

La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne

Patrice Garant

Volume 31, numéro 2, 1990

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043018ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/043018ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Garant, P. (1990). La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne. *Les Cahiers de droit*, 31(2), 409–476.
<https://doi.org/10.7202/043018ar>

Résumé de l'article

Si autrefois on a parlé de stérilisation politique des fonctionnaires, les législations contemporaines ont contribué à changer cette situation. Toutefois, l'entrée en vigueur de la Charte canadienne a provoqué une nouvelle vague de libéralisation : trois dispositions de la Charte y ont contribué, soit l'alinéa 2b) (liberté d'expression), l'article 3 (droit de candidature) et l'article 15 (égalité). En 1985, la Cour suprême constitutionnalisait le principe de la neutralité de la fonction publique en tant qu'élément du principe de séparation des pouvoirs; au même moment, était contesté en Cour fédérale, l'article 32 de la Loi fédérale sur la fonction publique. En prononçant l'inconstitutionnalité, la Cour a amené le gouvernement fédéral à proposer le projet de loi 157, le 30 août 1988. En 1986, la Commission de réforme du droit de l'Ontario avait publié un important rapport sur cette question. Enfin, la pratique de la liberté politique au sein de l'appareil gouvernemental soulève également d'autres questions délicates concernant l'éthique, la confidentialité, l'engagement politique des syndicats de fonctionnaires, etc.

La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne

Patrice GARANT *

Si autrefois on a parlé de stérilisation politique des fonctionnaires, les législations contemporaines ont contribué à changer cette situation. Toutefois, l'entrée en vigueur de la Charte canadienne a provoqué une nouvelle vague de libéralisation : trois dispositions de la Charte y ont contribué, soit l'alinéa 2b) (liberté d'expression), l'article 3 (droit de candidature) et l'article 15 (égalité). En 1985, la Cour suprême constitutionnalisait le principe de la neutralité de la fonction publique en tant qu'élément du principe de séparation des pouvoirs ; au même moment, était contesté en Cour fédérale, l'article 32 de la Loi fédérale sur la fonction publique. En prononçant l'inconstitutionnalité, la Cour a amené le gouvernement fédéral à proposer le projet de loi 157, le 30 août 1988. En 1986, la Commission de réforme du droit de l'Ontario avait publié un important rapport sur cette question. Enfin, la pratique de la liberté politique au sein de l'appareil gouvernemental soulève également d'autres questions délicates concernant l'éthique, la confidentialité, l'engagement politique des syndicats de fonctionnaires, etc.

If in former times there was the question of political neutralization of civil servants, current legislation has contributed to changing this attitude. However, the coming into force of the Canadian Charter has unleashed a new wave of liberalization : three provisions in the Charter have contributed in this sense, namely section 2b) (freedom of expression), section 3 (right of candidacy) and section 15 (equality). In 1985, the Supreme Court rendered constitutional the principle of the neutrality of public service as an element deriving from the separation of powers ; while at the same time, section 32 of the federal Public Service Act was being challenged in Federal Court. By stating the unconstitutionality, the Court has caused the federal government to table Bill 157 on

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval ; avec la collaboration de Sylvain Lepage et Philippe Garant, auxiliaires de recherche à la même Faculté.

August 30, 1988. In 1986, the Ontario Law Reform Commission published an important report dealing with this issue. Lastly, the practice of political freedoms from within the governmental apparatus raises other delicate questions of ethics, secrecy, political commitment of civil servants' unions, etc.

	<i>Pages</i>
1. La théorie de la neutralité politique de la Fonction publique	412
1.1. Origine et constitutionnalisation	412
1.2. Composantes de la neutralité politique	416
2. Les restrictions aux libertés politiques des fonctionnaires	417
2.1. Le concept de « liberté politique »	417
2.2. Les obligations légales des membres de la fonction publique	422
2.2.1. Le devoir de loyauté	424
2.2.2. Le devoir de confidentialité	431
2.2.3. Les devoirs et droits du fonctionnaire au regard de la politique électorale	434
3. L'impact de la Charte canadienne	436
3.1. Les dispositions constitutionnelles pertinentes	436
3.1.1. La liberté d'expression	437
3.1.2. La liberté de réunion pacifique	439
3.1.3. La liberté d'association	439
3.1.4. Les droits démocratiques	440
3.1.5. Les limites posées par l'article 1 de la Charte	441
3.2. La constitutionnalité des règles applicables	442
3.2.1. Les règles de Common Law	443
3.2.2. Les règles statutaires	444
3.2.2.1. Le serment de loyauté et de confidentialité de l'Annexe III de l'article 23	444
3.2.2.2. L'article 32 de la <i>Loi sur l'emploi dans la fonction publique</i>	446
3.2.2.3. Le Projet de Loi C-157 du 30 août 1988	456
3.2.2.4. L'article 39 al. 2 de la <i>Loi sur les relations de travail</i>	468
Conclusion	471

La question de la liberté politique du fonctionnaire de l'État a refait surface de façon spectaculaire dans un arrêt de la Cour fédérale d'appel du 15 juillet 1988¹. La Cour déclara inconstitutionnel parce que contraire à la

1. *Osborne c. Millar*, [1988] 3 C.F. 219 (j. Mahoney, Heald et Lacombe).

Charte canadienne l'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique fédérale*; l'affaire n'a pas été portée en Cour suprême. Le Gouvernement fédéral ne tarda pas à réagir par le dépôt du Projet de Loi C-157 le 30 août 1988.

La Cour suprême a par ailleurs rendu en 1985² et 1987³ deux arrêts importants sur le même sujet, mais n'a pas voulu alors tenir compte de la Charte; ces arrêts ont néanmoins une importance capitale car la Cour en a profité pour poser certaines assises, notamment le principe de la neutralité de la fonction publique qu'elle a en quelque sorte constitutionnalisé. Entre temps, la Commission de réforme du droit de l'Ontario s'est penchée sur la question et a produit un imposant rapport⁴ qui constitue, à notre avis, le meilleur ouvrage sur la liberté politique du fonctionnaire jamais écrit au Canada. En 1972, nous avons décrit l'état du droit canadien et québécois issu des grandes réformes des années 1965-1967⁵. D'autres auteurs, notamment Kernaghan⁶ ainsi que Dussault et Borgeat ont subséquemment écrit sur le sujet⁷.

Le régime juridique de la liberté politique du fonctionnaire ou, devrait-on dire, de cette demi-liberté allait inévitablement être remis en question avec l'avènement de la Charte canadienne qui réaffirme et constitutionnalise plusieurs droits ou libertés liés à l'existence même d'un régime démocratique en assujettissant la souveraineté même du Parlement au respect de ces droits et libertés, du moins dans un large mesure.

La Charte consacre le droit pour toute personne à la liberté d'expression, à la liberté de réunion pacifique, à la liberté d'association; elle confère à tout citoyen le droit de vote et le droit d'éligibilité aux élections fédérales ou provinciales; elle consacre enfin le droit à l'égalité, à la même protection et au

2. *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

3. *Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario, Wilkinson et autres c. P.G. Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 2.

4. *Report on political activity, public comment and disclosure by Crown employeers*, Min. of Att. Gen., Toronto, 1986, 381 pages.

5. P. GARANT, *La fonction publique canadienne et québécoise*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1973.

6. Kenneth KERNAGHAN, « Politics, policy and public servants: political neutrality revisited », dans [1976] 19 *Administration publique du Canada* p. 432; aussi « Political rights and political neutrality: finding the balance point », dans [1986] 29 *Administration publique du Canada* 639; voir aussi T. D'AQUINO, « The Public service of Canada: The case for political neutrality », (1984) 27 *Adm. Pub. Can.* 14.

7. R. DUSSAULT, « *Traité de Droit Administratif* », Québec, P.U.L., 1973, tome 1, chap. 2; aussi Dussault R. et Borgeat L., *Traité de Droit Administratif*, 2^e édition, Québec, P.U.L., 1986, tome II, chap. 2.

même bénéfice de la loi⁸. Ces droits et libertés n'ont toutefois pas un caractère absolu. Premièrement le Parlement ou une Législature peut suspendre ceux visés par les articles 2, 7 à 15 de la Charte par une clause dérogatoire ou nonobstant, valide pour une durée de cinq ans. Deuxièmement, la Charte elle-même autorise des restrictions mais dans certaines limites fixées par l'art. 1 :

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

Ce qui fonde l'idée de limitations possibles à l'exercice des libertés politiques du fonctionnaire c'est la théorie de la neutralité politique de la Fonction publique ; nous verrons dans une première partie quel est l'état du droit. Nous analyserons ensuite les diverses restrictions découlant soit de la common law, soit du droit statutaire ; nous nous permettrons à cet égard des comparaisons avec la législation québécoise actuelle, la législation ontarienne et celle des autres provinces ayant été bien étudiées par la Commission ontarienne de la réforme du droit. Enfin nous étudierons l'impact de la Charte canadienne sur ces limitations.

1. La théorie de la neutralité politique de la Fonction publique

1.1. Origine et constitutionnalisation

Depuis le XVIII^e siècle, une des caractéristiques majeures des systèmes politiques occidentaux est la recherche de l'idéal démocratique. On a visé à mettre en place des règles visant à limiter le pouvoir des gouvernants et on a accordé au citoyen des droits de plus en plus étendus. Peu à peu chaque pays a su mettre en place une structure politique originale mais ayant un but commun, le développement de la démocratie.

8. Voici le texte de ces articles :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
 - (a) liberté de conscience et de religion ;
 - (b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ;
 - (c) liberté de réunion pacifique ;
 - (d) liberté d'association.
3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.
15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La Grande-Bretagne a ainsi élaboré au cours des siècles une des principales formes d'organisation politique, qu'elle a progressivement exportée dans le reste du monde. Le Canada constitue aujourd'hui un de ces pays héritiers du système britannique. La mise en œuvre du principe démocratique a comporté plusieurs étapes : celle qui peut être considérée comme à l'origine de la neutralité politique de la fonction publique est l'avènement du gouvernement responsable au XIX^e siècle ainsi que l'affirmation du principe de la responsabilité ministérielle.

Le gouvernement responsable «is probably the most important non-federal characteristic of Canadian Constitution»⁹. La responsabilité gouvernementale n'a pas été accordée au Canada sans problème. Ce n'est qu'après de nombreuses revendications, certaines aboutissant à la rébellion de 1837, que la Grande-Bretagne a finalement accepté d'accorder aux colonies de l'époque un gouvernement responsable. Dans la Loi Constitutionnelle de 1867, l'existence d'un système de responsabilité gouvernementale s'infère du préambule qui annonce, «une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni».

Cet ensemble de règles, pour la plupart conventionnelles, régit les rapports entre le Parlement, d'un côté, le Cabinet et le Chef de l'État qui forment l'Exécutif de l'autre. Une des principales conventions est celle qui prévoit que le Cabinet, qui agit en tant que conseiller du Roi (gouverneur général), doit avoir constamment la confiance de la Chambre.

Du gouvernement responsable découle le principe de la responsabilité ministérielle. Celle-ci a une dimension collective en ce sens que le gouvernement élu doit avoir en tout temps la confiance de la Chambre. Elle a aussi une dimension individuelle : un député élu, membre du gouvernement, doit présider chacun des ministères et c'est à ce ministre qu'il revient non seulement de représenter son administration devant la Chambre mais aussi d'être responsable des actes de celle-ci. Le ministre prend à sa charge toutes les décisions prises au sein de son ministère par ses fonctionnaires, quelles soient bonnes ou mauvaises. Ainsi lors d'une faute majeure de l'administration qu'il dirige, le ministre se devra de remettre sa démission. Dans cette perspective les membres de la Fonction publique demeurent vis-à-vis du Parlement à l'arrière plan. Cet anonymat comporte cependant une contrepartie : c'est ce qu'il a été convenu d'appeler la neutralité de la Fonction publique.

La Cour suprême vient de rappeler en 1987 tout d'abord la source de ce principe de neutralité, soit une «convention de la Constitution», et...

9. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, p. 191.

La plus fondamentale d'entre elles est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit, bien qu'il soit mentionné implicitement dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867.¹⁰

La Cour situe ensuite la Fonction publique comme partie essentielle de l'appareil gouvernemental.

On peut dire de la même manière que la Fonction publique en Ontario fait partie de l'exécutif du gouvernement de l'Ontario. Les ministres et le conseil exécutif de l'Ontario seraient impuissants et tout à fait incapables d'administrer la province s'ils étaient privés de la fonction publique et laissés à leurs propres moyens. Il est impossible de gouverner un grand État moderne sans une fonction publique relativement importante qui participe efficacement à l'exercice du pouvoir politique sous la surveillance de ministres responsables.¹¹

La Cour reconnaît une valeur constitutionnelle aux dispositions de la Loi qui concerne la neutralité politique des fonctionnaires en en faisant une condition essentielle à l'existence même du gouvernement responsable :

À mon avis, il est évident que ces dispositions sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles imposent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en œuvre un principe de gouvernement. La fonction publique de l'Ontario est cet organe du gouvernement. L'obligation est celle qui est imposée aux membres de la fonction publique de s'abstenir d'exercer les activités politiques envisagées par les dispositions contestées. Le principe de gouvernement est l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable.¹²

La Cour suprême rappelle néanmoins dans l'arrêt *Fraser* en 1985 que la liberté d'expression en matière politique, c'est-à-dire

«la liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de common law, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la Loi constitutionnelle de 1867.¹³

La Cour reviendra sur l'importance de la liberté d'expression dans d'autres arrêts notamment l'arrêt *Ford* ou *Chaussures Brown* du 15 décembre 1988¹⁴, l'arrêt *Slaight Communications* du 4 mai 1989¹⁵ et l'arrêt *Irwin Toy* du

10. *Supra*, note 3, p. 38.

11. *Idem*, p. 42.

12. *Idem*, p. 41.

13. *Supra*, note 2, p. 462; voir aussi J. McIntyre in *SDGMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573, 584 :

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel.

14. *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

15. C.S.C. 4 mai 1989.

27 avril 1989¹⁶. Dans l'arrêt *Ford* la Cour unanimement réaffirme ce qu'elle avait énoncé dans l'arrêt *Dolphin Delivery* en 1986, soit que la liberté d'expression :

... constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales, éducatives de la Société occidentale.¹⁷

Dans cet arrêt la Cour a cité avec approbation l'extrait suivant d'un article de Thomas Emerson :

[TRADUCTION] Les valeurs que la société vise à promouvoir par la protection du droit à la liberté d'expression peuvent se grouper en quatre grandes catégories. Le maintien d'un système de libre expression est nécessaire (1) pour permettre l'épanouissement personnel des individus, (2) pour permettre la recherche de la vérité, (3) pour obtenir la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social, y compris dans le domaine politique, et (4) pour maintenir un équilibre entre la stabilité et le changement dans la société.¹⁸

Si l'on applique à cette catégorie particulière de citoyens que sont les fonctionnaires ces objectifs, l'on se convainc facilement de l'importance du maintien par eux également d'un système de libre expression. Suivant le professeur Emerson la liberté d'expression est non seulement une valeur politique, elle forme une partie essentielle de la dignité de la personne¹⁹. La liberté d'expression se trouve alors confronté au principe de neutralité de la Fonction publique qui, lui aussi, a valeur constitutionnelle. Les deux sont, suivant l'expression du juge Beetz « commandés par les exigences structurelles de la Constitution »²⁰.

Avant la Charte, la Cour suprême a donc clairement établi que nous sommes confrontés avec deux valeurs constitutionnelles fondamentales, la liberté d'expression du fonctionnaire d'une part, et l'exigence de neutralité de la fonction publique d'autre part. Avec la Charte, comme le laisse entendre le juge Beetz, on peut s'attendre à un renforcement des droits politiques :

Je devrais peut-être ajouter qu'à l'avenir on sera normalement appelé à examiner des questions comme la dernière, en fonction des droits politiques garantis par la Charte canadienne des droits et libertés qui, il va sans dire, accorde à ces droits et libertés une protection plus large que celle commandée par les exigences structurelles de la Constitution.²¹

16. C.S.C. 27 avril 1989.

17. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573, 583.

18. « Toward a general theory of the First Amendment », (1963) 72 *Yale L.J.* 877, 878. Cité in : *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 766.

19. *The system of freedom of expression*, New York, Random House, 1970.

20. *Supra*, note 3, p. 57.

21. *Idem*, p. 57.

La Charte portera-t-elle ombrage au principe constitutionnel de neutralité de la fonction publique ? C'est ce que nous verrons...

1.2. Composantes de la neutralité politique

Une fonction publique neutre c'est une fonction publique largement dépolitisée. Les politicologues, notamment Kenneth Kernaphan²² ont tracé les grandes lignes du modèle classique d'une administration publique impartiale et neutre : dans un tel schéma :

- a) le politique (*politics and policy*) doit être séparé de l'administration. Il revient aux politiciens de prendre les décisions de nature politique (*policy decisions*) et aux fonctionnaires de les mettre en œuvre.
- b) la nomination et la promotion des fonctionnaires doit s'effectuer sur la base du mérite et non sur celle de l'affiliation ou de la contribution à un parti politique.
- c) les membres de l'administration publique doivent s'abstenir de toutes activités politiques partisans.
- d) les membres de l'administration publique ne doivent pas exposer publiquement leur opinion personnelle au sujet de politiques gouvernementales ou de l'administration.
- e) les membres de l'administration publique doivent prodiguer aux hommes politiques des conseils objectifs (*forthright and objective*) de façon privée et confidentielle. En retour, le ministre responsable prendra la charge des décisions de l'administration, protégeant ainsi l'anonymat des fonctionnaires en cause.
- f) les membres de l'administration publique doivent exécuter loyalement les décisions politiques en respectant la philosophie et le programme du parti politique au pouvoir et sans égard à leur opinion personnelle. En retour ceux-ci bénéficieront de la sécurité d'emploi durant bonne conduite (*during good behaviour and satisfactory performance*).

Les limites pratiques de ce modèle théorique d'administration publique ont été déjà dénoncées et il semble certain que la réalité des fonctions publiques fédérale et provinciales est loin de correspondre à cet idéal²³. Les propositions peuvent donc être reformulées de façon à correspondre à la réalité contemporaine. Ainsi la Commission de réforme du droit de l'Ontario a décrit la situation des administrations publiques canadiennes de la façon suivante. Premièrement, il y a une imbrication assez poussée du politique et de l'administration ; les politiciens et bureaucrates sont impliqués dans

22. *Supra*, note 6, (1976) 19 *Adm. Pub. Can.* 432, 433.

23. *Idem*, 433 s.

l'élaboration et la mise au point du politique ; les ministres répondent des décisions qui sont souvent influencées par les fonctionnaires ou même prises par eux en vertu de délégations de pouvoir. Deuxièmement, si la majorité des fonctionnaires sont nommés sur la base du « mérite », plusieurs titulaires de poste de cadre, surtout dans les organismes para-ministériels, sont recrutés suivant des critères partisans. Troisièmement, les fonctionnaires peuvent maintenant avoir diverses activités partisanes autorisées. Quatrièmement, on admet de plus en plus que les fonctionnaires puissent s'exprimer sur des questions politiques sous réserve de ne pas divulguer des informations confidentielles. Cinquièmement, la pratique de la responsabilité ministérielle protège l'anonymat de la fonction publique même si l'on tend à vouloir davantage responsabiliser cette dernière. Enfin, en retour de la permanence d'emploi, on s'attend à ce que les fonctionnaires soient loyaux au gouvernement en place même s'ils n'adhèrent pas aux choix politiques des élus du moment ²⁴.

La situation canadienne est donc en bonne partie différente de celle qu'exige la doctrine traditionnelle de la neutralité politique de l'administration. Cet écart entre la théorie et la pratique s'explique par de nombreux facteurs, tel le changement social, l'accroissement de l'intervention gouvernementale, le phénomène de la bureaucratisation etc... Cependant, dans sa version d'origine ou dans celle reformulée à la lumière de la pratique quotidienne, la doctrine de la neutralité comporte toujours des restrictions importantes aux libertés politiques des fonctionnaires.

2. Les restrictions aux libertés politiques des fonctionnaires

Nous aborderons maintenant la nature et la portée des restrictions que comporte, en vertu de la doctrine de la neutralité politique, le statut de fonctionnaire. Cependant avant d'exposer l'étendue de ces limites il nous semble préférable d'examiner d'abord le concept de « liberté politique ».

2.1. Le concept de « liberté politique »

L'utilisation de l'expression « liberté politique » pour désigner un ensemble de droits dont jouissent les citoyens comporte en fait certaines difficultés. En effet, on retrouve dans la littérature d'autres expressions pour désigner la même réalité.

Kernaghan utilise les termes *political rights*. Selon lui :

The term « political rights » includes the rights to participate in political activity (also commonly referred to as political partisanship) and to engage in public comment. ²⁵

24. *Supra*, note 4, p. 24.

25. *Supra*, note 6, p. 639.

D'un côté le droit de participer à l'activité politique comprend :

... the rights to vote in any election ; to seek election to public office ; to be a member of a political party or organization ; to hold an office in a political party or organization ; to attend political meetings, rallies and conventions ; to speak in support of or in opposition to a particular candidate at political meetings, rallies or conventions ; to serve as a delegate or alternate to a political party convention ; and to campaign for or against a political party or candidate by such means as making a financial contribution, soliciting financial or other contributions, canvassing door-to-door, working at the polls in a partisan capacity, transporting voters to the polls on behalf of a political party or candidate, distributing campaign material, wearing political badges, and displaying lawn signs.

Par ailleurs, le droit de s'exprimer en public comprend ceci :

The right to engage in public comment is the right to speak in public on matters of political controversy or on issues of government policy or administration.²⁶

On peut noter que cet auteur semble considérer comme synonyme la notion « d'activité politique » et celle de « politique partisane ». Cette conception, de même que la définition bicéphale des termes « political rights » va, faut-il le noter, étroitement de pair avec le modèle classique de neutralité politique que dresse cet auteur.

La Commission de réforme du droit de l'Ontario²⁷ a adopté une vision directement inspirée des travaux de Kernaghan. Adoptant la même définition de *political right*, elle semble entrevoir la poursuite d'activités politiques comme étant une série d'actions essentiellement partisans. Au sujet de ce type d'activité, la Commission fait une distinction importante entre les activités politiques dites « low profile » et celles dites « high profile ». Les activités « low profile » sont les activités qui impliquent une visibilité minimum de la part de celui qui les exerce. Il s'agit d'activités comme celles de voter ou de contribuer monétairement à un parti politique ou un candidat. Les activités « high-profile » nécessitent davantage des activités partisans visibles telles que se présenter soi-même à une élection, faire campagne pour un parti ou un candidat, solliciter des appuis financiers etc.

Au sujet du droit d'exprimer publiquement ses opinions la Commission ontarienne propose une version remaniée de formes que peuvent prendre les propos formulés par les membres de la Fonction publique ; ces formes sont le fait de :

1. Providing information and analysis of a scientific or technical nature for consideration primarily by professional colleagues within or outside government ;

26. *Idem*, p. 639-640.

27. *Supra*, note 4, p. 18 s.

2. Describing administrative processes and departmental organization and procedures ;
3. Explaining the content, implications and administration of specific government policies and programmes ;
4. Explaining the nature of the political and policy process in government ;
5. Discussing, within the framework of governmental or departmental policy, the solution of problems through changes in existing programmes or the development of new programmes ;
6. Discussing issues on which governmental or departmental policy has not yet been determined ;
7. Advocating reforms in the existing structures or procedures of government ;
8. Commenting in a constructively critical way on government policy or administration ;
9. Criticizing existing or proposed government policies, programmes or operations ;
10. Using confidential information to criticize existing or proposed government policies, programmes or operations ;
11. Exposing government wrongdoing in the form of illegal, corrupt or wasteful government action ;
12. Using confidential information to expose government wrongdoing in the form of illegal, corrupt or wasteful government action ; and
13. Commenting in an overtly partisan way on public policy issues or on government policy or administration.²⁸

Selon la Commission, les différentes législatures canadiennes tracent la ligne de démarcation entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas après la cinquième forme de commentaire possible. Nous reviendrons d'ailleurs plus loin sur cette question.

Si l'on consulte les travaux menés par d'autres politologues, l'on peut voir que certains ont des conceptions légèrement différentes de celle retenue par Kernaghan et par la Commission ontarienne. Ainsi, étudiant la participation politique au sein de nos sociétés libérales, Léon Dion la définit ainsi :

Par participation, nous entendons les contributions de tous genres (argent, temps, énergie, information, expérience, etc.) qu'un agent fait à une organisation au sein de laquelle la capacité de décision ou lui échappe ou est partagée à divers titres et selon des modalités déterminées entre lui et d'autres agents.²⁹

Notant la multiplicité des formes possibles de participation, Léon Dion propose tout de même de les ramener aux formes suivantes :

1. Céder aux incitations politiques.
2. S'engager dans des discussions à propos de questions d'intérêt public avec des parents, des amis ou des compagnons de travail.

28. *Idem*, p. 20-21.

29. Léon DION, *Société et politique : La vie des groupes*, tome 2 ; *Dynamique de la société libérale*, Québec, P.U.L., 1972, p. 268.

3. Chercher à influencer, par la parole, l'écrit ou l'action au sein des groupes primaires ou secondaires, la formation d'opinions publiques au sujet des questions politiques.
4. Être membre d'un groupe d'intérêt qui s'engage plus ou moins fréquemment dans des activités de pression politiques.
5. Tenter d'influencer personnellement les législateurs ou les fonctionnaires (lobbying).
6. Voter aux élections afin d'exprimer sa préférence au sujet des partis, des candidats et des programmes.
7. Prendre part à titre d'organisateur, de militant, de pourvoyeur de fonds ou d'orateur à une campagne électorale.
8. Être un dirigeant, un membre actif, un sympathisant ou un observateur plus ou moins neutre d'un parti politique.
9. Se porter candidat à un poste public électif ou non électif.
10. Occuper un poste public électif ou non électif.
11. Faire partie d'un conseil consultatif créé pour émettre un avis facultatif, obligatoire ou exécutoire.
12. Faire partie d'une organisation cogestionnaire ou autogestionnaire.³⁰

On peut d'abord remarquer que dans cette conception, la participation politique regroupe aussi la notion d'activité politique et celle de « public comment ». Cependant on peut remarquer qu'ici le concept d'activité politique ne se limite pas à la notion d'activité partisane. En effet, de nombreuses formes de la participation politique ne nécessitent aucun lien avec un parti politique ou aucune adhésion à une idéologie politique. Si l'on admet que tous ces modes de participation politique sont généralement permis à tout citoyen la question pour nous est de déterminer lesquels seront interdits aux membres de l'Administration publique.

Cette conception de la participation politique rejoint d'ailleurs la notion de *political rights* que semblent adopter certains juristes. Ainsi J. Patrick Boyer remarque qu'en droit anglo-canadien les *political civil liberties* sont formulées de façon essentiellement négative ; l'ensemble des libertés politiques est déterminé par ce qui n'est pas interdit³¹. À ce niveau, l'auteur distingue donc la notion de « droits » qui sont protégés par la loi, de ce qu'il appelle les simples libertés (*freedoms*). À notre avis cette distinction n'a guère d'importance au regard de la Charte qui constitutionnalise des libertés et des droits. Suivant Boyer, il existe dix *political rights and freedoms* qui sont à la base du système électoral canadien et qui constituent les principales « libertés politiques » que l'on retrouve au Canada :

1. The right to elect governments periodically.
2. The right to vote for one's representative.

30. *Idem*, p. 298-299.

31. Patrick J. BOYER, *Political Rights: The Legal Framework of Elections in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 81.

3. The right to vote on certain laws.
4. The right to a secret ballot.
5. The right to free speech.
6. The right to assemble freely.
7. The right to information about public policies.
8. The right to be a candidate for public office.
9. The freedom to participate in the political process.
10. The freedom to form a political party.³²

Ainsi les limites qui sont imposées aux membres de l'Administration publique sont dans cette perspective des restrictions à la liberté de participer au processus politique. Toutefois la définition de la participation politique qu'il adopte comporte cependant la reprise de certains droits vitaux dans un système démocratique :

As a basic proposition, every Canadian citizen has the right and is free to participate in the political processes of the country. In addition to voting, running as a candidate, and speaking on public issues, this freedom to participate can take such forms as : (1) the freedom to campaign for one's political views or one's political party, (2) the freedom to contribute money to a candidate or political party, and (3) the freedom to contribute time and effort to a candidate or a political party.³³

La participation politique comporte donc une partie protégée légalement et une partie qui constitue une simple « faculté » d'agir. Les restrictions qui frappent les membres de l'Administration publique s'étendent, comme nous le verrons, tant aux droits qu'aux libertés qu'on retrouve dans la notion de participation au processus politique. À ce sujet, il sera important de se demander si l'adoption de la Charte constitutionnelle n'a pas transformé des « libertés » en véritables « droits » dont l'exercice est aujourd'hui garantie : la réponse ne nous paraît pas faire de doute.

Il est maintenant possible d'esquisser une définition de la notion de liberté politique qui englobe toutes les facettes que nous venons de décrire. La liberté politique est le droit de participer au processus politique sous toutes ses formes. Cette participation peut être partisane ou non. Dans ses formes principales la liberté politique comprend le droit de vote, celui d'être candidat à une élection et celui de s'exprimer sur les questions d'intérêt public ; elle comprend aussi la liberté de favoriser la cause d'un candidat ou d'un parti en y consacrant du temps, de l'argent ou des efforts quelconques.

32. *Idem*, p. 88-89.

33. *Idem*, p. 221.

2.2. Les obligations légales des membres de la fonction publique

En entrant au service de l'État, comme fonctionnaire ou *servant of the Crown*, un citoyen voit sa liberté politique restreinte parce qu'il n'est pas un employé relevant d'un employeur ordinaire. Le droit civil québécois comme la common law établissent un devoir de loyauté et de confidentialité de tout employé envers son employeur. Ainsi en droit civil, l'employé « se doit de travailler avec diligence et compétence »³⁴. Il découle de cette nécessité du travail de qualité une obligation de loyauté³⁵. On retrouve également en vertu de la common law un devoir du même type. Il s'agit de ce que l'on nomme plus exactement le devoir de loyauté de bonne foi et de confidentialité ; le devoir de bonne foi est cependant confondu la plupart du temps avec celui de loyauté³⁶. Au service de l'État, ces devoirs ont toutefois une connotation spéciale que nous allons étudier. D'ailleurs la loi elle-même les reformule.

Tout d'abord une disposition de portée générale impose à tous les fonctionnaires une obligation de discrétion : l'article 23 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* énonce que...

23. chaque sous-chef et chaque employé, choisis hors de la Fonction publique, doivent, dès leur nomination, prêter le serment ou faire l'affirmation d'allégeance ainsi que le serment ou l'affirmation que contient l'annexe III.

Cet article assujettit donc à un serment identique tous les fonctionnaires fédéraux :

Je, A.B., jure (ou affirme) solennellement et sincèrement que je remplirai avec fidélité et honnêteté les fonctions qui m'incombent en raison de mon emploi dans la Fonction publique et que, sans y être dûment autorisé, je ne révélerai ou ne ferai connaître rien de ce qui viendra à ma connaissance par suite de cet emploi. (Dans le cas d'une prestation de serment, ajouter : « Ainsi Dieu me soit en aide »).

La teneur de l'obligation statutaire a été précisée dans une Directive du Cabinet³⁷. En vertu de celle-ci les fonctionnaires ne sont autorisés qu'à transmettre des informations strictement factuelles. Ils ne doivent pas discuter du contenu de certains avis, de l'opportunité de certaines décisions ou du processus décisionnel. Le choix des grands axes de la politique de communication d'un ministère, de même que le partage des responsabilités entre les divers membres du personnel, revient au ministre. Les sous-ministres se

34. Robert P. GAGNON, Louis LEBEL et Pierre VERGE, *Droit du Travail*, Québec, P.U.L., 1987, p. 133.

35. *Ibidem*, p. 134.

36. Commission de réforme du droit de l'Ontario, *supra*, note 4, p. 35.

37. Directives du Cabinet à l'intention des fonctionnaires concernant les communications avec le public, les médias et les députés publiées le 23 novembre 1984.

voient eux chargés de l'application de ce plan. À cet effet, ils doivent désigner et dresser une liste des principaux porte-parole du ministère auprès de la presse, du public, et des députés.

De nombreuses lois ajoutent à ces textes de base. Ainsi la *Loi sur la protection des renseignements personnels*³⁸ limite à l'intérieur d'une cadre restreint l'utilisation ou la divulgation des renseignements personnels obtenus par l'Administration dans l'exercice de sa mission. Certaines lois s'appliquent également de façon concurrente aux agents fédéraux et provinciaux. C'est le cas du *Code criminel* et de la *Loi sur les secrets officiels*.

On retrouve dans le *Code criminel* deux séries d'articles qui imposent des sanctions en matière de confidentialité. D'abord l'article 111 énonce que :

111. [Abus de confiance par un fonctionnaire public]. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans tout fonctionnaire qui, relativement aux devoirs de sa charge, commet une fraude ou un abus de confiance, que la fraude ou l'abus de confiance constitue ou non une infraction s'il est commis à l'égard d'un particulier.

Bien que celui-ci ne traite pas explicitement du devoir de confidentialité il semble bien avoir été interprété comme pouvant s'appliquer à certaines situations d'atteinte à ce devoir³⁹.

La *Loi sur les secrets officiels*⁴⁰ impose des sanctions majeures dans le cas de communication non autorisée de renseignements secrets. Il est cependant difficile de bien cerner quels types d'informations couvre la loi. En effet l'article 4 prévoit qu'est coupable d'une infraction le fonctionnaire à qui on a confié des informations et qui, en outre,

communique le chiffre, mot de passe, croquis, plan, modèle, article, note document ou renseignement à toute personne autre que celle avec laquelle il est autorisé à communiquer ou à qui il est tenu de le communiquer dans l'intérêt de l'État ;

L'important est, évidemment, de déterminer la portée du terme « renseignement » (en anglais, information) car suivant la Commission Ontarienne de la réforme du droit,

Depending on how this issue is resolved, section 4 of the Official Secrets Act may proscribe all unauthorized communication of information, except where such communication is in the interest or the State. This provision is capable of a literal interpretation that is so broad as to result in criminal liability in

38. C.S. 1980-81-82-83, c. 111, devenu L.R.C. c. A-1.

39. Ontario Law Reform Commission, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 100-101. *Wright v. R.*, [1964] R.C.S. 192.

40. S.R.C. 1970, c. O-3, devenu L.R.C. c. O-5.

circumstances where it is unnecessary, and possibly inimical to the efficient operation of government.⁴¹

Par ailleurs l'article 178 de la *Loi sur la protection de la vie privée*⁴² réglemente l'obtention de renseignements par écoute électronique et l'utilisation qui peut être faite de ces renseignements. Ainsi l'article 178.2 prévoit que :

178.2 (1) [Divulgarion de renseignement] Lorsqu'une communication privée a été interceptée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, quiconque

- a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, ou
- b) en divulgue volontairement l'existence, sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

Finalement, on doit noter qu'il est possible à tout fonctionnaire appelé à témoigner dans des procédures judiciaires de bénéficier de ce que l'on nomme le « secret administratif », maintenant régi par les articles 36.1 à 36.2 de la *Loi sur la preuve du Canada*⁴³.

2.2.1. Le devoir de loyauté

Depuis l'arrêt *Fraser* de la Cour suprême l'existence d'une obligation de loyauté ne peut faire aucun doute. Cependant en dépit de cette consécration, la teneur exacte en demeure floue car elle nécessite la réconciliation de principes contradictoires. Ainsi, fondamentalement le fonctionnaire a les mêmes droits politiques que tout citoyen ordinaire. Toutefois, ces droits doivent se concilier avec l'obligation de loyauté envers le Gouvernement-employeur. Or, ce Gouvernement-employeur n'est pas un employeur comme un autre. Il est responsable devant le Parlement de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques publiques. Cette mission d'intérêt général, il ne peut l'accomplir sans l'aide de fonctionnaires ou d'agents qui lui soient fidèles ou loyaux. Le fonctionnaire est donc placé dans un dilemme. Comme citoyen à part entière dans un régime démocratique, il a pleine liberté d'expression et de critique en matière de politique publique ; comme agent public, il doit une certaine loyauté au Gouvernement en place, ce qui amène forcément des restrictions à sa liberté d'expression et de critique. Le Gouvernement ne peut admettre que ceux qui sont à son service nuisent par leurs critiques à la

41. Ontario Law Reform Commission, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 103.

42. S.C. 1973-74, c. 50, intégré au *Code Criminel*, art. 183 ss.

43. S.R.C. 1970, chap. E-10, devenu L.R.C. c. C-5. Voir Dussault et Borgeat, *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 854.

réalisation des politiques et à l'efficacité de l'administration en travaillant à détruire la confiance des administrés⁴⁴.

La première décision à avoir véritablement formulé un tel devoir est la décision *Krocker* de l'ancienne Commission du service civil⁴⁵. Cette décision énonce le principe suivant : la pratique constitutionnelle au Canada interdit au fonctionnaire d'exprimer publiquement une opinion personnelle où il attaquerait des points importants de la politique gouvernementale. On y établit que le fonctionnaire doit faire preuve de discrétion et de loyauté lorsqu'il exprime publiquement des avis personnels à l'égard de la politique gouvernementale⁴⁶.

C'est à partir de cette affaire que les arbitres de la Commission des relations de travail dans la fonction publique ont adopté une conception de ce devoir où,

... the civil servant is expected to give, and with very few exceptions does give in full measure, the qualities of loyalty and discretion. He is not to obtrude his opinion unless it is invited, but when it is needed he must give it with complete honesty and candour. If it is not accepted, and a policy is adopted contrary to his advice, he must, and invariably does, do his best to carry it into effect, however much he may privately dislike it. If it miscarries, he must resist the human temptation to say, « I told you so » ; it is still his duty, which again he invariably performs, to save his Minister from disaster, even if he thinks that disaster is deserved.⁴⁷

Cette définition a été reformulée plus récemment dans une décision arbitrale de la Colombie-Britannique⁴⁸.

La Cour suprême du Canada semble bien avoir adopté une conception de ce genre lorsqu'elle affirme dans l'arrêt *Fraser* :

En règle générale, les fonctionnaires fédéraux doivent être loyaux envers leur employeur, le gouvernement du Canada. Ils doivent être loyaux envers le gouvernement du Canada et non envers le parti politique au pouvoir. Un fonctionnaire n'est pas tenu de voter pour le parti au pouvoir. Il n'est pas non plus tenu d'endosser publiquement ses politiques. En fait, dans certaines circonstances, un fonctionnaire peut activement et publiquement exprimer son opposition à l'égard des politiques d'un gouvernement. Ce serait le cas si, par

44. *Re Goyette, Guindon et Le Conseil du Trésor (Commission de l'Assurance-Chômage, Ministère de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration)*, non rapporté, 12 juillet 1977, C.R.T.F.P., p. 8-9.

45. Non rapporté, Commission du service civil, Bureau d'appel, 9 avril 1965, INS-A-20.

46. Repris dans *Vaillancourt et le Conseil du Trésor (Ministère de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration)*, non rapporté, 14 mars 1973, C.R.T.F.P., p. 24.

47. *Supra*, note 4, p. 38.

48. *Re Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employers' Union*, [1982] 3 L.A.C. (3d) 140, 162-163.

exemple, le gouvernement accomplissait des actes illégaux ou si ses politiques mettaient en danger la vie, la santé ou la sécurité des fonctionnaires ou d'autres personnes, ou si les critiques du fonctionnaire n'avaient aucun effet sur son aptitude à accomplir d'une manière efficace ses fonctions ni sur la façon dont le public perçoit cette aptitude. Toutefois, ayant énoncé ces qualités (et il peut y en avoir d'autres), je suis d'avis qu'un fonctionnaire ne doit pas (comme l'a fait l'appelant en l'espèce) attaquer de manière soutenue et très visible des politiques importantes du gouvernement.⁴⁹

Dans cette optique, on peut remarquer que le devoir de loyauté n'est pas absolu. D'abord dans un premier temps il est limité par les impératifs de la vie démocratique. Cette obligation ne peut avoir pour effet de restreindre de façon absolue toute expression de « public comment » dans toutes les sphères de l'activité gouvernementale. Dans *Goyette et Guindon*⁵⁰, deux fonctionnaires avaient été suspendus pendant 30 jours suite à une conférence de presse qu'ils avaient donnée et où ils avaient non seulement critiqué une réforme administrative impliquant la fusion de leur département respectif mais également soulevé certaines critiques sur la politique gouvernementale de gestion de la main-d'œuvre. L'arbitre refusa alors d'entériner une tendance antérieure qui interdisait tout commentaire aux fonctionnaires sans égard à la fonction exercée :

Nous préférierions apporter une nuance au caractère absolu de ce principe ; faire totalement abstraction du lien qui existe entre les critiques proférées et les fonctions exercées par le fonctionnaire risque de stériliser toute liberté d'expression à l'égard de politiques gouvernementales ne concernant le fonctionnaire qu'en tant que citoyen.⁵¹

Le même arbitre rappela cependant que la nécessité de maintenir une certaine réserve en matière politique s'impose au fonctionnaire tant dans l'exercice de ses fonctions que dans sa vie privée.

Dans *Vachon*⁵², un fonctionnaire du ministère de la Santé nationale qui travaillait à la division de la planification familiale participa, en son nom personnel, à une émission traitant d'éducation sexuelle et de planification familiale. À cette occasion il exprima des vues totalement différentes et fortement critiques des politiques de son ministère. L'arbitre affirma alors :

Il va sans dire que tout employé, y compris un fonctionnaire, a droit à ses opinions personnelles et il a certes aussi le droit de les faire valoir en temps et lieu

49. *Fraser c. C.R.T.F.P.*, *supra*, note 2, p. 470.

50. *Goyette et Guindon et le Conseil du Trésor (Commission de l'Assurance-Chômage, Ministère de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration)*, non rapporté, 12 juillet 1977, Garant, nos 166-2-2914 et 2915.

51. *Id.*, p. 11.

52. *Vachon et le Conseil du Trésor (Ministère de la santé nationale et du bien-être social)*, non rapporté, 30 juillet 1977, Descoteaux, n° 166-2-3106.

et de façon judicieuse dans l'exécution de ses fonctions et dans l'intérêt de son employeur.⁵³

Comme en l'espèce le fonctionnaire ne remplissait pas ces conditions, il fut considéré comme ayant violé l'obligation de réserve.

On peut aussi observer que l'obligation ne s'applique pas seulement en faveur du ministère ou de l'organisme employeur, le devoir s'exerce à l'endroit de toute la structure gouvernementale, mais à des degrés différents selon l'implication du fonctionnaire en cause. De plus, dans l'appréciation d'un manquement au devoir, il est important de tenir compte du niveau hiérarchique du fonctionnaire. Ainsi une latitude plus grande pourra être accordée aux employés subalternes qu'aux cadres supérieurs dont le niveau de responsabilité implique une certaine communauté de vues avec les politiques gouvernementales. Il faut tenir compte également de la « visibilité » du fonctionnaire suivant l'expression de la Cour suprême dans l'arrêt *Fraser*⁵⁴.

Outre ces tempéraments, on retrouve dans la jurisprudence d'autres limitations telles la forme, la virulence des commentaires ou encore la bonne ou mauvaise foi de l'auteur des propos. Dans l'affaire *Fraser* la Cour suprême estima que le fonctionnaire en cause avait dénoncé violemment certaines politiques gouvernementales (système métrique et adoption d'une Charte des droits). Son opposition à ces mesures avait en fait pris la tournure d'une véritable croisade⁵⁵.

Dans *Mizwak*⁵⁶ un fonctionnaire du service postal fut suspendu pour avoir distribué à la sortie du travail un journal soi-disant de gauche (*The Worker*) à l'intérieur duquel se trouvait un article qui critiquait sévèrement le ministère des postes. Toutefois rien n'indiquait que le fonctionnaire pouvait être l'auteur de l'article en question. L'arbitre décida que cela ne pouvait être considéré comme une atteinte au devoir de loyauté car cela...

would be to deprive the grievor of such a significant measure of freedom of speech that no public servant could ever play a part in the distribution of any periodical or journal which contained in part any criticism of the government.⁵⁷

Dans *Vaillancourt*⁵⁸ les employés fautifs avaient participé à une conférence de presse et à certaines entrevues au sujet des politiques du ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. Toutefois, ceux-ci semblaient véritablement

53. *Id.*, p. 9.

54. *Supra*, note 2, p. 466.

55. *Id.*, p. 469.

56. *Mizwak et le Conseil du Trésor (Département des Postes)*, non rapporté, 6 octobre 1977, Brent, n° 166-2-3072.

57. *Ibid.*, p. 7.

58. *Supra*, note 46.

être de bonne foi et croyaient être dûment autorisés par leur syndicat. L'arbitre confirma la nécessité d'une sanction disciplinaire mais réduisit la sentence initialement imposée par l'employeur. Cette dernière décision pose également le problème de l'immunité dont peuvent jouir les représentants syndicaux. Ainsi, dans *Vaillancourt*, l'arbitre est favorable à une plus grande indulgence si les fonctionnaires ont véritablement été accrédités par le syndicat. L'état actuel du droit semble toutefois plus restrictif sur cette question de l'immunité syndicale.

Dans *Stewart*⁵⁹, un fonctionnaire avait publié un article dans un quotidien de la Capitale, l'*Ottawa Citizen*, pour dénoncer la situation en cours au ministère des Approvisionnements et Services. Dans son texte l'auteur s'attaquait directement au ministre responsable, l'accusant surtout de mauvaise gestion. Devant le tribunal, M. Stewart invoquait toutefois qu'il avait effectué ces remarques en tant que président du syndicat et non comme fonctionnaire. Dans sa décision, confirmée par la Commission en appel, l'arbitre en chef Jolliffe limita le droit de critique des fonctionnaires, représentants syndicaux, au domaine des « conditions d'emploi ». Pour lui, le fait que tous les syndiqués possèdent un droit de critique en matière de relations de travail n'implique pas qu'ils possèdent un tel droit sur tout autre aspect de l'activité gouvernementale :

Parce que les employés jouissent manifestement de la liberté de parole et du « droit de critiquer » en matière de négociation collective et qu'ils ont même le droit de faire la grève après l'étape de la conciliation, s'ensuit-il qu'ils jouissent des mêmes droits dans tous les autres domaines ? À mon avis, la réponse doit être négative...

le droit de critiquer existait « dans le cadre de la loi », c'est-à-dire la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique. Cette loi s'applique au domaine de la négociation collective pour ce qui a trait aux conditions d'emploi et contient des dispositions relatives à la procédure applicable aux griefs et au régime d'arbitrage. Elle ne s'applique pas aux programmes et aux politiques du gouvernement ou à la façon dont les ministères doivent être organisés, réorganisés et administrés.⁶⁰

Dans *Chedore*⁶¹ il s'agissait d'une suspension de dix jours imposée à un employé de Postes Canada pour avoir critiqué dans les journaux et à la radio le ministre des postes. M. Chedore invoquait également que ces commentaires avaient été effectués en qualité de président du syndicat. Rappelant les termes

59. *Stewart et le Conseil du Trésor (Ministère des approvisionnements et services)*, non rapporté, 12 août 1975, Jacliffe, n° 166-2-2000, confirmé par la Commission le 26 août 1976, Finkelman, n° 168-2-108.

60. *Id.*, p. 52.

61. *Chedore et le Conseil du Trésor (Département des postes)*, [1981] 29 L.A.C. (2d) 42.

de la décision *Stewart* l'arbitre conclut que celui-ci ne jouissait d'aucune immunité le mettant à l'abri de sanctions disciplinaires. Toutefois eu égard aux circonstances de l'espèce il réduisit la durée de la suspension imposée.

En 1985, Grahn⁶², un fonctionnaire de la Commission de l'emploi et de l'immigration fait publier dans un magazine à grand tirage une entrevue dans laquelle il dénonce comme frauduleux le système d'assurance-chômage. Il est congédié pour avoir violé le code d'éthique du ministère qui interdit toute critique publique des politiques et programmes du gouvernement ou du ministère. La Commission des relations de travail a rejeté le grief et la Cour fédérale d'appel⁶³ s'est fondée sur l'arrêt *Fraser* pour conclure que Grahn avait violé son obligation de loyauté.

En 1987, un agent d'immigration dénonce devant un député la politique ministérielle relative aux réfugiés ; le député en fait part au Toronto Star pour critiquer la moralité et l'intégrité du Ministre. L'employeur reproche à Quigley⁶⁴ d'avoir divulgué des renseignements confidentiels et d'avoir publiquement dénoncé la légalité de la politique ministérielle. La Commission des relations de travail annulera le congédiement et lui substituera une longue suspension en tenant compte de circonstances atténuantes⁶⁵.

En 1986, un fonctionnaire de la Commission d'appel de l'Immigration, greffier adjoint de ce tribunal, dénonce auprès d'un avocat le fonctionnement de la Commission en lui communiquant une liasse de documents de régie interne⁶⁶. Cet avocat lance une vaste campagne de dénonciation dans divers journaux. Comme dans l'affaire précédente, cela concernait le processus d'acquisition du statut de réfugié, question politiquement controversée à l'époque. Ces dénonciations dont plusieurs mettaient en cause la régularité et la légalité de certains procédés perturbèrent considérablement l'atmosphère à la Commission. Se fondant sur l'arrêt *Fraser* la Commission des relations de travail reconnaît que dans certaines circonstances un employé peut dénoncer publiquement les actes répréhensibles commis par son employeur, mais à deux conditions : premièrement, il doit avoir épuisé les moyens de dénonciation internes et en faire la preuve ; deuxièmement, il doit s'abstenir de critique publique s'il s'est amorcé à l'interne un mouvement de correction ou de réforme. La Commission ajoute que ces questions de légalité et de violation

62. *Grahn et Conseil du Trésor*, 12 sept. 1985, n° 166-2-15093, non rapporté.

63. *Grahn c. R. C.F.A.* 749-85 du 20 janvier 1987.

64. *Guigley et Conseil du Trésor*, 26 oct. 1987, n° 166-2-16822.

65. La décision est quelque peu ambiguë. L'arbitre fait allusion à la liberté d'expression reconnue par l'arrêt *Fraser*, au fait que les critiques n'étaient pas complètement dénuées de fondement, au fait que le fonctionnaire se soit adressé à un député et que c'est ce dernier qui a fait le battage publicitaire.

66. *Forgie c. Conseil du Trésor*, 13 nov. 1986, n° 166-2-15843.

de justice naturelle sont souvent controversées et qu'il appartient aux tribunaux supérieurs normalement de les trancher. Elle conclut qu'en l'espèce le congédiement est mérité parce que le fonctionnaire a adopté un comportement irrationnel et injustifiable; au surplus, il a gravement porté atteinte à la réputation de son employeur.

La Cour fédérale d'appel a confirmé la décision de la Commission⁶⁷. Elle ajoute que celle-ci a, avec raison, rejeté un argument fondé sur les arts. 7 et 11 de la Charte parce qu'un employé dans ces circonstances n'est pas un « inculpé » et n'est pas atteint dans sa vie, sa liberté, sa sécurité.

Dans une autre affaire, un fonctionnaire du Ministère des affaires indiennes avait communiqué avec un journaliste et donné même une conférence de presse dans laquelle il dénonçait la politique de son ministère à l'égard de la bande des Stoneys⁶⁸. Le congédiement fut remplacé par la Commission des relations de travail par une suspension de six mois en raison de circonstances atténuantes; le fait de donner des informations au public entrainé dans la tâche du fonctionnaire; il est certes allé trop loin, mais les reproches adressés n'étaient pas sans fondement et n'impliquaient pas divulgation d'informations confidentielles ou de régie interne; enfin le fonctionnaire l'a fait dans l'intérêt des indiens dont il prenait la défense. Le Tribunal semble tenir compte du caractère sympathique du cas pour atténuer la rigueur de la sanction en s'inspirant de l'esprit de l'arrêt *Fraser*.

L'obligation de réserve est donc consacrée par la jurisprudence tant des tribunaux supérieurs que de ce tribunal administratif spécialisé qu'est la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Un fonctionnaire ne doit pas critiquer publiquement les politiques du gouvernement ou de son ministère de même que le fonctionnement de l'appareil administratif ou quasijudiciaire auquel il est lié. Il peut néanmoins dénoncer publiquement, de bonne foi et sans virulence, les actes ou agissements répréhensibles de son employeur à trois conditions: qu'il ait utilisé et épuisé les mécanismes de correction interne sans satisfaction; qu'il n'y ait pas d'amorce de mouvement de correction; que les critiques soient bien fondées et ne portent pas sur des interprétations sujettes à controverses au plan de la légalité notamment.

Comme on peut s'en rendre compte le devoir de loyauté revêt de nombreuses facettes. Ainsi, à ce sujet l'on doit noter que lorsqu'il est question d'une éventuelle violation du devoir de loyauté, il est important de ne pas confondre une violation de celui-ci avec une contravention au serment

67. *Forgie c. C.R.T.F.P.*, C.F.A. 717-86, 5 juin 1987.

68. *Laboucane c. Conseil du Trésor*, 19 février 1987, n° 166-2-16086 à 16088.

d'office qu'impose la loi. Dans *Domazet*⁶⁹, on retrouve une telle violation du serment statutaire de même que de l'obligation de loyauté. Le fonctionnaire en cause avait alors critiqué sévèrement son ministère et il avait fait parvenir à la presse et aux députés des renseignements confidentiels. Devant une violation aussi importante de ses devoirs l'arbitre confirma le congédiement.

2.2.2. Le devoir de confidentialité

En vertu de la Common Law, l'obligation de confidentialité n'existe pas seulement qu'à l'intérieur d'une relation employeur-employé; ce devoir de non-divulgaration s'impose...

... where it can be shown that the information imparted is « confidential », that is, basically, where it is not common knowledge or where it is rendered confidential either by the context in which it was disclosed to the confidant or by its very nature.⁷⁰

L'attribution du qualificatif de « confidentiel » nécessite que l'information en cause rencontre certaines conditions. D'abord, celle-ci doit avoir un certain caractère d'inaccessibilité. Elle ne doit pas être connue de tous. Ce caractère peut-être déterminé en vérifiant si la production de cette information nécessite une démarche particulière : « If the information can only be reproduced at cost of time, labour and effort, it will be considered confidential... »⁷¹. Cependant ce caractère n'est pas absolu et on reconnaît qu'un certain degré de divulgation peut exister sans que ne soit restreint la confidentialité. Ce degré de connaissance se mesure relativement à deux éléments : le public touché (*audience*) et le type d'information (*subject-matter*).

Le caractère confidentiel d'une information peut découler de l'ensemble du contexte ou des circonstances dans lequel la communication a été faite⁷². Par ailleurs, le fait qu'une partie des informations divulguées fasse partie du domaine public peut ne pas modifier son caractère confidentiel⁷³.

Lorsqu'il y a lieu d'établir, en général, une atteinte au devoir de confidentialité trois choses doivent donc être établies de façon cumulative⁷⁴.

69. *Domazet et le Conseil du Trésor (Ministère de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration)*, non rapporté, 21 octobre 1977, Norman, nos 166-2-3172 et 3173.

70. Ontario Law Reform Commission, *supra*, note 4, p. 51.

71. Francis GARRY, *Breach of Confidence*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Press, 1984, p. 70-71.

72. *Lac Minerals c. International Corona Resources*, C.S.C., 11 août 1989, confirmant (1986) 25 D.L.R. (4th) 504 (Ont. H.C.) et (1988) 44 D.L.R. (4th) 592 (Ont. C.A.).

73. [1988] 44 D.L.R. (4th) 592, 629.

74. Gurry, *supra*, note 76, p. 76.

Premièrement, le caractère confidentiel de l'information en cause. Nous avons déjà dit à cet égard qu'il s'établissait à partir de son niveau d'accessibilité. Toutefois lorsqu'il s'agit d'information gouvernementale ce « test » ne suffit plus. Il faut démontrer en outre que c'est dans l'intérêt public que cette information est inaccessible⁷⁵. Gurry identifie deux circonstances principales qui permettent de restreindre la divulgation d'information en vertu de l'intérêt public c'est-à-dire lorsque la divulgation de cette information aurait pour effet de bloquer une partie importante de l'appareil étatique ou lorsque cela aurait pour effet d'entraver l'exercice de pouvoirs gouvernementaux. Le principe de la responsabilité ministérielle pourrait ainsi être invoquée pour empêcher la divulgation d'information⁷⁶.

Deuxièmement, on doit démontrer que ces informations ont été divulguées dans des circonstances qui ont eu pour effet d'imposer une obligation de confidentialité.

Troisièmement, on doit établir qu'il y a eu non-respect de l'obligation en démontrant qu'il y a eu un usage de l'information contraire aux raisons qui ont motivé sa transmission à l'origine. Dans *Seager v. Copidex*, Lord Denning affirme que « ... who has received information in confidence shall not take an unfair advantage of it »⁷⁷. À cet égard, « an obligation of confidence will arise whenever the confidant either knew, or ought to have known, that confidential information was disclosed to him for a limited purpose »⁷⁸.

En ce qui concerne proprement l'Administration gouvernementale, la Common Law a également reconnu que les agents doivent garder confidentiels les renseignements qu'ils obtiennent des administrés. À cet égard toutefois, le droit statutaire actuel fournit un important complément dans la mesure où il indique la nature des informations que peuvent recueillir les organismes d'État et l'utilisation qu'ils peuvent en faire⁷⁹.

La Common Law prévoit également des exceptions qui permettent d'excuser la communication d'informations jugées confidentielles. Ainsi en présence de méfaits (*wrongdoing*) de l'employeur, un employé peut être justifié de faire certaines révélations dans l'intérêt public. Il s'agit de ce qu'on appelle « the whistle-blowing exception ». Dans *Annesley v. Earl of Anglesea*, un arrêt de 1743, on soutient que « no private obligations can dispense with

75. *Ibid.*, p. 103.

76. *Ibid.*, p. 106-107 et 18.

77. [1967] 2 All E.R. 415, cité dans Ontario Law Reform Commission, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 53.

78. Garry, *op. cit.*, note 69, p. 115.

79. *Ibid.*, p. 230-231.

that universal one which lies on every member of society to discover every design which may be formed, contrary to the laws of society, to destroy the public welfare »⁸⁰.

La High Court ontarienne⁸¹ devait, il y a quelques années, se prononcer sur l'application de la doctrine du *whistle-blowing*⁸². En l'espèce, une série de documents gouvernementaux classés confidentiels s'étaient retrouvés en possession d'un cabinet d'avocat. La Couronne cherchait à les retrouver et à obtenir l'identité des personnes qui les avaient divulgués. La défense invoqua alors cette exception de la Common Law. Notant la tendance à restreindre la portée de l'exception, le tribunal distingua les cas de fraude ou de corruption des simples erreurs de jugement ou de priorité. Ainsi, ...

... If the defendants are right, any servant of the Crown could disclose Cabinet documents on the ground that he believes that a wrongful act has been committed. This could not be tested because his identity would be protected. In my view, such actions seriously impair the proper operation of the Executive branch of government. The message must be clear that the proper process must be followed under the appropriate rule in the framework of the Divisional Court proceedings. The surreptitious delivery of confidential material cannot be sanctioned.⁸³

Une autre exception importante est celle qui touche le domaine public. Tout ce qui fait partie du domaine public ne peut en principe faire l'objet d'une obligation de confidentialité :

... the general principle is that no duty of confidentiality can exist in regard to information publicly known, or in the «public domain», in the absence of an express contractual provision to the contrary or explicit instructions from one's employer to treat the information as confidential.⁸⁴

Il existe enfin d'autres exceptions moins importantes comme celle de devoir révéler des informations suite à un ordre des tribunaux ou encore lorsque l'on se retrouve devant une habilitation légale explicite de produire telle information.

80. (1743) 17 State Tr. 1139, 1229, cité dans Ontario Law Reform Commission, *supra*, n° 4, p. 64.

81. *Attorney General of Ontario v. Gowling and Henderson*, (1984) 47 O.R. (2d) 449.

82. Sur le *whistle blowing* voir l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Pickering v. Bd. of Education of Township High School* 391 U.S. 563 (1968) ; aussi : Walters, « Your employee's right to blow the whistle » (1975) 53 *Harvard Business Review*, n° 4.

83. *Attorney General of Ontario v. Gowling*, *supra*, note 80, p. 463.

84. Ontario Law Reform Commission, note 4, p. 61.

2.2.3. Les devoirs et droits du fonctionnaire au regard de la politique électorale

La principale disposition statutaire qui concerne les droits et les devoirs du fonctionnaire au regard de la politique électorale est le fameux article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*⁸⁵. En vertu de cet article il est interdit à un fonctionnaire de participer activement à des activités politiques en faveur d'un candidat ou d'un parti politique que ce soit sur la scène fédérale ou provinciale. L'interdiction de tout travail partisan prévaut à la fois pendant les périodes électorales et hors de celles-ci. En effet, il lui est défendu de travailler pour un candidat, ce qui suppose une élection, et pour un parti politique, cela indépendamment des périodes électorales. En vertu de

85. *Activités politiques*

32. (1) Il est interdit à tout sous-chef et, sauf selon que l'autorise le présent article, à tout employé
- a) de travailler pour ou contre un candidat à une élection à la Chambre des communes, à la Législature d'une province ou au Conseil du territoire du Yukon ou des territoires du Nord-Ouest, ou de travailler au nom d'un tel candidat, ainsi que de travailler pour ou contre un parti politique ou de travailler au nom d'un tel parti; ou
 - b) d'être candidat à une élection mentionnée à l'alinéa a).
- (2) Une personne ne contrevient pas au paragraphe (1) pour le seul motif qu'elle assiste à une réunion politique ou qu'elle verse, à titre de contribution, de l'argent pour la caisse d'un candidat à une élection mentionnée à l'alinéa (1)a) ou qu'elle verse de l'argent à la caisse d'un parti politique.
- (3) Nonobstant toute autre loi, sur demande que lui a présentée un employé, la Commission peut, si elle est d'avis que, par rapport à la Fonction publique, l'efficacité de l'employé, dans le poste qu'il occupe alors, n'aura pas à souffrir du fait qu'il aura été candidat à une élection mentionnée à l'alinéa (1)a), accorder à l'employé un congé sans traitement pour lui permettre de demander à se faire présenter comme candidat et d'être candidat à cette élection, pour une période se terminant le jour où les résultats de l'élection sont officiellement déclarés ou à la date antérieure comme peut le demander l'employé s'il a cessé d'être un candidat.
- (4) Dès qu'elle a accordé un congé en vertu du paragraphe (3), la Commission doit faire publier un avis à ce sujet dans la *Gazette du Canada*.
- (5) Un employé déclaré élu à une élection décrite à l'alinéa (1)a) cesse dès lors d'être un employé.
- (6) Lorsqu'une personne qui est ou a été candidat à une élection décrite à l'alinéa (1)a) allègue à la Commission qu'un sous-chef ou un employé a contrevenu au paragraphe (1), l'allégation doit être déferée à un comité établi par la Commission pour tenir une enquête au cours de laquelle la personne qui fait l'allégation et le sous-chef ou l'employé en cause ou leurs représentants ont la possibilité de se faire entendre. Après avoir été informé de la décision du comité en ce qui concerne l'enquête, la Commission
- a) doit, lorsqu'il s'agit d'un sous-chef, soumettre la décision au gouverneur en conseil qui peut, si le comité a décidé que le sous-chef a contrevenu aux dispositions du paragraphe (1), destituer ce sous-chef; et
 - b) peut, lorsqu'il s'agit d'un employé, si le comité a décidé que l'employé a contrevenu aux dispositions du paragraphe (1), destituer cet employé.
- (6) Pour l'application du paragraphe (6), l'expression « sous-chef » ne comprend par une personne, pour laquelle la destitution, autrement que par cessation des fonctions auxquelles elle a été nommée à titre amovible, est expressément prévue par la présente loi ou quelque autre loi. 1966-67, c. 71, art. 32.

l'article 32(2) cette interdiction ne s'étend pas à l'assistance à des réunions politiques ou aux contributions financières à la caisse d'un candidat ou d'un parti. Il lui est également interdit de se porter candidat à moins qu'il n'ait demandé et qu'il n'ait reçu la permission de la Commission de la fonction publique. À ce propos, ces permissions sont généralement refusées aux employés de niveau supérieur⁸⁶. On peut aussi remarquer que même si le fonctionnaire a droit à une réintégration s'il n'est pas élu, son élection signifie l'exclusion de la Fonction publique, puisqu'il n'a pas droit à une réintégration à la fin de son mandat électif.

L'application de ces dispositions a fait l'objet de quelques litiges devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique. Ainsi dans *Brewer*⁸⁷ il s'agissait d'un employé supérieur du service des douanes qui désirait présenter sa candidature aux élections du Nouveau-Brunswick sous la bannière du N.P.D. Avant l'assemblée de mise en candidature, M. Brewer avisa la Commission de ses intentions et demanda à cette occasion l'octroi d'un congé sans solde. Celui-ci lui fut refusé et l'appel qu'il formula subséquemment rejeté. Ces refus de la part de la Commission ne modifièrent en rien la volonté de M. Brewer qui fut finalement désigné candidat néo-démocrate. Malgré les avertissements lui indiquant que cela pouvait lui coûter son emploi, rien ne put lui faire changer d'idée. Par la suite, il ne parvint pas à se faire élire. Il fut congédié pour avoir commis une faute disciplinaire grave. La Commission des relations de travail conclut à la nécessité d'une sanction sévère mais changea le congédiement en une suspension d'une année.

La loi électorale du Canada contient également des dispositions qui confirment l'interdiction pour les fonctionnaires fédéraux de se porter candidats aux élections fédérales. Ainsi l'article 21 de cette loi prévoit qui est inéligible.

f) toute personne qui accepte ou occupe une charge, une commission ou un emploi, permanent ou temporaire, au service du gouvernement du Canada et dont la nomination relève de la Couronne ou d'un fonctionnaire du gouvernement du Canada, auquel sont attachés un traitement, des honoraires, des gages, une indemnité, des émoluments ou un profit quelconque, tant qu'elle occupe cette charge, cette commission ou cet emploi ;

L'article 21 ajoute cependant que :

(2) les alinéas (1)c) et f) ne rendent pas inéligibles :

[...]

g) un employé, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* à qui, en vertu de cette loi, un congé sans paye a été accordé pour lui permettre de se faire présenter comme candidat et pour être candidat à une élection, et qui est en congé sans paye à cette fin ; ou

86. BORGEAT et DUSSAULT, *supra*, note 7, p. 348.

87. *Brewer et Conseil du Trésor*, non rapporté, 11 avril 1979, n° 161-25354.

Les fonctionnaires fédéraux se voient donc interdire doublement le droit d'être candidats à une élection fédérale. D'abord, ils sont susceptibles de congédiement s'ils se portent candidats. D'ailleurs, le droit même de se porter candidat leur est dénié, car la Loi électorale les rend inéligibles. Cette situation peut toutefois être évitée si le fonctionnaire fait une demande expresse et obtient un congé de la Commission de la Fonction publique.

3. L'impact de la Charte canadienne

Nous avons jusqu'ici dressé un tableau complet du cadre juridique qui entoure l'exercice des libertés politiques des membres de la Fonction publique. À cette occasion, nous avons établi le principe constitutionnel de la nécessité d'une fonction publique « neutre » et précisé le contenu exact de ce concept. Par la suite, nous avons examiné la nature des restrictions imposées aux agents de l'État. Nous devons maintenant passer à la deuxième étape de notre démarche, c'est-à-dire vérifier la compatibilité des limitations imposées aux libertés politiques des fonctionnaires avec les droits garantis par la Charte canadienne.

3.1. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

L'intégration dans la Constitution d'une Charte des droits et libertés garantissant à chacun le respect de droits estimés fondamentaux a-t-elle modifié profondément la nature même de notre système politique ? Certains des principes qui étaient alors à la base même de ce système politique ont-ils été affectés ? Certes la souveraineté absolue du Parlement, pierre angulaire d'un système démocratique d'inspiration britannique, a-t-elle été réduite d'autant par la place octroyée maintenant aux tribunaux chargés du respect de l'ordre constitutionnel. C'est ainsi que des mesures dont la validité constitutionnelle pouvait autrefois être mise en doute se retrouvent aujourd'hui remises en cause par la Charte : c'est le cas de la neutralité politique de la Fonction publique et des mesures prises par le législateur pour s'assurer que celle-ci soit respectée, qui ne pouvaient être contestées jusqu'à l'adoption de la Charte constitutionnelle, sauf bien entendu au regard du partage des compétences législatives propres au fédéralisme. Ainsi la Cour suprême a-t-elle statué en 1987 que la législature provinciale est constitutionnellement compétente pour légiférer sur la fonction publique provinciale ce qui comprend la réglementation de la restriction à la liberté politique du fonctionnaire, même lorsque ses manifestations s'exercent sur la scène fédérale⁸⁸.

88. Les restrictions statutaires ontariennes aux activités politiques des fonctionnaires ontariens ont été jugées valides avant l'entrée en vigueur de la Charte dans : *SEFPO c. Ontario (Procureur Général)*, [1987] 2 R.C.S. 2.

Malgré la Charte et en vertu de celle-ci, la souveraineté parlementaire peut toutefois renaître par l'effet de la clause dérogatoire de l'article 33, suivant laquelle le Parlement ou une législature peut par une clause expresse déclarer qu'une loi précise s'appliquera « indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des articles 7 à 15 de la présente Charte »⁸⁹. Le Parlement pourrait donc incontestablement soustraire l'article 32 de la *Loi sur l'emploi* aux articles 2, 7 à 15 de la Charte pendant une période de cinq ans, renouvelable indéfiniment toutefois chaque cinq ans.

Il est facile d'identifier six droits reconnus par la Charte qui sont susceptibles d'être restreints par les limitations légales imposées à la liberté politique des fonctionnaires. Premièrement, il s'agit de la liberté d'expression que l'on retrouve à l'article 2(b), de la liberté de réunion pacifique qui se trouve à l'article 2(c) et de la liberté d'association garantie par l'art. 2(d). Ces restrictions peuvent également affecter les droits démocratiques, droit de vote et droit d'être candidat aux élections législatives, qu'octroie à chaque citoyen l'article 3. Finalement, il est également possible de s'interroger au sujet de l'article 15 qui prescrit le droit à l'égalité de tous devant la loi.

L'on ne doit pas perdre de vue les termes de l'article 1 qui permettent que soient légalement restreints ces droits :

... par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'article 1 a donc pour effet de rendre la loi en cause parfaitement constitutionnelle. Nous préciserons d'ailleurs plus loin les critères que l'on doit respecter pour se conformer à l'article 1. Nous nous intéresserons auparavant à la nature des droits conférés par la Charte.

3.1.1. La liberté d'expression

La notion de liberté d'expression fait partie d'un des concepts essentiels à l'épanouissement d'une société démocratique. Cependant jusqu'à l'adoption de la Charte de 1982, le statut de celle-ci n'était pas très bien défini⁹⁰. Malgré certains arrêts militant en faveur d'une reconnaissance constitutionnelle de

89. Sur la portée de l'art. 33, voir R. TASSÉ, « Application de la Charte... », in Beaudoin et Ratushny, *La Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2^e éd., 1989, p. 116 s.

90. Clare BECKTON, « La liberté d'expression » dans : Beaudoin et Ratushny, *op. cit.*, *supra*, note 89, p. 223 s.

cette liberté⁹¹ celle-ci est donc demeurée jusqu'à récemment à la merci du Parlement et des Législatures.

Malgré un courant jurisprudentiel selon lequel la liberté d'expression protégée par la Charte n'était que la liberté d'expression en matière politique et non artistique⁹², il semble bien qu'elle couvre les nombreuses formes qu'elle peut revêtir. Ainsi dès 1983 la High Court ontarienne affirmait :

It is clear to us that all forms of expression, whether they be oral, written, pictorial, sculpture, music, dance or film, are equally protected by the Charter.⁹³

Dans cette perspective la forme de l'expression est protégée et non le seul contenu de ce que l'on exprime⁹⁴.

Il est très difficile de dresser un portrait exact de la notion de liberté d'expression. Par sa nature même, il ne s'agit pas d'une valeur absolue et elle doit être définie de façon à respecter d'autres valeurs toutes aussi importantes. Elle ne peut donc que se définir par rapport à ce qui est interdit de faire ou de dire. Dans un tel contexte, le droit à la libre expression est limité par d'autres idéaux tel le droit à la réputation, le droit à la dignité de la personne ou d'autres impératifs tel celui de la sécurité nationale, etc⁹⁵. Ainsi, malgré la constitutionnalisation du droit à la libre expression, la tenue de propos diffamatoires ou la distribution de tracts obscènes ou la littérature subversive continueront d'être vraisemblablement interdits.

Dans ce contexte, le concept de liberté d'expression n'a pas été essentiellement modifié par l'adoption de la Charte. Toutefois, alors qu'auparavant les seules limites régissant les interdictions avaient trait au partage des compétences législatives, celles-ci doivent maintenant respecter la norme de l'article 1 c'est-à-dire, être raisonnables dans un « société libre et démocratique »⁹⁶. Cette norme, à la vérité, le législateur y a toujours été soumis, mais il en était le seul juge outre l'électorat ; depuis 1982 c'est le pouvoir judiciaire qui a le dernier mot, sous réserve de l'article 33.

91. Voir : *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100 ; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Irwin COTLER, « Liberté et réunion, d'association, de conscience et de religion » dans Beaudoin et Ratushny, *supra*, note 89, p. 189 s.

92. *Re Rio Hotel and Liquor Licence Board*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 662, 670.

93. *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983) 41 O.R. 583, 590 ; voir aussi : André TREMBLAY, « La liberté d'expression au Canada : le cheminement vers le marché libre des idées », dans : Beaudoin Gérard A. et Daniel Turp Éd., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 285-286.

94. *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

95. TREMBLAY, *supra*, note 93, p. 287.

96. *Ibid.*, p. 288.

3.1.2. La liberté de réunion pacifique

La liberté de réunion pacifique est protégée par l'article 2(c) de la Charte. Ce concept est assez difficile à définir puisque l'on peut facilement le confondre avec les libertés d'association, de parole et d'expression. D'ailleurs pour certains il n'en constitue qu'une forme ou manifestation particulière⁹⁷. Il semble qu'aucune définition n'a jamais vraiment séparé la liberté de réunion de la liberté de parole puisque le droit de se rassembler nécessite le droit de s'exprimer pour avoir un véritable sens. De même, à certaines occasions, la liberté de parole peut ne rien signifier si l'on ne peut se réunir pour échanger. Ainsi « en termes simples, la liberté de réunion constitue une parole en action, l'acte physique de se rencontrer pour communiquer et échanger des pensées et des émotions »⁹⁸.

3.1.3. La liberté d'association

La liberté d'association constitue, au dire même de la Cour suprême, l'un des droits les plus « fondamentaux » que l'on retrouve dans un société démocratique⁹⁹. Les différentes conceptions de la liberté d'association se partagent en deux tendances principales. Une première qui se veut « individualiste », limite sa portée au « ... droit de la personne de s'associer à d'autres, de celui, notamment d'adhérer à un groupement, dans le cas d'une association structurée existante »¹⁰⁰. La seconde tendance ajoute à la liberté d'association une dimension collective. Ainsi en plus de la possibilité pour chacun de s'associer, la protection constitutionnelle s'étendrait également aux activités des groupes ou collectivités ; dans cette conception, la finalité de l'association serait également protégée¹⁰¹.

La Cour suprême du Canada a cependant rejeté cette dernière vision de la liberté d'association. Selon elle...

La liberté d'association a pour objet d'assurer que diverses fins puissent être poursuivies en commun aussi bien qu'individuellement. La liberté d'association n'a rien à voir avec les activités ou fins elles-mêmes ; elle concerne la manière dont ces activités ou ces fins peuvent être poursuivies.¹⁰²

97. COTLER, *supra*, note 91, p. 177.

98. *Ibid.*, p. 177-178.

99. *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, 393.

100. P. VERGE, *Le droit de grève ; fondements et limites*, Cowansville, Éditions Blais, 1985, p. 102 et s.

101. *Ibid.*, p. 107 et s.

102. *Re Public Service Employee Relations Act*, *supra*, note 99, p. 406.

Dans cette optique, la liberté d'association protégée par la Charte doit être définie

... comme une protection que cette dernière accorde à l'exercice collectif des droits qu'elle protège lorsqu'ils sont exercés par un seul individu. De plus, la liberté d'association s'entend de la liberté de s'associer afin d'exercer des activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu. Mais comme le fait d'être associés ne confère en soi aucun droit supplémentaire aux individus, l'association n'acquiert aucune liberté, garantie par la Constitution, de faire ce qui est illicite pour l'individu de faire.¹⁰³

C'est ainsi, à titre d'exemple, que le droit de se regrouper pour former un syndicat est protégé par la Charte. Toutefois les activités de ce groupement, comme la grève, ne jouissent pas de la protection constitutionnelle et peuvent donc être restreintes sans aucune limite par le législateur ordinaire ; si toute grève, même primaire, peut être réglementée ou interdite, il va de soi que toutes grèves politiques ou mouvements assimilables peuvent l'être.

3.1.4. Les droits démocratiques

La Charte canadienne garantit également à chaque citoyen canadien un ensemble de droits « démocratiques »¹⁰⁴. On doit d'abord remarquer à propos de ceux-ci qu'il n'est pas possible d'y déroger en vertu de l'article 33. Les seules restrictions qui peuvent affecter ces droits sont donc celles qui se justifient en vertu de l'article 1.

Dans le cadre de nos préoccupations, une disposition nous intéresse de façon plus particulière : c'est l'article 3 :

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Le droit de vote de même que celui d'être candidat à la Chambre des communes, ou à une assemblée législative provinciale, jouissent donc d'une reconnaissance constitutionnelle. Par contre, rien ne garantit un tel droit sur la scène municipale ou locale. Toutefois, sur le plan scolaire, l'article 29 de la Charte prévoit le maintien des garanties de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867. Or en vertu de celle-ci il semble bien que le droit de vote aux élections scolaires ait été garanti de même que celui de se porter candidat aux postes de commissaires d'école ou membres de conseils scolaires ayant la responsabilité

103. *Ibid.*, p. 409.

104. G. BEAUDOIN, « Les droits démocratiques », [1983] 61 R.B.C. 151 ; G. Beaudoin, « Les droits démocratiques », in Beaudoin et Ratushny, *supra*, note 89, p. 307-348 ; BRUN H. et BRUNELLE C., « Les statuts respectifs de citoyen, résident et étranger, à la lumière des Chartes des droits » (1988) 29 C. de D. 689.

d'écoles confessionnelles¹⁰⁵; on pourrait virtuellement se poser la même question à propos de commissions scolaires linguistiques dans la mesure où l'article 23 de la Charte donnerait droit à une organisation scolaire impliquant des commissaires scolaires élus¹⁰⁶.

Traditionnellement, les droits de vote et d'être candidat aux élections législatives ont toujours été soumis à certaines restrictions. Celles-ci devront maintenant être conformes aux limites imposées par l'article 1. De façon générale les restrictions habituelles que l'on retrouve pour l'exercice du droit de vote, tel l'âge, la capacité, une certaine période de résidence etc... ont été jugés valides, à moins que dans leur application quotidienne elles ne constituent en fait qu'un déni de ce droit¹⁰⁷. Quant aux prohibitions totales du droit d'être candidat ou de voter, elles devront être examinées au cas par cas. Ainsi dans le cas du directeur général des élections chargé de l'organisation de celles-ci, il semble raisonnable qu'il soit privé de son droit de vote¹⁰⁸. Quant aux détenus il est de plus en plus acquis qu'ils ne peuvent en être privés malgré les difficultés de mise en œuvre¹⁰⁹. Nous nous pencherons plus loin sur le cas des fonctionnaires.

Certains se sont demandés si ces droits démocratiques étaient moins fondamentaux que les « libertés fondamentales » consacrées par l'article 2. Le juge Grant de la Nouvelle-Écosse émet l'opinion que les deux catégories sont d'importance égale : les deux sont insérées dans le même document constitutionnel et sont « a necessary component of the democratic process »¹¹⁰. Nous partageons entièrement ce point de vue d'autant plus que ces droits de l'article 3 sont encore plus intangibles à cause de l'article 33 de la Charte.

3.1.5. Les limites posées par l'article 1 de la Charte

Comme nous l'avons déjà signalé auparavant, l'article 1 prévoit qu'il est possible d'apporter certaines restrictions aux droits et libertés garanties par la Charte. Celles-ci doivent cependant se justifier dans « le cadre d'une société libre et démocratique ». La Cour suprême du Canada a déterminé dans l'arrêt *Oakes*¹¹¹ le type de test à appliquer pour vérifier la compatibilité avec la

105. Beaudoin, *supra*, note 104.

106. Sur la portée de l'art. 23, voir Brun et Brunelle, *supra*, note 104, p. 698 et s.

107. *Re Election Act (British Columbia)*, [1986] W.W.R. 207 (C.S.C.-B.).

108. Beaudoin, *op. cit.*, note 104.

109. *Ibid.*

110. *Infra*, note 135, p. 353.

111. [1986] 1 R.C.S. 103.

Charte au regard de l'article 1. Dans l'arrêt *Edwards* elle a reformulé ce test et lui a donné une forme définitive ¹¹².

Lorsqu'il a été établi qu'une règle de droit restreint un droit protégé par la Charte, le gouvernement doit démontrer que la disposition vise des objectifs assez importants pour justifier une restriction à ce droit :

En premier lieu, l'objectif qui visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être *suffisamment important* pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. ¹¹³

Qu'est-ce qui est « suffisamment important » ?

Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. ¹¹⁴

Une fois cette première étape franchie, le gouvernement doit démontrer le caractère raisonnable de la mesure contestée et sa justification. Il devra y avoir une certaine proportion entre la mesure adoptée et l'objectif recherché. Selon la Cour, ce critère de proportionnalité comporte trois volets :

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les *effets* des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu « suffisamment important » ¹¹⁵.

Dans l'esprit de la Cour suprême, plus l'atteinte portée au droit est sérieuse, plus l'objectif visé doit être important.

Examinons maintenant la conformité des restrictions imposées aux fonctionnaires avec les différents droits conférés par les Chartes.

3.2. La constitutionnalité des règles applicables

Nous avons déjà auparavant décrit la nature des devoirs qu'impose la Common Law et le droit statutaire aux membres de la fonction publique. Il

112. *R. c. Edwards Books and Art*, [1986] 2 R.C.S. 713, 768-769 ; aussi *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 770.

113. *Supra*, note 111, p. 138.

114. *Id.*, p. 139.

115. *Id.*, p. 140.

nous faut donc maintenant vérifier la conformité de ces obligations avec les droits constitutionnels énoncés par la Charte.

3.2.1. Les règles de Common Law

Depuis l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Dolphin Delivery*¹¹⁶, il ne peut plus faire aucun doute que la Charte canadienne s'applique à la Common Law de droit public. Reprenant l'énoncé de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 le juge McIntyre affirme :

Adopter une interprétation du par. 52(1) qui soustrairait à l'application de la Charte l'ensemble de la common law qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe.¹¹⁷

Rejetant l'idée que la Charte puisse s'appliquer aux rapports privés, il ajoute au sujet de l'action gouvernementale :

Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la common law comme dans le cas de la prérogative... ils sont inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de common law qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la Charte.¹¹⁸

Comme nous l'avons vu, on retrouve selon la Common Law deux principaux devoirs : le devoir de loyauté et celui de confidentialité applicables également aux employés de l'Administration gouvernementale.

Le devoir de loyauté interdit à tout fonctionnaire de faire part publiquement de ses opinions personnelles, si elles ont pour effet de discréditer ou de critiquer certaines politiques gouvernementales. Ce devoir s'applique non seulement à l'égard des politiques menées par l'organisme auquel est rattaché le fonctionnaire en cause, mais à toute la politique gouvernementale.

L'application de ce devoir a pour effet principal de porter atteinte à la liberté d'expression garantie par la Charte. Cette restriction qu'impose la Common Law à cette liberté se justifie-t-elle dans le cadre d'une société libre et démocratique, telle que définie à l'article 1 ? Pour répondre à cette question, il nous faut nous référer au test de l'arrêt *Oakes*, et répondre aux diverses questions soulevées.

Nous répondrons à ces questions en examinant la compatibilité des dispositions statutaires parce qu'effectivement les devoirs de loyauté et de

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

117. *Id.*, p. 593.

118. *Id.*, p. 599.

confidentialité sont inclus dans le serment de l'Annexe III que tout fonctionnaire doit prêter en vertu de l'article 23 de la *Loi sur l'emploi*.

3.2.2. Les règles statutaires

Toutes les dispositions des lois et règlements visant à restreindre la liberté d'expression en matière politique, la liberté de réunion pacifique ainsi que le droit de vote et le droit de se porter candidat à quelque élection que ce soit doivent être appréciées au regard de la Charte. Les plus visibles et contestées ont été l'article 32 de la *Loi sur l'emploi* d'une part, l'article 39 al. 2 de la *Loi sur les relations de travail*, et l'article 23 de la *Loi sur l'emploi* relatif au serment de l'Annexe III. Nous nous pencherons également sur le P.L. C-157 du 15 juillet 1988.

3.2.2.1. Le serment de loyauté et de confidentialité de l'Annexe III de l'article 23

Nous avons souligné que les devoirs de loyauté et de confidentialité découlant de la Common Law sont compris dans le serment que prévoit l'article 23 de la *Loi sur l'emploi*. Or le fonctionnaire peut-il se plaindre que ce devoir de fidélité et d'honnêteté auquel il s'engage de même que l'obligation de ne rien révéler de ce qui viendra à sa connaissance par suite de son emploi constituent une entrave excessive à sa liberté d'expression politique ?

Le devoir de fidélité d'honnêteté ou de loyauté ne constitue pas en soi une restriction politique : c'est une composante existentielle de la situation même du fonctionnaire au regard de l'emploi qu'il occupe.

Quant à l'obligation de discrétion professionnelle ou de confidentialité, il faut noter qu'elle est tout de même limitée à ce qui vient à la connaissance du fonctionnaire par suite de l'emploi qu'il occupe. De plus, elle porte sur le fait de ne pas révéler c'est-à-dire de rendre publique l'information qui lui a été communiquée confidentiellement, expressément ou implicitement. Cela n'empêche pas le fonctionnaire de prendre avantage pour lui-même de cette information dans l'exercice de ses activités politiques légitimes.

Si l'on applique le test de l'arrêt *Oakes* à l'article 23 de la Loi et au serment, on doit établir qu'il s'agit d'un objectif suffisamment important. Cet objectif c'est celui d'avoir une administration gouvernementale efficace. Par ailleurs on peut admettre sans difficulté qu'il y a un lien rationnel entre le devoir de fidélité ou loyauté ainsi que l'obligation de confidentialité et l'objectif poursuivi. Il reste à savoir si la restriction imposée va au-delà de ce qui est nécessaire.

À cette dernière question on peut répondre que fonctionnaire peut s'exprimer sur un vaste éventail de sujets ou d'objets qui ne sont pas reliés directement à son emploi. La très grande majorité des fonctionnaires ont des attributions nettement circonscrites. Le fait pour un fonctionnaire de remplir fidèlement les tâches de son emploi et de ne rien révéler de ce dont il a connaissance par son emploi limite relativement peu les champs d'intérêts ou les domaines auxquels il peut s'intéresser dans l'exercice de ses activités politiques non partisans ou partisans.

La Cour suprême a reconnu expressément dans l'arrêt *Fraser* le principe de l'obligation de loyauté :

En règle générale, les fonctionnaires fédéraux doivent être loyaux envers leur employeur, le gouvernement du Canada. Ils doivent être loyaux envers le gouvernement du Canada et non envers le parti politique au pouvoir.¹¹⁹

Cette loyauté est due non au parti au pouvoir mais au gouvernement. Toutefois cette loyauté ne le prive pas de tout droit de critique à l'égard des politiques gouvernementales pourvu qu'elle ne le conduise pas à « attaquer de manière soutenue et très visible des politiques importantes du gouvernement ». La Cour fonde la règle générale de la loyauté sur « l'intérêt du public vis-à-vis l'impartialité réelle et apparente de la fonction publique ». Pour la Cour la loyauté du fonctionnaire et la neutralité politique de la Fonction publique sont d'une certaine façon interreliées.

Un autre argument en faveur de l'acceptabilité de la règle de loyauté serait le fait qu'en entrant librement dans la Fonction publique le citoyen accepte volontairement certaines restrictions à la liberté d'expression plus grande qu'il possède comme simple citoyen. Cet argument apparaît dans l'arrêt *Stewart* de la Cour fédérale d'appel en 1978¹²⁰. La Cour suprême l'a repris en 1985 dans l'arrêt *Fraser* :

Une personne qui entre dans la fonction publique ou une qui y est déjà employée doit savoir, ou du moins est présumée savoir, que l'emploi dans la fonction publique comporte l'acceptation de certaines restrictions. L'une des plus importantes de ces restrictions est de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de critiquer le gouvernement.¹²¹

119. *Supra*, note 2, p. 470.

120. *Stewart c. C.R.T.*, [1978] 1 C.F. 133, 136. « À mon avis, la Déclaration canadienne des droits protège la liberté d'expression du citoyen et celle-ci n'est pas menacée lorsque le citoyen accepte une restriction, de son plein gré, lors de son entrée en fonction ou lors de la signature d'un contrat de travail. »

121. *Supra*, note 2, p. 471.

Cette prudence la Cour suprême l'appelle modération ou réserve :

En d'autres termes, le fonctionnaire est tenu de faire preuve d'un certain degré de modération dans ses actions relatives aux critiques des politiques du gouvernement, de sorte que la fonction publique soit perçue comme impartiale et efficace dans l'accomplissement de ses fonctions.¹²²

Ainsi l'obligation de réserve qu'impose par exemple à tous les fonctionnaires provinciaux la Loi québécoise sur la fonction publique, s'impose également à tous les fonctionnaires fédéraux. Or cette obligation n'est pas incompatible avec la Charte. Pas plus qu'elle ne l'est avec la *Déclaration canadienne*. Dans l'affaire *Stewart* la Déclaration avait été expressément soulevée et l'arbitre en chef de la Commission des Relations de Travail avait reconnu cette obligation de réserve¹²³. La Cour fédérale d'appel confirmera ce point de vue¹²⁴.

En conclusion nous ne voyons pas en quoi le devoir de loyauté ainsi que l'obligation de confidentialité découlant de l'article 23 et du serment de l'Annexe III seraient incompatibles avec la Charte. La même réponse s'impose à l'égard des mêmes obligations découlant de la Common Law.

3.2.2.2. *L'article 32 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique*

Les restrictions édictées par cet article sont de deux ordres : d'un côté, il est interdit à tout fonctionnaire de travailler pour ou contre un candidat à une élection fédérale ou provinciale ou pour ou contre un parti politique ou au nom de celui-ci ; de l'autre, il est interdit de se porter candidat sauf si l'on a obtenu l'autorisation de la Commission de la Fonction publique.

Cet article a été attaqué en Cour fédérale en 1984 dans trois affaires liées à l'élection fédérale de septembre 1984. La Cour fédérale de première instance rendit son jugement le 26 août 1986 confirmant la validité constitutionnelle de la disposition¹²⁵. Toutefois la Cour d'appel renversait partiellement ce jugement par un arrêt du 15 juillet 1988¹²⁶.

Les faits des trois affaires se ressemblent. Dans tous ces cas, il ne s'agit pas de fonctionnaires occupant des postes de direction. Dans deux cas, il s'agit de personnes membres d'un parti politique qui désirent participer à titre de délégués à un congrès de leur parti. Leur supérieur hiérarchique leur

122. *Id.*, p. 466.

123. *Stewart c. Conseil du Trésor*, n° 166-2-2000, du 12 août 1975.

124. *Supra*, note 120.

125. *Osborne c. R.*, [1986] 3 C.F. 206.

126. *Osborne c. Canada*, *supra*, note 1.

signifie qu'il s'agit là de travail partisan interdit par l'article 32 : ils doivent soit démissionner de la Fonction publique ou cesser toute activité partisane sous peine de sanctions disciplinaires. Dans la troisième affaire, il s'agit de plusieurs fonctionnaires qui contestent le fait que l'article 32 leur interdit tout travail partisan, alors que leurs fonctions ne comportent aucun contact avec le public et que le travail partisan envisagé est de second plan.

Dans un jugement très élaboré, le juge Walsh évite de « faire des généralisations »¹²⁷. Il circonscrit le débat sur deux plans : premièrement l'activité partisane en cause est-elle vraiment interdite par l'article 32 ? Deuxièmement, les restrictions imposées par cet article 32 sont-elles vraiment raisonnables et justifiables sous l'article 1 de la Charte ? Dans deux des cas sous étude, le juge estime que le simple fait d'être délégué à un congrès de parti politique ne porte pas atteinte à l'article 32. Le juge assimile cette fonction à la simple participation à une réunion politique déjà permise par l'article 32. C'est là, à notre avis, une interprétation fort discutable !

Quant au deuxième volet, soit la compatibilité de l'interdiction du travail partisan avec la Charte, le juge applique les critères de l'arrêt *Oakes* de la façon suivante. Premièrement, l'objectif poursuivi est suffisamment important, s'agissant du principe de neutralité de la Fonction publique reconnue dans l'arrêt *Fraser*. Deuxièmement, les moyens adoptés ne sont pas disproportionnés à l'objectif poursuivi ; au contraire, si en plus de ce qui est déjà permis, l'on autorisait librement tout travail partisan « il ne resterait rien pour préserver la tradition de neutralité politique »¹²⁸ consacrée par la Cour suprême dans l'arrêt *Fraser*.

La Cour d'appel de son côté concentra son attention sur le caractère « raisonnable » ou non de la limitation imposée au travail partisan, en prenant pour guide un énoncé du juge Hugessen dans l'arrêt *Luscher* de la même Cour¹²⁹ :

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer. Le seul fait qu'une limite soit vague, ambiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable. Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse

127. *Supra*, note 125, p. 237.

128. *Id.*, p. 242-243.

129. *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85.

jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.¹³⁰

La Cour recherche dans quelle mesure la Commission de la Fonction publique elle-même a pu préciser ce qu'il faut entendre par travail partisan. Or, dans ses différents rapports ou directives on ne retrouve rien de précis ; la Commission finit par proposer un critère téléologique : abstenez-vous de tout ce qui peut compromettre votre impartialité aux yeux des autres !¹³¹. La Cour en conclut que l'article 32 al. 1(a) n'impose pas une limite qui soit raisonnable à la liberté d'expression et d'association des fonctionnaires parce que cette limitation est trop imprécise.

D'autre part, la limitation imposée aux candidatures est précise ; mais est-elle justifiable en application du test de l'arrêt *Oakes* ? La Cour répond par l'affirmative. D'un côté, l'objectif poursuivi est important ; citant l'arrêt *Fraser*, la Cour affirme qu'il est dans l'intérêt public d'avoir une Fonction publique neutre ; le débat politique électoral est incompatible avec l'impartialité requise du fonctionnaire. Quant au moyen utilisé, il est rationnel, raisonnable et équitable. Toutefois la Cour considère que la Loi contient deux anomalies : premièrement l'enquête prévue à l'article 32 al. 1 peut n'être demandée à la Commission que par un candidat ou un élu à l'élection en cause ; deuxièmement, la Cour estime excessif le droit absolu du candidat défait de réintégrer la Fonction publique. La Cour conclut donc que seul l'article 32(1a) est contraire à la Charte, mais non pas dans le cas des sous-chefs.

Cet arrêt de la Cour fédérale d'appel comporte des faiblesses notoires. Sur le premier point, soit l'interdiction du travail partisan, la Cour a certes raison d'estimer que le moyen utilisé constitue une mesure imprécise. Interdire tout travail partisan sans égards à la nature de l'activité en cause, sans égard à sa visibilité, sans égard au rang de fonctionnaire, sans égard à la nature des fonctions qu'il occupe et à ses rapports avec le public est déraisonnable et surtout ne peut se justifier dans un société démocratique qui constitutionnalise le droit à la liberté d'expression. La Cour a, par ailleurs, raison d'exclure les « sous-chefs » mais elle ne s'en explique pas ; l'explication qu'on pourrait avancer serait tout aussi valable pour d'autres cadres supérieurs.

Sur le second point, l'arrêt est particulièrement faible et critiquable. Nous sommes en présence d'un article 32(1b) qui interdit à tout fonctionnaire ou sous-chef d'être candidat à une élection, ce qui contredit expressément l'article 3 de la Charte. L'interdiction n'est toutefois pas absolue car la

130. *Id.*, p. 89 : « Très facile d'en prévoir » est la traduction de « very high degree of predictability ».

131. *Supra*, note 1, p. 228-229.

Commission de la Fonction publique peut sur demande permettre une telle candidature si elle est d'avis que par rapport à la Fonction publique l'efficacité de l'employé dans le poste qu'il occupe n'aura pas à souffrir du fait de son engagement politique. Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire très large donné à la Commission en fonction de critères qui sont loin de briller par leur clarté et leur précision. Si l'on se réfère à la règle énoncée par le juge Hugessen dans l'arrêt *Luscher*, ne s'agit-il pas là d'une limite vague, ambiguë, incertaine ou sujette à une détermination discrétionnaire? Comment les fonctionnaires peuvent-ils connaître avec précision la portée de la limitation imposée à un droit aussi fondamental en démocratie. Nous sommes loin du «very high degree of predictability» dont parle le juge Hugessen¹³².

La Cour fédérale a mal appliqué le test de l'arrêt *Oakes*. Certes l'objectif est suffisamment important. Mais qu'en est-il du moyen utilisé? Est-il soigneusement conçu pour atteindre l'objectif? A-t-il un lien rationnel avec l'objectif? S'il en a un, est-il de nature à porter le moins possible atteinte au droit consacré par la Charte? Enfin, y a-t-il proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant le droit et l'objectif poursuivi?

Le lien rationnel qui doit exister entre le moyen et l'objectif, soit «l'efficacité de l'employé dans le poste qu'il occupe... par rapport à la Fonction publique» et l'objectif suffisamment important qu'est le principe de neutralité politique de la Fonction publique n'est pas évident. L'objectif d'efficacité est un objectif d'un autre ordre qu'il ne faut pas confondre avec le principe constitutionnel de neutralité reconnu dans l'arrêt *Fraser*. Le législateur semble estimer que la Commission pourra, en interdisant une candidature, prévenir une situation dans laquelle un candidat défait serait incapable de réintégrer son poste de façon «efficace», c'est-à-dire dans le respect de l'objectif de neutralité de la Fonction publique. C'est sur la base de cette conjecture que serait dénié au fonctionnaire le droit constitutionnel que lui reconnaît par ailleurs l'article 3 de la Charte! Il nous semble que le problème est mal posé. Il faut, à notre avis, distinguer le droit du fonctionnaire d'exercer son droit de candidature et son droit de réintégration, d'une part, et la solution des problèmes disciplinaires ou des problèmes d'ajustement qui résulteront de la réintégration du fonctionnaire, dans le respect du principe de neutralité politique, d'autre part.

Avec la législation actuelle il est difficile d'évaluer la proportionnalité des effets de l'interdiction faite à tel fonctionnaire, ou de la permission donnée à tel autre, sur le maintien de la neutralité politique de la Fonction publique. Toutefois, la raison fondamentale qui nous incite à soutenir que l'article 32 dans son ensemble est contraire à la Charte, c'est que les critères

132. *Supra*, note 129.

édictees par le législateur aussi bien dans le cas du travail partisan que dans celui des candidatures sont flous, vagues et imprécis, et équivalent à l'absence de critère relevée par la Cour suprême dans l'arrêt *Morgentaler* en janvier 1988¹³³ à propos des décisions des comités thérapeutiques en matière d'avortement : dans ce cas, trois des juges de la majorité ont estimé que cette absence de critère était contraire aux principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte.

On a également invoqué l'article 15 de la Charte en arguant que l'article 32 est discriminatoire. Le juge Walsh de la Cour fédérale de première instance rejette l'argument au motif que cette disposition « n'établit aucune discrimination contre un fonctionnaire en particulier »¹³⁴. Devant la Cour d'appel l'argument ne fut pas soumis de nouveau.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a eu l'occasion en 1986 de se prononcer sur des dispositions assez semblables de la *Loi sur la Fonction publique* de la Nouvelle-Écosse¹³⁵. Cette dernière loi interdit notamment à tout sous-chef ou fonctionnaire de s'adonner à un travail partisan en relation avec une élection fédérale ou provinciale ainsi que de donner ou percevoir des contributions partisans ; elle permet toutefois à tout fonctionnaire n'occupant pas un poste de sous-chef ou de cadre désigné par règlement d'être candidat à une élection municipale ou scolaire pourvu qu'il n'y ait aucune affiliation à un parti politique provincial ou fédéral, que cette candidature n'interfère pas avec l'exécution des devoirs du fonctionnaire et n'entre pas en conflit d'intérêts avec les intérêts du gouvernement.

Le juge Grant considère que l'objectif poursuivi est important mais, appliquant le test de l'arrêt *Oakes*, il conclut que les trois restrictions à la liberté politique contestées sont disproportionnées et excessives. Dans un arrêt long et plutôt analytique où sont passées en revue les législations de toutes les provinces, le juge note que dans plusieurs provinces l'objectif de neutralité politique de la Fonction publique semble être atteint sans difficulté avec une législation beaucoup plus permissive. Le juge conclut que l'objectif de neutralité politique de la Fonction publique peut être atteint par des mesures moins radicales.

Devant la Cour, on avait également soulevé l'incompatibilité avec l'article 15 de la Charte. Le juge admet qu'il y a inégalité dans la disposition contestée, mais comme celle-ci coïncide avec une violation des articles 2 et 3 de la Charte, c'est-à-dire une restriction à certains droits fondamentaux ou assimilés, il conclut qu'il faut appliquer le même test¹³⁶.

133. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 3.

134. *Supra*, note 125, p. 235.

135. *Re: Fraser and Att. Gen. Nova Scotia*, (1986) 30 D.L.R. 340.

136. *Id.*, p. 353.

Le juge Grant termine son jugement par des considérations sur les diverses manifestations de la liberté d'expression politique: le savant juge estime, par exemple, qu'un fonctionnaire peut s'exprimer en public à des assemblées politiques, avec modération... mais qu'il n'est pas désirable qu'il se produise à la radio et à la télévision!

Il est possible d'évoquer une autre affaire provinciale présentant une analogie certaine. Le 22 juin 1989, la Commission de la Fonction publique du Québec était saisie d'une affaire concernant le droit de candidature d'un fonctionnaire provincial à qui s'appliquent l'article 8 de la *Loi sur les substituts du procureur général* interdisant à cette catégorie de fonctionnaire de « se porter candidat à une élection fédérale ou provinciale »¹³⁷. Le fonctionnaire s'était porté candidat à l'élection de novembre 1988 et il avait été destitué conformément à la Loi. La Commission considère dans un premier temps que l'interdiction de se porter candidat décrétée par l'art. 8 n'empiète pas sur le droit fondamental consacré à l'article 3 de la Charte qui ne concerne que l'éligibilité c'est-à-dire l'aptitude légale à être élu. Selon la Commission, l'article 8 crée plutôt une incompatibilité entre le fait de se porter candidat et le statut de substitut du procureur général. D'autre part, même si l'on admettait que l'art. 8 restreint le droit consacré à l'art. 3 de la Charte, cette restriction passe le test de l'arrêt *Oakes*; parce que ces substituts « exercent des fonctions quasi-judiciaires », l'art. 8 a pour objet « de promouvoir le maintien de l'autorité, de la neutralité, de l'impartialité réelle et apparente et de l'intégrité du système judiciaire, en particulier en matière de justice criminelle et pénale »¹³⁸.

À notre avis, la conception que se fait du droit d'éligibilité la Commission est trop restrictive, contraire à l'interprétation large et libérale préconisée par la Cour suprême dans ses principaux arrêts sur la Charte¹³⁹ et contraire à l'ensemble de la jurisprudence sur l'article 3 lui-même¹⁴⁰. Quant à l'application des critères de l'arrêt *Oakes*, la Commission applique de façon satisfaisante le test de proportionnalité. Certes la mesure est radicale, mais elle est tout de même adoucie par le fait que le fonctionnaire peut demander d'être reclassé dans une autre sphère de la Fonction publique et bénéficier alors d'un congé sans solde; d'autre part, la Commission montre l'extrême importance de l'objet poursuivi par le législateur québécois, soit la neutralité et l'intégrité du

137. *Tremblay et Ministre de la Justice du Québec*, (1989) 6 R.D.C.F.P. 145 (Commissaire Roberge).

138. *Id.*, 222.

139. La Commission cite d'ailleurs les arrêts: voir principalement les arrêts *Skapinker*, [1989] 1 R.C.S. 357; *Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

140. Outre les arrêts *Osborne* et *Re Fraser*, voir la jurisprudence citée in G. BEAUDOIN, « Les droits démocratiques », *supra*, note 104.

système de justice criminelle et pénale, ce qui différencie nettement la situation en cause de celle dont avait à traiter la Cour fédérale dans l'arrêt *Millar*. La Commission aurait dû mieux distinguer ces deux situations.

Le 5 août 1988, la High Court d'Ontario rendait jugement dans une contestation de dispositions analogues de la loi ontarienne sur la fonction publique¹⁴¹. Le juge conclut que la disposition prévoyant un congé sans solde en faveur du fonctionnaire ordinaire est conforme à la Charte ; il est normal que le fonctionnaire ne soit pas rénuméré et que le congé ait la durée de la campagne électorale ; quant à la question des sous-ministres et cadres supérieurs qui n'y ont pas droit, elle n'a pas été abordée. Le juge estime qu'une fois élu, il est normal que le fonctionnaire démissionne.

Quant à l'art. 12(1) de la loi ontarienne qui interdit à un fonctionnaire qui n'a pas obtenu de congé électoral, de solliciter des fonds électoraux ou partisans, ou d'associer son titre à ses activités politiques, le juge ontarien estime qu'il n'y aurait rien de plus néfaste à l'impartialité et à l'intégrité du service public que de le permettre. Le juge estime aussi que l'art. 13(1) qui interdit à tout fonctionnaire de faire campagne pour un candidat en période électorale se justifie dans le cadre d'une société démocratique à cause du haut degré de visibilité que comporte cette activité ; il serait néfaste à l'impartialité et à l'intégrité du service public qu'un fonctionnaire fasse campagne auprès des administrés avec qui il traite dans l'exercice de ses fonctions.

La Cour s'est ensuite penché sur l'art. 14 de la loi ontarienne qui interdit à tout fonctionnaire de s'exprimer en public ou par écrit pour distribution publique sur tout question qui fait partie du programme d'un parti politique fédéral ou provincial (the platform). À l'allégation que les critères de l'art. 14 sont trop vagues, le juge répond qu'on ne lui a pas présenté une preuve convaincante des difficultés réelles qui résultent de ses applications. Néanmoins, il conclut que l'art. 1 de la Charte sauve cette disposition :

The involvement of public servants in public controversy over current political issues would, in my view, be a serious breach of that political neutrality and impartiality which it is so important to maintain. Once that neutrality and impartiality and the integrity of the public service has been eroded or even if, in the eyes of the public, those qualities appear to have become eroded, it would surely be a most difficult, lengthy and perhaps even impossible task to restore them¹⁴².

141. *O.P.S.E.U. v. Ontario*, (1988) 65 O.R. (2d) 689 (J. Eberle) ; la question de l'implication des fonctionnaires provinciaux en politique municipale au regard de la Charte est aussi abordée dans cet arrêt ; d'autres arrêts ontariens ont traité de l'implication des fonctionnaires municipaux ou locaux en politique municipale : *Re: Jones v. Ontario (Att. Gen.)*, (1988) 65 O.R. (2d) 737 (J. Reid), *Re: Rheume v. Ontario (Att. Gen.)*, (1989) 63 D.L.R. (4th) 241 (J. McKein).

142. *Id.*, p. 709.

Cet arrêt de la High Court est intéressant parce que le juge considère que chacune de ces dispositions fait partie d'un ensemble, un *regulatory scheme* s'inspirant d'une philosophie mentionnée par la Cour suprême elle-même. Il se situe, toutefois, que dans l'angle du droit à la liberté d'expression et non de l'article 3 ; le juge ajoute même que, selon lui, la question du congé électoral n'a rien avoir avec le droit d'éligibilité ¹⁴³.

Si l'on revient à l'article 32 de la loi fédérale, il ne fait aucun doute qu'il est carrément inconstitutionnel. Certes l'objectif poursuivi par le législateur est valable et suffisamment important pour justifier une restriction aux droits fondamentaux ou assimilés consacrés par les articles 2 et 3 de la Charte : le maintien de la neutralité publique de la Fonction publique est un principe constitutionnel que la Cour suprême a reconnu expressément dans l'arrêt *Fraser* comme découlant du principe même du gouvernement responsable. Toutefois l'interdiction de toute activité politique partisane faite à tous les fonctionnaires sans distinction et en toutes circonstances nous paraît excessive et non justifiée dans le cadre d'un système démocratique qui repose essentiellement sur la participation de tous les citoyens au processus politique et électoral, dans un régime où les partis politiques jouent un rôle essentiel. L'interdiction de « travailler » pour ou contre un candidat ou un parti est à la fois imprécise et beaucoup trop extensive. Il y a disproportion frappante entre l'ampleur de l'interdiction et l'objectif poursuivi ; ce n'est pas un moyen de nature à porter atteinte « le moins possible » aux droits fondamentaux consacrés par la Charte, suivant les exigences même de la Cour suprême.

Notre point de vue ne peut qu'être renforcé par l'attitude prise récemment par la Cour suprême dans l'arrêt *Ford* ou *Chaussure Brown* ¹⁴⁴ à propos de l'interdiction de l'affichage unilingue français que décrétait la Charte québécoise de la langue française. Cette interdiction fut considérée comme portant atteinte à la liberté d'expression reconnue par l'art. 2(b) de la Charte. Certes l'objectif du législateur québécois était valable, mais le moyen pris pour l'atteindre fut jugé trop radical. La Cour a invalidé les dispositions concernées de la Charte québécoise parce qu'il ne s'agissait pas d'une mesure de nature à porter atteinte le « moins possible » à la liberté d'expression, même s'il ne s'agissait que du discours commercial.

Quant à l'interdiction relative faite à tout fonctionnaire de se porter candidat à une élection fédérale ou provinciale, elle ne préserve pas le droit fondamental reconnu à l'article 3 de la Charte, puisqu'elle l'assujettit au pouvoir discrétionnaire de la Commission de la Fonction publique qui doit appliquer un critère qui n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de la

143. *Id.*, p. 707.

144. [1988] 2 R.C.S. 712.

législation. D'autre part, il n'y a pas dans la loi d'autres critères valables et suffisamment précis pour indiquer au fonctionnaire quelle est la limite imposée à son droit fondamental de poser sa candidature. On est loin du « very high degree of predictability » dont parle le juge Hugessen dans l'arrêt *Luscher*.

Relativement à l'article 15 de la Charte, soit le droit à l'égalité, nous partageons l'avis du juge Grant de la Nouvelle-Écosse : vu qu'il y a coïncidence entre la restriction aux droits fondamentaux et démocratiques des articles 2 et 3 il est préférable de s'en tenir à l'application du « test » découlant de l'article 1 pour apprécier en même temps s'il peut y avoir restriction à ces droits, à l'encontre de quelle catégorie de personnes et dans quels genres de situations. Nous proposerons précisément plus loin des degrés variables de restrictions à ces droits fondamentaux et nous tenterons de les justifier sous l'article 1 de la Charte.

Une législation qui satisferait à la lettre et à l'esprit de la Charte ne devrait porter que sur les restrictions aux droits en y apportant les distinctions et nuances appropriées. Une première distinction devrait porter sur la nature de l'activité politique, soit qu'il s'agisse de politique partisane ou de politique non partisane. Une deuxième distinction devrait porter sur le moment et le lieu où s'effectue cette activité politique par rapport aux fonctions exercées par le fonctionnaire. Une troisième distinction devrait porter sur le lien, ou l'absence de lien, qui s'établit entre l'activité politique envisagée et la fonction exercée par le fonctionnaire. Une quatrième distinction devrait être établie entre catégories de fonctionnaires, suivant leur rang hiérarchique et la nature de leurs fonctions.

Toutefois, quelle que soit la manifestation de la liberté politique adoptée par le fonctionnaire, celui-ci, par loyauté pour son employeur le gouvernement et afin de maintenir un climat général de neutralité et d'impartialité dans la Fonction publique, devrait agir avec modération, avec « réserve » suivant l'expression utilisée par le législateur québécois.

La première distinction nous incite à bien distinguer l'activité politique partisane au sens où on l'entend ordinairement, c'est-à-dire celle qui est liée à la politique de parti, aux programmes des partis, à l'adhésion à ces partis ou aux candidats qui en sont les porte-parole etc... La politique non partisane est par contre toute expression publique d'opinion ou participation à des activités à caractère politique sans lien apparent ou réel avec les partis politiques ou l'engagement électoral ; l'expression politique non partisane peut prendre la forme de commentaires critiques des politiques gouvernementales ou de l'action gouvernementale (critical comment on government policy or government action) ¹⁴⁵.

145. Voir le Rapport, *supra*, note 4, p. 296.

La deuxième distinction vise à séparer les situations où le fonctionnaire est au service de l'État et sa vie privée comme simple citoyen. On peut concevoir facilement qu'au travail, en service, un fonctionnaire ne puisse faire de politique, d'aucune sorte : c'est là un minimum vital pour le principe constitutionnel de la neutralité politique de la Fonction publique et l'impartialité que doit manifester tout fonctionnaire dans l'application des lois et politiques gouvernementales, et dans ses rapports officiels avec les citoyens.

La troisième distinction est importante dans le cas où l'activité politique prend la forme de commentaires ou critiques à l'égard des politiques gouvernementales ou des législations existantes. Ainsi, on doit considérer comme inadmissible qu'un fonctionnaire critique publiquement les politiques gouvernementales ou législations qu'il est chargé lui-même d'appliquer. On doit également considérer qu'un membre d'organisme ou un fonctionnaire exerçant des fonctions quasi judiciaires, surtout dans des affaires où le gouvernement est partie ne devrait se permettre aucun commentaire ou critique publique qui conduirait à douter de son impartialité : c'est là d'ailleurs une exigence découlant des principes de la justice naturelle.

Une illustration de la quatrième distinction a été proposée notamment par le Projet de loi C-273 du 26 novembre 1987 ; elle s'inspire également de la situation du droit britannique actuel. Sans entrer dans des nuances ou subtilités exagérées, on peut diviser la Fonction publique en trois catégories. Premièrement, il y a les titulaires d'emplois supérieurs (groupe A) correspondant aux postes de haute direction (EX) et cadres supérieurs (SM). Ces fonctionnaires sont très près des dirigeants politiques ; ils les conseillent plus étroitement ; par délégation, ils exercent des fonctions de direction dans l'appareil gouvernemental. Deuxièmement, il y a le groupe B, soit les cadres moyens (middle management) et les sept catégories des professionnels identifiés par les sigles CO (commerce), PM (administration du programme), PG (achat et approvisionnement), LA (droit), ES (économique, sociologie et statistique), IS (services d'information), PE (gestion du personnel). Troisièmement, il y a tous les autres fonctionnaires, cols blancs ou cols bleus.

Certains, dont le juge en chef de la Cour suprême dans l'arrêt *Fraser*, ont proposé un autre critère de distinction, soit la « visibilité publique du fonctionnaire »¹⁴⁶. Le juge Dickson estime qu'un emploi dans la fonction publique comporte deux dimensions, l'une se rapportant à la tâche de l'employé, l'autre à la manière dont le public perçoit l'emploi¹⁴⁷. Cette perception dépend de la visibilité de l'emploi. Aussi « le degré de modération dont on doit

146. *Supra*, note 2, p. 466.

147. *Id.*, p. 492.

faire preuve dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire»¹⁴⁸. En théorie, on pourrait être d'accord avec un tel critère mais en pratique comment l'aménager. Pour être visible s'agit-il d'entrer en relation avec les administrés, d'avoir affaire avec le public, d'avoir à prendre des décisions individuelles en réponse à des requêtes des citoyens. Or des dizaines de milliers de fonctionnaires affectés à ces tâches demeurent néanmoins dans l'anonymat. Rares sont les fonctionnaires, sauf dans les emplois supérieurs, qui sont réellement connus du public parce qu'ils sont visibles. À notre humble avis le critère de la visibilité ne peut être vraiment opératoire et permettre de distinguer des catégories de fonctionnaires qui se verraient restreindre certains droits par rapport à d'autres.

3.2.2.3. Le Projet de Loi C-157 du 30 août 1988

L'arrêt de la Cour fédérale d'appel du 15 juillet 1988 ne laissa pas le gouvernement indifférent. Un Projet de loi fut proposé et déposé le 30 août 1988, peu avant le déclenchement des élections de novembre 1988.

Le Projet de loi C-157 occupe une place spéciale dans l'évolution de l'art. 32 de la *Loi sur l'emploi* pour plusieurs raisons. Premièrement, il s'agit d'une proposition gouvernementale, contrairement aux projets antérieurs qui n'étaient issus que de l'initiative parlementaire. Deuxièmement, ce projet étant consécutif à l'arrêt de la Cour fédérale d'appel peut être considéré comme la réponse gouvernementale dans la recherche d'une compatibilité entre les impératifs de la Charte et ceux de l'action gouvernementale. Troisièmement, il se présente non pas comme un simple amendement, mais comme une véritable codification d'une trentaine d'articles constituant un chapitre assez ambitieux portant sur les droits politiques des fonctionnaires : il s'agit d'une nouvelle Partie IV intitulée « Droits politiques ».

Le Projet a été déposé en première lecture par le Président du Conseil Privé, en pleine période pré-électorale, de telle sorte qu'il peut être considéré comme un ballon d'essai. Toutefois, ce qui est surprenant, c'est que le Projet fut complètement oublié dans les enjeux de la campagne électorale qui suivit, soit de septembre à novembre 1988.

Le législateur commence par énoncer ses objectifs qui sont la proclamation de deux principes indissociablement liés, soit le maintien du « principe d'impartialité politique au sein de la Fonction publique », et la reconnaissance aux fonctionnaires du « droit de participer à la vie politique ». Le législateur a préféré parler du principe d'impartialité au sein de la Fonction publique plutôt que du principe de neutralité de la Fonction publique, ce qui nous

148. *Id.*, p. 466.

paraît significatif. En effet, il s'agit d'une approche plus concrète et qui évite la controverse que pourrait soulever la signification même de l'idée de neutralité de la Fonction publique. En un certain sens, la Fonction publique étant au service du gouvernement, elle ne saurait être politiquement neutre pas rapport à celui-ci; elle fait partie de l'appareil gouvernemental. Par ailleurs, si l'on garde l'idée de neutralité politique, c'est dans le sens d'une neutralité par rapport à la politique partisane; il s'agit pour le fonctionnaire, tout en participant de droit à la vie politique, de pratiquer une forme d'impartialité politique dans le but, comme le précise la Loi, d'assurer que dans l'exercice de ses fonctions il agisse indépendamment de ses convictions politiques, ou se soustraie à toute influence induite, et que de la même façon, il conseille les ministres ou mette en œuvre les politiques, programmes ou services gouvernementaux; il s'agit, en plus, d'assurer que les nominations soient faites selon le principe du mérite (merit system).

Le principe du droit de participer à la vie politique est reconnu à tous les fonctionnaires, comme le réprecise l'art. 32.11, mais il y a des restrictions imposées par le maintien du principe d'impartialité; ces restrictions concerneront soit certains types d'activité politique, soit certaines catégories de fonctionnaires.

Précisons tout d'abord que le Projet de loi ne concerne lorsqu'il en est question que les élections fédérales et provinciales et, lorsqu'il est question de partis politiques, que des partis enregistrés conformément à l'article 13 de la *Loi électorale* fédérale et la disposition correspondante de toute loi provinciale.

Le Projet de loi distingue au départ deux catégories de fonctionnaires, la catégorie générale et la «catégorie spéciale»; elle distingue quatre types d'activités politiques.

Le premier type d'activité politique, accessible d'ailleurs à tous les fonctionnaires, comprend le vote à une élection, la participation à une réunion pacifique, la contribution à la caisse d'un candidat ou d'un parti politique et le fait d'être membre d'un tel parti.

Un deuxième type d'activité comprend d'autres activités exercées pour le compte ou à l'encontre d'un candidat ou parti politique à être déterminées par règlement du gouvernement, selon l'article 33 du Projet de loi.

Un troisième type d'activité, interdite aux fonctionnaires de la «catégorie spéciale», consiste dans le fait d'occuper un poste au sein d'un parti politique ou solliciter ou recueillir ou gérer des fonds pour un candidat ou parti politique, dans le cas où le sous-chef du ministre décide par écrit que cette activité est incompatible avec les fonctions du fonctionnaire visé. Ce fonctionnaire peut toutefois porter cette décision en appel devant un comité de

revision établi par la Commission de la Fonction publique. Il s'agit d'un véritable comité d'appel qui peut reviser le bien-fondé de la décision, la confirmer, la modifier ou l'annuler.

Les deux derniers types d'activités font donc l'objet de restrictions qui doivent subir le test de l'article 1 de la Charte. Dans le cas où le gouvernement est habilité à procéder par règlement, on ne saurait dire d'avance qu'il s'agit là d'une règle de droit qui restreint la liberté d'expression et dans quelle mesure elle la restreint ; tant qu'un tel règlement ne sera pas édicté, il n'est pas possible d'apprécier s'il comporte une règle de droit raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. À notre avis, l'art. 32.1 et l'art. 33 du Projet de loi ne sont pas incompatibles avec l'art. 2(b) de la Charte ; au contraire, l'article 1 de la Charte admet que le législateur parlementaire ou gouvernemental puisse apporter des restrictions aux droits et libertés consacrés...

Dans le cas du troisième type d'activité visé, le fait que le sous-chef puisse l'interdire n'est pas laissé à son entier pouvoir discrétionnaire. Une norme est prévue, soit l'incompatibilité avec les fonctions exercées par le fonctionnaire visé. Cette norme est-elle trop imprécise et équivaut-elle à une absence de norme suivant l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Morgentaler* ou celle de la Cour fédérale d'appel dans l'arrêt *Luscher*¹⁴⁹ ? Il ne s'agit certes pas d'une norme rigide ou exacte excluant toute marge d'appréciation subjective. Toutefois nous estimons qu'elle n'est pas de nature à rendre inconstitutionnelle l'art. 32.11 al. 3 qui l'édicte, pour trois raisons. Premièrement, la détermination qu'a à effectuer le sous-chef est assez circonscrite : il s'agit de vérifier si au regard des deux objectifs de la loi en cause, il y a incompatibilité entre les fonctions précises exercées par un fonctionnaire donné et quatre modalités précises de participation à la vie d'un parti politique accrédité. Deuxièmement, la personne à qui cette détermination est confiée est une autorité hautement crédible, qui ne peut être taxée d'implication dans la politique partisane et qui offre les meilleures garanties d'expertise. Troisièmement, la décision du sous-chef est sujet à appel devant un tribunal quasi-judiciaire qui pourra en réviser le bien-fondé de façon objective.

Le troisième type d'activité est par ailleurs absolument interdit aux sous-chefs, sous-chefs délégués et aux fonctionnaires de la « classe spéciale » ; de tels fonctionnaires ne peuvent donc jouer un rôle actif ou visible dans la direction et le financement des partis. La mesure est certes draconienne¹⁵⁰. Il

149. *Supra*, notes 140 et 144.

150. Dans certains pays démocratiques connus, tel la France, les fonctionnaires en général peuvent occuper des postes au sein des partis politiques mais ils doivent néanmoins constamment pratiquer une attitude de « réserve ». Toutefois les hauts-fonctionnaires

y a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, mais la mesure est-elle trop radicale ? L'interdiction est globalisante mais il n'est pas facile en ces matières d'établir une gradation entre les postes occupés au sein d'un parti suivant leur importance. Quant à la première sous-catégorie de hauts fonctionnaires visée, la mesure nous paraît justifiée. Toutefois quant à la seconde sous-catégorie à être désignée par le Conseil du Trésor la mesure peut paraître radicale ; le législateur craint que ces fonctionnaires qui n'ont pas un rang élevé dans la hiérarchie ne soient pas impartiaux dans l'exercice de leurs fonctions ou que l'on doute de leur impartialité à cause de leur implication dans un parti politique. Cette crainte n'est pas sans fondement à cause de la visibilité que donne certaines formes de militantisme politique. Par ailleurs, la mesure n'interdit pas d'autres formes d'action politique partisane : un tel fonctionnaire peut être actif dans un parti, militer autrement avec moins de visibilité. Finalement le Conseil du Trésor doit procéder à des désignations « eu égard à l'objet de la présente partie » et il y a un appel possible à la Commission de la Fonction publique : le pouvoir discrétionnaire du Conseil du Trésor est donc nettement circonscrit. Pour ces raisons nous estimons les articles 32.11 al. 3 et 32.12 al. 2. compatibles avec la Charte pour ce qui est du militantisme politique envisagé.

Le quatrième type d'activité consiste en des activités expressément interdites par l'article 32.16, soit

32.16 Le fonctionnaire ne peut toutefois :

- a) faire de déclaration publique qui entre en conflit avec ses attributions ;
- b) se livrer à une quelconque activité politique :
 - (i) soit dans l'exercice de ses fonctions ou à son lieu de travail,
 - (ii) soit d'une manière qui fasse ressortir sa qualité de fonctionnaire.

Ces restrictions peuvent être appréciées différemment au regard de l'article 1 de la Charte. D'un côté, l'interdiction pour un fonctionnaire de faire des déclarations publiques qui entrent en conflit avec ses attributions est précise, claire et, a priori, n'apparaît pas abusive ; permettre à tout fonctionnaire de faire des déclarations publiques concernant ses attributions créerait des situations tellement aberrantes que le contraire paraît normal dans un système constitutionnel comme le nôtre. Nous trouvons même l'expression « qui entre en conflit » un peu restrictive ; à notre avis, il n'est pas nécessaire qu'il y ait conflit ; l'interdiction devrait normalement couvrir tout ce qui concerne les attributions du fonctionnaire. Nous nous rallions toutefois à la

nommés par décrets et les membres des cabinets ministériels étant à la discrétion du gouvernement sont dans une situation particulière. Sur l'ensemble de ces questions, voir A.D. STEFANO, *La participation des fonctionnaires civils à la vie politique*, Librairie Gén. Dr. et Jur., Paris, 1979, p. 35 s ; p. 122 s ; p. 149 s.

disposition telle que rédigée. C'est la notion de conflit d'intérêt qui est déterminante ici comme le rappelle le Rapport de la Commission ontarienne de la réforme du droit¹⁵¹ ainsi que le Rapport du groupe de travail sur les conflits d'intérêt¹⁵².

La restriction énoncée à l'art. 32.16(a) nous paraît mieux circonscrite que ce que le Rapport de la Commission ontarienne appelle le *home department criticism*¹⁵³. La jurisprudence constitutionnelle américaine a jugé que l'interdiction faite au fonctionnaire de s'abstenir de commenter tout ce qui a trait à son propre ministère est trop vaste¹⁵⁴. Ce qu'il importe de cerner c'est le *job-related criticism* par opposition au *non-job-related criticism*. Il ne s'agit pas de s'aligner sur la jurisprudence américaine, mais de nous fixer au regard de notre Charte constitutionnelle.

L'interdiction faite à tous les fonctionnaires de se livrer à des activités politiques dans l'exercice des fonctions ou au lieu de travail ne soulève pas de difficultés ; le contraire serait même surprenant et rendrait illusoire le maintien d'un climat d'impartialité et de neutralité au sein de l'appareil gouvernemental. En revanche, l'interdiction de s'adonner à une activité d'une manière qui fasse ressortir la qualité de fonctionnaire est plus imprécise ; ce qui semble être visé, c'est l'utilisation du titre ou de la qualité de fonctionnaire lorsqu'on se livre à une activité politique ; tout est donc dans la manière d'agir du fonctionnaire plutôt que dans la perception que pourraient en avoir le public et les médias ou même l'exploitation que pourraient en faire ces derniers. Dans l'ensemble, il nous semble que cette interdiction ne viole pas la Charte parce que fondamentalement c'est en tant que personne ou citoyen que le fonctionnaire est constitutionnellement protégé dans ses droits politiques.

Le Projet de loi C-157 distingue, pour les fins de la participation à la vie politique, deux classes de fonctionnaires, la classe générale et la « classe spéciale », qui bénéficie de droits politiques plus limités. Quels sont les fonctionnaires compris dans cette classe spéciale, et quelles sont les limitations imposées à leurs implications politiques ?

La catégorie spéciale comprend deux sous-catégories : la première regroupe suivant la loi elle-même,

- a) les sous-chefs et les sous-chefs délégués ;
- b) les employés de la catégorie de gestion déterminée au titre de l'article 7 de la *Loi sur l'administration financière* ;

151. *Supra*, note 4, p. 299.

152. *Rapport du Groupe de Travail sur les conflits d'intérêts : l'éthique des fonctionnaires du secteur public*, Gouvernement du Canada, 1984, p. 43.

153. *Supra*, note 4, p. 301.

154. *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968) ; aussi *supra*, note 82.

c) les employés dont les fonctions comportent habituellement une ou plusieurs des responsabilités suivantes :

- (i) conseiller directement un ministre ou le titulaire d'un poste de sous-chef, de sous-chef délégué ou de sous-ministre adjoint — ou d'un poste équivalent — au sujet de l'établissement des orientations du ministère, ainsi que de ses programmes et services.
- (ii) préparer ou utiliser des documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada qui sont soustraits à l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* aux termes de l'article 69 de cette loi ;

La seconde sous-catégorie regroupe les fonctionnaires qui seront désignés par règlement du Conseil du Trésor, soit nommément, soit par leur poste :

a) tout employé dont les fonctions comportent habituellement l'exercice d'un pouvoir d'appréciation important pour :

- (i) décider de l'opportunité d'infliger une peine ou d'entamer ou de continuer des poursuites sous le régime d'une loi fédérale,
- (ii) négocier ou approuver des subventions ou des octrois de fonds ou tout autre avantage accordé par le gouvernement fédéral,
- (iii) négocier ou approuver un contrat ou une entente auxquels sont parties Sa Majesté du Chef du Canada et tous autres gouvernements, organismes ou personnes,
- (iv) faire la sélection de personnel pour des emplois hors de la Fonction publique ;

b) tout employé occupant un poste d'administrateur du personnel ou préposé à la gestion ou à des fonctions confidentielles au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, autre qu'un employé considéré comme faisant partie de ce groupe du seul fait qu'il peut entendre des griefs au premier palier de la procédure applicable aux griefs prévue par cette loi.

La première sous-catégorie ne soulève guère de difficulté ; il s'agit des cadres supérieurs de la Fonction publique et des conseillers de ministres et hauts fonctionnaires, ainsi que des fonctionnaires impliqués dans les activités confidentielles du Conseil Privé. Ces fonctionnaires sont très près des politiques gouvernementales, de telle sorte qu'il est difficilement admissible qu'ils puissent concurremment jouer un rôle actif dans un parti politique, surtout un parti d'opposition.

La seconde sous-catégorie à être déterminée par règlement du Conseil du Trésor soulève par contre certaines interrogations. Il s'agit de fonctionnaires appelés à intervenir directement dans les rapports entre l'Administration et le citoyen, soit dans l'attribution des contrats, des subventions ou autres avantages ou l'attribution d'emplois hors la Fonction publique, soit dans le déclenchement de poursuites pénales ou civiles. Le législateur vise à sauvegarder l'impartialité au sein de l'appareil gouvernemental en interdisant à certains fonctionnaires des implications politiques qui rendraient difficiles les prises de décisions objectives que requièrent leurs attributions. Il en va de même

pour l'autre sous-catégorie, soit les employés occupant des postes d'administrateurs du personnel ou de préposés à la gestion ou à des fonctions confidentielles, au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.

L'interrogation que nous avons au sujet des deux dernières sous-catégories, à propos notamment de l'interdiction prévue à l'article 32.11 al. 3, résulte de l'application des critères de l'arrêt *Oakes*. S'agit-il d'une mesure de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question ; y a-t-il proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant la liberté politique et l'objectif validé par la Charte ? Le législateur prend pour acquis que le fonctionnaire qui négocie ou approuve les subventions ou les contrats et qui, comme citoyen, occupe un poste dans un parti politique ou sollicite des fonds pour un tel parti, ne pourra faire abstraction de ses préjugés politiques ; le même législateur n'a pas cette crainte lorsque le même fonctionnaire est membre du même parti et souscrit lui-même à la caisse de ce parti. Ce qui semble faire la différence, c'est la « visibilité » de l'implication politique partisane.

Le législateur s'inspire, à l'article 32.12 al. 2, des techniques du droit judiciaire et du droit administratif, suivant lesquelles dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires, il ne suffit pas que justice soit rendue, il faut aussi l'apparence d'une justice bien rendue. Il suffit alors qu'il y ait crainte raisonnable de partialité ou préjugé (reasonable apprehension of bias)¹⁵⁵.

Le législateur entoure en plus la désignation édictée par règlement du Conseil du Trésor de certaines précautions. Premièrement, on doit s'assurer que le fonctionnaire visé par une désignation soit avisé par écrit en lui exposant les motifs. Deuxièmement, le fonctionnaire insatisfait peut demander à la Commission de la Fonction publique la revision de cette désignation : la Commission constitue alors un comité d'enquête qui procède alors de façon quasi-judiciaire, à la façon d'un comité d'appel ; si le comité recommande l'annulation ou la modification de la désignation, le Conseil du Trésor doit modifier le Règlement en conséquence. À cause de ces précautions procédurales nous sommes enclin à estimer que les restrictions imposées aux deux sous-catégories visées par l'art. 32.12 al. 2 sont compatibles avec la Charte.

Le Projet de loi C-157 régit enfin le droit de candidature aux élections fédérales et provinciales, par ailleurs consacré constitutionnellement à l'art. 3 de la Charte, qui stipule que « tout citoyen canadien... est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales ».

155. Voir *Droit Administratif*, Éd. Yvon Blais, Montréal, 2^e éd., 1985, chap. 16.

Le Projet de loi distingue trois catégories de fonctionnaire et les soumet à trois régimes différents. Premièrement, les sous-chefs et sous-chefs délégués peuvent faire acte de candidature, mais ils cessent dès lors de faire partie de la Fonction publique. Deuxièmement, les fonctionnaires de la catégorie spéciale qui désirent faire acte de candidature peuvent demander par écrit à la Commission un congé sans solde. Il est étonnant que l'art. 32.21 ne mentionne que l'investiture d'un parti, ce qui semblerait ne pas couvrir celui qui veut se présenter comme candidat indépendant : nous croyons que c'est là une omission faite par inadvertance. La Commission accordera le congé si elle estime « que la candidature de l'employé ne nuira pas à son efficacité » à son retour dans le poste qu'il occupe. Enfin l'ensemble des autres fonctionnaires peuvent solliciter une investiture et vraisemblablement poser leur candidature, même sans investiture partisane ; mais ils doivent en aviser par écrit leur sous-chef avant d'en faire état publiquement ; le congé sans solde est acquis dès qu'ils rendent publique leur intention de briguer les suffrages.

La première difficulté apparente, au regard de la Charte, est la triple distinction. L'art. 15 de la Charte consacre ce qu'on appelle le droit à l'égalité :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination...

À sa face même, la Loi ne traite pas également les trois catégories de fonctionnaire. S'agit-il pour autant d'une injustice contraire à l'art. 15 ou incompatible avec cet article ?

La Cour suprême a eu à statuer sur l'art. 15 et la portée de l'exigence d'égalité. Dans l'arrêt *Andrews*¹⁵⁶ du 2 février 1989 la Cour commence par nous prévenir que le concept d'égalité est un concept difficile à saisir qui ne comporte pas de définition précise :

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.¹⁵⁷

Ce qu'il faut considérer c'est avant tout « l'effet de la loi sur l'individu et le groupe concerné » dans la recherche de « l'idéale égalité complète et entière devant la loi et dans la loi », et...

Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et

156. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

157. *Id.*, 163 : tous les juges se rallient à cette définition du juge McIntyre.

éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.¹⁵⁸

Toutefois il ne suffit pas que les personnes placées dans des situations analogues soient traitées de façon analogue pour qu'il y ait égalité : cela « ne peut constituer un critère réaliste », ... « il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application »¹⁵⁹. Car il y a des distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte à la garantie d'égalité de l'article 15, et d'autres pas.

Pour déceler les distinctions ou différences qui portent atteinte à l'art. 15, il faut suivant l'analyse proposée par l'arrêt *Big M Drug Mart*¹⁶⁰ vérifier le sens du droit en cause au moyen de l'objet d'une telle garantie... en fonction des intérêts protégés. Or l'égalité au sens de l'art. 15 vise un but plus précis que la simple élimination des distinctions ; elle vise à éliminer la discrimination. Or qu'est-ce que la discrimination ?

Le juge McIntyre nous dit que cela présente peu de difficulté vu que la Cour suprême a eu, dans plusieurs affaires sous les Chartes provinciales des droits, à décrire des situations discriminatoires. Selon lui,

la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.¹⁶¹

Plus récemment, le 4 mai 1989 la Cour a précisé de nouveau sa pensée :

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi.¹⁶²

158. *Ibid.*

159. *Id.*, p. 167.

160. Cité à la p. 168 ; R. c. *Big M Drug Mart*, [1985], R.C.S. 295.

161. *Supra*, note 160, p. 173.

162. *Turpin c. R.*, [1989], R.C.S. 1296.

Cependant il y a « une réserve intrinsèque à l'art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire indépendamment de toute discrimination ». L'égalité doit avoir été brisée « de manière discriminatoire »¹⁶³. Et pour déterminer s'il y a eu discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe il faut non seulement examiner la disposition législative « mais aussi examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique »¹⁶⁴.

La Cour, à l'unanimité, ajoute encore ceci :

L'art. 15 commande une analyse cas par cas comme celle qu'a entreprise cette Cour dans l'affaire Andrews quand il s'agit de déterminer (1) si une distinction créée par la disposition législative contestée engendre une violation de l'un des droits à l'égalité et, dans l'affirmative, (2) si la distinction est discriminatoire de par son objet ou son effet¹⁶⁵.

Si l'on applique ce test plusieurs seront tentés de conclure qu'à sa face même les articles 32.20, 32.21 et 32.22 créent une situation discriminatoire entre les trois catégories de fonctionnaires visés. Toutefois il faut se demander si la distinction repose sur « des caractéristiques personnelles » ou plutôt sur les exigences du poste eu égard à la nature des fonctions exercées par ces personnes. Nous estimons que c'est là jouer sur les mots et anticiper la deuxième question qui est celle du rapport entre l'atteinte au droit à l'égalité et l'art. 1 de la Charte. Le bénéfice dont sont frustrés les sous-chefs et, à certains égards, les fonctionnaires de la classe spéciale a trait à l'exercice du droit de candidature ; la caractéristique personnelle dont il faut tenir compte est relative à leur qualité de fonctionnaires supérieurs.

Mais le Projet de loi C-157, en donnant le droit au bénéficiaire d'un congé sans solde pour se porter candidat à certains groupes de fonctionnaires et en le refusant à d'autres crée-t-il une « discrimination » ? La Cour suprême estime qu'il y a trois façons de déterminer s'il y a discrimination : celle qu'il faut retenir sous l'art. 15 est « la méthode des motifs énumérés ou analogues ». Or le motif qui semble pousser le législateur à faire la distinction précitée peut-il être comparé aux motifs énumérés à l'art. 15 de la Charte, soit la discrimination fondée sur la race etc... Manifestement non ! S'il ne s'agit pas d'un cas de discrimination fondée sur des motifs énumérés ou analogues, point n'est besoin de recourir à l'article 1 pour le justifier. Ce n'est pas un cas de discrimination !

La seconde difficulté que pourrait poser le Projet de loi C-157 au regard du droit de candidature concerne l'art. 3 de la Charte, dans la mesure où l'on

163. *Id.*, p. 40.

164. *Id.*, p. 41.

165. *Id.*, p. 44.

pourrait prétendre que le fait pour certains fonctionnaires de perdre leur emploi s'ils se portent candidats constituerait un handicap à l'exercice d'un droit fondamental. Cette prétention supposerait que l'art. 3 implique pour les employeurs l'obligation de favoriser l'exercice du droit de se porter candidat en octroyant des congés sans solde.

Ce qui est essentiel à l'art. 3 de la Charte c'est que le législateur ne réduise pas le droit de candidature politique d'une façon ou d'une autre. Dans l'arrêt *Re: Fraser* de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, cette question des congés pour fins électorales a été abordée. En passant en revue la situation de huit provinces et du fédéral, le juge Grant constate que « the granting of leave of absence may depend on the position of the employee but generally is treated as a right »¹⁶⁶. En l'espèce, les articles contestés du *Civil Service Act* de la Nouvelle-Écosse traitaient de l'interdiction de tout travail partisan (art. 34 al. 2 et 3), et du droit limité de candidature à des élections municipales et scolaires (art. 35). Le juge conclut que les deux articles sont contraires à l'art. 3 de la Charte en appliquant le test de la proportionnalité; et il ajoute ceci :

I find the objective could be achieved by utilizing lesser means, i.e. leave of absence rather than dismissal.¹⁶⁷

À la fin de l'arrêt, le juge ajoutera ceci :

Candidature : I find the requirement that a civil servant resign before seeking public office to be an unnecessarily harsh restriction. I consider that the same objective could be achieved by employing a system whereby an application could be made for leave of absence. Unless the person is in a position where his or her presence is essential to be public interest, i.e., in a key position during wartime or when his knowledge, training and expertise is needed relating to an immediate and pressing problem, the consent not be unreasonably withheld. Parallel and running with this would be the right to reinstatement if unsuccessful. If successful, other considerations apply. This is apparently working in most jurisdictions. This deals only with the right to do so. Once having the right, the individual must make his or her own appraisal about exercising that right.¹⁶⁸

Un fonctionnaire a donc, en vertu de l'article 3 de la Charte, non seulement le droit de se porter candidat mais aussi celui de ne pas être congédié ou de perdre son emploi, ce qui implicitement suppose qu'il soit mis

166. *Supra*, note 135, p. 363.

167. *Id.*, 370. C'est sur la base de cet énoncé que G.A. Beaudoin prétend que le juge Grant a conclu que « les articles... 34(3) et 35(c)... qui... et qui ne prévoient pas l'obtention de congés électoraux, vont à l'encontre du droit de se porter candidat prévu à l'article 3 de la Charte » in *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, *supra*, note 104, p. 339. C'est quelque peu solliciter le *dictum* du juge Grant !

168. *Id.*, 372.

en congé temporaire, quelle que soit la forme que prendra ce congé (vacances, congé spécial, congé sans solde, etc...). C'est par voie d'inférence nécessaire (necessary implication) que le droit constitutionnel de candidature comprendrait le droit à être mis en disponibilité pour faire campagne, c'est-à-dire le droit à un congé électoral.

À notre avis, le non-octroi d'un congé pour fins de candidature porte atteinte à l'art. 3 de la Charte. Aussi, faut-il nous demander si cette restriction, dans le cas des sous-chefs ainsi que dans celui de la classe spéciale, répond aux critères de l'art. 1 de la Charte.

Dans l'arrêt *Re : Fraser*, le juge Grant semble estimer que l'établissement de catégories à l'intérieur de la Fonction publique se justifie ; il cite, par exemple, l'exemple anglais où le système fonctionne apparemment de façon satisfaisante. Toutefois au Canada il nous faut appliquer le test de l'arrêt *Oakes* !

L'objectif que poursuit le législateur est toujours le même : l'impartialité ou la neutralité de la Fonction publique, érigée d'ailleurs jurisprudentiellement en principe constitutionnel. La mesure a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif ? Ses effets sont-ils disproportionnés par rapport à l'objectif ? La mesure restreint-elle le moins possible le droit consacré à l'art. 3 de la Charte ?

Qu'il y ait un lien rationnel entre l'idéal de neutralité de la Fonction publique et la nécessité pour les grands commis de l'État de s'en séparer pour faire le saut en politique, cela s'admet facilement. Par contre, il n'est pas facile de répondre aux deux autres questions ? La mesure est-elle trop radicale ?

Le législateur semble donner la raison de la mesure à l'art. 32.21 al. 2 du Projet de loi C-157 ; elle vise à ce que « la candidature ne nuira pas à son efficacité (celle du fonctionnaire) à son retour dans le poste qu'il occupe »... Dans le cas des sous-chefs et sous-chefs associés le législateur décrète que le fait de faire une campagne électorale nuira à leur efficacité de fonctionnaires ; dans les autres cas c'est la Commission de la Fonction publique qui va appliquer le critère. Si l'on serre de plus près, on perçoit que les raisons qui militeraient en faveur du non-retour dans la Fonction publique de ces fonctionnaires sont plus complexes.

Dans le cas des sous-chefs et sous-chefs délégués, il s'agit de hauts fonctionnaires étroitement liés au pouvoir politique : ce sont les conseillers des ministres et même des définisseurs de politiques ; ils sont directement responsables devant le Cabinet ou un ministre dont ils doivent avoir la confiance ; les ministres répondent de leurs actes ou de leur gestion devant la Chambre et l'opinion publique. Malgré cela, il est difficile de soutenir de façon absolue que leur retour dans la Fonction publique après une campagne électorale serait néfaste. Certes leur retour dans le même poste n'est peut-être

pas souhaitable, voire même pensable, surtout si le sous-chef en question a fait campagne pour un parti d'opposition. Mais leur retour dans la Fonction publique dans d'autres postes qui correspondraient à leurs aptitudes compte tenu des circonstances soulève beaucoup moins de difficultés. L'exclusion absolue de la Fonction publique est-elle une mesure qui porte le moins possible atteinte au droit constitutionnel de l'art. 3? Nous pouvons en douter. La mesure est radicale et il est difficile de démontrer qu'elle est indispensable à l'atteinte de l'objectif suffisamment important qu'est l'impartialité et la neutralité de la Fonction publique.

Aussi pencherions-nous pour une solution plus respectueuse de la Charte, à savoir le maintien du lien de Fonction publique en faveur de tout fonctionnaire, mais sans nécessairement droit de réintégration dans le même poste, mais dans un poste qui convient suivant les aptitudes du fonctionnaire et en tenant compte du critère d'efficacité dont parle l'art. 32.21 al. 2.

Nous appliquerions la même norme pour les autres fonctionnaires de la classe spéciale. Ces derniers n'auraient pas à obtenir la permission de la Commission. Cependant cette dernière aurait à attribuer un nouveau poste au fonctionnaire de retour après une campagne électorale, suivant ré-évaluation des aptitudes et appréciation des questions d'efficacité¹⁶⁹. Cette solution ressemble à celle qui était envisagée par le ministère de la Justice du Québec dans l'affaire *Tremblay* dont nous avons traité précédemment¹⁷⁰.

3.2.2.4. L'article 39 al. 2 de la *Loi sur les relations de travail*

Depuis 1967, la *Loi sur les relations de travail* prévoit expressément que les syndicats accrédités ne peuvent en aucune manière « user de l'argent pour l'activité poursuivie par un parti politique ou pour le compte d'un tel parti ». Cette interdiction est un condition même de l'accréditation. Il s'agit donc d'une limitation à la liberté politique de ces personnes morales que sont les syndicats. Mentionnons que l'article 2 de la loi n'exclut pas que les syndicats peuvent avoir d'autres objets que la réglementation des relations de travail :

« Association d'employés » désigne toute association d'employés ayant notamment pour objet la réglementation des relations entre l'employeur et ses employés aux fins de la présente loi.

169. Dans les pays comme la France les hauts fonctionnaires tant au niveau central que régional ou département font l'objet d'inéligibilité relative. Seuls les membres des cabinets ministériels doivent abandonner leur poste ; tout autre fonctionnaire éligible a droit à un congé électoral prenant des formes variées. Même en campagne électorale cependant l'obligation de « réserve » persiste bien qu'elle soit atténuée, suivant une jurisprudence bien établie du Conseil d'État. Voir : STEFANO, *supra*, note 150, p. 167 s.

170. *Supra*, note 137.

Ce qui est interdit strictement c'est le financement syndical des partis politiques, soit une forme d'activité politique partisane permise aux fonctionnaires. Toutefois, il faut se demander si en restreignant les syndicats on n'atteint pas également la liberté du fonctionnaire.

Un double objectif semble être poursuivi par cette législation : d'un côté, la neutralité politique de la Fonction publique d'une part et, d'autre part, le maintien des syndicats dans leurs fonctions essentielles, la négociation des conditions de travail et la représentation des employés dans la défense de leurs droits comme travailleurs.

Quant au moyen utilisé peut-on dire qu'il a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi? Le moins que l'on puisse dire c'est que le lien n'est pas étroit. En quoi le fait qu'un syndicat contribue financièrement à un parti peut-il perturber ou risquer de perturber la neutralité politique de la Fonction publique? Certes il y a un petit nombre de syndicats dans la Fonction publique mais ces syndicats ne regroupent que les salariés subalternes au sens des lois du travail.

De façon générale l'action politique partisane des syndicats, quelle que soit sa forme, a pour but de favoriser les partis qui semblent être plus favorables aux travailleurs; ce n'est pas là un objectif illégitime même si cela déborde le cadre des moyens d'action prévus expressément aux lois du travail. À cet égard les syndicats de fonctionnaires sont dans la même situation que tous les autres syndicats. Ils ont le même pouvoir de cotisation obligatoire issu de la formule Rand que les autres syndicats.

Il est difficile de voir en quoi la restriction imposée par l'article 39 al. 2 est nécessaire au maintien d'une Fonction publique neutre. Aussi croyons-nous que cette restriction serait difficile à défendre si elle était attaquée.

Par ailleurs, l'absence d'interdiction faite aux syndicats ne résout pas tous les problèmes; le fait pour un syndicat de financer à même les cotisations obligatoires certains partis politiques brime-t-il la liberté d'opinion ou d'expression des travailleurs qui ne sont pas d'accord avec ce geste. La question a été soulevée dans l'affaire *Lavigne* devant la High Court d'Ontario en 1986¹⁷¹ qui a conclu que l'utilisation des cotisations syndicales à des fins politiques contre le gré des syndiqués violait la liberté d'association consacrée par l'article 2 de la Charte. Le juge semble s'être fortement appuyé sur la jurisprudence américaine¹⁷²; voici comment il conclut :

« The principle which I think must be established, then, is that compulsory dues may only be used for the purpose which justifies their imposition and for no

171. *Re Lavigne and Ont. Public Service Employees Union*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 321 (J. White).

172. *Id.*, 370-380 : l'arrêt principal de la Cour suprême américaine est *Abood v. Detroit Board of Education*, (1977) 97 Sup. Ct. Rep. 1782.

other purpose beyond that. In other words, the use of compulsory dues for purposes other than collective bargaining and collective agreement administration cannot be justified in a free and democratic society, where the individual objects to such use. »¹⁷³

La Cour d'appel a renversé cette décision pour deux raisons¹⁷⁴. Premièrement la Charte ne lie directement que le gouvernement et ses agences et non les syndicats qui restent des organismes privés ; leurs activités ne relèvent pas du « state action ». Ainsi ce que fait un syndicat de ses fonds, même des retenus obligatoires en vertu de la formule Rand, ne concerne pas la Charte. La Cour ajoute même :

Whether any restriction ought to be placed on the union's use of payments compelled by an agency shop provision, which, as we noted above, was the case up to 1977 with respect to political activities, is, in our opinion, not a constitutional matter for the courts.

Judicial values ought not to be imposed in determining whether or how far a union expenditure is germane to collective bargaining or a reasonable means of achieving collective bargaining objectives. These are properly matters for the union in the conduct of its own internal affairs. If restrictions are to be imposed, they should be imposed by the legislature which bears the responsibility of striking the delicate and changing balance, in the light of prevailing circumstances, between employers and trade unions and between trade unions and their members and non-members¹⁷⁵.

La loi ontarienne contenait en 1977 une interdiction identique à la loi fédérale actuelle. Dans l'esprit de la Cour d'appel cette restriction serait valide.

Par ailleurs, la Cour d'appel estime que l'art. 2 de la Charte n'impose pas au gouvernement, lorsqu'il négocie une convention collective, de prévoir la façon dont le syndicat dépensera ses fonds.

Section 2 of the Charter does not give rise to affirmative obligations on the part of government of a government body to take positive steps to prevent private parties from violating constitutional rights. The Charter does not apply to private activity merely because government has failed to prohibit that activity¹⁷⁶.

La Cour se référant aux trois grands arrêts de la Cour suprême en matière de liberté d'association syndicale conclut que la réglementation des activités syndicales relève du législateur et non des juges¹⁷⁷

173. *Id.*, 388.

174. (1989) 67 O.R. (2d) 636 ; voir également l'arrêt *Re Baldwin and B.C. Gov. Employees Union*, (1986) 28 D.L.R. (4th) 301 (J. Mackoff).

175. *Id.*, p. 566.

176. *Id.*, p. 537.

177. Il s'agit de la célèbre trilogie : *Re Public Service Employee Relations Act, Labour Relations Act and Police Officers Collective Bargaining Act*, [1987] 1 R.C.S. 313 ; *Public Service*

Quelques mois avant le dernier arrêt de la Cour d'appel, la High Court se prononçait sur l'art. 1(1)g de la loi ontarienne sur la négociation collective des employés de la Couronne qui interdit l'accréditation d'un syndicat qui contribue financièrement à un parti politique¹⁷⁸. Le juge considère que si cette disposition violait la liberté d'expression, elle était justifiée par l'art. 1 de la Charte pour le maintien de l'impartialité et de l'intégrité du service public. À notre avis cette façon de voir est erronée. Il ne faut pas confondre la perspective de l'art. 2(d) relative au droit d'association et celle de l'art. 2(b) relative au droit à la liberté d'expression. Si le législateur interdit aux syndicats de fonctionnaires de financer les partis politiques, cela ne concerne que l'art. 2(b). Or, les raisons qui justifient l'interdiction faite aux syndicats de fonctionnaires ne sont pas tellement différentes de celles qui motiverait une telle interdiction à l'endroit du fonctionnaire; or, ces derniers ont toute liberté de contribuer à la cause d'un candidat ou d'un parti.

Conclusion

Kernaghan conclut son étude de 1986 de la façon suivante :

Thus, a substantial expansion in the political partisanship of public servants may erode the reality and appearance of a politically neutral public service by such means as increasing patronage appointments, expanding public comment by public servants, reducing public service anonymity, and diminishing job security.¹⁷⁹

Selon lui, la situation fédérale actuelle constitue un compromis entre deux extrêmes; elle se situe au milieu d'un continuum :

... Viewed in the light of the rationales for limiting and permitting political partisanship and of policies and practices in other governments, section 32 of the Public Service Employment Act places the existing federal regime about halfway along the continuum between unrestricted political activity and prohibited political activity.¹⁸⁰

La situation fédérale constituerait un juste milieu. D'ailleurs, chose étonnante, Kernaghan assimile la situation québécoise à celle du fédéral¹⁸¹.

Alliance of Canada v. The Queen in right of Canada, [1987] 1 R.C.S. 424; *Government of Saskatchewan v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 & 955*, [1987] 1 S.C.R. 460.

178. *O.P.S.E.U. v. Ontario*, (1989) 65 O.R. (2d) 689, 710.

179. *Supra*, note 6, [1986] 29 *Adm. Pub. Can.* 650.

180. *Ibid.*

181. «Regulations on political activities in other provinces (e.g. New Brunswick, Québec, Ontario) are similar to the federal regulations».

À notre humble avis, la situation québécoise est fort différente de celle du fédéral. Tout d'abord, la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, qui n'a pas valeur constitutionnelle mais tout de même supra-législative, consacre non seulement les libertés fondamentales d'opinion, d'expression, de réunion pacifique et d'association, mais aussi le droit au respect de sa vie privée; elle consacre le droit de vote et de candidature à « toute élection », ce qui comprend les élections municipales ou autres. La *Loi sur la Fonction publique* de 1983 ne limite aucunement l'activité politique du fonctionnaire sauf que dans l'exercice de ses fonctions il doit faire preuve de neutralité politique et que dans la manifestation publique de ses opinions politiques il doit faire preuve de réserve. Quant au droit de se porter candidat, il est conféré inconditionnellement à tous les fonctionnaires sauf aux administrateurs d'État, c'est-à-dire les très hauts fonctionnaires. Le fonctionnaire qui se porte candidat a droit à un congé sans solde total ou partiel et à la réintégration dans son emploi s'il n'est pas élu ou au terme de son premier mandat, ou au terme de ses mandats successifs s'il est réélu à l'Assemblée nationale; il a droit de réintégration avec le même classement.

Ce régime québécois, beaucoup plus libéral et conforme à la Charte canadienne, n'a pas, depuis qu'il est en vigueur, causé l'érosion du principe constitutionnel de neutralité politique de la Fonction publique au Québec, il n'a pas augmenté le patronage dans les nominations et les promotions, n'a pas augmenté les critiques publiques par ses fonctionnaires, n'a pas réduit l'anonymat de la Fonction publique, ni réduit la sécurité d'emploi... Il y a eu un changement de gouvernement au Québec en 1985, et rien de particulier ne s'est produit.

Kernaghan et son école de pensée, que Michael Cassidy appelle « the conventional mandarin's wisdom »¹⁸² craignent que l'affirmation de la liberté politique des fonctionnaires sous l'impact des Chartes ne provoque chez les fonctionnaires une frénésie pour la partisanerie politique. Certes historiquement nous sommes passés au cours du XX^e siècle du système des dépouilles et de la complète politisation de la Fonction publique au système du mérite et à la stérilisation politique du fonctionnaire. Mais si le système du mérite doit demeurer, la stérilisation politique ne se justifie pas dans un contexte de plus grande maturité démocratique et de respect des droits de la personne.

L'Institut d'Administration publique du Canada a adopté le 18 août 1986 en Assemblée générale une Déclaration de principe qui nous paraît, par

182. « Political rights for public servants : a federal perspective », (1986) 29 *Adm. Pub. Can.* 653, 655.

une de ces propositions, conforme à la jurisprudence de la Cour suprême et à la Charte :

Les employés du secteur public devraient pouvoir bénéficier au maximum des droits politiques dans la mesure où ceux-ci sont compatibles avec les lois, les règlements et les conventions qui visent à préserver la neutralité politique de la fonction publique.

D'autres propositions de la Déclaration sont plus discutables, mais il ne s'agit que d'un guide dont l'objectif est d'inciter les fonctionnaires à ne pas trop abuser de cette liberté, à pratiquer une grande « réserve »...

Nous avons atteint au Canada un degré de maturité politique qui ne nous fait pas craindre l'impact des Chartes. Les craintes soulevées par les opposants à l'octroi d'une plus grande liberté d'expression aux fonctionnaires nous paraissent exagérées et pessimistes. La Charte pose un défi que la collectivité des agents de l'État sauront relever ; nous sommes optimiste.

La question qu'il faut se poser en 1990, sous l'empire de la Charte, n'est plus de savoir s'il est désirable ou souhaitable ou utile que les fonctionnaires aient une activité politique qui soit conciliable avec la neutralité de la Fonction publique. Ce qui est fondamental, c'est la liberté politique que la jurisprudence constitutionnelle considère comme la clef de voûte de notre système démocratique ; le principe constitutionnel de la neutralité à la Fonction publique est important, mais lui est subordonné. La liberté politique, dans ses divers modes d'expression et pour l'ensemble des citoyens, est vitale à la démocratie ; aussi ne devrait-on envisager de la restreindre qu'avec la plus grande circonspection. Ceci vaut tout autant pour la liberté d'expression politique consacrée par l'art. 2(b) que pour les droits de suffrage et de candidature de l'art. 3, qui lui sont intimement liés. Nous estimons que nombre de bonnes ou pieuses raisons souvent alléguées pour protéger la neutralité de la Fonction publique contre des fonctionnaires qui risqueraient d'abuser de leur liberté ne tiennent plus. Il en va de même des arguments fondés sur la crédibilité de l'Administration publique, sur l'image de la Fonction publique, sur la susceptibilité des patrons politiques, sur le respect de la tradition etc...

Le Rapport de 1986 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario est d'un intérêt primordial mais sa portée constitutionnelle est très limitée. Il est vrai que les premiers arrêts significatifs de la Cour suprême sous l'art. 2(b) et sous l'art. 15 de la Charte lui sont postérieurs. Le Rapport pose certes les bonnes questions, mais ses réponses sont discutables. Nous allons tenter de dresser un inventaire sommaire des recommandations qui nous paraissent critiquables au regard de la Charte, pour les raisons que nous avons explicitées antérieurement.

Premièrement, le Rapport recommande l'interdiction de toute activité politique au travail et aux lieux de travail, de toute activité politique qui serait le résultat d'une coercition exercée sur le fonctionnaire en tant que tel, de toute activité publique qui résulte en un avantage impropre pour le fonctionnaire, de toute activité politique qui vient en conflit d'intérêt avec les intérêts du Gouvernement en relation avec les fonctions exercées par le fonctionnaire, de toute activité politique qui soulève une crainte raisonnable de partialité de la part du public résultant de prises de décision reliées à des fonctions d'adjudication, d'allocation ou d'évaluation. Ces recommandations prévoient des mécanismes d'avertissement et de sanction pour violation de ces interdictions.

Deuxièmement, le Rapport traite du « critical comment » c'est-à-dire la critique politique approbative ou réprobative faite en « public » par les fonctionnaires « in their private capacities » ou à titre d'individu ou de citoyen. Tout fonctionnaire doit s'abstenir de commenter des politiques ou actions gouvernementales dans quatre circonstances : si le commentaire crée un conflit d'intérêt direct entre les intérêts du Gouvernement et l'exercice des fonctions ; si le commentaire crée une crainte raisonnable de partialité reliée à la prise de décision par le fonctionnaire ; si le commentaire crée une crainte raisonnable que « working relationships within the public service involving the employee, or the employee's ability to perform his duties affectively will be significantly impaired »¹⁸³ ; si le commentaire concerne le ministère ou l'organisme dont relève le fonctionnaire sauf si la politique ou l'action commentée l'affecte à titre personnel.

Le critère dominant qui devrait motiver ces restrictions devrait être le lien avec l'exercice des fonctions ; c'est sous cet angle que peut se justifier la mesure par rapport à l'objectif suffisamment important qu'est la neutralité de la Fonction publique. Il faut aussi que la mesure soit suffisamment précise pour indiquer la portée exacte de l'interdiction. Or le troisième énoncé, que nous avons même de la difficulté à traduire en français, est loin d'être précis : c'est le type par excellence de norme qui serait déclaré « void for vagueness » par une Cour de justice : c'est une norme beaucoup trop impressionniste ! Quant au quatrième énoncé, on peut exprimer des doutes : certains ministères ont des attributions assez vastes et variées alors que de nombreux fonctionnaires exercent des fonctions très précises, à caractère technique ; lorsqu'il n'y a aucun lien avec l'exercice des fonctions nous doutons qu'une telle interdiction passe le test de l'arrêt *Oakes*, comme nous l'avons expliqué antérieurement.

Troisièmement, le Rapport propose la division de la Fonction publique en deux catégories, soit la catégorie générale et la « restricted category » ou catégorie restrictive. Il faut, croyons-nous, au regard du test de l'arrêt *Oakes*

183. *Supra*, note 4, p. 300.

considérer chacune des sous-catégories de la catégorie restreinte (le sujet de la restriction) au regard de chacune des activités visées (l'objet de la restriction). On ne peut procéder globalement.

Le Projet de loi C-157 est certes moins déficient que les propositions du Rapport ontarien de 1986. Toutefois, pour éviter de nouvelles contestations sous la Charte, nous croyons que des rectifications s'imposent. Nous croyons que l'art. 32.12 al. 2 devrait être abandonné. À notre avis, presque tous les fonctionnaires devraient être assujettis à la règle de l'art. 32.11 al. 3 à l'exclusion des sous-chefs et sous-chefs délégués. Ainsi l'art. 32.11 al. 3 deviendrait :

Tout fonctionnaire, autre qu'un sous-chef et un sous-chef délégué, peut occuper...

L'art. 32(2), (3) et (4) seraient abrogés.

Les dispositions sur le droit de candidature devraient être réaménagées pour reconnaître à tous un congé électoral avec droit de réintégration, mais pas nécessairement dans le même poste. Les articles 32.20, 32.21 et 32.22 deviendraient :

Art. 32.20(1) (1) Les sous-chefs, sous-chefs délégués ainsi que les employés de la catégorie spéciale qui ont l'intention de solliciter une investiture sont tenus d'en aviser par écrit la Commission avant d'en faire état publiquement.

(2) Tout autre employé qui a l'intention de solliciter une investiture est tenu d'en aviser le sous-chef de son ministère avant d'en faire état publiquement.

(3) Sur réception de cet avis, le fonctionnaire est mis en congé électoral sans solde.

Art. 32.21 L'employé dont le congé électoral prend fin pour l'une des causes mentionnées à l'art. 32.23(1) reprend son poste.

Art. 32.22 Le sous-chef, sous-chef délégué ou fonctionnaire de la catégorie spéciale dont le congé électoral prend fin pour l'une des causes mentionnées à l'art. 32.23(1) doit se soumettre à une évaluation de ses aptitudes et capacité par la Commission qui lui attribue un autre poste dans la Fonction publique en tenant compte des exigences d'efficacité et des objectifs de la présente partie.

Nous avons donc réduit au strict minimum la catégorie spéciale et nous avons donné le maximum d'ampleur à l'article 3 de la Charte sans mettre en péril, croyons-nous, les deux objectifs essentiels, soit « le principe d'impartialité politique au sein de la Fonction publique » et le droit pour « les fonctionnaires », ce qui inclut les sous-chefs et ceux de la classe spéciale, « de participer à la vie politique ». Cependant ces deux objectifs ne sont pas sur le même pied. Le plus important, découlant des exigences des articles 2(b) et 3 de la Charte, est le droit de participer à la vie politique. Le second, de nature constitutionnelle également, lui est, à notre avis, subordonné. Si le législateur doit prendre un risque, il doit le faire en faveur de la liberté politique qui est le fondement et la

clef de voûte de notre démocratie constitutionnelle. Comme le rappelait en 1985 le juge en chef Dickson :

Notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.¹⁸⁴

Cette liberté politique doit être encouragée et, par ailleurs, limitée « le moins possible », suivant les exigences de l'arrêt *Oakes*. De plus, il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant la liberté politique et l'objectif reconnu suffisamment important. Ici l'atteinte portée à la liberté politique des fonctionnaires est sérieuse parce que celle-ci est essentielle à leur qualité de citoyen en démocratie. Aussi pour atteindre son objectif, soit la neutralité de la Fonction publique, le législateur doit-il ne se limiter qu'à des restrictions qui apparaîtront vraiment nécessaires ; il faut qu'il s'agisse de conditions « sine qua non » : il appartient au gouvernement de le démontrer ; il n'a pas à en faire la preuve hors de tout doute raisonnable mais sa démonstration doit être convaincante. Jusqu'ici, chaque fois qu'un législateur a libéralisé l'exercice des droits politiques à ses fonctionnaires, il n'en est résulté aucune perturbation, suivant les enquêtes faites par la Commission ontarienne de la réforme du droit. Nous n'appréhendons pas de telles perturbations si la Charte est appliquée de façon généreuse.

184. *Supra*, note 2, p. 467.