

Les Cahiers de droit



Le *locus standi* dans les actions d'intérêt public et la *relator action* : l'empire de la common law en droit québécois

Fabien Gélinas

Volume 29, Number 3, 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042904ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042904ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

The duality of the sources of Quebec law poses special problems for the jurist who must determine the juridical norm applicable to a given situation. He must work within the appropriate body of norms and, at the same time, propose a solution which is acceptable in practice. The authority of common law in Quebec extends to limits which are not well-established and not likely soon to be clarified.

Starting from the vexed question of standing in public interest actions, the author elaborates on the applicability of common law with respect to the Quebec *Code of Civil Procedure*. The article first discusses briefly the principles of common law which have traditionally governed standing in public interest actions, together with the corresponding legislative framework established in Quebec. Emphasis is given to the rights and duties of the Attorney General, especially in the area of *relator* proceedings. The author questions the soundness of interpreting the *Code of Civil Procedure* as if it were an ordinary statute in a common law system. Bearing in mind its underlying purpose, he proposes a protectionist interpretation of the *Code of Civil Procedure*, less susceptible to the infiltration of common law.

Cite this article

Gélinas, F. (1988). Le *locus standi* dans les actions d'intérêt public et la *relator action* : l'empire de la common law en droit québécois. *Les Cahiers de droit*, 29(3), 657–687. <https://doi.org/10.7202/042904ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1988

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Le *locus standi* dans les actions d'intérêt public et la *relator action*: l'empire de la common law en droit québécois

Fabien GÉLINAS *

The duality of the sources of Quebec law poses special problems for the jurist who must determine the juridical norm applicable to a given situation. He must work within the appropriate body of norms and, at the same time, propose a solution which is acceptable in practice. The authority of common law in Quebec extends to limits which are not well-established and not likely soon to be clarified.

Starting from the vexed question of standing in public interest actions, the author elaborates on the applicability of common law with respect to the Quebec Code of Civil Procedure. The article first discusses briefly the principles of common law which have traditionally governed standing in public interest actions, together with the corresponding legislative framework established in Quebec. Emphasis is given to the rights and duties of the Attorney General, especially in the area of relator proceedings. The author questions the soundness of interpreting the Code of Civil Procedure as if it were an ordinary statute in a common law system. Bearing in mind its underlying purpose, he proposes a protectionist interpretation of the Code of Civil Procedure, less susceptible to the infiltration of common law.

* LL.B., étudiant à la maîtrise à l'Université de Montréal. Pour cet article l'auteur a reçu un des quatre prix de 1 000. attribués par *Les Cahiers de Droit* en 1987-88 dans le cadre du concours qu'ils destinent annuellement aux étudiants de maîtrise du Québec. Il tient à remercier le professeur Jacques Frémont pour ses commentaires et suggestions.

	<i>Pages</i>
Introduction	658
1. L'action d'intérêt public et la <i>relator action</i> en common law	659
1.1. Le <i>locus standi</i> et le rôle du procureur général	659
1.1.1. Historique	659
1.1.2. La conception traditionnelle	662
1.2. La <i>relator action</i>	667
2. L'action d'intérêt public et la <i>relator action</i> en droit québécois	668
2.1. L'encadrement normatif	668
2.1.1. Le <i>locus standi</i> et le rôle du procureur général	668
2.1.2. La <i>relator action</i>	674
2.2. L'effet du <i>Code de procédure civile</i> sur les règles de common law	676
2.2.1. La présomption de maintien de la common law	676
2.2.2. La problématique des conflits de normes	682
Conclusion	685

Introduction

Au cours de la seconde moitié de ce siècle, l'expansion spectaculaire de l'administration publique et l'avènement de mégaphénomènes tels que la pollution industrielle, ont rendu plus fréquentes les atteintes à la *rule of law* qui préjudicient à l'ensemble de la population. La défense de l'intérêt général par la voie judiciaire sourit aujourd'hui à certains justiciables qui ne sont pas plus affectés que les autres membres de leur collectivité. Mais la faculté du citoyen de s'adresser aux tribunaux pour assurer le respect de la légalité dans l'intérêt public est depuis longtemps limitée par la notion de *locus standi*, dont l'acception traditionnelle requiert du demandeur la preuve d'un préjudice personnel et distinct. L'assouplissement des règles élaborées en une époque révolue s'est avérée inévitable.

En effet, la common law est sur cette question en période de transition, alors que le droit positif québécois tend également vers une plus grande ouverture. Dans le jeu de cette progression toutefois, il faut garder à l'esprit que les règles sont au Québec bien différentes. Autant l'expression normative du régime traditionnel y est-elle particulière, autant son évolution devrait s'envisager différemment.

Nous exposerons d'abord les principes de common law qui ont traditionnellement régi le *locus standi* dans les actions d'intérêt public (1.). Nous discuterons alors du rôle conféré au procureur général puis de la *relator action*. Gardant à l'esprit les principes de common law d'abord exposés, nous

aborderons ensuite le droit québécois en tentant d'y cerner les normes applicables à la même matière (2.). Les particularités de l'encadrement normatif seront soulignées, autant à l'égard du rôle du procureur général que de la *relator action*. Sera plus amplement traitée la question fondamentale de l'effet du *Code de procédure civile* sur les règles de common law.

1. L'action d'intérêt public et la *relator action* en common law

Malgré le rôle crucial qu'occupe la *rule of law* dans la culture juridique anglaise, bien peu d'individus peuvent prétendre sincèrement se soucier de son intégrité lorsque sa violation n'en affecte pas leurs convictions profondes. Chacun s'intéresse pourtant à la légalité d'un acte qui semble contraire à son propre système de valeurs¹. Comme moyen ultime dans sa lutte visant à faire correspondre les rapports sociaux à son idéologie, le justiciable invoque la légalité devant celui qui en est traditionnellement l'ultime protecteur : le juge. Les tribunaux ont cependant toujours interdit au citoyen anglais de se faire porteur de l'intérêt public dans la défense de la *rule of law*. Le procureur général exerçant traditionnellement en Angleterre la prérogative des actions dites d'intérêt public, nous verrons que les tribunaux refusent systématiquement d'entendre le citoyen consciencieux, chercheur du respect de la *rule of law*, à moins qu'il n'y démontre un intérêt particulier² (1.1.). Reste toujours la possibilité pour le justiciable de s'adresser au procureur général par le mécanisme de la *relator action* (1.2.).

1.1. Le *locus standi* et le rôle du procureur général

Cette pratique judiciaire limitative de l'initiative individuelle au profit du procureur général, qui s'est répandue dans tout le Commonwealth et dont on conteste de plus en plus le bien fondé, est le résultat d'une évolution répartie sur plusieurs siècles en droit anglais.

1.1.1. Historique

Une affaire décidée en 1811 nous rappelait fort pertinemment que le rôle du procureur général repose en dernière analyse sur le principe fondamental suivant : « [...] the King is the Fountain of Justice ; and all offences against the

1. M. PICKARD, « Why Joseph Borowski has standing? », (1986), 36 *U. of T. L. J.* 19.

2. H.W.R. WADE, *Administrative law*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 579.

public peace, are offences against his Crown and Dignity ; [...] »³. Au moment où ce principe en était à son apogée dans l'histoire anglaise, les cours royales ne se distinguaient juridiquement pas de leur souverain mandant, non plus que le procureur du Roi. Il fut une époque où certains juristes ont cumulé les fonctions de juge et de procureur du roi⁴. Il est même arrivé qu'un seul personnage se trouve à rendre jugement et à faire office de représentant du Roi dans une affaire unique⁵. Toutefois, la notion même de procureur du Roi indiquait déjà que les cours royales en étaient venues à se distinguer peu à peu du Souverain, celui-ci se soumettant à la juridiction de celles-là par son représentant attitré. On sait que ces cours se caractérisent aujourd'hui dans l'État par leur indépendance de principe.

Par la suite, les tribunaux ont attribué au Souverain le titre de *parens patriae*⁶, qui le rendait responsable de protéger les orphelins, les idiots, les fous et les fonds de charité⁷. Ces matières relevaient naturellement de la Cour de Chancellerie, où le Roi agissait par son procureur général⁸. Pour ce qui est des fonds de charité par exemple, le procureur veillait à faire respecter par le *trustee* la promesse qu'il avait faite au donateur et ne créait pour le bénéficiaire que des droits en équité. Avec le temps, et non sans hésitation de la part des tribunaux⁹, le contrôle du procureur général s'est étendu à la légalité des actions de tous les types de corps public, au regard autant de la common law et du droit statutaire que de l'*equity law*.

La compréhension de la prérogative de protection de la Couronne s'est ainsi élargie jusqu'à faire du procureur général le protecteur privilégié de l'intérêt public dans l'esprit des juges. Parallèlement, plusieurs lois du Parlement ont contribué à ce mouvement en investissant de façon parcellaire le procureur général de certains privilèges¹⁰ dont la teneur laissait entendre

3. *A.-G. to Prince of Wales v. St. Aubyn*, (1811), 145 E.R. 1215.

4. J.L.J. EDWARDS, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet and Maxwell, 1964, p. 15.

5. *Id.*, p. 18.

6. L'expression signifie littéralement *père de la patrie* ; le sens figuré que l'on retrouve chez Virgile serait plutôt : *protecteur de ses sujets*. L. QUICHERAT, Dictionnaire Français-Latin, Paris, Hachette, 1891.

7. De SMITH's *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., par J.M. EVANS, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1980, p. 432.

8. Le titre *Attorney-General*, qui a succédé à *King's Attorney*, fut utilisé pour la première fois dans les lettres patentes nommant John Herbert à ce poste en 1461. J.L.J. EDWARDS, *supra*, note 4, p. 27.

9. De SMITH, *supra*, note 7, p. 433.

10. Il s'agit principalement d'avis obligatoires destinés au procureur général dans certaines instances affectant l'ordre public ou l'état civil. J.L.J. EDWARDS, *supra*, note 4, p. 287.

que l'on voyait en lui un gardien de l'intérêt public. Cette évolution doit s'envisager différemment selon que le recours intenté dans l'intérêt public est un recours de droit privé ou un bref de prérogative.

L'utilisation des actions de droit privé dans l'intérêt public est liée au développement de la notion de nuisance publique, dont la terminologie découle sans doute du délit de nuisance privée :

Interference with a private right of way over another's tenement was undoubtedly nuisance. Interference with the public's right of way along a highway was something different : it was a *purpresture*, an unlawful encroachment against the king, and enquirable of by the king's justices. But men were satisfied by the superficial resemblance between the blocking of a private way and the blocking of a public highway to term the latter a nuisance as well, and thus was born the public nuisance [...].¹¹

Avant le 16^e siècle, il était bien établi qu'aucun particulier n'avait un droit d'action à l'égard des nuisances publiques¹². Le seul recours possible fut d'abord de nature criminelle et réservé à l'initiative du Souverain¹³. Plus tard, la Cour de Chancellerie admit l'utilisation par le procureur général de l'injonction et de la déclaration — recours de droit privé — afin de veiller au respect des lois pénales et criminelles dont les sanctions s'avéraient inefficaces¹⁴. La raison habituellement invoquée à l'appui de la prérogative du Souverain en matière de nuisance publique est la prévention d'une multiplicité de recours dirigés contre le responsable¹⁵.

Une nouvelle règle vit le jour en 1536 lorsqu'un requérant, aujourd'hui inconnu, fit valoir que le blocage de la voie publique l'empêchait d'atteindre sa propriété. Le juge Fitzherbert accorda l'action :

I agree well that each nuisance made in the King's highway is punishable in the leet and not by action, unless it be where one man has greater hurt or inconvenience than any other man had, and then he who had more displeasure or hurt, etc., can have an action to recover his damages that he had by reason of the special hurt [...] As if a man made a trench across the highway, and I come riding that way by night, and I and my horse together fall in the trench so that I have great damage and inconvenience in that, I shall have an action against him who made the trench across the road because I am more damaged than any other man.¹⁶

11. F.H. NEWARK, « The Boundaries of Nuisance, (1949) 65 *L.Q.R.* 480, 482.

12. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 2^e éd., Londres, Butterworth, 1979, p. 362.

13. W.L. PROSSER, « The Private Action for Public Nuisance », 52 *Virginia L.R.* 997, 1004, 1005 (1966).

14. J.H. BAKER, *supra*, note 12, p. 362. C'est ce qui donna naissance à la *relator action*.

15. *Ibid.*

16. Reproduit dans T.A. STREET, *The Foundation of Legal Liability*, vol. I, Long Island (N.-Y.), E. Thompson, 1906, p. 224.

Cette règle s'est perpétuée, avec les raffinements jurisprudentiels qui s'imposaient et elle explique aujourd'hui le régime de *locus standi* traditionnellement appliqué aux recours de droit privé intentés dans l'intérêt public¹⁷.

Quant aux *prerogative writs*, leur origine remonte au tout début du 17^e siècle, alors que la fonction de contrôle des autorités publiques d'abord exercée par le Souverain en vertu de sa prérogative, était graduellement transférée à la Cour du Banc du Roi¹⁸. Dans le respect de la prérogative royale, les *prerogative writs* sont formellement accordés au Souverain, même s'il n'est pas en fait le demandeur. Le Roi ayant toujours l'intérêt suffisant en matière de légalité administrative, la question du *standing* n'aurait théoriquement jamais dû se poser. Dans cette logique, la possibilité de requérir un bref de prérogative était ouverte à tous :

The right of any person to come forward in court and to sue on behalf of the King in any matter affecting the King's interests was repeatedly recognized by the courts, who expressed their readiness in this connection to hear the humblest person in the realm.¹⁹

Mais cette approche généreuse n'a pas duré et peu à peu, des règles de *standing* se sont développées pour chacun des brefs de prérogative, puis se sont resserrées au point que la distinction de principe entre les recours ordinaires et extraordinaires sur cette question, est devenue plutôt théorique²⁰.

Ce bref historique pourra jeter un éclairage utile sur les règles classiques de common law régissant le *standing* dans les actions d'intérêt public.

1.1.2. La conception traditionnelle

Pour ce qui est des recours ordinaires d'abord, certains auteurs ont fait valoir une distinction entre les règles de *standing* applicables à l'injonction et à la déclaration²¹. Le jugement déclaratoire n'étant devenu recours indépendant qu'à la fin du siècle dernier, ce n'est que plus tard que les règles de *standing* issues des développements du concept de nuisance publique en sont venues à s'y appliquer²². Si la distinction peut toujours être maintenue, elle est à l'effet d'une plus grande ouverture en matière de déclaration²³. Quoi qu'il en soit et

17. R. PEPIN, « L'intérêt à poursuivre en droit public canadien », (1975) 6 R.D.U.S. 3.

18. J.H. BAKER, *supra*, note 12, p. 123, 124. Les brefs de prérogative dérivent de brefs plus anciens conçus à d'autres fins.

19. J.L.J. EDWARDS, *supra*, note 4, p. 15.

20. H.W.R. WADE, *supra*, note 2, p. 578.

21. De SMITH, *supra*, note 7, p. 452; T. A. CROMWELL, *Locus Standi: a Commentary on the Law of Standing in Canada*, Toronto, Carswell, 1986, p. 157.

22. R. PEPIN, *supra*, note 17, p. 30.

23. *Supra*, note 21.

bien que les principes soient difficiles à cerner, qu'il suffise pour nos fins d'en retenir la substance générale :

In an action to restrain interference with a public right, whether committed or threatened, or to compel the performance of a public duty, the Attorney-General is a necessary party, except (1) where the interference with the public right is at the same time an interference with some private right, or is a breach of some statutory provision for the protection of the plaintiff, and (2) where the special damage is suffered over and above that suffered by the general public, though no special private right is also interfered with.²⁴

Quant aux brefs de prérogatives, nous traiterons des trois «grands brefs»²⁵ particulièrement utilisés dans la défense de l'intérêt public : le *mandamus*, le *certiorari* et le bref de prohibition.

Peut-être en raison de son caractère mandatoire, le *mandamus* a toujours été plus difficile à obtenir. La formule habituelle consiste à exiger du demandeur un *legal specific right*²⁶. Critiquée puis mise à l'écart, cette formulation a finalement cédé à un vocable à la fois plus souple et plus imprécis, celui d'un intérêt qui se veuille particulier, suffisant, personnel ou substantiel. S'il ne peut démontrer un tel intérêt, le demandeur peut toujours faire appel à la discrétion du juge.

En matière de *certiorari*, le justiciable doit démontrer qu'il est particulièrement affecté par la décision contestée :

«[...] persons aggrieved have been defined as those who "have a peculiar grievance of their own beyond some grievance suffered by them in common with the rest of the public". »²⁷

L'influence des règles applicables aux nuisances publiques est évidente. Encore ici les juges parlent souvent en termes « d'intérêt suffisant », au sens de particulier ou personnel. En général, lorsqu'il s'agit d'une personne affectée, on dit que le recours est accordé automatiquement²⁸. S'il s'agit d'un *mere stranger*, la cour peut utiliser sa discrétion pour accorder tout de même le recours.

Le bref de prohibition est accordé quant à lui à quiconque le demande en autant que le défaut de juridiction apparaisse à la face même du dossier. On

24. *Halsbury's Laws of England*, 3^e éd., vol. 30, p. 310, 311 ; *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 2 Ch. 556 (C.A.) ; *Bedford v. Ellis*, [1901] A.C. 1.

25. Lord DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 116.

26. T.A. CROMWELL, *supra*, note 21, p. 113s.

27. *Re Civil Service Association of Alberta and Farran*, (1976), 68 D.L.R. (3d) 338, 341 (C.A. Alberta), par le juge Sinclair qui cite De SMITH, *supra*, note 7.

28. H.W.R. WADE, *supra*, note 2, p. 683.

dit alors que le bref est obtenu de plein droit²⁹. Si ce n'est pas le cas, la cour exigera du demandeur un intérêt particulier.

Ce qui ressort d'abord d'un luxe de nuances relatives aux règles de *standing* applicables aux différents recours, c'est le rôle primordial, voire le monopole de fait du procureur général en matière d'intérêt public. Une autre constante essentielle doit être signalée : les recours habituellement utilisés dans les actions d'intérêt public, soit l'injonction, la déclaration, les brefs de *certiorari*, de prohibition et de *mandamus* sont tous, sans exception, des recours d'attribution discrétionnaire par le juge³⁰. Cette réalité impose une vigilance particulière dans l'étude des règles de *standing* en common law. Au mieux, ces règles ne sont que des guides à l'exercice d'une discrétion judiciaire qui demeure absolue. La notion de *standing* sert aussi d'alibi aux considérations d'opportunité qui mènent les cours à refuser la sanction d'un droit, si bien que l'on peut en arriver fort aisément à confondre le droit à accéder au prétoire et le droit substantif lui-même. Wade en fait ainsi l'illustration :

The order may be hypothetically a nullity, but the court may refuse to quash it because of the plaintiff's lack of standing, because he does not deserve a discretionary remedy, because he has waived his rights, or for some other legal reason. In any such case, the « void » order remains effective and is, in reality, valid.³¹

La notion de *standing* peut aussi recouvrir ce que nous désignerons comme la *qualité* pour agir en justice et qui fait référence à des considérations telles que la capacité légale, le domicile et la personnalité juridique. Cet aspect n'est pas traité ici. En conservant à l'esprit ces précisions, voyons maintenant ce qu'il en est en droit canadien.

Dans les provinces de common law, les règles appliquées sont en substance les mêmes qu'en Angleterre³². Quelques importants facteurs de divergence doivent cependant être signalés.

D'abord, il n'y a pas au Canada qu'un seul procureur général : il y en a un pour chacune des provinces et un pour l'ordre fédéral ; on en compte onze en tout. Comment dans un tel contexte arriver à maintenir la fiction voulant que le procureur général défende *l'intérêt général* quand les nombreux procureurs présentent régulièrement devant les tribunaux des conceptions

29. T.A. CROMWELL, *supra*, note 21, p. 109.

30. H.W.R. WADE, *supra*, note 2, p. 591.

31. *Id.*, p. 314.

32. *Smith v. A.-G. Ontario*, [1924] R.C.S. 331. S. CHESTER, « Holy Joe and the Most Vexed Question : Standing to Sue in the Supreme Court of Canada », (1983), 5 *Supreme Court L. R.* 289.

contradictoires de cet intérêt public ? La diversité de principe que l'on trouve au Canada irait plutôt de pair avec une multiplicité d'intérêts difficilement réconciliables, dont personne ne peut prétendre dégager un intérêt général ultime autrement que par des choix purement politiques³³.

La saveur plus politique qui entoure le rôle de procureur général au Canada tient aussi à sa participation dans l'exercice du pouvoir exécutif. Contrairement à son homologue britannique qui n'est responsable que devant le Parlement, le procureur général au Canada est membre du Cabinet et partant, assujetti à la responsabilité ministérielle³⁴. Dans une telle position, comment pourrait-il prétendre à la promotion sincère de l'intérêt public, lorsque, par exemple, la menace trouve sa source dans une action du gouvernement dont il fait partie³⁵ ? Au plan fédéral, la *Loi sur le ministère de la Justice*³⁶ avalise pourtant cette contradiction :

- | | |
|---|--|
| <p>4. The Minister of Justice shall</p> <p>(a) be the official legal adviser of the Governor General and the <i>legal member</i> of Her Majesty's Privy Council for Canada;</p> <p>(b) see that the administration of public affairs is in accordance with law; [...]</p> | <p>4. Le ministre de la Justice</p> <p>a) est le conseiller juridique officiel du gouverneur général et le juris-consulte du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada;</p> <p>b) veille à ce que les affaires publiques soient administrées conformément à la loi; [...] ³⁷</p> |
|---|--|

La même loi attribue au ministre de la Justice, à titre de procureur général, les fonctions exercées par l'*Attorney General* en Angleterre, en admettant toutefois qu'il puisse exister certaines divergences :

- | | |
|---|---|
| <p>5. The Attorney General of Canada shall</p> <p>(a) be entrusted with the powers and charged with the duties that belong to the office of the Attorney General of</p> | <p>5. Les attributions du procureur général du Canada sont les suivantes :</p> <p>a) il est revêtu des attributions et chargé des fonctions qui sont attachées à la charge de</p> |
|---|---|

33. A.J. ROMAN, « *Locus Standi* : A Cure in Search of a Disease ? », dans *Environmental Rights in Canada*, Toronto, Butterworth, 1981, p. 34.

34. *Id.*, p. 36.

35. *Id.*, p. 39.

36. S.R.C. 1970, c. J-2, modifié par S.C. 1985, c.26, a. 106.

37. La version anglaise du paragraphe a) précise que le ministre est membre du Conseil Privé (les italiques sont de nous). Au même effet, voir le cas de l'Ontario : *Ministry of the Attorney General Act.*, R.S.O. 1980, c.271, a. 5.

England by law or usage, so far as those powers and duties are applicable to Canada, [...]

procureur général d'Angleterre par la loi ou par l'usage, en tant qu'elles sont applicables au Canada, [...]³⁸

La référence explicite aux attributions et fonctions du procureur général d'Angleterre pourrait fort bien confirmer l'applicabilité au Canada de la prérogative de poursuite en matière d'intérêt public. La réserve mise en italique pourrait aussi servir de fondement à son exclusion, compte tenu de son incompatibilité avec nos institutions. Cette prérogative étant une règle de common law, une directive législative plus claire semblerait toutefois requise pour qu'elle soit exclue du droit positif. Car cet arrangement centralisé des poursuites d'intérêt public est devenu réalité canadienne par l'application des règles de common law sur le *standing* et non par la seule implantation de l'institution anglaise qu'est le procureur général³⁹. Il est vrai que son droit d'agir en matière d'intérêt public ait pu transiter par l'article 5, mais le monopole en cette matière est d'une compatibilité précaire avec le reste de nos institutions.

C'est le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois qui illustre le mieux la non-pertinence au Canada de la prérogative qui nous occupe⁴⁰. En cas de doute sur la constitutionnalité d'une loi provinciale par exemple, le premier officier de justice de la législature concernée aura le devoir de défendre la loi à titre de procureur du lieutenant gouverneur d'une part, et d'autre part le devoir d'en dénoncer l'illégalité selon sa conviction au nom de la *rule of law*, à titre de protecteur de l'intérêt public ; ambivalence à tout le moins inconfortable.

Quoi qu'il en soit, les distinctions utiles n'ont pas été faites dans la jurisprudence classique canadienne⁴¹, si bien que les principes généraux ayant trait au monopole du procureur général ont toujours été appliqués au Canada⁴².

38. *Loi sur le ministère de la Justice*, *supra*, note 36. Les italiques sont de nous.

39. La distinction sera particulièrement utile en droit québécois où l'institution du procureur général existe alors que l'on pourrait prétendre à l'inapplicabilité des règles de common law.

40. Dans l'affaire *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435, 480 (Lord Wilberforce), la *House of Lords* fait référence au contexte particulier du droit constitutionnel canadien pour marginaliser les récents développements en matière de *standing*.

41. Nous réfléchissons, rappelons-le, à partir des principes traditionnels ayant prévalu avant l'affaire *Thorson* au Canada.

42. La décision *Smith v. A.-G. Ontario*, *supra*, note 32, représentait le droit applicable jusqu'à l'affaire *Thorson*. H. KUSHNER, « Standing, Canadian Bill of Rights, Minister of Justice v. Borowski », (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 143, 149; T.A. CROMWELL, *supra*, note 21.

1.2. La *relator action*

Wade définit la *relator action* comme suit :

A *relator action* is an action brought by the Attorney-General at the relation (i.e. at the instance) of some other person claiming an injunction or declaration, or both, in order to prevent some breach of the law. By lending his name for this purpose the Attorney-General has enabled the injunction and declaration, which are basically remedies for the protection of private rights, [...] to be converted into remedies of public law for the protection of the public interest.⁴³

Ce recours de droit anglais est un sous-produit de la structure juridique assurant l'exclusivité des recours d'intérêt public au procureur général : l'officier public ayant toujours le loisir d'agir seul (*ex officio*) pour faire respecter la loi, il est normal qu'il puisse aussi agir à la demande d'un justiciable (*ex relatione*). Ce qu'il y a de particulier en ce dernier cas, c'est que dans les faits, le procureur général ne fait que prêter son nom au *relator*, qui devient alors responsable de mener les procédures à terme, ainsi que des coûts qui peuvent en résulter⁴⁴. Aussi, seul le justiciable désireux de faire respecter la loi et disposant des fonds nécessaires, mais pourtant incapable de faire valoir un intérêt distinct de celui de l'ensemble des membres de la collectivité, est susceptible de trouver avantage à agir comme demandeur ; la permission du procureur général règle son problème de *standing*.

Palliatif aux règles trop étroites de *standing* en matière d'intérêt public⁴⁵, la *relator action* ne le demeure qu'à la bonne volonté du procureur général, car sa discrétion est entière et intouchable lorsqu'il s'agit de prêter son nom⁴⁶. C'est bien d'un monopole dont il dispose ; la *relator action* en est un complément et n'affecte en rien son intégrité. La décision du procureur général est complètement discrétionnaire, elle ne donne prise à aucun examen judiciaire⁴⁷.

La jurisprudence classique canadienne-anglaise a pour sa part toujours appliqué les mêmes règles⁴⁸, la *relator action* se dissociant mal du monopole du procureur général dont nous avons déjà traité.

43. H.W.R. WADE, *supra*, note 2, p. 530, 531.

44. *Id.*, p. 331. Le procureur général demeure toutefois maître des procédures intentées. De SMITH, *supra*, note 7, p. 449.

45. *Boyce v. Paddington Borough Council*, *supra*, note 24.

46. *Gouriet*, *supra*, note 40, J.L.J. EDWARDS, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, Londres, Sweet and Maxwell, 1984, p. 138s.

47. *Ibid.*

48. G. PÉPIN, Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1982, p. 341. Voir en particulier *Rosenberg et al. v. Grand River Conservation Authority et al.*, (1976) 69 D.L.R. (3d) 384 (C.A. Ont.).

Entre cette procédure discrétionnaire dont le *relator* assume les coûts et le droit du procureur général d'accorder le *standing* à qui bon lui semble, il y a bien peu. Le premier officier de justice dispose en exclusivité du *locus standi* en matière d'intérêt public et il peut permettre à quiconque d'en bénéficier. Pour peu que la primauté du droit en soit affectée, on justifie généralement cette réalité par le contrôle du Parlement, devant qui le procureur général répond de l'exercice de sa discrétion⁴⁹. Voyons maintenant ce qu'il en est en droit québécois.

2. L'action d'intérêt public et la *relator action* en droit québécois

Au Québec, le droit applicable à ces questions demeure imprécis. L'empire respectif des sources de notre droit reste à définir. Les principes de common law décrits en première partie doivent-ils être appliqués au Québec ? Si oui, dans quelle mesure ? Nous soulignerons d'abord dans ses particularités l'encadrement normatif de la question au Québec en étudiant le régime juridique du *locus standi* et l'institution du procureur général du Québec, puis la *relator action* sera examinée dans ce contexte (2.1.). Il s'agira en second lieu d'abstraire la problématique des effets du *Code de procédure civile* sur les règles de common law (2.2.).

2.1. L'encadrement normatif

2.1.1. Le *locus standi* et le rôle du procureur général

L'article 55 du *Code du procédure civile du Québec* se lit comme suit :

Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant.

Selon le vœu des commissaires à la codification, il s'agit là d'un contenant d'application générale auquel les juges sont requis d'ajouter le contenu selon les espèces :

Et comme la mesure de l'intérêt est toujours une question d'espèce, il importe que la règle soit exprimée en des termes qui laissent au tribunal le soin de la déterminer empiriquement.⁵⁰

49. J.L.J. EDWARDS, *supra*, note 4, p. 284.

50. Extraits du Rapport des commissaires, *Code de procédure civile*, a.55, *in fine*.

La décision de principe sur le sens de l'article 55 a été rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*⁵¹. Les demandeurs, plusieurs individus et groupements divers, cherchaient à faire interdire la représentation théâtrale de la pièce *Les fées ont soif*, alléguant que celle-ci suscitait pour eux, comme pour la société en général, de graves préjudices moraux et des torts irréparables. Aucun préjudice distinct et personnel n'ayant été démontré, l'action fut jugée irrecevable par la Cour d'appel :

En d'autres termes, n'a l'intérêt suffisant que la victime qui a été directement lésée dans ses droits subjectifs propres par opposition aux droits généraux de la collectivité dont elle fait partie.⁵²

À peu de choses près, la règle semblerait donc identique à celle que nous avons exposée plus haut en droit anglais. Elle n'en provient toutefois vraisemblablement pas, puisque dans cette affaire, la Cour d'appel s'est largement inspirée de la doctrine française pour en arriver là⁵³.

Or en droit français, les actions en justice intentées dans l'intérêt général sont centralisées tout comme en Angleterre. Seul le ministère public, équivalent approximatif de l'*Attorney General*, y est recevable à agir en justice dans l'intérêt public⁵⁴.

Les professeurs Pépin et Ouellette⁵⁵ ont fort pertinemment fait remarquer qu'il n'y a qu'une seule règle applicable au Québec, celle de l'article 55. Strictement, elle ne pourrait comme contenant donner lieu à des contenus différents selon certaines catégories établies suivant, par exemple, la nature du recours⁵⁶. La règle générale donne à notre avis une discrétion au *juge*

51. [1979] C.A. 491, ci-après *J.C.C.C. c. T.N.M.*

52. *Id.*, p. 494.

53. *Id.*, p. 493.

54. H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t.I. Paris, Montchrestien, 1955, n° 333, p. 350, 351. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 1981, n° 28, p. 51.

55. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *supra*, note 48, p. 339.

56. En droit anglais par exemple, la mesure de l'intérêt requis varie selon que le moyen utilisé est un recours ordinaire ou un *prerogative remedy*. En droit anglo-canadien, cette mesure variait en outre en fonction de la nature constitutionnelle du recours, ce jusqu'à l'affaire *Finlay c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 607. Ces distinctions fondées sur la nature des recours ont incontestablement marqué la jurisprudence québécoise ; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *supra*, note 48, p. 305. Il pourrait d'ailleurs être suggéré que le vocable utilisé à l'article 55 permet au juge de mesurer l'intérêt requis en fonction de balises propres à chaque recours. La « suffisance » de l'intérêt ferait référence aux règles particulières applicables à chacun des moyens utilisés. P. VERGE, « La recevabilité de l'action d'intérêt public », (1983) 24 *C. de D.* 177, 184, 185.

d'apprécier l'intérêt selon chaque *espèce*; elle ne délègue pas au pouvoir judiciaire la tâche d'élaborer des sous-règles rigides qui distinguent là où la loi est générale. Devant l'article 55, le juge ne devrait pas porter son chapeau de créateur de droit, de juge de common law lié par le *stare decisis*⁵⁷, il devrait plutôt agir comme le souverain interprète d'une loi qui lui confère une large discrétion au niveau de l'application, dans chaque espèce, ce qui semble peu compatible avec le monopole absolu du procureur général en matière d'intérêt public. En jurisprudence, la question semble particulièrement embrouillée lorsqu'on prend note des nombreuses références aux décisions anglo-canadiennes et anglaises sur le *standing*⁵⁸, et de la déférence rendue systématique à la *ratio* d'un jugement sur l'article 55⁵⁹. Il n'est pas ici question de dénigrer l'intérêt que peut présenter la jurisprudence de common law pour un juge qui

57. Nous sommes d'avis que le *stare decisis* ne concerne nullement le droit québécois codifié et que la pratique judiciaire de déférence systématique aux décisions des tribunaux supérieurs ne fait pas de la jurisprudence une source de droit au sens propre. Aussi, une décision de la Cour suprême à l'effet que le *stare decisis* s'applique aux interprétations jurisprudentielles du Code civil ne change théoriquement rien à cela. C'était le cas dans l'affaire *Daoust, Lalonde et Cie v. Ferland*, [1932] S.C.R. 343, 350. Voir sur l'unicité des sources en droit civil québécois : P. AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966), 44 *R. du B. Can.* 417. Voir aussi G. TREMBLAY, *Une grille d'analyse pour le Droit du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, p. 35s. D'ailleurs, le *stare decisis* a été développé pour assurer la cohérence et la stabilité du *juge made law*; dans un pays de droit codifié, c'est la loi qui joue ce rôle. Il faut remarquer que même en Angleterre, le rôle du *stare decisis* est extrêmement mitigé lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi. Voir *Ogden Industries Pty. Ltd. v. Lucas*, [1970] A.C. 113, 127 : « [...] courts must beware of falling into the error of treating the law to be that laid down by the judge in construing the Act rather than found in the words of the Act itself. »

58. Nous avons retenu deux jugements pour illustrer l'atmosphère d'incertitude qui règne sur la question des sources applicables. Dans l'affaire *Conseil du Patronat du Québec c. C.S.S.T.*, [1984] C.S. 46, le juge édicte dans un premier temps, et fort à propos, que c'est l'article 55 qui doit recevoir application au Québec. Dans un deuxième temps, il passe en revue les dernières décisions anglo-canadiennes sur le sujet pour déterminer si « elles devraient recevoir application dans la présente instance ». C'est dire une chose et en faire une autre. Dans une autre affaire, *La Société de Développement de la Baie James c. La Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, [1977] R.P. 238 (C.S.), le juge rejette d'abord les règles strictes de *standing* du droit anglo-canadien, avec la prérogative qu'y exerce le procureur général, comme n'étant pas applicables, mais prend ensuite la peine de rendre explicite le fait qu'elles ont été respectées. Dans les deux jugements il semble que l'hésitation des juges les mène à s'assurer que leur décision soit conforme à toutes les règles de *standing* qu'ils connaissent, qu'elles soient applicables ou non. Voir en outre *Paquet c. Mines S.N.A. Inc.*, [1986] R.J.Q. 1257 (C.A.); *Dionne c. Commission de refonte des lois et règlements*, [1982] C.S. 942; *McKenna Ltd. v. Kierans*, [1971] C.S. 223.

59. Cette dernière pratique tient en partie à la façon anglaise de rédiger les jugements. G. TREMBLAY, *supra*, note 57, p. 35s.

exerce sa discrétion en vertu de l'article 55, non plus que l'importance de prendre en compte la force persuasive d'un jugement comme celui rendu dans l'affaire *J.C.C.C. c. T.N.M.* ; il s'agit d'attribuer aux différentes sources l'importance qui leur revient.

En marge de la règle d'application générale édictée à l'article 55 sur la question de l'intérêt à poursuivre, le code prévoit un traitement particulier lorsqu'il s'agit de certains recours désignés.

En ce qui concerne les recours extraordinaires, l'évocation retient l'attention en ce qu'elle n'est recevable qu'à la demande d'une partie à la décision initiale, celle qui est contestée⁶⁰. Cette exigence semble devoir s'ajouter à celle de la règle générale puisqu'elles sont en une certaine mesure indépendantes l'une de l'autre. Quant aux recours en cas d'usurpation de charges ou de refus d'accomplir un acte qui n'est pas de nature purement privée⁶¹, ils sont ouverts, selon les textes, à « tout intéressé »⁶². Ce vocable semble redondant si l'on cherche à lui faire dire ce qui est déjà dit à l'article 55 ; il semble bien toutefois confier au juge le même pouvoir d'appréciation empirique. Mentionnons finalement le cas de l'*habeas corpus*⁶³ qui peut être demandé par la personne privée de sa liberté ou par un tiers pour elle⁶⁴.

Outre les moyens extraordinaires, les recours habituellement utilisés dans les actions d'intérêt public, soit l'injonction et la déclaration, sont prévus par certaines dispositions qui influent également sur les règles de *locus standi* leur étant applicable⁶⁵.

L'injonction permanente est soumise pour sa part aux seules règles générales de recevabilité alors que l'injonction interlocutoire n'est accordée qu'à une partie à l'instance principale, qui paraît y avoir droit et dans les seuls cas où elle est « [...] nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux [...] »⁶⁶. Quant au recours pour jugement déclaratoire sur

60. C.P.C., a. 848. Voir *Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec c. Distribution Kinéma*, [1977], C.A. 308, où la cour a invoqué la jurisprudence de common law pour mettre le texte de côté, en accordant l'évocation à une entreprise qui n'était pas partie à la décision initiale. Voir cependant *Hotte c. Bombardier Ltée*, [1981] C.A. 317 ; Commenté par D. FERLAND, (1982) 42 *R. du B.* 297.

61. Respectivement les *mandamus* et *quo warranto* en droit anglais.

62. C.P.C., a. 844, 838.

63. Bien qu'étant à l'origine un *prerogative writ*, l'*habeas corpus* n'est pas un recours extraordinaire.

64. C.P.C., a. 851.

65. *Id.*, a. 453, 751, 752.

66. *Id.*, a. 752. L'intérêt requis pour obtenir une injonction interlocutoire semble se confondre avec les règles substantives d'attribution de cette ordonnance dans la notion d'apparence de droit.

requête, il n'est accordé qu'à « Celui qui a intérêt à faire déterminer immédiatement, pour la solution d'une difficulté réelle [...] » une situation juridique⁶⁷.

Le procureur général bénéficie souvent d'un statut privilégié sur la question du *standing*⁶⁸. Voyons maintenant le rôle qui lui est attribué par la loi au Québec.

Le procureur général du Québec est une institution particulière que l'on ne devrait pas assimiler mécaniquement à celle qui porte le même nom en Angleterre⁶⁹. Contrairement à son homologue fédéral, le procureur général du Québec n'a pas, par sa loi constitutive, été « [...] revêtu des attributions et chargé des fonctions qui sont attachées à la charge de procureur général d'Angleterre par la loi ou par l'usage [...] »⁷⁰. Son statut est plutôt défini de façon fragmentaire par plusieurs dispositions législatives diverses, lui conférant certes un rôle de premier plan en matière d'intérêt public, mais dont on ne pourra jamais inférer un quelconque monopole⁷¹. À la lecture des textes d'ailleurs, il semble bien que le simple fait que l'on se trouve en présence d'une question d'intérêt public, ne suffise pas à donner au procureur général le *standing* requis pour agir.

La *Loi sur le ministère de la Justice*⁷² impose au ministre — à titre de ministre⁷³ — de veiller « [...] à ce que les affaires publiques soient administrées conformément à la loi »⁷⁴. Peut-être le procureur général en tire-t-il un intérêt suffisant pour faire contrôler judiciairement la légalité de l'action administrative⁷⁵, mais on ne saurait y voir l'ombre d'une prérogative. En outre, cette

67. *Id.*, a. 453. C. FERRON, « Le jugement déclaratoire en droit québécois », (1973) 33 *R. du B.* 378. Peut-être existe-t-il aussi au Québec l'action déclaratoire de common law qui couvrirait un champ plus large que l'article 453. Nous ne le croyons pas. *Saumur c. Procureur général du Québec*, [1964] R.C.S. 252. Disons simplement qu'elle devrait être gouvernée sur la question de l'intérêt par la règle générale de l'article 55 C.P.C. Une telle prétention pose toutefois le problème de la coexistence du pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder le *standing*, discrétion inhérente au recours en question, avec la règle unique du code.

68. Notamment, a. 95, 99, 828 C.P.C.

69. Dans l'affaire *Dilorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, 205, la Cour suprême semble toutefois assimiler le procureur général du Québec à ses homologues des autres provinces.

70. *Loi sur le ministère de la justice*, *supra*, note 36, a.5a). Voir aussi *Ministry of the Attorney General Act*, *supra*, note 37.

71. P. VERGE, *supra*, note 56, p. 186.

72. L.R.Q., c.M-19.

73. Certaines attributions visent le *ministre* et d'autres le *procureur général*. Le ministre de la justice est d'office le procureur général du Québec (*Id.*, a. 2).

74. *Id.*, a. 3.

75. Le procureur général est chargé des contestations formées *pour* ou *contre* un ministère.

disposition ne couvre pas les cas d'actions illégales privées préjudiciables à l'intérêt général.

Par ailleurs, le *Code de procédure civile* accorde au procureur général un pouvoir d'intervention dans toutes instances ayant trait à l'application d'une disposition d'ordre public⁷⁶ ; il peut aussi, d'office, en appeler des décisions rendues en de telles instances⁷⁷. Il ne s'agit toutefois que d'un droit d'intervention à des procédures existantes⁷⁸. Ces dispositions ne confèrent pas automatiquement au procureur général l'intérêt requis pour demander aux tribunaux de réprimer un comportement violateur d'une disposition d'ordre public. De plus, il ne s'agit que d'un droit, qui ne saurait avoir pour effet d'empêcher les interventions d'autres provenances. Le même code lui donne en outre un droit d'intervention en toute matière constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle⁷⁹ et lorsque la question de navigabilité ou de flottabilité d'un cours d'eau ou d'un lac⁸⁰ est soulevée. Notons également la possibilité pour un juge d'ordonner la signification au procureur général d'une requête en *habeas corpus* s'il estime qu'il y trouve un intérêt suffisant⁸¹.

Enfin, plusieurs lois spécifiques prévoient que le procureur général peut intenter les poursuites nécessaires à leur mise en œuvre. En général, elles lui permettent de demander une injonction interlocutoire, puis finale, enjoignant à un justiciable de cesser toute violation de la loi lorsqu'il fait l'objet de poursuites criminelles⁸². La *loi sur la qualité de l'environnement*⁸³ lui accorde simplement le *standing*, à l'instar de toute personne qui fréquente le lieu affecté par la violation de la loi⁸⁴. Le *Code du travail*⁸⁵ fournit un exemple de recours exclusif au procureur général : celui de requérir une injonction lors du refus par des salariés de respecter un décret de suspension du droit de grève⁸⁶.

Ces droits d'action, parfois exclusifs, qui sont conférés ici et là au procureur général discréditent quelque peu selon nous la prétention voulant

76. C.P.C., a. 98, 99.

77. *Id.*, a. 192.

78. P. VERGE, *supra*, note 56, p. 186.

79. C.P.C., a. 95.

80. *Id.*, a. 60.

81. *Id.*, a. 852. La signification est obligatoire dans les cas de détention par un organisme public créé à cette fin.

82. Par exemple : *Code des professions*, L.R.Q., c.C-26, a. 191 ; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c.P-40.1, a. 290. Ces dispositions permettent difficilement d'envisager séparément l'existence du recours et du droit d'initiative.

83. L.R.Q., c.Q-2.

84. *Id.*, a. 19.1, 19.2, 19.3. Voir H. TRUDEAU, « L'intérêt à poursuivre du citoyen québécois en droit de l'environnement », (1988) 20 *C. de D.* 183, 201.

85. L.R.Q., c.C-27.

86. *Id.*, a. 111.0.24, 111.0.25.

qu'il détienne malgré tout par la common law le *locus standi* en toutes matières d'intérêt public, et encore plus à celle qui voudrait en faire une prérogative. Le principe de l'effet utile, à défaut de s'appliquer au *Code de procédure civile*⁸⁷, devrait recevoir quelque considération dans l'interprétation des lois spécifiques. Bien entendu, l'objet des dispositions en question pourrait bien être de rendre plus clair en certains domaines le rôle du procureur général.

2.1.2. La *relator action*

Il est certaines dispositions législatives dont on peut dire de prime abord qu'elles instituent un type de *relator action* au Québec. Les articles 828 et 829 C.P.C., par exemple⁸⁸, donnent au procureur général le droit d'action dans les cas d'agissements corporatifs illégaux, afin que soient prononcées les sanctions prévues par la loi ou, selon le cas, révoquées ou annulées les lettres patentes. Ces dispositions semblent devoir s'interpréter très largement en un pouvoir général de surveillance attribué à la Cour supérieure sur les agissements corporatifs et pseudo-corporatifs⁸⁹, et dont la mise en œuvre serait réservée au procureur général ou au justiciable ayant obtenu sa permission :

Les recours prévus au présent Titre peuvent également être exercés par toute personne qui y a intérêt, si le procureur général l'y a autorisée par écrit ; en ce cas, le protonotaire ne peut délivrer le bref d'assignation que sur production de cette autorisation.⁹⁰

Le bref d'assignation ne pouvant être délivré qu'à la demande du procureur général ou sur production de son autorisation, c'est l'exclusivité des recours qui lui est conférée ; le citoyen ordinaire ne pourrait agir seul même s'il arrivait à démontrer l'intérêt requis par l'article 55. Comme palliatif à la centralisation de ces recours, est instituée la *relator action*, avec l'étrange spécification la rendant accessible à la seule personne « qui y a intérêt »⁹¹. S'agit-il d'un critère imposé au procureur général dans sa prise de décision — auquel cas l'assujettissement de cette décision au contrôle des tribunaux devrait être réétudiée — ou plutôt d'un critère que le juge appliquera au demandeur malgré l'autorisation du procureur général ? La seconde hypothèse nous semble plus logique ; la permission du procureur général,

87. Le code reprend en effet sur plusieurs sujets certaines règles de common law qui seraient par ailleurs applicables, ce qui rend le principe impertinent à son égard.

88. Autre exemple : *Code des professions*, *supra*, note 82, a. 191.

89. H. REID, « Que signifient les mots "public", "corps public", "bureau public" et "corps politique" utilisés aux articles 33, 828, 838 et 844 du Code de procédure civile du Québec ? », (1977), 18 C. de D. 455.

90. C.P.C., a. 830. Les italiques sont de nous.

91. *Ibid.*

accordée en vertu d'une discrétion absolue, n'aurait pas pour effet de procurer l'intérêt requis au demandeur, ce dernier devant par ailleurs satisfaire aux exigences posées par l'article 55. C'est là s'éloigner de la conception traditionnelle de la *relator action* où le procureur général prête son nom et son *standing*, car en se prévalant de l'article 830, il semble bien que le demandeur agisse en son propre nom et sur la preuve de son propre *standing*⁹².

Deux jugements de la Cour suprême, pas très récents faut-il dire, semble néanmoins traiter les principes de droit anglais comme faisant partie du droit québécois. Dans *Robertson v. City of Montréal*⁹³, la majorité de la Cour a refusé d'examiner la légalité d'une résolution de la Ville de Montréal parce que le demandeur n'y avait pas démontré d'intérêt particulier :

When the interest which the individual had is no greater or other than that of the rest of the public he has not, in my opinion, an interest in the action within the meaning of article 77, C.P.Q.⁹⁴.

Le juge en chef continue en précisant :

But no one is on this account without remedy. An individual can always inform the Attorney-General who can, and, in a proper case, must, take action thereon (art. 978, C.P.Q.). If the Attorney-General does not consider the case a proper one for him to intervene in he can permit the complainant to use his name and the action is then brought in the name of the Attorney-General on the relation of the individual informant.⁹⁵

Dans la seconde affaire⁹⁶, la Cour suprême a reconnu au procureur général le droit d'ester en justice afin de faire cesser le comportement illégal d'une corporation constituée selon le droit fédéral :

Now the Crown, as *parens patriae*, represents [...] His Majesty's subjects, and we can discover no reason why the Attorney-General for the province, acting as the officier of the Crown, should not be empowered to go before the courts to prevent the violation of the right of the public of that province, even if the perpetrator of the deeds complained of be a creature of the federal authority.⁹⁷

92. Cette rationalisation s'harmonise d'ailleurs avec le principe d'application générale voulant que nul ne puisse plaider sous le nom d'autrui sauf le Souverain par des représentants autorisés (C.P.C., a. 59). Comment réconcilier ce principe avec la *relator action* de la common law, où le citoyen plaide sous le nom du procureur général, qui est déjà le représentant autorisé du Souverain ? Tâche plutôt ardue nous semble-t-il. Il faudrait en effet prétendre que le *relator* devient représentant autorisé du Souverain par la permission du procureur général déjà autorisé.

93. (1915-16) LII R.C.S. 30,34.

94. *Ibid.*, l'a. 77 d'alors correspond à l'a. 55.

95. *Ibid.*, l'a. 978 d'alors correspond aux a. 828 s.

96. *People's Holding Co. Ltd. v. Attorney-General of Quebec*, [1931] R.C.S. 452.

97. *Id.*, p. 458.

Le langage utilisé dans ces deux décisions laisse entrevoir que la situation prévalant au Québec est identique à celle que l'on trouve en Angleterre. Mais il faut en limiter la portée parce que dans les deux cas, l'article 978 C.P.C. attribuait au procureur général la responsabilité d'intervenir.

Ces considérations diverses nous mènent à conclure à une incompatibilité plutôt marquée entre la structure normative québécoise et les principes de common law relatifs à la *relator action* et au rôle du procureur général en matière d'intérêt public. La constatation d'une incompatibilité générale de structure suffit-elle toutefois à écarter sans autre analyse des règles de common law qui pourraient autrement trouver application ? C'est la question fondamentale de l'effet du *Code de procédure civile* sur la common law qui se pose ici.

2.2. L'effet du *Code de procédure civile* sur les règles de common law

Nous réfléchirons d'abord sur l'argument habituellement invoqué à la défense de la common law : la présomption à l'effet que ses règles ne peuvent être abrogées qu'expressément, puis sur certaines approches susceptibles de rationaliser la solution des conflits de normes suscités par la coexistence du *Code de procédure civile* et de la common law.

2.2.1. La présomption de maintien de la common law

Sur le traitement de la common law face à l'empire du *Code de procédure civile* du Québec, une décision importante a été rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Bisaillon c. Keable*⁹⁸. Les dispositions en cause étaient les suivantes :

295. Toute personne est apte à déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter des faits dont elle a eu connaissance, et toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire. [...]

98. [1980] C.S. 13 ; [1980] C.A. 316 ; [1983] 2 R.C.S. 60. Voir en particulier *Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, 644 ; *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607, 615, 616 ; *Poulin v. Corporation of Quebec*, (1884) IX S.C.R. 185, 194 ; *Côté v. Morgan*, (1883) 7 S.C.R. 1, 11. Voir aussi R. DUSSAULT et M. PATENAUDE, « Le contrôle judiciaire de l'Administration : Vers une meilleure synthèse des valeurs de liberté individuelle et de justice sociale ? », (1983) 43 *R. du B.*, 163, 194 s. ; G. E. LE DAIN, « The Supervisory Jurisdiction in Quebec », (1957) 35 *R. du B. Can.* 788.

308. De même, ne peut être contraint de divulguer ce qui lui a été révélé dans l'exercice de ses fonctions le fonctionnaire de l'État, si le juge est d'avis, pour les raisons exposées dans la déclaration assermentée du ministre ou du sous-ministre de qui relève le témoin, que la divulgation serait contraire à l'ordre public.

Dans ce contexte, il s'agissait de déterminer si un policier de la G.R.C. pouvait invoquer le secret relatif à l'indicateur de police, privilège consacré par la common law, devant la Commission Keable qui était habilitée à contraindre les témoins en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*⁹⁹. La Cour, s'exprimant par la plume du juge Beetz, précise d'abord la différence entre le privilège relatif à l'indicateur de police et celui de la Couronne ; l'exercice de ce dernier étant soumis à une certaine procédure qui permet aux tribunaux d'évaluer eux-mêmes les prescriptions de l'intérêt public et la pertinence de la non-divulgation d'un document. Il est affirmé que l'article 308 C.P.C. ne codifie que le privilège de la Couronne sans plus. La Cour insiste sur le fait qu'il n'est aucunement question dans cette disposition du privilège relatif à l'indicateur de police, que l'exercice de ce privilège n'est pas soumis à la procédure de contrôle prévue pour celui de la Couronne et partant, qu'il demeure inchangé et pleinement applicable en droit québécois. La Cour décide en dernier lieu qu'en tout état de cause, le secret relatif à l'indicateur de police est indivisible, que ses caractéristiques dominantes font en sorte qu'il relève pleinement du Parlement fédéral, et que donc, le législateur québécois n'a jamais eu le pouvoir de le modifier. Chacune des deux conclusions suffisait à disposer du pourvoi¹⁰⁰.

Après avoir rejeté les prétentions voulant que l'article 308 C.P.C. ait intégré, codifié et altéré la règle de common law comme exception à la contraignabilité des témoins, la Cour proclame sa survie et sa pleine applicabilité sans même faire référence à la règle générale rendant les témoins contraignables, édictée à l'article 295 C.P.C., et réitérée dans la *Loi sur les commissions d'enquête*¹⁰¹. Or si le secret relatif à l'indicateur de police a été mis de côté par le législateur, c'est par le biais de l'article 295, la règle générale et non par l'article 308, une de ses exceptions. Il est vrai que cette exception aurait eu pour effet de réduire la portée du privilège relatif à l'indicateur de police si on avait jugé qu'il en faisait partie. La Cour a donc déclaré la disposition trop

99. L.R.Q., c.C-37, a. 9.

100. Dans l'affaire *Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, *supra*, note 98, au même effet, l'argument constitutionnel de compétence suffisait également à disposer du pourvoi : « Comme il ne dit rien [le législateur] sur la juridiction en matière d'outrage *in facie* et d'outrage *ex facie*, on doit présumer qu'il a voulu conserver les principes de la *common law* en la matière, d'autant plus qu'il n'aurait pu les changer valablement. »

101. *Supra*, note 99.

générale pour produire cet effet. Ainsi en est-il probablement de l'article 295, qui serait « loin d'être assez explicite » pour mettre de côté une règle de common law qui lui est contraire¹⁰².

Selon toute vraisemblance, la Cour se fonde sur le canon d'interprétation énoncé par le juge Pigeon dans l'affaire *Cotroni*¹⁰³, voulant qu'une règle de common law ne puisse être écartée par une loi qui n'en parle pas. Or il nous semble bien que cette règle bien reçue en jurisprudence a perdu toute sa pertinence et sa raison d'être lorsque le juge Pigeon l'a énoncée en français en y maintenant l'expression « common law »¹⁰⁴, alors qu'il aurait fallu dire « droit commun ». Le juge Rinfret l'avait correctement exprimée en 1931 :

Une règle fondamentale est que les statuts doivent être interprétés, autant que possible, en harmonie avec le *droit commun*. Le législateur n'est pas présumé avoir eu l'intention de modifier le droit commun au delà de ce qu'il en déclare expressément.¹⁰⁵

De même le principe de l'interprétation stricte des lois dérogatoires à la common law avait été correctement exprimé en français par la Cour suprême en 1950 :

[...] et l'on voit apparaître immédiatement avec cette *Loi de la Protection des Eaux Navigables*, une dérogation aux principes du *droit commun*. C'est dire qu'elle doit être interprétée strictement [...] ¹⁰⁶

Dans le contexte historique du droit anglais, il est indifférent de référer au droit commun ou à la common law ; le droit statutaire y fait figure d'exception, dont le rôle est de combler les lacunes du corps normatif de base. Pour modifier la common law donc, la loi doit se montrer particulièrement claire¹⁰⁷. Il n'en est pas ainsi de par le caractère sacré de la common law mais bien parce qu'il s'agit en l'occurrence du droit commun. Or, ce rôle de base que joue la common law en Angleterre n'est pas celui qu'il convient de lui attribuer dans le contexte particulier du droit québécois.

Au moment de l'adoption du premier code de procédure, à la veille de la Confédération, c'est l'Ordonnance de 1667 sur la procédure civile qui

102. *Bisaillon c. Keable*, *supra*, note 98, p. 103.

103. *Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048, 1057. Dans l'arrêt *Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, *supra*, note 98, p. 644, la Cour fait expressément référence à cette affaire.

104. *Cotroni c. Commission de police du Québec*, *id.*, p. 1057.

105. *Banque canadienne nationale v. Carette*, [1931] S.C.R. 33, 42. Les italiques sont de nous.

106. *Sauvageau v. The King*, [1950] S.C.R. 664, 684 (le juge Taschereau). Les italiques sont de nous.

107. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, p. 10s.

régissait en principe cette matière au Bas-Canada¹⁰⁸. L'intégrité en avait été sérieusement atteinte il est vrai, par une imposante série d'interventions législatives dépourvue de cohérence d'ensemble mais qui en est venue à occuper, quantitativement, la vaste majorité du champ normatif de la procédure¹⁰⁹. À peu de choses près, ces nombreuses lois s'inspiraient exclusivement du droit anglais, si bien qu'à l'époque de la codification, on eut pu prétendre, fondé sur une pratique judiciaire assez répandue, que la common law représentait le droit commun de la procédure¹¹⁰. Or les lois de la législature, sauf dans le cas des bref de prérogative, ne permettaient jamais à l'interprète de référer directement au droit anglais, de sorte que rien de la common law qui n'avait été inscrit dans les lois, ne pouvait trouver application conformément à leur empire¹¹¹. Si le facteur quantitatif suffit pour déterminer le droit commun d'une matière, s'il suffit pour affirmer que l'Ordonnance de 1667 n'était plus qu'une source secondaire en cette matière, on peut peut-être affirmer que la source première de la procédure en 1866 se trouvait en cette masse législative d'inspiration anglaise, mais il nous semble incorrect de référer à la common law comme s'il s'agissait du droit commun.

La présomption favorable au maintien de ce droit commun doit en conséquence chercher ailleurs son objet. Doit-on interpréter le code comme n'abrogeant aucune loi antérieure sur la procédure à moins d'en disposer expressément, sous prétexte qu'elle fait partie du droit commun? La réponse est évidente. La question illustre bien toutefois que cette masse législative sur la procédure n'est venue que désintégrer le droit de principe contenu dans l'Ordonnance de 1667, sans en instaurer un nouveau, faute de cohérence. C'est donc aussi un critère qualitatif d'organisation et de structure qui doit servir à discerner un droit commun.

C'est par le code de 1866 que le législateur a édicté le droit commun de la procédure. Si une quelconque présomption favorable au maintien du droit commun doit s'appliquer au Québec aujourd'hui, c'est plutôt à l'égard du droit contenu dans les codes qu'en faveur de la common law. L'article 10 de l'*acte d'interprétation de Québec*¹¹² de 1868, demeuré en vigueur jusqu'en 1985, l'indiquait clairement :

108. Le texte en est reproduit dans *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t. 1, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 106-203.

109. J.-M. BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986, p. 67-70.

110. *Id.*, p. 99-110.

111. *Id.*, p. 101.

112. (1868) 31 Vict., c.7, en partie abrogé par la *Loi portant abrogation de lois et dispositions législatives omises lors des refontes de 1888, 1909, 1925, 1941 et 1964*, L.Q. 1985, c.37, a. 1 et annexe.

Le code civil du Bas-Canada et le code de procédure civile du Bas-Canada, tels qu'imprimés avant l'Union par l'imprimeur de la reine de la ci-devant province du Canada, ont été, et sont en force de loi dans cette province; et nul acte ou nulle disposition de la législature en aucune manière aura force à l'encontre de quelque article de l'un ou de l'autre des dits codes, à moins que tel article n'ait été spécialement désigné dans tel acte.

Cette disposition a d'autant plus d'impact qu'elle a été édictée par une législature bien imprégnée de l'esprit des codifications toutes récentes et encore animée par la volonté de doter le Québec d'un droit commun écrit et accessible ¹¹³.

La principale objection, qui est d'ailleurs particulière au code de procédure, réside dans le fait qu'en droit public (lire : dans les matières qui ne concernent pas les *properties and civil rights* ¹¹⁴) au Québec, le corps normatif substantif de base est la common law. Or, le *Code de procédure civile*, malgré son appellation, édicte plusieurs règles que l'on ne saurait qualifier, d'une part, autrement que de droit substantif, et qui d'autre part, ne portent aucunement sur l'organisation des litiges dits « civils » ¹¹⁵. Régulant donc certaines questions de droit public, parfois substantif, le code entre nécessairement en conflit avec la common law. Partant, ces règles sont déroatoires au « droit commun » et devraient, pourrait-on prétendre, être soumises à la présomption de maintien qui s'y rattache. Nous croyons au contraire que le législateur a fait du code de procédure la source primordiale de droit, la structure normative de base en toutes les matières dont il traite, peu importe l'étendue qu'il a choisi de donner à la notion de procédure ¹¹⁶. C'est la conception que dicte selon nous l'idée même d'une codification.

113. La Commission de refonte des lois et règlements n'avait pas le même état d'esprit en incorporant le *Code de procédure civile* aux lois refondues du Québec (c.C-25). Le code civil en est toujours exclu, en raison de sa nature.

114. Aux termes de l'Acte de Québec de 1774.

115. Le mandat d'origine donné aux commissaires semblait plus limité : «The said Commissionners shall reduce into another Code, to be called the *Code of Civil Procedure of Lower Canada*, those provisions of the Laws of Lower Canada which relate to Procedure in Civil Matters and Cases, and are of a general and permanent character». *An Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure*, 20 Vict., C.43 (1857), s. V.

116. C'est en effet au législateur qu'il revient de définir la matière sur laquelle il entend édicter le droit commun par un code. S'il empiète sur une matière artificiellement créée — droit administratif — ou sur une matière antérieurement définie — droit public — (lire : non relatif aux *properties and civil rights*) et que cette matière est régie de principe par la common law, ce code n'en devient pas pour autant droit d'exception; il réorganise les catégories, il crée une matière dont il énonce le droit de principe.

Lord Hershell a fort bien exprimé la façon logique d'envisager un texte comme le *Code de procédure civil* dans l'arrêt *Bank of England v. Vagliano Brothers*¹¹⁷.

My Lords, [...] I cannot bring myself to think that this is the proper way to deal with a statute as the Bills of Exchange Act, which was intended to be a code of the law relating to negociable instruments. I think the proper course is in the first instance to examine the language of the statute and to ask what is its natural meaning, uninfluenced by any considerations derived from the previous state of the law, and not to start with inquiring how the law previously stood, and then, assuming that it was probably intended to leave it unaltered, to see if the words of the enactment will bear in interpretation in conformity with this view.

If a statute, intended to embody in a code a particular branch of the law, is to be treated in this fashion, it appears to me that its utility will [...] be frustrated.¹¹⁸

Lord Watson précisait l'année suivante la pertinence de cette approche au Québec, en parlant du Code civil :

The purpose of such a statute surely was that on any point specifically dealt with by it, the law should be ascertained by interpreting the language used instead of, as before, by roaming over a vast number of authorities.¹¹⁹

Que reste-t-il en effet des avantages d'une codification si le justiciable, l'avocat et le juge ne peuvent y retrouver le droit en vigueur ; s'ils sont forcés de s'enquérir des règles de common law demeurant applicables à l'encontre de normes codifiées, qui seraient trop générales pour avoir abrogé quoi que ce soit ?

C'est dans cette optique que, même au Canada, l'idée d'un code évoque chez les juges de common law celle d'exhaustion¹²⁰. Ainsi, la Cour suprême a jugé que l'économie générale de l'*Ontario Human Rights Code* en faisait un code complet, excluant toute possibilité de recours parallèle en common law sur la même matière¹²¹. Le *Code de procédure civile*, d'application encore plus générale, ne devrait pas recevoir un traitement différent.

117. [1891] A.C. 107.

118. *Id.*, p. 144, 145.

119. *Robinson v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1892] A.C. 481, 487. Au même effet : *Quebec Railway, Light, Heat and Power v. Vandry*, [1920] A.C. 662, 672 (Lord Summer). Lord Summer rappelle toutefois dans cette affaire le caractère « statutaire » du code, ainsi que le rattachement à l'empire britannique de la législation qui l'a adopté. Il le fait selon nous pour démontrer que la jurisprudence française ne lie pas les tribunaux du Québec. Voir à ce sujet l'introduction de Maurice Tancelin dans F.P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworth, 1980, p. 10.

120. Par exemple : *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, 111 ; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, 676 ; N. BROOKS, « The Common law and the Evidence Code : Are they Compatible? », (1978) 27 *U.N.B.L.J.*, 27, 33, 34.

121. *Seneca College c. Bhaduria*, [1981] 2 R.C.S. 181.

2.2.2. La problématique des conflits de normes

La détermination de la norme applicable à une situation donnée imposera au juriste de rationaliser la coexistence des deux corps normatifs qui nous occupent : le code et la common law. C'est d'une problématique de conflit de normes dont il s'agit, où la solution des conflits est donnée à l'avance, mais où les règles permettant de déterminer l'existence de tels conflits demeurent obscures. La solution d'un conflit mis à jour, révélé par le juge, est en effet puisée en une prépondérance indiscutable de la loi sur la common law, qui résulte non pas de sa postériorité temporelle, mais bien de sa position hiérarchique dans l'ordre des normes¹²². La difficulté se pose plutôt à une étape antérieure où le juge est forcé de décider s'il se trouve ou non en présence d'un vrai conflit ; s'il doit faire prévaloir une norme sur l'autre ou départager leur champ d'efficacité respective ; s'il doit, en bref, hiérarchiser ou concilier les normes en présence¹²³.

Nous avons relevé quatre approches qui tendent à rationaliser, dans le cas du *Code de procédure civile* face à la common law, la détermination des conflits de normes.

La première approche semble être celle de la Cour suprême dans *Bisaillon c. Keable* : le Code de procédure civile *n'est pas sensé avoir abrogé ou modifié la common law à moins d'une disposition très claire à cet effet ; l'économie générale du Code, pas plus qu'une disposition générale, ne peut avoir cet effet*. Conformément à un tel énoncé, le juge ne considérera jamais qu'il se trouve en présence d'un conflit, à moins qu'il ne soit révélé par la loi, à moins que le texte ne fasse clairement référence à la norme qui doit être écartée. Ainsi, les deux normes mises en présence seront « conciliées » et demeureront applicables, chacune dans son champ respectif. Dans une telle hypothèse, la *relator action* fait partie du droit québécois à l'encontre du principe, trop général, de la personnalité des poursuites énoncé à l'article 59 C.P.C., tout comme le secret relatif à l'indicateur de police demeure applicable malgré la contraignabilité de principe énoncée à l'article 295 C.P.C. Aussi, le procureur général pourrait bénéficier d'un *standing* automatique et même d'un monopole dans les actions d'intérêt public malgré la latitude que le législateur a donnée au juge à l'article 55 C.P.C. Rien ne l'exclut explicitement.

122. Dans le contexte historique anglais le *statute* s'est trouvé irrémédiablement postérieur à toutes les règles de common law, celles-ci ayant, par fiction, toujours existé.

123. Notre traitement des conflits de normes est inspiré de la conceptualisation que le professeur P.-A. CÔTÉ, *supra*, note 107, a élaboré pour les conflits de lois.

Par la seconde approche, la présomption de maintien de la common law est mise de côté : *la loi étant suprême, les dispositions du Code de procédure civile, soient-elles très générales, rendent ineffectives les règles de common law qui leur sont fonctionnellement incompatibles* ¹²⁴. Il y aura conflit lorsque l'application d'une norme sera matériellement impossible sans qu'il y ait violation d'une disposition du code ¹²⁵. Ainsi, la *relator action* ne pourrait être utilisée sans entraîner la violation du principe de la personnalité des poursuites. Par contre, on ne trouve dans le code de procédure aucune disposition qui soit matériellement incompatible avec la prérogative du procureur général dans les matières d'intérêt public prise dans son ensemble. L'article 55 C.P.C. édicte bien une règle parallèle dont la facture semble indiquer qu'elle occupe en entier le champ du *locus standi*, mais elle n'en demeure pas moins formellement conciliable avec la prérogative du procureur général.

Ces deux approches ont l'avantage de fonctionner sur la base de critères relativement faciles d'application. L'objet ultime de l'exercice étant de découvrir l'effet de la loi et donc l'intention du législateur, il y aurait lieu toutefois de considérer certains facteurs qui ne relèvent pas de la structure formelle de la loi.

Dans cette veine, la troisième approche permettrait de prendre en compte l'intention implicite du législateur : *les règles de common law sont mises de côté par le Code de procédure civile dans tous les cas de conflit matériel et à chaque fois que l'on peut inférer du contexte que le législateur a voulu qu'il en soit ainsi*. Le juge pourrait dans cette hypothèse relever certaines incompatibilités d'économie qui n'apparaissent pas à la simple lecture des textes. Ainsi, la prérogative du procureur général en matière d'intérêt public devrait être jugée incompatible avec la philosophie sous-jacente à l'article 55 C.P.C., qui vise à investir le juge d'un large pouvoir d'appréciation selon les espèces et qui pour cette raison, ne saurait tolérer l'existence de règles de common law ou de règles jurisprudentielles qui lui infligent une interprétation contraignante, qui lui injectent un contenu qu'on n'a manifestement pas voulu lui donner. De plus, l'économie générale du code quant au rôle du procureur général semble peu compatible, nous l'avons signalé, avec l'idée de cette prérogative. Par ailleurs, le conflit formel entre

124. Ce critère d'incompatibilité a été notamment utilisé en droit constitutionnel dans le contentieux de prépondérance du droit criminel fédéral sur le droit pénal provincial. *Provincial Secretary of the Province of P.E.I. v. Egan*, [1941] S.C.R. 396 ; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804 ; *Ross c. Le Régistraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5 ; *Robinson c. Countrywide factors*, [1978] 1 R.C.S. 753.

125. H. MARX et F. CHEVRETTE, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 327.

l'exercice de la *relator action* et le principe de la personnalité des poursuites demeure le même ; il y a hiérarchisation en faveur de la loi.

L'empirisme qu'implique une telle approche plaît certes par sa souplesse mais l'incohérence qu'elle peut susciter n'est guère propre à séduire. Peut-être adaptée au traitement de conflits de lois divers et épars, où l'intention du législateur est rarement intelligible, cette approche paraît moins pertinente dans l'analyse des effets d'un code sur la common law. On pourrait considérer pour les raisons déjà exposées, que l'intention du législateur est en ce cas unique et claire, celle d'être exhaustif sur une matière donnée. Les conflits de normes en seraient résolus systématiquement plutôt qu'empiriquement.

La dernière approche, qui semble être celle de la Cour d'appel du Québec ¹²⁶ et à laquelle nous souscrivons, pourrait s'exprimer ainsi : *le Code de procédure civile est par nature exhaustif ; s'il a codifié certaines règles de common law, il en a aménagé l'exercice et elles ne parlent plus maintenant que par le texte*. Les dispositions du code prises séparément n'ont pas à révéler d'intention de prépondérance ; elles font partie d'un tout exhaustif ayant éliminé les normes concurrentes. Les lacunes que pourrait entraîner une telle conception du code sont en partie comblées par l'article 20 C.P.C. :

Si le moyen d'exercer un droit n'a pas été prévu par ce code, on peut y suppléer par toute procédure non incompatible avec les règles qu'il contient ou avec quelque autre disposition de la loi.

Cette disposition réintroduit toutefois la question du type d'incompatibilité requis pour exclure un recours de common law : l'incompatibilité d'économie suffit-elle ou faut-il être en présence d'un conflit matériel ? Quoi qu'il en soit, l'article 20 C.P.C. confine cette problématique aux *moyens* d'exercer un droit et ne permet en aucun cas l'introduction du droit lui-même.

Par cette dernière approche, le procureur général est titulaire du *locus standi* dans les seuls cas où les textes le lui confèrent, qu'il s'agisse ou non d'un recours d'intérêt public. La *relator action* de la common law pourrait transiter par l'article 20 C.P.C. à titre de recours mais l'article 59 C.P.C. s'y oppose encore. Elle existe en un sens par les dispositions qui le prévoient, comme l'article 830 du code, mais seulement en conformité avec le principe de la personnalité des poursuites qui exigerait du demandeur qu'il agisse en son nom.

La *relator action*, ainsi que la prérogative du procureur général dont elle est le pendant, s'avèrent peu conciliables avec la structure du droit québécois. De plusieurs approches aux conflits de normes posés par la coexistence de la

126. *Bisaillon c. Keable*, *supra*, note 98 ; *Hotte c. Bombardier*, *supra*, note 60.

common law et du *Code de procédure civile*, nous optons pour celle qui en permet une solution systématique; qui aborde le code comme un tout exhaustif sur les matières qu'il concerne et qui ne tolère aucune conciliation normative. Cette position implique que la *relator action* de la common law n'existe pas en droit québécois, pas plus d'ailleurs que le monopole traditionnel du procureur général dans les actions d'intérêt public.

Conclusion

Notre discussion s'est articulée à partir des règles traditionnelles régissant le *locus standi* en common law, abstraction volontairement faite des exceptions et développements récents. Cette approche visait à rendre possible le maintien du discours à un niveau d'abstraction susceptible de favoriser l'extrapolation de l'analyse. Cela dit, il faut souligner les énormes progrès de la jurisprudence de common law en cette matière durant les quinze dernières années.

En droit anglais, le monopole du procureur général sur les actions d'intérêt public s'est d'abord vu contesté par la jurisprudence. Lord Denning trouvait inconcevable que cet officier public puisse avoir le dernier mot sur le respect de la *rule of law*; c'est l'avis qu'il a exprimé dans la célèbre affaire *Gouriet*¹²⁷. La Chambre des lords n'a toutefois pas endossé cette position dans la même affaire, réaffirmant sans nuance le monopole sacré du procureur général¹²⁸. L'affaire *Gouriet* ne concernait que la question assez limitée des rôles respectifs du procureur général et du citoyen dans la prévention d'un acte criminel appréhendé, par le biais d'un recours civil, en l'occurrence l'injonction. Le champ du contrôle judiciaire de l'administration a pour sa part été traité législativement. En effet, il est maintenant soumis à une règle unique sur le *locus standi*, adoptée en 1977 dans les règles de pratique de la *Supreme Court*¹²⁹, puis intégrée à la *Supreme Court Act* en 1981¹³⁰:

[...] The court shall not grant leave [...] unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates.¹³¹

En appliquant cette nouvelle règle, la Chambre des Lords semble introduire une approche très différente qui consiste à considérer le bien fondé en droit du

127. *Gouriet v. Union of Post Office Workers and others*, [1971] 1 Q.B. 729, 762.

128. *Supra*, note 40, p. 482. Les jugements séparés rendus par les Lords rendent toutefois difficile l'extraction d'une conclusion unique.

129. *Rules of the Supreme Court*, ord. 53, s. 3(7), dans *The Supreme Court Practice*, vol. I, Londres, Sweet and Maxwell, 1988.

130. *The Supreme Court Act*, 1981 (v.K.), C.54, a. 31, dans *Current Law Statutes Annotated*, vol. 2, Londres. Sweet & Maxwell, 1981.

131. Cette règle est remarquablement semblable à celle qui est édictée à l'a. 55 C.P.C.

recours pour évaluer la suffisance de l'intérêt du demandeur ¹³², ce qui rend l'existence même de toute norme de *locus standi* étrangement inutile ¹³³.

Quoi qu'il en soit, le droit anglais du *standing* subit sans contredit une transformation majeure qui le mène vraisemblablement à une plus grande ouverture relativement aux actions d'intérêt public.

Les tribunaux canadiens ont été plus rapides à s'écarter des règles traditionnelles de *standing*. C'est le contrôle de la constitutionnalité des lois, institution marquant le particularisme des structures canadiennes face à celles de l'Angleterre, qui a servi de véhicule à cette évolution. Dans la trilogie *Thorson, McNeil, Borowsky* ¹³⁴, la Cour suprême du Canada a affirmé la possibilité d'exercer sa discrétion pour accorder le *standing* à un justiciable n'y ayant pas d'intérêt spécial, lorsqu'il s'agit de contester la validité d'une loi. Dans l'affaire *Finlay* ¹³⁵, la Cour a admis cette possibilité dans un contentieux de légalité administrative, ne laissant subsister l'ancien régime, semble-t-il, qu'à l'égard des recours entrepris contre les personnes privées. Si ces recours sont intentés dans l'intérêt public, les juges pourraient théoriquement leur faire bénéficier du nouveau régime, l'injonction et la déclaration, comme les brefs de prérogative, étant tous par nature discrétionnaires ¹³⁶.

Le caractère discrétionnaire de tous ces recours permettrait d'ailleurs d'en arriver sans trop de risques à une accessibilité de principe aux tribunaux, la discrétion pouvant servir à débouter les demandeurs impertinents qui nuisent à l'administration de la justice. Nous en sommes plutôt à l'inaccessibilité de principe en matière d'intérêt public, les juges utilisant leur discrétion pour procurer l'accès à quelques justiciables dont les problèmes s'avèrent particulièrement intéressants.

L'intérêt de ces évolutions jurisprudentielles au Québec paraît théoriquement bien limité au regard des propos que nous avons tenus. Il convient toutefois de n'en pas négliger les effets réels car, sans toujours préciser l'importance qu'ils leur accordent, les juges du Québec font fréquemment usage des grands arrêts de la Cour suprême sur le *standing* rendus dans un contexte de common law ¹³⁷.

132. *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 722. J.L.J. EDWARDS, *supra*, note 46, p. 140.

133. H.W.R. WADE, *supra*, note 2, p. 589.

134. *Thorson c. P. G. Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138 ; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 ; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

135. *Finlay*, *supra*, note 56. Les trois critères sont la justiciabilité du litige, l'existence d'un intérêt véritable et l'absence d'un autre moyen raisonnable et efficace de saisir le tribunal.

136. H.W.R. WADE, *supra*, note 2, p. 523-539.

137. *Supra*, note 58.

Un tel comportement tient sans doute beaucoup à la confusion qui règne au sujet des sources applicables, mais peut-être encore à un souci d'uniformité des règles du jeu en matière constitutionnelle. Pourquoi le citoyen du Québec aurait-il en effet plus de mal à justifier d'un intérêt suffisant sa contestation de la constitutionnalité d'une loi ? Dans l'abstrait, cette préoccupation semble assez légitime pour justifier la prise en compte des développements de la common law, mais dans la seule mesure où le juge n'en traite pas comme d'une source formelle de droit.

Nous avons soumis que l'article 55 du *Code de procédure civile* devait s'envisager comme occupant en entier le champ du *locus standi*, par l'attribution au juge d'un vaste pouvoir d'appréciation devant s'exercer selon les espèces. L'utilisation des précédents de common law devient ainsi inacceptable sitôt qu'ils dépassent le rôle d'inspirateur aucunement contraignant. Ainsi, les interprétations antérieures de l'article 55 ne devraient pas faire office de *juge made law* ; elles ne sont que des occurrences où le pouvoir d'appréciation conféré par la loi a été consommé. S'il est sain pour la stabilité du système qu'une décision comme celle de la Cour d'appel dans *J.C.C.C. c. T.N.M.*¹³⁸ conserve une certaine force persuasive, cela ne l'élève pas au rang de source formelle du droit.

Les tribunaux du Québec disposent par la loi de la latitude nécessaire à l'éclatement de la conception traditionnelle du *locus standi*, maintenue jusqu'ici en harmonie avec les principes de common law. Car si cette conception dépassée a perduré dans l'esprit des juges au cours des années, jamais la loi ne la leur a imposée. Libre à eux donc de sortir des sentiers trop étroits qu'ils ont eux-mêmes tracés, afin d'en arriver un jour, dans un souci parallèle d'intégrité du droit québécois codifié, à une ouverture de principe sur la défense de l'intérêt public par la voie judiciaire.

138. *Supra*, note 51.