liée par les précédents que je pourrais l'être autrement. En fait, je continue de penser que notre Cour a le devoir d'aborder de façon structurée cette question et d'établir des critères appropriés, dans la mesure du possible, qui permettront de distinguer les organismes qui sont soumis à la contrainte de la Charte de ceux qui ne le sont pas." ⁵⁹⁰

Il est à espérer que la plus haute Cour du pays consente à revoir sa position dans un avenir rapproché. A notre avis, seule une interprétation large et libérale de la notion de gouvernement pourra redonner aux droits constitutionnels la préséance qui leur revient. Entre-temps, les justiciables devront s'armer de patience. De fait, peut-être est-ce là la seule arme encore à leur disposition pour contrer les iniquités auxquelles la solution proposée par la Cour suprême pourrait mener.

NOTES

1. D. PINARD, "Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés", (1989) 30 C. de D. 137, p. 165

2. Loi de 1982 sur le Canada, R.-U., 1982, c. 11, Annexe B, Partie I; L.R.C. 1985, appendice II, no 44 [ci-après: "Charte canadienne" ou "Charte"]

3. L'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, id., Partie VII, confère un statut pleinement constitutionnel à la Charte canadienne.

4. C'est là l'un des buts de la Charte canadienne: R. RAINER-KNOPFF et F.L. MORTON, "Le développement national et la Charte" dans A. CAIRNS et C. WILLIAMS, Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 162-169; H. BRUN, "La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social" dans C. BECKTON et A.W. MACKAY, Les tribunaux et la Charte, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 9; Y. DE MONTIGNY, "Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables", (1991) 22 R.G.D. 129, p.130; P. RUSSELL, "The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983) 61 R. du B. Can. 30, p. 31 s. Pour la Cour suprême du Canada, la Charte ne vise qu'"un but", soit celui "de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse.": Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156 (j. Dickson)

5. C'est l'ambiguïté d'un texte qui dispose les tribunaux à l'interpréter: Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg, [1983] 2 R.C.S. 493, p. 510: "Il faut toutefois se rappeler qu'il ne se pose pas de question d'interprétation à moins qu'il y ait ambiguïté." (j. Estey)

6. P.-A. COTÉ, "L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes", (1990) 50 R. du B. 329, p. 343. Voir dans le même sens: M. GOLD, "La rhétorique des droits constitutionnels", (1988) 22 R.J.T. 1, p. 22

7. L'expression est empruntée du juge en chef Dickson dans l'arrêt Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 155 et 169. Dans une affaire subséquente, il assimilera les tribunaux à des "défenseurs de la Constitution": Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 73

8. P. MACKLEM, "Constitutional Ideologies", (1988) 20 Ottawa L.R. 117, p. 129-138

9. G. BURDEAU, Le libéralisme, Paris, Seuil, Coll. Points -politique, no. 96, 1979, p. 72-75

10. BURDEAU, id., p. 109-113

11. P. MANENT, Histoire intellectuelle du libéralisme, Paris, Calmann-Levy, 1987, p. 145; M. FLAMANT, Le libéralisme contemporain, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1988, p. 40-47; D. MOCKLE, "Les enjeux et les difficultés d'une conception essentialiste de l'État et de l'Administration en droit français", (1990) 24 R.J.T. 291, p. 300: "[L]a conception libérale du monde ... postule une séparation radicale entre les sphères publique et privée." Sur le concept de "société civile", voir: A. LAJOIE, "Contributions à une théorie de l'émergence du droit; 1. Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées", (1991) 25 R.J.T. 103, p. 123 s

12. BURDEAU, supra, note 9, p. 33 et 41

13. Sur cette notion d'autonomie personnelle, voir: BURDEAU, id., p. 42-56; Y. DE MONTIGNY, "Section 32 and Equality Rights" dans A. BAYEFSKY et M. EBERTS, Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Carswell, 1985, p. 583-595; R. ELLIOT et R. GRANT,

"The Charter's Application in Private Litigation", (1989) 23 U.B.C.L.R. 459, p. 484-492

14. BURDEAU, id., p. 51
15. Id., p. 50.
16. Id., p. 46 et 59
17. Id., p. 56-69; Au sujet du principe de la primauté du droit ("rule of law"), MACKLEM, supra, note 8, le qualifie de "major expression of the classical liberal vision of the form and content of law." (p. 133)
18. BURDEAU, id., p. 72-85; M. FLAMANT, Histoire du libéralisme, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je?, 1988, p. 83-84; A. VACHET, L'idéologie libérale: l'individu et sa propriété, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, p. 223-234
19. BURDEAU, id., p. 75; VACHET, id., p. 227; Sur l'origine de cette conception, voir: J. LOCKE, Traité du gouvernement civil, Paris, GF Flammarion, 1984, chap. 5, p. 193-214
20. G. ROCHER, "Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes", dans R. BLOUIN, Les Chartes des droits et les relations industrielles, Québec, P.U.L., 1988, p. 4
21. GOLD, supra, note 6, p. 33
22. D. PINARD, "L'exigence d'avis préalable au procureur général prévue à l'article 95 du Code de procédure civile", (1990) 50 R. du B. 629, p. 638. Voir dans le même sens: A. HUTCHINSON et A. PETTER., "Private

Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter", (1988) 38 U.T.L.J. 278, p. 283; ROCHER, supra, note 20, p. 13.

23. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, Le statut juridique de l'administration fédérale, Ottawa, 1985, vol. 40, p. 44

24. GOLD, supra, note 6, p. 7

25. Renvoi: droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 745 (j. Dickson)

26. ROCHER, supra, note 20, p. 14. Voir également: PINARD, supra, note 22, p. 639: "En partie à cause de l'interprétation que lui a donnée la Cour suprême du Canada, la Charte opère comme un instrument du libéralisme, notamment économique, de façon à restreindre la capacité d'action de l'État."

27. Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 155 (j. Dickson); R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 (j. Dickson); Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 394 (j. McIntyre); R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 144-148 (j. McIntyre, diss.); Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171 et 190 (j. McIntyre); États-Unis c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1491 (j. La Forest); McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 292 (j. La Forest); C. BRUNELLE, "L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes", (1990) 50 R. du B. 353

28. Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), id., p. 394 (j. McIntyre). Voir dans le même sens: Andrews c. Law Society of British Columbia, id., p. 190 (j. McIntyre, diss.); R. c. Morgentaler, id., p. 144 et 148 (j. McIntyre); R. c. Big M. Drug Mart Ltd., id., p. 346 (j. Dickson)

29. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573

30. Hunter c. Southam Inc., *supra*, note 4, p. 155 (j. Dickson); R. c. Big M Drug Mart Ltd., *supra*, note 27, p. 344 (j. Dickson); Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.B.), [1985] 2 R.C.S. 486, p. 499-500 (j. Lamer); R. c. Morgentaler, *supra*, note 27, p. 51 (j. Dickson); Andrews c. Law Society of British Columbia, *supra*, note 27, p. 153 (j. Wilson) et 175 (j. McIntyre); R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1326 (j. Wilson); États-Unis c. Cotroni, *supra*, note 27, p. 1480 (j. La Forest)

31. Très tôt dans l'histoire de la Charte canadienne, la Cour suprême a reconnu qu'elle devait tenir compte des rubriques "pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la Charte": Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 376 (j. Estey). Voir dans le même sens: R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541, p. 557 (j. Wilson); Black c. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 621 (j. La Forest)

32. Même si "les notes marginales, contrairement aux rubriques des lois, ne font pas partie intégrante de la Charte", elles peuvent servir à déterminer la portée de certains de ses articles: R. c. Wigglesworth, *id.*, p. 558 (j. Wilson); R. c. Hess, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 946 (j. McLachlin, diss.), ou encore leur objet: Mills c. R., [1986] 1 R.C.S. 863, p. 881 (j. Lamer)

33. Law Society of Upper Canada c. Skapinker, *supra*, note 31, p. 370 (j. Estey)

34. Formea Chemicals Ltd. c. Polymer Corp. Ltd., [1968] R.C.S. 754, p. 758-759 (j. Martland); R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 575 (j. Dickson); Canada Deposit Insurance Corp. c. Code, (1988) 49 D.L.R. (4th) 57, p. 63-64 (C.A. Alb.) (avis de désistement d'appel produit: [1989] 2 R.C.S. v); H. BRUN et G. TREMBLAY, Droit constitutionnel, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1990, p. 347; S. BUTT, "Crown Immunity", (1986) 2 Admin. L.J. 24, p. 26: "The term "crown" is also frequently used to indicate all the machinery and appendages of government; as the state itself."; P. HOGG, Constitutional Law of Canada, 2e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 216 et 236; R. DUSSEAUT et L. BORGEAT, Traité de droit administratif, tome 1, 2e édition, Québec, P.U.L., 1984, p. 67; P. GARANT, Droit administratif, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1985, p. 30-31.

Sur la grande confusion terminologique qui entoure la notion de "Couronne", voir: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, supra, note 23, p. 25-26

35. Renvoi: Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 432-433; BRUN et TREMBLAY, id., p. 339; GARANT, id., p. 31; P. HOGG, Liability of the Crown, 2e édition, Toronto, Carswell, 1990, p. 9; J. RHÉAUME, Droits et libertés de la personne et de la famille, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1990, p. 72: "[L]'exécutif (...) est devenu synonyme de "gouvernement" dans la majorité des pays dits démocratiques, y compris au Canada."

36. HOGG, supra, note 34, p. 215-216. Pour la Cour suprême du Canada, la Couronne "personnifie" et "représente" l'État (P.G. du Québec c. Labrecque, [1980] 2 R.C.S. 1057, p. 1082 (j. Beetz) et Rudolf Wolff & Co. Ltd. c. R., [1990] 1 R.C.S. 695, p. 701 (j. Cory) de telle sorte que l'État est "souvent appelé la Couronne" (R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, supra, note 34, p. 562 (j. Dickson)). Puisque la Cour assimile la Couronne au Gouvernement (voir la jurisprudence citée, supra, note 34), il n'est pas étonnant de constater que sa jurisprudence à l'ère de la Charte canadienne réfère abondamment à l'"État" pour désigner le "Gouvernement". Toutefois, le concept d'"État" pourrait être plus large que celui de "Gouvernement": A. HUTCHINSON, "Mice Under a Chair: Democracy, Courts and the Administrative State", (1990) 40 U.T.L.J. 374, p. 377 et 397-398. C'est d'ailleurs le sens des propos que tient le juge La Forest dans l'arrêt Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483, p. 506. Sur la notion d'État, voir: BRUN et TREMBLAY, id., chapitre II, p. 55 s.

37. B.C. Development Corp. c. Friedmann (ombudsman), [1984] 2 R.C.S. 447, p. 470-474 (j. Dickson); DUSSAULT et BERGEAT, supra, note 34, p. 60; HOGG, supra, note 34. On référera parfois à l'"administration du monarque" pour désigner le champ occupé par les sociétés de la Couronne: Société Radio-Canada c. R., [1983] 1 R.C.S. 339, p. 351 (j. Estey)

38. M. EBERTS, "Les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés en matière d'égalité et les institutions de l'État" dans BECKTON et MACKAY, supra, note 4, p. 152. De fait, toute définition du terme

"gouvernement" est susceptible de prêter à la controverse: P.P. CRAIG, Administrative Law, 2e édition, London, Sweet & Maxwell, 1989, p. 72

39. D. MOCKLE, "La réforme du statut juridique de l'Administration fédérale", (1986) 29 Adm. Pub. Can. 282, p. 286

40. M. DUVERGER, Institutions politiques et droit constitutionnel, 11e édition, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1970, p. 163; C. DEBBASCH, J.-M. PONTIER, J. BOURDON et J.-C. RICCI, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Economica, 1983, p. 103-104. Ainsi défini, le "gouvernement" se distingue de la "Couronne" puisque cette dernière notion ne comprend pas le Parlement et les Législatures: HOGG, supra, note 34, citant Wardle c. Manitoba Farm Loans Association, (1956) R.C.S. 3

41. P.G. du Québec c. Blaikie, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 320; Dans l'affaire R. c. Furtney, J.E. 91-1498 (C.S.C. no 21759, 26 septembre 1991), la Cour suprême du Canada affirme qu'"[i]l se peut que, dans certains cas, une délégation en faveur du lieutenant-gouverneur équivaille à une délégation en faveur d'une législature" (j. Stevenson). Ce faisant, la Cour reconnaît à nouveau le degré élevé d'intégration du gouvernement à la législature.

42. La Cour suprême du Canada n'est pas insensible à cet état de fait. Voir notamment: Berardinelli c. Ontario Housing Corporation, [1979] 1 R.C.S. 275, p. 284 (j. Estey); B.C. Development Corp. c. Friedman (ombudsman), supra, note 37, p. 459 (j. Dickson); R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, supra, note 34, p. 558 (j. Dickson)

43. Sur cette présomption d'interprétation, voir: P.-A. COTÉ, Interprétation des lois, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1990, p. 250. Cette présomption d'interprétation de la législation ordinaire s'applique évidemment à la Constitution puisque la Cour suprême est d'avis qu'"il ne faut ni faire fi des termes exprès" de la Charte canadienne, ni en "déformer le sens": R. c. Kalanj, [1989] 1 R.C.S. 1594, p. 1609 (j. McIntyre). Voir cependant: BRUN, supra, note 4, p. 23: "La simple règle d'interprétation qui veut qu'un législateur ne parle pas pour ne rien dire ne nous semble par

avoir le poids qu'il faut pour rétrécir sans autres raisons la portée de la loi fondamentale du pays, dont fait partie la Charte."

44. DUVERGER, supra, note 40; DEBBASCH, PONTIER, BOURDON et RICCI, supra, note 40, p. 104
45. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 598 (j. McIntyre)
46. R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, supra, note 34, p. 562: "Au Canada, le chef de l'État est Sa Majesté la Reine, le monarque régnant du Royaume-Uni". (j. Dickson); BRUN et TREMBLAY, supra, note 34, p. 340: "Le chef de l'État canadien est la reine du Canada. Au niveau fédéral, il est représenté par le gouverneur général et dans chaque province par un lieutenant-gouverneur."
47. Fraser c. C.R.T.F.P., [1985] R.C.S. 455, p. 470 (j. Dickson). L'application de la Charte canadienne "aux fonctionnaires du gouvernement" ne fait aucun doute: Argentine c. Mellino, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 550 (j. La Forest)
48. S.E.F.P.O. c. P.G. de l'Ontario, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 41-42 (j. Beetz)
49. DEBBASCH, PONTIER, BOURDON et RICCI, supra, note 40, p. 104; DUVERGER, supra, note 40
50. 30 & 30 Victoria, chapitre 3, (R.-U.); L.R.C. 1985, appendice II, no 44
51. L.R.Q., c. E-18, a. 4; BRUN et TREMBLAY, supra, note 34, p. 350-351
52. BRUN et TREMBLAY, id., p. 349

53. L.R.C. 1985, appendice III. Pour un éventail d'articles critiques à l'égard des décisions de la Cour à l'ère de la Déclaration canadienne des droits, voir: A. MOREL, "La valorisation de la Charte canadienne par le moyen de la Déclaration: une rhétorique judiciaire trompeuse" dans G.A. BEAUDOIN, La Cour suprême du Canada, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1986, p. 245 (note 2)

54. Law Society of Upper Canada c. Skapinker, supra, note 31, p. 366 (j. Estey)

55. Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 155-156 (j. Dickson)

56. R. c. Big M Drug Mart Ltd., supra, note 27, p. 344 (j. Dickson)

57. Voir parmi bien d'autres: Ford c. P.G. du Québec, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 766-767; R. c. Dymment, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426 (j. La Forest); Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 971 (j. Dickson); États-Unis c. Cotroni, supra, note 27, p. 1480 (j. La Forest); Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), supra, note 27, p. 393-394 (j. McIntyre); Andrews c. Law Society of British Columbia, supra, note 27, p. 193 (j. La Forest)

58. Supra, note 3

59. Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 155 (j. Dickson). Voir dans le même sens: Law Society of Upper Canada c. Skapinker, supra, note 31, p. 366 (j. Estey); P.G. du Manitoba c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110, p. 122-124 (j. Beetz)

60. R. c. McKinlay Transport Ltd., [1990] 1 R.C.S. 627, p. 644 (j. Wilson)

61. Edwards c. A.G. Canada, [1930] A.C. 124, p. 136 (C.P.); British Coal Corporation c. R., [1935] A.C. 500, p. 518 (C.P.); P.G. du Québec c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016, p. 1029; Minister of Home Affairs c. Fisher,

[1980] A.C. 319, p. 328 (C.P.); P.G. de la Colombie Britannique c. Canada Trust, [1980] 2 R.C.S. 466, p. 478 (j. Dickson); HOGG, supra, note 34, p. 657-658

62. R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1106 (j. Dickson et La Forest); Beauregard c. Canada, supra, note 7, p. 83: "A mon avis, une interprétation stricte est rarement déterminante en matière d'interprétation constitutionnelle." (j. Dickson)
63. R. c. Big M Drug Mart Ltd., supra, note 27, p. 344 (j. Dickson)
64. Mahé c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 361 (j. Dickson). Fait à noter, cette affirmation du juge en chef s'insère dans une décision où la Cour était confrontée à l'article 23 de la Charte. Or cette dernière disposition, à l'image de l'article 32, se distingue des autres dispositions de la Charte par sa nature particulière. La Cour l'a reconnu dans l'arrêt P.G. du Québec c. Q.P.S.B., [1984] 2 R.C.S. 66, p. 79: "L'article 23 de la Charte n'est pas, comme d'autres dispositions du même document constitutionnel, de ceux que l'on rencontre communément dans les chartes et déclarations de droits fondamentaux du même genre. Il n'est pas la codification de droits essentiels, préexistants et plus ou moins universels que l'on voudrait confirmer et peut-être préciser, étendre ou modifier et auxquels on veut surtout conférer une primauté et une intangibilité nouvelles en les enchâssant dans la loi suprême du pays. L'article 23 de la Charte constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada." Néanmoins, en dépit de ces considérations, la méthode d'interprétation utilisée par la Cour pour déterminer le sens de l'article 23 s'apparente à celle qu'elle utilise pour vérifier le sens des droits et libertés "ordinaires". Cette même méthode devrait donc s'imposer à l'égard de l'article 32.
65. Dans l'opinion dissidente qu'elle exprime dans l'affaire McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, madame la juge Wilson note avec justesse que l'interprétation de l'article premier "doit nécessairement être restreinte" pour assurer la protection constante des droits constitutionnels: voir l'extrait cité, infra, note 246. Par ailleurs, dans l'arrêt Ford c. P.G. du

Québec, supra, note 57, p. 745, la Cour suprême fait primer l'interprétation "la plus étroite" de l'article 33 de la Charte.

66. Voir l'extrait précité de l'arrêt Big M Drug Mart, supra, note 56
67. BRUNELLE, supra, note 27, p. 367
68. Operation Dismantle c. R., [1985] 1 R.C.S. 441, p. 455 (j. Dickson) et p. 463-464 (j. Wilson). Voir également les motifs concourants de madame la juge Wilson, p. 463-464; États-Unis c. Corroni, supra, note 27, p. 1511 (j. Wilson, diss.); Air Canada c. P.G. de la Colombie-Britannique, [1986] 2 R.C.S. 539, p. 545: "Tous les pouvoirs exécutifs, qu'ils découlent de la loi, de la common law ou d'une prérogative, doivent respecter les impératifs constitutionnels" (j. La Forest). La Charte n'était pas en cause dans cette dernière affaire mais ces propos de la Cour reflètent fidèlement sa position à l'égard de l'article 32.
69. Supra, chapitre I, section 1, p. 12
70. Y. DE MONTIGNY, "Le domaine des relations privées: un "no man's land" constitutionnel", (1988) 22 R.J.T. 243, p. 243-244
71. Fait à noter, la Cour a complètement ignoré les écrits, fort valables à notre avis, des auteurs québécois qui s'étaient penchés sur la question et dont les réflexions avaient été publiées antérieurement au prononcé de sa décision. Voir notamment: H. BRUN et G. TREMBLAY, Droit constitutionnel-supplément, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1985, p. 77-78; DE MONTIGNY, supra, note 13; D. LLUELLES et P. TRUDEL, "L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé", (1984) 18 R.J.T. 219; G. RÉMILLARD, "Les conditions d'application de la Charte canadienne des droits et libertés", (1984) 83 F.P.B.Q. 3
72. Un délai aussi long s'explique vraisemblablement par le fait que l'unanimité de la Cour sur la question du champ d'application de la Charte a été obtenue

au prix de déchirants compromis: P. HOGG, "Who is bound by the Charter?" dans Vos clients et la Charte - liberté et égalité, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988, p. 26; A. PETTER et P. MONAHAN, "Developments in Constitutional Law: the 1986-87 Term" (1988) 10 Supreme Court L.R. 61, p. 130; E. BELOBABA, "The Charter of Rights and Private Litigation: The Dilemma of Dolphin Delivery" dans N. FINKELSTEIN et B. ROGERS MACLEOD, Charter Issues in Civil Cases, Toronto, Carswell, 1988, p. 34

73. Supra, note 29
74. Dolphin Delivery Ltd c. R.W.D.S.U., [1984] 3 W.W.R. 481 (C.A.C.B.)
75. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, supra, note 29, p. 597-599 (j. McIntyre)
76. BELOBABA, supra, note 72, p. 31; G. CRANN, "How Far Does The Charter Reach? A Theoretical Review of the Section 32(1) Debate and Canada's Emerging "Governmental Action" Doctrine", (1988) 47 U. of T. Fac. L. Rev. 156, p. 162-163; D. GIBSON, "What did Dolphin Deliver?" dans Vos clients et la Charte - liberté et égalité, supra, note 72, p. 77
77. R. c. Big M. Drug Mart Ltd, supra, note 27, p. 336 (j. Dickson)
78. Il faut bien reconnaître cependant que l'abondance des références à l'"État" ou au "gouvernement" dans la jurisprudence de la Cour laissait planer peu de doute sur sa vision de la Charte. Voir, à titre d'exemples, les décisions relevées par le juge La Forest dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 261-262
79. Voir l'extrait précité de l'arrêt R. c. Big M Drug Mart Ltd, supra, note 56; BRUNELLE, supra, note 27, p. 357-358. D'ailleurs, madame la juge Wilson note avec à-propos que les Cours de justice ne sont pas liées "par les règles d'interprétation législative ordinaires pour interpréter les dispositions de la Charte.": Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, [1990]

3 R.C.S. 570, p. 613. A cet égard, on observe néanmoins que certains membres de la Cour suprême éprouvent une certaine réticence à faire complètement abstraction de l'intention qui animait, à l'origine, "les rédacteurs de la Charte": voir à titre d'exemple: Comité pour la République du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139 (ré-audition de pourvoi refusée, 8 mai 1991, C.S.C. no 20334), p. 198 (j. L'Heureux-Dubé) et 231-232 (j. McLachlin)

80. Voir, à titre d'exemple, les Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, Fascicule no 38, 15 janvier 1981, p. 50, où le sous-ministre de la justice Roger Tassé affirme: "... les droits et les dispositions de la charte ne s'appliquent pas aux rapports entre individus. Il s'agit plutôt des rapports entre l'État et des individus, si bien que je ne suis pas sûr que le droit d'obligations s'appliquerait ici, à moins que ce soit dans une situation où des contrats seraient conclus entre l'État, le gouvernement et des particuliers. Il se peut que les stipulations de tels contrats violent les droits constitutionnels des particuliers, et c'est alors que la charte serait invoquée. S'il s'agit cependant de rapports contractuels entre individus, je ne vois pas comment la charte pourrait être invoquée, à supposer qu'il y aurait un conflit." Le procureur général de l'Ontario, Roy McMurtry, exprimait une opinion similaire au journaliste J. POTTER, "Rights redefined", Canadian Lawyer, mai-juin 1982, vol. 6, no 4, p.10. Pour d'autres extraits pertinents, voir: D. BUCKINGHAM, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Private Action Applying the Purposive Approach", (1986) 51 Sask. L.R. 105, p. 114 et l'opinion dissidente de madame la juge Wilson dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 340-341
81. Débats de la Chambre des Communes, 3e session, trentième législature, 27 Elisabeth II, vol VI, 20 juin 1978, p. 6573
82. Voir le texte de l'article dans les Débats de la Chambre des Communes, 1e session, trente-deuxième législature, 30 Elisabeth II, vol. VII, 17 février 1981, p. 7350. Fait à noter, la numérotation de cet article a changé à trois reprises (29, 31 puis 32) avant que la version actuelle de l'article 32 ne soit adoptée. Les articles 29 et 31 étaient identiques: R. ELLIOT, "Interpreting the Charter-Use of the Earlier Versions as an Aid", (1982) 16 U.B.C.L.R. 11, p. 54

83. Cette version n'a jamais fait l'objet de discussions devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes. Seul le paragraphe 32 (2) (le paragraphe 29(2) à ce moment) -- relatif au délai de trois ans avant que les droits à l'égalité de la Charte n'entrent en vigueur -- a suscité certaines interrogations: Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada, Fascicule no 49, 30 janvier 1981, p. 50-54
84. J. BAIGENT et J. HOSKINS, "Government Action: Federal and Provincial Governments and Others as Defendants" dans G.A. BEAUDOIN, Causes invoquant la Charte 1986-87, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1987, p. 114; P. HOGG, Canada Act 1982 Annotated, Toronto, Carswell, 1982, p. 77-78; W.D. MOULL, "Business Law Implications of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983-84) 8 C.B.L.J. 449, p. 456-457; K. SWINTON, "Application de la Charte canadienne des droits et libertés" dans G.A. BEAUDOIN et W. TARNOPOLSKY, Charte canadienne des droits et libertés, 1^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, p. 55-56; W. TARNOPOLSKY, "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983) 61 R. du B. Can. 242, p. 256; J. WHYTE, "Is the Private Sector Affected by the Charter ?" dans L. SMITH, Righting the balance: Canada's new equality rights, Saskatoon, C.H.R.R. Inc., 1986, p. 151-153. Cet argument dont le bien-fondé fut plus souvent affirmé que démontré (DE MONTIGNY, *supra*, note 13, p. 569) est essentiellement basé sur la version anglaise de l'article 32. Le terme anglais "matters" est traduit par le mot "domaines" - plutôt que "matières" - dans la version française. Ce terme "matters" est celui que l'on retrouve aux articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867, *supra*, note 50. Or, en vertu du paragraphe 92(11), les provinces peuvent exclusivement faire des lois relatives à "l'incorporation des compagnies pour des objets provinciaux". En statuant que la Charte s'appliquait au Parlement et aux Législatures "and to all matters within [their] authority", la version originale permettait de prétendre à l'application de la Charte aux compagnies privées régies par la loi, leur "incorporation" étant une "matière" relevant des législatures: MOULL, *id.* Selon les auteurs précités, la modification de l'article 32 visait précisément à écarter un tel argument. Voir dans le même sens: Bhindi c. British Columbia Projectionists, (1986) 29 D.L.R. (4th) 47, p. 51-52 (C.A.C.B.) (autorisation de pourvoi refusée: [1986] 2 R.C.S. v). Avec déférence pour cette opinion, le libellé actuel de l'article 32 ne nous semble pas déterminant pour exclure les rapports de droit privé de la Charte. Sous

réserve des normes constitutionnelles, le Parlement et les Législatures peuvent souverainement régir toutes les activités humaines de telle sorte que la sphère privée peut tout aussi bien être visée par l'article 32: DE MONTIGNY, id., p. 570-571.

85. Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.B.), supra, note 30, p. 508-509 (j. Lamer); États-Unis c. Cotroni, supra, note 27, p. 1480 (j. La Forest); Mahé c. Alberta, supra, note 64, p. 369 (j. Dickson). Dans l'opinion dissidente qu'elle a exprimée dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, madame la juge Wilson a néanmoins considéré que certains témoignages donnés devant le Comité mixte spécial sur la Constitution apportaient "une justification, aussi restreinte soit-elle, à l'affirmation que le point de mire [de la Charte] est l'action gouvernementale." (p. 340) On ne saurait trop insister sur le danger que comporte le recours à ces témoignages pour interpréter la Charte. A titre d'exemple, si l'on s'avisait de retenir la notion de "gouvernement" du Ministre de la Justice de l'époque, monsieur Jean Chrétien, le terme "gouvernement" de l'article 32 ne viserait que le "pouvoir exécutif, c'est-à-dire le Cabinet"! : Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, Fascicule no 2, 7 novembre 1980, p. 33

86. BRUN et TREMBLAY, supra, note 34; DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 575; M.R. DOODY., "Freedom of the Press, the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and a New Category of Qualified Privilege", (1983) 61 R. du B. Can. 124, p. 136-137; D. GIBSON, "The Charter of Rights and the Private Sector", (1982) 12 Man. L.J. 213; LLUELLES et TRUDEL, supra, note 71, p. 235; M. MANNING, Rights, Freedoms and the Courts, Toronto, Edmond-Montgomery, 1983, p. 115 s ; RÉMILLARD, supra, note 71, p. 10; B. SLATTERY, "Charter of Rights and Freedoms - Does it Bind Private Persons ?", (1985) 63 R. du B. Can. 148

87. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, supra, note 29 p. 597 (j. McIntyre)

88. DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 569; DOODY, supra, note 86, p. 137; GIBSON, supra, note 86, p. 213; D. GIBSON, "Distinguishing the

Governors From The Governed: The Meaning of "Government" Under Section 32(1) of The Charter", (1983) 13 Man. L.J. 505, p. 506; HOGG, supra, note 72, p. 18; C. JACQUIER., "La liberté de circulation des étudiants au Canada: une liberté garantie et quasi absolue", (1985) 16 R.G.D. 511, p. 518; G. OTIS, "The Charter, Private Action and the Supreme Court", (1987) 19 Ottawa L.R. 71, p. 73; SLATTERY, supra, note 86, p. 149

89. Même certains partisans de la thèse épousée par la Cour suprême en conviennent: ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 464 s; HOGG, id., p. 18-19; OTIS, id., p. 73 s. La Cour suprême n'est toutefois pas de cet avis. Pour les juges formant la majorité dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, les mots de l'article 32 "indiquent clairement que l'application de la Charte se restreint à l'action gouvernementale" (p. 261). Pour la Cour, c'est là "l'objet clair de l'article 32". (p. 266)
90. MacKeigan c. Hickman, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 831 (j. McLachlin)
91. DOODY, supra, note 86, p. 137; SLATTERY, supra, note 86, p. 150
92. DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 568; DOODY, ibid.; DUSSAULT et BORGEAT, supra, note 34, tome 3, 1989, p. 80 (note 285); GIBSON, supra, note 86, p. 214; JACQUIER, supra, note 88, p. 518; RÉMILLARD, supra, note 71, p. 8-9. Au sujet de cette prérogative, voir notamment: A.G. c. De Keyser's Royal Hotel Ltd., [1920] A.C. 508, p. 538 (C.L.); British Coal Corporation c. R., supra, note 58, p. 519; Province of Bombay c. City of Bombay, [1947] A.C. 58, p. 61-62 (C.P.); Société Radio-Canada c. R., supra, note 37, p. 346 (j. Estey); R. c. Eldorado Nucléaire, supra, note 34, p. 557 (j. Dickson)
93. BRUN, supra, note 4, p. 20. Voir dans le même sens, mais seulement à propos du gouvernement: BAIGENT et HOSKINS, supra, note 84, p. 115; McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 335 (j. Wilson, diss.)
94. Bien avant l'adoption de la Charte, la Cour suprême reconnaissait que le principe de la souveraineté parlementaire devait "céder devant les exigences

de la Constitution qui définit les limites de la souveraineté et de la suprématie." : Amax Potash Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590 (j. Dickson). Néanmoins, le passé malheureux de la Déclaration canadienne des droits (*supra*, note 53), évoquée par la Cour suprême elle-même dans les arrêts Singh c. M.E.I., [1985] 1 R.C.S. 177, p. 209 (j. Wilson); Beauregard c. Canada, *supra*, note 7, p. 86-90 (j. Dickson) et Andrews c. Law Society of British Columbia, *supra*, note 27, p. 170-171 (j. McIntyre), justifiait possiblement la mention du "parlement" à titre de mesure de prudence.

95. Si la notion de gouvernement peut englober le Parlement (*supra*, note 40), l'inverse n'est pas vrai. Dans l'arrêt P.G. du Québec c. Blaikie, *supra*, note 41, la Cour suprême tient des propos qui montrent la nécessité d'adjoindre le terme "gouvernement" au mot "parlement" de l'article 32: "Le gouvernement de la province n'est pas un organisme créé par la Législature. Il a un statut constitutionnel propre et ne lui est pas subordonné au même titre que les autres organismes législatifs provinciaux qu'elle crée." (p. 320)

96. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., *supra*, note 29, p. 593 (j. McIntyre). Les juges formant la majorité dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, ont repris l'argument: "Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers." (j. La Forest, p. 262). Pour la Cour suprême, ce sont "les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement" qui sont restreints par la Constitution: Renvoi: droits linguistiques au Manitoba, *supra*, note 25, p. 745 (j. Dickson)

97. Stoffman c. Vancouver General Hospital, *supra*, note 36, p. 505 (j. La Forest)

98. A ce sujet, il est révélateur de constater que les auteurs québécois, qui s'étaient exprimés sur la question avant que la Cour suprême ne prenne position, jugeaient souhaitable d'appliquer la Charte canadienne aux rapports de droit privé: voir la doctrine citée, *supra*, note 71

99. G. BURDEAU, Manuel de droit constitutionnel, 21^e édition par HAMON et TROPER, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 74. Voir également: BRUN, supra, note 4, p. 34 (note 83): "Les actes des individus ne peuvent être sanctionnés par les tribunaux que s'ils sont conformes au droit, ce qui, nous le supposons, comprend au premier chef la constitution."
100. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 593 (j. McIntyre)
101. Sur les caractères distinctifs de la Charte au regard des constitutions "ordinaires", voir: ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 471-474; SLATTERY, supra, note 86, p. 158-159: "One drawback of this argument is that it relies heavily on a stereotype. It may be true that many written constitutions deal mainly with the powers of governmental bodies. The extent to which a particular constitution follows this pattern, however, can only be determined by examining its terms. If certain provisions of the Charter of Rights, on their true interpretation, affect relations among private persons, that fact is not affected by what other constitutions may or may not do. The claim that a particular horse has five legs is settled, not by reading the dictionary definition of a horse, but by counting the legs."
102. W.S. TARNOPOLSKY, "The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada", (1968) 46 R. du B. Can. 565 - 566: "[According to] the men in Canada and England who drafted our basic constitutional document ... [t]he common law was sufficient protection for relationships between man and man, and man and the state."; E. CHERMERINSKY, "Rethinking State Action", (1985) 80 Northwestern U.L.R. 503, p. 511-513. Toutefois, comme ces auteurs nous le rappellent, la réalité est tout autre. Voir à titre d'exemples: Christie c. York Corporation, [1940] R.C.S. 139; Seneca College c. Bhaduria, [1981] 2 R.C.S. 181; Scowby c. Glendenning, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 251-252: "Le droit à la protection contre toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la croyance, le sexe et ainsi de suite, dans l'emploi et le logement, par exemple, n'était pas garanti en common law." (j. La Forest, diss.)
103. Supra, note 13. En maintenant un tel argument, la Cour semble ignorer la possibilité que le refus d'appliquer la Charte aux rapports privés puisse, en certaines circonstances, générer une atteinte encore plus grande à

l'autonomie personnelle: ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 487-488 et 490; DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 578; CHEMERINSKY, id., p. 536-537 et 540; M. KANTER, "The Government Action Doctrine and the Public/Private Distinction: Searching for Private Action", (1990) 15 Queen's L.J. 33, p. 36; CONTRA: OTIS, supra, note 88, p. 82-83

104. Supra, note 16 et les développements qui y correspondent; G. OTIS, "The Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law", [1987] P.L. 516, p. 518. Cette assertion trouve écho dans plus d'une décision de la Cour: GOLD, supra, note 6, p. 31s ; HUTCHINSON et PETTER, supra, note 22, p. 283; A. HUTCHINSON et A. PETTER, "Daydream Believing: Visionary Formalism and The Constitution", (1990) 22 Ottawa L.R. 365, p. 379; R. VANDYCKE, "La Charte constitutionnelle et les droits sociaux et culturels", (1989-90) 6 A.C.D.P. 167, p. 179-180. L'arrêt R. c. Dyment, supra, note 57, en est le plus parfait exemple. Interprétant l'article 8 de la Charte canadienne, le juge La Forest affirme qu'il "a pour objet de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée". Puis il précise: "Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être." (p. 427)
105. H.J. GLASBEEK, "Some Strategies for An Unlikely Task: The Progressive Use of Law", (1989) 21 Ottawa L.R. 387, p. 403; A. PETTER, "Canada's Charter Flight: Soaring Backwards into the Future", (1986) 16 Journal of Law and Society 151, p. 152; R. VANDYCKE, "L'activisme judiciaire et les droits de la personne: émergence d'un nouveau savoir-pouvoir ?", (1989) 30 C. de D. 927, p. 951. Dans l'affaire McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, madame la juge Wilson, dissidente, note avec justesse: "Il est clair que l'une des réalités de la vie moderne est que le pouvoir "privé", lorsqu'il est laissé incontrôlé, peut donner lieu et donne lieu à des problèmes qui sont incompatibles avec la conception canadienne d'une société juste." (p. 354)
106. Voir en ce sens, les commentaires du professeur DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 575-579; J. BAKAN, "Constitutional Interpretation and Social Change: You Can't Always Get What You Want (Nor What You Need)", (1991) 70 R. du B. Can. 307, p. 315-316: "Private entities like corporations, landlords and employers among others, are left free of Charter scrutiny. This is significant limitation given that most coercion in people's lives is at the

hands of private entities, exercising their common law created and enforced rights of ownership, control and exchange of property."; J. RIVERO, Les libertés publiques, tome 1, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1974, p. 194-195. Dans l'arrêt Edmonton Journal c. P.G. de l'Alberta, [1989] 2 R.C.S. 1326, trois membres de la Cour reconnaissent que les organismes gouvernementaux ne sont pas les seuls qui peuvent porter atteinte aux droits individuels. De fait, ils ne manquent pas de souligner que ces droits sont "aussi souvent menacé[s] par d'autres organismes puissants ou influents contre lesquels l'individu est sans pouvoir." (j. La Forest, diss., p. 1378) Il est malheureux que l'on passe l'argument sous silence au moment de déterminer l'étendue du champ d'application de la Charte.

107. E. FOSTER, "Corporations and Constitutional Guarantees", (1990) 31 C. de D. 1125. Cette position de la Cour suprême n'est du reste pas surprenante. Voici ce qu'elle affirmait au sujet des compagnies privées dans l'arrêt B.C. Development Corp. c. Friedman (ombudsman), *supra*, note 37, p. 467: "... les personnes morales ne sont que des moyens par lesquels les personnes physiques poursuivent des objectifs économiques. Lorsqu'une personne morale est traitée injustement ou qu'on lui refuse ce à quoi elle a droit, ce sont des personnes physiques qui en ressentent les effets." (j. Dickson) Pour une critique de cette approche, voir: HUTCHINSON et PETTER, *supra*, note 104, p. 379-382; PETTER, *supra*, note 105. Sur le statut privilégié des personnes morales dans l'état du droit actuel, voir: HUTCHINSON, *supra*, note 36; A. HUTCHINSON, "Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech", (1990) 17 C.B.L.J. 2, notamment p. 16-17
108. C'est là une préoccupation à laquelle la Cour suprême n'est pourtant pas indifférente: R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713, p. 779: "Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la Charte, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés." (j. Dickson) Voir dans le même sens: Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051 (j. Dickson); Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, *supra*, note 57, p. 993 (j. Dickson); McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 401 (j. Wilson, diss.)

109. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., *supra*, note 29, p. 594-597 (j. McIntyre). Voir dans le même sens McKinney c. University of Guelph, (1988) 46 D.L.R. (4th) 193, p. 208-210 (C.A. Ont.) et *id.*, p. 263 (j. La Forest) et 341-342 (j. Wilson, diss.); Blainey c. Ontario Hockey Association, (1986) 26 D.L.R. (4th) 728, p. 736-737 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée: [1986] 1 R.C.S. xii); Moore c. British Columbia, (1988) 50 D.L.R. (4th) 29, p. 34 (C.A.C.B.); Stoffman c. Vancouver General Hospital, *supra*, note 36, p. 505-506 (j. La Forest) au sujet des codes provinciaux sur les droits de la personne, et Kohn c. Globerman, (1985) 27 D.L.R. (4th) 583, p. 597-598 (C.A. Man.) (autorisation de pourvoi refusée: [1986] 2 R.C.S. vii) au sujet du droit ordinaire.
110. L.R.Q. c. C-12
111. P. CIOTOLA, "L'intervention de l'État dans le droit des contrats: vers une publicisation du droit des contrats?", (1986) 20 R.J.T. 169, p. 185; DE MONTIGNY, *supra*, note 13, p. 566; LLUELLES et TRUDEL, *supra*, note 71, p. 222-224
112. CIOTOLA, *ibid.*; DE MONTIGNY, *ibid.*; LLUELLES et TRUDEL, *id.*, p. 222; J.-Y. MORIN, "La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne", (1987) 21 R.J.T. 25, p. 56; Winnipeg School Division No 1 c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150, p. 156 (j. McIntyre); P.G. Du Canada c. Mossop, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.), p. 33 (j. Marceau)
113. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., *supra*, note 29, p. 597, où la Cour cite en les approuvant les propos de A. McLELLAN et B. ELMAN, "To whom does the Charter apply ? Some recent cases on s. 32", (1986) 24 Alberta L.R. 361, p. 367. La Cour a répété l'argument dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 262-263 (j. La Forest)
114. K. DELWAIDE, "Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise" dans Application des Chartes des droits et libertés en matière civile, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988, p. 121-122; H. WOLDE-GIORGHIS, "Le fardeau de la preuve en matière de

discrimination", (1987) 21 R.J.T. 169, p. 183-185. La Cour suprême du Canada affirme que "les deux textes relèvent d'un même principe juridique de responsabilité attachée au comportement fautif". Aussi reconnaît-elle "que le droit de la victime à la réparation tire ultimement son origine de deux règles de droit distinctes pouvant produire des effets différents, bien qu'elles relèvent d'un principe juridique unique": Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc., [1990] 2 R.C.S. 440, p. 457-458 (j. Gonthier). A cet égard, il faut déplorer l'empressement de la Cour à assimiler une violation de la Charte québécoise à une faute, un "comportement fautif" dit-elle, au sens du droit civil. En fait, les recours offerts par la Charte ne font pas nécessairement double emploi avec le droit commun: G. OTIS, "Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise", (1991) 51 R. du B. 561, p. 567: "... l'affirmation de la redondance totale des recours découlant respectivement de la Charte et du Code civil tient davantage du dogme que d'une observation rigoureuse de la portée véritable des divers devoirs créés par la Charte. Si la coïncidence de la faute civile et de la violation de la Charte s'avère indubitablement fréquente, leur superposition de devrait pas pour autant être tenue pour inéluctable comme le voudrait l'orthodoxie doctrinale."

- 115. Charte des droits et libertés de la personne, *supra*, note 110, a. 49 et a. 111, lequel a été introduit par la Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne, L.Q. 1989, c.51, a.16, entrée en vigueur en partie le 1er septembre 1990: G.O.Q., Partie 2, 29 août 1990, 122^e année, no 35, p. 3381, et quant au reste le 10 décembre 1990: G.O.Q., Partie 2, 19 décembre 1990, 122^e année, no 51, p. 4531

- 116. Charte des droits et libertés de la personne, *id.*, a. 49, 77 al. 1(2) et a. 85 al. 2: A. MOREL, "La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne", (1987) 21 R.J.T. 1, p. 18-19. Sur la coexistence des deux régimes parallèles de responsabilité civile que compte le Québec, voir: L. PERRET, "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec", (1981) 12 R.G.D. 121

- 117. Seneca College c. Bhadauria, *supra*, note 102, p. 195 (j. Laskin)

118. Malheureusement, il faut reconnaître que ce type de raisonnement obtient parfois la faveur des juges québécois. Ainsi, la Cour d'appel du Québec reconnaît qu'une injonction interlocutoire fondée sur la Charte québécoise "ne sera pas émise s'il existe un [autre] recours suffisant et efficace": Lambert c. P.P.D. Rim-Spec Inc., [1991] R.J.Q. 2174 (C.A.), p. 2180 (j. Tourigny). L'injonction étant un recours issu du droit anglais, on s'explique peut-être plus aisément l'emprunt à une quelconque théorie de l'épuisement des recours propre à la common law (Harelkin c. Université de Regina, [1979] 2 R.C.S. 561). Toutefois, peut-être devrait-on plutôt convenir, comme la Cour d'appel l'a d'ailleurs fait dans une affaire antérieure, que "les règles habituelles applicables au recours extraordinaire que constitue l'injonction dev[r]aient être écartées" lorsque celle-ci trouve appui sur la Charte québécoise: Commission des droits de la personne du Québec c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée, [1987] R.L. (C.A.), p. 286 (j. Dubé). Incidemment, même dans les provinces de common law, la théorie de l'épuisement des recours "n'a pas emporté l'adhésion des tribunaux" dans les litiges où une personne lésée pouvait opter entre un recours "ordinaire" et un recours fondé sur la Charte canadienne: G. OTIS, "La responsabilité de l'administration en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Développements récents en droit administratif (1992), vol. 31, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1992, p. 69-70. Aussi croyons-nous qu'il faut reconnaître l'autonomie formelle et conceptuelle des recours offerts par la Charte québécoise de manière à permettre à la victime d'opter pour le recours de son choix: OTIS, supra, note 114
119. La Cour suprême en convient: Dubois c. R., [1985] 2 R.C.S. 350, p. 365: "Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la Charte en fonction des autres articles". (j. Lamer) Bien qu'il ait reconnu qu'une telle démarche ne convenait pas "aux fins de l'interprétation de l'article 23", le juge en chef Dickson admet qu'il est "souvent utile de tenir compte de l'interrelation de divers articles de la Charte" pour en déterminer le sens: Mahé c. Alberta, supra, note 64, p. 369
120. Pour une énumération d'articles encore plus englobante, voir: RHÉAUME, supra, note 35, p. 76. Par ailleurs, la liste des dispositions de la Charte dressée par le professeur OTIS, supra, note 88, p. 80, est moins extensive puisqu'elle n'inclut que l'article 2, le paragraphe premier de l'article 6 et les articles 8, 9 et 12. Avec égard, cette énumération nous apparaît plutôt limitative. A titre d'exemple, nous croyons qu'il est possible d'appliquer

l'article 10c) dans le cadre d'un litige privé sans pour cela faire violence à son texte. Après tout, "la procédure d'habeas corpus peut être mise en oeuvre quel que soit l'auteur -- personne privée ou autorité publique -- de la détention arbitraire.": J. RIVERO, "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées" dans René CASSIN Amicorum discipulorumque liber, tome III, Paris, Editions A. Pedone, 1971, p. 319. L'article 851 du Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25, en témoigne éloquemment. De même, le libellé large du premier paragraphe de l'article 24 ("toute personne...") milite en faveur de son application aux litiges de nature privée: JACQUIER, supra, note 88, p. 518; LLUELLES et TRUDEL, supra, note 71, p. 227 et 236

121. Bhindi c. British Columbia Projectionists, supra, note 84, p. 54-55 (C.A.C.B.); McKinnev c. University of Guelph, supra, note 109, p. 218-219 (C.A. Ont.)

122. S. GAUDET, "La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés: commentaires sur l'affaire Slight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038", (1990) 20 R.D.U.S. 447, p. 460

123. R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 645 (j. Le Dain); R. c. Thomsen, [1988] 1 R.C.S. 640, p. 650-651 (j. Le Dain); R. c. Simmons, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 531-532 (j. Dickson); Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, supra, note 57, p. 981 (j. Dickson); R. c. Hébert, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 187 (j. McLachlin) et 205 (j. Sopinka); R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 979 (j. Lamer). L'auteur GAUDET, id., cite les arrêts Therens et Thomsen pour démontrer la préférence de la Cour pour l'interprétation "formelle". Avec égard, nous ne sommes pas entièrement convaincus que ces arrêts suffisent pour étayer cette assertion. Après tout, la common law est le produit des jugements des tribunaux. Or les décisions et ordonnances judiciaires sont exclues de l'interprétation "formelle": GAUDET, id. En assimilant les règles de common law à des "règles de droit", la Cour adopte donc une interprétation plus large de l'expression.

124. B.C.G.E.U. c. P.G. de la Colombie Britannique, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 243-249 (j. Dickson); CONTRA: D. PINARD, "Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt Slaight Communications", (1991) 1 N.J.C.L. 79, p. 118-119

125. Slaight Communications Inc. c. Davidson, supra, note 108 p. 1050-1057 (j. Dickson), p. 1059-1064 (j. Beetz) et p. 1080-1083 (j. Lamer); Gagnon c. Southam Inc., [1989] R.J.Q. 1145 (C.A.), p. 1157 (j. Richard); CONTRA: PINARD, id., p. 119: "L'acceptation d'une ordonnance administrative comme règle de droit fait donc violence au sens traditionnel et ordinaire de cette dernière notion."

126. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, où la Cour suprême, en obiter, applique l'article premier de la Charte aux dispositions d'une convention collective.

127. L'expression est celle de l'auteur GAUDET, supra, note 122, p. 458. De l'avis de certains juristes, il n'est tout simplement pas possible de donner une portée aussi large à l'expression "règle de droit". Pour eux, cette dernière notion "a une signification consacrée et relativement précise", soit celle de "norme abstraite d'application générale": voir PINARD, supra, note 124, p. 101, 102, 105 et 119 de même que les auteurs auxquels elle nous réfère aux pages 101 et 102.

128. CONTRA: McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 339-340 (j. Wilson, diss.)

129. R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-137 (j. Dickson). Cette même prudence transparaît de ses propos dans les arrêts Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 169 et R. c. Edwards Books and Art Ltd., supra, note 108, p. 768

130. C'est précisément ce qui s'est produit dans l'arrêt Slaight Communications Inc. c. Davidson, supra, note 108. Dans cette affaire, la Cour a jugé contraire

à la liberté d'expression une ordonnance arbitrale qui contraignait un employeur à rédiger une lettre de recommandation à contenu spécifié, tout en lui imposant de ne pas tenir d'autres propos sur l'employé qui en était l'objet. Or en jurisprudence, il est bien établi qu'un tribunal administratif ne peut tenter de justifier le bien-fondé de sa décision portée en appel ou en révision. Il peut au mieux présenter des "explications sur le dossier dont il était saisi" ou des "observations sur la question de sa compétence": Northwestern Utilities Ltd c. Ville d'Edmonton, [1979] 1 R.C.S. 684, p. 709 (j. Estey). Voir dans le même sens: C.A.I.M.A.W. c. Paccar of Canada Ltd., [1989] 2 R.C.S. 983, p. 1014-1017 (j. La Forest); Bibeault c. McCaffrey, [1984] 1 R.C.S. 176, p. 190 (j. Lamer); Lignes aériennes Canadien Pacifique Liée c. A.C.P.L.A., [1988] 2 C.F. 493 (C.A.), p. 498-499 (j. Hugessen); F. AQUIN et D. CHÉNARD., "Les tribunaux administratifs devant les Cours supérieures: étude des principes juridiques applicables à leur qualité pour agir", (1986) 16 R.D.U.S. 781. Partant, la charge de prouver le caractère raisonnable de la décision arbitrale incombait à l'employé-intimé.

131. Charte canadienne des droits et libertés, supra, note 2, a. 26. Cette disposition de la Charte a été appelée en renfort pour nier l'application du texte constitutionnel aux contrats privés: Bhindi c. British Columbia Projectionists, supra, note 84, p. 54, et aux activités privées: A. DOMES, "The Courts, the Common Law, and the Constitutional Imperative: Beyond Dolphin Delivery", (1989) 27 Alberta L.R. 430, p. 433 et 447; MOULL, supra, note 84, p. 460

132. HUTCHINSON et PETTER, supra, note 22; PETTER et MONAHAN, supra, note 72; infra, partie I, chapitre II, section 2, B), b), p. 77-81

133. Pour l'exposé plus nuancé de cet argument, voir: OTIS, supra, note 88, p. 82-84

134. Pour mieux saisir l'essence de cet argument et la théorie d'application de la Charte à laquelle il se greffe, voir: ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 492-505

135. Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.B.), supra, note 30, p. 497 (j. Lamer). Voir dans le même sens: R. c. Holmes, [1988] 1 R.C.S. 914, p. 931-932 (j. Dickson)

136. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 597 (j. McIntyre)

137. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 245

138. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 601 (j. McIntyre)

139. Id., p. 603

140. R. c. Dymment, supra, note 57

141. Lavigne c. S.E.F.P.O., [1991] 2 R.C.S. 211 (ré-audition de pourvoi refusée, C.S.C. no 21378, 3 octobre 1991)

142. S.D.G.M.R., c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 601-603 (j. McIntyre), où la Cour cite l'affaire Blainey c. Ontario Hockey Association, supra, note 109, pour illustrer sa position. Incidemment, la Charte canadienne pourrait même s'appliquer aux contrats intervenus entre parties privées dans la mesure où le contenu de ceux-ci est dicté par la loi: Leroux c. Co-operators General Insurance Co., (1991) 83 D.L.R. (4th) 694, p. 702 (C.A. Ont.)

143. S.D.G.M.R. C. Dolphin Delivery Ltd., id., p. 602; Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 507 (j. La Forest)

144. Rocket c. College Royal des Chirurgiens Dentistes, [1990] 2 R.C.S. 232; Comité pour la république du Canada c. Canada, supra, note 79

145. Black c. Law Society of Alberta, supra, note 31
146. Rothman c. R., [1981] 1 R.C.S. 640, p. 683 (j. Lamer); Thomson Newspapers Ltd c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425, p. 576 (j. L'Heureux-Dubé); R. c. Hébert, supra, note 123, p. 198 (j. Sopinka); Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1152 (j. Lamer); R. c. Bridges, (1991) 78 D.L.R. (4th) 529 (C.A.C.B.), p. 545: "One must start with the simple proposition of both law and equity that that which is not unlawful is lawful." (j. Southin)
147. Amax Potash Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan, supra, note 94, p. 590 (j. Dickson); Voir dans le même sens: Renvoi: Loi anti-inflation, supra, note 35, p. 424-425 (j. Laskin); Curr c. R., [1972] R.C.S. 889, p. 903 (j. Laskin); A.G. Ontario c. A.G. Canada, [1912] A.C. 571, p. 583 (C.P.)
148. Voir à titre d'exemple: Alberta Government Telephones c. C.R.T.C., [1989] 2 R.C.S. 225, p. 298-301 (j. Dickson)
149. Supra, note 2, Partie VII, par. 52(1)
150. La Cour suprême se fait insistante sur ce but de la Charte: Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 155 (j. Dickson); R. c. Dymment, supra, note 57, p. 426 (j. La Forest); Andrews c. Law Society of British Columbia, supra, note 27, p. 153 (j. Wilson) et 175 (j. McIntyre); R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1326 (j. Wilson). Voir dans le même sens: R. c. Big M Drug Mart Ltd, supra, note 27, p. 344 (j. Dickson); Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.B.), supra, note 30, p. 499-500 (j. Lamer); R. c. Morgentaler, supra, note 27, p. 51 (j. Dickson) et États-Unis c. Cotroni, supra, note 27, p. 1480 (j. La Forest)
151. Dès le premier paragraphe de sa toute première décision concernant la Charte, la Cour s'exprimait clairement en ce sens: Law Society of Upper Canada c. Skapinker, supra, note 31, p. 359-360: "Au départ, il convient de

souligner le plus clairement possible qu'il ne s'agit pas pour cette Cour, dans le présent pourvoi, de déterminer s'il est dans l'intérêt de notre société d'exiger la citoyenneté canadienne comme condition préalable pour devenir membre du barreau. La seule question qui se pose est plutôt de savoir si l'al. 28c) de la Law Society Act, précitée, est incompatible avec l'al. 6(2)b) de la Charte canadienne des droits et libertés." (j. Estey)

152. Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.B.), supra, note 30, p. 496 (j. Lamer). Voir dans le même sens: Operation Dismantle c. R., supra, note 68, p. 471 (j. Wilson); R. c. Edwards Books and Art, supra, note 108, p. 782 (j. Dickson) et 806 (j. La Forest); Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), supra, note 27, p. 420 (j. McIntyre); Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec, supra, note 57, p. 989-990 et 993 (j. Dickson)

153. GOLD, supra, note 6, p. 18; Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530, p. 553: "[L]a tâche de cette Cour est juridique. Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiées au législateur."

154. [1990] 2 R.C.S. 254

155. Id., p. 275-276 (j. Dickson)

156. Id., p. 285

157. Il faut toutefois souligner l'insistance des juges majoritaires dans l'arrêt Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, au sujet de la preuve d'une "participation directe du gouvernement" pour que la Charte s'applique aux actes d'une institution publique. Cette décision fournit un indice sérieux de la propension de la Cour à ne pas sanctionner l'inaction gouvernementale. De prime abord, la décision de la Cour dans l'arrêt R. c. Hess, supra, note 32, n'offre guère plus d'espoir aux victimes de l'inaction du gouvernement. Analysant, sous l'angle du droit à l'égalité, une disposition du Code criminel qui interdisait à un homme d'avoir des rapports

sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans, la majorité refusait de sanctionner l'omission du législateur d'offrir une protection similaire aux jeunes garçons: "Je ne crois pas ... qu'il serait approprié que notre Cour tente de corriger des injustices qui découlent de l'absence de certaines infractions dans le Code en utilisant le par. 15(1) pour créer une infraction que le législateur a choisi de ne pas créer." (j. Wilson, p. 931-932). Néanmoins, à peine deux mois plus tard, madame la juge Wilson, cette fois dissidente, affirmait: "Selon moi, il n'est pas évident en soi que le gouvernement ne pourrait être reconnu coupable de violation de la Charte pour avoir omis d'agir." : McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 412. Enfin, dans l'arrêt Lavigne c. S.E.F.P.O., *supra*, note 141, rendu subséquemment, elle ajoute: "Tout le monde sait qu'une partie importante des travaux du Parlement et des assemblées législatives est consacrée à ce qui constitue essentiellement des lois de réglementation qui régissent les rapports entre parties privées. Ces lois fixent les limites des actions privées, mais ne touchent pas, en règle générale, à la façon dont les citoyens choisissent de se comporter à l'intérieur de ces limites. C'est ainsi que, dans bien des cas, la "législation facultative" n'implique pas que le gouvernement donne son approbation à ce qui est permis, mais suppose tout au plus qu'il donne son assentiment." (p. 247) Puis elle précise: "D'une façon générale, je croirais qu'il faudrait examiner attentivement toutes les circonstances de chaque cas pour déterminer si le gouvernement a encouragé ou appuyé de manière importante l'acte qui est en cause. Selon le contexte, l'adoption d'une disposition facultative peut en effet justifier la conclusion que le gouvernement a approuvé ou encouragé une activité particulière d'une façon suffisante pour pouvoir invoquer les garanties formulées dans la Charte." (p. 248) La question est donc toujours ouverte.

- 158. Hunter c. Southam Inc., *supra*, note 4, p. 156 (j. Dickson)
- 159. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., *supra*, note 29, p. 600 (j. McIntyre)
- 160. *Id.*, p. 599-602; McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27; Tremblay c. Daigle, *supra*, note 153, p. 571; Borowski c. P.G. du Canada, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 365 (j. Sopinka)
- 161. Lavigne c. S.E.F.P.O., *supra*, note 141, p. 313 (j. La Forest)

162. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 247-248; KANTER, supra, note 103, p. 34 et 38; HUTCHINSON, supra, note 36, p. 392-393; J. MANWARING, "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: a Comment on the Decision in the Case of Dolphin Delivery", (1987) 19 Ottawa L.R. 413, p. 443-445; PETTER et MONAHAN, supra, note 72, p. 124; B. SLATTERY, "The Charter's Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver?", (1987) 32 R.D. McGill 905, p. 920; WHYTE, supra, note 84, p. 170; Bhindi c. British Columbia Projectionists, supra, note 84, p. 75: "The language [of section 32] is broad ... and may extend to matters over which the Legislature has jurisdiction but has not exercised that jurisdiction." (j. Hutcheon, diss.) CONTRA: PINARD, supra, note 22, p. 639 (note 32): "Dans [l'] affaire [Dolphin Delivery] la Cour a décidé que la Charte ne s'appliquait qu'aux seules interventions gouvernementales positives. Il serait possible d'en conclure que la Cour a ainsi vraisemblablement exclu en matière de droits et libertés, la possibilité de contestations constitutionnelles justement fondées sur une absence d'intervention gouvernementale, en matière de sécurité sociale ou de protection de l'environnement, par exemple." Analysant l'affaire Dolphin Delivery, l'auteure LAJOIE, supra, note 11, en arrive vraisemblablement à cette même conclusion: "Dans cette optique, tout se passe comme si la non-intervention gouvernementale n'équivalait pas à une action étatique en faveur du *statu quo* et comme si le fait de laisser faire, c'est le cas de le dire, le marché, n'équivalait pas à une délégation implicite du pouvoir étatique de régulation." (p. 131-132)
163. Voir à titre d'exemples les affaires Blainey c. Ontario Hockey Association, supra, note 109, et McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27. Dans ces deux décisions, des dispositions du Code des droits de la personne de l'Ontario étaient contestées en vertu de la Charte. Dans l'affaire Blainey, l'article attaqué autorisait expressément la discrimination fondée sur le sexe dans les organisations sportives. Dans l'arrêt McKinney, la disposition sujette à contestation déniait explicitement la protection contre la discrimination fondée sur l'âge aux personnes de 65 ans et plus. Analysant cette dernière disposition adoptée par la Législature ontarienne, madame la juge L'Heureux-Dubé est d'avis que "si la province choisit d'accorder un droit, elle doit l'accorder en conformité avec la Charte." (p. 436) Les propos de madame la juge Wilson vont dans le même sens: "Je pense qu'il est évident que lorsque le gouvernement décide d'accorder une protection il doit le faire d'une manière non discriminatoire." (p. 413) Voir à ce propos: MANWARING, id., p. 444-445: "[O]nce a government decides to intervene

legislatively it has a duty to ensure that the policy adopted is consistent with the Charter. This duty covers all aspects of the policy and not simply those incorporated explicitly into the statute adopted."

164. Mahé c. Alberta, supra, note 64, p. 365 et 393 (j. Dickson)

165. Ibid.

166. Hoogbruin c. A.G. British Columbia, (1986) 24 D.L.R. (4th) 718 (C.A.C.B.); CONTRA: Badger c. A.G. Canada, (1989) 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.)

167. R. c. Schachter, [1990] 2 C.F. 129 (C.A.) (autorisation de pourvoi accordée: [1990] 2 R.C.S. x); CONTRA: A.G. Nova Scotia c. Phillips, (1987) 34 D.L.R. (4th) 633 (C.S.N.E., division d'appel); tacitement: Reference re Family Benefits Act, (1986) N.S.R. (2d) 338 (C.S.N.E., division d'appel). Voir à ce sujet: G. BUGEAUD, "Extension as a Charter Remedy", (1991) 55 Sask. L.R. 143; J. FRÉMONT, "Les tribunaux et la Charte: le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques", (1991) 36 R.D. McGill 1323; R. GOLD, "From Right to Remedy: Putting Equality to Work", (1989) 14 Queen's L.J. 213; N. DUCLOS et K. ROACH, "Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": a Comment on R. c. Schachter", (1991) 36 R.D. McGill 1

168. Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), supra, note 27, p. 420 (j. McIntyre). Cependant, dans l'arrêt Operation Dismantle c. R., supra, note 68, madame la juge Wilson affirme que "l'inaction de l'État" ne relève pas nécessairement de la portée de la Charte. A cet égard, elle précise que "le concept de "droit" utilisé dans la Charte doit également reconnaître la réalité politique de l'État moderne et en tenir compte." (p. 488)

169. R. c. Big M Drug Mart Ltd., supra, note 27, p. 336 (j. Dickson)

170. Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), *supra*, note 27, p. 361 (j. Dickson, diss.). Sur la distinction entre "droits" et "libertés", voir: Ford c. P.G. du Québec, *supra*, note 57, p. 750-752; McDonald c. Ville de Montréal, [1986] 1 R.C.S. 460, p. 516 s (j. Wilson, diss.); DE MONTIGNY, *supra*, note 13, p. 582; W. LEDERMAN, "Democratic Parliaments, Independent Courts, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1985) 11 Queen's L.J. 1, p. 5-7. A notre avis, la liberté doit signifier plus que la notion "négative" d'"absence de coercition ou de contrainte" gouvernementale préconisée par la Cour: DE MONTIGNY, *supra*, note 4, p. 135-136: "[S]'il est juste de prétendre que les ingérences gouvernementales sont très souvent incompatibles avec la liberté individuelle, il est tout aussi exact d'affirmer que la véritable autonomie présuppose à l'occasion une intervention active du législateur."; A.W. MACKAY, "Freedom of Expression: Is it all just talk?", (1989) 68 R. du B. Can. 713, p. 724-726; P. MONAHAN, Politics and the Constitution, Toronto, Carswell, 1987, p. 120-121; VANDYCKE, *supra*, note 104, p. 172-174; R. YALDEN, "Liberalism and Canadian Constitutional Law: Tensions in an Evolving Vision of Liberty", (1988) 47 U. of T. Fac. L. Rev. 132. D'ailleurs, madame la juge Wilson, dissidente dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, partage ce point de vue: "J'estime qu'on ne peut pas laisser entendre que la liberté correspond à l'absence d'intervention gouvernementale. L'expérience démontre le contraire, que la liberté a souvent requis l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée." (p. 356)
171. Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), *id.*, p. 361-362 (j. Dickson, diss.)
172. Cette norme de preuve est celle applicable aux fins de la Charte: R. c. Oakes, *supra*, note 129, p. 137 (j. Dickson); R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277 (j. Lamer)
173. En principe, les personnes lésées par une loi s'acquittent de leur fardeau de preuve en démontrant que cette mesure gouvernementale, de par ses effets, porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Charte: R. c. Big M Drug Mart Ltd., *supra*, note 27, p. 331 (j. Dickson); R. c. Edwards Books and Art Ltd., *supra*, note 108, p. 713 (j. Dickson); Andrews c. Law Society of British Columbia, *supra*, note 27, p. 168 (j. McIntyre). De fait, en de tels cas,

la loi tient lieu d'"action gouvernementale" au sens de l'arrêt Dolphin Delivery. En revanche, pour bénéficier de la protection de la Charte, les victimes de l'inaction du gouvernement devront d'abord démontrer que son inertie est délibérée. A défaut de faire la preuve d'une telle "action gouvernementale", la Charte pourrait bien rester sans effet.

174. L.N. BROWN et D. LEMIEUX, "La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale", (1979) 20 C. de D. 783, p. 784
175. Mackay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 361-362 (j. Cory). Voir dans le même sens: Danson c. P.G. Ontario, [1990] 2 R.C.S. 1086. En outre, le lien causal entre les actes ou les omissions du gouvernement et la violation alléguée des droits constitutionnels ne devra pas être "trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique": Operation Dismantle c. R., supra, note 68, p. 447 (j. Dickson). Voir dans le même sens: Rochefort c. R., (1990) R.L. 291 (C.A.), p. 294. Ainsi, une violation de la Charte devra être démontrée par "autre chose qu'une simple affirmation théorique": P.G. du Québec c. Chartrand, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.), p. 1736 (j. Vallerand)
176. Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 196 (j. Lamer)
177. Voir la jurisprudence citée, supra, note 150
178. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 598 (j. McIntyre)
179. Id., p. 600
180. DUSSAULT et BORGEAT, supra, note 34, tome 3, 1989, p. 103. Si l'on en juge par l'interprétation retenue par la Cour suprême dans l'arrêt Slaight Communications Inc. c. Davidson, supra, note 108, les décisions des tribunaux *administratifs* reçoivent un traitement différent puisqu'elles sont soumises à la Charte. Ce faisant, la Cour montre l'incohérence de la solution qu'elle préconise dans l'arrêt Dolphin Delivery. En effet, plusieurs décisions rendues par ces tribunaux peuvent faire l'objet d'appel devant les

Cours de justice. Dans le cas où un tribunal administratif contrevient à la Charte par la voie de l'une de ses ordonnances, la Charte lui serait vraisemblablement applicable alors qu'elle ne le serait pas à l'encontre de la décision du tribunal d'appel, laquelle est souvent finale en vertu de la loi. Les raisons logiques manquent pour justifier pareil résultat: J.-D. GAGNON, "L'arrêt Dolphin Delivery: la porte est-elle ouverte ou fermée?", (1987) 32 R.D. McGill 924, p. 937: "Dans ces cas, la logique juridique serait impuissante à expliquer comment la Charte pourrait être invoquée à l'encontre de la décision du tribunal administratif ... mais ne serait, par ailleurs, d'aucun secours au plaideur qui voudrait contester le jugement émanant d'une cour de justice intervenant comme tribunal d'appel, dans la même affaire. Même pour les fins de l'application de la Charte, l'on se convainc difficilement qu'un litige puisse changer de nature, suivant le statut ou le niveau hiérarchique du tribunal qui a rendu la décision ou le jugement que l'on voudrait contester." Cela étant, l'insistance de la Cour sur la distinction qu'il importe de faire entre les tribunaux judiciaires et administratifs à l'ère de la Charte étonne. N'a-t-elle pas déjà admis qu'"il n'y a pas une grande différence entre cette dernière catégorie de tribunaux et ceux qui exercent un pouvoir judiciaire": P.G. du Québec c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016, p. 1028

181. Beauregard c. Canada, supra, note 7, p. 77 (j. Dickson)

182. Fraser c. C.R.T.F.P., supra, note 47, p. 469-470 (j. Dickson). Voir à ce sujet: K. BENYEKHLEF, Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada, Cowansville, Yvon Blais Inc., coll. Minerve, 1988, p. 105-111

183. Renvoi: droits linguistiques au Manitoba, supra, note 25, p. 745 (j. Dickson)

184. Valente c. R., [1985] 2 R.C.S. 673

185. Beauregard c. Canada, supra, note 7, p. 75 (j. Dickson)

186. R. c. Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 154 s (j. Gonthier)

187. Hunter c. Southam Inc., *supra*, note 4, p. 155 (j. Dickson); Andrews c. Law Society of British Columbia, *supra*, note 27, p. 152 (j. Wilson); R. c. Turpin, *supra*, note 30, p. 1331-1332 (j. Wilson); R. c. Hess, *supra*, note 32, p. 928 (j. Wilson)
188. Fraser c. C.R.T.F.P., *supra*, note 47, p. 469-470 (j. Dickson). Voir dans le même sens: McDonald c. Ville de Montréal, *supra*, note 170, p. 510 (j. Wilson, diss.). En distinguant le pouvoir judiciaire des "autres organes du gouvernement" (Valente c. R., *supra*, note 184, p. 687; MacKeigan c. Hickman, *supra*, note 90, p. 826-831), la Cour convient tacitement que les tribunaux comptent parmi ces organes. Sinon, la mention de l'adjectif "autres" serait superflue. De la même façon, dans l'arrêt Edmonton Journal c. P.G. de l'Alberta, *supra*, note 106, le juge La Forest, dissident, réfère "aux exigences de l'État" (p. 1378) dans un contexte où il traite, de toute évidence, des exigences des tribunaux.
189. BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 34, chapitre 10; SLATTERY, *supra*, note 86, p. 153; B. STRAYER, The Canadian Constitution and the Courts, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 44; MacKeigan c. Hickman, *id.*, p. 827 (j. McLachlin)
190. D. BEATTY, "A Conservative's Court: The Politicization of Law", (1991) 41 U.T.L.J. 147, p. 151 et 163; BELOBABA, *supra*, note 72, p. 41; D. GIBSON, "The Real Laws of the Constitution", (1990) 28 Alberta L.R. 358, p. 375; MANWARING, *supra*, note 162, p. 438-439 et 443; RIVERO, *supra*, note 120, p. 320; P. RUSSELL, The Judiciary in Canada: the Third Branch of Government, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Ltd, 1987; SLATTERY, *supra*, note 162, p. 918; VANDYCKE, *supra*, note 104, p. 168. Les tribunaux judiciaires sont aussi assimilés à une branche du gouvernement par le Comité judiciaire du Conseil privé: Maharaj c. A.G. of Trinidad and Tobago (no 2), [1979] A.C. 385 (C.P.), p. 397: "The order of Maharaj J. committing the appellant to prison was made by him in the exercise of the judicial powers of the state (...) it clearly amounted to a contravention by the state of the appellant's rights ... not to be deprived of his liberty except by due process of law." (Lord Diplock)

191. Beauregard c. Canada, supra, note 7, p. 71 (j. Dickson); MacKeigan c. Hickman, supra, note 90, p. 826 (j. McLachlin). L'opinion dissidente de madame la juge Wilson dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, étaye cette assertion. En refusant d'assimiler un tribunal judiciaire au "gouvernement", elle précise "qu'il ne pourrait autrement remplir la fonction que lui a conférée la Charte. Il ne peut être à la fois juge et partie. Par exemple, comment pourrait-il aborder de façon impartiale la question de savoir si le gouvernement a violé des droits de la personne ou si, le cas échéant, sa conduite était justifiée en vertu de l'article premier" ? (p. 331)

192. Beauregard c. Canada, id., p. 71-72

193. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 600 (j. McIntyre)

194. Beauregard c. Canada, supra, note 7, p. 73 (j. Dickson)

195. Voir à ce sujet: Chandler c. Alberta Association of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848

196. MacKeigan c. Hickman, supra, note 90, p. 827-828, (j. McLachlin). Dans l'arrêt Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, le juge La Forest mentionne que la séparation des pouvoirs "n'est pas défini[e] de façon rigide dans notre système de gouvernement." (p. 601)

197. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 246; DOMES, supra, note 131, p. 442; B. ETHERINGTON, "R.W.D.S.U. c. Dolphin Delivery Ltd - notes of case", (1987) 66 R. du B. Can. 818, p. 835; M. JACKMAN, "The Protection of Welfare Rights Under the Charter", (1988) 20 Ottawa L.R. 257, p. 336; KANTER, supra, note 103, p. 43-44; R. MARTIN, "Ideology and Judging in the Supreme Court of Canada", (1988) 26 O.H.L.J. 797, p. 814 s; SLATTERY, supra, note 162, p. 918-919

198. JACKMAN, id., p. 336-337; A. LAJOIE, "De l'interventionnisme judiciaire

comme apport à l'émergence des droits sociaux", (1991) 36 R.D. McGill 1338; MANWARING, supra, note 162, p. 415; B.M. McLACHLIN, "The Role of the Court in the Post-Charter Era: Policy-Maker of Adjudicator?", (1990) 39 U.N.B.L.J. 43, p. 57-58; VANDYCKE, supra, note 104

199. L'article 11 d) ne consacre le principe de l'indépendance judiciaire que dans le cadre des "affaires criminelles et pénales" comme en fait foi la note marginale qui l'accompagne: Charte canadienne des droits et libertés, supra, note 2, a. 11; R. c. Wigglesworth, supra, note 31, p. 556-558 (J. Wilson); BENYEKHLEF, supra, note 182, p. 1: "La formulation de l'article 11 d) n'apporte qu'une protection parcellaire au principe de l'indépendance judiciaire. (...) [L]e principe de l'indépendance judiciaire fait l'objet de nombreuses professions de foi, mais le constituant, par l'article 11 d) entre autres, n'a pas accordé à ce concept, primordial en démocratie, toute l'attention qu'il mérite. Il est alors permis d'avancer que le principe de l'indépendance judiciaire manque d'assises constitutionnelles propres à assurer son application effective et non plus simplement théorique."
200. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 246; HOGG, supra, note 72, p. 19
201. GIBSON, supra, note 76, p. 84
202. BELOBABA, supra, note 72, p. 41; HOGG, supra, note 72, p. 19-20; G. OTIS, "Judicial Immunity from Charter Review: Myth or Reality?", (1989) 30 C. de D. 673, p. 681 s; PETTER et MONAHAN, supra, note 72, p. 130
203. Dubois c. R., supra, note 119, Mills c. R., supra, note 32; R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588; R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833; Dersch c. P.G. du Canada, [1990] 2 R.C.S. 1505
204. A. ACORN, "Gender Discrimination in The Common law of Domicile and the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1991) 29 O.H.L.J. 418, p. 449; HOGG, supra, note 72, p. 20; MANWARING, supra, note 162, p. 446; SLATTERY, supra, note 86, p. 153; CONTRA: OTIS, supra, note 202, p. 689

205. Mills c. R., supra, note 119, p. 940-941 (j. Lamer)
206. GAGNON, supra, note 180, p. 931
207. GIBSON, supra, note 76, p. 83; MANWARING, supra, note 162, p. 439 (note 81); A ce propos, il sera intéressant de voir si la Cour consentira à réviser sous l'angle de la Charte, les ordonnances judiciaires qui ont pour effet de restreindre les activités religieuses d'un parent divorcé dans l'exercice des droits de visite et de garde de ses enfants: Droit de la famille - 1150, [1991] R.J.Q. 306 (C.A.) (autorisation de pourvoi accordée: [1991] 1 R.C.S. xii); Young c. Young, (1991) 75 D.L.R. (4th) 46 (C.A.C.B.) (autorisation de pourvoi accordée: [1991] 1 R.C.S. xv). En 1986, on s'en souviendra, la Cour avait refusé de statuer sur la validité d'une ordonnance judiciaire interdisant à des inculpés de religion sikh, le port du kirpan à l'intérieur de la salle d'audience: R. c. Hothi, [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.); (1985) 35 Man. R. (2d) 159 (C.A. Man.) (autorisation de pourvoi refusée: Singh c. R., [1986] 1 R.C.S. xiv)
208. D. BEATTY, "Constitutional Conceits: The Coercive Authority of the Courts", (1987) 37 U.T.L.J. 183, p. 184 et 190; ETHERINGTON, supra, note 197, p. 835; GIBSON, supra, note 190, p. 373 et 375; HUTCHINSON et PETTER, supra, note 22, p. 288; MANWARING, id., p. 438. Dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, madame la juge Wilson tente de répondre à ces critiques en insistant sur l'importance de distinguer la "fonction décisionnelle" des tribunaux judiciaires par opposition à leurs fonctions institutionnelles. Alors que les tribunaux "en tant qu'institution" pourraient "évidemment" être "trouvé[s] coupable[s] d'une violation de la Charte", "le résultat de leur processus décisionnel, l'ordonnance judiciaire, ne peut être considérée comme une action gouvernementale aux fins du par. 32(1)." (p. 331) Pourtant, nous aurions cru que les actes des juges auxquels la Cour a appliqué la Charte dans les arrêts Dubois c. R., supra, note 119, R. c. Rahey, supra, note 203, et Dersch c. P.G. du Canada, supra, note 203, résultaient essentiellement de l'exercice de leur fonction décisionnelle. La distinction tracée par madame la juge Wilson nous semble apporter bien peu d'éclairage dans ce contexte.

209. Rover c. Migneault, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), p. 672 (j. McCarthy) et 677 (j. Rothman). Selon le juge Rothman, la violation de la Charte par un juge peut être corrigée en appel. Qu'advient-il dans l'éventualité où le législateur n'autorise pas l'exercice du droit d'appel ? Force est de conclure que la Charte ne serait d'aucun secours en ces cas: James Doyle (Sr.) & Sons Ltd. c. Anderson, (1990) 71 D.L.R. (4th) 731 (C.A.T.N.)(autorisation de pourvoi refusée: [1990] 2 R.C.S. vii). Par ailleurs, dans l'affaire Gagnon c. Southam Inc., supra, note 125, la Cour d'appel du Québec fait une fois de plus part de ses réserves en refusant de conclure "que les Cours de justice, à l'instar des législatures et des divers paliers de gouvernement du pays, sont sujettes à l'application de la Charte..." (p. 1158). Voir dans le même sens: R. c. Bridges, supra, note 146, p. 544 (j. Southin)
210. Voir la jurisprudence citée, supra, note 203; infra, première partie, Chapitre II, section 2, B), a), p. 62s
211. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 592 (j. McIntyre)
212. Opération Dismantle c. R., supra, note 68, p. 459 (j. Dickson); Spencer c. R., [1985] 2 R.C.S. 278, p. 281 (j. La Forest)
213. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 599 (j. McIntyre)
214. Voir à ce sujet: BRUN et TREMBLAY, supra, note 34, p. 647 s
215. Opération Dismantle c. R., supra, note 68, p. 463-464 (j. Wilson)
216. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 599 (j. McIntyre)
217. R. c. Swain, supra, note 123, p. 968 (j. Lamer)
218. P. GLENN, "Pour une Cour d'appel", (1990) 31 C. de D. 537, p. 538. Selon

cet auteur, le droit codifié dont les origines historiques précèdent une codification purement déclaratoire du droit "n'appartient pas au domaine de l'action gouvernementale". Ainsi, pour constituer une action gouvernementale assujettie à la Charte canadienne, la codification devrait avoir altéré le contenu intellectuel du droit antérieur: lire en concordance la page 538 de l'article précité et un autre texte, du même auteur, intitulé "L'article 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés: la réparation convenable et juste", dans Application des chartes des droits et libertés en matière civile, supra, note 115, p. 86. Avec égard pour cette opinion, nous croyons qu'une codification purement déclaratoire du droit existant constitue néanmoins une action gouvernementale. Le maintien du *statu quo* légal, qu'il se fasse par omission ou par codification déclaratoire du législateur, peut être une "action" au sens de l'article 32: voir la doctrine citée, supra, note 162; LAJOIE, supra, note 11, p. 132: "Le caractère codifié, écrit, de notre droit, même privé, a pour effet de rendre manifeste l'intervention étatique dans les relations individuelles..."

219. Supra, note 190
220. Renvoi: résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 775
221. R. c. Swain, supra, note 123, p. 978 (j. Lamer). Voir dans le même sens: R. c. Salituro, J.E. 92-16 (C.S.C. no 22049, 28 novembre 1991)
222. R. c. Kopvto, (1988) 47 D.L.R. (4th) 213 (C.A. Ont.), p. 241 (j. Cory); B. SLATTERY, "A Theory of the Charter", (1987) 25 O.H.L.J. 701, p. 746-747
223. ACORN, supra, note 204, p. 455. Il semble cependant que les règles de pratique élaborées par les juges et auxquelles la Législature confère "force de loi" seraient assujetties à la Charte: Baker c. Tanner, (1991) 77 D.L.R. (4th) 379 (C.S.N.E., division d'appel), p. 383 (j. Freeman). Nous croyons que le même sort devrait être réservé aux règles de pratique édictées par les juges du Québec en vertu de la Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q. c. T-16, a. 146 et 147, et du Code de procédure civile, supra, note 120, a. 47, 48 et 48.1. A notre avis, ces lois qui confèrent aux Cours de justice québécoises le pouvoir discrétionnaire d'élaborer des règles de pratique

devraient être interprétées "comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la Charte": Slaight Communications Inc. c. Davidson, *supra*, note 108, p. 1078 (j. Lamer). Bien que ces propos du juge Lamer visait une discrétion conférée à un tribunal d'arbitrage qui faisait "partie des rouages administratifs gouvernementaux" (McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 265 (j. La Forest), ils devraient s'appliquer aux pouvoirs discrétionnaires des tribunaux judiciaires: Dersch c. P.G. du Canada, *supra*, note 203, p. 1516-1517 (j. Sopinka)

224. Voir à ce propos: HOGG, *supra*, note 34, chapitre 2
225. *Supra*, note 50
226. L.R.C. 1985, c. C-46
227. Dans l'affaire R. c. Kopyto, *supra*, note 222, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'infraction de common law qui consiste à tenir des propos qui outragent le pouvoir judiciaire enfreignait la liberté d'expression. Cette décision constitue un bon exemple d'application de la Charte à une règle de common law invoquée dans un litige public: voir nos développements, *infra*, note 283
228. ELLIOT et GRANT, *supra*, note 13, p. 478; GIBSON, *supra*, note 76, p. 79; LEDERMAN, *supra*, note 170, p. 8; SLATTERY, *supra*, note 162, p. 910 s
229. BAIGENT et HOSKINS, *supra*, note 84, p. 126; Y.-M. MORISSETTE, "Certains problèmes d'applicabilité des Chartes des droits et libertés en droit québécois" dans Application des Chartes des droits et libertés en matière civile, *supra*, note 115, p. 19
230. R. HOWSE, "Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law", (1988) 46 U. of T. Fac. L. Rev. 248, p. 251-252; MANWARING, *supra*, note 162, p. 445-446; J.K. SAMSON, "Le droit à l'égalité et la Charte québécoise des droits et libertés

de la personne" dans G.-A. BEAUDOIN, Vues canadiennes et européennes des droits et libertés, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1989, p. 137: "Il faut cependant souligner une difficulté importante pour le droit civil québécois, une sorte d'inégalité de traitement, engendrée par le jugement Dolphin Delivery (...) La difficulté provient du fait que le droit civil québécois, qui constitue notre droit commun (la "common law") au Québec, est codifié. En conséquence, même s'il s'agit du droit privé québécois, il deviendrait, en tant que droit exprimé dans un texte législatif, assujéti à la Charte canadienne alors que le droit privé des autres provinces y échapperait."

231. Pourtant, bien des auteurs ont fait ce constat: BAIGENT et HOSKINS, supra, note 84, p. 117; J.-L. BAUDOUIN, "Qu'en est-il du droit civil ?" dans Vos clients et la Charte -liberté et égalité, supra, note 72, p. 28 s; P. BÉLIVEAU, Les garanties juridiques dans les Chartes des droits, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991, p. 22; DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 248; DOMES, supra, note 131, p. 442; DUSSAULT et BORGEAT, supra, note 34, tome 3, 1989, p. 102, ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 478; GAGNON, supra note 180, p. 932; GIBSON, supra, note 76, p. 79; HOWSE, id. p. 251-252; MANWARING, id., p. 437 (note 77); MORISSETTE, supra, note 229, p. 18-19; OTIS, supra, note 162, p. 87; SLATTERY, supra, note 86, p. 910; R. TASSÉ, "Application de la Charte canadienne des droits et libertés" dans G.-A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY, Charte Canadienne des droits et libertés, 2e édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1989, p. 107 s. D'ailleurs, avant même que la Cour ne rende sa décision, certains juristes avaient noté l'irrationalité d'un tel résultat: G. LA FOREST, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: an Overview", (1983) 61 R. du B. Can. 19, p. 28; SLATTERY, supra, note 86, p. 157; Bhindi c. British Columbia Protectionists, supra, note 84, p. 59 (j. Anderson, diss.). Dans l'opinion dissidente qu'elle a exprimée dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, madame la juge Wilson est restée indifférente à cette situation qu'elle qualifie d'"inévitale". Pourtant l'assujétissement pur et simple de toutes les règles de common law au texte constitutionnel aurait permis une application plus égalitaire de la Charte. Avec égard, nous doutons sincèrement du caractère "inévitale" du résultat auquel mène la solution retenue par la Cour. Pour le justifier, madame la juge Wilson laisse entendre que "le Parlement (sic) a oublié ce problème lorsqu'il a adopté le par. 32(1)". (p. 327) A notre avis, c'est bien plus l'interprétation que la Cour donne à ce paragraphe que son libellé même qui cause problème. En fait, force est de reconnaître que le raisonnement qui sous-tend l'arrêt Dolphin Delivery a son assise dans la common law et non dans notre droit

civil: LAJOIE, supra, note 11, p. 131-134

232. Laurentide Motels Ltd c. Ville de Beauport, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 715 (j. Beetz)
233. Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc., [1977] 2 R.C.S. 67, p. 76 (j. Beetz)
234. [1988] R.J.Q. 2643 (C.A.)
235. Id., p. 2645 (j. Beauregard); La Cour supérieure du Québec a néanmoins reconnu que l'article 1053 C.C.B.-C. devrait être interprété d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales protégées par la Charte: Fortin c. Syndicat national des employés de l'Hôtel-Dieu de Montréal (C.S.N.), [1988] R.J.Q. 526 (C.S.), p. 534: "Les récentes chartes des droits ont toutefois mis en évidence la liberté d'expression d'une façon qu'on ne saurait ignorer en appliquant l'article 1053. (...) Depuis 1982, la Charte canadienne des droits et libertés (R.U.), à son article 2 b), enchâsse la "liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communications". Il faut reconnaître à l'exercice de ces libertés la plus grande latitude compatible avec la vie en société et interpréter l'article 1053 en conséquence." (j. Deschênes)
236. L.R.Q. c. N-1.1
237. L.R.Q. c. P-40.1; Voir à titre d'exemple: Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, supra, note 57
238. McLACHLIN, supra, note 198, p. 47: "Courts ... could introduce changes in the common law, but only at the pleasure of the legislatures, which retained the right to annul judicial doctrine."

239. Voir par exemple l'arrêt Edmonton Journal Inc. c. P.G. de l'Alberta, supra, note 106, où une loi albertaine qui restreignait le droit, reconnu en common law, d'examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires, a été jugée contraire à la liberté d'expression.
240. Les affaires McBeth c. Governors of Dalhousie College & University, (1986) 26 D.L.R. (4th) 321 (C.S.N.E., division d'appel), R. c. Kopyto, supra, note 222, R. c. Swain, supra, note 123 et R. c. Salituro, supra, note 221, constituent de bons exemples.
241. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 603 (j. McIntyre). Elle a elle-même donné l'exemple dans les arrêts R. c. Swain, id. et R. c. Salituro, id.
242. HOGG, supra, note 72, p. 22-26; SLATTERY, supra, note 162, p. 920-921
243. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 249; OTIS, supra, note 88, p. 88
244. Supra, note 2, Partie VII
245. Voir la jurisprudence citée, supra, note 123
246. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 386 (j. Wilson, diss.). Voir dans le même sens Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 613 (j. Wilson); McCutcheon c. City of Toronto, (1983) 147 D.L.R. (3d) 193 (Ont. H.C.), p. 203: "There is no reason to give the words "any law" in s. 52(1) of the Constitution Act, 1982 a narrower interpretation than that given to "law" in s. 1." (j. Linden)
247. BEATTY, supra, note 208, p. 187-189; ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 478; GIBSON, supra, note 86, p. 218; SLATTERY, supra, note 86, p. 153

248. OTIS, supra, note 88, p. 86
249. Supra, note 29
250. BELOBABA, supra, note 72, p. 34; ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 481; PETTER et MONAHAN, supra, note 72, p. 126
251. Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 161 (j. Dickson); Renvoi relatif à la Motor Vehicule Act (C.-B.), supra, note 30, p. 498 (j. Lamer); R. c. Edwards Books and Art Ltd., supra, note 108, p. 754 (j. Dickson); Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), supra, note 27, p. 344-345 (j. Dickson, diss.); R. c. Rahey, supra, note 203, p. 639 (j. La Forest); R. c. Simmons, supra, note 123, p. 516 (j. Dickson); R. c. Morgentaler, supra, note 27, p. 53 (j. Dickson); Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.), supra, note 146, p. 1166 et 1171 (j. Lamer); McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 343-344 (j. Wilson, diss.); R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 740 (j. Dickson); E.R. ALEXANDER, "The Supreme Court of Canada and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1990) 40 U.T.L.J. 1, p. 22-27
252. LLUELLES et TRUDEL, supra, note 71, p. 231 et 238
253. Bill of Rights, amendment IX, 1791: "The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people." Cette disposition est très similaire à l'article 26 de la Charte canadienne, lequel sert parfois d'argument pour exclure les rapports privés de l'application de la Charte: supra, note 131
254. Bill of Rights, amendment XIV, 1868: "No State shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law."
255. The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883), p. 17 (j. Bradley); W.B. LOCKHART, Y. KAMISAR et J.H. CHOPER, The American Constitution, 5e édition, St-Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1981, p. 1044; J.E.

NOWAK, R.D. ROTUNDA et J. NELSON YOUNG, Constitutional Law, 2e édition, St-Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1983, p. 497; L.H. TRIBE, American Constitutional Law, New-York, The Foundation Press, 1978, p. 1147 (note 1); E. CIPPARONE, "Discursive and Non-Discursive Symbolism: The Impact of the Charter as a Symbol of Rights Protection", (1991) 49 U. of T. Fac. L. Rev. 152, p. 157: "... the American Bill of Rights was concerned primarily with drawing lines between the public and private realms in order to ensure limited government."

256. Voir, supra, les développements qui correspondent aux notes 87 à 95, p.22-23
257. Les auteurs NOWAK, ROTUNDA et NELSON YOUNG, supra, note 255, et TRIBE, supra, note 255, en ont fait un examen intéressant. On pourra également consulter, parmi bien d'autres, M.J. PHILLIPS, "The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine", (1984) St-Louis U.L.J. 683
258. 334 U.S. 1 (1948). La doctrine canadienne s'est penchée de façon particulière sur cette décision. Voir notamment: BELOBABA, supra, note 72, p. 43-45; DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 588, 591-593; DOMES, supra, note 131, p. 445; ETHERINGTON, supra, note 197, p. 834-835; HOGG, supra, note 72, p. 20-21; LLUELLES et TRUDEL, supra note 71, p. 240; OTIS, supra, note 88, p. 88; SWINTON, supra, note 84, p. 69
259. Cette période s'échelonne sur un peu moins de trente ans et prend fin au début des années soixante-dix: PHILLIPS, supra, note 257, p. 689, p. 689-700; R.S. SCHNEIDER, "State Action -- Making Sense Out of Chaos -- an Historical Approach", (1985) 37 U. of Florida L.R. 737, p. 739 et 746-771
260. Voir la jurisprudence analysée par les auteurs PHILLIPS et SCHNEIDER, id.
261. PHILLIPS, id., p. 700-717; SCHNEIDER, id., p. 772-784

262. C.L. BLACK, "Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 14", (1969) 81 Harvard L.R. 69, p. 95
263. De fait, encore aujourd'hui, c'est à cette expression que la doctrine américaine renvoie pour décrire l'incohérence à laquelle mène cette théorie: CHEMERINSKY, supra, note 102, p. 504; K. COLE, "Federal and State "State Action": The Undercritical Embrace of a Hypercriticized Doctrine", (1990) 24 Georgia L.R. 327, p. 354; L.A. GRAGLIA, "State Action: Constitutional Phoenix", (1989) 67 Wash. U.L.Q. 777; PHILLIPS, supra, note 257, p. 683
264. CHEMERINSKY, id., p. 511-513
265. PHILLIPS, supra, note 257, p. 726-731; CHEMERINSKY, id., p. 514-519
266. Shelley c. Kraemer, supra, note 258; New York Times c. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
267. Supra, note 29
268. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 247
269. DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 577-578 (note 50)
270. Voir nos développements, supra, première partie, chapitre II, section 1, A), p. 20-31
271. BAIGENT et HOSKINS, supra, note 84, p. 125; BEATTY, supra, note 208, p. 192; DE MONTIGNY, supra, note 13, p. 596-597. Bien que les Cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario soient d'avis qu'il n'y a pas lieu d'emprunter à la théorie américaine du state action dans le contexte canadien (Bhindi c. British Columbia Projectionists, supra, note 84,

p. 55 (j. Nemetz), 70-71 (j. Anderson, diss.), 74 (j. Hutcheon, diss.); McKinney c. University of Guelph, supra, note 109, p. 213), elles ne consentent pas pour autant à appliquer la Charte aux rapports privés. Or, la théorie du state action tire précisément son origine de la distinction public/privé: CHEMERINSKY, supra, note 102, p. 504. Partant, leurs décisions ont paradoxalement pour effet de favoriser la résurgence de cette théorie à laquelle elles désirent se soustraire.

272. Voir nos développements, supra, première partie, chapitre II, section 1, B), p. 41 s
273. CRANN, supra, note 76, p. 169-170; PHILLIPS, supra, note 257, p. 688 (note 18) et 694 (note 51). En Angleterre, le Comité judiciaire du Conseil privé reconnaît également le caractère gouvernemental des ordonnances judiciaires: Maharaj c. A.G. of Trinidad and Tobago (no 2), supra, note 190
274. WHYTE, supra, note 84, p. 161. De la même façon, les activités de certaines institutions privées peuvent revêtir un caractère nettement public: PETTER et MONAHAN, supra, note 72, p. 124-125; HUTCHINSON et PETTER, supra, note 22, p. 288
275. CRANN, supra, note 76, p. 170; GIBSON, supra, note 72, p. 86; LAJOIE, supra, note 11, p. 136-137; PETTER et MONAHAN, id., p. 124; SLATTERY, supra, note 162, p. 922. La Cour suprême des États-Unis l'admet sans détour: Burton c. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961), p. 722 (j. Clark); Reitman c. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967), p. 378 (j. White)
276. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 250
277. MORISSETTE, supra, note 229, p. 12
278. DUSSAULT et BORGEAT, supra, note 34, p. 85

279. KANTER, supra, note 103, p. 37 et 54. La jurisprudence américaine est concluante à ce chapitre: DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 251
280. Supra, note 124
281. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, supra, note 29, p. 600 (j. McIntyre)
282. B.C.G.E.U. c. P.G. de la Colombie-Britannique, supra, note 124, p. 243-244 (j. Dickson)
283. OTIS, supra, note 202, p. 680. Bien sûr, on pourra arguer qu'il s'agit d'un cas d'"application de la Charte en une matière de common law de droit public": BRUN et TREMBLAY, supra, note 34, p. 807. Cependant, la Charte "ne s'applique à la common law que dans la mesure où la common law constitue le fondement d'une action gouvernementale": S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, supra, note 29, p. 599 (j. McIntyre). Comme on ne peut "assimiler, aux fins de l'application de la Charte, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale" (j. McIntyre, p. 600), le problème reste entier. La situation était bien différente dans l'affaire R. c. Kopyto, supra, note 222 puisque c'est la Couronne elle-même, et non un juge, qui avait entrepris les procédures d'outrage au tribunal. De même, dans l'arrêt R. c. Swain, supra, note 123, ce n'est pas un juge mais plutôt la Couronne qui invoquait la règle de common law selon laquelle le ministère public pouvait présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'inculpé. L'intervention gouvernementale dans ces deux affaires ne faisait donc pas de doute.
284. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt Andrews c. Law Society of British Columbia, supra, note 27, p. 157: "Dans mon esprit, même si les avocats exécutent une fonction *gouvernementale*, je ne crois pas que l'obligation qu'ils soient citoyens garantisse de quelque manière que ce soit qu'ils vont s'acquitter de leurs fonctions *publiques* honorablement et consciencieusement". (j. Wilson) Le juge McIntyre, dissident en partie, semble assimiler également ces termes au même concept: "L'avocat exerce aussi ce que l'on peut appeler des fonctions de nature *publique*. "Tous les *gouvernements* ... comptent beaucoup sur les avocats ... (...) Ils sont appelés

... à donner des avis sur des questions juridiques et constitutionnelles qui, fréquemment, touchent directement à la fonction de *gouvernement*." (p. 188-189) De fait, les tribunaux associent généralement les termes "public" et "gouvernemental" au même concept: Gagnon c. Southam Inc., *supra*, note 125, p. 1147 (j. Mailhot); CONTRA: McKinney c. University of Guelph, *supra*, note 109, p. 206 (C.A. Ont.)

285. Dans l'arrêt Edmonton Journal c. P.G. de l'Alberta, *supra*, note 106, le juge Cory assimile sans peine les tribunaux à des "institutions publiques" (p. 1336 et 1339). Voir dans le même sens: R. c. Kopyto, *supra*, note 222, p. 224 et 226 (j. Cory), 256 (j. Houlden)
286. Voir la doctrine citée, *supra*, note 190; ELLIOT et GRANT, *supra*, note 13, p. 483; CONTRA: OTIS, *supra*, note 202, p. 680-681
287. [1990] R.J.Q. 703 (C.A.) (autorisation de pourvoi accordée: [1990] 2 R.C.S. xi)
288. Id., p. 710 (j. Brossard)
289. Voir l'extrait cité, *supra*, note 282
290. Supra, note 287, p. 710 (j. Brossard). Fait à noter, la Cour d'appel ignore complètement la décision B.C.G.E.U. dans ses motifs de jugement.
291. Id., p. 709. Voir dans le même sens: Cotroni c. C.P.Q., [1978] 1 R.C.S. 1048, p. 1057 (j. Pigeon); Société Radio-Canada c. C.P.Q., [1979] 2 R.C.S. 618, p. 644-645 (j. Beetz)
292. Bhatnager c. Canada (M.E.I.), [1990] 2 R.C.S. 217, p. 224 (j. Sopinka); Restaurant Faubourg St-Denis Inc. c. Durand, [1990] R.J.Q. 1218 (C.A.), p. 1220 (j. Gendreau)

293. Bhatnager c. Canada (M.E.I.), ibid.
294. Voir la jurisprudence citée, supra, note 203; OTIS, supra, note 202, p. 682-684
295. Supra, note 31
296. Id., p. 553 (j. Wilson)
297. Id., p. 558
298. Id., p. 560-561
299. Tremblay c. Daigle, supra, note 153, p. 571
300. Bien que l'arrêt R. c. Wigglesworth, supra, note 31, concerne l'alinéa 11 h) de la Charte, le critère des conséquences pénales devrait en principe être valable pour tous les alinéas de l'article 11: Y. DE MONTIGNY, "Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, ou l'histoire d'une valse hésitation", (1990) 50 R. du B. 689, p. 698-699. Voir à titre d'exemple: Pearlman c. Law Society of Manitoba Judicial Committee, (1990) 62 D.L.R. (4th) 681 (C.A. Man.), p. 690 (j. Philp) confirmée: Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba, J.E. 91-1507 (C.S.C. no 21671, 26 septembre 1991)
301. Belhumeur c. Savard, [1988] R.J.Q. 1526 (C.A.)
302. OTIS, supra, note 202, p. 684
303. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 598 (j. McIntyre)

304. P. BENDER, "The Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison", (1983) 28 R.D. McGill 811; W.S. TARNOPOLSKY, "The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted with the American Bill of Rights", (1983) 5 H.R.Q. 227
305. Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.B.), supra, note 30, p. 498 (j. Lamer). Voir dans le même sens: Renvoi relatif à l'art 193 et à l'art. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.), supra, note 146, p. 1166 (j. Lamer); R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1253 (j. Wilson)
306. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 344 (j. Wilson, diss.); R. c. Keegstra, supra, note 251, p. 740: "Le Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas pris naissance dans des contextes identiques." (j. Dickson)
307. R. c. Edwards Books and Art Ltd., supra, note 108, p. 754 (j. Dickson); R. c. Comité pour la République du Canada, supra, note 144, p. 152 (j. Lamer), p. 177-179 (j. L'Heureux-Dubé)
308. Operation Dismantle c. R., supra, note 68, p. 491 (j. Wilson); Vérificateur général du Canada c. Ministre de l'Energie, des Mines et des Ressources, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 91 (j. Dickson)
309. P. BREST, "State Action and Liberal Theory", (1982) 130 U. Penn. L.R. 1296, p. 1330; CHEMERINSKY, supra, note 102, p. 535-536. PHILLIPS, supra, note 257, p. 723-724. Voir également: KANTER, supra, note 103, p. 35
310. DE MONTIGNY, supra, note 70, p. 251
311. DE MONTIGNY, ibid.,

312. BREST, supra, note 309, p. 1330
313. Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, Fascicule no 45, 26 janvier 1981, p. 9-11; Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, supra, note 57, p. 1003 (j. Dickson); Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1) c) du code criminel (Man.), supra, note 146, p. 1166 et 1171 (j. Lamer); P.W. AUGUSTINE, "Property Under The Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1986) 18 Ottawa L.R. 55, p. 67-68; HOGG, supra, note 35, p. 50 (note 27) et 172; J. GOULET, "La propriété: La perception au figuré d'un droit pourtant bien réel", (1990) 21 R.G.D. 739, p. 747. Voir cependant: J. MATTHEWS-GLENN et R. DOUMANI, "Property, Planning and the Charter", (1989) 34 R.D. McGill 1036, p. 1043-1047, qui prétendent que certaines dispositions de la Charte peuvent offrir une quelconque protection du droit de propriété. L'article 8 qui offre une "protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives" pourrait bien compter parmi ces dispositions: Hunter c. Southam Inc., supra, note 4, p. 159 (j. Dickson); R. c. Dymont, supra, note 57, p. 426-427 (j. La Forest); Y. DE MONTIGNY, "La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan", (1989) 49 R. du B. 53, p. 71 (note 50)
314. PETTER, supra, note 105, p. 153 et 158. La réticence d'une majorité de juges de la Cour à reconnaître que l'exercice de la liberté d'expression sur la propriété du gouvernement relève forcément de l'article 2 b) de la Charte en est la plus belle illustration: Comité pour la République du Canada c. Canada, supra, note 79. Voir dans le même sens: Société du parc industriel du Centre du Québec c. Syndicat des travailleurs de Didier (C.S.N.), J.E. 91-893 (C.S.); Ramsden c. City of Peterborough, (1992) 85 D.L.R. (4th) 76 (C.A. Ont.), p. 86-87 (j. Galligan, diss.)
315. Supra, note 255
316. BENDER, supra, note 304, p. 832
317. Supra, note 251

318. Il faut bien admettre qu'elle ignore ces mises en garde à son gré. Dans sa toute première décision sur l'interprétation de la Charte, la Cour suprême soulignait que l'expérience des cours américaines en matière constitutionnelle "offre plus qu'un intérêt passager" pour interpréter la Constitution canadienne: Law Society of Upper Canada c. Skapinker, *supra*, note 31, p. 367 (j. Estey). De fait, la Cour s'inspire abondamment des précédents américains pour interpréter la Charte: R. HARVIE et H. FOSTER, "Ties that Bind? The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence, and the Revision of Canadian Criminal Law Under the Charter", (1990) 28 O.H.L.J. 729; M. LEBEL, "L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés au regard du droit international des droits de la personne - Critique de la démarche suivie par la Cour suprême du Canada", (1988) 48 R. du B. 743, p. 750-757; C. MANFREDI, "The Use of United States Decisions by the Supreme Court of Canada Under the Charter of Rights and Freedoms", (1990) 23 Rev. Can. Sc. Pol. 499
319. Berardinelli c. Ontario Housing Corporation, *supra*, note 42, p. 284 (j. Estey)
320. Supra, note 275
321. K. SWINTON, "Federalism and Provincial Government Immunity", (1979) 29 U.T.L.J. 1, p. 29. Cet extrait a été cité avec approbation par la Cour suprême dans un litige où la Charte n'était toutefois pas invoquée: Alberta Government Telephones c. C.R.T.C., *supra*, note 148, p. 300; D. MOCKLE, L'immunité d'exécution, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987, p. 70: "En l'état actuel du droit, il serait pour le moins hasardeux d'établir une distinction rigide entre toutes les activités humaines selon leur finalité publique ou privée. Peu nombreuses seraient celles qui, "par nature", relèveraient du secteur public ou du secteur privé." Sur la "porosité" de la frontière public/privé, voir également: LAJOIE, *supra*, note 11, p. 125-135
322. Pour un historique de la distinction, voir: H. ARENDT., Condition de l'homme moderne, Paris, Calmann-Lévy, 1983, chapitre 2; M.J. HORWITZ, "The History of the Public/Private Distinction", (1982) 130 U. Penn. L.R. 1423; MOCKLE, *supra*, note 11, p. 300 s. La Cour suprême des États-Unis qualifie d'"essentielle" la dichotomie entre les actes publics et privés:

Jackson c. Metropolitan Edison Company, 419 U.S. 345 (1974), p. 349; Flagg Brothers c. Brooks, 436 U.S. 149 (1978), p. 165. "La séparation du Public et du Privé n'est pourtant pas une "réalité naturelle" du droit ... comme en témoigne ... son absence de généralisation à l'échelle de la planète.": MOCKLE, supra, note II, p. 299

323. ARENDT, id., p. 32 s; N. ROSE, "Beyond the Public/Private Division: Law, Power and the Family", (1987) 14 Journal of Law and Society 61, p. 64
324. Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), supra, note 27, p. 394 (j. McIntyre); R. c. Morgentaler, supra, note 27, p. 144 et 148-149 (j. McIntyre, diss.); Andrews c. Law Society of British Columbia, supra, note 27, p. 190 (j. McIntyre). De fait, pour les juristes, droit et tradition sont souvent indissociables: M. KRYGIER, "Law as Tradition", (1986) 5 Law and Philosophy 237
325. S.I. BENN et G.F. GAUS, Public and Private in Social Life, New York, St. Martin's Press, 1983; Symposium on the Public/Private Distinction, (1982) 130 U. Penn. L.R. 1289-1608 (numéro thématique). Même la Chambre des Lords d'Angleterre met en doute la cohérence de cette distinction et son caractère "fondamental": In re Norway's Application (Nos. 1 & 2), [1990] A.C. 723 (C.L.), p. 802-803 (Lord Goff of Chieveley)
326. Voir la doctrine citée, supra, note 274; A. FREEMAN et E. MENSCH, "The Public-Private Distinction in American Law and Life", (1987) 36 Buffalo L.R. 237, p. 247-249; HUTCHINSON, supra, note 36, p. 393. L'arrêt Tremblay c. Daigle, supra, note 153, constitue un bon exemple. Dans cette affaire, la Cour suprême a refusé d'appliquer la Charte parce qu'il s'agissait d'un litige "privé". A ce propos, le professeur Alain-François BISSON, "Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges", (1989) 20 R.G.D. 391, note avec humour mais non sans justesse: "Vous avez déjà vu ça souvent, vous, un procès prétendument purement privé où l'on autorise l'intervention de deux procureurs généraux et de sept groupes, nationaux ou provinciaux, de défense ou de pression ? De grands oiseaux publics, pénaux et constitutionnels, planent dans le ciel de cet arrêt ... Une affaire nationale, totale ..." (p. 400)

327. Voir parmi bien d'autres: ibid.; D. FRASER, "And Now for Something Completely Different: Judging Interpretation and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1987) 7 Windsor Yearb. Access Justice 66, p. 71; KANTER, supra, note 103
328. RIVERO, supra, note 120, p. 315. Voir dans le même sens: J. RIVERO, "Rapport de synthèse" dans Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1982, p. 523
329. W. BLACK et L. SMITH, "Les droits à l'égalité" dans BEAUDOIN et RATUSHNY, supra, note 231, p. 677-678 (note 193). Voir dans le même sens: J. FREEMAN, "Justifying Exclusion: A Feminist Analysis of the Conflict between Equality and Association Rights", (1989) 47 U. of T. Fac. L. Rev. 269, p. 274-276; J. FUDGE, "The Public/Private Distinction: the Possibilities of and the Limits to the Use of Charter Litigation to Further Feminist Struggles", (1987) 25 O.H.L.J. 485, p. 487 s et 551; H. LESSARD, "The Idea of the "Private": A Discussion of State Action Doctrine and Separate Sphere of Ideology", dans C. BOYLE, Charterwatch: Reflections on Equality, Toronto, Carswell, 1986, p. 116-119. Le maintien de la distinction public/privé s'harmonise difficilement avec la valeur d'égalité: M. MACNEIL, "Courts and Liberal Ideology: An analysis of the Application of the Charter to Some Labour Law Issues", (1989) 34 R.D. McGill 86, p. 105
330. KANTER, supra, note 103, p. 38; LAJOIE, supra, note 11, p. 131; MOCKLE, supra, note 11, p. 293-294; OTIS, supra, note 104, p. 518-519
331. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, supra, note 29, p. 598 (j. McIntyre)
332. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 261 (j. La Forest). Dans l'arrêt Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, le juge La Forest mentionne que l'article 32 indique "fortement que seul le gouvernement est lié par la Charte". (p. 505)
333. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, supra, note 29, p. 601 (j. McIntyre).

Voir également McKinney c. Université de Guelph, id., p. 265 (j. La Forest) et Stoffman c. Vancouver General Hospital, id., p. 516 (j. La Forest)

334. Pour une revue de ces privilèges et immunités, voir: D. MOCKLE, "L'impact du principe d'égalité sur les privilèges et immunités de l'État", (1990) 50 R. du B. 431, p. 438-460
335. MOULL, supra, note 84, p. 458; RÉMILLARD, supra, note 71, p. 16; SWINTON, supra, note 84, p. 72
336. MOCKLE, supra, note 334, p. 436-438
337. A titre d'exemple, en refusant d'assimiler le Conseil d'administration d'un hôpital à un mandataire du gouvernement, la Cour suprême lui a appliqué les règles du droit ordinaire. Partant, elle a accueilli l'action sur privilège d'un sous-traitant impayé qui avait pris part à l'érection du centre hospitalier: Westeel-Rosco Ltd c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre, [1977] 2 R.C.S. 238. Voir dans le même sens: Compagnie d'assurances Fidélité du Canada c. Cronkhite Supply Ltd, [1979] 2 R.C.S. 27
338. R. FLANNIGAN, "Crown agent status", (1988) 67 R. du B. Can. 229; P. GARANT et G. LECLERC, "La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement", (1979) 20 C. de D. 485; GARANT, supra, note 34, p. 184-202; P. GARANT, Précis de droit des administrations publiques, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1987, p. 33-39; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, Principes de contentieux administratifs, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1982, p. 9-10
339. On a prétendu que le critère des fonctions était "presque tombé en désuétude": P. GARANT, "Les sociétés d'État: instruments d'intervention économique - aspects juridiques" dans I. BERNIER et A. LAJOIE, Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 24. Certaines décisions de la Cour d'appel du Québec portent à le croire: Commission des normes du

travail c. C.R.S.S.S. de la Montérégie, [1987] R.J.Q. 841 (C.A.); C.T.C.U.Q. c. Commission des champs de bataille nationaux, [1988] R.L. 146 (C.A.), p. 152-153 (j. Dugas, diss.), décision infirmée par la Cour suprême du Canada, laquelle ne s'est toutefois pas prononcée sur la question: [1990] 2 R.C.S. 838, p. 847 (j. Gonthier). A la vérité, "le contrôle gouvernemental est aujourd'hui la préoccupation la plus déterminante": PÉPIN et OUELLETTE, *id.*, p. 10; K. SANDSTROM, "Personnal and Vicarious Liability For The Wrongful Acts of Government Officials: An Approach For Liability Under The Charter of Rights and Freedoms", (1990) 24 U.B.C.L.R. 229, p. 247; Westeel-Rosco Ltd c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre, *supra*, note 337, p. 249-250 (j. Ritchie); Compagnie d'assurances Fidélité du Canada c. Cronkhite Supply Ltd, *supra*, note 337, p. 29 (j. Martland); Administration du Pipe-Line du Nord c. Perehinec, [1983] 2 R.C.S. 513, p. 517-518 (j. Estey); R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, *supra*, note 34, p. 573-574 (j. Dickson). Le critère des fonctions pourra néanmoins servir à titre subsidiaire: Banque Fédérale de Développement c. Scierie Mont-Valin Ltée, [1982] C.A. 17, p. 22 (j. Beaugard); South Saskatchewan River Irrigation District No. 1 c. Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan, (1989) 52 D.L.R. (4th) 65 (C.A. Sask.), p. 76 (j. Cameron); FLANNIGAN, *id.*, p. 236. Pour une critique de ces critères qui présupposent des qualifications public/privé qui "débouchent sur le même cul-de-sac idéologique", voir: LAJOIE, *supra*, note 11, p. 127

340. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, *supra*, note 29, p. 598 (j. McIntyre); McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 265 (j. La Forest)
341. OTIS, *supra*, note 104, p. 518: "The Supreme Court's primary method for differentiating public from private action appears narrowly *institutional*."
342. A ce niveau, ce sont surtout les résolutions municipales qui semblent soulever des difficultés: Godbout c. Ville de Longueuil, [1989] R.J.Q. 1511 (C.S.) (en appel: C.A.M. 500-09-000549-899). En effet, les Cours supérieures et d'appel du pays sont unanimes à reconnaître que les règlements municipaux sont soumis à la Charte: voir notamment la jurisprudence citée par les auteurs MATTHEWS-GLENN et DOUMANI, *supra*, note 313, p. 1039; McDermott c. Town of Nackawic, (1988) 53 D.L.R.; (4th) 150 (C.A.N.B.); Canadian Newspaper Co. Ltd c. City of Victoria, (1990) 63 D.L.R. (4th) 1 (C.A.C.B.); Alcoholism Foundation of Manitoba c.

City of Winnipeg, (1990) 69 D.L.R. (4th) 697 (C.A. Man.) (autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. xv; (1991) 4 M.P.L.R. (2d) 60) Cheema c. Ross, (1991) 82 D.L.R. (4th) 213 (C.A.C.B.); Ramsden c. City of Peterborough, *supra*, note 314. Pour sa part, la Cour suprême affirme que la Charte vise "peut-être" les règlements municipaux: S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., *supra*, note 29, p. 602 (J. McIntyre). D'ailleurs, les juges formant la majorité dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, semblent d'avis que la Charte s'applique à l'action des municipalités parce que celles-ci "adoptent des règles qui ont force de loi auprès du public en général et prévoient des peines pour ceux qui y contreviennent" (J. La Forest, p. 270). De toute évidence, ces propos visent les règlements plutôt que les résolutions municipales.

343. Ontario English Catholic Teachers Association c. Essex County Roman Catholic School Board, (1987) 36 D.L.R. (4th) 115 (C. Div. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée: [1988] 2 R.C.S. viii); R. c. J.M.G., (1987) 33 D.L.R. (4th) 277, p. 280 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée: [1987] 1 R.C.S. ix)
344. McKinney c. University of Guelph, *supra*, note 109, (C.A. Ont.) et note 27 (C.S.C.); Harrison c. University of British Columbia, (1988) 49 D.L.R. (4th) 687 (C.A.C.B.) et [1990] 3 R.C.S. 451; Bancroft c. University of Toronto, (1986) 53 O.R. (2d) 460 (Ont. H.C.)
345. Douglas/ Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, (1988) 49 D.L.R. (4th) 749 (C.A.C.B.) et *supra*, note 79 (C.S.C.)
346. Stoffman c. Vancouver General Hospital, (1988) 49 D.L.R. (4th) 728 (C.A.C.B.) et *supra*, note 36 (C.S.C.); Sniders c. A.G. Nova Scotia, (1988) 51 D.L.R. (4th) 357 (C.S.N.E.): infirmé pour d'autres motifs: (1989) 55 D.L.R. (4th) 408 (C.S.N.E., division d'appel)
347. Black c. Law Society of Alberta, *supra*, note 31; Klein c. Law Society of Upper Canada, (1985) 16 D.L.R. (4th) 489 (C. Div. Ont.)

348. Bhindi c. British Columbia Projectionists, *supra*, note 84; Lavigne c. O.P.S.E.U., (1989) 56 D.L.R. (4th) 474 (C.A. Ont.) et *supra*, note 141, (C.S.C.); Tomen c. Federation of Women Teachers' Associations of Ontario, (1989) 61 D.L.R. (4th) 565 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée: [1991] 1 R.C.S. xv); Baldwin c. B.C.G.E.U., (1986) 28 D.L.R. (4th) 301 (C.S.C.B.)
349. Slaight Communications Inc. c. Davidson, *supra*, note 108; Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892; Roy c. Hackett, (1985) 45 D.L.R. (4th) 415 (C.A. Ont.); Gagnon c. Southam Inc., *supra*, note 125
350. McKinney c. University of Guelph, *supra*, note 109, p. 218 (C.A. Ont.); Harrison c. University of British Columbia, *supra*, note 344, p. 693 (C.A.C.B.); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 345, p. 752 (C.A.C.B.); Lavigne c. O.P.S.E.U., *supra*, note 348, p. 490 (C.A. Ont.); Bartello c. Canada Post Corp., (1988) 46 D.L.R. (4th) 129, p. 140 (Ont. H.C.J.); Roy c. Hackett, *id.*, p. 420; Rural Dignity of Canada c. Canada Post Corp., (1991) 78 D.L.R. (4th) 211, p. 224 (C.F., d.p.i.)
351. McKinney c. University of Guelph, *id.*, p. 207; Harrison c. University of British Columbia, *ibid.*
352. Harrison c. University of British Columbia, *ibid.*
353. Harrison c. University of British Columbia, *ibid.*; Stoffman c. Vancouver General Hospital, *supra*, note 346, p. 731 (C.A.C.B.); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 345, p. 752 (C.A.C.B.); Bartello c. Canada Post Corp., *supra*, note 350, p. 139; Sniders c. A.G. Nova Scotia, *supra*, note 346, p. 363 (C.S.N.E.)
354. Stoffman c. Vancouver General Hospital, *ibid.*
355. Stoffman c. Vancouver General Hospital, *ibid.*; Douglas/Kwantlen Faculty

- Association c. Douglas College, *supra*, note 345, p. 752 (C.A.C.B.); Tomen c. Federation of Women Teachers' Association of Ontario, *supra*, note 348, p. 572; Canadian Urban Equities Ltd c. Direct Action for Life, (1990) 70 D.L.R. (4th) 691, p. 701-702; (Alb. Q.B.) Bartello c. Canada Post Corp., *supra*, note 350, p. 139; Sniders c. A.G. Nova Scotia, *supra*, note 346, p. 363 (C.S.N.E.)
356. Stoffman c. Vancouver General Hospital, *ibid.*
357. McKinney c. University of Guelph, *supra*, note 109, p. 207-208 (C.A. Ont.); Bancroft c. University of Toronto, *supra*, note 344, p. 466; Sniders c. A.G. Nova Scotia, *supra*, note 346, p. 363 (C.S.N.E.)
358. McKinney c. University of Guelph, *id.*, p. 208; Bancroft c. University of Toronto, *ibid.*, p. 466; Bartello c. Canada Post Corp., *supra*, note 350, p. 140-141; Sniders c. A.G. Nova Scotia, *ibid.*
359. McKinney c. University of Guelph, *id.*, p. 207; Canadian Urban Equities Ltd c. Direct Action for Life, *supra*, note 355, p. 701; Bancroft c. University of Toronto, *ibid.*; Sniders c. A.G. Nova Scotia, *ibid.*
360. McKinney c. University of Guelph, *ibid.*; Bancroft c. University of Toronto, *ibid.*
361. Ontario English Catholic Teachers Association c. Essex County Roman Catholic School Board, *supra*, note 343, p. 131
362. *Ibid.*; Bancroft c. University of Toronto, *supra*, note 344, p. 466
363. McKinney c. University of Guelph, *supra*, note 109, p. 208 (C.A. Ont.)
364. *Id.*, p. 207

365. Ontario English Catholic Teachers Association c. Essex County Roman Catholic School Board, supra, note 343, p. 131
366. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 345, p. 752-753 (C.A.C.B.)
367. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., supra, note 29, p. 601 (j. McIntyre)
368. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 345 (C.A.C.B.); Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 346 (C.A.C.B.)
369. Voir nos développements, supra, première partie, chapitre II, section 2, B), b), p. 72-78
370. Bhindi c. British Columbia Projectionists, supra, note 84, p. 54-56; Bartello c. Canada Post Corp., supra, note 350, p. 141-142; Arlington Crane Service c. Ontario (Minister of Labour), (1989) 56 D.L.R. (4th) 209 (Ont. H.C.J.) p. 258-261
371. Godbout c. Ville de Longueuil, supra, note 342, p. 1517-1518; Ontario English Catholic Teachers Association c. Essex County Roman Catholic School Board, supra, note 343, p. 131-133
372. Harrison c. University of British Columbia, supra, note 344, p. 696 (C.A.C.B.)
373. Tomen c. Federation of Women Teachers' Associations of Ontario, supra, note 348, p. 571-572

374. Canadian Urban Equities Ltd c. Direct Action for Life, supra, note 355, p. 702
375. Lavigne c. O.P.S.E.U., supra, note 348, p. 495; Baldwin c. B.C.G.E.U., supra, note 348; p. 307-309
376. McKinney c. University of Guelph, supra, note 109, p. 216; Godbout c. Ville de Longueuil, supra, note 342, p. 1518
377. Klein c. Law Society of Upper Canada, supra, note 347, p. 528-529
378. Canadian Union of Postal Workers c. Canada Post Corp., (1987) 40 D.L.R. (4th) 67, p. 71-72 (Alb. Q.B.)
379. Moore c. British Columbia, supra, note 109, p. 36
380. R. c. Lerke, (1986) 25 D.L.R. (4th) 403, p. 408-410 (C.A. Alb.). Encore faut-il que cette arrestation soit faite en vertu d'un pourvoi conféré par la loi: R. c. Shafie, (1989) 47 C.C.C. (3d) 27, p. 32 (C.A. Ont.); BÉLIVEAU, supra, note 231, p. 94-95
381. MORISSETTE, supra, note 229, p. 17
382. BELOBABA, supra, note 72, p. 39: "Inconsistencies and errors are bound to occur. Reasonable people will differ in their conceptions of what counts as "governmental action"."
383. TASSÉ, supra, note 231, p. 94
384. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27; Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344;

385. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36. Voir à ce propos: C. BRUNELLE, "L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux centres hospitaliers" dans Développements récents en droit de la santé (1991), vol. 24, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1991, p. 125; L. LUSSIER, "L'affaire Bélanger c. Cité de la santé de Laval: de la qualification du litige et de l'application des Chartes", (1991) 21 R.D.U.S. 591, p. 602-604. Comme nous le verrons, dans l'arrêt Stoffman, la Cour suprême a refusé d'appliquer la Charte au Vancouver General Hospital pour le motif que ce centre hospitalier n'était pas une institution gouvernementale. Selon toute vraisemblance, la méthode ponctuelle qu'une majorité de juges a retenue pour déterminer le statut de l'hôpital en cause dans cette décision ne permet pas encore de conclure, de façon péremptoire, à l'inapplication de la Charte aux centres hospitaliers: Kennett c. Health Sciences Centre, (1991) 83 D.L.R. (4th) 744 (C.A. Man.), p. 748 (j. Huband)
386. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79;
387. Supra, note 29
388. Ce sont là les termes mêmes du juge La Forest, lequel parle au nom de la majorité dans les arrêts McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 263 et Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 506
389. McKinney c. Université de Guelph, id., p. 261 (j. La Forest)
390. Pour la revue complète de ces arguments, voir supra, première partie, chapitre II, section I, A), p. 23-27
391. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 262 (j. La Forest)
392. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 506 (j. La Forest)

393. CHEMERINSKY, supra, note 102, p. 536-537 et 540; ELLIOT et GRANT, supra, note 13, p. 487-488; KANTER, supra, note 103, p. 36
394. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 263 (j. La Forest). Voir dans le même sens: Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 506 (j. La Forest)
395. GIBSON, supra, note 76, p. 86
396. Voir la doctrine et la jurisprudence citées, supra, note 275
397. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 263 (j. La Forest)
398. A titre d'exemples, les décisions du Tribunal des droits de la personne du Québec sont sujettes à appel: supra note 116, a. 132, entré en vigueur le 10 décembre 1990. La même situation existe notamment en Alberta (Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, a.33), en Nouvelle-Ecosse (Human Rights Act, R.S.N.S., c. 214, a.36), en Ontario, (Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, a. 41(1)), en Saskatchewan (Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, a. 32) et à Terre-Neuve (Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62, a.31). Au niveau fédéral, les décisions du Tribunal des droits de la personne ne sont même pas protégées par une clause privative. En conséquence, une simple erreur d'interprétation suffit pour que la Cour fédérale d'appel consente à exercer son pouvoir de révision: P.G. du Canada c. Mossop, supra, note 112, p. 31-32 (j. Marceau)
399. Sa décision dans l'affaire Bell Canada c. Canada (CRTC), [1989] 1 R.C.S. 1722, le démontre. Ainsi, dans les cas où la Législature permet de porter la décision d'un tribunal administratif en appel, la Cour adopte un principe de retenue judiciaire fondée sur la "spécialisation des fonctions": "Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise." (j. Gonthier, p. 1746). En somme, peut-être est-il plus

juste de penser que la "nécessité" de limiter le contrôle judiciaire est en fait une "volonté" judiciaire à laquelle les gouvernements restent plutôt indifférents.

400. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79. Voir dans le même sens: Cuddy Chicks Ltd c. (C.R.T.O.), [1991] 2 R.C.S. 5; Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.), [1991] 2 R.C.S. 22
401. G. PÉPIN, "La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer", (1987) 47 R. du B. 509, p. 533; G PÉPIN, "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés", (1991) 16 Queen's L.J 113. Voir dans le même sens: M. BRIERE, "La compétence des tribunaux administratifs à déclarer invalide ou inopérante une disposition légale, réglementaire ou contractuelle, en raison de son incompatibilité avec une disposition des Chartes constitutionnelles ou pour tout autre motif de droit", (1988) 18 R.D.U.S. 305; P. GARANT, "Qui contrôle la constitutionnalité des lois, les cours supérieures ou les tribunaux administratifs?", (1989) 30 C. de D. 189; P. GARANT, "Charte constitutionnelle et statut des tribunaux administratifs et disciplinaires", (1991) 4 C.J.A.L.P. 153
402. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79, p. 604 (j. La Forest). Il faut bien reconnaître toutefois que l'interprétation adoptée par la Cour est bien moins généreuse qu'il n'y paraît de prime abord. Si l'on en juge par les propos du juge LaForest dans l'arrêt Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.), *supra*, note 400, ce n'est pas le texte constitutionnel qui confère à un tribunal administratif le pouvoir de déclarer inopérante une disposition législative contraire à la Charte. En fait, c'est plutôt le législateur qui décidera ultimement des cas où les valeurs constitutionnelles consacrées par la Charte devront être respectées par les tribunaux administratifs: "Normalement, c'est le mandat que le législateur a confié de façon expresse à un tribunal donné qui sera le facteur le plus important pour déterminer si ce tribunal possède le pouvoir de déclarer une disposition incompatible avec la Charte. Un tribunal administratif étant une

créature de l'État, il s'ensuit que l'État, sauf s'il en est autrement empêché, devrait avoir le pouvoir de lui conférer l'autorité d'examiner des questions relatives à la Charte et, de la même façon, celui de l'empêcher d'examiner de telles questions. Par conséquent, lorsque le législateur s'est déjà exprimé formellement sur la question, là se terminera habituellement l'examen" (p. 32). Cela étant, n'accorde-t-on pas implicitement à la branche législative du gouvernement la faculté de soustraire ses créatures à l'application de la Charte ?

- 403. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 339 (j. Wilson, diss.)
- 404. McKinney c. Université de Guelph, id., p. 265 (j. La Forest). Toutes les opinions exprimées dans cette décision concordent avec cette assertion du juge La Forest.
- 405. Supra, note 141
- 406. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 370 (j. Wilson, diss.)
- 407. Id., p. 417 (j. L'Heureux-Dubé, diss.)
- 408. Id., p. 419
- 409. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 558 (j. L'Heureux-Dubé, diss.)
- 410. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79. Il en sera de même dans l'arrêt Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141
- 411. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 359 (j. Wilson, diss.)

412. Id., p. 370
413. Voir nos développements, supra, deuxième partie, chapitre I, section 1, p. 82-86
414. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 359 (j. Wilson, diss.)
415. Id., p. 360. Comme le précise madame la juge Wilson, cette liste de facteurs n'est bien sûr pas exhaustive.
416. Id., p. 359
417. Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 238 (j. Wilson)
418. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 361 (j. Wilson, diss.)
419. Id., p. 363
420. Id., p. 361
421. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 471 (j. Wilson, diss.)
422. Fait à noter, les Cours d'appel provinciales considéraient cet indicateur de contrôle comme étant non pertinent: McKinney c. University of Guelph, supra, note 109, p. 207-208 et 216 (C.A. Ont.); Harrison c. University of British Columbia, supra, note 344, p. 694-696 (C.A.C.B.); voir également Blainey c. Ontario Hockey Association, supra, note 109, p. 738

423. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 371 (j. Wilson, diss.); Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 469 (j. Wilson, diss.); Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 539 (j. Wilson, diss.); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 610 (j. Wilson). Selon les propos de madame la juge Wilson dans l'arrêt Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, il serait suffisant qu'"une partie importante" des frais encourus par une institution soit "financée à même les fonds du gouvernement". (p. 241-242)
424. Stoffman c. Vancouver General Hospital, ibid.
425. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 372 (j. Wilson, diss.)
426. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 469-470 (j. Wilson, diss.)
427. Id., p. 470
428. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, id., p. 470-471 (j. Wilson, diss.); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 610 (j. Wilson)
429. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, ibid.; Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 539 (j. Wilson, diss.); Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 242 (j. Wilson)
430. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 470 (j. Wilson, diss.)
431. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 371 (j. Wilson, diss.)

432. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 539 (j. Wilson, diss.)
433. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 420 (j. L'Heureux-Dubé, diss.)
434. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 608 (j. Wilson)
435. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 372 (j. Wilson, diss.)
436. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 608 (j. Wilson); Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 242 (j. Wilson)
437. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 373 (j. Wilson, diss.); Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 466 (j. Wilson, diss.); Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 534 (j. Wilson, diss.); Douglas Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, ibid.
438. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, id., p. 466-467; Stoffman c. Vancouver General Hospital, id., p. 534-535; Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, ibid.; Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 242 (j. Wilson)
439. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, id., p. 467
440. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 534-536 (j. Wilson, diss.)
441. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 467-468 (j. Wilson, diss.)

442. Selon madame la juge Wilson, cet élément "est peut-être le plus significatif" puisqu'il révèle que le gouvernement "peut tout simplement prendre en charge le fonctionnement" de l'institution: Stoffman c. Vancouver General Hospital, *supra*, note 36, p. 536
443. McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 373 (j. Wilson, diss.); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79, p. 608 (j. Wilson)
444. Stoffman c. Vancouver General Hospital, *supra*, note 36, p. 535 (j. Wilson, diss.)
445. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79, p. 608 (j. Wilson)
446. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, *supra*, note 344, p. 467 (j. Wilson, diss.)
447. Stoffman c. Vancouver General Hospital, *supra*, note 36, p. 535 (j. Wilson, diss.); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79, p. 608 (j. Wilson)
448. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, *supra*, note 344, p. 467 (j. Wilson, diss.)
449. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, *ibid.*, Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79, p. 608 (j. Wilson); Stoffman c. Vancouver General Hospital, *supra*, note 36, p. 535 (j. Wilson, diss.)
450. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *ibid.*; Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, *ibid.*

451. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, id., p. 468 (j. Wilson, diss.)
452. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 609 (j. Wilson)
453. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 468-469 (j. Wilson, diss.)
454. Ce semble être le cas dans les arrêts McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27 et Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36
455. Supra, note 79
456. Id., p. 609 (j. Wilson)
457. Supra, note 36
458. Id., p. 536 (j. Wilson, diss.)
459. Id., p. 537
460. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 373 (j. Wilson, diss.). Incidemment, en faisant du "contrôle judiciaire" un indice de "contrôle gouvernemental", les juges minoritaires assimilent implicitement le pouvoir judiciaire à une branche du gouvernement: supra, notes 188, 190, 204 et 286 et les développements qui y correspondent.
461. Id., p. 363

462. Supra, notes 418 à 421 et les développements qui y correspondent.
463. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 374 (j. Wilson, diss.). Voir également: Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 541 (j. Wilson, diss.)
464. McKinney c. Université de Guelph, id., p. 363 et 374. Voir dans le même sens: Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 471-472 (j. Wilson, diss.)
465. Supra, note 36
466. Id., p. 541-542 (j. Wilson, diss.)
467. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 363 (j. Wilson, diss.); Stoffman c. Vancouver General Hospital, id., p. 541 (j. Wilson, diss.)
468. Voir nos développements, supra, deuxième partie, chapitre I, section 2, p. 87-91
469. Supra, deuxième partie, chapitre II, section I, A), p. 112-114
470. Supra, notes 418 à 421 et 461 à 464 et les développements qui y correspondent.
471. Voir nos développements, supra, deuxième partie, chapitre I, section 2, B), p. 89-90
472. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 365 (j. Wilson, diss.)

473. Id., p. 365-366
474. C'est du moins ce qui se dégage de la jurisprudence citée, supra, notes 370 à 375
475. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 378 (j. Wilson, diss.)
476. Id., p. 377-378; Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 543 (j. Wilson, diss.)
477. McKinney c. Université de Guelph, id., p. 365 (j. Wilson, diss.)
478. Ibid.
479. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 542 (j. Wilson, diss.)
480. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 612 (j. Wilson). Voir dans le même sens: Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 243 (j. Wilson)
481. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 366 (j. Wilson, diss.)
482. Id., p. 366-367
483. D'ailleurs, madame la juge Wilson utilise indifféremment ces deux expressions ("entité gouvernementale" et "intérêt public") pour qualifier le troisième critère de la minorité.
484. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 367-368 (j. Wilson, diss.); Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 243-244 (j. Wilson)

485. McKinney c. University of Guelph, supra, note 109, p. 218 (C.A. Ont.). Voir cependant: Bartello c. Canada Post Corp., supra, note 350, p. 140; Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 345, p. 752 (C.A.C.B.); Roy c. Hackett, supra, note 349, p. 421
486. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 368-369 (j. Wilson, diss.)
487. Id., p. 379. Voir dans le même sens: Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 466 (j. Wilson, diss.)
488. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 544 (j. Wilson, diss.)
489. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 612 (j. Wilson). Voir dans le même sens: Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 243 (j. Wilson)
490. Lavigne c. S.E.F.P.O., id., p. 243-244
491. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 370 (j. Wilson, diss.)
492. Ibid.
493. Ibid.
494. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 542 (j. Wilson, diss.)
495. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 366 (j. Wilson, diss.)

496. Id., p. 367
497. Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 246 (j. Wilson). Voir dans le même sens: P.G. du Canada c. Mossop, supra, note 112, p. 38 (j. Marceau)
498. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 444 (j. Sopinka); Lavigne c. S.E.F.P.O., id., p. 312: "Après avoir décidé que [l'organisme] est un acteur gouvernemental, il faut ensuite se demander si [l'action contestée] est, en soi, une conduite gouvernementale." (j. La Forest)
499. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 265 (j. La Forest)
500. Supra, note 108. Incidemment, dans cette dernière affaire, la Cour passe sous silence le critère de l'action gouvernementale. Rappelons qu'elle avait fait pareil "oubli" dans sa décision B.C.G.E.U.: voir supra, notes 281 à 286 et les développements qui y correspondent. Comme nous allons le voir, le critère qu'elle retient dans l'arrêt Slaight "apparaît plus formel: il ne semble en effet retenir que la source législative de l'habilitation à agir, et donc des actes posés.": PINARD, supra, note 124, p. 107
501. Slaight Communications Inc. c. Davidson, id., p. 1077-1079 (j. Lamer)
502. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 267 (j. La Forest)
503. Id., p. 265-266
504. Voir nos développements, supra, première partie, chapitre II, section 1, A), p.20-27
505. De fait, dans l'arrêt Communities Economic Development Fund c. Canadian Pickles Corp., (1992) 85 D.L.R. (4th) 88, la Cour suprême distingue

nettement les sociétés privées constituées en vertu de la common law par suite de l'exercice de la prérogative royale et les sociétés constituées par une loi ou en vertu d'une loi. Ce faisant, ne reconnaît-elle pas, au moins implicitement, que les sociétés privées ne sont pas forcément des "créatures de la loi"? CONTRA: HUTCHINSON et PETTER, supra, note 22, p. 294; PETTER et MONAHAN, supra, note 72, p. 129

506. M. MARTEL et P. MARTEL, La compagnie au Québec, volume I (Les aspects juridiques), Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1990, p. 5
507. Id., p. 6
508. M. LIZÉE., "Deux fictions de droit corporatif", (1983) 43 R. du B. 649, p. 655
509. Loi sur les compagnies, L.R.Q., c. C-38, a. 123.7; Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, a. 14(2)
510. M. CANTIN-CUMYN, "Les personnes morales dans le droit privé du Québec", (1990) 31 C. de D. 1021, p. 1047-1048: "A l'instar du droit civil, la loi admet désormais que la société par actions où la compagnie résulte d'abord de l'initiative des associés eux-mêmes puisque la validité des statuts constitutifs n'est assujettie à aucun contrôle étatique. L'efficacité qu'elle permet d'assurer aux contrats antérieurs au dépôt des statuts est, de plus, une reconnaissance implicite de l'existence de la compagnie avant la date de l'incorporation".
511. Loi sur les cités et villes, L.R.Q., c.C-19; Code municipal, L.R.Q., c.C-27.1; Verreault et Fils c. P.G. du Québec, [1977] 1 R.C.S. 41, p. 47 (j. Pigeon); Air Canada c. Cité de Dorval, [1985] 1 R.C.S. 861, p. 866; Laurentide Motels Ltd c. Ville de Beauport, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 719 (j. Beetz); Immeubles Port Louis Ltée c. Village de Lafontaine, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 346 (j. Gonthier)

512. Harelkin c. Université de Régina, *supra*, note 118, p. 594-595 (j. Beetz); McKinney c. Université de Guelph, *supra*, note 27, p. 271 (j. La Forest) et 418-419 (j. L'Heureux-Dubé, diss.). Voir à titre d'exemple: Loi sur l'Université du Québec, L.R.Q., c.U-1
513. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79; Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, L.R.Q., c.C-29; Systèmes Informatisés Solartronix c. C.E.G.F.P. de Jonquière, [1990] R.J.Q. 1071 (C.S.), p. 1081 (j. De Blois) (en appel: 500-09-000495-903)
514. Ontario English Catholic Teachers Association c. Essex County Roman Catholic School Board, *supra*, note 343, p. 131 (j. Anderson); Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., c.I-13.3
515. P.G. du Canada c. Law Society of British Columbia, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 318; Code des professions, L.R.Q., c. C-26
516. Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flammand, [1987] 2 R.C.S. 219, p. 232 (j. L'Heureux-Dubé); Brosseau c. Alberta Securities Commission, [1989] 1 R.C.S. 301, p. 310 (j. L'Heureux-Dubé); Slaight Communications Inc. c. Davidson, *supra*, note 108, p. 1077 (j. Lamer); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, *supra*, note 79, p. 594-595 (j. La Forest); Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.C.), *supra*, note 400, p. 32 (j. La Forest)
517. Voir nos développements, *supra*, première partie, chapitre II, section 1, B), p. 41-48
518. Kew c. Town of Burlington, [1980] 2 R.C.S. 598, p. 615 (j. Estey); McEvoy c. P.G. du Nouveau-Brunswick, [1983] 1 R.C.S. 704, p. 720; I. GREENE, The Charter of Rights, Toronto, James Lorimer & Co., 1989, p. 84; HOGG, *supra*, note 34, p. 672; MANWARING, *supra*, note 162, p. 439; RHÉAUME, *supra*, note 35, p. 75 (note 270); SLATTERY, *supra*, note 86, p. 153; CONTRA: WHYTE, *supra*, note 84, p. 169

519. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 272 (j. La Forest)
520. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 464 (j. La Forest)
521. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 585 (j. La Forest)
522. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 274 (j. La Forest)
523. Voir la jurisprudence citée, supra, note 438
524. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 466 (j. Wilson, diss.)
525. Id., p. 463 (j. La Forest); Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 515 (j. La Forest)
526. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 584 (j. La Forest); Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 305 (j. La Forest)
527. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 268 (j. La Forest)
528. Ibid.
529. Supra, notes 500 à 503 et les développements qui y correspondent.
530. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 511 (j. La Forest)

531. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 269 (j. La Forest)
532. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 511 (j. La Forest)
533. Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 310 (j. La Forest)
534. Supra, note 36
535. Id., p. 510 (j. La Forest)
536. Id., p. 508
537. Id., p. 510. Peut-être faut-il interpréter ces propos comme une reconnaissance additionnelle que la Charte s'applique au moins à la législation déléguée: voir supra notes 143 à 145 et les développements qui y correspondent
538. Stoffman c. Vancouver General Hospital, id., p. 508 (j. La Forest)
539. Id., p. 509
540. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 275 (j. La Forest); Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 584 (j. La Forest)
541. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, id., p. 579 et 584 (j. La Forest). Voir dans le même sens: Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141

542. S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, supra, note 29, p. 598 et 599. Il faut cependant reconnaître qu'à la fin de la page 598, la Cour réfère aux branches "législative, exécutive et administrative".
543. DUSSAULT et BERGEAT, supra, note 34, p. 63: "[L]'activité de l'Exécutif et celle de l'Administration s'interpénètrent à tel point que la distinction entre les deux devient ... purement formelle."; J.F. GARNER, Administrative Law, London, Butterworths, 1979, p. 6: "The executive function (...) includes administration..."
544. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 513 (j. La Forest)
545. Ibid.
546. Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 463 (j. La Forest)
547. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 512-513 (j. La Forest)
548. Id., p. 515; Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, supra, note 344, p. 463 (j. La Forest)
549. Stoffman c. Vancouver General Hospital, id., p. 512 (j. La Forest)
550. Id., p. 513
551. Ibid.

552. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 269 (j. La Forest). Voir également: Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 515 (j. La Forest)
553. McKinney c. Université de Guelph, id., p. 273-274
554. Westeel-Rosco Ltd c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre, supra, note 337. Dans cette affaire, le juge Ritchie laisse entendre à deux occasions que seul l'organisme "constamment assujéti" au contrôle du gouvernement peut être qualifié de mandataire de la Couronne (p. 250 et 253). Pour une décision québécoise qui va dans le même sens, voir: West Island Plomberie et Chauffage Ltée c. Volcano Inc., [1983] C.S. 769, p. 772-773 (j. Chevalier)
555. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 584-585 (j. La Forest); Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 311-312 (j. La Forest)
556. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, id., p. 584
557. Ibid.; D'ailleurs, madame la juge Wilson ne manque pas de signaler l'incohérence: id., p. 611 (j. Wilson, diss.)
558. Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 312 (j. La Forest)
559. Id., p. 311-312
560. Id., p. 314
561. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 511 (j. La Forest). Voir également: McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 269 (j. La Forest)

562. McKinney c. Université de Guelph, ibid.
563. Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 516 (j. La Forest)
564. Voir nos développements, supra, deuxième partie, chapitre II, section 1, B), p. 114-118
565. C'est le sens qu'il faut prêter aux propos que tient le juge La Forest dans l'arrêt Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 516: "Compte tenu de ce que j'ai déjà dit ..., "un lien plus direct et mieux défini"... devrait être démontré pour m'inciter à conclure que la Charte s'applique..."
566. Voir nos développements, supra, deuxième partie, chapitre II, Section 2, A), p. 135-140
567. Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, supra, note 79, p. 584-585 (j. La Forest). Cela est vrai, "qu'il s'agisse d'actes de puissance publique ou d'actes de gestion": OTIS, supra, note 118, p. 75
568. McCutcheon c. City of Toronto, supra, note 246
569. Klein c. Law Société of Upper Canada, supra, note 347
570. La citation de ces décisions, sans autres commentaires, dans les arrêts McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 270 (j. La Forest) et Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra, note 36, p. 516 (j. La Forest) le démontre.
571. McKinney c. Université de Guelph, ibid.

572. En fait, tout se déroule comme si les juges majoritaires avaient pour unique et modeste objectif de combler les lacunes du droit administratif. En effet, le devoir d'agir équitablement ne s'applique pas aux organismes publics qui exercent les "fonctions traditionnelles" du gouvernement en rendant des "décisions d'une nature législative et générale". En revanche, l'application du principe d'équité ne fait pas de doute lorsque leurs actes sont de "nature plus administrative et particulière": Knight c. Indian Head School Division no 19, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 670 (j. L'Heureux-Dubé). Voir dans le même sens: Martineau c. Comité de discipline de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 628 (j. Dickson); P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat, [1980] 2 R.C.S. 735, p. 758 (j. Estey). La Charte aurait précisément l'effet contraire. Ainsi, par l'effet du critère des fonctions, les justiciables affectés par une décision de nature législative pourraient s'en remettre à la Charte alors que seul le principe d'équité pourrait les servir pour contester les actes de nature administrative. Cette position de la majorité tranche vivement avec celle des juges minoritaires. En effet, les juges qui forment la minorité sont encore plus enclins à appliquer la Charte dans les cas où l'institution gouvernementale en cause est tenue de respecter le principe de l'équité: voir nos développements, supra, deuxième partie, chapitre II, section I, A), d), p. 112
573. R. c. Wiggleworth, supra, note 31, p. 561: "[U]ne véritable conséquence pénale ... est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général ..." (j. Wilson)
574. DUSSAULT et BERGEAT, supra, note 34, p. 9-13. L'opinion concordante du juge Sopinka dans l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 444, en témoigne de façon éloquente: "[N]ous devons garder à l'esprit que la Charte a pour rôle de protéger le particulier contre le pouvoir coercitif de l'État."
575. Voir l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, id., p. 364, où madame la juge Wilson critique la méthode fonctionnelle préconisée par la Cour d'appel de l'Ontario et retenue par le juge La Forest.

576. Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 314 (j. La Forest). En se disant prêt à appliquer la Charte aux activités dites "commerciales" ou "privées" du gouvernement, le juge La Forest adopte une position qui favorise la protection constante des droits constitutionnels. Ainsi, comme la Cour le laissait implicitement entendre dans une décision antérieure, la Charte pourrait être applicable même dans les "cas où les activités de la Couronne ne pourraient être distinguées de celles d'une autre partie se livrant à des activités commerciales": Rudolf Wolff & Co. Ltd c. R., supra, note 36, p. 702 (j. Cory). Il faut saluer le cheminement de la Cour sur ce point. D'ailleurs, les arguments ne manquaient pas pour rejeter cette distinction entre les activités de nature commerciale et celles de nature gouvernementale. Voir à ce sujet: GIBSON, supra, note 88, p. 517; WHYTE, supra, note 84, p. 161-162; CONTRA: SWINTON, supra, note 84, p. 73. En revanche, si cette distinction "commercial/gouvernemental" ne favorise pas les individus en matière de droits fondamentaux, elle peut vraisemblablement les servir en droit administratif. De fait, si l'on s'inspirait de cette distinction pour refuser d'étendre les privilèges et immunités de l'État aux organismes gouvernementaux qui s'adonnent à des activités *commerciales*, les individus bénéficieraient d'un traitement plus égalitaire dans leurs rapports avec eux: MOCKLE, supra, note 321; MOCKLE, supra, note 334. D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec reconnaît tacitement la pertinence d'une telle distinction en droit administratif: Dans l'affaire de la faillite de Transport Dubé. Quévillon Inc., [1991] R.J.Q. 663 (C.A.); CONTRA: In re: Cockfield Brown Inc. c. Société Radio-Canada, [1989] R.L. i (C.A.)
577. Dans l'affaire Shell Canada Products Ltd c. City of Vancouver, (1991) 81 D.L.R. (4th) 353 et 84 D.L.R. (4th) 157 (C.A.C.B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne se montre pas disposée à assimiler une résolution municipale à une "règle de droit" ("law") au sens du paragraphe 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982: 84 D.L.R. (4th) 157 (C.A.C.B.), p. 160 (j. Southin). Avec égard, une telle interprétation nous semble très discutable. De fait, le paragraphe 52(1) ne requiert-il pas une interprétation plus large et libérale?: Voir à cet effet la jurisprudence citée, supra, note 246
578. Le conseil d'une municipalité ne peut imposer de peine à titre de sanction pour la violation de l'une de ses résolutions. Seule l'infraction à l'un de ses règlements peut justifier l'imposition d'une amende: Code municipal, supra, note 511, a. 455; Loi sur les cités et villes, supra, note 511, a. 369. En outre,

le conseil n'a plus le pouvoir de prescrire une peine d'emprisonnement pour punir la personne qui contrevient à sa réglementation: Code de procédure pénale, L.Q. 1987, c. 96, a. 231; Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant l'application du Code de procédure pénale, L.Q. 1990, c. 4, a. 174 et 247, entrés en vigueur depuis le 1er octobre 1990: G.O.Q., Partie 2, 10 octobre 1990, 122e année, no 41, p. 3693

579. Air Canada c. Cité de Dorval, *supra*, note 511, p. 867. Voir également Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc., [1985] 1 R.C.S. 368, où la Cour réfère à nouveau à "la nature administrative" de la résolution municipale (j. Beetz, p. 417); G. ROUSSEAU, "Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal", (1986) 46 R. du B. 627, p. 632-638
580. Voir à titre d'exemple la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Godbout c. Ville de Longueuil, *supra*, note 342, p. 1515-1518: "Toute corporation municipale ... possède des pouvoirs réglementaires, des pouvoirs administratifs et des pouvoirs ministériels. L'engagement d'employés, à moins de dispositions particulières, fait partie de l'exercice du pouvoir administratif et, à ce titre, il est, comme tout acte administratif, sujet à discrétion de portée individuelle. Les conditions et exigences pour postuler l'emploi relèvent de cette discrétion. (...) Dans le cas soumis, le Tribunal en est venu à la conclusion que la décision attaquée avait été adoptée dans l'exercice d'un pouvoir administratif et dans l'exercice de ce pouvoir la défenderesse a entretenu avec la demanderesse un rapport de droit privé "en sa qualité de sujet de droit capable de contracter avec d'autres sujets de droit." Sur le plan de l'exercice du pouvoir administratif, pour ce qui concerne le cas sous étude, le Tribunal en vient donc à la conclusion que la Charte n'a pas d'application." (j. Turmel)
581. W. MAGNUSSON, "The Local State in Canada: Theoretical Perspectives", (1985) 28 Adm. Pub. Can. 575, p. 582; P.G. du Québec c. Blaikie, *supra*, note 41, p. 325. D'ailleurs, la jurisprudence réfère abondamment au "gouvernement municipal" pour désigner les municipalités: Ville St-Laurent c. Marien, [1962] R.C.S. 580, p. 587 (j. Fauteux); Ville de Brossard c. Québec (C.D.P.), [1988] 2 R.C.S. 279, p. 337 (j. Beetz); Ivanhoé Corp. c. Beauport Realities (1964) Inc., (1980) 9 M.P.L.R. 300 (C.A. Qué.), p. 303 (j. Dubé)

582. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 270 (j. La Forest)
583. Ibid.
584. BRUN, supra, note 4, p. 22: "L'hypothèse voulant qu'une signification fonctionnelle soit donnée au concept de gouvernement, pour délimiter le domaine général de la Charte, est plus acceptable parce que moins limitative".
585. BRUN, ibid.: "... il pourrait être très décevant pour le citoyen de constater que la Charte constitutionnelle des droits de la personne ne s'applique pas à l'administration publique qui achète, enquête, emploie, gère, compile, fait rapport, etc."
586. Voir la jurisprudence citée, supra, note 394
587. Voir la doctrine et la jurisprudence citée, supra, note 275
588. McKinney c. Université de Guelph, supra, note 27, p. 261 (j. La Forest)
589. Sa décision dans l'affaire Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489, en donne un exemple saisissant. Toutefois, la règle du *stare decisis* n'est pas tombée en désuétude pour autant. La décevante opinion du juge en chef Dickson dans l'arrêt Institut professionnel de la Fonction Publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire), [1990] 2 R.C.S. 367, en est la preuve la plus éloquente.
590. Lavigne c. S.E.F.P.O., supra, note 141, p. 239 (j. Wilson)

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- ARENDT, H. Condition de l'homme moderne, Paris, Calmann-Lévy, 1983
- BEAUDOIN, G. La Constitution du Canada, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1990
- BEAUDOIN, G.A. et RATUSHNY, E. Charte canadienne des droits et libertés, 2e édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1989
- BÉLIVEAU, P. Les garanties juridiques dans les Chartes des droits, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991
- BENN, S.I. et GAUS, G.F. Public and Private in Social Life, New York, St. Martin's Press, 1983
- BRUN, H. et TREMBLAY, G. Droit constitutionnel, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1990
- BRUN, H. et TREMBLAY, G. Droit constitutionnel-supplément, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1985
- BURDEAU, G. Manuel de droit constitutionnel, 2e édition par HAMON et TROPER, Paris, L.G.D.J., 1988
- BURDEAU, G. Le libéralisme, Paris, Seuil, Coll. Points-politique, no 96, 1979

- CHEVALIER, J. Le service public, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, vol. 2359, 1987
- COTÉ, P-A. Interprétation des lois, 2e édition, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1990
- DEBBASCH, C., PONTHER, J.-M.,
BOURDON, J. et RICCI, J.-C. Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Economica, 1983
- DUSSAULT, R. et BORGEAT, L. Traité de droit administratif, tome 1, 2e édition, Québec, P.U.L. 1984
- DUVERGER, M. Institutions politiques et droit constitutionnel, 11e édition, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1970
- FLAMANT, M. Histoire du libéralisme, Paris, P.U.F., coll., Que sais-je ?, 1988
- FLAMANT, M. Le libéralisme contemporain, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1988
- GARANT, P. Droit administratif, 2e édition Cowansville, Yvon Blais Inc., 1985
- GARANT, P. Précis de droit des administrations publiques, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1987
- GARNER, J.-F. Administration Law, London, Butterworths, 1979

GREENE, I.

The Charter of Rights, Toronto, James Lorimer & Co., 1989

HOGG, P.

Constitutional Law of Canada, 2e édition, Toronto, Carswell, 1985

HOGG, P.

Canada Act 1982 Annotated, Toronto, Carswell, 1982

HOGG, P.

Liability of the Crown, 2e édition, Toronto, Carswell, 1991

LOCKHART, W.B., KAMISAR, Y.
et CHOPER, J.H.

The American Constitution, 5e édition, St-Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1981

LOCKE, J.

Traité du gouvernement civil, Paris, GF Flammarion, 1984

MANENT, P.

Histoire intellectuelle du libéralisme, Paris, Calmann-Levy, 1987

MANNING, M.

Rights, Freedoms and the Courts, Toronto, Edmond-Montgomery, 1983

MOCKLE, D.

L'immunité d'exécution, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987

MONAHAN, P.

Politics and the Constitution, Toronto, Carswell, 1987

NOWAK, J.E., ROTUNDA, R.D.,
et NELSON YOUNG, J.

Constitutional Law, 2e édition, St-Paul, Minnesota,
West Publishing Corp., 1983

PÉPIN, G. et OUELLETTE, Y.

Principes de contentieux administratifs, 2e
édition, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1982

RHÉAUME, J.

Droits et libertés de la personne et de la famille,
Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1990

RIVERO, J.

Les libertés publiques, tome I, Paris, P.U.F., coll.
Thémis, 1974

RUSSELL, P.

The Judiciary in Canada: The Third Branch of
Government, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Ltd,
1987

TRIBE, L.H.

American Constitutional Law, New-York, The
Foundation Press, 1978

VACHET, A.

L'idéologie libérale: l'individu et sa propriété,
Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988

Articles de périodiques

- ACORN, A. "Gender Discrimination in the Common law of Domicile and the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1991) 29 O.H.L.J. 418
- ALEXANDER, E.R. "The Supreme Court of Canada and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1990) 40 U.T.L.J. 1
- AQUIN, F. et CHENARD, D. "Les tribunaux administratifs devant les Cours supérieures: étude des principes juridiques applicables à leur qualité pour agir", (1986) R.D.U.S. 781
- AUGUSTINE, P.W. "Property Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1986) 18 Ottawa L.R. 55
- BAIGENT, J. et HOSKINS, J. "Government Action: Federal and Provincial Governments and Others as Defendants" dans G.A. BEAUDOIN, Causes invoquant la Charte 1986-87, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1987
- BAKAN, J. "Constitutional Interpretation and Social Change: You Can't Always Get What You Want (Nor What You Need)", (1991) 70 R. du B. Can. 307
- BAUDOUIN, J.-L. "Qu'en est-il du droit civil?" dans Vos clients et la Charte - liberté et égalité, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988

- BEATTY, D. "Constitutional Conceits: The Coercive Authority of Courts", (1987) 37 U.T.L.J. 183
- BEATTY, D. "A Conservative's Court: The Politicization of Law", (1991) 41 U.T.L.J. 147
- BELOBABA, E. "The Charter of Rights and Private Litigation: the Dilemma of Dolphin Delivery", dans Charter Issues in Civil Cases, Toronto, Carswell, 1988
- BENDER, P. "The Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison", (1983) 28 R.D. McGill 811
- BISSON, A.-F. "Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges", (1989) 20 R.G.D. 391
- BLACK, C.L. "Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 14", (1969) 81 Harvard L.R. 69
- BLACK, W. et SMITH, L. "Les droits à l'égalité" dans Charte canadienne des droits et libertés, 2e édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1989
- BREST, P. "State Action and Liberal Theory", (1982), 130 U. Penn. L.R. 1296
- BRIERE, M. "La compétence des tribunaux administratifs à déclarer invalide ou inopérante une disposition légale, réglementaire ou contractuelle, en raison de son incompatibilité avec une disposition des

Chartes constitutionnelles ou pour tout autre motif de droit", (1988) 18 R.D.U.S. 305

BROWN, L.N. et LEMIEUX, D.

"La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale", (1979) 20 C. de D. 783

BRUN, H.

"La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social" dans Les Tribunaux et la Charte, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985

BRUNELLE, C.

"L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux centres hospitaliers", dans Développements récents en droit de la santé (1991), vol. 24, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1991

BRUNELLE, C.

"L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes", (1990) 50 R. du B. 353

BUCKINGHAM, D.

"The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Private Action Applying the Purposive Approach", (1986) 51 Sask. L.R. 104

BUGAUD, G.

"Extension as a Charter Remedy", (1991) 55 Sask. L.R. 143

BUTT, S.

"Crown Immunity", (1986) 2 Admin. L.J. 24

CANTIN-CUMYN, M.

"Les personnes morales dans le droit privé du Québec", (1990) 31 C. de D. 1021

- CHEMERINSKY, E. "Rethinking State Action", (1985) 80 Northwestern U.L.R. 503
- CIOTOLA, P. "L'intervention de l'État dans le droit des contrats: vers une publicisation du droit des contrats ?" (1986) 20 R.J.T. 169
- COLE, K. "Federal and State "State Action": The Undercritical Embrace of a Hypercriticized Doctrine", (1990) 24 Georgia L.R. 327
- COTÉ, P-A. "L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes", (1990) 50 R. du B. 329
- CRANN, G. "How Far Does The Charter Reach? A Theoretical Review of the Section 32(1) Debate and Canada's Emerging "Governmental Action Doctrine", (1988) 47 U. of T. Fac. L. Rev. 156
- DELWAIDE, K. "Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise" dans Application des Chartes des droits et libertés en matière civile, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988
- DE MONTIGNY, Y. "Section 32 and Equality Rights" dans BAYEFSKY, A. et EBERTS, M., Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Carswell, 1985
- DE MONTIGNY, Y. "Le domaine des relations privées: un "no man's land" constitutionnel", (1988) 22 R.J.T. 243

DE MONTIGNY, Y.

"La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan", (1989) 49 R. du B. 53

DE MONTIGNY, Y.

"Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, ou l'histoire d'une valse hésitation", (1990) 50 R. du B. 689

DE MONTIGNY, Y.

"Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables", (1991) 22 R.G.D. 129

DOODY, M.R.

"Freedom of the press, the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and a New Category of Qualified Privilege", (1983) 61 R. du B. Can. 124

DOMES, A.

"The Courts, the Common Law, and the Constitutional Imperative: Beyond Dolphin Delivery", (1989) 27 Alberta L.R. 430

DUCLOS, N. et ROACH, K.

"Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": a Comment on R. c. Schachter", (1991) 36 R.D. McGill

EBERTS, M.

"Les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés en matière d'égalité et les institutions de l'État" dans Les Tribunaux et la Charte, Ottawa, Approvisionnements et services Canada, 1985

ELLIOT, R.

"Interpreting the Charter - Use of the Earlier Versions as an Aid", (1982) 16 U.B.C.L.R. 11

- ELLIOT, R. et GRANT, R.** "The Charter's Application in Private Litigation", (1989) 23 U.B.C.L.R. 459
- ETHERINGTON, B.** "Notes of Cases - Retail Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd", (1987) 66 R. du B. Can. 818
- FLANNIGAN, R.** "Crown agent status", (1988) 67 R. du B. Can. 229
- FOSTER, E.** "Corporations and Constitutional Guarantees", (1990) 31 C. de D. 1125
- FRASER, D.** "And Now for Someting Completely Different: Judging Interpretation and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1987) 7 Windsor Yearb. Access Justice 66
- FREEMAN, A. et MENSCH, E.** "The Public-Private Distinction in American Law and Life", (1987) 36 Buffalo L.R. 237
- FREEMAN, J.** "Justifying Exclusion: A Feminist Analysis of the Conflict Between Equality and Association Rights", (1989) 47 U. of T. Fac. L. Rev. 269
- FRÉMONT, J.** "Les tribunaux et la Charte: le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques", (1991) 36 R.D. McGill 1324
- FUDGE, J.** "The Public/Private Distinction: the Possibilities of and the Limits to the Use of Charter Litigation to Further Feminist Struggles, (1987) 25 O.H.L.J. 485

GAGNON, J.-D.

"L'arrêt Dolphin Delivery: La porte est-elle ouverte ou fermée?", (1987) 32 R.D. McGill 924

GARANT, P.

"Les sociétés d'État: instruments d'intervention économique - aspects juridiques" dans I. BERNIER et A. LAJOIE, Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986

GARANT, P.

"Qui contrôle la constitutionnalité des lois, les cours supérieures ou les tribunaux administratifs?", (1989) 30 C. de D. 189

GARANT, P.

"Charte constitutionnelle et statut des tribunaux administratifs et disciplinaires", (1991) 4 C.J.A.L.P. 153

GARANT, P. et LECLERC, G.

"La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement", (1979) 20 C. de D. 485

GAUDET, S.

"La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés: commentaires sur l'affaire Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038", (1990) 20 R.D.U.S. 447

GIBSON, D.

"The Charter of Rights and the Private Sector", (1982) 12 Man. L.J. 213

GIBSON, D.

Distinguishing the Governors From the Governed: the Meaning of "Government" Under Section 32 (1) of the Charter", (1983) 13 Man L.J. 505

- GIBSON, D. "What did Dolphin Deliver ?" dans Vos clients et la Charte - liberté et égalité, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988
- GIBSON, D. "The Real Laws of the Constitution", (1990) 28 Alberta L.R. 358
- GLASBEEK, H.J. "Some Strategies for An Unlikely Task: The Progressive Use of Law", (1989) 21 Ottawa L.R. 387
- GLENN, P. "L'article 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés: la réparation convenable et juste" dans Application des Chartes des droits et libertés en matière civile, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988
- GLENN, P. "Pour une Cour d'appel", (1990) 31 C. de D. 537
- GOLD, M. "La rhétorique des droits constitutionnels", (1988) 22 R.J.T. 1
- GOLD, R. "From Right to Remedy: Putting Equality to Work", (1989) 14 Queen's L.J. 213
- GOULET, J. "La propriété: La perception au figuré d'un droit pourtant bien réel", (1990) 21 R.G.D. 739
- GRAGLIA, L.A. "State Action: Constitutional Phoenix", (1989) 67 Wash. L.R.Q. 777

- HARVIE, R. et FOSTER, H.** "Ties that Bind? The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence, and the Revision of Canadian Criminal Law Under the Charter", (1990) 28 O.H.L.J. 729
- HOGG, P.** "Who is bound by the Charter ?" dans Vos clients et la Charte - liberté et égalité, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988
- HORWITZ, M.J.** "The History of the Public/Private Distinction", (1982) 130 U. Penn. L.R. 1423
- HOWSE, R.** "Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law", (1988) 46 U. of T. Fac. L. Rev. 248
- HUTCHINSON, A. et PETTER, A.** "Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter", (1988) 38 U.T.L.J. 278
- HUTCHINSON, A. et PETTER, A.** "Daydream Believing: Visionary Formalism and the Constitution", (1990) 22 Ottawa L.R. 365
- HUTCHINSON, A.** "Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech", (1990) 17 C.B.L.J. 2
- HUTCHINSON, A.** "Mice Under a Chair: Democracy, Courts, and the Administrative State", (1990) 40 U.T.L.J. 374
- JACKMAN, M.** "The Protection of Welfare Rights Under the Charter", (1988) 20 Ottawa L.R. 257

- JACQUIER, C. "La liberté de circulation des étudiants au Canada: une liberté garante et quasi absolue", (1985) 16 R.G.D. 511
- KANTER, M. "The Government Action Doctrine and the Public/Private Distinction: Searching for Private Action", (1990) 15 Queen's L.J. 33
- KENNEDY, D. "The stages of the Decline of the Public/ Private Distinction", (1982) 130 U. Penn. L.R. 1349
- KRYGIER, M. "Law as Tradition", (1986) 5 Law and Philosophy 237
- LAJOIE, A. "Contributions à une théorie de l'émergence du droit: I. le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées", (1991) 25 R.J.T. 103
- LAJOIE, A. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux", (1991) 36 R.D. McGill 1338
- LAFOREST, G. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: an Overview", (1983) 61 R. du B. Can. 19
- LEBEL, M. "L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés au regard du droit international des droits de la personne - Critique de la démarche suivie par la Cour suprême du Canada", (1988) 48 R. du B. 743

- LEDERMAN, W.R.** "Democratic Parliaments, Independent Courts and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1986) 11 Queen's L.J. 1
- LESSARD, H.** "The Idea of the "Private": A Discussion of State Action Doctrine and Separate Sphere Ideology", dans Charterwatch: Reflections on Equality, Toronto, Carswell, 1986
- LIZÉE, M.** "Deux fictions de droit corporatif", (1983) 43 R. du B. 649
- LLUELLES, D. et TRUDEL, P.** "L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé", (1984) 18 R.J.T. 219
- LUSSIER, L.** "L'affaire Bélanger c. Cité de la santé de Laval: de la qualification du litige et de l'application des Chartes", (1991) 21 R.D.U.S. 591
- MACKAY, A.W.** "Freedom of expression: Is it All Just Talk?", (1989) 68 R. du B. Can. 713
- MACKLEM, P.** "Constitutional Ideologies", (1988) 20 Ottawa L.R. 117
- MACNEIL, M.** "Courts and Liberal Ideology: An analysis of the Application of the Charter to Some Labour Law Issues", (1989) 34 R.D. McGill 86
- MAGNUSSON, W.** "The Local State in Canada: Theoretical Perspectives", (1985) 28 Adm. Pub. Can. 575

- MANFREDI, C. "The Use of United States Decisions by the Supreme Court of Canada Under the Charter of Rights and Freedoms", (1990) 23 Rev. Can. Sc. Pol. 499
- MANWARING, J. "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: a Comment on the Decision in the Case of Dolphin Delivery Ltd", (1987) 19 Ottawa L.R. 413
- MARTIN, R. "Ideology and Judging in the Supreme Court of Canada", (1988) 26 O.H.L.J. 797
- MATTHEWS-GLENN, J. et DOUMANI, R. "Property, Planning and the Charter", (1989) 34 R.D. McGill 1036
- McLACHLIN, B.M. "The Role of the Court in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudicator?", (1990) 39 U.N.B.L.J. 43
- McLELLAN, A. et ELMAN, B. "To Whom does the Charter Apply ? Some Recent Cases on s. 32", (1986) 24 Alberta L.R. 361
- MOCKLE, D. "La réforme du statut juridique de l'Administration fédérale", (1986) 29 Adm. Pub. Can. 282
- MOCKLE, D. "Les enjeux et les difficultés d'une conception essentialiste de l'État et de l'Administration en droit français", (1990) 24 R.J.T. 291
- MOCKLE, D. "L'impact du principe d'égalité sur les privilèges et immunités de l'État", (1990) 50 R. du B. 431

MOREL, A.

"La valorisation de la Charte canadienne par le moyen de la Déclaration: une rhétorique judiciaire trompeuse" dans G.A. BEAUDOIN, La Cour suprême du Canada, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1986

MOREL, A.

"La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne", (1987) 21 R.J.T. 1

MORIN, J.-Y.

"La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne", (1987) 21 R.J.T. 25

MORISSETTE, Y-M.

"Certains problèmes d'applicabilité des Chartes des droits et libertés en droit québécois" dans Application des Chartes des droits et libertés en matière civile, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988

MOULL, W.D.

"Business Law Implications of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983) 8 C.B.L.J. 449

OTIS, G.

"The Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law", [1987] P.L. 516

OTIS, G.

"The Charter, Private Action and the Supreme Court", (1987) 19 Ottawa L.R. 71

OTIS, G.

"Judicial Immunity from the Charter Review: Myth or Reality", (1989) 30 C. de D. 673

- OTIS, G.** "Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise", (1991) 51 R. du B. 561
- OTIS, G.** "La responsabilité de l'administration en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Développements récents en droit administratif (1992), vol. 31, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1992
- PÉPIN, R.** "La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à l'Université de Sherbrooke?", (1990) 20 R.D.U.S. 433
- PÉPIN, G.** "La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer", (1987) 47 R. du B. 509
- PÉPIN, G.** "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés", (1991) 16 Queen's L.J. 113
- PERRET, L.** "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec", (1981) 12 R.G.D. 121
- PETTER, A. et MONAHAN, P.** "Developments in Constitutional Law: the 1986-87 Term", (1988) 10 Supreme Court L.R. 61

- PETTER, A. "Canada's Charter Flight: Soaring Backwards into the Future", (1989) 16 Journal of Law and Society 151
- PHILLIPS, M.J. "The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine", (1984) St-Louis U.L.J. 683
- PINARD, D. "Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés", (1989) 30 C. de D. 137
- PINARD, D. "L'exigence d'avis préalable au procureur général prévue à l'article 95 du Code de procédure civile", (1990) 50 R. du B. 629
- PINARD, D. "Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt Slaight Communications", (1991) 1 N.J.C.L. 79
- POTTER, J. "Rights redefined", Canadian Lawyer, mai-juin 1982, vol 6, no 4, p. 10
- RAINER-KNOPFF, R. et MORTON, F.L. "Le développement national et la Charte" dans A. CAIRNS et C. WILLIAMS, Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986
- RÉMILLARD, G. "Les conditions d'application de la Charte canadienne des droits et libertés", (1984) 83 F.P.B.Q. 3

- RIVERO, J. "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées" dans RENÉ CASSIN, Amicorum Discipulorumque liber, tome III, Paris, Ed. A Pedone, 1971
- RIVERO, J. "Rapport de synthèse" dans Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1982
- ROCHER, G. "Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes" dans Les Chartes des droits et les relations industrielles, Québec, P.U.L., 1988
- ROSE, N. "Beyond the Public/Private Division: Law, Power and the Family", (1987) 14 Journal of Law and Society 61
- ROUSSEAU, G. "Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal", (1986) 46 R. du B. 627
- ROWE, T.D. "The Emerging Threshold Approach to State Action Determinations: Trying to Make Sense of Flagg Brothers Inc. v. Brooks", (1981) 69 Georgetown L.J. 745
- RUSSELL, P. "The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983) 61 R. du B. Can. 30

- SAMSON, J.K.** "Le droit à l'égalité et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne" dans G.A. BEAUDOIN, Vues canadiennes et européennes des droits et libertés, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1989
- SANDSTROM, K.** "Personnal and Vicarious Liability For The Wrongful Acts of Government Officials: An Approach For Liability Under The Charter of Rights and Freedoms", (1990) 24 U.B.C.L.R. 229
- SCHNEIDER, R.S.** "State Action - Making Sense Out of Chaos - an Historical Approach", (1985) 37 U. of Florida L.R. 737
- SLATTERY, B.** "Charter of Rights and Freedoms-Does it Bind Private Persons", (1985) 63 R. du B. Can. 148
- SLATTERY, B.** "The Charter's Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver ?", (1987) 32 R.D. McGill 905
- SLATTERY, B.** "A Theory of the Charter", (1987) 25 O.H.L.J. 701
- SWINTON, K.** "Federalism and Provincial Government Immunity", (1979) 29 U.T.L.J. 1
- SWINTON, K.** "Application de la Charte canadienne des droits et libertés" dans G.A. BEAUDOIN et W. TARNOPOLSKY, Charte canadienne des droits et libertés, 1ère édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1982

- TARNOPOLSKY, W. "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983) 61 R. du B. Can. 242
- TARNOPOLSKY, W. "The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted with the American Bill of Rights", (1983) 5 H.R.Q. 227
- TASSÉ, R. "Application de la Charte canadienne des droits et libertés" dans Charte canadienne des droits et libertés, 2e édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1989
- VANDYCKE, R. "La Charte constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels", (1989-90) 6 A.C.D.P. 167
- VANDYCKE, R. "L'activisme judiciaire et les droits de la personne: émergence d'un nouveau savoir-pouvoir?", (1989) 30 C de D. 927
- WHYTE, J. "Is the Private Sector Affected by the Charter" dans L. SMITH, Righting the Balance: Canada's New Equality Rights, Saskatoon, C.H.R.R. Inc., 1986
- WOLDE-GIORGHIS, H. "Le fardeau de la preuve en matière de discrimination", (1987) 21 R.J.T. 169
- YALDEN, R. "Liberalism and Canadian Constitutional Law: Tensions in an Evolving Vision of Liberty", (1988) 47 U. of T. Fac. L. Rev. 132

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

1) JURISPRUDENCE CANADIENNE

- . Administration du Pipe-Line du Nord c. Perehinec, [1983] 2 R.C.S. 513
- . Air Canada c. P.G. de la Colombie-Britannique, [1986] 2 R.C.S. 539
- . Air Canada c. Cité de Dorval, [1985] 1 R.C.S. 861
- . Alberta Government Telephones c. C.R.T.C., [1989] 2 R.C.S. 225
- . Alcoholism Foundation of Manitoba c. City of Winnipeg, (1990) 69 D.L.R. (4th) 697 (C.A. Man.)
- . Arlington Crane Service v. Ontario (Minister of Labour), (1989) 56 D.L.R. (4th) 209 (Ont. H.C.J.)
- . Amax Potash Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan, [1977] 2 R.C.S. 576
- . Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143
- . Argentina c. Mellino, [1987] 1 R.C.S. 536
- . A.G. Nova Scotia c. Phillips, (1987) 34 D.L.R. (4th) 633 (C.S.N.E., division d'appel)
- . Badger c. A.G. Canada, (1989) 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.)
- . Baker c. Tanner, (1991) 77 D.L.R. (4th) 379 (C.S.N.E., division d'appel)
- . Baldwin c. B.C.G.E.U. (1986) 28 D.L.R. (4th) 301 (C.S.C.B.)
- . Bancroft c. University of Toronto, (1986) 53 O.R. (2d) 460 (Ont. H.C.)
- . Banque Fédérale de Développement c. Scierie Mont-Valin Ltée, [1982] C.A. 17

- . Bartello c. Canada Post Corporation, (1988) 46 D.L.R. (4th) 129 (Ont. H.C.J.)
- . Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56
- . Bell Canada c. Canada (CRTC), [1989] 1 R.C.S. 1722
- . Belhumeur c. Savard, [1988] R.J.Q. 1526 (C.A.)
- . Berardinelli c. Ontario Housing Corporation, [1979] 1 R.C.S. 275
- . Bhatnager c. Canada (M.E.I.), [1990] 2 R.C.S. 217
- . Bhindi c. British Columbia Projectionists, (1986) 29 D.L.R. (4th) 47 (C.A.C.B.)
- . Bibeault c. McCaffrey, [1984] 1 R.C.S. 176
- . Black c. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591
- . Blainey c. Ontario Hockey Association, (1986) 26 D.L.R. (4th) 728 (C.A. Ont.)
- . Borowski c. P.G. du Canada, [1989] 1 R.C.S. 342
- . Brousseau c. Alberta Securities Commission, [1989] 1 R.C.S. 301
- . B.C. Development Corp. c. Friedmann (ombudsman), [1984] 2 R.C.S. 447
- . B.C.G.E.U. c. P.G. de la Colombie-Britannique, [1988] 2 R.C.S. 214
- . C.A.I.M.A.W. c. Paccar of Canada Ltd, [1989] 2 R.C.S. 983
- . Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892
- . Canada Deposit Insurance Corp. c. Code, (1988) 49 D.L.R. (4th) 57 (C.A. Alb.)
- . Canadian Newspaper Co. Ltd c. City of Victoria, (1990) 63 D.L.R. (4th) 1 (C.A.C.B.)

- . Canadian Union of Postal Workers c. Canada Post Corp. (1987) 40 D.L.R. (4th) 67 (Alb. Q.B.)
- . Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489
- . Chandler c. Alberta Association of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848
- . Cheema c. Ross, (1991) 82 D.L.R. (4th) 213 (C.A.C.B.)
- . Cockfield Brown Inc. c. Société Radio-Canada, [1989] R.L. 1 (C.A.)
- . Christie c. York Corporation, [1940] R.C.S. 139
- . Comité pour la République du Canada c. Canada, [1991] 1 R.C.S. 139
- . Commission des droits de la personne c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Inc., [1987] R.L. 277 (C.A.)
- . Commission des normes du travail c. C.R.S.S.S. de la Montérégie, [1987] R.J.Q. 841 (C.A.)
- . Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc., [1977] 2 R.C.S. 67
- . Communities Economic Development Fund c. Canadian Pickles Corp., (1992) 85 D.L.R. (4th) 88 (C.S.C.)
- . Compagnie d'assurances Fidélité du Canada c. Cronkhite Supply Ltd., [1977] 2 R.C.S. 27
- . Cotroni c. C.P.Q., [1978] 1 R.C.S. 1048
- . Cuddy Chicks Ltd c. C.R.T.O., [1991] 2 R.C.S. 5
- . Curr c. R., [1972] R.C.S. 889
- . C.T.C.U.Q. c. Commission des Champs de bataille nationaux, [1988] R.L. 146 (C.A.); [1990] 2 R.C.S. 838

- . Danson c. P.G. Ontario, [1990] 2 R.C.S. 1086
- . Dersch c. P.G. du Canada, [1990] 2 R.C.S. 1505
- . Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, (1988) 49 D.L.R. (4th) 749 (C.A.C.B.); [1990] 3 R.C.S. 570
- . Droit de la famille - 1150, [1991] R.J.Q. 306 (C.A.)
- . Dubois c. R., [1985] 2 R.C.S. 350
- . Edmonton Journal c. P.G. de l'Alberta, [1989] 2 R.C.S. 1326
- . États-Unis c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469
- . Ford c. P.G. du Québec, [1988] 2 R.C.S. 712
- . Formea Chemicals Ltd c. Polymer Corp. Ltd., [1968] R.C.S. 754
- . Fraser c. C.R.T.F.P., [1985] 2 R.C.S. 455
- . Fortin c. Syndicat national des employés de l'Hôtel-Dieu de Montréal (C.S.N.), [1988] R.J.Q. 526 (C.S.)
- . Gagnon c. Southam Inc., [1989] R.J.Q. 1145 (C.A.)
- . Godbout c. Ville de Longueuil, [1989] R.J.Q. 1511 (C.S.)

- . Harelkin c. Université de Régina, [1979] 2 R.C.S. 561
- . Harrison c. University of British Columbia, (1988) 49 D.L.R. (4th) 687 (C.A.C.B.); [1990] 3 R.C.S. 451
- . Hoogbruin c. A.G. British Columbia, (1986) 24 D.L.R. (4th) 718 (C.A.C.B.)
- . Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

- . Immeubles Port Louis Ltée c. Village de Lafontaine, [1991] 1 R.C.S. 326
- . Institut Professionnel de la Fonction Publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire), [1990] 2 R.C.S.
- . Irwin Toy Ltd c. P.G. du Québec, [1989] 1 R.C.S. 927

- . James Doyle (Sr.) & Sons Ltd c. Anderson, (1990) 71 D.L.R. (4th) 731 (C.A.T.N.)

- . Kennett c. Health Sciences Centre, (1991) 83 D.L.R. (4th) 744 (C.A. Man.)
- . Kew c. Town of Burlington, [1980] 2 R.C.S. 598
- . Klein c. Law Society of Upper Canada (1985) 16 D.L.R. (4th) 489 (C. Div. Ont.)
- . Kohn c. Globerman, (1986) 27 D.L.R. (4th) 583 (C.A. Man.)
- . Knight c. Indian Head School Division No 19, [1990] 1 R.C.S. 653

- . Lambert c. P.P.D. Rim-Spec Inc., [1991] R.J.Q. 2174 (C.A.)
- . Laurentide Motels c. Ville de Beauport, [1989] 1 R.C.S. 705
- . Lavigne c. S.E.F.P.O., (1989) 56 D.L.R. (4th) 474 (C.A. Ont.); [1991] 2 R.C.S. 211
- . Larose c. Malenfant, [1988] R.J.Q. 2643 (C.A.)
- . Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357
- . Leroux c. Co-operators General Insurance Co., (1991) 83 D.L.R. (4th) 694 (C.A. Ont.)
- . Lignes Aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A., [1988] 2 C.F. 493 (C.A.)
- . Lippé c. P.G. du Québec, J.E. 91-934 (C.S.C.)
- . Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.)
- . Mackay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357
- . Mackeigan c. Hickman, [1989] 2 R.C.S. 796
- . Mahé c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342
- . McBeth c. Governors of Dalhousie College & University, (1986) 26 D.L.R. (4th) 321 (C.S.N.E., division d'appel)
- . McCutcheon v. City of Toronto, (1983) 147 D.L.R. (3d) 193 (Ont. H.C.)
- . McDermott v. Town of Nackawic, (1988) 53 D.L.R. (4th) 150 (C.A.N.B.)
- . McDonald c. Ville de Montréal, [1986] 1 R.C.S. 460
- . McEvoy c. P.G. du Nouveau-Brunswick, [1983] 1 R.C.S. 704
- . McKinney c. Université de Guelph, (1988) 46 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Ont.); [1990] 3 R.C.S. 229

- . Mills c. R., [1986] 1 R.C.S. 863
- . Moore c. British Columbia, (1988) 50 D.L.R. (4th) 29 (C.A.C.B.)
- . Morguard Properties Ltd c. Ville de Winnipeg, [1983] 2 R.C.S. 493
- . Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170
- . Northwestern Utilities Ltd c. Ville d'Edmonton, [1979] 1 R.C.S. 684
- . Ontario English Catholic Teachers Association c. Essex County Roman Catholic School Board, (1987) 36 D.L.R. (4th) 115 (C. Div. Ont.)
- . Operation Dismantle c. R., [1985] 1 R.C.S. 441
- . Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba, (1990) 62 D.L.R. (4th) 681 (C.A. Man.); J.E. 91-1507 (C.S.C.)
- . P.G. du Canada c. Law Society of British Columbia, [1982] 2 R.C.S. 307
- . P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat, [1980] 2 R.C.S. 735
- . P.G. du Canada c. Mossop, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.)
- . P.G. de la Colombie-Britannique c. Canada Trust Co., [1980] 2 R.C.S. 466
- . P.G. du Manitoba c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110
- . P.G. du Québec c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016; [1981] 1 R.C.S. 312
- . P.G. du Québec c. Chartrand, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.)

- . P.G. du Québec c. Labrecque, [1980] 2 R.C.S. 1057
- . P.G. du Québec c. Q.P.S.B., [1984] 2 R.C.S. 66
- . Ramsden c. City of Peterborough, (1992) 85 D.L.R. (4th) 76 (C.A. Ont.)
- . R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833
- . R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295
- . R. c. Bridges, (1991) 78 D.L.R. (4th) 529 (C.A.C.B.)
- . R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265
- . R. c. Dymment, [1988] 2 R.C.S. 417
- . R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713
- . R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, [1983] 2 R.C.S. 551
- . R. c. Hébert, [1990] 2 R.C.S. 151
- . R. c. Hess, [1990] 2 R.C.S. 906
- . R. c. Holmes, [1988] 1 R.C.S. 914
- . R. c. Hothi, [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.); (1985) 35 Man. R. (2d) 159 (C.A. Man.)
- . R. c. J.M.G., (1987) 33 D.L.R. (4th) 277 (C.A.Ont.)
- . R. c. Kalanj, [1989] 1 R.C.S. 1594
- . R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697
- . R. c. Kopyto, (1988) 47 D.L.R. (4th) 213 (C.A. Ont.)
- . R. c. Lerke, (1986) 25 D.L.R. (4th) 403 (C.A. Alta)

- . R. c. Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114
- . R. c. McKinlay Transport Ltd, [1990] 1 R.C.S. 627
- . R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30
- . R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103
- . R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588
- . R. c. Salituro, J.E. 92-16 (C.S.C.)
- . R. c. Shafie, (1989) 47 C.C.C. (3d) 27 (C.A. Ont.)
- . R. c. Simmons, [1988] 2 R.C.S. 495
- . R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075
- . R. c. Schachter, [1990] 2 C.F. 129 (C.A.)
- . R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933
- . R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613
- . R. c. Thomsen, [1988] 1 R.C.S. 640
- . R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296
- . R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541
- . Renvoi: droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721
- . Renvoi: Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373
- . Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313
- . Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486
- . Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123

- . Renvoi: résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753
- . Restaurant Faubourg St-Denis Inc. c. Durand, [1990] R.J.Q. 1218 (C.A.)
- . Rocheport c. R., (1990) R.L. 291 (C.A.)
- . Rocket c. College Royal des Chirugiens Dentistes, [1990] 2 R.C.S. 232
- . Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc., [1990] 2 R.C.S. 440
- . Rothman c. R., [1981] 1 R.C.S. 640
- . Roy c. Hackett, (1988) 45 D.L.R. (4th) 415 (C.A. Ont.)
- . Rover c. Migneault, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.)
- . Rudolf Wolff & Co Ltd c. R., [1990] 1 R.C.S. 695
- . Rural Dignity of Canada c. Canada Port. Corp., (1991) 78 D.L.R. (4th) 211 (C.F., D.P.I.)

- . Scowby c. Glendenning, [1986] 2 R.C.S. 226
- . Seneca College c. Bhadauria, [1981] 2 R.C.S. 181
- . Shell Canada Products Ltd c. City of Vancouver, (1991) 81 D.L.R. (4th) 353; 84 D.L.R. (4th) 157 (C.A.C.B.)
- . Singh c. M.E.I., [1985] 1 R.C.S. 177
- . Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038
- . Sniders c. Nova Scotia, (1988) 51 D.L.R. (4th) 357 (C.S.N.E.); (1989) 55 D.L.R. (4th) 408 (C.S.N.E., division d'appel)
- . Société du parc industriel du centre du Québec c. Syndicat des Travailleurs de Didier (C.S.N.), J.E. 91-893 (C.S.)

- . Société Radio-Canada c. C.P.Q., [1979] 2 R.C.S. 618
- . Société Radio-Canada c. R., [1983] 1 R.C.S. 339
- . South Saskatchewan River Irrigation District No. 1 v. Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan, (1989) 52 D.L.R. (4th) 65 (C.A. Sask.)
- . Spencer c. R., [1985] 2 R.C.S. 278
- . Stoffman c. Vancouver General Hospital, (1988) 49 D.L.R. (4th) 728 (C.A.C.B.); [1990] 3 R.C.S. 483
- . S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd, [1984] 3 W.W.R. 481 (C.A.C.B.); [1986] 2 R.C.S. 573
- . S.E.F.P.O. c. P.G. de l'Ontario, [1987] 2 R.C.S. 2
- . Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flammand, [1987] 2 R.C.S. 219
- . Systèmes Informatisés Solartronix c. C.E.G.E.P. de Jonquière, [1990] R.J.Q. 1071 (C.S.), p. 1081
- . Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.), [1991] 2 R.C.S. 22
- . Thomson Newspapers Ltd c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425
- . Tomen c. Ontario (F.T.W.A.), (1989) D.L.R. (4th) 565 (C.A. Ont.)
- . Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530
- . Valente c. R., [1985] 2 R.C.S. 673
- . Vérificateur général du Canada c. Ministre de l'Energie, des Mines et des Ressources, [1989] 2 R.C.S. 49

- . Verreault et Fils c. P.G. du Québec, [1977] 1 R.C.S. 41
- . Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Electriques Inc., [1990] R.J.Q. 703 (C.A.)
- . Ville de Brossard c. Québec (C.D.P.), [1988] 2 R.C.S. 279
- . Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc., [1985] 1 R.C.S. 368
- . Ville de Saint-Laurent c. Marien, [1962] R.C.S. 580
- .
- . Wardle c. Manitoba Farm Loans Association, [1956] R.C.S. 3
- . West Island Plomberie et Chauffage Ltée c. Volcano Inc., [1983] C.S. 769
- . Westeel-Rosco Ltd c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre, [1977] 2 R.C.S. 238
- . Winnipeg School Division No 1 c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150
- .
- . Young c. Young, (1991) 75 D.L.R. (4th) 46 (C.A.C.B.)

2) JURISPRUDENCE ANGLAISE ET AMÉRICAINE

- . A.G. c. De Keyser's Royal Hotel Ltd, [1920] A.C. 508 (C.P.)
- . A.G. Ontario c. A.G. Canada, [1912] A.C., 571 (C.P.)
- . British Coal Corporation c. R., [1935] A.C. 500 (C.P.)
- . Burton c. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961)
- . Edwards c. A.G. Canada, [1930] A.C. 124. C.P.
- . Flagg Brothers c. Brooks, 436 U.S. 149 (1978)
- . Jackson c. Metropolitan Edison Company, 419 U.S. 345 (1974)
- . Maharaj c. A.G. of Trinidad and Tobago (no 2), [1979] A.C. 385 (C.P.)
- . Minister of Home Affairs c. Fisher, [1980] A.C. 319, (C.P.)
- . New York Times c. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
- . In re Norway's Application (Nos 1 & 2), [1990] A.C. 723 (H.L.)
- . Province of Bombay c. City of Bombay, [1947] A.C. 58 (C.P.)
- . Reitman c. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967)

- . Shelley c. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948)
- . The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883)