

LES TRIBUNAUX CANADIENS ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE

Michel Lebel

Volume 12, Number 2, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059409ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059409ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lebel, M. (1981). LES TRIBUNAUX CANADIENS ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE. *Revue générale de droit*, 12(2), 401–412.
<https://doi.org/10.7202/1059409ar>

Article abstract

Ce travail fait une description critique des trois niveaux où peuvent intervenir les tribunaux pour assurer la protection des droits de la personne, soit en contrôlant la constitutionnalité des lois, leur quasi-constitutionnalité, i.e., leur conformité avec des lois générales sur les droits de la personne et enfin la légalité des actes de l'administration.

L'auteur estime qu'une protection judiciaire des droits de la personne fondée sur la théorie du partage des compétences entre les autorités fédérales et provinciales est une solution politique erronée à une question fondamentale, que la Déclaration canadienne des droits a été en pratique peu appliquée par les tribunaux et que ceux-ci ont eu surtout une action salutaire dans le contrôle des actes de l'administration.

Enfin cette étude conclut à l'importance pour un régime démocratique d'avoir un pouvoir judiciaire toujours soucieux de faire respecter le principe de légalité.

LES TRIBUNAUX CANADIENS ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE

par Michel LEBEL *

RÉSUMÉ

Ce travail fait une description critique des trois niveaux où peuvent intervenir les tribunaux pour assurer la protection des droits de la personne, soit en contrôlant la constitutionnalité des lois, leur quasi-constitutionnalité, i.e., leur conformité avec des lois générales sur les droits de la personne et enfin la légalité des actes de l'administration.

L'auteur estime qu'une protection judiciaire des droits de la personne fondée sur la théorie du partage des compétences entre les autorités fédérales et provinciales est une solution politique erronée à une question fondamentale, que la Déclaration canadienne des droits a été en pratique peu appliquée par les tribunaux et que ceux-ci ont eu surtout une action salubre dans le contrôle des actes de l'administration.

Enfin cette étude conclut à l'importance pour un régime démocratique d'avoir un pouvoir judiciaire toujours soucieux de faire respecter le principe de légalité.

PLAN

Introduction

- I. La protection des droits de la personne par le contrôle judiciaire de la légalité constitutionnelle
- II. La protection des droits de la personne par le contrôle judiciaire de la légalité quasi constitutionnelle
 - A. La Déclaration canadienne des droits
 - B. La Charte québécoise des droits et libertés de la personne
- III. La protection des droits de la personne par le contrôle judiciaire de la légalité administrative

* Professeur, Département des Sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

INTRODUCTION

Voilà un thème d'une très grande ampleur et aussi d'actualité au Canada¹ et sans doute également dans d'autres pays. Nous ne traiterons pas ici directement des différentes philosophies ou idéologies des droits de l'Homme encore qu'elles soient sous-jacentes à tout discours sur le sujet, mais nous étudierons le rôle des tribunaux dans la protection des droits au Canada, pays de démocratie libérale vivant sous un régime économique de type capitaliste.

Avant d'aborder la partie proprement technique de cet exposé, il convient de soulever quelques questions, et notre sujet en suscite de nombreuses, sur plusieurs desquelles nous reviendrons tout au long de cette étude. Le principe de la suprématie du Parlement empêche-t-il les tribunaux d'exercer un pouvoir créateur en matière de défense des droits de la personne? Ces derniers doivent-ils se contenter d'appliquer la loi? N'ont-ils aucune fonction infra-législative? Doivent-ils faire part de retenue ou d'activisme judiciaire? Quel est leur rôle dans le processus démocratique d'une société fondée sur la liberté de l'individu? Se considèrent-ils vraiment comme les gardiens du respect des droits de la personne? L'inclusion d'une Charte des droits dans la Constitution transforme-t-elle ou devrait-elle transformer les rapports du pouvoir judiciaire avec le Parlement?

Pour tenter de répondre à quelques-unes de ces interrogations, nous analyserons certains mécanismes ou contrôles utilisés par les tribunaux canadiens pour protéger les droits de la personne. Cette étude ne sera évidemment pas exhaustive et elle ne prétend pas réunir toutes les données pour répondre scientifiquement à ces questions (mais pareilles interrogations peuvent-elles trouver des réponses relevant de la science?). Elle vise essentiellement à décrire les principaux procédés utilisés et aussi à s'interroger sur leur efficacité.

¹ Cette question fait partie du débat qui entoure le projet actuel du gouvernement fédéral de rapatriement unilatéral de la Constitution canadienne. Ce projet qui a pris la forme d'une motion déposée à la Chambre des communes par le ministre de la Justice, le 13 février 1981, contient une importante Charte des droits et libertés devant s'appliquer aussi bien au gouvernement fédéral qu'aux gouvernements provinciaux (art. 1-32).

La doctrine canadienne sur les droits de la personne est fort abondante, et pour ne pas trop alourdir ce texte qui se veut essentiellement un effort de synthèse et de réflexion, nous avons limité le plus possible les notes infrapaginales. L'ouvrage de base au Canada sur le sujet est de W.S., TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, Toronto, McClelland, 1975, 2^e éd., 436 p. Il n'y a pas d'équivalent en langue française, mais on pourra consulter pour des livres et des articles sur la question dans cette langue ainsi qu'en anglais la bibliographie établie par Gerald A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1980, pp. 140-145.

En premier lieu, nous verrons comment la protection judiciaire des droits peut s'exercer par le contrôle de la légalité constitutionnelle; ensuite comme elle peut aussi être assurée par le contrôle de ce que nous appelons la légalité quasi constitutionnelle, i.e., la conformité des lois et des règlements avec la Déclaration fédérale ou les Chartes provinciales des droits et enfin nous traiterons d'un dernier contrôle, et qui est d'importance en matière de sauvegarde des droits et libertés, celui de la légalité des actes administratifs.

I.- LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE PAR LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA LÉGALITÉ CONSTITUTIONNELLE.

Le titre de la première partie de cette étude peut sembler paradoxal, car la Constitution canadienne² ne contient aucune Déclaration des droits et aucune disposition accordant aux tribunaux le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois. Certes on trouve quelques articles épars qui s'apparentent à des droits de la personne tel l'article 93 garantissant certains droits scolaires à des minorités religieuses; l'article 133 traite de l'usage du français et de l'anglais dans la publication des lois fédérales et québécoises et de l'emploi de ces langues au Parlement et à la Législature du Québec ainsi que devant les tribunaux fédéraux et québécois; l'article 99 protège l'indépendance des juges des cours supérieures; l'article 20 stipule qu'il y aura au moins une session du Parlement par année; l'article 50 énonce que la durée maximale de la Chambre des communes est de cinq ans; l'article 51 établit un système de représentation proportionnelle à la population à la Chambre des communes. Évidemment nous sommes très loin ici d'un véritable code des droits et libertés, aucune de ces dispositions ne participant vraiment de la nature d'un droit fondamental.

Le texte constitutionnel est encore plus discret en ce qui concerne le pouvoir des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois. Malgré ce silence, les tribunaux canadiens ont toujours exercé ce contrôle à l'égard de la Constitution et ceci en vertu du vieux principe général de «Common Law» qui veut qu'il appartient aux tribunaux de dire le droit. Mais comme ce principe n'est pas garanti formellement dans la Constitution, il pourrait toujours être aboli, du moins théoriquement, par une loi et le contrôle constitutionnel pourrait être confié à un autre organisme.

² *Acte de l'Amérique du Nord britannique (A.A.N.B.)*, 1867, 30-31 Vict., c. 3 (R. U.) et ses amendements. On peut retrouver ce texte et ses amendements dans S.R.C. 1970, app. II, no. 5. On appelle communément cette loi britannique Constitution canadienne, puisque c'est le texte constitutionnel le plus important pour le Canada, mais il faut se rappeler qu'une bonne partie de la Constitution canadienne n'est pas écrite mais est formée de conventions et d'usages.

On peut maintenant se demander à quoi peut bien servir au Canada ce pouvoir existant de contrôle de la légalité constitutionnelle en matière de protection des droits de la personne, puisque la Constitution ne contient pas de Déclaration des droits. Pour répondre à cette question, il faut nécessairement prendre en considération la nature fédérale du Canada et le fait qu'il existe un partage exhaustif des compétences entre le fédéral et les provinces. Et les tribunaux ont reconnu que le domaine englobant des droits de la personne relevait de la compétence de chacun des ordres de gouvernement selon le sujet ou la matière concernée³. Même si, à l'occasion, quelques juges ont parlé de garanties implicites des droits dans la Constitution et ont notamment référé au préambule du texte de 1867 stipulant que les provinces ont exprimé le désir de créer un nouvel État, «avec une Constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni», ces considérations n'ont été que des obiter⁴ et les tribunaux se sont toujours prononcés en se fondant sur le partage des compétences. En l'absence d'une Charte des droits inscrite dans la Constitution, c'était le seul moyen permettant d'invalider des législations allant à l'encontre des droits de la personne. Et c'est toujours un moyen important, bien que depuis quelques années le Parlement et les Législatures aient adopté des lois plus ou moins générales en matière de protection des droits de la personne, pouvant avoir pour effet de rendre inopérantes des lois qui seraient en conflit avec celles-ci.

On peut se demander si cette façon (inévitabile) de garantir judiciairement les droits a aidé ou nui à la défense de ceux-ci. Les choses auraient-elles été différentes si la Constitution avait contenu une Déclaration des droits? Certes, il est toujours difficile de répondre de façon absolue à une question hypothétique, mais nous croyons que c'est une grave erreur sur le plan de la philosophie politique que de laisser le domaine fondamental des droits de la personne encadré et interprété uniquement par des règles relatives au partage des compétences. Ces droits sont à la base d'un régime de démocratie libérale, ils constituent des limites à la souveraineté du Parlement et des Législatures, au pouvoir d'État, et à ce titre, ils doivent être appliqués conformément à leur statut de premières normes constitutionnelles. Cette nécessité nous semble encore plus impérieuse dans une structure fédérale où les décisions judiciaires ont souvent pour effet inéluctable d'accroître (ou de diminuer) la compétence d'un ordre de gouvernement dans un domaine et d'en présenter un plutôt que l'autre sous

³ Ceci a été de nouveau confirmé avec force par le juge Beetz parlant au nom de la majorité dans *P.G. du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770.

⁴ Re Alberta Legislation, [1938] R.C.S. 100 (juge Duff), *Saumur c. Cité de Québec*, (1953) 2 R.C.S. 299 (juge Kellock) et *Switzman c. Elbling*, (1957) R.C.S. 285 (juge Abbott).

le beau jour de grand gardien des droits et libertés. On peut avancer que plus d'une fois le gouvernement fédéral a joué ce rôle grâce à sa compétence en matière de droit criminel. Peut-être pour répondre à ces carences de la Constitution en matière de droits de la personne, le Parlement et les Législatures ont adopté depuis quelques années des lois générales dans ce domaine.

II.- LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE PAR LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA LÉGALITÉ QUASI CONSTITUTIONNELLE.

Nous employons le qualificatif «quasi constitutionnel» conscient du fait qu'il peut prêter à discussion, mais en raison de l'importance politico-sociale des deux lois que nous étudierons et de la clause de dérogation expresse qu'elles contiennent, nous pensons qu'il serait tout à fait erroné de considérer ces lois comme des lois ordinaires. Les deux lois qui font l'objet de notre étude sont la Déclaration canadienne des droits⁵ et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne⁶. En raison de sa plus longue histoire, assez mouvementée⁷, nous nous arrêterons davantage à la Déclaration canadienne des droits.

A. LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS.

En 1960, soit il y a plus de vingt ans maintenant, le Parlement fédéral adoptait unanimement la déclaration canadienne des droits qui contient six articles⁸ et qui vise les lois et les règlements antérieurs ou postérieurs à la Déclaration adoptés par la seule autorité fédérale. Deux dispositions, soit les deux premières, constituent le corps de ce texte et il est absolument nécessaire pour la compréhension du développement qui suit d'en citer de larges extraits:

«1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe...

⁵ S.R.C. 1970, app. II, no. 5.

⁶ L.Q. 1975, c. 6.

⁷ De nombreux articles ont été écrits sur la Déclaration et à ce sujet on peut consulter la bibliographie préparée par Gérald-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, *supra*, note 1. L'ouvrage de base demeure celui de W.S. TARNOPOLSKY, *op. cit.*, *supra*, également à la note 1.

⁸ L'article 6 était une modification à la *Loi sur les mesures de guerre* (S.R.C. 1970, c. W-2) et stipulait notamment que cette loi d'urgence s'appliquait malgré la Déclaration canadienne des droits. À l'occasion de la codification de 1970, cet article 6 est disparu de la Déclaration et a été intégré à la *Loi sur les mesures de guerre*.

- b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;...
- 2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnues et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme...»

Face à cette Déclaration, la Cour suprême du Canada s'est divisée en deux: un premier groupe de juges, majoritaire, s'est prononcé pour une interprétation et une application étroite de la Déclaration, si étroite dans certains cas, qu'elle se traduit par une quasi-inapplication de la Déclaration. Ces juges estiment qu'ils doivent respecter le principe de la séparation des pouvoirs et qu'il ne leur appartient pas de légiférer à la place du Parlement. Dans son importante dissidence dans l'affaire *Drybones*, le juge Pigeon déclarait: «Dans le système britannique traditionnel qui est le nôtre en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, c'est le Parlement qui est exclusivement responsable de la mise à jour de la législation dans notre monde en évolution⁹».

Un deuxième groupe de juges, minoritaire, avec le juge en chef Laskin à leur tête, veut donner une portée significative à la Déclaration qu'il considère plus qu'une simple loi d'interprétation; pour eux, la Déclaration a une force prépondérante lorsqu'un texte législatif entre en conflit avec ses termes et ce dernier devient alors inopérant. Bref, ces juges se disent prêts à assumer la fonction que leur a confiée le Parlement en adoptant la Déclaration.

Nous sommes bel et bien devant deux philosophies politiques, l'une plutôt conservatrice, prenant modèle chez la Grande-Bretagne où la théorie de la souveraineté du Parlement est dominante et l'autre, plutôt libérale, influencée par les États-Unis où les juges de la Cour suprême exercent depuis fort longtemps cette fonction politico-judiciaire d'appliquer une Déclaration des droits qui fait toutefois partie de la Constitution.

À la lecture de l'abondante jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur la Déclaration canadienne des droits, il nous semble toutefois qu'il y ait eu depuis quelques années une certaine évolution de la Cour quant à l'analyse théorique de cette question des droits de la personne. L'analyse nous paraît maintenant plus poussée et une majorité de juges ne voit plus la Déclaration comme une loi d'interprétation. Ceci ne veut pas dire que l'issue des affaires traitées par la Cour soit nécessairement davantage

⁹ *La Reine c. Drybones*, (1970) R.C.S. 282, p. 306.

favorable aux droits de la personne, mais le tribunal semble vouloir aller au delà des réponses de nature technique.

Cette évolution s'est faite dans le cadre de l'interprétation et de l'application de l'article 1, alinéa b) de la Déclaration stipulant le droit de l'individu à l'égalité devant la loi. À l'occasion de certains arrêts¹⁰, la Cour a avancé cette opinion voulant qu'une loi fédérale qui vise une catégorie de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier. Certes, le tribunal n'a guère discoursé jusqu'à assez récemment sur cet objectif qui peut aussi être une autre façon de reconnaître la souveraineté du Parlement dans le domaine des droits de la personne, pour autant que celle-ci s'exerce dans le champ de compétences délimité par la Constitution. Toutefois dans l'arrêt *MacKay*¹¹ qui traite du droit à l'égalité pour un soldat condamné par un tribunal militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale* pour une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*, le juge McIntyre parlant aussi au nom du juge Dickson a longuement discuté de la notion d'objectif fédéral régulier. Par contre, ses autres collègues, également majoritaires, ont plutôt fait état de la jurisprudence antérieure relative à ce concept, sans toutefois essayer de le définir.

Nous nous devons de citer un long extrait des motifs du juge McIntyre:

«Avant l'adoption de la Déclaration canadienne des droits, le Parlement aurait pu, dans l'exercice du pouvoir que lui confie le par. 91 (7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, adopter sans restriction toute loi relative à l'administration et à la réglementation des forces armées. Cependant, la Déclaration canadienne des droits a introduit une autre dimension et il faut maintenant interpréter les lois fédérales conformément à ses préceptes. La création et le maintien des forces armées du pays constituent sans aucun doute un objectif fédéral régulier, relevant de la compétence du Parlement fédéral. Un objectif fédéral régulier doit cependant signifier plus qu'un objectif qui relève simplement de la compétence législative fédérale en vertu de l'*A.A.N.B.* Même en l'absence de la Déclaration canadienne des droits, une loi fédérale serait inconstitutionnelle si elle ne visait pas pareil objectif. Le terme «régulier» dans ce contexte doit introduire un concept de validité non seulement dans le champ de compétence législative constitutionnelle mais aussi de validité dans le respect de la Déclaration canadienne des droits. Notre tâche consiste donc à déterminer si, dans la poursuite d'un objectif fédéral dont on ne conteste pas la constitutionnalité, le Parlement a, contrairement aux dispositions de la Déclaration canadienne des droits, créé pour les personnes assujetties au droit militaire une situation d'inégalité devant la loi...

¹⁰ *La Reine c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693, p. 701; *Prata c. Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, (1976) 1 R.C.S. 370, p. 382; et *Bliss c. Le Procureur général du Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183.

¹¹ *MacKay c. La Reine*, (1980) 2 R.C.S. 370.

La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière — ici les militaires — est arbitraire, fantaisiste au superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable¹².

On ne peut qu'approuver cet effort de réflexion un peu plus poussé sur la Déclaration canadienne des droits et le droit à l'égalité. Il faut toutefois immédiatement tempérer cet optimisme par le fait très révélateur que la Cour suprême n'a jugé depuis l'existence de la Déclaration qu'une seule disposition législative comme lui étant réellement incompatible et l'a en conséquence déclarée inopérante¹³. Nous croyons que la principale cause de cette retenue judiciaire en matière de protection des droits de l'Homme tient à l'idéologie conservatrice des juges. En adoptant la Déclaration canadienne des droits, le Parlement confiait une nouvelle et importante tâche aux tribunaux. Ce texte quasi constitutionnel était, dans l'ensemble, clair, mais plusieurs juges ont cherché par toutes sortes de moyens à le faire paraître comme ambigu. Un autre banc de juges aurait pu choisir une voie moins conservatrice, voire réformiste, mais tel ne fut pas le cas, et la Déclaration canadienne des droits n'a pas du tout eu la portée que plusieurs attendaient d'elle.

Quant à se demander si les droits de la personne auraient été mieux traités si la Déclaration avait fait partie de la Constitution, nous ne le croyons pas. Il n'y a aucune raison de penser que cette idéologie conservatrice ne se serait pas aussi manifestée dans une Déclaration enchâssée dans la Constitution. En effet, s'il est un domaine qui n'échappe pas à des choix idéologiques, c'est bien celui des droits de la personne, surtout lorsqu'il faut déterminer le contenu de ceux-ci.

B. LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE¹⁴.

En 1976, l'Assemblée nationale du Québec adoptait cette Charte de cent articles qui établit une liste de droits et de libertés et crée une

¹² *Id.*, pp. 405-406 (passim).

¹³ Il s'agit de l'article 94(b) de la *Loi sur les Indiens* tel que décidé dans l'arrêt *Drybones*, *supra*, note 9.

¹⁴ L.Q. 1975, c. 6. Toutes les provinces canadiennes possèdent présentement des lois générales en matière de droits de la personne, mais le Québec posséderait la loi la plus complète. En raison de l'absence de jurisprudence relative au sujet traité dans cette étude, nos propos sur la Charte québécoise seront forcément beaucoup plus brefs que ceux émis antérieurement sur la Déclaration. Pour des études plus détaillées de la Charte québécoise, voir J.-L. BAUDOUIN, «La nouvelle charte québécoise des libertés fondamentales», (1977), 31 *R. Jur. et Pol. Ind. Coop.* 979, et Henri BRUN, «La Charte des droits et libertés de la personne: domaine d'application», (1977) 37 *R. du B.* 179.

Commission des droits de la personne chargée de voir à l'application de cette loi fondamentale. Celle-ci contient une disposition qui permet aux tribunaux de vérifier si des lois¹⁵ postérieures à son adoption lui sont compatibles. L'article 52 se lit ainsi:

«Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui lui serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte».

Dans les limites importantes tracées par cette disposition qui sont l'exclusion de certains droits fondamentaux (art. 1-8) et des droits économiques et sociaux (art. 39-48), la non-application aux lois antérieures à l'adoption de la Charte et la possibilité d'une clause de dérogation expresse, le pouvoir judiciaire peut être amené à déclarer des lois provinciales inopérantes. À ce jour, la question de la compatibilité d'une loi avec la Charte ne s'est pas présentée devant les tribunaux et on peut penser que ceux-ci manifesteraient la même réserve dans ce cas que pour la Déclaration canadienne des droits¹⁶.

III.- LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE PAR LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE.

Nous avons pu constater qu'au niveau du contrôle de la légalité constitutionnelle et quasi constitutionnelle en matière de droits de la personne, les tribunaux font généralement montre de retenue judiciaire. Certes il y a une assez nombreuse jurisprudence découlant de l'existence de la Déclaration canadienne des droits, mais on sait maintenant que cette loi n'a pas eu d'effet pratique important. Si les tribunaux évitent le plus possible de déclarer une loi inconstitutionnelle ou inopérante, on ne retrouve pas chez eux cependant une aussi grande timidité dans le contrôle de la légalité des actes de l'administration.

Ce contrôle judiciaire prévu à l'article 33 du Code de procédure civile du Québec demeure un contrôle de légalité, i.e., la conformité de la décision administrative à la loi; il ne s'agit pas d'un contrôle d'opportunité. Le tribunal de droit commun saisi d'une affaire concernant un acte de l'administration n'aura pas à se prononcer sur la justesse de la décision (sauf pour les cas d'abus de pouvoir), mais devra déterminer si l'administration a

¹⁵ L'article 56(3) stipule que le mot «loi» inclut un règlement.

¹⁶ Voir en particulier *La Reine c. Miller et Cockriell*, (1977) 2 R.C.S. 680 qui fait autorité en ce qui concerne les lois postérieures à la Déclaration. Cinq juges sur sept, dans cette décision unanime, ont notamment soutenu comme motif que l'absence de clause de dérogation expresse dans la loi en cause signifiait que le Parlement considérait cette loi comme n'allant pas à l'encontre de la Déclaration.

suivi les règles de droit qui lui sont applicables. Il ne s'agit pas pour nous ici d'analyser toutes les règles dont la violation peuvent autoriser l'intervention de la Cour supérieure, mais de s'arrêter uniquement à celles qui se rattachent aux droits de la personne, en l'occurrence à ses droits judiciaires. Ces garanties sont le droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi¹⁷. De façon plus concrète, ces droits se traduisent dans des règles procédurales que l'administration est tenue de suivre lorsqu'elle prend une décision.

Si ces règles sont écrites et précises, le tribunal aura alors comme principale tâche de déterminer si elles ont été suivies et si elles sont essentielles ou accessoires. Mais si elles ne sont pas écrites ou si elles sont insuffisantes ou obscures, ce qui est souvent le cas, le tribunal pourra alors exercer une fonction créatrice importante. Si celui-ci qualifie la décision administrative de judiciaire ou de quasi judiciaire elle sera soumise aux règles de justice naturelle que l'on peut regrouper sous deux titres: le droit à une décision impartiale (*nemo iudex in sua causa*) et le droit d'être entendu (*audi alteram partem*). Un acte administratif ainsi qualifié allant à l'encontre de ces règles pourra être annulé par les tribunaux.

Dans un arrêt prononcé en 1978¹⁸, la Cour suprême du Canada a étendu certaines garanties procédurales aux autres actes de l'administration. Suivant la voie tracée par les tribunaux britanniques¹⁹, elle a décidé que l'administration devait agir avec équité (*duty to act fairly*) lorsque celle-ci exerçait un pouvoir administratif autre que de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Cette obligation d'agir avec équité se différencierait des principes de justice naturelle par des règles procédurales à suivre qui seraient moins exigeantes. Voilà une question très importante et délicate qui reste à être précisée par les tribunaux et on peut penser qu'ils se montreront plutôt prudents dans l'application de ce «nouveau» principe qui limite le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

À la suite de cette forcément très schématique description du contrôle judiciaire de l'administration, il nous semble que c'est surtout à ce niveau, qui est assez près de la quotidienneté, que les tribunaux se sont avérés les plus utiles pour assurer la protection de certains droits de la personne. Sans ce contrôle judiciaire et ces garanties procédurales souvent déterminantes pour le fond d'une affaire, le droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi signifierait dans plusieurs cas moins que rien.

¹⁷ Déclaration canadienne des droits, art. 2 et Charte québécoise des droits et libertés de la personne, art. 23.

¹⁸ *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

¹⁹ *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40.

Les tribunaux ont toujours été jaloux de leur pouvoir traditionnel de contrôler la légalité des actes de l'administration et les tentatives législatives pour les priver de ce pouvoir se sont généralement avérées vaines²⁰. Les tribunaux ont constamment affirmé que devant un excès ou un défaut de juridiction de la part de l'administration, les clauses privatives ne pouvaient pas prévaloir. Même si une loi contient des dispositions claires qui enlèvent la totalité ou une partie du pouvoir de contrôle des tribunaux, ces derniers ont revendiqué et exercé le droit de passer outre à ces dispositions lorsque le principe de légalité l'exige²¹.

Il peut sembler curieux de voir les tribunaux ne pas respecter la volonté souveraine d'un Parlement mais il ne faut pas oublier que nous avons constaté une attitude quelque peu similaire de leur part lors de l'étude de la Déclaration canadienne des droits. À leur décharge, il faut souligner que cette dernière loi est moins claire que la plupart des libellés des clauses privatives. Si pour la Déclaration, le refus ou du moins la timidité à l'appliquer en pratique a eu des effets plutôt négatifs, tel n'est cependant pas le résultat pour les clauses privatives. Dans ce dernier cas, l'attitude des tribunaux a contribué à la protection des libertés et des droits des citoyens. On peut sans doute expliquer en partie ces différences de comportement par le fait que dans la Déclaration canadienne des droits le Parlement *confiait* un nouvel et important pouvoir à la magistrature, tandis qu'avec les clauses privatives un pouvoir également important lui est *enlevé* au profit de la fonction exécutive. Et rares sont les personnes ou les institutions qui acceptent facilement de perdre une partie de leur pouvoir, et d'autant plus si la perte est de taille! Il faut reconnaître que bien des juges sont aussi conscients des atteintes aux droits et libertés qui peuvent résulter des décisions d'une administration omniprésente et jouissant d'assez large pouvoir discrétionnaire. Dans une société démocratique, l'administration doit être soumise à des contre-pouvoirs, dont celui du pouvoir judiciaire qui a une importance qu'il ne faut pas sous-estimer. Le contrôle judiciaire de la légalité des actes de l'administration est et doit demeurer un élément essentiel de ce contre-pouvoir.

²⁰ Un exemple de clause privative de portée générale se trouve à l'article 100 du *Code de procédure civile*: «Il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire ni mesure provisionnelle contre un ministre du gouvernement de cette province, ni contre un officier agissant sur des instructions pour le forcer à agir ou à s'abstenir d'agir relativement à une matière qui se rapporte à l'exercice de sa charge ou de l'autorité à lui conférée par quelque loi de cette province». On retrouve des clauses privatives spéciales dans les lois particulières créant des organismes administratifs et pouvant exclure, par exemples, le droit d'en appeler des décisions de ces organismes ou le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. Pour un exemple de clause privative parfaite auquel le tribunal ne pouvait déroger, voir *Woodward Estate c. Minister of Finance*, [1973] R.C.S. 120.

²¹ Face aux clauses privatives, les tribunaux interviennent en se fondant sur une conception large du principe de légalité.

Au terme de cette étude, la question fondamentale qui se pose nous semble être la suivante: les tribunaux canadiens jouent-ils pleinement leur rôle de gardiens des droits de la personne? À cette interrogation, nous devons malheureusement répondre par la négative: à tous les niveaux de contrôle de la légalité, les tribunaux pourraient être beaucoup plus hardis et exigeants quant au respect du principe de légalité. Mais si nous répondons ainsi en ce qui a trait au rôle des tribunaux, nous devons ajouter immédiatement que la protection des droits n'est pas leur apanage exclusif. Les médias, les parlements, les gouvernements et les groupes de pression pour n'en citer que quelques-uns ont aussi des responsabilités à ce sujet. Et tous les citoyens, d'une certaine façon, n'ont-ils pas aussi l'obligation en régime démocratique de défendre les droits de la personne. Citoyens, organismes et institutions se montrent-ils toujours à la hauteur dans la défense des droits et libertés? Une réponse négative s'impose également ici. Et cette réponse est aussi un jugement sur la vigueur de la démocratie dans le pays. Mais comment peut-on non seulement préserver mais aussi constamment améliorer cette vie démocratique sans davantage garantir et inscrire concrètement les droits de la personne dans la quotidienneté. À cette construction incessante de la démocratie, les tribunaux se doivent, conformément à leurs moyens, de participer pleinement.