

Les Cahiers de droit



CHRISTIAN BRUNELLE, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Scarborough, Carswell, 1993, 156 p., ISBN 0-459-54108-0.

Patrice Garant

Volume 35, Number 1, 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043273ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043273ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Garant, P. (1994). Review of [CHRISTIAN BRUNELLE, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Scarborough, Carswell, 1993, 156 p., ISBN 0-459-54108-0.] *Les Cahiers de droit*, 35(1), 135–138. <https://doi.org/10.7202/043273ar>

démarche qu'il n'a point esquivée. Il est possible que cette sélection de sujets ne réponde pas toujours à l'enseignement que souhaiteraient donner les uns ou les autres sur quelque aspect déterminé. Il reste que le travail du professeur Arbour offre l'avantage des incontestables qualités qui sont les siennes et mérite donc de figurer comme instrument de base mis à la disposition d'étudiants abondant pour la première fois le droit international public.

Katia BOUSTANY
Université du Québec à Montréal

CHRISTIAN BRUNELLE, L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales, Scarborough, Carswell, 1993, 156 p., ISBN 0-459-54108-0.

Nous devons nous réjouir que soient édités les meilleurs mémoires de maîtrise en droit émanant des jeunes et brillants juristes de la relève : Christian Brunelle en est sûrement un.

Cet ouvrage de plus d'une centaine de pages, si l'on exclut l'introduction, la conclusion et les tables, porte sur le champ d'application de la Charte canadienne : à cet égard, le titre est peut-être mal choisi. Cela n'empêche pas l'ouvrage d'être remarquablement documenté et très bien écrit.

Dans son introduction, l'auteur précise que cette charte est d'inspiration libérale, que l'on y retrouve « les traits distinctifs du libéralisme » : préséance accordée à l'autonomie individuelle, méfiance à l'égard de l'État, importance de la propriété privée. Ces caractéristiques influent le plus lorsque vient le moment de circonscrire le champ d'application de la Charte. Elles exerceront une influence également sur les juges aux prises avec les problèmes d'application de ce texte constitutionnel.

Dans cet esprit, la Charte ne crée des droits constitutionnels qu'à l'encontre de l'action étatique, c'est-à-dire celle du Parlement et du Gouvernement : l'article 32 est clair... Pour connaître le champ d'applica-

tion de cette charte, il faut donc définir ces deux termes, tant dans le contexte constitutionnel traditionnel que dans celui de la Charte.

Dans sa première partie, l'auteur traite plutôt de l'action étatique après un court développement sur les multiples sens du terme « gouvernement ». Puis, dans le chapitre intitulé « L'art. 32 et l'interprétation restrictive de la notion de gouvernement », il consacre 20 pages à l'arrêt *Dolphin Delivery*, à l'incidence de la Charte sur les rapports privés. Il traite ensuite de la relation entre la Charte et la common law de droit privé. L'auteur se demande enfin s'il y a, comme aux États-Unis, émergence en droit canadien d'une théorie de l'« action gouvernementale ». Il soutient que la Cour suprême canadienne a épousé une théorie similaire à la théorie américaine du *State Action*. Cette attitude a soulevé des critiques acerbes et ne rend pas complètement compte de la réalité : il y a des dispositions de la Charte, tel l'article 11, qui sont susceptibles de s'appliquer sans qu'il y ait vraiment exigence d'une « action gouvernementale ». La spécialité de la Charte canadienne rend difficile l'emprunt du modèle américain et s'accommode mal de la distinction « public-privé ».

La première partie de l'ouvrage est fort instructive. L'auteur se montre très sévère pour la Cour suprême, qu'il accuse d'avoir « introduit subrepticement la distinction public-privé dans chaque litige [...] Ce faisant, elle ouvre une porte béante aux distinctions futures et artificielles » (p. 67).

Sans pouvoir affirmer de façon absolue que la Charte régit les relations privées, il nous paraît évident qu'elle ne les exclut pas totalement. L'article 32 précise que la Charte s'applique au Parlement, c'est-à-dire à la loi : or la loi peut tout aussi bien régir les rapports de droit public que de droit privé : à cet égard, l'arrêt *Daigle* est très clair.

Quant à l'application de la Charte à la common law, selon la Cour suprême dans *Dolphin Delivery*, « dans la mesure où la common law constitue le fondement d'une action gouvernementale », l'auteur a raison

d'y voir une incohérence ; celle-ci place le Code civil québécois dans une position radicalement différente par rapport à la Charte (désavantageuse à notre avis).

L'auteur soulève avec beaucoup d'à-propos le clair-obscur de la jurisprudence sur l'application de la Charte aux tribunaux judiciaires, aux ordonnances judiciaires. On peut comprendre qu'à cet égard la Cour suprême avait été coincée... Il est normal de considérer que le système judiciaire soit assujéti à la Charte, mais qu'arrive-t-il si aucune loi n'est contestée et si la violation des droits enchâssés n'est pas précisément le fait d'une autorité gouvernementale ? Les pages 56 et suivantes sur la théorie de la « coloration du litige » sont à lire.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à l'application de la Charte « aux institutions gouvernementales ». Cette partie comporte une instructive analyse jurisprudentielle présentée de façon fort ordonnée. L'auteur estime que l'interprétation donnée par la Cour suprême au terme « gouvernement » est trop restrictive, que la « Charte requerrait une interprétation plus équitable ».

Le juge La Forest justifie pourquoi la Cour refuse de donner une définition extensive du terme « gouvernement » ou de l'expression « action gouvernementale ». Nous nous rallions à ce point de vue que ne partage pas l'auteur.

La Cour suprême, en sa majorité, adopte un double critère : un critère organique, celui des contrôles, et un critère matériel, celui de la nature des fonctions exercées. Quant au critère organique, il concerne l'ampleur du contrôle gouvernemental sur l'institution, tel que cela est prévu dans la loi. La Cour distingue entre les indices de contrôle « absolu et extraordinaire » et les contrôles « routiniers et réguliers ». L'auteur critique cette distinction. À propos d'un de ces éléments de contrôle, il écrit ceci : « À 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 » (p. 108). Cette affirmation d'allure journalis-

tique est une erreur sur le plan du droit public. Par ailleurs, la qualification d'« absolu et extraordinaire » n'est peut-être pas très heureuse sous la plume du juge La Forest ; mais elle doit être bien comprise dans le contexte où il la situe.

La Cour retient comme second élément l'aspect fonctionnel : il faut que l'organisme en cause exerce une fonction de nature publique ou gouvernementale. L'auteur note qu'une composante de cette qualification est le lien entre l'action contestée et l'appareil gouvernemental, en ce sens qu'il faut démontrer une participation active et directe du gouvernement à l'acte contesté. Il observe cependant qu'il y a lieu de s'interroger sur l'utilité réelle du critère fonctionnel.

Nous ne sommes pas insensible aux critiques de l'auteur, même si nous ne partageons pas sa philosophie qui consiste à étendre le champ d'application de la Charte et à élargir ainsi le contrôle de constitutionnalité. L'auteur consacre à peine deux pages aux difficultés que soulève l'application de ces critères à toute une série d'institutions publiques qui sont plus ou moins contrôlées par le gouvernement, et dont la mission est certes publique mais non strictement gouvernementale. Il fait valoir la difficulté de réconcilier certaines jurisprudences de la Cour ou d'autres cours : celles où d'emblée on a appliqué la Charte aux règlements déontologiques des corporations professionnelles, aux règlements municipaux, à certaines décisions des commissions scolaires, etc.

L'auteur semble voir dans des énoncés plus récents de la Cour une ouverture à une conception moins étroite du gouvernement. L'avenir dira s'il a raison.

L'ouvrage de M. Brunelle représente donc une contribution importante à la littérature canadienne sur la Charte. Il devrait être lu par tous ceux qui s'y intéressent.

L'auteur estime que l'interprétation par la Cour suprême du champ d'application de la Charte est trop restrictive et quelque peu incohérente. Pour notre part, nous croyons qu'elle pourrait être plus cohérente, mais nous estimons qu'elle est déjà assez libérale.

Certains voudraient que la Charte soit la grande panacée, l'exclusive et ultime protection des droits et des libertés, quels que soient les victimes et les auteurs des violations. Or la Charte s'intègre dans un système juridique comportant déjà des instruments non négligeables de protection des droits et des libertés : justice pénale, justice administrative, justice civile parmi les plus civilisées sur la planète ; textes quasi constitutionnels tels que la Déclaration canadienne, la *Loi canadienne des droits de la personne*, les chartes provinciales, etc. Le constituant de 1982 a voulu expressément limiter la portée de la Charte canadienne. Il est manifeste qu'il a avant tout voulu pallier les insuffisances des autres régimes de protection en instaurant un régime de contrôle de constitutionnalité des actes du Parlement et des législatures, de même que des actes du gouvernement du Canada et des provinces au regard de cette charte.

Une première démarche de la jurisprudence et de la doctrine aurait dû être de réfléchir sur les termes « parlement » et « gouvernement » et sur leur emploi dans l'ensemble des textes constitutionnels et le contexte précis de la Charte. Malgré l'apparente clarté du texte, s'est immédiatement soulevé le problème de l'applicabilité de la Charte à la common law et au pouvoir judiciaire, cette troisième branche de l'État. Au risque de déformer le texte même de l'article 32, la Cour suprême a été prudente et a adopté une solution qui nous paraît correcte. Il y a certes des arrêts difficiles à réconcilier, notamment l'arrêt *Slaight Communications*, mais dans l'ensemble la Cour a visé juste malgré quelques détours sinueux.

Quant à la notion de « gouvernement », la solution de la majorité dans la trilogie de 1991 (*McKinney, Stoffman, Douglas College*) et dans *Lavigne* en 1992 aurait pu être plus rigoureuse. À cet égard, l'auteur a beau jeu de confronter l'approche de la majorité avec celle de la minorité.

Pour les institutions qui font partie de l'« appareil gouvernemental », suivant l'ex-

pression employée par la Cour, on aurait dû mieux explorer la jurisprudence abondante portant sur la qualification d'« agent de la Couronne » ou de « mandataire du gouvernement ». La solution retenue par la Cour en diffère quelque peu : elle aurait dû s'en expliquer.

Voici comment, dans notre ouvrage paru au début de 1992, nous avons décrit l'état du droit :

Finally on peut conclure qu'il faut donner au terme gouvernement de l'art. 32 le sens « d'appareil gouvernemental » en un sens mixte. Font partie de cet appareil le Gouvernement lui-même, c'est-à-dire la Couronne ainsi que les entités ou organismes sur lesquels le gouvernement exerce un contrôle régulier en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir ; il faut qu'eu égard à l'activité ou à l'action contestée la participation du gouvernement soit suffisante pour en faire un acte du gouvernement.

L'application de ces critères ne sera pas chose facile. D'ailleurs la Cour suprême s'est partagée à 4 contre 3 sur leur application...

Pour la Cour suprême le terme « gouvernement » est donc synonyme « d'appareil gouvernemental ». Or la définition qu'elle donne de ce concept est en quelque sorte à géométrie variable. Il y a certes une première catégorie d'organismes qui font, organiquement ou institutionnellement, partie intégrante de cet appareil ; il s'agit du Conseil des ministres, du Conseil du Trésor, des ministères et autres organismes ou organes rattachés étroitement à la Couronne. Il y a par ailleurs une deuxième catégorie d'organismes ou d'entités considérés comme faisant partie de l'appareil gouvernemental parce que dans leur action ils sont assujettis à un contrôle gouvernemental régulier et précis, à un point tel que le gouvernement participe à cette action. On pourrait dire que c'est en tant que mandataire que ces entités font partie de « l'appareil gouvernemental ».

Il y aurait enfin une troisième catégorie d'organismes publics qui exerceraient « des fonctions de nature essentiellement gouvernementale » ; le juge La Forest n'exprime pas d'avis définitif sur la question.

mais constate que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique semble l'avoir fait¹.

C'est cette troisième catégorie qui soulèvera le plus de difficultés, car elle repose sur un illogisme, soit la disparition du critère organique, c'est-à-dire celui de l'« appareil gouvernemental ». C'est diluer complètement cette notion que de l'appliquer aux municipalités, aux commissions scolaires, aux corporations professionnelles et, pourquoi pas, à la Bourse de Montréal, au Comité de discipline des intermédiaires en assurance de personnes du Québec, etc.

Au Québec, les citoyens sont très amplement protégés par la Charte québécoise face aux nombreuses familles d'institutions du secteur public. Nous avons démontré dans un texte récent que le recours à la Charte canadienne contre le législateur et les autorités québécoises de 1987 à 1992 avait été assez illusoire et n'avait finalement servi qu'aux groupes déjà bien en selle dans la société, pouvant se payer à grands frais le luxe d'une judiciarisation de conflits qui auraient pu et dû se régler ailleurs².

Patrice GARANT
Université Laval

JOAN BROCKMAN et DOROTHY CHUNN (dir.),
**Investigating Gender Bias, Law, Courts,
and the Legal Profession**, Toronto,
Thompson Educational Publishing, 1993,
262 p., ISBN 1-55077-047-0.

L'ouvrage sous la direction de Brockman et Chunn présente les actes d'un colloque tenu à Vancouver en novembre 1991 et organisé

par le Feminist Institute for Studies on Law and Society, de l'Université Simon Fraser, et par l'Association de la femme et du droit de Vancouver. À la suite de la formation de nombreux groupes de travail sur le sexisme dans la profession juridique et dans le système judiciaire, les organisatrices du colloque avaient observé que les membres de ces groupes de travail venaient exclusivement de la communauté juridique et qu'ils et elles voulaient recourir aux sciences sociales pour étudier le phénomène du sexisme, malgré leur absence de formation dans ce domaine et leur manque de connaissances en matière de discrimination. Elles ont donc voulu combler cette lacune en organisant un colloque qui avait comme objectif de rassembler divers acteurs et actrices du milieu judiciaire, tels des avocats et des avocates, des juges, des fonctionnaires, ainsi que des professeurs et des professeuses de droit, sans oublier des spécialistes de la recherche en sciences sociales pour discuter des façons d'étudier les manifestations du sexisme en droit. Plus précisément, ce colloque devait servir de forum pour discuter des problèmes de méthodologie et de concept qui surviennent dans l'étude du sexisme en droit. Il devait aussi aider à élaborer des approches pour mettre en évidence et documenter l'existence de ce phénomène afin de colliger de l'information sur cette question et de mettre au point des stratégies en vue de l'éradication du sexisme dans le système judiciaire. Pour ce faire, l'accent avait été mis sur une approche multidisciplinaire.

L'ouvrage est divisé en deux parties : il traite d'abord des questions générales de méthodologie et, ensuite, des questions de méthodologie sur des sujets plus précis. Les 14 collaboratrices, principalement issues du milieu universitaire, viennent des quatre coins du Canada, à une exception près. Il est intéressant de noter qu'aucune conférencière ne vient du Québec, et que le phénomène du sexisme dans le système judiciaire au Québec, ou les efforts pour l'enrayer, ne sont jamais abordés. Faut-il en déduire qu'il n'y a pas de sexisme dans le système de justice québécois, ou que l'expertise des

1. P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, vol. 3, 1992, pp. 10-11.

2. P. GARANT, « Le recours à la Charte canadienne pour contester les choix politiques devant les tribunaux au Québec, 1987-1992 », dans F. LESLIE SEIDLE (dir.), *Equity & Community—The Charter, Interest Advocacy and Representation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1993, pp. 1-29.