

2m11.2650.4

Université de Montréal

IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE
ET INTERJURIDICTIONNELLE
EN DROIT CANADIEN

par

Alexandre W. Buswell

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M.)

Avril 1998

© Alexandre W. Buswell, 1998



7 5230 1100

AZBD

U54t

1999

V.001

1999

UNIVERSITÉ JURIDIQUE
ET POLITIQUE
EN DROIT CANADIEN

par

Alexandre W. Bédard

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit (M.A.)

1999

1999



Page d'identification du jury

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE
ET INTERJURIDICTIONNELLE
EN DROIT CANADIEN

présenté par :

Alexandre W. Buswell

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Andrée Lajoie

François Chevrette

Jean Leclair

SOMMAIRE

La *Loi constitutionnelle de 1867* (30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.)), bien que sa principale raison d'être soit l'établissement d'un partage fédéral des compétences législatives entre, d'une part, une entité centrale et, d'autre part, les législatures provinciales, est également l'instrument par lequel sont régis les rapports entre l'exécutif, le législatif et, enfin, le judiciaire. Dans le cadre de la présente étude, nous nous arrêtons au conflit que peut engendrer l'exercice simultané des pouvoirs exécutif et législatif ainsi qu'au mode de solution de pareil conflit. Dans les systèmes de tradition britannique, le détenteur du pouvoir exécutif est, sauf exception, à l'abri de toute intervention indue de la part du législateur. C'est cette règle qu'énonce la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois.

Dans une première partie, nous nous attardons aux origines de cette règle ainsi qu'à sa possible constitutionnalisation en droit canadien. Sont étudiées dans la seconde partie, la portée, les conditions d'exercice et les exceptions que connaît la règle. À qui bénéficie-t-elle? À quelles conditions la Couronne ou, le cas échéant, les sociétés publiques mandataires de la Couronne seront-elles liées par les lois? Plusieurs pages sont ensuite consacrées à l'examen des particularités de la règle lorsqu'appliquée dans un contexte interjuridictionnel. Se pose à cet égard, notamment, la question du pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada. Nous concluons par une brève analyse de certaines questions connexes, parmi lesquelles figure celle de la compatibilité du principe de la non-applicabilité des lois à l'égard de la Couronne avec les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE: L'IMMUNITÉ DE LA COURONNE À L'ÉGARD DES LOIS	5
Section I L'exercice simultané des pouvoirs législatif et exécutif: droit comparé	5
I. En droit anglais	5
A. Une Constitution non écrite	5
B. La séparation des pouvoirs et la justification de la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois en droit anglais	7
1. La séparation des pouvoirs: mythe ou réalité?	7
2. L'immunité de la Couronne à l'égard des lois:	12
a) instrument de protection de la prédominance de l'exécutif?	12
b) une prérogative royale	13
II. En Australie	16
A. Une Constitution écrite établissant un État fédéral	16
B. Le caractère indissociable des branches exécutive et législative	17
III. En droit américain	19
A. La Constitution américaine ou l'intégration de la théorie de la séparation des pouvoirs	19
B. Le rejet des privilèges exécutifs	24
IV. En Nouvelle-Zélande	26
A. Une Constitution non écrite	26
B. Le pouvoir exécutif et les prérogatives	29
Section II L'immunité de la Couronne à l'égard des lois en droit canadien	31
I. Les définitions	31
A. Immunité	32
B. La Couronne	34
1. Les concepts	34
a) Le Roi et la Couronne	34
b) La Couronne	38
c) Les régimes de nature fédérale	39
d) L'État	40
2. Leur application	42

II.	La source et le statut de la règle : prérogatives et normes constitutionnelles nouvelles . . .	43
A.	La source de la règle : les prérogatives	44
1.	Leur caractère direct ou incident	55
2.	Leur application obligatoire	56
3.	Leur abrogation et modification	57
B.	Le statut de la règle : sa possible constitutionnalisation	60
1.	Les coutumes, usages et conventions en tant que règles de la Constitution canadienne	62
2.	Les modifications constitutionnelles de 1982	63
a)	Le préambule de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	64
b)	Le paragraphe 52(2) de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	65
c)	La constitutionnalisation des règles non-écrites	68
d)	Les privilèges parlementaires et la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois	72
SECONDE PARTIE: IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE ET INTERJURIDICTIONNELLE		75
Introduction		75
Section I	L'immunité juridictionnelle	78
A.	La portée de la règle	78
1.	Ratione personae : les sociétés publiques mandataires de la Couronne («Crown Corporations»)	79
a)	Par l'opération de la loi	80
b)	En Common law	81
2.	Ratione materiae : la symétrie des privilèges et immunités	82
a)	Les limites du mandat	83
b)	L'exception afférente à la nature commerciale des activités de la société mandataire en cause	88
B.	Les conditions d'exercice	90
1.	L'inclusion d'une mention expresse	90
2.	L'effet de la mention	93
a)	La Couronne indivisible	93
b)	La valeur intrinsèque d'une mention expresse	97

C.	Les exceptions	98
1.	L'exception d'implication nécessaire	98
a)	Les définitions	98
(i)	En Common Law	98
(ii)	Au Canada	100
(aa)	Généralités	100
(bb)	Règles particulières	104
b)	La codification législative	108
(i)	Le droit fédéral	111
(ii)	La <i>Loi d'interprétation</i> du Québec	117
(aa)	Les droits et les prérogatives	123
(bb)	L'abrogation de l'article 9 du <i>Code civil</i> <i>du Bas-Canada</i>	126
2.	Les lois adoptées pour l'avantage général du public	129
3.	Les lois préjudiciables	130
4.	Les lois qui ne lient pas la Couronne : la théorie des avantages et des obligations («benefits and burdens»)	133
a)	Terminologie	133
b)	La formulation de l'exception	135
5.	La renonciation	142
Section II	L'immunité dans un contexte interjuridictionnel	143
I.	Le pouvoir des différents ordres gouvernementaux de se lier mutuellement	143
A.	Le pouvoir d'une législature provinciale de lier la Couronne du chef d'une autre province	143
B.	Le pouvoir du Parlement fédéral de lier la Couronne du chef d'une province	145
C.	Le pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada	145
1.	Les deux théories	146
a)	La thèse centralisatrice	146
b)	La théorie du pouvoir atténué	148
2.	Leur fondement	151
a)	La thèse centralisatrice	151
b)	La théorie du pouvoir atténué	152
3.	La critique	153

II.	L'immunité interjuridictionnelle de la Couronne fédérale	158
A.	Les limites inhérentes aux lois provinciales	158
B.	Le statut privilégié de la Couronne fédérale : Considérations relatives à la garantie d'égalité prévue au paragraphe 15(1) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	160
C.	Le caractère supplétif du droit provincial	162
	CONCLUSION	164
	BIBLIOGRAPHIE	168
	TABLE DE JURISPRUDENCE	174

*À mes parents et grands-parents
À Jules et Monique*

REMERCIEMENTS

Je tiens, tout d'abord, à remercier Madame la professeure Andrée Lajoie pour sa patience et ses précieux conseils dans la préparation du présent mémoire. Je voudrais en outre témoigner toute ma gratitude au professeur François Chevrette qui, par sa grande compétence, son dévouement et sa volonté de partager ses connaissances, a su me transmettre sa passion pour le droit constitutionnel. Enfin, je m'en voudrais de passer sous silence l'apport de mes collègues de travail et de ma secrétaire, Madame Line St-Arnault.

IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE ET INTERJURIDICTIONNELLE¹ EN DROIT CANADIEN

INTRODUCTION

La nature du système politique et constitutionnel canadien a longtemps été problématique. Le problème étant l'existence de pouvoirs accrus conférés à l'entité centrale, pouvoirs que normalement on ne retrouve pas dans une constitution établissant un régime de nature fédérale. On pense notamment ici aux pouvoirs de désaveu et de réserve prévus par la *Loi constitutionnelle de 1867*². Nonobstant ces anomalies mais surtout eu égard au fait que l'importance des pouvoirs en cause fut passablement amenuisée par la naissance de conventions constitutionnelles, il est aujourd'hui reconnu que ce système en est néanmoins un de nature essentiellement fédérative³. La *Loi constitutionnelle de 1867*, bien que sa principale raison d'être soit l'établissement d'un partage des compétences législatives entre l'État fédéral et les provinces, est également l'instrument par lequel sont régis les rapports entre l'exécutif, le législatif et, enfin, le judiciaire. Il n'est pas de notre intention de nous

¹ À cet égard, il convient de préciser que notre terminologie diffère de celle employée par la plupart des auteurs, incluant le professeur Peter W. Hogg dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, 4e éd., Carswell, Toronto, 1996, aux pp. 247-356. Le professeur Hogg utilise les termes «interjurisdictional immunity» dans le contexte du partage fédéral des compétences : voir, en guise d'illustrations, les arrêts *Commission du salaire minimum c. Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767 et *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bell Canada*, [1988] 1 R.C.S. 749. Notre terminologie diffère également de celle qu'utilise Colin H.H. McNair dans son ouvrage intitulé *Governmental and Intergovernmental Immunity in Canada and in Australia*, University of Toronto Press, Toronto, 1977, 164 p. Comme l'indique le titre de son ouvrage, au moment de référer au principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, il opte pour les termes «governmental and intergovernmental immunity».

² 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.) (ci-après la «*Loi constitutionnelle de 1867*»).

³ William S. Livingston, «A Note on the Nature of Federalism» (1952), 67 Pol. Sci. Q. 81; William S. Livingston, *Federalism and Constitutional Change*, Clarendon Press, Oxford, 1956, 380 p.; William H. Riker, *Federalism, Origin, Operation, Significance*, Little & Brown, Toronto, 1964, 169 p.; K.C. Wheare, *Federal Government*, 4^e éd., Oxford University Press, Toronto, 1963, 266 p.; Ivo Duchacek *Comparative Federalism: the Territorial Dimension of Politics*, University Press of America, Philadelphia, 1987, 370 p.; Peter W. Hogg, *op. cit.*, note 1, aux pp. 97 et ss.; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1987, 708 p., aux pp. 287 et ss.

attarder, dans le cadre de la présente étude, à la nature on ne peut plus particulière de la fonction judiciaire. Nous nous arrêterons plutôt au conflit que peut engendrer l'exercice simultané des pouvoirs exécutif et législatif ainsi qu'au mode de solution de pareil conflit. Au Canada, comme dans les autres pays fédérés, l'existence de deux ordres de gouvernement distincts et séparés, à savoir les ordres fédéral et provinciaux, a pour effet d'accroître le degré de complexité de cet exercice.

Dans quelles circonstances Sa Majesté la Reine du chef du Canada ou d'une province, en tant que chef du gouvernement, sera-t-elle sujette à l'application des lois, c'est-à-dire à l'exercice par les différentes autorités parlementaires de leur autorité législative respective? Cette question, centrale à la présente étude, repose, dans une large mesure, sur une fiction juridique. Une fiction qui, elle, est attribuable à la survie du système de monarchie parlementaire en droit constitutionnel canadien et ce, malgré que son contexte historique d'énonciation soit aujourd'hui manifestement révolu⁴. Ainsi, au Canada, traditionnellement, le pouvoir législatif fédéral reposait entre les mains d'un Parlement composé de la Reine, du Sénat et de la Chambre des communes. Il en était ainsi en vertu de l'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 9 de cette même Loi conférait à la Reine le gouvernement et le pouvoir exécutifs fédéraux. Lentement, l'évolution sociale, économique et historique du Canada rendit nécessaire certaines modifications. Le 1er octobre 1947, les *Lettres patentes*

⁴ Henri Brun et Guy Tremblay, *op. cit.*, note 3, aux pp. 253-254.

*constituant la charge de gouverneur général du Canada*⁵ donnèrent au Gouverneur général la permission et le pouvoir d'exercer toutes les attributions de la Reine à l'égard du Parlement et du gouvernement du Canada, attributions que le Gouverneur général n'exerce toutefois que de l'avis du cabinet⁶. Dans chacune des provinces, le lieutenant gouverneur est, à tous égards, l'équivalent du Gouverneur général.

Il est reconnu, dans les systèmes politiques de tradition britannique, c'est-à-dire dans les pays où le gouvernement prend la forme d'une monarchie parlementaire, que le détenteur du pouvoir exécutif est, sauf exception, à l'abri de toute intervention indue de la part du législateur. L'application de cette règle en droit canadien soulève de nombreuses questions dont la plus importante est sans doute celle qui a trait à sa source et à sa justification. Par exemple, s'agissant d'une prérogative, non seulement faudra-t-il s'interroger quant à sa nature, incidente ou directe, mais aussi quant aux conditions qui pourront nous mener à conclure qu'elle a été abrogée par l'action du Parlement ou, selon le cas, des législatures provinciales. Par ailleurs, s'agissant d'une règle s'étant cristallisée de façon à dorénavant former partie intégrante de la Constitution canadienne, la loi suprême du Canada, il sera impossible de l'écarter législativement. Notons, à ce stade-ci, que, comme nous le verrons plus loin, une conclusion selon laquelle la règle tenait à l'origine de la nature d'une prérogative royale ne

⁵ L.R.C. (1985), Appendice II, No. 31.

⁶ Voir, notamment, J.R. Mallory, *The Structure of Canadian Government*, MacMillan of Canada, Toronto, 1971, aux pp. 20 et ss.

constituera en aucune façon un obstacle à sa possible constitutionnalisation. Ce sont ces questions que nous abordons au chapitre premier.

La source et le statut de la règle ayant été établis, il faudra la définir de façon exhaustive et en analyser la portée. Quelles sont les exceptions à cette règle et dans quelles circonstances trouvent-elles application? Ce sont là les notions qui sont étudiées dans la seconde partie.

Plusieurs des questions que soulève l'application de la règle en droit canadien ont déjà fait l'objet de décisions judiciaires. Il s'agira donc, à cet égard, de rationaliser les nombreuses indications que nous fournissent ces mêmes décisions, dans le cadre d'une approche positiviste que nous retenons à ce stade-ci de l'évolution de nos travaux. De la présente analyse découleront cependant des questions qui, étant donné leur caractère relativement nouveau, n'ont jamais été entendues et traitées par nos tribunaux. Il nous faudra, dans ces cas, élaborer, sur la base de principes préexistants, la possible réponse jurisprudentielle qu'elles recevront.

PREMIÈRE PARTIE: L'IMMUNITÉ DE LA COURONNE À L'ÉGARD DES LOIS

Section I L'exercice simultané des pouvoirs législatif et exécutif: droit comparé

I. En droit anglais

A. Une Constitution non écrite

Le système politique et constitutionnel anglais, contrairement au nôtre, n'est fondé sur aucun texte constitutionnel formel, c'est-à-dire, pour paraphraser les termes employés par certains auteurs anglais, qu'il n'y a aucun document, ou même pluralité de documents, unique et de nature prépondérante faisant État des règles fondamentales que doit obligatoirement suivre le gouvernement du pays⁷. La raison en est qu'il n'y eut jamais, en Angleterre, d'entité ayant le pouvoir et l'autorité d'entraver le principe de la souveraineté parlementaire. Le contraste est ici frappant avec la situation du Canada et de l'Australie, par exemple, à qui le Parlement anglais, agissant à titre de Parlement impérial, imposa une loi constitutionnelle⁸. Ainsi, une loi adoptée par le Parlement britannique, bien que qualifiée de loi constitutionnelle, ne jouissant néanmoins d'aucun statut particulier, pourrait être modifiée ou même abrogée dans le cours normal des activités parlementaires⁹. Au caractère prétendument immuable d'une

⁷ S.A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books Ltd., Harmondsworth, 1971, à la p. 17. Dans cet ouvrage, le professeur de Smith s'exprime en ces termes: «In the vast majority of modern states or political societies there exists an identifiable document, or a group of documents, called the constitution, embodying a selection of the most important rules about the government of the country». On peut voir, au même effet, O.H. Phillips, *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*, 2^e éd., Sweet & Maxwell Ltd., London, 1957, à la p. 5. Il propose, quant à lui, la définition suivante: «A Constitution in the latter sense is the document in which the most important laws of the Constitution are authoritatively ordained».

⁸ O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 5.

⁹ S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, à la p. 20; A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, 10^e éd., MacMillan & Co. Ltd., London, 1960, à la p. 88. Il est un principe selon lequel le Parlement britannique n'a pas le pouvoir ou l'autorité de restreindre ses propres pouvoirs législatifs pour le futur. Voir, à cet égard, S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, à la p.

Constitution constatée dans un document formel¹⁰, les constitutionnalistes anglais préfèrent aujourd'hui la nature évolutive de leur Constitution¹¹, une constitution souple¹².

Si la Constitution anglaise ne peut être qualifiée de Constitution écrite selon le sens donné à cette expression, d'aucuns ne peuvent contester l'abondance des règles appartenant au domaine du droit constitutionnel anglais, abondance, on le conçoit bien, attribuable à son évolution à travers les siècles. La source première du droit constitutionnel britannique est sans contredit la législation. Le système constitutionnel anglais est avant tout fondé sur certaines lois qui, bien qu'elles ne sont que de simples lois ont, de par le temps, acquis un caractère fondamental. Il s'agit, entre autres, du *Bill of Rights of 1689*, de l'*Act of Settlement, 1701* et de l'*Act of Union with Scotland, 1707*. S'ajoute à cette liste un document de nature quasi-législative, la *Magna Carta, 1215*. En marge de ces normes législatives, se trouvent les prérogatives royales et les décisions judiciaires. La sphère du droit constitutionnel anglais est

20. Il y formule la réserve suivante: «For it is a fundamental rule of British constitutional law that the United Kingdom Parliament is omnipotent and incapable of restricting its own omnipotence».

¹⁰ Voir, généralement, quant au caractère immuable du régime constitutionnel initialement mis en place par la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 2, James Bryce, *Canada: An Actual Democracy*, The MacMillan Company of Canada Limited, Toronto, 1921, 54 p., à la p. 5.

¹¹ A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9, aux pp. 87 et ss.

¹² Voir, en ce qui concerne la notion de constitution souple, les commentaires du professeur Jacques Frémont dans son article intitulé «Introduction aux sources du droit constitutionnel canadien», Centre de recherche en droit public, Université de Montréal (article non encore publié), 1997, aux pp. 10 et 11, ainsi qu'à la p. 14.

complétée par les conventions constitutionnelles, notion à laquelle nous nous attarderons plus loin, et par les principes généraux du droit britannique¹³.

Si, à première vue, on conçoit difficilement qu'un système politique puisse reposer sur des énoncés aussi vagues mais à la fois si fondamentaux, il faut bien comprendre que ce sont ces mêmes principes que promeut la *Loi constitutionnelle de 1867*. La preuve en est son préambule:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (Dominion) sous la Couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni :

Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique:

Considérant de plus qu'il est opportun, concurremment avec l'établissement de l'union par autorité du parlement, non seulement de décréter la constitution du pouvoir législatif de la Puissance, mais aussi de définir la nature de son gouvernement exécutif:

Considérant de plus qu'il est nécessaire de pourvoir à l'admission éventuelle d'autres parties de l'Amérique du Nord britannique dans l'union [.]

B. La séparation des pouvoirs et la justification de la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois en droit anglais

1. La séparation des pouvoirs: mythe ou réalité?

Il n'est pas de notre intention d'y aller ici d'une étude exhaustive des composantes de la Constitution anglaise. Néanmoins, il nous paraît opportun, à ce stade-ci, de nous arrêter à certaines de ses caractéristiques essentielles. Le système politique et constitutionnel anglais

¹³ Voir, généralement, l'article du professeur Jacques Frémont, *Loc. cit.*, note 12.

en est un fondé principalement sur la primauté du droit et la souveraineté parlementaire¹⁴. Est également omniprésente, la théorie de la séparation des pouvoirs. C'est à la substance de ce dernier concept que nous nous attarderons au cours des pages qui suivent. La justification du principe de la non-applicabilité des lois à l'égard de la Couronne réside en effet fort probablement dans la nature des rapports qui existent, en droit anglais, entre les branches exécutive et législative du gouvernement.

Bien qu'elle fut initialement formulée par Locke¹⁵, au XVII^{ème} siècle, c'est à Montesquieu¹⁶ que l'on doit un siècle plus tard, l'émergence et le raffinement de la théorie de la séparation des pouvoirs. C'est dans le cadre d'une analyse de la Constitution anglaise du XVIII^{ème} siècle que Montesquieu élaborait cette théorie. Comme on le verra ci-après, les travaux de Montesquieu ont manifestement eu pour fondement une mauvaise compréhension de la substance de la Constitution anglaise d'alors¹⁷. Le gouvernement d'un État comporte trois branches: les branches exécutive, législative et judiciaire. Le fait de conférer plus d'un de ces pouvoirs à une même personne ou entité constituerait une menace à la liberté individuelle¹⁸. C'est là le premier aspect de la théorie de la séparation des pouvoirs telle qu'avancée par Montesquieu.

¹⁴ Certains auteurs utilisent plutôt l'expression «suprématie parlementaire». Voir, par exemple, A.V. Dicey, *Op.cit.*, note 9. Voir également S.A. de Smith, *Op.cit.*, note 7, à la p. 67 et F.H. Hinsley, *Sovereignty*, Watts, London, 1966, 255 p.

¹⁵ John Locke, *The second Treatise of civil government*, Basic Blackwell, Oxford, 1946, aux pp. 72 et ss.

¹⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1973, Vol. I et II.

¹⁷ O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 14.

¹⁸ Montesquieu, *op. cit.*, note 16, aux pp. 156-157.

Ce premier aspect tient davantage à l'identité des personnes ou institutions à qui sont confiés les différents pouvoirs.

Est également essentielle à la saine administration étatique selon Montesquieu, l'existence d'une structure de contrôle mutuel entre chacune des branches du gouvernement. En particulier, les pouvoirs exécutif et législatif doivent, dans une certaine mesure, agir l'un sur l'autre¹⁹:

The legislative body should not convene itself. For a body is considered to have a will only when it is convened; and if it were not convened unanimously, one could not identify which part was truly the legislative body, the part that was convened or the one that was not. For if it had the right to prorogue itself, it could happen that it would never prorogue itself; this would be dangerous in the event that it wanted to threaten executive power. Besides, there are some times more suitable than others for convening the legislative body; therefore it must be the executive power that regulates, in relation to the circumstances it knows, the time of the holding and duration of these assemblies.

If the executive power does not have the right to check the enterprises of the legislative body, the latter will be despotic, for it will wipe out all other powers, since it will be able to give to itself all the power it can imagine.

But the legislative power must not have the reciprocal faculty of checking the executive power. For, as execution has the limits of its own nature, it is useless to restrict it; besides, executive power is always exercised on immediate things. [...]

But if, in a free state, legislative power should not have the right to check executive power, it has the right and should have the faculty to examine the manner in which the laws it has made have been executed.

Le système politique anglais en est un qui tient de la nature d'une monarchie parlementaire.

Le Souverain y est associé, à la fois, aux branches législative et exécutive. Pour ce qui est de sa participation à l'exercice du pouvoir législatif, son implication n'est que mineure.

Blackstone écrivit d'ailleurs que le Souverain n'était associé au Parlement qu'afin de pouvoir

¹⁹ *Ibid.*, à la p. 162.

exercer sa prérogative de rejeter les lois qu'il juge inacceptables²⁰. Il est au contraire le seul détenteur du pouvoir exécutif. Donc, déjà, historiquement, on voit qu'il n'existait, en Angleterre, qu'une division partielle entre les personnes et entités à qui étaient confiés les pouvoirs exécutif et législatif. Par ailleurs, s'il est exact d'affirmer que l'on permettait au Souverain, en tant que détenteur du pouvoir exécutif, d'exercer un certaine forme de contrôle sur le législatif, l'inverse ne l'est pas. Le législatif ne dispose en effet, dans les systèmes politiques de tradition britannique, d'aucun instrument de contrôle direct pouvant lui servir à examiner la façon selon laquelle les lois ont été appliquées. À cet égard, on peut, sans se tromper, affirmer que la Constitution anglaise, à toutes fins utiles, ne reflète pas la théorie avancée par Montesquieu.

En fait, historiquement, la Constitution anglaise, étant donné sa nature, donnait préséance au pouvoir exécutif. De là l'inclusion du Souverain dans l'institution que constitue le Parlement et sa prérogative de rejeter les lois qu'il juge inacceptables. Cette réalité se trouvait également exprimée par l'existence d'autres prérogatives royales conférées au Souverain et qu'il utilisait dans le cadre de l'exercice de son pouvoir exécutif.

Les conventions constitutionnelles aux termes desquelles s'est passablement marginalisé le rôle du Souverain bouleversèrent considérablement le tableau constitutionnel anglais et marginalisèrent encore davantage les incidences de la théorie avancée par Montesquieu. En

²⁰ Sir William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Dawsons of Pall Mall, London, 1966, vol I, à la p. 253.

particulier, le passage des pouvoirs du Souverain à un cabinet formé de personnes élues siégeant au Parlement accentua la prédominance de l'exécutif. Le professeur Phillips explique la substance de ces modifications en ces termes²¹:

The British political system is in form monarchical. But it is a limited or constitutional monarchy, that is to say, the governmental powers which as a matter of legal form are vested in the Queen are in practice exercised according to the laws, customs and conventions of the Constitution; and they are exercised either by the Queen on the advice of her Ministers or by the Ministers in her name. This principle applied both to the Queen's common law («prerogative») powers and to her statutory powers. It is a product of English political history from the seventeenth century, and is secured by means of constitutional conventions.

De là l'émergence du concept que plusieurs auteurs anglais ont qualifié de «Cabinet Government»²². Les pouvoirs jadis exercés par le Souverain le furent dès lors par un Conseil des ministres, c'est-à-dire, comme on le verra plus loin, le gouvernement²³. Avec ce résultat que les pouvoirs exécutif et législatif se retrouvent aujourd'hui entre les mains des mêmes personnes. Dans ces circonstances, d'aucuns ne peuvent prétendre que l'exercice des pouvoirs exécutif et législatif n'est pas interrelié. Les politiques énoncées par les détenteurs du pouvoir exécutif, le cabinet, sont directement mises en oeuvre par le Parlement²⁴:

²¹ O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 24.

²² I. Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1959, aux pp. 1 à 13.

²³ O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 27.

²⁴ S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 38-39.

The political arm of the executive branch of government is recruited from and located within Parliament, and the cabinet is collectively responsible to Parliament in general and the House of Commons in particular. [...]

Because of the structure of modern British political parties, and the operation of the electoral system and certain constitutional rules, the Government in office is normally able to command parliamentary support for the implementation of almost any policy that it is in practice likely to adopt. The Government has indeed to be responsive to parliamentary opinion, as well as to the weight of opinion in the electorate at large, but one must not imagine that it is in any real sense a delegate or agent of Parliament. Parliamentary government is not government by Parliament. The Government governs in and through Parliament. At the same time, it would be erroneous to speak in terms of Cabinet dictatorship. A Government operates within a complex network of constraints, restricting its freedom of manoeuvre.

2. L'immunité de la Couronne à l'égard des lois:

a) instrument de protection de la prédominance de l'exécutif?

Nous nous arrêtons ici à la justification de la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois en droit constitutionnel anglais. La nature du système politique anglais et des rapports qui y existent entre les branches exécutive et législative revêt, à cet égard, une grande importance.

Comme nous le verrons au titre suivant, l'immunité de la Couronne à l'égard des lois est, en Angleterre, depuis toujours, considérée comme une prérogative royale, à savoir un attribut du Souverain. Dans une monarchie parlementaire, les prérogatives royales servent à assurer la prédominance du Souverain. Celles-ci, au même titre que le pouvoir exécutif, passèrent du Souverain au cabinet. Que ce soit comme partie intégrante du Parlement ou comme détenteur du pouvoir exécutif, le Souverain bénéficie d'instruments, les prérogatives royales, lui permettant de protéger sa position privilégiée²⁵. Une étude des commentaires de

²⁵ Sir William Blackstone, *op. cit.*, note 20, à la p. 253. Il y écrit: « [The King] has the prerogative of rejecting such provisions in parliament, as he judges improper to be passed».

Blackstone semble d'ailleurs commander pareille conclusion. Traitant abondamment de la prérogative du Souverain de rejeter les lois qui lui paraissent inacceptables, il ajoute que cette première prérogative doit être associée à une seconde, celle qui énonce le principe de la non-applicabilité des lois à la Couronne²⁶. Pour ce qui est de la justification de ces deux prérogatives, Blackstone la définit en ces termes: «For it would be of most mischievous consequence to the public, if the strength of the executive power were liable to be curtailed without its own express consent»²⁷.

b) une prérogative royale

En Angleterre, la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois a, depuis toujours, été considérée comme faisant partie des prérogatives royales, concept auquel nous nous attarderons plus loin. De tous les auteurs anglais, Blackstone fut évidemment le premier à y aller d'une telle caractérisation. Il précise d'ailleurs que cette prérogative appartient au domaine des prérogatives de droit interne²⁸. De la même manière, Chitty qualifie cette règle de prérogative royale et la définit de la façon suivante :

²⁶ *Ibid.* Toujours à la p. 253, il ajoute le commentaire suivant: «I shall only further remark, that the King is not bound by any act of Parliament, unless he be named therein by special and particular word ».

²⁷ *Ibid.*, aux pp. 253-254.

²⁸ *Ibid.*, à la p. 253.

The general rule clearly is, that though the King may avail himself of the provisions of any Acts of Parliament, he is not bound by such as do not particularly and expressly mention him. [références omises]²⁹

Comme nous l'avons vu précédemment, la Constitution anglaise, bien que non écrite, est fort complexe et compte plusieurs sources. Parmi celles-ci figurent les prérogatives royales. Il paraît donc logique d'affirmer que la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, en tant que prérogative royale, appartient, en Angleterre, au domaine du droit constitutionnel.

Avant de conclure, il nous faut traiter des efforts de certains auteurs anglais contemporains qui, s'autorisant sans doute de la naissance de conventions constitutionnelles, ont tenté de revoir la nature de la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois. S'ils admettent que la règle tenait jadis de la nature d'une prérogative royale, ils affirment qu'il ne s'agit plus dorénavant que d'une simple règle d'interprétation³⁰. Le professeur Phillips va même jusqu'à parler d'une simple présomption³¹.

Bien qu'à première vue fort attrayante, cette approche a le défaut d'accorder une force contraignante, au plan juridique, à des instruments qui n'en ont pas. Cela revient à dire qu'une prérogative royale est tombée en désuétude du fait de l'adoption des conventions constitutionnelles. Or, il est en effet un principe bien établi selon lequel les conventions

²⁹ J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, Joseph Butterworth & Son, London, 1820, 500 p., à la p. 382.

³⁰ S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, à la p. 124 et O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, aux pp. 216-217.

³¹ O. H. Phillips, *op. cit.*, note 7, aux pp. 217-218.

constitutionnelles n'ont aucune force contraignante³². En fait, ces conventions sont généralement ignorées par les titulaires du pouvoir judiciaire. En guise d'exemple, au Canada, la Cour suprême a reconnu cette réalité en au moins deux occasions³³. Elle précisa en outre, comme nous le verrons plus loin, que les conventions constitutionnelles, peu importe l'ampleur de leur renommée, ne peuvent jamais avoir pour effet de modifier la substance d'une règle appartenant au domaine du droit constitutionnel ou, au Canada, énoncée par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'approche proposée par les professeurs de Smith et Phillips revient par ailleurs à affirmer que la prérogative en question a été modifiée ou peut-être même abrogée par le seul écoulement du temps. Ce qui nous paraît inconciliable avec la règle selon laquelle une prérogative ne

³² S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 47 et ss.; O. H. Phillips, *Op.cit.*, note 7, à la p. 25 et A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9, aux pp. 24 et ss. Voir également l'article du professeur Jacques Frémont, *Loc. cit.*, note 12 où on peut lire le passage suivant (à la p. 15) :

Selon le canon officiel, les conventions constitutionnelles constituent des règles de nature constitutionnelle, mais ne possèdent pas un caractère juridique, du moins au sens positiviste traditionnel du mot; il s'agit plutôt de règles *politiques* à caractère *obligatoire*. Cette différenciation entre des règles conventionnelles et des règles juridiques remonte à Dicey qui a distingué les règles juridiques des coutumes, pratiques, maximes et préceptes qui ne sont ni reconnus ni mis en oeuvre par les tribunaux. C'est donc dire - et il s'agit là d'un trait d'une grande importance - que ces règles politiques ne peuvent avoir (en théorie, comme on le verra) pour effet de se transformer en règles constitutionnelles de nature juridique. De nos jours du moins, le principal critère distinguant les règles juridiques des règles conventionnelles est probablement celui de l'incapacité des tribunaux de mettre en oeuvre les premières. On en infère une absence de caractère juridique. Par contre, on le verra, les tribunaux, organes juridiques s'il en est, acceptent relativement facilement de se prononcer sur l'existence de convention constitutionnelles, ce qui a pour effet de brouiller considérablement les choses à l'égard des relations qui peuvent exister entre des règles constitutionnelles «juridiques» et les autres.

³³ Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753 et *Reference re the Power of the Governor-General to Disallow Provincial Legislation and the Power of Reservation of a Lieutenant-Governor of a Province*, [1938] R.C.S. 71.

peut être modifiée ou abrogée que par des termes exprès dans une loi du Parlement, règle que nous étudierons plus loin³⁴.

II. En Australie

A. Une Constitution écrite établissant un État fédéral³⁵

Le *Commonwealth of Australia Constitution Act, 1900*, fut adopté par le Parlement du Royaume-Uni, agissant alors à titre de Parlement impérial³⁶. Comme ce fut le cas pour le Canada, les parlementaires britanniques n'agirent en fait qu'à titre de mandataires des auteurs de la Constitution australienne. La Constitution australienne prévoyait la création d'un État fédéral consistant en une entité centrale, le Commonwealth, comportant six États membres. Aux termes du texte constitutionnel, des pouvoirs exclusifs sont conférés à l'entité centrale. D'autres sont conférés, de façon concurrente, au Commonwealth et aux six États. Enfin, comme dans tout État fédéral, les États disposent d'une autorité exclusive à l'égard des domaines d'activités qui leur sont exclusivement attribués. Comme c'est le cas ici au

³⁴ Voir, à cet égard, *infra*, les notes 183 à 195 et le texte correspondant. On a prétendu, au XVI^{ème} siècle, que le Parlement n'avait pas l'autorité requise pour procéder à l'abrogation ou la modification des prérogatives royales. Cette vision restrictive des pouvoirs du Parlement souverain a toutefois été expressément écartée. Ainsi, il est dorénavant établi que le Parlement a le pouvoir de les abroger ou les modifier.

³⁵ Pour un exposé succinct des caractéristiques essentielles de la Constitution écrite australienne voir W.A. Wynes, *Legislative, Executive and Judicial powers in Australia*, 4^e éd., The Law book Company Ltd., Sydney, 1970, aux pp. 1 et ss.; et S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 21-22.

³⁶ P.H. Lane, *A Manual of Australian Constitutional Law*, 4^e éd., The Law Book Company Ltd., Sydney, 1987, 565 p., aux pp. 5 et ss.; et P. Hanks, *Constitutional Law in Australia*, Butterworths, Sydney, 1991, aux pp. 1-4.

Canada³⁷, la Constitution australienne dispose qu'une loi du Commonwealth valide aura préséance sur toute loi également valide émanant de la législature d'un État. Il existe, cependant, une différence importante entre les Constitutions australienne et canadienne. La Constitution australienne confère en effet aux législatures des différents États les compétences législatives par ailleurs non expressément attribuées à l'un ou l'autre des paliers gouvernementaux³⁸. De façon générale, la Constitution australienne est modelée davantage sur celle des États-Unis d'Amérique que sur celle du Canada³⁹.

B. Le caractère indissociable des branches exécutive et législative

En 1900, l'Australie, comme le Canada en 1867, a hérité d'un système politique qui tient de la nature d'une monarchie parlementaire. Ces pays ont hérité d'un système qui, comme on l'a vu précédemment, accorde préséance au pouvoir exécutif. Les commentaires formulés précédemment à l'égard du système anglais sont applicables, dans une large mesure, à la

³⁷ La doctrine de la prépondérance fédérale tire, au Canada, son origine législative des paragraphes introductif et terminal de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La jurisprudence l'a appliquée de façon constante. Voir, par exemple, les arrêts suivants: *L'Affaire des cessions volontaires*, [1894] A.C. 189; *L'Affaire des prohibitions locales*, [1896] A.C. 348; *A.-G. Canada c. A.-G. British Columbia*, [1930] A.C. 111 et *A.-G. British Columbia c. Smith*, [1967] R.C.S. 702. Voir également les ouvrages des professeurs Hogg, *op. cit.*, note 1, aux pp. 369 et ss, et Brun et Tremblay, *op. cit.*, note 3, à la p. 349.

³⁸ Au Canada, ce pouvoir revient à l'entité centrale, c'est-à-dire au Parlement fédéral. Il en est ainsi en vertu du paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel dispose notamment que: «Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces;». Pour une étude de l'importance et de l'impact de ce pouvoir du Parlement fédéral voir P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1, aux pp. 387 et ss.

³⁹ Voir, par exemple, P.H. Lane, *The Australian Federal System*, 2^e éd., The Law Book Company Ltd., Sydney, 1979, 1297 p., aux pp. 1 et ss.; P.H. Lane, *op. cit.*, note 36, aux pp. 5-6; P. Hanks, *op. cit.*, note 36; S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 21-22 et P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1, à la p. 436.

situation constitutionnelle australienne⁴⁰. Ainsi, le pouvoir exécutif jadis exercé par le Souverain l'est aujourd'hui, et depuis un certain temps déjà, par le conseil des ministres, lequel est, selon les conventions constitutionnelles, habituellement composé de membres élus de l'assemblée législative⁴¹.

En tant qu'accessoire du pouvoir exécutif, les prérogatives royales changèrent également de site. Dans l'ordre fédéral, elles passèrent au Gouverneur général en conseil et, dans l'ordre provincial, au Lieutenant gouverneur en conseil. Ces prérogatives permettent à l'exécutif d'assurer sa prédominance, la prédominance originellement accordée au Souverain. La règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois est l'une d'entre elles et elle est reconnue et appliquée en Australie.

Toutefois, nonobstant ce qui prévaut en Angleterre, les tribunaux ont longuement hésité à qualifier la règle de prérogative royale. Ainsi, en 1903, à l'occasion de l'arrêt *Roberts c. Ahern*⁴², assez curieusement, le juge en chef de l'Australie émit l'opinion que la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois ne faisait probablement pas partie des prérogatives royales⁴³. Il écrit qu'il valait mieux percevoir cette règle comme l'expression

⁴⁰ Voir, généralement, W.A. Wynes, *Op. Cit.*, note 35, à la p. 362 et H.V. Evatt, *The Royal Prerogative*, The Law Book Company Ltd., Sydney, 1987, 282 p.

⁴¹ P.H. Lane, *op. cit.*, note 39, à la p. 217 et P.H. Lane, *op. cit.*, note 36, aux pp. 405 et ss.

⁴² (1903), 1 C.L.R. 406., à la p. 418.

⁴³ Voir, au même effet, l'arrêt *Commonwealth c. New South Wales* (1918), 25 C.L.R. 325, à la p. 39.

du principe selon lequel les lois sont adoptées «for the subjects and not for the Crown»⁴⁴. La règle est, malgré ce qui précède, considérée par les commentateurs comme une «prerogative of immunity or exception»⁴⁵. On précise cependant que, malgré son caractère de prérogative, la règle, de par sa nature, doit être appliquée telle une règle d'interprétation⁴⁶.

III. En droit américain

Une étude du système politique américain, parce qu'il s'agit non pas d'une monarchie parlementaire, mais plutôt d'une forme républicaine de gouvernement⁴⁷, permet d'en apprendre encore davantage quant à la justification de la règle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois en droit canadien.

A. La Constitution américaine ou l'intégration de la théorie de la séparation des pouvoirs

Outre qu'ils optèrent pour un gouvernement de type républicain organisé selon le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire⁴⁸, les constituants américains innovèrent en pavant la voie à l'établissement d'un partage fédéral des compétences⁴⁹.

⁴⁴ *Roberts c. Ahern, supra*, note 42.

⁴⁵ Voir, entre autres, H.V. Evatt, *op. cit.*, note 40, à la p. 42.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Adolphe de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, Librairie du Collège de France, Paris, 1876, 359 p., à la p. 9.

⁴⁸ B. Gibson, *La découverte du régime présidentiel*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, 412 p., à la p. 1.

⁴⁹ Voir de façon générale Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., New-York, 1988.

L'établissement d'un régime politique de cette nature fut en fait le fruit d'un compromis par lequel les constituants cherchaient à favoriser un juste équilibre entre l'autonomie des colonies préexistantes, qui existait depuis longtemps, et l'entité centrale qu'il s'agissait de créer⁵⁰.

Il est prévu, à l'article II de la *Constitution des États-Unis d'Amérique* que le pouvoir exécutif appartient à un dirigeant unique, le Président, élu par le peuple indépendamment des assemblées législatives⁵¹. Selon l'article premier de la *Constitution*, le pouvoir législatif est, quant à lui, conféré au Congrès des États-Unis d'Amérique, lequel se divise en une chambre des représentants et un Sénat, la haute chambre⁵².

Il semble toutefois impossible d'aborder l'étude du système politique et constitutionnel américain sans penser aux enseignements des grands auteurs que furent Locke⁵³ et Montesquieu⁵⁴. La raison en est que les constituants américains, dans une très large mesure, ont tenté de les intégrer dans le texte de la constitution américaine. D'ailleurs, comme on le

⁵⁰ A. de Chambrun, *Op. Cit.*, note 47, à la p. 10.

⁵¹ Voir, généralement, L.W. Keonig, *The Chief Executive*, 2^e éd., Harcourt, Brace & World Inc., New-York, 1968, 466 p.

⁵² S. Horn, *The Cabinet and Congress*, Columbia University Press, New-York, 1960, 310 p.; W. E. Binkley, *President and Congress*, 3^e éd., Vintange Books, New-York, 1962, 404 p.; Harold J. Laski, *The American Presidency and Interpretation*, George Allen & Unwin Ltd., London, 1952; et Laurence H. Tribe, *Op. Cit.*, note 49.

⁵³ J. Locke, *Op. Cit.*, note 15.

⁵⁴ Montesquieu, *Op. Cit.*, note 16.

verra plus loin, c'est dans leur formulation la plus stricte qu'ils furent intégrés. Ainsi, selon un auteur, la pensée des constituants aurait été la suivante⁵⁵:

...unir les trois pouvoirs de manière à ce que chacun d'entre eux exerçât un contrôle constitutionnel sur les autres. En même temps, ils allaient se trouver combinés de telle sorte que ni la puissance législative, ni l'Exécutif, ni le corps judiciaire ne devrait prendre d'ascendant marqué.

Comme l'écrivit plus récemment le professeur Corwin⁵⁶, au moment où fut écrite la Constitution américaine, il existait une croyance populaire, laquelle n'était pas inconnue des constituants, selon laquelle «the executive magistracy was the natural enemy, the legislative assembly the natural friend of liberty». Cette croyance était largement attribuable au fait que, dans les colonies, les membres des assemblées législatives étaient élus par les colons eux-mêmes. Le gouverneur et les juges leur étaient au contraire imposés par la métropole. Le professeur Binkley exprime une opinion similaire⁵⁷:

A consequence of colonial experience was the conviction that political power, particularly executive power, is so dangerous that it must be checked with power. Early Americans would have reached this conclusion if they had never heard of Montesquieu but, if philosophy is to provide us good reasons for what we want to do anyhow, then *The Spirit of the Laws* was made to order for the Founding Fathers. Suffice it to say that a deep-seated suspicion that implicit tyranny lurks in the executive office was planted early and persists to this very day in the American tradition, complicating the problem of integrating the determination of public policy with its execution.

How to adjust the relationship of the Executive to the legislature was an old American problem when the Fathers convened at Philadelphia in 1787.

⁵⁵ A. de Chambrun, *Op. Cit.*, note 47, à la p. 56.

⁵⁶ Edward Corwin, *The President: Office and Powers*, 3^e éd., New York University Press, New-York, 1948, à la p. 4.

⁵⁷ W.E. Binkley, *Op. Cit.*, note 52, aux pp. 4-5.

Transcende donc le texte de la Constitution américaine, cette profonde crainte des excès et injustices qu'est susceptible de générer l'exercer abusif du pouvoir exécutif. La Constitution américaine confère donc au Congrès de nombreux pouvoirs servant à baliser l'exercice par le Président du pouvoir exécutif, pouvoirs qu'elle confère tantôt au Sénat et tantôt à la chambre des représentants. Le détenteur du pouvoir exécutif, le Président, dispose également de pouvoirs afin de protéger son autonomie quant aux sujets à l'égard desquels il a autorité, voire son indépendance vis-à-vis des titulaires du pouvoir législatif. Toutefois, pour les raisons évoquées plus haut, ceux-ci sont beaucoup moins importants. Il ne nous appartient pas, dans le cadre de la présente étude, d'y aller d'une analyse exhaustive de ces outils de contrôle mutuel⁵⁸. Aussi, nous nous contenterons de renvoyer aux plus importants.

Certes, les constituants américains ont reconnu qu'il était nécessaire sinon essentiel de diviser le pouvoir entre les différentes branches du gouvernement. Aux États-Unis, cette première réalité se reflète par le fait que le Président et son cabinet ne peuvent être membre du Congrès, qu'il s'agisse du Sénat ou de la Chambre des représentants⁵⁹. Les membres du cabinet sont même privés du droit de s'y présenter pour y faire des représentations quant aux politiques présidentielles⁶⁰.

⁵⁸ Voir, généralement, Laurence H. Tribe, *Op. Cit.*, note 49; et S.A. de Smith, *Op. Cit.*, note 7, aux pp. 41 et 42.

⁵⁹ Harold J. Laski, *Op. Cit.*, note 52, aux pp. 79 et ss.

⁶⁰ S. Horn, *Op. Cit.*, note 52, aux pp 176 et ss.

Les constituants américains se sont en outre efforcés de mettre en place une structure de contrôle mutuel. Nous verrons toutefois que les réticences historiques face au pouvoir exécutif sont venues teinter la réciprocité de cette situation de contrôle mutuel. Le président dispose d'un droit de veto⁶¹ qui, bien que fort limité dans sa portée⁶², lui permet de ralentir et, dans des circonstances exceptionnelles seulement, de freiner les efforts législatifs du Congrès. Il ne peut cependant pas dissoudre le Congrès. Il n'a pas besoin de la majorité au Congrès mais celui-ci peut néanmoins, pour certaines raisons expressément énumérées, voter sa destitution⁶³. Le Président choisit les juges de nomination fédérale, mais ses choix doivent être confirmés par le Sénat⁶⁴.

⁶¹ Le texte du paragraphe pertinent de la Constitution américaine se lit comme suit (Article I, rubrique 7, paragraphe 2):

[2] Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it becomes a Law, be presented to the President of the United States; if he approves, he shall sign it, but, if not he shall return it, with his Objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it. If after such Reconsideration, two thirds of that House shall agree to pass the Bill, it shall be sent together with the Objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two thirds of that House, it shall become a Law. But in all such Cases the Votes of both Houses shall be determined by Yeas and Nays, and the names of the Persons voting for and against the Bill shall be entered on the Journal of each House respectively. If any Bill shall not be returned by the President within ten Days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the Same shall be a Law, in like Manner as if he had signed it, unless the Congress by their adjournment prevents its return in which Case it shall not be a Law.

⁶² A. de Chambrun, *Op. Cit.*, note 47, aux pp. 114 et ss.

⁶³ Voir le texte des Articles I (rubrique 2, paragraphes 6 et 7) et II (rubrique 1, paragraphe 6, et rubrique 4) de la Constitution américaine. Voir également, Raoul Berger, *Impeachment: the Constitutional Problems*, Harvard University Press, Cambridge, 1973.

⁶⁴ Voir le texte de l'Article II (rubrique 2, paragraphe 2) de la Constitution américaine.

B. Le rejet des privilèges exécutifs

Aux États-Unis, on a réclamé, pour le Président, au nom de la protection de la séparation des pouvoirs et donc de la protection de son indépendance vis-à-vis des détenteurs du pouvoir législatif, le droit de refuser de divulguer à ces derniers certains éléments d'information⁶⁵. Les questions qui entourent la légitimité de cette demande, bien qu'elles aient été originellement discutées au XIX^{ème} siècle, le furent davantage tout récemment. On présente aujourd'hui ce droit comme un «privilège exécutif»⁶⁶, concept que l'on peut assimiler à un autre, bien connu celui-là dans les systèmes politiques de tradition britannique, celui des prérogatives royales.

L'existence, en droit constitutionnel américain, de tels privilèges n'a jamais été décidée par les tribunaux. S'opposent, à cet égard, différentes thèses, lesquelles reposent, notamment, sur des conceptions distinctes, d'une part, de la Constitution américaine et, d'autre part, de la substance de la théorie de la séparation des pouvoirs. Il n'est pas de notre intention d'étudier ici exhaustivement la teneur de ces thèses. Qu'il nous suffise de dire que les auteurs américains, pour la plupart, se refusent, à ce jour, à reconnaître la légitimité des privilèges réclamés pour le Président⁶⁷. Les positions prises par la Cour suprême des États-Unis à l'égard

⁶⁵ Voir, généralement, Raoul Berger, *Executive Privilege: a Constitutional Myth*, Harvard University Press, Cambridge, 1974, 430 p.

⁶⁶ L'expression doit son origine à une opinion juridique signée en 1958 par le procureur général des États-Unis, M. William P. Rogers. Elle fut utilisée, pour la première fois, dans une décision judiciaire, à l'occasion de l'affaire *Kaiser Aluminium & Chem Co. c. United States* (1958), 157 F. Supp. 939, 943 (Ct. Cl.).

⁶⁷ Raoul Berger, *Op. Cit.*, note 65. Voir également Robert Dahl, *Congress and Foreign Policy*, New York University Press, New-York, 1950 et Raoul Berger, «Executive Privilege v. Congressional Inquiry» (1965), 13 U.C.L.A. Law Review 106.

de questions connexes donnent d'ailleurs à croire que cette conclusion est partagée par les détenteurs de pouvoirs judiciaires⁶⁸.

Les objections à la reconnaissance de privilèges dits exécutifs se fondent, dans une large mesure, sur le droit du public à l'information⁶⁹. Par sa divulgation au Congrès, l'information devient, à tout le moins théoriquement, sujette à l'opinion publique. D'autre part, le texte de la Constitution américaine, lequel, faut-il le rappeler, favorise le législatif au détriment de l'exécutif, n'appuie aucunement la reconnaissance des privilèges en cause. Le système politique et constitutionnel américain est fondé sur la primauté des lois dont l'exécutif, c'est-à-dire le Président, n'est chargé que de l'application. Il est d'ailleurs, dans l'exercice de cette dernière fonction, sujet au contrôle du législatif⁷⁰. Ultimement, les détenteurs du pouvoir législatif sont constitutionnellement chargés de voir à ce que les lois soient bien appliquées par le Président et son cabinet. Or, semble essentielle pour l'exercice de cette fonction de contrôle, la divulgation par l'exécutif de l'information pertinente.

⁶⁸ Voir, entre autres, les célèbres arrêts *McGrain c. Daugherty*, 273 U.S. 135 (1927) et *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) où furent affirmés la préséance et le rôle régulateur du législatif.

⁶⁹ Raoul Berger, *Op. Cit.*, note 65, aux pp. 342 et ss.

⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 3. Il y écrit:

..., the Constitution contemplates executive accountability to Congress, as the Article II, S. 3 provision that the President «shall take care that the laws be faithfully executed» alone should show. Who has a more legitimate interest in inquiring whether a law has been faithfully executed than the lawmaker?

Ainsi, il ressort de ce qui précède qu'aux États-Unis, contrairement à ce qui prévaut dans les systèmes de tradition britannique, la position de l'exécutif est, en quelque sorte, subordonnée à celle du législatif. C'est cette position subordonnée qui commande le rejet du concept des privilèges exécutifs. Par ailleurs, pour les mêmes raisons, il est certain que la Constitution américaine n'accorde à l'exécutif, c'est-à-dire le Président et son cabinet, aucune protection contre de possibles interventions législatives.

IV. En Nouvelle-Zélande

A. Une Constitution non écrite

Au même titre que l'Angleterre, la Nouvelle-Zélande ne connaît aucune constitution écrite au sens d'un document formel qui ne peut être modifié qu'à l'issue d'une procédure spéciale et exceptionnelle⁷¹. Les circonstances ayant conduit à ce constat de l'inexistence d'une constitution écrite sont toutefois fort complexes. Tout comme l'Australie et le Canada, la Nouvelle-Zélande s'était, à l'origine, vue imposer par le Parlement impérial, le Parlement britannique, une loi établissant une entité centrale ainsi que six provinces. Des compétences législatives furent conférées à ces provinces, mais aucune d'entre elles n'était exclusive et il fut décrété que les lois adoptées par l'entité centrale, le Parlement, auraient, en tout état de cause, préséance sur celles des provinces⁷². C'est là ce qui fit dire aux commentateurs que,

⁷¹ S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, à la p. 28. Voir également O. H. Phillips, *op. cit.*, note 7.

⁷² J.L. Robson, *The British Commonwealth: the Development of its Laws and Constitutions*, vol. IV (Nouvelle-Zélande), 2^e éd., Stevens & Sons, London, 1967, 532 p., à la p. 7.

malgré ses apparences de régime fédéral, le régime néo-zélandais n'en était pas un⁷³. Certes, on retrouvait à première vue dans cette loi impériale, le *New Zealand Constitution Act, 1852*, tous les éléments qui se retrouvent normalement dans une loi qui tient de la nature d'une Constitution écrite. Une étude attentive du texte de cette loi permet toutefois de découvrir que, contrairement aux Parlements australiens et canadiens, le Parlement néo-zélandais s'était vu confier la faculté d'en modifier la substance⁷⁴. En particulier, lui fut conféré le pouvoir de légiférer, d'une part, quant à la composition du Parlement et, d'autre part, quant à la structure et l'existence des provinces⁷⁵. En 1875, s'autorisant de ce pouvoir, le Parlement procéda à l'abolition du système des provinces. Avec ce résultat que, assez rapidement, on cessa de référer à la loi impériale de 1852 comme à la Constitution écrite du pays⁷⁶.

⁷³ *Ibid.* Le professeur Robson s'exprime en ces termes (à la p. 7):

Each province was to have an elected Superintendent and an Elected Council. The system has often been described as federal, but it was not genuinely federal as the provincial governments had no sphere of exclusive jurisdiction. The central government had a sphere of exclusive jurisdiction, and the Act provided that in the sphere of concurrent jurisdiction central enactments were to control and supersede provincial enactments. This alone meant that the system was not federal. In addition, the central government had other powers of interfering in the management of provincial affairs; and in the process of amending the Constitution no part was played by the provincial governments or the provincial electorates or by any provinces' house in the central legislature.

⁷⁴ K.J. Scott, *The New Zealand Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1962, 188 p., à la p. 5.

⁷⁵ Voir les articles 65, 67, 68 et 69 du *New-Zealand Constitution Act, 1852*.

⁷⁶ K.J. Scott, *op. cit.*, note 74. À la p. 6, il précise ce qui suit:

It is not easy to say at what point of time the term «Constitution» cease to be appropriate for this document [*New Zealand Constitution Act, 1852*], or even whether it has yet ceased to be appropriate. So far as diminution in content is concerned an appropriate time might have been 1875 (when the legislation abolishing the provinces was enacted); so far as diminution in degree of legal sanctity is concerned; the constitutional legislation of 1947 could be regarded as the turning point. Perhaps it was premature to drop the term about 1860. Probably the reason why this was done was that the Act's contents had declined appreciably when its provisions regarding election to the House of Representatives were replaced by New-Zealand legislation in 1858, and that the

En 1947, par une seconde loi, le *New-Zealand Constitution (Amendment) Act*, le Parlement britannique, agissant pour la dernière fois à titre de Parlement impérial, conféra au Parlement néo-zélandais les pleins pouvoirs quant à la modification de la Constitution du pays. Bien que complètement émancipée au plan international, la Nouvelle-Zélande décida non pas d'opter pour une nouvelle forme de gouvernement mais plutôt d'améliorer le système de monarchie parlementaire déjà en place. Ce qui fut fait par l'adoption du *Electoral Act, 1956*, une loi qui compte plusieurs des attributs habituels d'une Constitution écrite, mais que l'on hésite toujours à qualifier comme telle⁷⁷. Cette loi, en son article 189, prévoit que certaines des dispositions qui y figurent ne peuvent être modifiées que dans le cadre d'une procédure spéciale d'amendement. L'article 189 n'est toutefois pas lui-même protégé contre un amendement, à la suite du vote d'une majorité simple des élus siégeant au Parlement. Étant donné le principe de la souveraineté parlementaire, principe central aux systèmes politiques de tradition britannique et duquel découle l'incapacité pour les élus siégeant au Parlement de lier leurs successeurs, la constitutionnalité de l'article 189, s'il avait été protégé contre un amendement subséquent selon un vote à la majorité simple, aurait été douteuse⁷⁸. L'usage a toutefois pallié certaines des difficultés afférentes à cette situation en consacrant conventionnellement le caractère immuable de l'article 189⁷⁹.

process of amendment of a substantial part of it was made easier in 1857.

⁷⁷ *Ibid.*, aux pp. 8-9.

⁷⁸ A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9, aux pp. 102 et ss.; S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, à la p. 20; et K.J. Scott, *op. cit.*, note 74, aux pp. 10 et ss.

⁷⁹ K.J. Scott, *op. cit.*, note 74, aux pp. 7-9.

Le *Electoral Act, 1956* apparaît donc comme la source la plus importante du droit constitutionnel néo-zélandais. Les lois adoptées par le Parlement britannique, à titre de Parlement impérial, et qui ne furent pas subséquemment abrogées en font également partie⁸⁰. De même, doivent être incluses, certaines des lois adoptées par le Parlement britannique qui appartiennent au domaine du droit constitutionnel anglais. Il faut aussi inclure les lettres patentes par lesquelles la Couronne d'Angleterre a exercé son autorité à l'égard de la Nouvelle-Zélande⁸¹. S'y ajoutent certaines autres lois adoptées par le Parlement néo-zélandais. Enfin, le droit constitutionnel de la Nouvelle-Zélande comprend comme dernières sources les règles de Common law⁸², auxquelles sont associées les prérogatives royales et les décisions judiciaires, et les conventions constitutionnelles⁸³.

B. Le pouvoir exécutif et les prérogatives

Jusqu'en 1917, le représentant de la Couronne d'Angleterre et titulaire du pouvoir exécutif en Nouvelle-Zélande était le Gouverneur⁸⁴. Depuis cette date, une nouvelle fonction a été créée, celle de Gouverneur général⁸⁵. Bien qu'à l'origine conféré au Souverain, le pouvoir exécutif

⁸⁰ *Ibid.*, à la p. 17.

⁸¹ J.L. Robson, *op. cit.*, note 72, aux pp. 1 et ss. Voir également K.J. Scott, *op. cit.*, note 71, à la p. 17.

⁸² K.J. Scott, *op. cit.*, note 74, aux pp. 17 et ss. et aux pp. 69 et ss.

⁸³ *Ibid.*, aux pp. 22 et ss.

⁸⁴ Voir généralement A.E. Currie, *Crown and Subjects*, Legal Publications Ltd., Wellington, 1953, 220 p.

⁸⁵ Voir les *Letters patent of 11 May 1917 constituting the office of Governor-General (as amended by the letters patent of 18 December 1918)*.

passa au Gouverneur général. Toutefois, en Nouvelle-Zélande, comme c'est le cas dans tous les systèmes de tradition britannique, une importante convention constitutionnelle veut que le Gouverneur général agisse de l'avis du Premier ministre et de ses ministres, le cabinet⁸⁶. En termes pratiques, en raison de cette même convention constitutionnelle, le pouvoir exécutif est maintenant du ressort du cabinet, une institution qui est également le produit de conventions constitutionnelles⁸⁷. Il va sans dire que le cabinet dispose des accessoires qui s'y rattachent, notamment les prérogatives royales⁸⁸. Parmi celles-ci, figure la règle selon laquelle la Couronne, sauf exception, n'est pas sujette à l'application des lois. Cette règle, une fois

⁸⁶ K.J. Scott, *op. cit.*, note 74, à la p. 76. Il traite de la teneur de cette convention en ces termes:

One of the most important constitutional conventions is the convention that the Governor-General will accept the advice of a prime minister who has the support of a majority in the House, and the advice of any other minister on any subject coming within the minister's departmental jurisdiction, unless in the latter case he has reason to believe that the advice would not be endorsed by the prime minister. We shall consider later in the chapter four situations where the Governor-General is possibly not bound to accept the advice: (a) where the advice is given by a retiring prime minister and concerns actions to be taken while the office of prime minister is vacant; (b) where the prime minister is clearly not supported by a majority; (c) where the action recommended is unlawful; (d) where the advice is given by a prime minister who, in the opinion of the Governor-General, is intent on subverting the Constitution. In the absence of any of these circumstances the plain rule is that the Governor-General must accept advice. This rule applies to all kinds of advice, including advice that Parliament be dissolved (though this is sometimes denied) and advice on the exercise of the prerogative of mercy (though the Governor-General's instruction still formally require him to give his personal consideration to any Imperial interests that may be affected).

⁸⁷ K.J. Scott, *op. cit.*, note 74, aux pp. 96-97.

⁸⁸ Il y eut, en Nouvelle-Zélande, une certaine controverse quant au pouvoir du Gouverneur et, subséquentement, du Gouverneur général d'exercer les prérogatives royales. On a longtemps mis en doute la légitimité de pareil exercice. La raison en était que les prérogatives royales n'avaient fait l'objet d'aucune délégation expresse au Gouverneur général. Au moment de solutionner cette difficulté, les auteurs néo-zélandais, le professeur Scott entre autres, invoquèrent la décision rendue par le Comité Judiciaire du Conseil Privé dans une affaire émanant du Canada, l'affaire *Bonanza Creek Mining Co. c. The King*, [1916] 1 A.C. 566. Il fut décidé, dans cette dernière affaire, que, nonobstant l'absence de délégation expresse l'habilitant à ce faire, le Lieutenant gouverneur d'une province possède néanmoins le pouvoir de prérogative de prononcer l'incorporation d'une compagnie. S'il est acquis aujourd'hui que l'exercice par le Gouverneur général des prérogatives royales ne pose point problème, il en va de même de la pratique selon laquelle ces mêmes prérogatives sont dorénavant exercées non pas par le Gouverneur général agissant seul mais bien par le Gouverneur général en conseil, c'est-à-dire par le cabinet (voir K.J. Scott, *op. cit.*, note 71, aux pp. 74-75).

adaptée au contexte du droit constitutionnel néo-zélandais, le professeur Currie la définit de la façon suivante⁸⁹:

Statutes in general do not bind the Crown, and the onus of demonstration lies on the party asserting that in a particular case they do. It is inferred that *prima facie* the law made by the Crown with the assent of the Lords and Commons is made for subjects, not for the Crown. In all cases, in the absence of express words, the issue is the presumed intention of the legislature, to be ascertained by the regular rules of judicial interpretation.

Section II L'immunité de la Couronne à l'égard des lois en droit canadien

I. Les définitions

C'est en ayant à l'esprit ce qui prévaut dans ces systèmes de droit étrangers qu'il faut aborder l'étude du principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois en droit canadien. Par ailleurs, dans le cadre de cette démarche, il nous faudra, dans un premier temps, nous arrêter à la définition que doivent recevoir deux des notions centrales à la substance même de la règle.

Les auteurs, comme les décideurs, ont toujours considéré le principe de non-applicabilité des lois comme énonçant une immunité en faveur de la Couronne. Toutefois, ce faisant, on a négligé de s'attarder au sens et à la portée intrinsèque du terme immunité. Aussi, s'il est acquis que la règle bénéficie à la Couronne, étant donné la désuétude de cette expression, laquelle résulte des conventions constitutionnelles, il faut s'interroger quant à son sens et sa portée contemporains. D'autres termes ont d'ailleurs été récemment utilisés et ce, tant par les

⁸⁹ A.E. Currie, *op. cit.*, note 84, à la p. 108.

commentateurs que par le législateur, fédéral et provincial, pour désigner la réalité que représentait jadis le concept de Couronne.

A. Immunité

Au Canada, comme nous l'avons mentionné précédemment, la tendance générale est à référer au principe de la non-applicabilité des lois à la Couronne comme à une règle énonçant une immunité. Ainsi, dans des décisions rendues récemment, la Cour suprême du Canada, traitant de la règle, utilise des expressions telles la doctrine de l'immunité de l'État face à l'application des lois⁹⁰ ou encore, ce qui est plus fréquent, parle de l'immunité dont bénéficie la Couronne⁹¹. Cette nette tendance explique d'ailleurs notre choix terminologique. Quel sens, mais surtout, quelle portée doit-on donner à cette notion? Il faut cependant savoir, au départ, que la réponse à cette question ne constitue, en aucune façon, comme on le verra ci-après, un indice quant à la nature et la source de la règle en droit canadien⁹².

Si, en jurisprudence et en doctrine, le terme immunité est utilisé, c'est sans contredit pour illustrer la forme que prend le principe de non-applicabilité des lois, soit une protection contre de possibles interventions indues de la part du législatif. Ainsi, la Couronne bénéficie d'une

⁹⁰ R. c. *Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551.

⁹¹ Voir, entre autres, les arrêts *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement*, [1988] 2 R.C.S. 1015 et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 50 et ss.

⁹² Voir, par analogie, *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, [1993] 1 R.C.S. 319, aux pp. 342-343.

immunité en ce que la règle, de façon générale, l'exempte de l'application des lois. Cette approche est d'ailleurs conforme à la définition que l'on propose pour le terme immunité:

Immunity. Exemption, as from serving in an office, or performing duties which the law generally requires other citizens to perform; e.g. exemption from paying taxes. Freedom or exemption from penalty, burden or duty. Special privilege.⁹³

La règle prend la forme d'une immunité et, à cet égard, un parallèle intéressant peut être établi avec d'autres principes, également qualifiés d'immunités, et expressément reconnus en droit canadien. On pense ici, notamment, à l'immunité des diplomates⁹⁴, à celle des juges des cours supérieures en matière de responsabilité civile⁹⁵ et, enfin, à celle des parlementaires à l'égard de tout contrôle judiciaire⁹⁶. Il n'est pas moins nécessaire, cependant, d'identifier la nature et la source, en droit canadien, du principe aux termes duquel la Couronne jouit d'une telle immunité, ce que nous ferons plus loin. Ainsi, si comme en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande, la règle tire, au Canada, sa source des prérogatives royales on sera justifié d'en parler, tel que le fit le professeur Evatt en Australie⁹⁷, comme d'une «prerogative of immunity».

⁹³ Henry C. Black, *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., West Publishing Co., St-Paul, Minn., 1990, à la p. 751.

⁹⁴ Voir, généralement, J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3^e éd., Butterworths, Toronto, 1993, 692 p., aux pp. 106-107.

⁹⁵ Voir, à cet égard, les arrêts *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.). Voir également A. Rubenstein, «Liability in Torts of Judicial Officers» (1963-64), 15 U.T. L.J. 317 et G. Pépin, «L'immunité absolue des juges, des cours supérieures et des commissaires-enquêteurs, en matière de responsabilité civile» (1986) 46 R. du B. 220.

⁹⁶ Voir, généralement, l'arrêt *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, *supra*, note 92.

⁹⁷ H.V. Evatt, *op. cit.*, note 40, à la p. 42.

B. La Couronne

1. Les concepts

La *Loi constitutionnelle de 1867* consacre quelques-unes de ses dispositions au pouvoir exécutif. Parmi celles-ci figure l'article 9 qui stipule qu'«à la Reine continueront d'être et sont par les présentes attribués le Gouvernement et les pouvoirs exécutifs du Canada». Toutefois, outre ces quelques dispositions, notre constitution est silencieuse sur la définition et le rôle du pouvoir exécutif au Canada. Il fut un temps où, en Angleterre, le Roi était non seulement le chef du gouvernement mais incarnait également l'État. Très tôt cependant, l'évolution constitutionnelle britannique modifia la pertinence de pareil énoncé.

a) Le Roi et la Couronne

D'aucuns ne contesteront l'importance de la controverse ayant entouré et entourant toujours l'existence de la Couronne, comme entité distincte du Souverain, ayant une personnalité juridique propre. Il fut certes une époque où, en Angleterre, la position majoritaire était à l'effet qu'il existait une identification entre la personne du Roi et l'État ou la nation⁹⁸. Toutefois, en Angleterre, plusieurs auteurs ont depuis affirmé, lorsqu'il leur paraissait opportun de le faire, que la Couronne pouvait personnifier l'État et constituer ainsi une entité juridique

⁹⁸ M.M. Knappen, *Constitutional and Legal History of England*, Archon Books, Hamden, Conn., 1964, 607 p.

distincte de celle du Souverain⁹⁹. Au Canada et au Québec, tel que l'on verra ci-après, la jurisprudence et les auteurs ont émis des opinions similaires de sorte que la pertinence et l'exactitude de l'énoncé selon lequel il existe une identification entre la personne physique du Roi et l'État ou la nation peuvent être remises en doute.

À cet égard, comme le souligne un auteur, avec justesse à notre avis, la question qu'il faut se poser est la suivante : les pouvoirs de l'exécutif fédéral et québécois «sont-ils exercés par une personne morale, corporation publique personnifiant l'État et qui a nom Couronne (ou sa Majesté, [ou gouverneur-général en conseil], ou lieutenant-gouverneur en conseil, ou gouvernement, peu importe) ou bien par la personne physique du Souverain?»¹⁰⁰

Sur cette question, dans une première décision, la Cour suprême du Canada, sous la plume du Juge Pigeon, s'était dit d'avis «que sa Majesté est évidemment une personne physique»¹⁰¹. Les doutes importants qui, au lendemain de cette décision, pouvaient subsister quant à la réelle existence de la Couronne en tant que corporation publique personnifiant l'État furent dissipés, à tout le moins en partie, par le jugement que rendit la Cour suprême dans une

⁹⁹ Voir, notamment, John A. Griffith and Harry Street, *The Principle of Administrative Law*, 5th Ed., Sir Isaac Pitman & Sons Limited, Londres, 1973; Harry Street, *Governmental Liability*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953, à la p. 3; David L. Keir and Frederic H. Lawson, *Cases on Constitutional Law*, 6th Ed., Clarendon Press, Oxford, 1979, aux pp. 72 et 95 et Geoffrey Marshall, *Constitutional Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1971, à la p. 19.

¹⁰⁰ Voir généralement, Andrée Lajoie, *Contrats administratifs : Jalons pour une théorie*, Les Éditions Thémis Inc., 1984, 242 p., aux pp. 24 et suiv.

¹⁰¹ *J.E. Verreault & Fils Ltée c. P.C. du Québec*, [1977] 1 R.C.S., 41, à la p. 47.

affaire subséquente, en l'occurrence l'arrêt *P.G. du Québec c. Labrecque*¹⁰². Dans cette affaire, le Juge Beetz, rendant jugement pour la Cour s'exprima en ces termes¹⁰³ :

«Il importe également de souligner qu'en droit anglo-canadien, le rapport entre un fonctionnaire et son employeur n'est pas, strictement parlant, un rapport avec un être abstrait qui serait l'État: c'est un lien avec une entité relativement plus concrète, la Couronne, qui «personnifie l'État» selon l'expression de Griffith et Street, *The Principle of Administrative Law*, 5e éd., 1973, à la p. 246, mais ne jouit que du pouvoir exécutif: art. 9 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867. La Couronne c'est également le monarque, une personne physique qui, en plus de la prérogative, jouit d'une capacité générale de contracter selon les règles du droit commun. Cette capacité générale de contracter, tout comme la prérogative, est aussi l'un des attributs de la Couronne du chef de la province: *Verreault & Fils c. Le Procureur général du Québec*.»

Est implicitement reconnue dans le passage qui précède, la distinction qui existe entre, d'une part, le Souverain en sa capacité personnelle, la personne physique du Roi et, d'autre part, le Souverain en sa capacité officielle, la Couronne. La confusion résulte, à notre avis, de la terminologie employée par le Juge Beetz. En effet, en droit anglais, l'expression «la Couronne» n'a jamais été utilisée pour désigner la personne physique du Souverain. En fait, en Angleterre, à l'issue d'une longue lutte entre le Roi et le Parlement, laquelle mena, on le sait, à l'amoindrissement des pouvoirs traditionnellement reconnus au premier, on établit une distinction entre le Roi et l'État, de telle sorte que lorsqu'on voulait parler de l'État, on utilisait le terme «The Crown»¹⁰⁴. Cette distinction entre le Roi et la Couronne était très intéressante en ce qu'elle permettait l'utilisation des termes le Roi et la Couronne pour renvoyer à deux

¹⁰² [1980] 2 R.C.S. 1057.

¹⁰³ *Ibid*, à la p. 1082.

¹⁰⁴ Yves Ouellette, *Responsabilité extracontractuelle de l'État fédéral au Canada*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1965, aux pp. 8 à 13.

réalités distinctes, à savoir respectivement au Roi en sa capacité personnelle, c'est-à-dire en son rôle de chef d'État, et le Roi en sa capacité officielle, laquelle était désormais exercée, selon les conventions constitutionnelles, par des ministres responsables devant le Parlement¹⁰⁵. Les pouvoirs originalement exercés par le Roi l'étaient maintenant par la Couronne, une institution qui opère à travers des personnes responsables au niveau politique et qui agissent au nom du Roi¹⁰⁶.

Ainsi, lorsque dans un sens littéral, l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose que la Reine est investie du pouvoir exécutif et du Gouvernement pour le Canada, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de la Reine, ou de son représentant, en sa capacité officielle et donc de la Couronne ou, comme on le verra ci-après, du gouvernement¹⁰⁷. Par ailleurs, si le Gouverneur général n'est que le représentant du Souverain, son statut n'en a pas moins été considérablement modifié par les *Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général*¹⁰⁸ de 1947¹⁰⁹. C'est par cet instrument que la Reine opéra, en faveur de ce dernier, délégation de toutes ses attributions à l'égard du Canada.

¹⁰⁵ Patrice Garant, «Contribution à l'étude du statut juridique de l'administration gouvernementale» (1972) 50 R. du Bar.Can. 50, à la p. 52.

¹⁰⁶ Robert M. Dawson, *The Government of Canada*, 5^e éd. révisée, Toronto Press, Toronto, 1970, 569 p., à la p. 156.

¹⁰⁷ Patrice Garant, *Loc cit.*, note 105, à la p. 53.

¹⁰⁸ *supra*, note 5.

¹⁰⁹ Voir, notamment, J.R. Mallory, *op. cit.*, note 6, aux pp. 20 et ss. et P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1, aux pp. 224-225.

À la lumière de ce qui précède et malgré que la controverse n'ait pas, à ce jour, été définitivement réglée, nous sommes d'avis que la Couronne peut effectivement être considérée comme une corporation publique distincte de la personne physique du Souverain.

b) La Couronne

Nous avons vu au titre précédent qu'il existe, au niveau conceptuel, une distinction importante entre le Roi, c'est-à-dire la personne physique du Souverain, et la Couronne, une corporation publique personnifiant l'État. Le professeur Garant, s'inspirant des enseignements de Dawson¹¹⁰, définit la notion de Couronne de la façon suivante¹¹¹:

L'institution centrale et permanente de notre système politique et gouvernemental est donc la Couronne; alors que les Souverains passent, la Couronne demeure. On peut définir la Couronne comme l'institution qui est investie de l'ensemble des droits et pouvoirs que possède le Souverain [ou son représentant] et qu'il exerce par le canal de l'action collective ou individuelle de ses ministres ou de ses fonctionnaires subalternes.

Cette institution est considérée comme une entité juridique personnalisée, une personne morale, une corporation. Cette corporation est cependant d'un type assez particulier; il s'agit d'une «corporation sole», dont le titulaire unique est le Souverain et dont le patrimoine est constitué par le domaine et les trésors publics. Si nous avons pu constater, il y a un instant, que la Couronne demeure alors que les Souverains passent, c'est que cette corporation jouit d'une succession perpétuelle: son existence légale ne s'éteint pas avec la mort d'un Souverain; lors du décès de son titulaire, l'actif de la corporation passe non pas aux héritiers, mais à son successeur, ceci se comprend aisément si on considère que la Couronne, étant «a sole corporation» est un corps politique constitué spécialement «in right of some office or function». [références omises]

¹¹⁰ Robert M. Dawson, *Op cit.*, note 106.

¹¹¹ Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, à la p. 53.

Au Canada, compte tenu de l'existence de deux ordres de gouvernement distincts et séparés, en l'occurrence les ordres fédéral et provinciaux, l'application de cette notion soulève des questions inconnues du droit anglais dont nous traitons au titre suivant.

c) **Les régimes de nature fédérale**

Nous avons fait état, dans les paragraphes qui précèdent des principes applicables à l'égard du Gouvernement et du pouvoir exécutifs pour le Canada. Toutefois, le Canada étant un État fédéral, il importe de savoir qui est investi du pouvoir exécutif dans les différentes provinces qui en font partie. Dans l'arrêt *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver General of New Brunswick*¹¹², le Comité judiciaire du Conseil Privé se devait de décider si le Lieutenant gouverneur d'une province était le représentant du Gouverneur général ou, au contraire, le représentant direct du Souverain. Il fut jugé que la décision du Gouverneur général en conseil de nommer le Lieutenant gouverneur en était une émanant de la Couronne et que, partant, le Lieutenant gouverneur était autant le représentant de Sa Majesté pour les fins provinciales que le Gouverneur général l'était pour les fins du Dominion¹¹³. Le Lieutenant gouverneur est le représentant direct du Souverain. À ce titre, il est à la tête du gouvernement de la province à l'égard de laquelle il exerce son autorité. Pour cette raison, on dit que l'État provincial est personnifié par la Couronne du chef de la province, le Lieutenant gouverneur. L'expression la Couronne peut, dans ce contexte, être définie de la façon suivante: l'ensemble

¹¹² [1892] A.C. 437.

¹¹³ *J.E. Verreault et Fils Ltée c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 101, à la p. 47.

des droits et pouvoirs que possède le Souverain ou son représentant, en l'occurrence le Lieutenant gouverneur, et que ce dernier exerce par le canal de l'action collective ou individuelle de ses ministres¹¹⁴.

d) L'État

Comme la notion d'État est inconnue en droit public anglais, on considère que la Couronne est la personnification de l'État¹¹⁵. La jurisprudence nous enseigne que, dans un langage juridique contemporain, cette personnification de l'État pour l'exercice du pouvoir exécutif signifie le gouvernement¹¹⁶. Ainsi, dans l'affaire *McArthur c. Regina*¹¹⁷, le juge Thorson exprima l'opinion que, lorsqu'une loi traite de la Couronne, la référence est symbolique et renvoie aux détenteurs du pouvoir exécutif, c'est-à-dire, dans les faits, au gouvernement. On note donc une profonde identité de sens entre, d'une part, les notions de Couronne et de gouvernement et, d'autre part, le concept d'État. C'est fort probablement cette similitude de sens qui inspira l'apparition en droit canadien de ce dernier concept.

¹¹⁴ Patrice Garant, *Loc cit.*, note 105, à la p. 53. Voir également Bora Laskin, *The British Tradition in Canadian Law*, Stevens & Sons, London, 1969, aux pp. 117 et ss.

¹¹⁵ Yves Ouellette, *op. cit.*, note 104, à la p. 8. Pour une étude approfondie du concept d'État voir Andrée Lajoie, «Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées» (1991), 25 R.J.T. 106 et Geneviève Koubi et Raphaël Romi, *État, Constitution, Loi*, Éditions de l'Espace Européen, La Garenne-Coulombes, France, 1991, 222 p.

¹¹⁶ Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, à la p. 54.

¹¹⁷ [1943] Ex.C.R. 77, à la p. 77. Voir également *Wardle v. Manitoba Farm Loans Association and Government of Manitoba*, [1953] 9 W.W.R. 529 (Man.Q.B.), à la p. 546; *City of Quebec c. The Queen* (1894), 24 R.C.S. 420; *The King v. Bradley*, [1941] R.C.S.s 270, *Formea Chemical Ltd. c. Polymer Corp. Ltd.*, [1968] R.C.S. 754.

L'expression est utilisée pour l'une des premières fois à l'occasion de l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*¹¹⁸. Dans la version française de ses motifs par ailleurs rédigés en anglais, la Cour suprême du Canada traite de l'immunité de l'État face à l'application des lois. Une lecture de la version originale anglaise des motifs permet de constater que le terme «État» n'est utilisé qu'à titre d'équivalent français du terme «Crown». Devant la similitude de sens, on opte pour l'expression État qui, d'aucuns ne le contesteront, paraît davantage conforme aux préceptes de la langue française.

L'apparition en droit canadien du terme État, en tant que synonyme des notions similaires de Couronne et de gouvernement, est également attribuable au législateur fédéral. Il faut, à cet égard, s'arrêter à l'historique législatif de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*¹¹⁹. Introduite en 1952, sous le titre abrégé de *Loi sur la responsabilité de la Couronne*¹²⁰, son titre demeura le même jusqu'en 1985¹²¹. En effet, c'est à l'occasion de la révision de 1985, que le titre abrégé de cette Loi fut modifié pour *Loi sur la responsabilité civile de l'État*¹²². Son titre abrégé fut à nouveau modifié pour devenir le titre que l'on connaît maintenant, soit *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux*

¹¹⁸ *supra*, note 90.

¹¹⁹ L.C. 1990, ch. 8, art. 21.

¹²⁰ L.C. 1952-53, ch. 30, art. 1.

¹²¹ Voir, notamment, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 1.

¹²² L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1.

*administratif*¹²³. Cette Loi, en son article 2, propose la définition suivante de la notion d'État : «Sa Majesté du chef du Canada»¹²⁴. Encore ici, cependant, il ne fait aucun doute que l'on renvoie à la Reine en sa qualité officielle, c'est-à-dire à la Couronne. La preuve en est que l'expression «the Crown» fait toujours partie du titre abrégé anglais de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et contentieux administratif*¹²⁵

La notion fut également introduite en droit québécois. Elle le fut par le législateur à l'occasion de l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*¹²⁶. La mention État apparaît en effet à plusieurs endroits dans ce *Code*. Toutefois, à la différence du Parlement fédéral, le législateur québécois emploie, dans la version anglaise, l'équivalent du terme État. Ainsi, apparaît la mention «State». L'inclusion de ces mentions n'est en fait que le fruit d'un effort d'uniformisation avec le langage récemment utilisé par le législateur fédéral.

2. Leur application

De ce qui précède, on peut conclure que l'immunité à l'égard des lois est une protection qui, traditionnellement, bénéficiait au Souverain. Il faut préciser cependant qu'il en jouissait en sa capacité officielle, laquelle a depuis, en raison notamment des conventions constitutionnelles, été confiée à la Couronne, une institution formée de ministres

¹²³ *supra*, note 119.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ L.Q. 1991, ch. 64.

responsables. Par voie de conséquence, la protection bénéficie dorénavant non pas au Souverain mais bien à la Couronne. Il faut toutefois être au fait du caractère interchangeable de cette dernière expression. Ainsi, le juriste ne sera pas surpris de constater qu'elle a été remplacée par d'autres expressions qui, au plan conceptuel, reflètent mieux son sens et sa portée, des expressions telles le gouvernement ou l'État.

Il existe donc à l'heure actuelle, au Canada, un certain consensus quant au sens à donner à l'expression la Couronne. Il n'en demeure pas moins cependant que plusieurs ont réclamé une réforme du droit de la Couronne au Canada¹²⁷ et, notamment, l'abandon de la notion même de Couronne ainsi que de tous les privilèges et immunités qui s'y rattachent¹²⁸. Toutefois, parce qu'il en découlerait un bouleversement profond des assises du droit constitutionnel et administratif canadien, il serait fort surprenant de voir pareille réforme un jour se concrétiser.

II. La source et le statut de la règle : prérogatives et normes constitutionnelles nouvelles

En Australie et en Nouvelle-Zélande, comme en Angleterre, on reconnaît que la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois est issue des prérogatives royales. Aussi, de façon générale, on considère que le temps et la législation n'ont pas, à ce jour, modifié sa

¹²⁷ Law Reform Commission of Canada, *The Legal Status of the Federal Administration*, Working Paper No. 40, Ottawa, 1985. Voir également David Cohen, «Thinking about the State: Law Reform and the Crown» (1986) 24 *Osgoode Hall L.J.* 379.

¹²⁸ David Cohen, *Loc cit.*, note 127.

nature de prérogative. Si, au Canada, comme dans ces juridictions, elle peut également être qualifiée de prérogative royale, alors se posent plusieurs questions. Quelles sont les caractéristiques principales des prérogatives royales? Peuvent-elles être abrogées par l'action du Parlement ou des législatures? Ce ne sont là que quelques unes des questions que nous aborderons. Enfin, étant donné le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'interprétation qui lui fut récemment donnée par la Cour suprême du Canada, on peut se demander si la règle, qu'il s'agisse d'une prérogative royale ou non, ne s'est pas cristallisée de façon à dorénavant former partie intégrante de la Constitution du Canada. Mentionnons, à cet égard que, comme on le verra plus loin, à la lumière des mesures législatives récemment promulguées par les législatures des provinces de la Colombie-Britannique et de l'Île du Prince-Édouard, cette dernière question n'est plus simplement théorique.

A. La source de la règle : les prérogatives

La question de la qualification de la règle, voire l'identification de sa source en droit canadien, en est une fort complexe. Ainsi, devant la complexité de cette question, plusieurs commentateurs se sont montrés réticents à exprimer une opinion arrêtée. Quant à nous, parce qu'une réponse à cette question nous paraît essentielle à la bonne compréhension du sens et de la portée de la règle, nous nous efforcerons de prendre position. Cet exercice aura pour fondement, dans une très large mesure, les indications que nous fournissent les autorités pertinentes.

La doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois a fait l'objet de nombreuses études et décisions judiciaires au cours des dernières années. S'interrogeant quant à la source et la nature de la règle, les auteurs émirent des opinions souvent divergentes. Ainsi, on ne sera pas surpris de constater que la règle, à travers les années, fut qualifiée de prérogative royale¹²⁹, de règle de Common law¹³⁰, de «Common law rule of statutory construction»¹³¹, de règle législative d'interprétation¹³², de règle d'interprétation énonçant une présomption et, parfois même de simple présomption¹³³. Dans ces circonstances, on peut certes déplorer que la Cour suprême du Canada, dans les décisions qu'elle rendit récemment sur le sujet, ait refusé, ou peut-être devrions-nous dire ait négligé, de mettre fin à la controverse. On pourrait, à première vue, affirmer que la Cour suprême, dans ces décisions,

¹²⁹ Voir, entre autres, Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. 3; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Carswell, Toronto, 1992, à la p. 270; Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, aux pp. 71 et ss.; Henri Brun et Guy Tremblay, *op. cit.*, note 3, aux pp. 489-492; Paul Lordon, *La Couronne en droit canadien*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1992, 812 p., à la p. 72, D.J.A. Rutherford, H.L. Molot et P. Dubrule, «The Defence of Crown Immunity in Canada» (1991-92) 3 *Can. Journal of Admin. Law & Practice* 102, à la p. 102.

¹³⁰ François Chevette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1982, aux pp. 226 et ss. et Paul Lordon, *op. cit.*, note 129, à la p. 72.

¹³¹ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, aux pp. 269 et ss.; D.J.A. Rutherford, H.L. Molot et P. Dubrule, *Loc. cit.*, note 129, à la p. 103 et Paul Lordon, *op. cit.*, note 129, à la p. 72.

¹³² Paul Lordon, *op. cit.*, note 129, à la p. 72.

¹³³ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 270. Voir également, Paul Lordon, *op. cit.*, note 129. À la p. 72, il écrit:

Dans certains cas, il est difficile de déterminer si un privilège ou une immunité de l'État est une prérogative, ou résulte simplement d'une loi ou d'une règle ordinaire de la Common law. L'immunité de l'État à l'égard des lois peut être qualifiée de prérogative, de règle d'interprétation de la Common law, ou de règle législative d'interprétation incorporée à l'article 17 de la *Loi d'interprétation*.

S'il est difficile de croire qu'une même immunité puisse légitimement être qualifiée, à la fois, de prérogative et de règle d'interprétation, prévue législativement ou de Common law, il est d'autant plus surprenant de voir que Lordon parle plus loin de cette même immunité comme d'une simple présomption (à la p. 129).

a fourni certaines indications quant à la solution possible, mais nous verrons plus loin que ces prétendues indications, dans les faits, n'en sont pas.

Dans une série de décisions qu'elle rendit au cours des dernières années, les arrêts *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*¹³⁴, *R. c. Ouellette*¹³⁵, *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*¹³⁶, *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*¹³⁷, *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*¹³⁸, *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*¹³⁹ et, enfin, *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministre des transports)*¹⁴⁰, la Cour suprême du Canada, comme les professeurs Chevette et Marx¹⁴¹, parle de la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois comme d'une règle de Common law. Comme nous l'avons mentionné précédemment, on pourrait y voir un indice quant à la qualification de la règle. Tel n'est toutefois pas le cas. La raison en est que les prérogatives royales ont

¹³⁴ [1978] 1 R.C.S. 61.

¹³⁵ [1980] 1 R.C.S. 568.

¹³⁶ *supra*, note 90.

¹³⁷ *supra*, note 91.

¹³⁸ [1989] 2 R.C.S. 225.

¹³⁹ [1989] 2 R.C.S. 318.

¹⁴⁰ *supra*, note 91.

¹⁴¹ François Chevette et Herbert Marx, *op. cit.*, note 130.

toujours été considérées comme appartenant au domaine des règles de Common law¹⁴². Le fait de dire d'une règle qu'elle est issue de la Common law ne constitue donc pas un obstacle à ce qu'elle soit considérée comme une prérogative royale. D'ailleurs, étant donné les importantes différences qui existent entre, d'une part, une simple règle de Common law et, d'autre part, les prérogatives royales, cette distinction n'est pas sans importance. Nous nous attardons plus loin aux caractéristiques des prérogatives royales.

Au Canada, les nombreuses hésitations chez les commentateurs tiennent davantage à la nature de la règle. Eu égard aux enseignements de Blackstone¹⁴³, Chitty¹⁴⁴ et Dicey¹⁴⁵, il paraît difficile de contester que la règle tire sa source des prérogatives jadis reconnues au monarque. Selon des auteurs, leur maintien avait pour prétexte l'efficacité gouvernementale et administrative¹⁴⁶. Il était normal qu'elles bénéficient aux organes venus remplacer entièrement le Souverain¹⁴⁷, c'est-à-dire, tel qu'indiqué précédemment, la Couronne. Ainsi, par convention constitutionnelle, ces pouvoirs furent tous transférés.

¹⁴² Voir, entre autres, Henri Brun et Guy Tremblay, *op. cit.*, note 3, aux pp. 487 et ss.; S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7 et O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7. Le professeur Hogg écrit, quant à lui: «The prerogative is a branch of the common law, because it is the decisions of the courts which have determined its existence and extent» (P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 13). Voir également l'arrêt *Case of Proclamations* (1611) 77 E.R. 1352 (K.B.) auquel réfère le professeur Hogg.

¹⁴³ Sir William Blackstone, *op. cit.*, note 20, aux pp. 230 et ss.

¹⁴⁴ J. Chitty, *op. cit.*, note 29.

¹⁴⁵ A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9.

¹⁴⁶ Henri Brun et Guy Tremblay, *Op. cit.*, note 3, à la p. 256.

¹⁴⁷ *Ibid.*

De prérogative qu'elle était auparavant, la règle peut-elle avoir vu sa nature changer? Se pose à cet égard la difficile question de savoir si les prérogatives royales peuvent être modifiées ou, à l'extrême, abrogées par l'action législative. Nous traitons plus loin de cette possibilité. Abordons, dans un premier temps, la question de l'impact d'une codification législative sur une telle règle. Or, d'une étude des autorités, il ressort que la codification législative d'une règle n'aura pas nécessairement pour effet d'en modifier la nature. On peut, à cet égard, consulter la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario*¹⁴⁸. Traitant de l'impact de la codification du principe qui se trouvait alors énoncé à l'article 16 de la *Loi d'interprétation*¹⁴⁹ du Canada, le juge Taschereau (il était alors juge puîné) reconnaît implicitement qu'elle ne fait que confirmer une règle préexistante¹⁵⁰.

En effet, bien que, contrairement aux juges majoritaires, il émit l'opinion que la loi en cause dans cette affaire, le *Lord's Day Act*¹⁵¹, liait la société mandataire de la Couronne, la Société Radio-Canada, le juge Taschereau se garda de conclure que la codification législative de la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois en avait, de quelque manière que ce soit, modifié la nature¹⁵². Que dire par ailleurs de la décision rendue par la Cour suprême

¹⁴⁸ [1959] R.C.S. 188.

¹⁴⁹ R.S.C. 1952, ch. 158.

¹⁵⁰ *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario*, *supra*, note 148, aux pp. 191-192.

¹⁵¹ R.S.C. 1952, ch. 171.

¹⁵² *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario*, *supra*, note 148, aux pp. 191-192.

dans l'affaire *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*¹⁵³ qui, à cet égard, est encore plus éloquente. La Cour jugea, dans cette affaire, que la codification du principe avait eu pour effet non pas d'écarter la règle de Common law, en l'occurrence une prérogative royale, mais bien de conférer à la Couronne une protection plus étendue¹⁵⁴. Elle précisa en outre que si Sa Majesté du chef de l'Alberta n'était pas visée par la codification fédérale, alors rien ne l'empêchait d'invoquer son immunité en vertu de la Common law, c'est-à-dire sa prérogative¹⁵⁵:

..., la règle de *common law* fait partie de ce qu'il convient d'appeler le droit de la Couronne et constitue un principe historique faisant partie de notre droit en vertu du régime fédéral entré en vigueur en 1867, à l'avantage à la fois de la Couronne du chef du Canada et de la Couronne du chef d'une province. À mon sens, si le gouvernement de l'Alberta ne peut se prévaloir de la protection prévue à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale, il peut à juste titre invoquer le principe de la *common law* énoncé dans l'arrêt *Bombay*.

Comment conclure, dans ces circonstances, que la simple codification de la règle en a affecté la nature? Une autre décision milite indubitablement contre pareil constat. Il s'agit de l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*¹⁵⁶ où le juge Dickson (il était alors juge puîné) précisa que le «Parlement a adopté d'une manière non équivoque le principe que l'État jouit... de l'immunité»¹⁵⁷. Ainsi, nonobstant certaines hésitations jurisprudentielles¹⁵⁸, il semble possible

¹⁵³ *supra*, note 134.

¹⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 75.

¹⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 76 (les notes du juge en chef Laskin, rédigeant pour la majorité).

¹⁵⁶ *supra*, note 90.

¹⁵⁷ *Ibid.*, à la p. 558.

¹⁵⁸ Voir les notes du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Alberta Government telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138, à la p. 281, où il écrit: «À mon avis, compte tenu des affaires *PWA* [l'arrêt *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*] et *Eldorado*, la portée des termes «mentionnée ou prévue» doit s'interpréter

d'affirmer que la codification de la règle, loin d'en modifier la nature, en confirme l'importance¹⁵⁹. C'est là ce que confirme le professeur Garant lorsqu'il écrit¹⁶⁰:

La Couronne bénéficie d'un certain nombre d'autres prérogatives dont voici la plus importante et la plus complexe qui se formule ainsi: «*La Couronne n'est pas liée par un Statut, à moins qu'elle n'y soit spécifiquement nommée*». Cette prérogative est aujourd'hui reprise dans les Lois fédérale et provinciale d'interprétation qui stipulent que nulle prescription ou disposition d'une loi n'atteint de quelque façon les droits de Sa Majesté à moins qu'il n'y soit formellement stipulé que Sa Majesté y est soumise.

S'agissant à l'origine d'une règle appartenant au domaine des prérogatives royales, sa codification législative n'en a pas, à proprement parler, modifié la nature. Elle était et demeure une prérogative. Au Canada, la confusion parmi les auteurs lorsque vient le temps de qualifier la règle est largement attribuable à la façon selon laquelle celle-ci opère. Cette

indépendamment de la règle de Common law supplantée» (Voir également l'arrêt *R. c. M/V Alphonse Desjardins (Le)*, [1994] R.J.Q. 2825 (C.A.). On peut néanmoins s'interroger quant à la force contraignante et la portée véritable de l'opinion émise par le juge en chef. Les arrêts *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, *supra*, note 134, et *Eldorado*, *supra*, note 90, ne peuvent en effet être lus comme ayant établi la supplantation de la règle. Au contraire, la Cour suprême a, dans ces décisions, jugé que la codification avait eu pour effet de conférer à la Couronne une protection plus étendue en écartant l'exception d'implication nécessaire (Voir P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, aux 271-272). Ce qui cependant, en aucune façon, ne constituait un obstacle au maintien de la règle de Common law. La Cour précisant même, dans le premier de ces deux arrêts, sous la plume du juge en chef Laskin, que la règle de Common law pourrait être invoquée à titre subsidiaire. Les règles de Common law, comme les prérogatives royales qui en font partie, ne peuvent d'ailleurs être écartées législativement que par des termes clairs et non ambigus. Voir, à cet égard, les arrêts *Barton and Another v. The Commonwealth of Australia* (1974-75), 131 C.L.R. 477 (High Court of Australia) et *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2. Ainsi, on ne considérera qu'une règle de Common law ou une prérogative royale a été modifiée ou abrogée que si une disposition législative, alors qu'elle confère un pouvoir similaire, y ajoute des conditions d'exercice supplémentaires, ce qui, manifestement, n'est pas le cas ici. Voir, à cet égard, les arrêts *Attorney General v. De Kayser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (C.J.C.P.) et *R. c. Home Secretary; Ex parte Northumbria Police Authority*, [1989] Q.B. 26 (C.A.).

¹⁵⁹ Voir généralement les arrêts *Cushing c. Dupuy* (1880) 5 A.C. 409, aux pp. 419-420, et *Crombie c. The King*, [1923] 2 D.L.R. 542 (C.A.Ont.), à la p. 547 et *Re W.*, [1925] 2 D.L.R. 1177 (C.S.Ont.), à la p. 1179. Le rôle de la loi n'est pas indépendant de la Common law, mais la loi est conçue par rapport à elle. La loi vise en effet, selon le cas, à compléter la Common law, à corriger la Common law ou, simplement, comme en l'espèce, à confirmer la Common law et les prérogatives qu'elle comprend. Voir généralement André Morel, *Source et formation du droit*, éd. rév. avec la collaboration de Jean-Maurice Brisson et de Jean Leclair, Université de Montréal, Faculté de droit, 1992-1993.

¹⁶⁰ Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, à la p. 71.

confusion résulte du fait que la règle, bien qu'elle constitue une prérogative, opère telle une règle d'interprétation énonçant une présomption. Sous-tend en effet la règle, la prémisse que les lois, sauf en des circonstances exceptionnelles, ne s'appliquent pas à la Couronne. Ainsi, qualifier la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois de règle d'interprétation, législative ou de Common law, ou de simple présomption c'est, à notre humble avis, confondre la source même de la règle, il s'agit d'une prérogative, et son sens, c'est-à-dire, en fait, la façon de l'appliquer. La position adoptée par les commentateurs australiens est, à cet égard, hautement pertinente¹⁶¹.

Les prérogatives royales se distinguent des simples règles de Common law et ce, sous plusieurs aspects. Nous nous attardons, dans les paragraphes qui suivent, aux caractéristiques particulières des prérogatives royales.

La notion de prérogative royale a toujours été et est toujours une notion qui soulève nombre de difficultés. Ainsi, le professeur Dicey écrivit à propos des prérogatives qu'il s'agit d'un concept qui a suscité beaucoup plus de perplexité que toute autre expression en droit constitutionnel¹⁶². De la même manière, dans son étude de l'histoire constitutionnelle anglaise, Maitland notait que la plus grande incertitude règne toujours à l'égard des limites

¹⁶¹ H.V. Evatt, *op. cit.*, note 40, à la p. 42.

¹⁶² A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9, à la p. 424.

exactes de la prérogative¹⁶³. Certes, dans ces circonstances, nous n'avons pas la prétention de pouvoir aujourd'hui en cerner exhaustivement la portée. Nous étudierons plutôt quelques-unes des définitions proposées à ce jour par les auteurs et théoriciens du droit. À partir de ces définitions, mais aussi à la lumière d'indications jurisprudentielles, nous passerons en revue ses caractéristiques les plus importantes.

En Angleterre, le premier à proposer une définition de la prérogative fut évidemment Sir William Blackstone. Il le fit dans ses célèbres *Commentaries on the Laws of England*¹⁶⁴. Cette définition proposée par Blackstone, une définition qui, par ailleurs, reçut l'aval de la plupart des auteurs anglais¹⁶⁵, est la suivante¹⁶⁶:

By the word prerogative we usually understand that special pre-eminence, which the King hath, over and above all other persons, and out of the ordinary course of the common law, in right of his legal dignity. It signifies, in its etymology (from *prae* and *rogo*) something that is required or demanded before, or in preference to, all others. And hence it follows, that it must be in its nature singular and eccentric; that it can only be applied to those rights and capacities which the King enjoys alone, in contradistinction to others, and not to those which he enjoys in common with any of his subjects: for if once any one prerogative of the crown could be held in common with the subject, it would cease to be prerogative any longer. And therefore Finch lays it down as a maxim, that the prerogative is that law in case of the King, which is law in no case of the subject.

¹⁶³ F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1968, à la p. 418.

¹⁶⁴ Sir William Blackstone, *op. cit.*, note 20.

¹⁶⁵ J. Chitty, *op. cit.*, note 29, à la p. 4; S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 114-115 et O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 203.

¹⁶⁶ Sir William Blackstone, *Op cit.*, note 20, à la p. 19.

Si cette définition fut, à travers les siècles, généralement acceptée, cela n'empêcha pas certains auteurs d'en formuler de nouvelles, à certains égards différentes. Ce fut le cas du professeur Dicey pour qui les prérogatives royales se définissent comme suit¹⁶⁷:

The prerogative appears to be both historically and as a matter of actual fact nothing else than the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any time is legally left in the hands of the Crown.

La définition proposée par le professeur Dicey a reçu en de nombreuses occasions la consécration des tribunaux¹⁶⁸. C'est par ailleurs la définition qu'ont privilégiée la plupart des commentateurs canadiens, le professeur Hogg entre autres¹⁶⁹. Force est toutefois de constater le caractère incomplet de cette définition. Comme le soulignait le professeur Forest, cette définition a notamment pour défaut d'être confinée au seul aspect «pouvoir» de la prérogative¹⁷⁰:

...la définition proposée est incomplète: en effet, elle ne s'attache qu'à l'aspect «pouvoir» de la prérogative; or, on comprend aussi sous le vocable de prérogatives l'ensemble des privilèges, immunités et droits donc jouit le Souverain, à l'exclusion des sujets, en vertu du *Common law*.

La prérogative est donc constituée d'un ensemble de droits, pouvoirs, privilèges et immunités. Ces expressions expriment ici la forme que prennent les différentes prérogatives. Ainsi,

¹⁶⁷ A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9, à la p. 424.

¹⁶⁸ Voir notamment, *Attorney General c. De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, *supra*, note 158, à la p. 526

¹⁶⁹ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 13.

¹⁷⁰ Réal Forest, «Les prérogatives de la Couronne au Québec: quelques problèmes de définition et de sources» dans *Cahier de la 5^{ème} Conférence des avocats et notaires de la fonction publique du Québec*, Ministère de la justice (Québec), 1983, 26 p., aux pp. 4-5. Voir, au même effet, P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 270 et S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, à la p. 116.

s'agissant d'une prérogative, le principe de la non-applicabilité des lois à la Couronne prend, comme nous l'avons vu ci-avant, la forme d'une immunité. C'est d'ailleurs là ce qui lui a valu l'appellation, en Australie, de «prerogative of immunity or exception»¹⁷¹.

C'est dans ce contexte que le professeur Forest propose une nouvelle définition de la prérogative, laquelle est inspirée, à la fois, des enseignements de Blackstone et de Dicey. Ainsi, les prérogatives royales consisteraient en ce faisceau de droits et pouvoirs, distincts de ceux des citoyens, dont dispose le Souverain en vertu de la Common law¹⁷². Sont implicitement reconnues par cette nouvelle définition les différentes branches de la prérogative, branches que nous étudions dans le paragraphe suivant.

Il faut sans doute préciser, à ce stade-ci, que les prérogatives royales ne sont pas, au niveau strictement théorique et conceptuel, catégorisées selon qu'elles confèrent un droit, un pouvoir, un privilège ou une immunité¹⁷³. Les prérogatives se divisent d'abord en deux catégories: les prérogatives directes et les prérogatives incidentes. Il faut, à cet égard, noter que certains auteurs utilisent plutôt les termes prérogatives personnelles et prérogatives politiques¹⁷⁴, une terminologie qui, comme on le verra, reflète probablement mieux l'essence de cette première classification. Par ailleurs, tel qu'on l'a vu précédemment, les prérogatives sont également

¹⁷¹ H.V. Evatt, *op. cit.*, note 40, à la p. 42.

¹⁷² Réal Forest, *Loc. cit.*, note 170, à la p. 8.

¹⁷³ O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 205.

¹⁷⁴ *Ibid.*

divisées selon qu'elles concernent le droit international ou le droit interne. Cette distinction étant passablement moins importante, nous nous en remettons, à cet égard, à ce qui a été dit précédemment¹⁷⁵.

1. Leur caractère direct ou incident

C'est Blackstone qui, le premier, reconnut les deux axes ou dimensions présentes dans la prérogative¹⁷⁶. Les prérogatives directes ou personnelles sont celles qui sont perçues comme inhérentes à l'autorité royale à une époque donnée¹⁷⁷. Le professeur Forest inclut sous ce titre, les prérogatives suivantes: le roi est à la tête des armées, il est le représentant de l'État dans ses rapports avec l'étranger et il a le pouvoir de déclarer la guerre¹⁷⁸. Pour ce qui est des prérogatives incidentes ou politiques, qui ont certainement plus d'importance pour nos fins, elles sont extérieures à la personne du Souverain et ne constituent en fait que des exceptions établies en faveur de la Couronne contre l'application des règles générales prévues pour le reste de la communauté¹⁷⁹. Fait évidemment partie des prérogatives de ce type, la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois.

¹⁷⁵ *supra*, note 28 et le texte correspondant. Voir également S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 123 et ss.

¹⁷⁶ Sir William Blackstone, *op. cit.*, note 20, aux pp. 232 et ss.

¹⁷⁷ *Ibid.* Blackstone les définit comme suit: «The *direct* are such positive substantial parts of the royal character and authority, as are rooted in spring from the King's political person, considered merely by itself, without reference to any other extrinsic circumstance».

¹⁷⁸ Réal Forest, *Loc. cit.*, note 170, à la p. 6.

¹⁷⁹ Sir William Blackstone, *op. cit.*, note 20, à la p. 233: «But such prerogatives as are *incidental* bear always a relation to something else, distinct from the King's person, and are indeed only exceptions, in favour of the crown, to those general rules that are established for the rest of the community».

2. Leur application obligatoire

Une des caractéristiques essentielles de la prérogative est très certainement son caractère obligatoire. Nous entendons ici l'application obligatoire que doivent recevoir les prérogatives royales lorsque régulièrement et légitimement invoquées. Les prérogatives royales doivent être invoquées puisque, on le verra plus loin, on peut y renoncer et ce, de façon expresse ou même implicite. Il va sans dire que les questions afférentes au caractère obligatoire de la prérogative se posent davantage dans le contexte de prérogatives incidentes et de droit interne. En effet, quoique cela ne soit pas impossible, on conçoit difficilement une situation dans laquelle les tribunaux auraient à se prononcer quant à l'applicabilité de prérogatives directes qui, dans une très large mesure, ont trait au domaine des affaires extérieures.

On dit des prérogatives incidentes et de droit interne qu'elles ont un caractère obligatoire puisqu'une fois qu'ont été établies l'existence, la portée et la forme de la prérogative en cause, les tribunaux se refuseront à examiner les motifs qui ont poussé les autorités compétentes à utiliser ou simplement invoquer la prérogative¹⁸⁰. Les tribunaux ne se prononceront pas quant au bien-fondé de la règle ou quant au caractère approprié ou adéquat de la décision de

¹⁸⁰Voir, généralement, S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 116-117.

l'exercer¹⁸¹. Ainsi, une fois légitimement invoquée, le caractère obligatoire de la prérogative se concrétise en une obligation pour les détenteurs du pouvoir judiciaire de lui donner effet¹⁸².

À la lumière de ce qui précède, on s'est demandé si la prérogative pouvait être modifiée, ou même abrogée, par l'action du Parlement et, au Canada, par celle des législatures provinciales. Sont alors directement confrontés le principe de la souveraineté ou suprématie parlementaire et l'importance des prérogatives royales dans un régime de monarchie parlementaire. C'est à ce conflit que nous nous attardons au paragraphe qui suit.

3. Leur abrogation et modification

Dans le cadre de la présente étude, la possibilité qu'une intervention législative puisse modifier ou même abroger la prérogative revêt une importance particulière. Les législatures des provinces de la Colombie-Britannique et de l'Île du Prince Édouard ont en effet adopté des dispositions dont l'effet immédiat est l'abrogation de la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois. Le paragraphe 14(1) du *Interpretation Act*¹⁸³ de la Colombie-Britannique

¹⁸¹ Voir les arrêts suivants auxquels réfère le professeur de Smith: *R. v. Allen*, (1862) 1 B. & S. 850; *Engelke v. Musmann*, [1928] A.C. 433 et *Chandler v. D.P.P.*, [1964] A.C. 763.

¹⁸² Voir, notamment, P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, aux pp. 15-16. On peut y lire le passage suivant:

The courts will determine whether a prerogative power that is asserted by the Crown does in fact exist, and, if it does exist, what are its limits and whether any restrictions on the power have been complied with. The courts will also determine whether a prerogative power has been displaced by statute. The Courts will also require, not only that prerogative powers be exercised in conformity with the *Charter of Rights* and other constitutional norms, but also that the administrative-law norms such as the duty of fairness be observed. [références omises]

¹⁸³ R.S.B.C. 1979, ch. 206.

prévoit que «Unless it specifically provides otherwise, an enactment is binding on Her Majesty». De la même manière, le paragraphe 14(1) du *Interpretation Act*¹⁸⁴ de l'Île du Prince Édouard dispose que «Unless an Act otherwise specifically provides, every Act and every Regulation made thereunder, is binding on Her Majesty».

Comme l'explique le professeur Dicey, l'idée que la prérogative était, somme toute, à l'abri de toute intervention législative est attribuable à des auteurs du XVI^{ème} siècle, tels que Bacon¹⁸⁵, qui préconisaient une augmentation de l'autorité conférée au Souverain sous le titre de la prérogative¹⁸⁶:

Doctrines have at times been maintained which went very near to denying the right of Parliament to touch the Prerogative.

In the time of the Stuarts the doctrine was maintained, not only by the King, but the lawyers and statesmen who, like Bacon, favoured the increase of royal authority, that the Crown possessed under the name of «prerogative» a reserve, so to speak, of wide and indefinite rights and powers, and that this prerogative or residue of sovereign power was superior to the ordinary law of the land. This doctrine combined with the deduction from it that the Crown could suspend the operation of statutes, or at any rate grant dispensation from obedience to them, certainly suggested the notion that the high powers of the prerogative were to a certain extent beyond the reach of Parliamentary enactment. [références omises]

Il se trouvait en Angleterre de nombreux opposants à cette approche. Elle fut ainsi, au XVII^{ème} siècle, l'objet de nombreuses luttes entre, d'une part, les Stuarts, et d'autre part, les

¹⁸⁴ R.S.P.E.I. 1988, ch. I-8.

¹⁸⁵ Voir, généralement, Francis Bacon, *The Works of Francis Bacon*, préparé sous la direction de James Spedding, Robert Leslie Ellis et Douglas Denon Heath, Brown and Taggard, Boston, 1861.

¹⁸⁶ A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9, aux pp. 63-64.

parlementaires auxquels s'étaient alliés les common lawyers¹⁸⁷. Ces luttes, on le sait, se soldèrent par la défaite complète des Stuarts et ce, à l'issue de la révolution de 1688¹⁸⁸. Il fut dès ce moment établi que le Souverain ne jouissait d'aucune prérogative qui ne pouvait être abrogée ou modifiée par le Parlement¹⁸⁹.

Les situations dans lesquelles on sera justifié de conclure à la modification ou à l'abrogation d'une prérogative par le Parlement sont toutefois peu nombreuses. On exige en effet que pareille modification ou abrogation soit introduite au moyen de termes clairs et non ambigus. Ainsi, dans l'arrêt *Barton c. The Commonwealth of Australia*¹⁹⁰, la Haute Cour de l'Australie précise que «...the rule that the prerogative of the Crown is not displaced except by a clear and unambiguous provision is extremely strong»¹⁹¹. En droit criminel canadien, ce principe fut implicitement confirmé par la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'arrêt *Colet c. La Reine*¹⁹².

¹⁸⁷ Réal Forest, *Loc. cit.*, note 170, à la p. 7

¹⁸⁸ *Ibid.*, aux pp. 7-8. Voir également F.W. Maitland, *op. cit.*, note 163.

¹⁸⁹ Voir, entre autres, Réal Forest, *Loc. cit.*, note 170, à la p. 8; A.V. Dicey, *op. cit.*, note 9, à la p. 64; S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 122 et ss.; O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 208, P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, aux pp. 14-15.

¹⁹⁰ *supra*, note 158.

¹⁹¹ *Ibid.*, à la p. 488.

¹⁹² *supra*, note 158.

De manière générale, on considérera qu'une prérogative a été modifiée ou abrogée législativement si la loi, alors qu'elle attribue un pouvoir ou confère une protection similaire ou identique à celui ou celle qui découle de la prérogative royale, en assujettit l'exercice ou le bénéfice à des conditions supplémentaires¹⁹³. Dans ces circonstances seulement, on sera justifié de conclure que la prérogative a été abrogée. À notre avis, compte tenu de ce qui précède, les changements introduits récemment par les législatures des provinces de la Colombie-Britannique¹⁹⁴ et de l'Île du Prince Édouard¹⁹⁵ sont de la nature de ceux qui pourraient permettre de conclure à l'abrogation de la prérogative.

B. Le statut de la règle : sa possible constitutionnalisation

Si, du point de vue du Common law, il est loisible au Parlement ou encore à une législature provinciale d'écarter législativement une règle qui, comme la doctrine l'immunité de la Couronne face à l'application des lois, appartient au domaine des prérogatives royales, il faut, au Canada, étant donné la *Loi constitutionnelle 1867*, pousser l'analyse à une étape

¹⁹³ Voir *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, *supra*, note 158, à la p. 526:

Inasmuch as the Crown is a party to every Act of Parliament it is logical enough to consider that when the Act deals with something which before the Act could be effected by the prerogative, and specifically empowers the Crown to do the same thing, but subject to conditions, the Crown assents to that, and by that Act, to the prerogative being curtailed. [nous soulignons]

Voir également *R. v. Secretary of State for the Home Department; Ex Parte Northumbria Police Authority*, *supra*, note 158. Il existe un débat quant à la question de savoir si l'abrogation de la loi par laquelle fut écartée la prérogative a pour effet de faire renaître cette dernière. La plupart des auteurs s'accordent toutefois pour dire que l'abrogation de la loi entraîne la réapparition de la prérogative. Voir, à cet égard, S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 122-123 et O.H. Phillips, *op. cit.*, note 7, à la p. 208.

¹⁹⁴ *supra*, note 183.

¹⁹⁵ *supra*, note 184.

supplémentaire. Ce sont les décisions rendues récemment par la Cour suprême du Canada dans les affaires *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*¹⁹⁶ et *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*¹⁹⁷ et l'interprétation qui y fut donnée du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui rendent nécessaire ce questionnement. Dans la première de ces deux affaires, la Cour prononça la constitutionnalisation des privilèges parlementaires, privilèges par ailleurs non expressément mentionnés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. De même, dans la *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*¹⁹⁸, la Cour émit l'opinion que l'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce faisant, comme nous le verrons plus loin, la Cour favorisa une interprétation large et libérale des dispositions du paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁹⁹.

Si le même raisonnement peut être appliqué à l'égard du principe de non-applicabilité des lois, alors cette règle, s'étant cristallisée en une norme de nature constitutionnelle, ne pourrait valablement faire l'objet de modifications législatives. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose en effet que la «Constitution du Canada» est la «loi suprême

¹⁹⁶ *supra*, note 92.

¹⁹⁷ [1997] 3 R.C.S. 1.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), c. 11 (R.-U.) (ci-après la «*Loi constitutionnelle de 1982*») et entrée en vigueur le 17 avril 1982. Voir, quant à la portée du paragraphe 52(2), P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1, aux pp. 7-9.

du Canada» et qu' elle «rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». C'est de ce sujet donc nous traitons dans les paragraphes qui suivent.

1. Les coutumes, usages et conventions en tant que règles de la Constitution canadienne

En deux occasions, la Cour suprême du Canada eut à se prononcer quant à des questions mettant en cause la force contraignante et la possible cristallisation de coutumes, usages et conventions en des règles de droit appartenant au domaine du droit constitutionnel canadien. Dans une première affaire, l'arrêt *Reference re the Power of the Governor-General to Disallow Provincial Legislation and the Power of Reservation of a Lieutenant-Governor of a Province*²⁰⁰, on demanda à la Cour de décider de quatre questions, lesquelles avaient essentiellement pour objet de prétendues limitations ou restrictions imposées aux pouvoirs de désaveu et de réserve du Gouverneur général, dans l'ordre fédéral, et des Lieutenants gouverneurs, à l'égard des provinces, par les coutumes et usages. Devant la Cour, on argumenta que ces coutumes et usages étaient intervenus et avaient modifié la substance desdits pouvoirs tels qu'énoncés par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Rejetant cet argument de façon expéditive, les membres de la Cour précisèrent que les coutumes et usages ne pourront jamais avoir pour effet d'altérer le texte des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁰¹.

²⁰⁰ *supra*, note 33.

²⁰¹ *Ibid.* En l'occurrence, les articles 55, 56, 57, 58 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir, notamment, les notes du juge en chef Duff. À la p. 78, il écrit:

We are not concerned with constitutional usage. We are concerned with questions of law which, we repeat, must be determined by reference to the enactments of the *British North America Acts 1867 to 1930*, the *Statute of Westminster*, and, it might be, to relevant statutes of the Parliament of Canada if there were any.

Voyons maintenant ce qui ressortit du désormais très célèbre *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*²⁰². Il n'est pas de notre intention d'y aller ici d'une étude détaillée de cette décision. Paraissent en effet suffisants à nos fins, certains points bien précis. On prétendit qu'une convention, selon laquelle le consentement des provinces était nécessaire pour que soit déposé devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de modification de la Constitution du Canada qui avait un effet sur les relations fédérales-provinciales, s'était cristallisée en une règle de droit. Cette prétention fut rapidement rejetée par la Cour. Celle-ci déclarant notamment que seule une loi peut entraîner la modification d'une règle conventionnelle en une règle de droit²⁰³. La Cour explicita en outre les raisons pour lesquelles les règles conventionnelles n'ont aucune force contraignante et ne peuvent être appliquées par les tribunaux²⁰⁴.

2. Les modifications constitutionnelles de 1982

Certes, au lendemain de ces deux décisions, il paraissait fort douteux que puissent un jour être incorporées à la Constitution des règles, coutumières, conventionnelles ou même juridiques,

²⁰² *supra*, note 33.

²⁰³ *Ibid.*, à la p. 856. Voir également P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1, aux pp. 23 et ss.

²⁰⁴ *Ibid.*, aux pp. 880-881. Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer écrivirent ce qui suit:

Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. Or, les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles juridiques. Il ne s'agit pas d'un conflit d'un genre qui entraînerait la perpétration d'illégalité. Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être.

par ailleurs non expressément prévues par le texte de la Constitution. En effet, sauf en quelques occasions que nous analysons d'ailleurs au titre suivant, la Cour suprême du Canada n'avait jamais accordé ou, devrions-nous dire, s'était montrée réticente à considérer le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, plus spécifiquement, la phrase qui y figure et selon laquelle les constituants canadiens ont manifesté le désir de former «une union ..., avec une constitution, reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» comme une source du droit constitutionnel substantif.

a) **Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867***

Aussi tôt qu'en 1938, la Cour suprême du Canada émit l'opinion que la *Loi constitutionnelle de 1867*, pourrait, par le truchement de son préambule, garantir certains droits et libertés²⁰⁵, en l'espèce la liberté d'expression politique²⁰⁶. Les bases de la théorie de l'«Implied Bill of Rights», puisque c'est ainsi que l'on y a référé par la suite, ayant été jetées, la Cour suprême y revint à l'occasion de l'arrêt *Saumur c. City of Quebec*²⁰⁷, puis dans la désormais très célèbre affaire *Switzman c. Elbling*²⁰⁸. Ce faisant, comme le souligne un auteur²⁰⁹, le plus haut tribunal canadien tentait, en fait, de solutionner des difficultés que les constituants canadiens

²⁰⁵ Voir, généralement, Andrée Lajoie, «The Implied Bill of Rights, the Charter and the role of the judiciary» (1995) 44 *U.N.-B.L.J.* 337.

²⁰⁶ *Re Alberta Statutes* [1938] R.C.S. 100.

²⁰⁷ [1953] 2 R.C.S. 299.

²⁰⁸ Voir, à cet égard, les notes des juges Rand et Fauteux dans l'arrêt *Switman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

²⁰⁹ Voir Andrée Lajoie, *Loc. cit.*, note 205, aux pp. 339 et ss.

eux-mêmes n'avaient pas prévu ou qui, en réalité, n'étaient pas prévisibles au moment où fut promulguée la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La nature résiduaire de cette théorie, celle de l'«Implied Bill of Rights», mais surtout l'avènement de la *Déclaration canadienne des droits*²¹⁰, en 1961, et, au Québec, en 1976, de la *Charte des droits et libertés de la personne*²¹¹ expliquent sans doute l'inutilisation subséquente des principes formulés jusque-là sous l'égide du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Assez curieusement, tel que l'on le verra ci-après, ce sont deux décisions rendues tout récemment qui donnèrent au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* un nouvel essor, voire même une nouvelle vocation.

b) Le paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

L'introduction de la *Loi constitutionnelle de 1982* fut, on le sait, la cause de nombreux bouleversements en droit constitutionnel canadien. On n'a qu'à penser à son article 52 qui énonce, dans un premier temps, que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada. Il ne faut par ailleurs pas oublier le second paragraphe de ce même article. Il prévoit une liste de documents qu'est censée comprendre la Constitution du Canada. On aurait pu, à première vue, penser que l'inclusion de pareille liste aurait constitué un obstacle insurmontable, un

²¹⁰ La *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée en 1961. Depuis la révision, la *Déclaration* est répertoriée sous L.R.C. (1985), App. 111.

²¹¹ L.R.Q., ch. C-12.

autre, à la constitutionnalisation de toute règle, évidemment non écrite, mais aussi constatée dans un écrit n'y figurant pas. L'histoire démontre toutefois que tel ne fut pas le cas.

Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*²¹², la Cour suprême du Canada prononça la constitutionnalisation des privilèges parlementaires, un principe constaté dans aucun écrit. Tel que le souligne le professeur Hogg, cette décision fut d'autant plus surprenante que le paragraphe 52(2) semblait restreindre l'emploi du terme «Constitution du Canada» aux seuls documents y étant énumérés²¹³. Ainsi, bien que l'on puisse penser que l'intention des constituants était que l'énumération apparaissant au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* soit exhaustive²¹⁴, il faut, comme on le verra au titre suivant, inclure sous le vocable de Constitution du Canada certaines règles non-écrites qui, à la lumière du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doivent y être assimilées²¹⁵. De la même manière, malgré les réticences exprimées à cet égard par le professeur Hogg²¹⁶, il ne faut pas écarter la possibilité que des documents non énumérés soient un jour considérés comme en faisant partie intégrante.

²¹² *supra*, note 92.

²¹³ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1, aux pp. 7-8.

²¹⁴ Voir, toutefois, à ce sujet, l'opinion émise par le professeur Jacques Frémont, *Loc. Cit.*, note 12, à la p. 9.

²¹⁵ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1. Le professeur Hogg écrit, à la p. 7: «Moreover, the Court's decision means that the definition is capable of judicial expansion by virtue of implications from other parts of the Constitution. This raises the possibility of further additions, which destroys the certainty apparently afforded by the list of 30 instruments that is scheduled to s. 52(2)».

²¹⁶ *Ibid.*

La porte ayant été ouverte, la Cour suprême franchit un pas supplémentaire à l'occasion du *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*²¹⁷. La Cour y confirme premièrement le caractère non exhaustif de l'énumération prévue au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹⁸. En confirmant et reconnaissant les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*²¹⁹, le préambule serait «le portail de l'édifice constitutionnel»²²⁰. Avec ce résultat que «les dispositions expresses de la constitution doivent être considérées comme étant l'expression des principes structurels sous-jacents, non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*»²²¹.

On assiste en fait à la matérialisation des risques énormes que laissait présager la décision rendue dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co.*²²². S'ensuit en effet, comme le soulignent avec raison deux auteurs²²³, une véritable révolution de la théorie des sources du droit constitutionnel canadien. Devient ainsi aléatoire et indéterminé le contenu même de la «Constitution du Canada», notre loi suprême.

²¹⁷ *supra*, note 197.

²¹⁸ *Ibid.*, aux pp. 67 et 68.

²¹⁹ *Ibid.*, à la p. 69.

²²⁰ *Ibid.*, à la p. 78.

²²¹ *Ibid.*, à la p. 76.

²²² *supra*, note 92.

²²³ Jean LECLAIR et Yves-Marie MORRISSETTE, «Le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* : une «théorie» constitutionnelle bricolée au service d'une mauvaise décision», article non encore publié, avril 1998, à la p. 2.

c) **La constitutionnalisation des règles non-écrites**

Nous nous attardons ici, premièrement, à la substance de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*²²⁴. Dans cette affaire, la société appelante, New Brunswick Broadcasting Co., cherchait à obtenir l'autorisation de filmer, à l'aide de ses propres caméras, les travaux de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse. L'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse avait, dans l'exercice de ses privilèges parlementaires, interdit l'utilisation de la télévision. Seul était diffusé quotidiennement un compte rendu officiel électronique. Devant la Cour, l'appelante prétendit que, dans l'exercice de ses privilèges parlementaires, l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse avait violé la liberté d'expression que lui garantissait l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²²⁵. Rédigeant pour la majorité, Madame la juge McLachlin conclut en ces termes²²⁶:

À mon avis, la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce, non pas parce qu'un organisme législatif n'est jamais assujéti à la *Charte*, mais parce que l'action en cause est une mesure prise conformément à un droit qui bénéficie d'un statut constitutionnel. Du fait qu'il a un statut constitutionnel, ce droit n'en est pas un qui peut être abrogé par la *Charte*.

Ces droits dont jouissent le Parlement et les législatures provinciales et qui bénéficient d'un statut constitutionnel, ce sont les privilèges parlementaires. Se trouve par ailleurs énoncé le principe de l'égalité des normes constitutionnelles. Entre elles, les normes constitutionnelles

²²⁴ *supra*, note 92. Le jugement de la majorité fut rendu par Madame la juge McLachlin (aux pp. 368 et ss.), à l'opinion de laquelle souscrivirent les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci.

²²⁵ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 199.

²²⁶ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, *supra*, note 92, à la p. 368.

ne feront l'objet d'aucune hiérarchie²²⁷. Mais, important encore davantage, à nos fins, les motifs invoqués pour justifier pour pareille constitutionnalisation, c'est-à-dire les raisons pour lesquelles ces privilèges sont censés faire partie intégrante de la Constitution du Canada²²⁸.

De l'avis de Madame la juge McLachlin, les privilèges en cause doivent bénéficier d'un statut constitutionnel du fait que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* exprime l'intention de mettre en place «une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni»²²⁹. Elle examine tout d'abord l'aspect historique des privilèges parlementaires. À cet égard, elle note²³⁰:

Il est accepté depuis longtemps que, pour exercer leurs fonctions, les organismes législatifs doivent bénéficier de certains privilèges relativement à la conduite de leurs affaires. Il est également accepté depuis longtemps que, pour être efficaces, ces privilèges doivent être détenus d'une façon absolue et constitutionnelle; la branche législative de notre gouvernement doit jouir d'une certaine autonomie à laquelle même la Couronne et les tribunaux ne peuvent porter atteinte. [nous soulignons]

Elle passe ensuite à la dernière étape de son analyse, à savoir l'étude du critère de la nécessité.

À son avis, les organismes législatifs canadiens possèdent des privilèges inhérents qui, parce

²²⁷ *Ibid.*, à la p. 373: «C'est une règle fondamentale, non contestée en l'espèce, qu'une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution». Voir également *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

²²⁸ Voir, *infra*, le sous-titre d) «Les privilèges parlementaires et la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois».

²²⁹ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, *supra*, note 92, aux pp. 373-375.

²³⁰ *Ibid.*, aux pp. 378-379.

qu'ils sont nécessaires à leur bon fonctionnement, font partie intégrante de notre droit fondamental et sont constitutionnels²³¹. Elle précise sa pensée lorsqu'elle écrit²³²:

Les privilèges constitutionnels non écrits inhérents à nos organismes législatifs peuvent-ils, en général, se justifier par la nécessité? En d'autres termes, nos organismes législatifs peuvent-ils bien fonctionner s'ils possèdent seulement les pouvoirs que leur confèrent expressément nos documents constitutionnels écrits? À mon avis, il faut répondre par la négative. Par exemple, le droit constitutionnel non écrit de s'exprimer librement à l'Assemblée sans crainte de poursuites civiles est nettement important.

Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*²³³, la Cour suprême devait trancher quatre pourvois, lesquels soulevaient tous la même question, en l'occurrence la possibilité, pour une législature provinciale, de réduire les traitements accordés aux juges des cours provinciales. Bien que, devant la Cour, les parties n'avaient argumenté que sur la base de l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour estima néanmoins essentiel de poser un jugement global sur les différentes dispositions constitutionnelles expresses dont l'objet était de garantir l'indépendance judiciaire. De l'avis de la Cour, leur champ d'application trop restreint rend nécessaire une analyse du fondement de l'indépendance judiciaire, d'où évidemment l'importance du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

²³¹ *Ibid.*, à la p. 384.

²³² *Ibid.*, à la p. 385.

²³³ *supra*, note 197.

Le Juge en chef Lamer constate premièrement que les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ont pas codifié de manière exhaustive la protection de l'indépendance judiciaire au Québec²³⁴. Toutefois, compte tenu de ses origines historiques au Royaume-uni, l'indépendance de la magistrature serait une norme, non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*²³⁵.

Cette conclusion n'empêcha toutefois pas le juge en chef Lamer de prétendre ensuite disposer du litige sur la seule base des principes énoncés à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, nonobstant cette affirmation, force est de constater, à la lecture de ses motifs, qu'il se prononce quant à la portée du principe de l'indépendance judiciaire sans égard au libellé particulier de l'alinéa 11d)²³⁶. La décision nous paraît laconique également en ce que, outre les origines historiques d'une règle ou d'un principe au Royaume-uni, il n'y est point fait mention des critères applicables en vue de déterminer la constitutionnalisation ou non de règles et de principes par ailleurs non expressément prévus par les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cet égard, à défaut d'indication

²³⁴ *Ibid*, à la p. 76.

²³⁵ *Ibid*, aux pp. 76 à 78.

²³⁶ *Ibid*. Voir à cet égard Jean LECLAIR et Yves-Marie MORRISSETTE, *Loc. Cit.*, note 223, à la p. 4. La protection de l'indépendance de la magistrature reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* comprendrait d'ailleurs le droit des juges des Cours provinciales de ne voir leur rémunération ou leur traitement réduit que sur la foi de recommandation d'un organisme indépendant, efficace et objectif.

contraire, il faut, à notre avis, s'en remettre aux critères proposés par Madame la Juge McLachlin dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*²³⁷, critères que nous avons étudiés précédemment et que nous appliquons ci-après dans le contexte de la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois.

d) **Les privilèges parlementaires et la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois**

Il faut, au départ, noter que les auteurs anglais et, au Canada, le professeur Hogg, n'ont jamais hésité à parler de similitudes qui existent entre, d'une part, les privilèges parlementaires et, d'autre part, les prérogatives royales dont fait partie la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois²³⁸. D'aucuns prétendront qu'il existe entre ces concepts des différences importantes en ce que, notamment, les prérogatives royales peuvent, en droit constitutionnel anglais, être modifiées ou abrogées législativement. Cet argument ne résiste toutefois pas à l'analyse puisque les privilèges parlementaires peuvent également, en Angleterre, en l'absence d'une constitution écrite, être modifiés ou abrogés par l'action du Parlement²³⁹.

²³⁷ *supra*, note 92.

²³⁸ Voir généralement S.A. de Smith, *op. cit.*, note 7, aux pp. 329 et ss. Voir P.W. Hogg, *op. cit.*, note 1, à la p. 11.

²³⁹ *Ibid.*, à la p. 329.

Par ailleurs, s'il est exact que, traditionnellement, les prérogatives royales ont servi à assurer la prédominance du Souverain dans l'exercice, surtout, de son pouvoir exécutif, il n'en demeure pas moins qu'elles servaient du même coup à assurer le principe de la non-applicabilité des lois à la Couronne, en particulier son autonomie vis-à-vis des détenteurs du pouvoir législatif. Or, à cet égard, dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*²⁴⁰, le juge McLachlin, traitant du critère de la nécessité, formule la remarque suivante:

J'ajoute ceci. Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches: la Couronne représentée par le Gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine législatif de compétence de l'autre.

Traditionnellement, chaque branche du gouvernement a joui d'une autonomie dans la façon de conduire ces affaires. [...]. [nous soulignons]

Ce qui paraît revêtir encore plus d'importance, par contre, c'est la reconnaissance, par la Cour suprême du Canada, du fait que la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois a été incorporée dans notre droit de par l'opération de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, dans un passage précité de l'arrêt *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*²⁴¹, le juge en chef Laskin, à l'avis duquel souscrivent une majorité de juges, exprime l'opinion suivante²⁴²:

²⁴⁰ *supra*, note 92, à la p. 389.

²⁴¹ *supra*, note 134.

²⁴² *Ibid.*, à la p. 76.

..., la règle de *common law* fait partie de ce qu'il convient d'appeler le droit de la Couronne et constitue un principe historique faisant partie du droit de notre pays en vertu du régime fédéral entré en vigueur en 1867, à l'avantage à la fois de la Couronne du chef du Canada et de la Couronne du chef d'une province.

Il semble donc exister, à l'heure actuelle, de sérieux arguments en faveur de la constitutionnalisation de la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois. Des arguments qui, s'ils étaient ultimement reçus, compromettraient la constitutionnalité des dispositions législatives récemment adoptées par les législatures de la Colombie Britannique et de l'Île du Prince Édouard. Néanmoins, pour des raisons évidentes qui tiennent à la nature du système politique canadien, il est peu probable que ne voit le jour pareille contestation. Au Canada, les réformes introduites législativement sont celles qui étaient voulues par l'exécutif, c'est-à-dire le gouvernement, institution à laquelle bénéficie l'immunité. Par contre, une contestation pourrait certes survenir dans un contexte interjuridictionnel, avec, cependant, toutes les complications que cela entraînerait²⁴³.

²⁴³

Voir: Seconde Partie, section II, «L'immunité dans un contexte interjuridictionnel».

SECONDE PARTIE: IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE ET INTERJURIDICTIONNELLE

Le second chapitre de notre étude se divise en plusieurs sections. Nous faisons état surtout des tendances qui se dégagent d'une analyse des décisions judiciaires ayant traité de la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois. Il s'agira donc, pour nous, d'identifier la portée exacte de la règle et des exceptions dont elle souffre.

Introduction

La Common law reconnaît, à titre de prérogative royale, une règle suivant laquelle, à moins d'y être incluse en raison d'une mention expresse, la Couronne n'est pas sujette à l'application des lois adoptées par le Parlement souverain. La formulation contemporaine de ce principe, dont l'origine, on l'a vu, remonte aux XV^{ème} siècle, est attribuable à une décision rendue, en 1457. Le juge Ashton y écrivit²⁴⁴: «quant un remedy soit fait pur un statute ce ne serra entendu en contre le roy s'il ne soit pas expressement reherse»²⁴⁵. Ce principe fut réaffirmé en de nombreuses occasions et plus récemment par le Comité Judiciaire du Conseil Privé dans la décision qui fait aujourd'hui autorité, l'arrêt *Province of Bombay v. Municipal Corporation of the City of Bombay*²⁴⁶. Lord Du Parcq s'y exprima en ces termes²⁴⁷:

²⁴⁴ Y.B. 35 H.6, f.62.

²⁴⁵ Voir également H. Street, «The Effect of Statutes upon the Rights and Liabilities of the Crown» (1948), 7 U. of T. Law Journal 357, à la p. 361.

²⁴⁶ [1947] A.C. 58.

²⁴⁷ *Ibid.*, à la p. 61.

The general principle to be applied in considering whether or not the Crown is bound by general words in a statute is not in doubt. The maxim of the law in early times was that no statute bound the Crown unless the Crown was expressly named therein, «Roy n'est lie par ascun statute si il ne soit pas expressement nosme».

Cette règle prend la forme d'une immunité, laquelle bénéficie à la Couronne.

On dit de cette immunité qu'elle est juridictionnelle dans la mesure où elle permet à la Couronne du chef du Canada ou d'une province de fonctionner nonobstant les mesures promulguées par les détenteurs du pouvoir législatif pour la même entité, c'est-à-dire, selon le cas, le Parlement fédéral ou la législature de cette même province. Appliquée dans pareil contexte, un contexte juridictionnel, la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois a, au cours des vingt ou trente dernières années, fait l'objet d'une jurisprudence passablement volumineuse. On pense ici, notamment, à une série de décisions rendues par la Cour suprême du Canada et à laquelle nous nous attarderons tout au long de ce second chapitre.

L'immunité de la Couronne, telle qu'elle existe en Angleterre dans un régime unitaire qui vise une seule Couronne, soulève de nombreuses questions lorsqu'on prétend à son application dans un État fédéral tel l'État canadien. Paraphrasant les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*²⁴⁸, on peut affirmer qu'il s'agit alors de s'interroger, notamment, quant à savoir si la règle bénéficie seulement à la Couronne du chef

²⁴⁸ *supra*, note 138, à la p. 270.

du gouvernement qui légifère ou si, au contraire, elle profite à la Couronne dans toutes ses émanations, fédérale et provinciales. Ainsi, selon McNairn, l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, dans un contexte interjuridictionnel, consiste en une protection, de nature constitutionnelle, dont bénéficient chacun des paliers gouvernementaux, fédéral et provincial, à l'égard des lois promulguées par l'assemblée législative du palier opposé²⁴⁹.

Nous nous arrêtons, dans les pages qui suivent, au principe général de non-applicabilité ainsi qu'aux diverses exceptions qu'il connaît. Ces règles seront d'abord étudiées dans les circonstances dans lesquelles elles ont traditionnellement été invoquées, c'est-à-dire dans un contexte juridictionnel. La question de la transposition de ces notions, lorsque la règle est invoquée dans un contexte interjuridictionnel, sera analysée plus loin.

Il convient de mentionner, au départ, que les commentateurs et la jurisprudence anglaise n'ont jamais mis en doute le pouvoir du Parlement souverain et suprême de rendre une loi applicable à Sa Majesté. Au contraire, il est établi, depuis au moins 1561, que le Souverain,

²⁴⁹ Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. xiii:

...the constitutional freedom which is enjoyed by either level of authority in a federal system from the laws of the other level of authority.

On peut s'interroger quant à la légitimité de l'inclusion de l'adjectif «constitutionnel». En effet, nonobstant l'importante porte que semble avoir ouverte la Cour suprême du Canada à l'occasion des arrêts *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, *supra*, note 92, et *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, *supra*, note 197, il est loin d'être certain que la règle sera un jour censée former partie intégrante de la Constitution du Canada.

n'étant pas au-dessus des lois, est lié par celles d'entre elles qui lui sont applicables²⁵⁰. La question que soulève la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois en est donc une qui, de façon générale²⁵¹, a trait non pas au pouvoir intrinsèque du Parlement de lier la Couronne mais bien à l'applicabilité des lois²⁵².

Section I L'immunité juridictionnelle

A. La portée de la règle²⁵³

Une loi sera jugée applicable à la Couronne à la seule condition d'inclure une mention expresse à l'effet de la lier. Il va de soi qu'un règlement adopté en vertu d'une loi qui n'inclut aucune telle mention, de la même manière, sera jugé inapplicable. Nos tribunaux se sont interrogés quant à la forme que doit prendre cette mention. Par ailleurs, les nombreuses dérogations que connaît le principe ont souvent été commentées. Parmi celles-ci, la plus

²⁵⁰ *Willion v. Berkley* (1561), 75 E.R. 339.

²⁵¹ Au Canada, un État fédéral, la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, appliquée dans un contexte interjuridictionnel, soulève la question particulière du pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada (Voir section II: «L'immunité dans un contexte interjuridictionnel»)

²⁵² P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, aux pp. 270-271.

²⁵³ La présente étude n'a pour objet que l'expression générale du principe. La doctrine peut, dans certaines circonstances, prendre une forme différente. Le lecteur pourra, à cet égard, consulter Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, aux pp. 44-45.

connue est très certainement l'exception d'«implication nécessaire»²⁵⁴. Nous verrons que la règle souffre d'autres exceptions qui, bien que d'une portée beaucoup plus restreinte, s'avéreront, dans certaines circonstances, avoir une grande importance. Toutefois, avant de passer à l'étude de ces questions, il nous faut établir si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure, la doctrine bénéficie aux sociétés mandataires de la Couronne comme elle bénéficie à cette dernière.

1. Ratione personae : les sociétés publiques mandataires de la Couronne («Crown Corporations»)

Les sociétés publiques bénéficient-elles des mêmes privilèges et immunités que la Couronne elle-même?²⁵⁵ Tel qu'en fait foi la jurisprudence, cette question s'est posée, surtout, alors qu'une société de cette nature réclamait une immunité à l'égard de lois ne liant pas la Couronne²⁵⁶. Traditionnellement, on a solutionné cette difficulté en se demandant, premièrement, si la société en question était mandataire de la Couronne²⁵⁷. Dans l'affirmative,

²⁵⁴ Est également utilisée, en jurisprudence et en doctrine, l'expression «exception de déduction nécessaire». Voir, en guise d'exemple, Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, aux pp. 209-215.

²⁵⁵ Pour une étude plus complète de cette question, voir P.W. Hogg, *Liability of the Crown*, 2^e éd., Carswell, Toronto, 1989, aux pp. 247 et ss.

²⁵⁶ Voir, notamment, Katherine Swinton, «Federalism and Provincial Government Immunity» (1979), 29 U. of T. Law Journal 1; D.J.A. Rutherford, H.L. Molot et P. Dubrule, *Loc. cit.*, note 121; Ashor Neudorfer, «Crown Immunity & Crown Agents» (1986), 1 Admin. L.J. 45; Maryanne E. Kramer, «The Treatment of Crown Corporations Under Provincial Securities Legislation: the Role of Crown Immunity (Part I)» (1986), 2 Admin. L.J. 68 et Maryanne E. Kramer, «The Treatment of Crown Corporations Under Provincial Securities Legislation: the Role of Crown Immunity (Part II)» (1987) 3 Admin. L.J. 1.

²⁵⁷ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 260.

le droit au bénéfice de l'immunité fut reconnu et les sociétés exemptées de l'application de la loi²⁵⁸.

De cette situation découle l'importance d'établir, avec certitude, les circonstances dans lesquelles une société publique sera censée constituer une société mandataire. Par ailleurs, étant donné la nature des activités habituelles de ces sociétés, lesquelles, dans la plupart des cas, ne diffèrent pas de celles de sociétés dites privées, on a tenté d'atténuer la symétrie de la transposition des privilèges et bénéfices originalement reconnus à la Couronne.

a) **Par l'opération de la loi**

Dans les cas où une disposition législative prévoit expressément qu'une société publique est la mandataire de Sa Majesté ou plus simplement de la Couronne, la société en cause est, de ce fait, réputée être mandataire²⁵⁹. La raison en est qu'il est loisible au Parlement et aux législatures, dans l'exercice de leurs compétences respectives, de conférer à une société publique tous les privilèges et immunités qu'ils jugent opportuns²⁶⁰. Toute stipulation expresse selon laquelle une société publique est mandataire de la Couronne est, à ce titre,

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Voir, par exemple, *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*, *supra*, note 91.

²⁶⁰ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 260 et P.W. Hogg, *op. cit.*, note 255, aux pp. 248-249.

déterminante²⁶¹. Les tribunaux n'ont d'ailleurs pas le pouvoir de se prononcer quant à la justesse et au caractère approprié de pareille qualification²⁶².

b) En Common law

S'il n'existe aucune disposition législative à l'effet de faire d'une société publique une société mandataire de la Couronne, la question de savoir si cette société est, dans les faits, une société mandataire dépend, selon la Common law, de la nature et du degré de contrôle exercé par la Couronne sur la société²⁶³. Si la société est contrôlée par un ministre ou encore par l'institution que constitue le conseil des ministres, alors les tribunaux n'auront aucune difficulté à conclure à l'existence d'une société mandataire. Dans le cas contraire, la reconnaissance du statut de mandataire sera évidemment niée²⁶⁴. Tel que le précisa le juge

²⁶¹ Voir *Formea Chemicals Ltd. c. Polymer Corporation Ltd.*, *supra*, note 117 et *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, *supra*, note 90, à la p. 575

²⁶² *Formea Chemicals Ltd. c. Polymer Corporation Ltd.*, *supra*, note 117; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, *supra*, note 90; *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138 et *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*, note 139.

²⁶³ C'est là ce qui ressort d'une étude des arrêts *Fox v. Government of Newfoundland*, [1898] A.C. 667; *Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy*, [1927] A.C. 899; *Halifax v. Halifax Harbour Commissionners*, [1935] R.C.S. 215; *Formea Chemicals Limited c. Polymer Corporation Ltd.*, *supra*, note 117; *Westeel-Rosco c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Center*, [1977] 2 R.C.S. 238, aux pp. 249-250; *Fidelity Insurance Co. c. Cronkhite Supply*, [1979] 2 R.C.S. 27, à la p. 29 et *Northern Pipeline Agency c. Pehinec*, [1983] 2 R.C.S. 513, à la p. 519. Voir également *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, *supra*, note 90, à la p. 574: «...le critère du contrôle de droit s'applique uniquement en l'absence de termes précis qui indiquent que l'organisme agit pour le compte de l'État ou en sa qualité de mandataire».

²⁶⁴ On semble avoir eu recours, dans l'arrêt *Tamlin v. Hannaford*, [1950] 1 K.B. 25 (C.A.), à un critère différent, à savoir celui de la nature des fonctions et activités de la société en cause. Au cœur de cette thèse se trouvait l'idée qu'une société mandataire de la Couronne exerce des fonctions «gouvernementales» par opposition à simplement commerciales. Cette approche, qui d'ailleurs paraît beaucoup trop restrictive, n'a jamais été suivie au Canada (P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 261).

Dickson dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*²⁶⁵ (il était alors juge puîné), «plus le contrôle est sévère, plus la personne est susceptible d'être reconnue comme mandataire de l'État». Le tribunaux ne sont, à cet égard, requis d'examiner que le contrôle qui, au niveau strictement juridique, est susceptible d'être exercé par la Couronne²⁶⁶. La question de savoir qui, dans les faits, exerce le contrôle réel apparaît donc comme non pertinente.

2. Ratione materiae : la symétrie des privilèges et immunités

Il fut décidé que les sociétés mandataires de la Couronne, qu'elles le soient en raison d'une stipulation législative expresse ou en vertu de la Common law, doivent, sauf exception, bénéficier des mêmes privilèges et immunités que ceux qui, historiquement, avaient profité à leur mandant²⁶⁷. Étant donné la nature des activités de ces sociétés mandataires, lesquelles,

²⁶⁵ *supra*, note 90, à la p. 573.

²⁶⁶ Voir, généralement, *Formea Chemicals Ltd. c. Polymer Corporation Ltd.*, *supra*, note 117. Voir également P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 261:

One rule that has become established, and that is useful, is that control means *de jure* control, not *de facto* control. It is the degree of control that the minister is legally entitled to exercise that is relevant, not the degree of control that is in fact exercised. The question is therefore resolved by an examination of the corporation's empowering statute, and does not involve an assessment of the actual relationship between the corporation and the government. The clearest example of *de jure* control is the case where a minister actually heads the corporation. Another clear example is the case where there is a statutory requirement of the approval of a minister or of the cabinet for important transactions. Such matters as the power to appoint directors and to supply funding, although they may provide opportunities for *de facto* control of the corporation's activities, are not sufficient by themselves to establish *de jure* control. [références omises]

²⁶⁷ Pour une étude des questions afférentes à la structure et au contrôle des sociétés mandataires de la Couronne, voir, généralement, M.K. Berkowitz et Y. Kotowitz, Conseil économique du Canada, *The Organization and Control of Crown Corporations*, Ottawa, 1985. Voir également, quant à la symétrie de l'immunité, les arrêts *Syndicat professionnel des ingénieurs Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, [1995] 3 C.F. 3 (C.A.); *Société des alcools du Québec c. Steinberg Inc.*, [1992] R.J.Q. 2701 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée 1993-05-27 (No. 23276); *R. c. M.V. Alphonse Desjardins (Le)*, *supra*, note 158; *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138; *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de*

comme nous l'avons vu, souvent, ne diffèrent pas de celles de sociétés purement privées, cette situation a été perçue par plusieurs comme une source de profondes iniquités²⁶⁸. C'est dans ce contexte qu'ont été formulées différentes thèses dont l'objet non équivoque était la marginalisation des privilèges et immunités reconnus aux sociétés mandataires. Les arguments formulés à cet égard ont trait, d'une part, à l'étendue du mandat de la société mandataire et, d'autre part, à la nature de ses activités. Nous verrons, dans les paragraphes qui suivent, que la réponse des tribunaux à ces arguments fut passablement mitigée.

a) Les limites du mandat

Dans une première affaire, l'arrêt *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario*²⁶⁹, la Cour suprême du Canada eut à se prononcer quant à l'applicabilité du *Lord's Day Act*²⁷⁰ à la Société Radio-Canada, une société mandataire de par sa loi constitutive. On reprochait essentiellement à la société d'avoir commis une infraction en opérant son entreprise, une entreprise de télédiffusion, le dimanche. Les membres de la Cour, majoritairement, jugèrent la loi inapplicable. Outre la question de l'insuffisance de la

travail, supra, note 139; Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec, supra, note 91 et R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, supra, note 90. Voir également le passage suivant des notes du juge Locke dans l'arrêt Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario, supra, note 148, à la p. 205: «..., the status of the corporation was declared to be that of an agent of Her Majesty and its activities as being carried on her behalf which, I consider, conferred the same immunity».

²⁶⁸ Voir, par exemple, Maryanne E. Kramer, «The Treatment of Crown Corporations Under Provincial Securities Legislation: the Role of Crown Immunity (Part II)», *Loc. cit.*, note 256.

²⁶⁹ *supra*, note 148.

²⁷⁰ *supra*, note 151.

définition de «personne», figurant au *Code criminel*²⁷¹ et incluse par référence dans le *Lord's Day Act*²⁷², comme mention expresse à l'effet de lier la Couronne, question à laquelle nous nous attarderons plus loin, le juge Rand, à l'opinion duquel souscrivirent les juges Cartwright et Fauteux, traita de l'étendue du mandat de la société mandataire, lequel, jugea-t-il, lui permettait d'agir comme elle l'avait fait²⁷³:

The situation of the Crown, then, is this: by the *Canadian Broadcasting Act*, R.S.C., c. 32, ss. 4 and 8, the appellant, as agent of Her Majesty «shall carry on a national broadcasting service within Canada». No limit or restriction of time is prescribed for furnishing that service; and in the absence of an express and contrary enactment by Parliament, that time is unlimited. The effect of s. 16 of the *Interpretation Act* is to render the Crown under the *Broadcasting Act* as unrestricted as if the *Lord's Day Act* had not been passed.

C'est donc avec surprise que fut reçue une seconde décision impliquant également la Société Radio-Canada. La Cour suprême du Canada précisa en effet, dans l'arrêt *Radio Canada et al. c. La Reine*²⁷⁴, qu'une société mandataire perd le bénéfice de l'immunité dès lors qu'elle agit à l'extérieur des limites du mandat que lui confère sa loi constitutive. Se posa la question de savoir si la Société Radio-Canada était liée par les dispositions du *Code criminel*²⁷⁵ interdisant la diffusion de matériel obscène. La disposition en cause ne liait pas la Couronne. Toutefois,

²⁷¹ R.S.C. 1927, c. 36, à l'article 2.

²⁷² *supra*, note 151.

²⁷³ *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario*, *supra*, note 148, à la p. 199.

²⁷⁴ [1983] 1 R.C.S. 339.

²⁷⁵ S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2 et alinéa 159(1)a).

ayant agi à l'extérieur des limites de son mandat, la société n'avait plus droit à la protection de l'immunité. À cet égard, la Cour, sous la plume du juge Estey, énonce ce qui suit²⁷⁶:

Pour reprendre les propos du juge Martland dans l'arrêt *Conseil des Ports Nationaux*, précité, [TRADUCTION] «Ce n'est que lorsque [la Société] exerce légitimement les pouvoirs que la Loi lui accorde qu'[elle] est censé[e] être un mandataire de l'État» (p. 72). Lorsqu'elle agit ainsi et qu'elle jouit, de ce fait, du statut de mandataire de l'État, les immunités de l'État passent au mandataire à son avantage. Cependant, lorsque la société n'agit pas «pour tous les objets de la présente loi» ou dans le cadre des «pouvoirs que lui confère la présente loi», le statut et les avantages du mandataire de l'État disparaissent.

Puis, à l'occasion de l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*²⁷⁷, la Cour suprême du Canada s'exprima en des termes similaires. Il y était question de deux sociétés publiques spécialisées dans la production d'uranium qui avaient, prétendait-on, participé avec d'autres personnes à un complot pour diminuer indûment la concurrence dans la production et la vente d'uranium au Canada contrevenant ainsi à certaines dispositions de la *Loi sur les enquêtes et les coalitions*²⁷⁸. Les deux sociétés en cause étaient, au même titre que la Société Radio-Canada, des sociétés mandataires de par l'opération de la loi. Cependant, à la différence de la Société Radio-Canada, elles étaient dotées de la personnalité morale et étaient, à ce titre, régies par la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*²⁷⁹. Elles tiraient leurs objets et pouvoirs de cette loi et de leurs lettres patentes.

²⁷⁶ *Société Radio-Canada c. La Reine*, *supra*, note 274, à la p. 351.

²⁷⁷ *supra*, note 90.

²⁷⁸ S.R.C. 1970, ch. C-23.

²⁷⁹ S.R.C. 1970, ch. C-6.

Parce qu'elles étaient mandataires aux termes de dispositions législatives expresses, les sociétés avaient, à première vue, droit au bénéfice de l'immunité. Encore fallait-il cependant, pour que les compagnies puissent effectivement en bénéficier, qu'elles aient posé des gestes qui étaient conformes à leurs fins. Rédigeant pour la majorité, le juge Dickson (il était alors juge puîné) formule la remarque suivante²⁸⁰:

J'estime qu'il est également important de faire la distinction entre (i) les actes accomplis au cours de la réalisation des fins de l'État mais qui ne visent aucunement à réaliser les fins de l'État et (ii) les actes qui visent à réaliser les fins de l'État. Alors que, dans ce dernier cas, l'immunité de l'État peut être invoquée, elle ne peut l'être dans le premier cas. Je me rapporte, à titre d'exemple, à l'arrêt *R. c. Stradiotto*, [1973] O.R. 375 (C.A.). Dans cette affaire un militaire était accusé d'avoir conduit de manière imprudente contrairement à *The Highway Traffic Act* de l'Ontario. À ce moment, Stradiotto conduisait un véhicule du ministère de la Défense nationale dans le cours de l'exécution de ses fonctions militaires. [...]. À mon avis, la raison pour laquelle l'immunité ne pouvait être invoquée tenait à ce que la conduite imprudente était purement accessoire aux fins militaires officielles. La conduite imprudente n'avait absolument rien avoir avec l'accomplissement des fins publiques militaires. En conduisant de manière imprudente, Stradiotto a outrepassé les fins de l'État et n'agissait plus en qualité de mandataire. Par conséquent, il ne pouvait pas revendiquer l'immunité.

En ce qui concerne l'application de ces critères aux deux sociétés en cause, la Cour en vint à la conclusion que ni le cadre législatif ni les lettres patentes ne donnaient à croire que des accords ou des arrangements en vue de diminuer la concurrence dans la production et la vente d'uranium étaient étrangers aux fins publiques pour lesquelles elles avaient été constituées²⁸¹. L'approche préconisée par la Cour dans l'arrêt *Eldorado* fut clairement

²⁸⁰ *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, *supra*, note 90, à la p. 568.

²⁸¹ *Ibid.*, à la p. 577. En dissidence, Madame la juge Wilson précise, quant à elle, que l'objet et les fins d'une société publique mandataire de la Couronne devraient être interprétées comme excluant des activités illégales, à moins que la société mandataire puisse démontrer «que les actes reprochés étaient nécessaires pour leur permettre d'exécuter le mandat» que leur attribue, selon le cas, la loi ou leurs lettres patentes (à la p. 585). Voir également P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 263.

réaffirmée à l'occasion des arrêts *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*²⁸² et *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*²⁸³. Ces décisions impliquaient toutes deux Alberta Government Telephones, une société mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta²⁸⁴. Il y était question de son assujettissement au pouvoir de réglementation du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et de l'applicabilité à son égard du *Code canadien du travail*²⁸⁵. Dans les deux cas, la société mandataire opposa la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois. Se posa, entre autres, la question de savoir si la société mandataire n'avait pas excédé le mandat que lui conférait sa loi constitutive perdant ainsi le bénéfice de ladite immunité.

Outre qu'elle réaffirma la pertinence de la distinction entre les actes accomplis pour les fins de l'État mais qui ne visent aucunement leur réalisation, la Cour précisa qu'une société mandataire provinciale n'excède pas son mandat du seul fait que, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, elle entre dans un domaine de réglementation fédérale. En exerçant ses pouvoirs dans le but d'exploiter un ouvrage ou une entreprise interprovinciale,

²⁸² *supra*, note 138.

²⁸³ *supra*, note 139.

²⁸⁴ Alberta Government Telephones opérait son entreprise conformément à sa loi constitutive intitulée *The Alberta Government Telephones Act*, S.A. 1958, ch. 85 (aujourd'hui R.S.A. 1980, ch. A-23). À l'article 3 de cette Loi était constituée la Commission des services téléphoniques du gouvernement de l'Alberta. Selon le paragraphe 42(1) de la Loi, la Commission était mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta et ne pouvait exercer ses pouvoirs qu'à ce titre.

²⁸⁵ S.R.C. 1970, ch. L-1.

Alberta Government Telephones n'outrepassa pas le pouvoir que la province lui avait conféré par voie législative. Le juge en chef Dickson, rédigeant pour le majorité, conclut en ces termes²⁸⁶:

À mon avis, l'AGT n'a pas outrepassé son mandat légal ni les fins de l'État qu'elle poursuivait au sens des arrêts *Radio-Canada* et *Eldorado*, précités. Au contraire, comme mandataire de la Couronne provinciale, la réalisation des objectifs que lui attribue la Loi et les progrès continuels de la technologie ont fini par l'obliger à fonctionner comme une entreprise fédérale pour desservir ses abonnés, ce qui a entraîné l'application de la réglementation fédérale.

b) L'exception afférente à la nature commerciale des activités de la société mandataire en cause

Fut donc précisée, à travers les décisions étudiées au titre précédent, la portée exacte de l'exception qui découle de la théorie des limites du mandat. Restait donc la question de savoir si les sociétés mandataires peuvent légitimement invoquer l'immunité lorsqu'elles exploitent une entreprise commerciale. Cet argument, on l'avait déjà invoqué, sans succès, à l'égard de la Couronne elle-même. En effet, dans l'arrêt *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*²⁸⁷, l'argument principal à l'appui de la thèse voulant que la Couronne du chef de la province soit liée, malgré l'absence de disposition expresse à cet effet, était fondé sur l'idée que dès lors qu'elle s'engage dans une activité commerciale ordinaire, elle doit, du même coup, être assujettie à la réglementation régissant ces activités. Cet argument fut expressément rejeté par le juge en chef Laskin qui, rédigeant pour la

²⁸⁶ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138, à la p. 298. Voir également *Federal Business Development Bank c. Hillcrest Motor Inn Inc. et al.* (1988), 26 B.C.L.R. 379 (C.A.C.B.).

²⁸⁷ *supra*, note 134.

majorité, précisa que pareille approche était contraire à la règle relative au non-assujettissement de la Couronne aux textes législatifs²⁸⁸.

Certes, il peut sembler inopportun que les sociétés mandataires impliquées dans l'exploitation d'une entreprise commerciale puissent bénéficier d'avantages importants vis-à-vis de leurs concurrents du secteur privé. Cette préoccupation, toutefois, n'est qu'une façon déguisée de mettre en doute la théorie même de l'immunité de la Couronne. Or, comme le soulignait si justement le juge Dickson (il était alors juge puîné) dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*²⁸⁹, bien que, de nos jours, il semble de plus en plus être la source d'iniquités, il «n'appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l'immunité de l'État»²⁹⁰. Ainsi, dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*²⁹¹, alors que l'on

²⁸⁸ *Ibid.*, à la p. 69. Il s'exprime en ces termes: «Cela n'a pas été la règle suivie par le tribunaux jusqu'ici et elle ne trouve aucun appui dans l'énoncé de principe relatif à l'assujettissement de la Couronne aux textes législatifs exposé à 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23 ».

²⁸⁹ *supra*, note 90.

²⁹⁰ *Ibid.*, à la p. 558. Le passage pertinent de la décision se lit comme suit:

Il semble y avoir une contradiction... [entre la théorie de l'immunité de la Couronne et] les notions fondamentales de l'égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens. Cependant, il n'appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l'immunité de l'État, puisque le Parlement a adopté d'une manière non équivoque le principe que l'État jouit à première vue de l'immunité. La Cour doit mettre à exécution la directive légale portant que l'État n'est pas lié à moins que ce ne soit «mentionné ou prévu» dans la loi.

²⁹¹ Voir également *Société des alcools du Québec c. Steinberg Inc.*, *supra*, note 267, aux pp. 2705-2706: «It may be difficult to see the logic and the equity of a situation where the SAQ, as a merchant, competes with other creditors of an insolvent Steinberg using advantages not accorded to them, but we must apply the law as we find it».

affirmait que la société mandataire, Alberta Government Telephones, parce qu'elle exploitait une entreprise commerciale, ne pouvait prétendre au bénéfice de l'immunité, la Cour précisa très clairement qu'il n'existe aucune telle exception au principe, ajoutant même qu'«il appartient au Parlement, ..., de juger du caractère souhaitable d'une exception fondée sur les activités commerciales»²⁹².

B. Les conditions d'exercice

La règle, on l'a vu, repose principalement sur le principe que la Couronne n'est pas liée par les textes législatifs sauf mention expresse à l'effet de l'y inclure. Si, à première vue, il semble facile de cerner les circonstances dans lesquelles on sera justifié de conclure à l'existence d'une telle mention, on verra que, contrairement à ce qu'ont opiné certains auteurs²⁹³, cette notion ne va pas sans soulever certains problèmes.

1. L'inclusion d'une mention expresse

S'il est exact que l'identification, dans une loi, d'une mention à l'effet de lier la Couronne ne pose généralement pas de difficulté, c'est que, dans la majeure partie des cas, le législateur, fédéral ou provincial, prend soin d'utiliser des termes non équivoques. Ainsi, nos tribunaux eurent surtout à se prononcer quant à l'utilisation de termes ambigus dont l'objet, souvent,

²⁹² *Ibid.*, à la p. 300. Voir également *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*, *supra*, note 139 et *Société des alcools du Québec c. Steinberg Inc.*, *supra*, note 267 aux pp. 2705-2706.

²⁹³ Voir, généralement, Colin H.H. McNair, *op. cit.*, note 1, et Pierre-André Côté, *op. cit.*, note 254, aux pp. 200 et ss.

n'était pas de manifester une intention de lier la Couronne. Conscients de l'obligation qui leur incombe de donner effet à l'immunité dont bénéficie la Couronne²⁹⁴, les tribunaux se sont montrés réticents à rendre applicable une loi en l'absence d'une disposition expresse du type «La présente loi lie sa Majesté...»²⁹⁵. La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario*²⁹⁶ illustre bien cette réalité.

Il s'agissait, pour la Cour, dans cette affaire, de déterminer l'applicabilité du *Lord's Day Act*²⁹⁷ à la Société Radio-Canada, une société mandataire de la Couronne fédérale. Cette loi interdisait à toute personne d'opérer une entreprise le dimanche. Pour connaître la signification du terme «personne», il fallait s'en remettre à la définition prévue au *Code criminel*²⁹⁸. La Loi en cause incluait en effet, par référence, cette définition, laquelle, de là la difficulté, comprenait Sa Majesté. La Cour se devait de décider si la définition du terme «personne», incluse par le truchement d'un renvoi législatif dans le *Lord's Day Act*²⁹⁹, pouvait

²⁹⁴ Qu'il suffise de rappeler, à cet égard, les propos du juge Dickson (il était alors juge puîné) dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, *supra*, note 90, à la p. 558: «La Cour doit mettre à exécution la directive légale portant que l'État n'est pas lié à moins que ce ne soit «mentionné ou prévu» dans la loi».

²⁹⁵ Voir, par exemple, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, telle qu'amendée, art. 4. Voir, à cet égard, l'arrêt *R. c. M/V Alphonse Desjardins (Le)*, *supra*, note 158.

²⁹⁶ *supra*, note 148.

²⁹⁷ *supra*, note 151.

²⁹⁸ *supra*, note 275.

²⁹⁹ *supra*, note 151.

être censée constituer une mention expresse à l'effet de lier la Couronne. À cette question les membres de la Cour, majoritairement, répondirent par la négative. La définition ne peut, de l'avis de la Cour, avoir eu pour effet d'assujettir la Couronne aux dispositions pénales et prohibitives du *Lord's Day Act*³⁰⁰. Le juge Rand, à l'opinion duquel souscrivirent les juges Cartwright et Fauteux, s'exprime en ces termes³⁰¹:

To say that it intends and has the effect to include the Crown as an ordinary subject to the prohibitory or the penal provisions of the Code is repugnant to the principle of immunity in both aspects. If such a fundamental change had been intended it would not have been effected by a clause of general definition. There is ample matter for legitimate application to Her Majesty, the obvious one being that of a «person» who is the victim of criminality, not its perpetrator: in such and other instances it is used in the description of a factual situation. [...]

So interpreted, I am unable to agree that the definition expressly draws the Crown within the ambit of any prohibitory or punitive provision of the *Lord's Day Act*.

La Cour suprême du Canada réaffirma d'ailleurs ce principe à l'occasion de l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*³⁰². Dans cette affaire, l'un des arguments de l'appelante portait que la définition de «quiconque» du *Code criminel*³⁰³ était introduite par déduction dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*³⁰⁴ par le paragraphe 27(2) de la *Loi d'interprétation*³⁰⁵ fédérale. Étant ainsi incorporée, la définition servait, selon l'appelante, de mention expresse

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario, supra*, note 148, aux pp. 198-199.

³⁰² *supra*, note 90.

³⁰³ *supra*, note 275.

³⁰⁴ *supra*, note 278.

³⁰⁵ *supra*, note 288.

et liait la Couronne. La Cour, sous la plume du juge Dickson (il était alors juge puîné), disposa rapidement de cet argument³⁰⁶:

Même si le procureur général réussissait à démontrer que la définition de «quiconque» du *Code criminel* est incorporée dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, il devrait encore surmonter l'obstacle que pose l'arrêt *Radio-Canada de 1959*, précité, dans lequel cette Cour a conclu à la majorité que la définition du terme «personne» du *Code criminel*, qui est identique à celle du terme «quiconque», ne fait pas en sorte que la *Loi sur le dimanche* lie l'État, même si cette loi incorpore expressément la définition du *Code criminel*. La Cour à la majorité a exprimé l'avis que la disposition portant que «personne» comprend Sa Majesté n'était pas suffisamment claire pour rendre l'État criminellement responsable; cette disposition a été interprétée comme signifiant que Sa Majesté pouvait être victime d'un crime.

2. L'effet de la mention

Au Canada, ayant identifié une mention dans un texte législatif, compte tenu notamment de la nature fédérale de notre système politique et constitutionnel, les tribunaux se sont interrogés quant à l'effet et quant à la valeur de cette mention.

a) La Couronne indivisible

Au Canada, lorsque figure dans le texte d'une loi l'expression «la présente loi lie Sa Majesté», sans plus de précision, on peut s'interroger quant à la signification du terme Sa Majesté. La structure fédérale canadienne, on l'a vu, connaît en effet la Couronne du chef du Canada et les Couronnes du chef des différentes provinces. Malgré cette apparente pluralité, nous

³⁰⁶ R. c. *Eldorado Nucléaire Ltée*, *supra*, note 90, à la p. 561.

verrons que ces entités sont, en raison d'une fiction juridique, celle du concept de Couronne indivisible, censées n'en former qu'une seule³⁰⁷.

Au départ, les tribunaux australiens affirmèrent qu'une expression telle «la Couronne est liée», employée sans plus de précision dans une loi provinciale, devait être présumée ne renvoyer qu'à la Couronne, c'est-à-dire au gouvernement³⁰⁸, de la province qui légifère ainsi³⁰⁹. En décidant ainsi, les tribunaux australiens indiquèrent que, pour que le gouvernement fédéral puisse être affecté par une législation provinciale, celle-ci doit être extrêmement claire quant à l'inclusion de l'autorité fédérale³¹⁰.

³⁰⁷ Dans la mesure où la Couronne incarne l'État canadien, elle est une et indivisible. Cependant, les pouvoirs et prérogatives de la Couronne s'exercent en fonction d'un partage entre le fédéral et les provinces (Henri Brun et Guy Tremblay, *op. cit.*, note 3 et Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105). Ainsi, dans l'arrêt *Re Silver Brothers Ltd.*, [1932] A.C. 514, figure le passage suivant: «It is true that there is only one Crown, but as regards Crown revenues and Crown property by legislation assented to by the Crown there is a distinction made between the revenues and property in the Province and the revenues and property in the Dominion. There are two separate statutory purses. In each the ingathering and expanding authority is different». En d'autres termes, si au lieu de parler de la Couronne comme incarnation de l'État canadien dans son ensemble, on utilise cette expression pour désigner le gouvernement, selon le cas, fédéral ou d'une province, le concept de l'indivisibilité de la Couronne perd tout son sens (voir P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, aux pp. 258-259). C'est pourquoi, tel que le précisa le Comité Judiciaire du Conseil Privé dans l'arrêt *Re Silver Brothers Ltd.*, *supra*, la divisibilité de la Couronne va de soi quant aux pouvoirs, revenus et biens respectifs des gouvernements fédéral et provinciaux. Voir, à cet égard, *Liquidators of the Maritime Bank c. Receiver General of New Brunswick*, *supra*, note 112 et R. c. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] All.E.R. 118 (C.A.).

³⁰⁸ *supra*, note 117.

³⁰⁹ *Re Richard Foreman & Sons Pty; Uther v. Federal Commissioner of Taxation*, (1947) 74 C.L.R. 508; *Commonwealth v. Cigamic Pty*, (1962) 108 C.L.R. 372.

³¹⁰ Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, aux pp. 32-33.

Même avant que ces décisions australiennes ne soient rendues, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de la Colombie Britannique avaient toutes deux rendu des décisions au même effet³¹¹. En particulier, dans l'arrêt *Gauthier v. The King*³¹², la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Anglin, précisa que³¹³:

...it may be accepted as a safe rule of construction that a reference to the Crown in a provincial statute shall be taken to be to the Crown in right of the province only, unless the statute in express terms or by necessary intendment makes it clear that the reference is to the Crown in some other sense.³¹⁴

Ces décisions semblaient toutefois entrer en conflit avec le principe de l'indivisibilité de la Couronne. La généralité des termes utilisés par le juge en chef Laskin, rédigeant pour la majorité dans l'arrêt *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*³¹⁵, donnent toutefois à croire que la règle initialement formulée dans l'arrêt *Gauthier*³¹⁶ ne fait dorénavant plus autorité. La doctrine de l'immunité de la Couronne face

³¹¹ *Gauthier v. The King* (1918), 40 D.L.R. 353 (C.S.C.) et *Montréal Trust Co. v. The King*, [1924] 1 D.L.R. 1030 (B.C.C.A.)

³¹² *supra*, note 311.

³¹³ *Ibid.*, aux pp. 365-366. Le juge Davies et le juge en chef Fitzpatrick souscrivent à son opinion sur ce point.

³¹⁴ Outre qu'ils précisèrent que la mention la «Couronne» dans une loi provinciale doit, dans sa portée, être limitée à la Couronne du chef de cette province, le juge en chef Fitzpatrick et les juges Anglin et Davies é mirent une sérieuse réserve quant au pouvoir même des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada. Nous étudierons cet aspect de la décision dans une section subséquente (Section II: «L'immunité dans un contexte interjuridictionnel»).

³¹⁵ *supra*, note 134.

³¹⁶ *Gauthier v. The King*, *supra*, note 311.

à l'application des lois se trouvait alors codifiée à l'article 16 de la *Loi d'interprétation*³¹⁷ fédérale. Or, traitant de la portée de l'expression «Sa Majesté» y figurant, une question à laquelle nous nous attarderons plus loin³¹⁸, le juge en chef Laskin écrit³¹⁹:

On peut avancer que vu la nature du système fédéral canadien, la notion d'indivisibilité de la Couronne devrait être abandonnée. La Constitution du Canada répartit le pouvoir législatif entre le Parlement central et des législatures provinciales et le pouvoir exécutif, dit de prérogative (officiellement conféré à la Reine), est réparti comme le pouvoir législatif et relève donc de différents pouvoirs exécutifs. Cependant les décisions des tribunaux, notamment celles du Conseil Privé, ont considéré qu'une mention générale de la Couronne dans la législation provinciale et fédérale renvoyait à la notion de Couronne indivisible.

Puisqu'une mention générale de la Couronne dans la législation, fédérale ou provinciale, renvoie à la notion de Couronne indivisible, alors, sous réserve de la question du pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada³²⁰, une mention expresse dans une loi, fédérale ou provinciale, aura pour effet de lier les gouvernements fédéral et provinciaux.

³¹⁷ *supra*, note 288.

³¹⁸ Il faut en effet distinguer la question de la portée d'une mention expresse à l'effet de lier Sa Majesté de celle du sens à donner à l'expression «Sa Majesté» lorsqu'incluse dans la disposition législative par laquelle est codifiée la doctrine de l'immunité de la Couronne. Dans le premier cas, il s'agit de savoir si la Couronne, selon le cas, du chef du Canada ou d'une province est liée par la loi en cause alors que dans le second il s'agit plutôt de savoir si la codification du principe a bénéficié à la fois à la Couronne du chef du Canada et à celle du chef des provinces.

³¹⁹ *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, *supra*, note 134, à la p. 71. Voir également *Directeur de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants v. Home Insurance Company*, [1959] C.S. 490.

³²⁰ *supra*, notes 251, 314 et 318 ainsi que le texte correspondant et, *infra*, section II: «L'immunité dans un contexte interjuridictionnel».

b) La valeur intrinsèque d'une mention expresse

La jurisprudence a en outre établi qu'il ne suffit pas que Sa Majesté soit nommée dans une loi pour que toutes ses dispositions s'appliquent à elle. Cette question, évidemment, ne se pose pas dans le cas où une mention du type «la présente loi lie Sa Majesté» est incluse. Elle se pose, au contraire, lorsqu'une mention est incluse dans une section ou rubrique particulière. Il faut, dans ce dernier cas, accorder une grande importance au contexte dans lequel figure la mention. C'est en effet là ce qui ressort de la décision rendue dans l'affaire *Ex parte Postmaster-General, in re Bonham*³²¹. Il y avait, dans cette affaire, une disposition d'une loi sur la faillite, en l'occurrence l'article 32, laquelle incluait expressément la Couronne. Il s'agissait, pour la Cour, de décider si la Couronne était liée par les autres dispositions de cette même loi, des dispositions qui, elles, ne mentionnaient aucunement Sa Majesté. La Cour d'appel d'Angleterre, décidant qu'il ne pouvait en être ainsi, sous la plume du juge Messel, précisa que: «It does not appear to me, when we look at those sections, that there is anything in them to shew that the Crown is intended to be bound by any of the other sections of the Act»³²².

³²¹ (1879), 10 Ch.Div. 595 (C.A.).

³²² *Ibid.*, à la p. 603. Voir également *The King ex rel. A.-G. Canada v. Sanford*, [1939] 1 D.L.R. 374 (N.S.S.C. *in banco*), à la p. 380.

C. Les exceptions

1. L'exception d'implication nécessaire

a) Les définitions

(i) En Common Law

Il nous faut, à cet égard, débiter avec la décision rendue par le Comité Judiciaire du Conseil Privé dans l'affaire *Province of Bombay c. Municipal Corporation of the City of Bombay*³²³. Cette décision est, sans l'ombre d'un doute, celle qui fait autorité en la matière. Pour qu'on puisse conclure qu'une loi lie la Couronne par implication nécessaire, «the statute must be seen to be virtually meaningless were the Crown not bound»³²⁴. Cette vision passablement stricte de l'exception d'implication nécessaire fut reprise dans certaines décisions australiennes³²⁵.

Cette conception de l'exception d'implication nécessaire paraissait toutefois beaucoup trop stricte et même, dans une certaine mesure, inapplicable. Les exemples de loi dont le but et l'objet seraient complètement frustrés si la Couronne devait ne pas être liée ne sont en effet pas légion. Instinctivement, on pense à la *Loi sur la responsabilité civile de l'État* et

³²³ *supra*, note 246.

³²⁴ *Ibid.*, à la p. 63.

³²⁵ Voir, *inter alia*, *Downs v. Williams*, (1971) 126 C.L.R. 61, aux pp. 87-88 et à la p. 94.

*contentieux administratif*³²⁶, mais, outre ce premier exemple, on a peine à en imaginer d'autres. D'ailleurs, dans les années qui suivirent, les tribunaux, sensibles à cette réalité, tirèrent d'un autre passage de l'arrêt *Bombay*³²⁷ une définition beaucoup plus libérale de l'exception d'implication nécessaire³²⁸. On pourra conclure à l'existence d'une implication nécessaire à l'effet de lier la Couronne si «it is manifest from the very terms of the statute, that it was the intention of the legislature that the Crown should be bound, then the result is the same as if the Crown had been expressly named»³²⁹.

Cette définition de l'exception d'implication nécessaire fut adoptée dans de nombreuses affaires australiennes postérieures à l'affaire *Bombay*³³⁰. Cette définition plutôt libérale de l'exception d'implication nécessaire était d'ailleurs davantage conforme aux décisions judiciaires australiennes datant d'avant l'arrêt *Bombay*³³¹.

³²⁶ *supra*, note 119.

³²⁷ *supra*, note 246.

³²⁸ Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. 16: «Latterly, the notion of total frustration of the beneficial purpose of a statute has come under strain, given the circumstances in which some courts have been willing to find that result would ensue were the crown not bound».

³²⁹ *Ibid.*, à la p. 61.

³³⁰ *Wynyard Investments Pty Ltd. v. Commissioner for Railways*, (1955) 93 C.L.R. 376, à la p. 389; *Kaye v. Attorney-General for Tasmania*, (1956) 94 C.L.R. 193, à la p. 204 et *The Commonwealth of Australia v. Rhind*, (1966) 119 C.L.R. 584, à la p. 598.

³³¹ *Roberts v. Ahern*, *supra*, note 42, à la p. 418 et *The Minister for works for Western Australia v. Culson*, (1944) 69 C.L.R. 338, aux pp 347, 357 et 363-5.

(ii) Au Canada

(aa) Généralités

En droit canadien maintenant, dans une série de décisions récentes, la Cour suprême du Canada eut à définir et à appliquer l'exception d'implication nécessaire. Nous ne nous attarderons pas, à ce stade-ci, au contexte, juridictionnel ou interjuridictionnel, dans lequel ces décisions ont été rendues non plus qu'à l'impact qu'a pu avoir sur cette même exception la codification de la doctrine dans les lois d'interprétation, fédérale et québécoise. Ces questions feront plus loin l'objet d'une étude particulière. Qu'il nous suffise de dire, à ce stade-ci, qu'après certaines hésitations, nos tribunaux ont décidé que la codification n'avait pas entraîné la disparition de l'exception.

Dans une première affaire, l'arrêt *R. c. Ouellette*³³², la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Beetz, opta pour une définition très libérale. Ainsi, de l'avis du juge Beetz, il est possible que Sa Majesté soit implicitement liée par un texte législatif si telle est l'interprétation que ce texte doit recevoir lorsque replacé dans son contexte³³³. Le plus haut tribunal canadien émit une opinion divergente à l'occasion de l'affaire *Sparling c. Caisse de*

³³² *supra*, note 135.

³³³ *Ibid.*, à la p. 575.

dépôt de placement du Québec³³⁴. Puis, en 1989, vinrent les deux décisions impliquant *Alberta Government Telephones*³³⁵. Le juge en chef Dickson précise, au départ, que toute exception par déduction nécessaire à la règle habituelle de l'immunité de la Couronne doit être de portée très restreinte³³⁶. Il conclut néanmoins à l'applicabilité des deux formulations jurisprudentielles de l'exception d'implication nécessaire. Ainsi, selon lui, l'exception d'implication nécessaire doit comprendre³³⁷:

... une intention claire de lier qui, suivant les termes de l'arrêt *Bombay*, «ressort du texte même de la loi», en d'autres termes, une intention qui ressorte lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions, comme dans l'arrêt *Ouellette*, précité; et [...] une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait «privé [...] de toute efficacité» si l'État n'était pas lié, ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité).

³³⁴ *supra*, note 91, à la p. 1023. Le juge La Forest s'y exprime en ces termes:

L'exception par déduction nécessaire a été interprétée de diverses façons au cours des années, mais elle procède essentiellement à titre accessoire de la nécessité de mots exprès pour lier la Couronne: cette dernière peut être liée en l'absence de mots exprès lorsqu'on en arriverait à une absurdité si elle était tenue pour exemptée de l'application de la loi. Cela a parfois été restreint à l'exigence [TRADUCTION] «que soit complètement mise en échec la fin avantageuse [de la loi...] si la Couronne n'est pas liée» (voir l'arrêt *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (C.P.), à la p. 63).

³³⁵ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138 et *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*, *supra*, note 139.

³³⁶ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138, à la p. 277. Il écrit:

[...] toute exception par déduction nécessaire à la règle habituelle de l'immunité de la Couronne devrait être de portée très restreinte. Par conséquent, l'intention de lier la Couronne ne peut être déduite du seul fait que les dispositions d'une loi ne pourront être appliquées facilement ou efficacement si la Couronne n'est pas liée, ni du fait que si la Couronne n'est pas liée, la loi n'aura qu'une application limitée.

La portée restreinte de l'exception d'implication nécessaire fut réaffirmée récemment par la Cour d'appel fédérale: *Syndicat professionnel des ingénieurs de Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, *supra*, note 267.

³³⁷ *Ibid.*, à la p. 281. Voir également *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*, *supra*, note 139, à la p. 328.

Traitant des circonstances dans lesquelles une cour sera justifiée de conclure qu'une loi serait privée de toute efficacité si la Couronne devait être exemptée de son application, le juge en chef précise que³³⁸:

Le fait que l'attribution de l'immunité entraîne un vide réglementaire à l'égard de l'AGT est insuffisant et ne revient pas à priver d'efficacité l'application de la *Loi sur les chemins de fer* dans son ensemble. Même si l'attribution de l'immunité jusqu'à ce que le Parlement décide de modifier la loi entraînera un vide dans l'application éventuelle de la *Loi sur les chemins de fer*, la Loi peut continuer à s'appliquer tout comme c'était le cas avant que cette Cour décide que l'AGT est une entreprise fédérale.

Enfin, dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*³³⁹, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge La Forest, outre qu'elle reprit les principes formulés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*³⁴⁰, vint préciser la teneur de l'exception lorsqu'invoquée dans sa formulation la plus libérale. Nonobstant l'absence d'une mention expresse, le législateur a-t-il, par cette loi, exprimé une intention de lier la Couronne? Il faut, à cet égard, s'en remettre au contexte d'énonciation de la loi et au libellé de ses dispositions. Il faut toutefois avoir à l'esprit, au moment d'apprécier le contexte d'énonciation de la loi, que l'exception d'implication nécessaire s'exprime en fonction des conditions qui existaient au moment de l'adoption de la loi³⁴¹:

³³⁸ *Ibid.* à la p. 283.

³³⁹ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, *supra*, note 91.

³⁴⁰ *supra*, note 138.

³⁴¹ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, *supra*, note 91, à la p. 53.

À mon avis, ce passage fait clairement ressortir qu'une analyse du contexte d'une loi peut révéler une intention de lier la Couronne si cette conclusion s'impose immanquablement par déduction logique.

On ne doit cependant pas effectuer cette analyse dans l'abstrait. En conséquence, il ne faudrait pas interpréter le «contexte» pertinent de façon trop restreinte. Le contexte doit plutôt englober les circonstances qui ont donné lieu à l'adoption de la loi et la situation qu'elle voulait corriger. Ce point de vue est compatible avec le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Bombay* comme l'indiquent les passages susmentionnés dans lesquels le critère de la déduction nécessaire est exprimé par rapport au moment de l'adoption de la loi. En fait, l'analyse adoptée par la Haute Cour de Bombay a été critiquée par le Conseil Privé pour ce motif même, à la p. 62:

[TRADUCTION] Même si la Haute Cour a interprété correctement le principe, sa façon de l'appliquer permet de soulever l'objection qu'elle aurait dû tenir compte non pas des conditions qui ont existé pendant de nombreuses années après l'adoption de la Loi, mais l'état de chose qui existait en 1888 ou que la législature aurait pu prévoir. [nous soulignons]

Le juge La Forest devait par la suite conclure, à la lumière des principes ci-haut exposés, que la *Loi sur la protection des eaux navigables*³⁴² liait par implication nécessaire la Couronne du chef de l'Alberta. La conclusion à laquelle en vinrent les membres de la Cour s'explique toutefois davantage par la nature on ne peut plus particulière des faits en cause dans cette affaire que par une application rigide de l'exception d'implication nécessaire. Le droit de propriété que la Couronne du chef de l'Alberta détenait sur le lit de la rivière était assujéti au droit public de navigation, sujet à propos duquel le Parlement fédéral exerçait et exerce toujours une compétence législative exclusive. L'adoption par le Parlement de la Loi constituait en fait le seul moyen de préserver le droit du public de naviguer sur les cours d'eau canadiens. La Couronne provinciale étant propriétaire de tous les cours d'eaux navigables, son inapplicabilité l'aurait, selon le juge La Forest, privée de toute efficacité. Cette décision

³⁴²

L.R.C. (1985), ch. N-22.

ne peut, pour ces raisons, être perçue comme ayant étendu indûment le domaine d'application de l'exception d'implication nécessaire.

L'exception d'implication nécessaire, une exception par nature de «portée très restreinte»³⁴³, pourra donc trouver application si les conditions existantes au moment de l'adoption de la loi, de même que le texte de celle-ci, sont tels qu'ils dénotent de façon non équivoque l'intention du législateur de lier la Couronne.

(bb) Règles particulières

L'application de l'exception d'implication nécessaire soulève également certaines questions particulières, questions que nous étudions à l'instant. Premièrement, traditionnellement, en Common law, on ne pouvait inférer du fait que la Couronne était expressément exemptée de l'application de certaines dispositions d'une loi qu'elle était liée par implication nécessaire par les autres dispositions de cette même loi. C'est là le principe qu'a exprimé la Cour d'appel d'Angleterre à l'occasion de l'arrêt *Hornsey Urban District Council v. Hennel*³⁴⁴. Le passage pertinent des notes du juge en chef, Lord Alverstone, se lit comme suit³⁴⁵:

³⁴³ *Alberta Gouvernement Telephones c. C.R.T.C.*, supra, note 138, à la p. 277 et *Syndicat professionnel des ingénieurs de Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, supra, note 267.

³⁴⁴ [1902] 2 K.B. 73 (C.A.).

³⁴⁵ *Ibid.*, aux pp. 80-81; Voir, au même effet, *Cooper v. Hawkins*, [1904] 2 K.B. 165 (C.A.), aux pp. 170 et ss. (les notes du juge en chef, Lord Alverstone). Voir également le précédent australien suivant: *The Rapatriation Commission v. Kirkland*, (1923) 32 C.L.R. 1, à la p. 17.

Having regard to the above authorities, we cannot accept the argument that the limited exemption of certain Government lands in s. 327 of the Public Health Act is sufficient to shew that all other interests of the Crown were intended to be affected by the provisions of the Act. [...]. There is, in our opinion, no such general practice as to lead us to the view that the original doctrine of Crown exemption has ceased to exist, or has been infringed upon, or that the insertion of a particular protecting clause is intended to shew that only that class of Crown property was intended to be exempt.

De la même manière, tel qu'on l'a vu précédemment, l'existence d'une disposition prévoyant, de façon expresse, que la Couronne est liée quant à certaines parties d'une loi pourra, être utilisée afin d'appuyer une conclusion selon laquelle les autres parties de cette même loi ne lient pas la Couronne par implication nécessaire³⁴⁶.

Cette jurisprudence n'empêcha pourtant pas la Cour d'appel du Québec de rendre, en 1987, une décision à l'effet contraire. Dans l'arrêt *Commission des normes du travail c. Conseil régional des services de la santé et des services sociaux de la Montérégie*³⁴⁷, la Cour d'appel du Québec eut à se prononcer quant à l'applicabilité de *Loi sur les normes du travail*³⁴⁸, une loi adoptée en 1979³⁴⁹, au Conseil régional des services de la santé et des services sociaux,

³⁴⁶ *Ex parte Postmaster-General, In re Bonham, supra*, note 321, aux pp. 601-603 et *The King ex rel. A.-G. Canada v. Sanford, supra*, note 322, à la p. 380.

³⁴⁷ [1987] R.J.Q. 841 (C.A.).

³⁴⁸ L.R.Q., ch. N-1.1.

³⁴⁹ L.Q. 1979, ch. 45.

une société mandataire de la Couronne du chef du Québec³⁵⁰. Des dispositions législatives et réglementaires imposaient certains prélèvements aux employeurs, lesquels devaient servir à assurer le financement de la Commission des normes du travail, une institution créée par cette même loi. Or, dès l'adoption de la loi, en 1979, le Conseil fut législativement dispensé du paiement de ces prélèvements. La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Bisson (il était alors juge puîné), considéra que, si le législateur avait pris soin, en 1979, d'exempter le Conseil, c'est qu'il considérait que celui-ci, nonobstant son statut probable de mandataire, était par ailleurs assujéti à la loi³⁵¹. La Cour conclut en conséquence que le Conseil était lié par implication nécessaire par la *Loi sur les normes du travail*³⁵².

De ces deux courants jurisprudentiels, il nous faut préférer celui qui semble le plus conforme à l'approche proposée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*³⁵³ et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*³⁵⁴, en l'occurrence celui émanant des tribunaux anglais. La jurisprudence anglaise

³⁵⁰ Parce que le Conseil n'était pas, par sa loi constitutive, stipulé être une société mandataire, c'est en ayant recours aux principes reconnus par la Common law que la Cour d'appel du Québec en arriva à cette conclusion (*Commission des normes du travail c. Conseil régional de la santé et des services sociaux de la Montérégie*, *supra*, note 347, aux pp. 844-850).

³⁵¹ *Ibid.*, à la p. 851.

³⁵² *supra*, note 348. La *Loi sur les normes du travail* fut subséquentement amendée afin de dissiper tout doute quant à son applicabilité à la Couronne (L.Q. 1990, ch. 73, art. 2). Figure maintenant à l'article 2 la mention suivante: «La présente loi lie la Couronne».

³⁵³ *supra*, note 138.

³⁵⁴ *supra*, note 91.

a certainement l'avantage d'assurer la «portée très restreinte» que doit avoir l'exception d'implication nécessaire³⁵⁵. L'équation proposée par la Cour d'appel du Québec a, quant à elle, le défaut d'imputer au législateur, de façon automatique, une intention qui, dans bien des cas, s'avérera inexistante³⁵⁶. On peut également lui reprocher d'être incompatible avec la nature dite contextuelle de l'analyse proposée par la Cour suprême, c'est-à-dire d'isoler un élément, l'exemption, au détriment du contexte global, lequel doit comprendre, de l'avis du juge La Forest, «les circonstances qui ont donné lieu à l'adoption de la loi et la situation qu'elle voulait corriger»³⁵⁷.

Mentionnons enfin, au moment de conclure le présent titre, qu'en Common law, l'immunité dont bénéficie la Couronne s'applique tant à l'égard de ses droits et intérêts³⁵⁸ qu'à l'égard de

³⁵⁵ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, supra, note 138, à la p. 277 et *Syndicat professionnel des ingénieurs de Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, supra, note 267.

³⁵⁶ En effet, si le législateur exempte une institution de l'application d'une loi ce n'est pas qu'il a l'intention que cette institution soit par ailleurs liée mais bien qu'il la présume par ailleurs liée. Or, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada commande la recherche d'une intention et non d'une présomption. Le contraire résulterait d'ailleurs en une marginalisation inacceptable de la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois.

³⁵⁷ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, supra, note 91, à la p. 53.

³⁵⁸ Dans les arrêts *Dominion Building Corporation c. The King*, [1933] A.C. 533, à la p. 548; *Gartland Steamship Co. c. The Queen*, [1960] R.C.S. 315; *R. c. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118 et *Cité de Montréal c. Société d'administration générale* (1925), 38 B.R. 521, on avait précisé, notamment, que l'immunité ne bénéficiait à Sa Majesté qu'à l'égard de ses «accrued rights». L'immunité n'avait donc, selon ces autorités, aucune application à l'égard, par exemple, de droits futurs. Cette vision, jugée trop restrictive par les auteurs (Voir, *inter alia*, Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, aux pp. 5-6), fut subséquentement rejetée par la Cour suprême du Canada (*R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, supra, note 90, à la p. 556), le juge Dickson (il était alors juge puîné) précisant que: «Le critère de l'arrêt *Bombay* ne fait aucune différence entre les genres de lois concernées ni entre les genres de droits ou d'obligations créées».

ses prérogatives³⁵⁹. Il existe cependant, pour des raisons évidentes, une règle selon laquelle les lois dont l'objet est de modifier, abroger ou même de confirmer la prérogative lient Sa Majesté par implication nécessaire³⁶⁰.

b) La codification législative

Au Canada, sauf en une occasion³⁶¹, les tribunaux ne se sont jamais réellement questionnés quant à la possible supplantation, par sa codification, de la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois³⁶². On s'est plutôt demandé si la codification n'avait pas eu pour effet de conférer à la Couronne une protection plus étendue, laquelle se serait concrétisée par la disparition de l'exception d'implication nécessaire³⁶³. C'est à cette dernière question que nous nous arrêtons dans les paragraphes qui suivent.

³⁵⁹ Pierre-André Côté, *op. cit.*, note 254, à la p. 208; Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. 3.

³⁶⁰ Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. 19: «If a statute deals particularly with the subject matter of a prerogative, providing a privilege or immunity which reflects the special position of the Crown at common law, then the statute doubtless binds the Crown. There must be a necessary implication to this effect because the very subject matter of the statute is rights which pertain to the Crown». On peut voir, à cet égard, les articles 2877 du *Code civil du Québec*, *supra*, note 126, et 267 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25. Le premier, l'article 2877 C.c.Q. écarte une prérogative de la Couronne en ce qu'il prévoit que la prescription opère contre l'État (J. Chitty, *op. cit.*, note 29, à la p. 380). On dira donc de cette disposition, pour cette raison, qu'elle lie la Couronne du chef du Québec par implication nécessaire. De la même manière, l'article 267 C.p.c. écarte une prérogative de la Couronne. Il dispose que la péremption d'instance opère contre l'État (Voir Réal A. Forest, *op. cit.*, note 170, à la p. 7). Cette disposition lie également la Couronne du chef du Québec par implication nécessaire.

³⁶¹ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138, à la p. 281.

³⁶² *Supra*, notes 148 à 160 et le texte correspondant.

³⁶³ Voir, notamment, *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, *supra*, note 134 et R. c. *Eldorado Nucléaire Ltée*, *supra*, note 90.

Il nous paraît opportun de nous attarder d'abord à ce qui prévalait avant la création de l'État fédéral canadien, c'est-à-dire avant la promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dès 1849, le Parlement du Canada-Uni consacra législativement, dans la première *Loi d'interprétation*³⁶⁴ canadienne, le principe général de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois³⁶⁵. Le principe se trouvait également exprimé dans une seconde loi adoptée par le Parlement du Canada-Uni, en l'occurrence le *Code civil du Bas-Canada*.

Au lendemain de la Confédération, le principe se trouva énoncé, en droit fédéral, au paragraphe 7(33) de l'*Acte d'interprétation de 1867*³⁶⁶. Ce texte fut appliqué, sans modification substantielle³⁶⁷, jusqu'en septembre 1967, date à laquelle entra en vigueur la *Loi révisant et codifiant la Loi d'interprétation*³⁶⁸. Sa formulation devint alors la suivante³⁶⁹:

³⁶⁴ *Acte pour donner une interprétation législative [...]*, (1849) 12 Vict., ch. 10.

³⁶⁵ Voir généralement Pierre-André Côté, *op. cit.*, note 254, à la p. 203.

³⁶⁶ 31 Vict., ch. 1:

art. 7(33). Nulle disposition ou prescription contenue dans un acte, n'affectera en aucune manière les droits de Sa Majesté, ses Héritiers ou Successeurs, à moins qu'il n'y soit expressément déclaré qu'elle oblige Sa Majesté.

³⁶⁷ Voir, par exemple, la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1952, ch. 158, art. 16:

16. Nulle prescription ou disposition d'une loi n'atteint de quelque façon les droits de Sa Majesté, de ses Héritiers ou de ses Successeurs, à moins qu'il n'y soit formellement stipulé que Sa Majesté y est soumise.

³⁶⁸ S.C. 1967-68, ch. 7.

³⁶⁹ S.R.C. 1970, ch. I-23, art. 16.

16. Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

Modifiée et renumérotée au moment de la révision de 1985, la disposition pertinente de la *Loi d'interprétation*³⁷⁰ se lit dorénavant comme suit:

17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

En droit québécois maintenant, dans l'année qui suivit la Confédération, le principe fut consacré par la *Loi d'interprétation*³⁷¹:

5. Nul acte n'affecte les droits de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient expressément compris.

Sensiblement inchangé, le principe se trouve aujourd'hui énoncé au paragraphe 42(1) de la *Loi d'interprétation*³⁷², lequel dispose que:

42. (1) Nulle loi n'a d'effet sur les droits de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient expressément compris.

³⁷⁰ *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21, art. 17.

³⁷¹ L.Q. 1868, ch. 7.

³⁷² *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 42.

En Common law, la prérogative de la Couronne s'est présentée sous la forme d'une immunité assortie, toutefois, de plusieurs exceptions, la plus importante étant certainement l'exception d'implication nécessaire. S'est posée la question de savoir si les textes législatifs cités au titre suivant, les textes plus contemporains en particulier, avaient eu pour effet d'écarter cette exception et donc de conférer une protection plus étendue à la Couronne, une protection accrue.

(i) **Le droit fédéral**

En droit fédéral, plusieurs décisions ont traité de cette question. La première décision d'importance fut sans aucun doute celle que rendit le Comité judiciaire du Conseil Privé dans l'affaire *Re Silver Brothers Ltd.*³⁷³. Le Conseil Privé devait se prononcer, dans cette affaire, quant à la portée des termes figurant dans la première *Loi d'interprétation*³⁷⁴, à savoir l'expression «à moins qu'il n'y soit expressément déclaré qu'elle oblige Sa Majesté». Le Conseil Privé décida, dans ces circonstances, que la codification législative avait écarté l'exception d'implication nécessaire³⁷⁵. Pour ce qui est des décisions rendues plus récemment par la Cour suprême du Canada, elles le furent, pour la plupart, sous l'empire de la *Loi d'interprétation*³⁷⁶ telle que rédigée depuis 1970. Les termes «dans la mesure y prévue ou

³⁷³ *supra*, note 307.

³⁷⁴ *supra*, note 366.

³⁷⁵ *Re Silver Brothers Ltd.*, *supra*, note 307, à la p. 523.

³⁷⁶ *supra*, note 370.

mentionnée» étaient-ils différents des termes employés auparavant au point de permettre le rétablissement de l'exception d'implication nécessaire?

En 1978, à l'occasion de l'arrêt *Sa majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*³⁷⁷, le juge en chef Laskin, pour la majorité, émit l'opinion suivante³⁷⁸:

Je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la substitution de l'expression «sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue» pour «à moins que l'intention n'y soit formellement exprimée d'y atteindre sa Majesté» rétablit la doctrine de la «déduction nécessaire». Il me semble au contraire que la «déduction nécessaire» est exclue s'il faut que la Couronne soit mentionnée ou prévue dans le texte législatif pour y être assujettie.

Dans une deuxième affaire, toutefois, assez curieusement, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Beetz, en vint à une conclusion différente³⁷⁹. D'ailleurs, fait pour le moins surprenant, il n'y est point fait mention des propos du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*³⁸⁰. Ainsi, dans l'arrêt *Ouellette*³⁸¹, le juge Beetz, infirmant un jugement rendu par la Cour d'appel du Québec, prononça l'applicabilité du *Code criminel*³⁸² à la Couronne du chef du Québec. Sans se

³⁷⁷ *supra*, note 134.

³⁷⁸ *Ibid.*, à la p. 75.

³⁷⁹ *R. c. Ouellette*, *supra*, note 135.

³⁸⁰ *supra*, note 134.

³⁸¹ *supra*, note 135.

³⁸² (tel qu'il se lisait alors), *supra*, note 275.

questionner quant à sa survie en droit fédéral, eu égard, notamment, à l'impact de la codification législative, le juge Beetz a recours à l'exception d'implication nécessaire³⁸³.

Le débat allait se poursuivre à l'occasion de l'affaire *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*³⁸⁴ où, cette fois, la Cour, retournant au principe initialement formulé par le juge en chef Laskin, ne traite aucunement de la décision rendue dans l'affaire *Ouellette*³⁸⁵. Le juge Dickson (il était alors juge puîné) y conclut simplement que³⁸⁶:

Le Parlement a suivi l'exemple de la Common law et est allé encore plus loin. L'article 16 de la *Loi d'interprétation* supprime même l'exception d'implication nécessaire.

Les arrêts *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*³⁸⁷ et *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*³⁸⁸ soulevèrent à nouveau la question du rétablissement de l'exception d'implication nécessaire. Le juge en chef Dickson, celui-là même qui avait rédigé pour la majorité dans l'arrêt *Eldorado*³⁸⁹, passe en revue l'ensemble de

³⁸³ *supra*, note 135, aux pp. 574-579.

³⁸⁴ *supra*, note 90.

³⁸⁵ *supra*, note 135.

³⁸⁶ *R. c. Eldorado Nuclear Ltd.*, *supra*, note 90, à la p. 558.

³⁸⁷ *supra*, note 138.

³⁸⁸ *supra*, note 139.

³⁸⁹ *supra*, note 90.

la jurisprudence pertinente. Il s'écarte de l'opinion qu'il avait précédemment exprimée lorsqu'il écrit³⁹⁰:

L'article 16 exige que le Parlement exprime clairement son intention de lier Sa Majesté. Ce qui ne veut pas nécessairement dire qu'une loi fédérale doit comporter un article qui prévoit «La présente loi lie Sa Majesté» (bien qu'en matière de rédaction législative une telle disposition ne laisserait place à aucun doute).

C'est incontestablement dans cette tendance que s'inscrit la décision rendue récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*³⁹¹. Contrairement aux précédentes, cette décision fut rendue sous l'égide de la *Loi d'interprétation*³⁹² telle qu'elle est rédigée depuis la révision de 1985. Les termes «sauf indication contraire y figurant» remplaçaient donc l'expression «dans la mesure y mentionnée ou prévue». La Cour, sous la plume du juge La Forest, y prétend en effet avoir dissipé toute incertitude quant à la situation de l'exception d'implication nécessaire en droit fédéral. De l'avis du juge La Forest, les décisions rendues dans les affaires *Alberta Government Telephones*³⁹³ ont clairement affirmé la survie de cette exception en droit

³⁹⁰ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138, à la p. 280.

³⁹¹ *supra*, note 91.

³⁹² *supra*, note 370.

³⁹³ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138 et *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*, *supra*, note 139.

fédéral³⁹⁴. Faut-il rappeler d'ailleurs que la conclusion à laquelle en vinrent les membres de la Cour dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*³⁹⁵ eut pour fondement le fait que la loi qui y était en cause, la *Loi sur la protection des eaux navigables*³⁹⁶, satisfaisait aux critères d'application de l'exception d'implication nécessaire.

L'expression «Sa Majesté» qui figure à l'article 17 de la *Loi d'interprétation*³⁹⁷ fédérale, interprétée à la lumière de la définition que l'on en propose au paragraphe 35(1)³⁹⁸ de cette même loi, renvoie-t-elle à la Couronne du chef du Canada seulement ou, au contraire, inclut-elle également la Couronne du chef d'une province? Cette question s'est posée dans l'arrêt *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*³⁹⁹, où la Cour suprême du Canada devait décider de l'applicabilité de lois et règlements fédéraux à la Couronne du chef de l'Alberta. À cette époque, les dispositions pertinentes de la *Loi d'interprétation*⁴⁰⁰ étaient les articles 16 et 28. Ayant décidé que l'article 16 conférait une

³⁹⁴ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, *supra*, note 91, à la p. 52.; voir également au même effet, *Société des alcools du Québec c. Steinberg Inc.*, *supra*, note 267. L'exception d'implication nécessaire fut, dans cette dernière affaire, étudiée par la Cour d'appel du Québec qui la jugea toutefois inapplicable.

³⁹⁵ *supra*, note 91.

³⁹⁶ *supra*, note 342.

³⁹⁷ *supra*, note 370.

³⁹⁸ *Ibid.* Le paragraphe 35(1) définit l'expression «Sa Majesté» en des termes peu descriptifs: «Le Souverain du Royaume-Uni, du Canada et de Ses autres royaumes et territoires, et du chef du Commonwealth».

³⁹⁹ *supra*, note 134.

⁴⁰⁰ *supra*, note 369.

protection plus étendue que celle offerte, traditionnellement, par la règle de Common law, la Cour émit en outre l'opinion que l'expression «Sa Majesté» y figurant devait probablement comprendre, à la fois, la Couronne du chef du Canada et la Couronne du chef d'une province⁴⁰¹:

La Constitution du Canada répartit le pouvoir législatif entre le Parlement central et des législatures provinciales et le pouvoir exécutif, dit de prérogative (officiellement conféré à la Reine), est réparti comme le pouvoir législatif et relève donc de différents pouvoirs exécutifs. Cependant, les décisions des tribunaux, notamment celles du Conseil privé ont considéré qu'une mention générale dans la législation provinciale et fédérale renvoyait à la notion de Couronne indivisible.

Plus loin, le juge en chef Laskin conclut⁴⁰²:

J'estime inutile en l'espèce de décider si la définition des termes «Sa Majesté» à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation fédérale* ne devrait désigner, pour des motifs d'ordre constitutionnel, que la Couronne du chef du Canada. Je me contenterai de suivre l'opinion traditionnelle selon laquelle la définition s'applique à la Couronne dans tous les domaines où elle peut être assujettie à une loi fédérale.

Il semble donc acquis à l'heure actuelle qu'au niveau conceptuel, l'expression «Sa Majesté» incluse à l'article 17 de la *Loi d'interprétation* doit être comprise comme incluant non seulement la Couronne du chef du Canada mais aussi celle du chef d'une province⁴⁰³. On

⁴⁰¹ *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, supra, note 134, à la p. 71.

⁴⁰² *Ibid.*, aux pp. 75-76. C'est d'ailleurs dans ce contexte que le juge en chef Laskin écrit:

À mon sens, si le gouvernement de l'Alberta ne peut se prévaloir de la protection prévue à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation fédérale*, il peut à juste titre invoquer le principe de *common law* énoncé dans l'arrêt *Bombay*.

⁴⁰³ Voir généralement Colin H.H. McNairn, «Crown Immunity from Statute - Provincial Governments and Federal Legislation» (1978), 56 *R. du B. Can.* 145. Voir également l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85.

peut d'ailleurs voir, à cet égard, l'arrêt *Alberta Home Mortgage Corp. c. Hill Investments Ltd.*⁴⁰⁴, où la loi fédérale sur l'intérêt fut jugée inapplicable à une société mandataire de la Couronne du chef de l'Alberta⁴⁰⁵. Toutefois, si, du temps où on considérait que la codification législative du principe conférait, à tout le moins dans l'ordre fédéral, une protection accrue, cette question avait une importance considérable, on comprendra qu'aujourd'hui, à une époque où la jurisprudence a établi que la codification législative du principe offre une protection identique à celle traditionnellement reconnue par la Common law, elle a perdu beaucoup de sa pertinence.

(ii) La Loi d'interprétation du Québec

La *Loi d'interprétation*⁴⁰⁶ du Québec, à laquelle nous nous attarderons ici, une loi du Québec, consacre la règle générale, mais, comme la loi fédérale, se fait silencieuse quant à l'exception d'implication nécessaire. Doit-on conclure de ce silence que, eu égard à la codification et à ses effets, l'exception d'implication nécessaire est disparue? Étant donné le silence quasi total de la jurisprudence à cet égard, en particulier celle de la Cour suprême du Canada, il nous

⁴⁰⁴ *Alberta Home Mortgage Corp. c. Hill Investments Ltd.*, [1985] 3 W.W.R. 751 (Alta.Q.B.).

⁴⁰⁵ *Ibid.*, aux pp. 753-754. On peut y lire le passage suivant:

The Court also considered whether the *Interpretation Act* exempted the provincial Crown from the ambit of federal legislation, in light of ss. 16 [aujourd'hui l'article 17] and 28 [aujourd'hui l'article 35] of that Act. At p. 264 the court made it clear and held that the s. 28 definition does not confine the definition of the Crown to the Crown in right of Canada only, and suggested that the definition is wide enough to encompass the Crown in right of the province.

⁴⁰⁶ *supra*, note 372.

faut essentiellement déterminer si le texte de l'article 42 de la *Loi d'interprétation*⁴⁰⁷ du Québec permet la transposition des principes énoncés en droit fédéral. Le texte de l'article pertinent de la loi du Québec est-il comparable, quant à son contenu réel, à celui de la loi fédérale? Les termes «à moins qu'ils n'y soient expressément compris» qui figurent à l'article 42 de la loi québécoise sont-ils comparables aux termes qu'a utilisés récemment le législateur fédéral, c'est-à-dire, selon le cas, les «dans la mesure y mentionnée ou prévue»⁴⁰⁸ ou «sauf indication contraire y figurant»⁴⁰⁹?

À notre avis, ils ne le sont pas. Les termes qui figurent au texte de l'article 17, comme ceux qui figuraient jadis à l'article 16, nous semblent en effet plus larges et permissifs. En particulier, à la différence des termes employés par le législateur québécois, les termes «sauf indication contraire y figurant» paraissent nettement plus ouverts à la possibilité que soient affectés par implication nécessaire les droits de Sa Majesté. Ainsi, les tribunaux ont, à de nombreuses reprises, décidé que la formulation de dispositions législatives semblables à celle de la *Loi d'interprétation*⁴¹⁰ du Québec s'opposait à ce que les droits de la Couronne soient

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ Voir l'article 16 de la *Loi d'interprétation* tel qu'il apparaissait suite à la révision de 1970, *supra*, note 369.

⁴⁰⁹ Voir l'article 17 de la *Loi d'interprétation* tel qu'il est rédigé depuis la révision de 1985, *supra*, note 370.

⁴¹⁰ *supra*, note 372.

atteints autrement qu'en vertu d'une mention expresse⁴¹¹. C'est d'ailleurs là ce que décida le Comité judiciaire du Conseil Privé l'arrêt *In Re Silver Brothers Ltd.*⁴¹², lequel impliquait une disposition législative on ne peut plus similaire à celle promulguée par le législateur québécois⁴¹³. Dans cette affaire, à laquelle référer plus tard le juge en chef Laskin⁴¹⁴, le Conseil Privé jugea que: «[TRADUCTION] On voit que c'est une contradiction dans les termes de prétendre qu'une «déduction irrésistible» constitue une mention expresse»⁴¹⁵. Toutefois, comme l'indique le professeur Côté⁴¹⁶, il faut souligner qu'il ne s'agissait d'interpréter des textes législatifs québécois dans aucun des arrêts récents où il fut décidé que la codification avait eu pour effet d'écartier l'exception d'implication nécessaire.

Il n'en demeure pas moins que les décisions récentes de la Cour suprême du Canada, par lesquelles fut prononcée la survie de l'exception d'implication nécessaire en droit fédéral, sont celles qui doivent guider les tribunaux québécois dans l'appréciation des effets de l'article 42.

⁴¹¹ Voir Pierre-André Côté, *op. cit.*, note 254, à la p. 221 et les décisions auxquelles il renvoie, en l'occurrence *R. c. Pouliot*, (1888), 2 Ex.C.R. 49; *R. c. Kussner*, [1939] Ex.C.R. 206; *Rankin c. The King*, [1940] Ex.C.R. 105; *MacArthur c. The King*, [1943] Ex.C.R. 77; *Minister of National Revenue c. Roxy Frocks manufacturing* (1937), 62 B.R. 113; *Crombie c. The King*, *supra*, note 159; *Re W.*, *supra*, note 159 et *R. c. Rhodes*, [1934] O.R. 44 (H.C.Ont.).

⁴¹² *supra*, note 307.

⁴¹³ Voir le paragraphe 7(33) de l'Acte d'interprétation de 1867, *supra*, note 366.

⁴¹⁴ *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, *supra*, note 134, aux pp. 73-75.

⁴¹⁵ *Ibid.*, à la p. 523. Voir également Pierre-André Côté, *op. cit.*, note 254, à la p. 211.

⁴¹⁶ Voir Pierre-André Côté, *op. cit.*, note 254, à la p. 211.

Il est évident que les arrêts *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*⁴¹⁷ et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*⁴¹⁸ constituent à cet égard, bien qu'ils aient été rendus dans le contexte du droit fédéral, des précédents dont la force contraignante est très grande. Dans ces décisions, la Cour a clairement indiqué son intention de nier à la Couronne une amélioration indue de sa situation privilégiée face à l'application des lois. Au tournant du vingt et unième siècle, la justification de cette doctrine, celle de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, qui, désormais et depuis un certain déjà, reflète mal la réalité politique et constitutionnelle canadienne paraît de moins en moins évidente. Dans ces circonstances, comme le fit la Cour suprême du Canada en droit fédéral, on ne peut que favoriser une position qui permet un certain nivellement des rapports entre la Couronne et les justiciables. Étant entendu, cependant, que ce nivellement ne peut s'opérer que dans le respect des normes juridiques en place.

Outre ces motifs qui tiennent davantage de la politique judiciaire, on verra que l'article 42 de la loi québécoise d'interprétation ne fait pas nécessairement obstacle à la reconnaissance de l'exception d'implication nécessaire. Comme la jurisprudence le reconnaît⁴¹⁹, le texte de l'article 42 ne fait que codifier, c'est-à-dire confirmer, une règle qui se présentait en Common

⁴¹⁷ *supra*, note 138.

⁴¹⁸ *supra*, note 91.

⁴¹⁹ *supra*, notes 158 et 159.

law comme une règle générale. La règle confirmée en est toutefois une qui, même avant sa codification, était susceptible et, en fait, connaissait plusieurs exceptions⁴²⁰. La doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, nonobstant sa nature de prérogative, opère telle une règle d'interprétation énonçant une présomption⁴²¹. L'absence d'une mention expresse fait donc présumer de la volonté du législateur québécois de ne pas lier la Couronne. La présomption ainsi énoncée pourra toutefois être écartée, si, notamment, pour utiliser les termes du juge La Forest⁴²², le contexte global de la loi est tel qu'il dénote une intention claire d'obliger Sa Majesté. C'est d'ailleurs là la position que favorisent la plupart des auteurs⁴²³.

⁴²⁰ Voir Pierre-André Côté, *op. cit.*, note 254, aux pp. 210-211. L'opinion qu'émet le professeur Côté à cet égard est fort bien étayée:

À notre avis, on ne peut conclure que le législateur québécois ait voulu ainsi exclure la possibilité d'un assujettissement de la Couronne par implication, pour les raisons suivantes: 1) Comme la jurisprudence le reconnaît, les textes québécois (art. 9 C.c.B.C.; art. 42, *Loi d'interprétation*) ne font que codifier la règle qui se présentait en Common law comme une règle générale. 2) En vertu d'un principe bien connu, une loi doit s'interpréter comme ne dérogeant pas à la Common law au-delà de ce qui est indiqué: or, non seulement les textes québécois n'interdisent pas formellement l'exception d'implication nécessaire, mais elle est même maintenue, en ce qui concerne la *Loi d'interprétation*, par une disposition expresse: l'article 1 de la *Loi d'interprétation* déclare que celle-ci ne s'applique pas à une loi lorsque l'objet ou le contexte s'y opposent. De plus, l'article 38 de la même loi déclare qu'une règle d'interprétation de Common law n'est pas exclue simplement parce qu'elle n'est pas mentionnée dans la *Loi d'interprétation*: elle pourra s'appliquer si elle n'est pas incompatible avec une disposition de celle-ci. L'exception d'implication nécessaire n'est donc pas exclue du simple fait que l'article 42 ne la mentionne pas. Elle est en outre compatible avec le texte de l'article 42 si on interprète ce dernier comme énonçant une règle générale susceptible d'exceptions: or l'article 1 permet de soutenir cette conclusion et c'est également la conclusion qui découle du fait que l'article 42 reproduit une règle qui, en Common law, était présentée comme une règle générale susceptible d'exceptions.

⁴²¹ *supra*, note 161 et le texte correspondant.

⁴²² *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, *supra*, note 91, à la p. 53.

⁴²³ Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, à la p. 74; Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. 18; Peter W. Hogg, *Op cit.*, note 129, aux pp. 271-272 et René Dussault et Gaston Pelletier, «Le professionnel-fonctionnaire face aux mécanismes d'inspection professionnelle et de discipline institués par le *Code des professions*» (1977), 37 R. du B. 2, à la p. 10.

Certaines décisions émanant de tribunaux québécois nous semblent d'ailleurs avoir reconnu, à tout le moins implicitement, la survie de l'exception d'implication nécessaire en droit québécois⁴²⁴. En outre, deux arrêts récents confirment la possibilité d'un assujettissement par voie d'implication nécessaire en droit québécois. Dans *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*⁴²⁵ l'applicabilité de la *Loi sur l'expropriation*⁴²⁶ à la Couronne du chef du Québec fut inférée du fait que cette loi remplaçait une loi formellement applicable à la Couronne⁴²⁷. De la même manière, dans l'affaire *Commission des normes du travail c. Conseil régional des services de la santé et des services sociaux de la Montérégie*⁴²⁸, étudiée précédemment, la Cour d'appel du Québec reconnut la survie de l'exception d'implication nécessaire malgré le texte de l'article 42 de la *Loi d'interprétation*⁴²⁹. Enfin, dans une affaire impliquant *Régie de l'Assurance-Maladie du Québec c. Hydro-Québec*⁴³⁰, la Cour supérieure du Québec affirma la survie de l'exception d'implication nécessaire lorsqu'elle conclut à l'applicabilité à l'égard d'Hydro-Québec, une société mandataire de la Couronne du chef du

⁴²⁴ Voir, *inter alia*, *P.G. du Québec c. Associés Mingan Ltée*, [1985] C.S. 107, à la p. 114.

⁴²⁵ *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732.

⁴²⁶ L.Q. 1973, ch. 38.

⁴²⁷ Cette décision paraît d'ailleurs conforme à l'approche que proposa plus tard le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, *supra*, note 91, laquelle, on l'a vu, repose sur une étude du contexte global de la loi. Le contexte doit s'entendre, de l'avis du juge La Forest, des circonstances qui ont donné lieu à l'adoption de la loi et la situation qu'elle voulait corriger. Voir *supra*, note 312 et le texte correspondant.

⁴²⁸ *Commission des normes du travail c. Conseil régional des services de la santé et des services sociaux de la Montérégie*, *supra*, note 347.

⁴²⁹ *supra*, note 372.

⁴³⁰ [1991] R.J.Q. 2361 (C.S.).

Québec, malgré l'absence d'une disposition expresse, de la *Loi sur l'Assurance-Maladie*⁴³¹ et de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁴³².

(aa) **Les droits et les prérogatives**

Étant donné le libellé pour le moins restreint de l'article 42 de la *Loi d'interprétation*⁴³³, se pose la question suivante: le fait qu'il n'y soit question que des «droits de la Couronne», sans mention des prérogatives⁴³⁴, a-t-il une signification quelconque? Le problème ne se pose pas en droit fédéral puisque l'article 17 de la *Loi d'interprétation*⁴³⁵ fédérale inclut les «droits et prérogatives» et ne laisse en conséquence place à aucune argumentation. L'article 9 du *Code civil du Bas-Canada*, comme l'article 17 de loi fédérale d'interprétation, traite des droits et prérogatives. Cet article n'est toutefois pas repris dans le *Code civil du Québec*⁴³⁶. L'impact de cette abrogation sera d'ailleurs analysé plus loin. Qu'il nous suffise de dire, à ce stade-ci, que l'article 9 du *C.c.B.-C.*, bien qu'il fut récemment abrogé, nous paraît pouvoir servir de guide dans l'interprétation de l'article 42 de la *Loi d'interprétation*⁴³⁷.

⁴³¹ L.R.Q., ch. A-29.

⁴³² L.R.Q., ch. S-5.

⁴³³ *supra*, note 372.

⁴³⁴ Le pertinence de l'extension de l'immunité aux prérogatives est toutefois très relative. La Couronne est en effet liée par implication nécessaire par les lois dont l'objet est de, selon le cas, confirmer, modifier ou abroger la prérogative. Voir, à cet égard, *supra*, note 360 et le texte correspondant.

⁴³⁵ *supra*, note 370.

⁴³⁶ *supra*, note 126.

⁴³⁷ *supra*, note 372.

En Common law, l'immunité dont bénéficie la Couronne s'applique aussi bien à ses droits et intérêts⁴³⁸ qu'à ses prérogatives⁴³⁹. L'article 42 dispose quant à lui que nulle loi n'a d'effet sur «les droits de la Couronne, à moins que...». Il est en effet un principe bien connu selon lequel les tribunaux se doivent d'interpréter la loi comme ne dérogeant pas à la Common law et ce, à moins qu'elle ne le fasse en des termes très clairs et non ambigus⁴⁴⁰. Est-il possible d'interpréter l'article 42 comme ne dérogeant pas à la Common law? Nous le croyons. Eu égard au libellé de l'ancien article 9 C.c.B.-C., il est possible de croire que le législateur québécois n'a pas voulu, par l'article 42, restreindre la portée de la règle de Common law. Ainsi, à défaut de termes clairs et non ambigus à l'effet contraire, il faut, à notre avis, comprendre l'expression «les droits de la Couronne» incluse à l'article 42 comme renvoyant aux droits de la Couronne au sens générique, c'est-à-dire à tous ses droits, intérêts et prérogatives, lesquels pourront prendre la forme, selon le cas, d'un privilège ou d'une immunité.

⁴³⁸ *supra*, note 358 et le texte correspondant.

⁴³⁹ *supra*, note 359 et le texte correspondant.

⁴⁴⁰ *supra*, note 158.

Comme ce fut le cas pour l'article 17 de la *Loi d'interprétation*⁴⁴¹ fédérale, il convient de se demander si l'expression la Couronne employée à l'article 42 de la *Loi d'interprétation*⁴⁴² du Québec vise, à la fois, la Couronne du chef du Québec et la Couronne du chef du Canada? Faut-il rappeler que ce débat est clos en droit fédéral, à tout le moins jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada décide de réexaminer la question⁴⁴³. La situation en droit provincial est beaucoup moins problématique.

L'expression la «Couronne» est définie à l'alinéa 61(1^o) de la *Loi d'interprétation*⁴⁴⁴ du Québec. La définition proposée est identique à celle qu'utilise le législateur fédéral pour définir l'expression «Sa Majesté»⁴⁴⁵. Ainsi, la disposition promulguée par le législateur québécois vise expressément la Couronne du chef du Canada mais se fait silencieuse quant à celle du chef du Québec. Doit-on conclure de ce silence que le législateur québécois n'a pas voulu que la codification législative puisse bénéficier à la Couronne du chef du Québec? Poser la question c'est y répondre. Le législateur québécois n'a certes pas procédé à la codification de la doctrine pour le seul bénéfice de la Couronne du chef du Canada. Pour cette raison, il

⁴⁴¹ *supra*, note 370.

⁴⁴² *supra*, note 372.

⁴⁴³ *supra*, notes 397 à 405 et le texte correspondant.

⁴⁴⁴ *supra*, note 372.

⁴⁴⁵ Voir le paragraphe 35(1) de la *Loi d'interprétation*, *supra*, note 398.

faut conclure que le Couronne du chef du Québec est également visée à l'alinéa 61(1^o) et, par voie de conséquence, à l'article 42. Un autre argument milite en faveur de pareille conclusion. La notion de Couronne indivisible, une notion centrale au raisonnement appliqué en droit fédéral⁴⁴⁶, trouve application, sans distinction, à l'égard des gouvernements fédéral et provinciaux⁴⁴⁷.

(bb) **L'abrogation de l'article 9 du Code civil du Bas-Canada**

Le *Code civil du Bas-Canada* consacrait, en son article 9, le principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois. Cet article disposait que «Nul acte de la législature n'affecte les droits ou prérogatives de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient compris par une disposition expresse». Le législateur québécois, à l'occasion de l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*⁴⁴⁸ n' a pas jugé opportun de reprendre la substance de cette disposition. Cette omission témoigne-t-elle d'une intention de soustraire ce même *Code* à la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois? Plusieurs raisons nous amènent à répondre par la négative.

⁴⁴⁶ *supra*, notes 397 à 405 et le texte correspondant.

⁴⁴⁷ Voir les arrêts *Liquidators of Maritime Bank c. Receiver General of New Brunswick*, *supra*, note 112; *In Re Silver Brothers Ltd.*, *supra*, note 307 et *J.E. Verreault et Fils Ltée c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 101.

⁴⁴⁸ *supra*, note 126.

Ces raisons, elles tiennent d'abord à l'explication de la présence de la disposition dans le C.c.B.-C. On a vu précédemment que le principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois fut consacré pour la première fois en droit canadien en 1849⁴⁴⁹. En 1866, le principe fut réaffirmé par le Parlement du Canada-Uni et ce, par le biais de l'article 9 du C.c.B.-C. Ayant par là reconnu la grande importance du droit civil, les parlementaires jugèrent en outre opportun d'y inclure l'expression d'autres principes fondamentaux extérieurs ceux-là, pour la plupart, au domaine du droit civil et parmi lesquels figurait la règle énoncée à l'article 9⁴⁵⁰. En 1868, au lendemain de la Confédération, fut consacrée pour la première fois par le législateur québécois la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois⁴⁵¹. L'article 9 du C.c.B.-C. perdit, de ce fait, beaucoup de son importance, une loi d'interprétation étant, par définition, d'application beaucoup plus étendue. À compter de cette date, c'est dans une loi d'interprétation, une loi de portée générale, que se trouva codifiée la doctrine. Ainsi, en 1991, au moment d'adopter le nouveau Code, le législateur québécois a jugé inutile de reproduire l'ancien article 9⁴⁵²:

Les dispositions préliminaires du Code civil du Bas Canada contenaient des règles d'interprétation de même que certaines règles de droit international privé. Comme les

⁴⁴⁹ *Acte pour donner une interprétation législative [...], supra, note 364.*

⁴⁵⁰ Cette réalité se trouve confirmée par le titre de la rubrique à l'intérieur de laquelle figure l'article 9, à savoir «De la promulgation, de la distribution, de l'effet, de l'application, de l'interprétation et de l'exécution des lois en général». Les commentaires émis par les commissaires sont également fort éloquentes: voir, *Code civil du Bas-Canada, 2^{ème} Rapport des commissaires, Stewart Derbshire & George Desbarats, Québec, 1863, aux pp. vi à x.*

⁴⁵¹ *Loi d'interprétation du Québec de 1868, supra, note 371.*

⁴⁵² Voir les *Commentaires du Ministre de la justice, le Code civil du Québec, Les Publications du Québec, 1993, Tome I, à la p. 2.*

premières sont déjà intégrées à la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., chapitre I-16), la présente disposition préliminaire ne les reprend pas.

L'article 42 de la *Loi d'interprétation*⁴⁵³ du Québec codifie et confirme la règle que la Common law reconnaît comme appartenant au domaine des prérogatives royales et selon laquelle la Couronne n'est pas, sauf exception, sujette à l'application des lois. Le *Code civil du Québec*⁴⁵⁴, en tant que loi promulguée par la législature de la province de Québec, n'échappe pas à cette règle. D'aucuns argumenteront que sa vocation⁴⁵⁵ devrait pouvoir assurer l'universalité de son application. La Common law n'admet toutefois aucune telle exception à la règle. Qui plus est, l'opinion émise par le juge Dickson (il était alors juge puîné) dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*⁴⁵⁶ constitue, à cet égard, un sérieux obstacle. En effet, de l'avis du juge Dickson, la règle «ne fait aucune différence entre les genres de lois concernés...»⁴⁵⁷.

⁴⁵³ *supra*, note 372.

⁴⁵⁴ *supra*, note 126.

⁴⁵⁵ On peut voir, à ce sujet, la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, *supra*, note 126, laquelle dispose que:

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger.

⁴⁵⁶ *supra*, note 90.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, à la p. 556.

2. Les lois adoptées pour l'avantage général du public

Il existait, à l'origine, en Common law, une exception à la règle suivant laquelle la Couronne était implicitement liée par certaines lois adoptées pour l'avantage général du public. C'est Bacon qui, le premier, avait avancé l'idée que de telles lois puissent lier Sa Majesté même en l'absence d'une mention expresse⁴⁵⁸. Le professeur Chitty traite de cette seconde exception en ces termes⁴⁵⁹:

To this rule, there is a most important exception, namely that the King is impliedly bound by statutes passed for the public good; the relief of the poor; the general advancement of learning; religion and justice; or to prevent fraud, injury or wrong.

De la même manière, les auteurs néo-zélandais étudièrent également la possible applicabilité de cette exception⁴⁶⁰.

D'aucuns prétendront que les lois adoptées par une assemblée législative sont toujours censées l'être pour l'avantage général du public⁴⁶¹. Pour cette raison, l'exception proposée par Bacon paraissait entrer en conflit avec l'essence même de la doctrine de l'immunité de la Couronne face à l'application des lois. Ce n'est donc sans aucune surprise que fut accueilli

⁴⁵⁸ Voir généralement Francis Bacon, *op. cit.*, note 185.

⁴⁵⁹ J. Chitty, *op. cit.*, note 29, à la p. 382. Voir également *Rex c. McLoed*, [1930] 4 D.L.R. 226.

⁴⁶⁰ A.E. Currie, *op. cit.*, note 84, aux pp. 108-110.

⁴⁶¹ Voir Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, aux pp. 74-75.

l'arrêt *Province of Bombay c. Municipal Corporation of the City of Bombay*⁴⁶² par lequel le Comité judiciaire du Conseil Privé la rejeta de façon non équivoque⁴⁶³:

It was contended on behalf of the respondents that whenever a statute is enacted «for the public good» the Crown, though not expressly named, must be held to be bound by its provisions and that, as the Act in question was manifestly intended to secure the public welfare, it must bind the Crown. This contention, which did not meet with success in the High Court, was again raised before their Lordships. The proposition which the respondents thus sought to maintain is supported by early authority, and it is to be found in Bacon's Abridgment and other text-books, but in their Lordships' opinion it cannot now be regarded as sound except in a strictly limited sense. Every statute must be supposed to be «for the public good», at least in intention, and even when, as in the present case, it is apparent that one object of the legislature is to promote the welfare and convenience of a large body of the King's subjects by giving extensive powers to a local authority, it cannot be said, consistently with the decided cases, that the Crown is necessarily bound by the enactment.

3. Les lois préjudiciables

Les lois peuvent avoir différents effets sur la Couronne. Le principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, peu importe le contexte dans lequel il est invoqué, juridictionnel ou interjuridictionnel, ne trouve application que lorsque les dispositions législatives en cause, appliquées à la Couronne, auraient pour effet de lui causer préjudice⁴⁶⁴. Si, au contraire, une loi bénéficie à la Couronne ou encore si elle n'a pas pour effet de lui causer préjudice, alors

⁴⁶² *supra*, note 246.

⁴⁶³ *Ibid.*, aux pp. 62-63. Voir également Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, aux pp. 74-75. Le professeur Garant rappelle que le Conseil Privé a précisé que l'exception «cannot be regarded as sound except in a strictly limited sense». Il émet ensuite l'opinion que cette exception prend aujourd'hui la forme suivante:

Ainsi donc, s'il appert qu'une loi ne peut atteindre effectivement l'objet pour lequel elle a été édictée que dans la mesure où la Couronne y est également assujettie, alors les tribunaux déduiront par «implication nécessaire» que la Couronne est liée par cette loi.

Force est de constater toutefois, comme le souligne le professeur Garant, que, bien qu'elle a été mentionnée en certaines occasions (*Gibbs c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1953] R.L. 117 et *Erickson v. Fisher*, [1947] 1 W.W.R. 227), cette règle n'a à ce jour jamais été appliquée.

⁴⁶⁴ Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, aux pp. 8-9.

l'immunité ne saurait être légitimement invoquée. Dans ce dernier cas, on dira que la loi inclut, de façon générale, la Couronne et ce, malgré l'absence de mention expresse à cet effet et même s'il est impossible de conclure à l'existence d'une implication nécessaire.

La jurisprudence a souvent reconnu à la Couronne le droit de tirer avantage d'une loi ou d'un ensemble de lois. Il semblerait d'ailleurs que rien ne s'oppose à ce que la Couronne tire avantage de la législation passée par l'autre ordre de gouvernement. Ainsi, la Couronne fédérale, dans un litige l'opposant à un particulier, peut profiter des dispositions d'une loi provinciale, même si elle n'est pas expressément nommée dans cette loi⁴⁶⁵. Il en va de même pour la Couronne du chef d'une province vis-à-vis la loi fédérale⁴⁶⁶. La jurisprudence limite toutefois la portée de cette exception. Ainsi, la Couronne ne pourra tirer avantage d'une loi dont le texte fait voir qu'elle ne doit pas être appliquée à la Couronne⁴⁶⁷. De même, la Couronne ne pourra tirer avantage d'une loi dont le but et l'objet font voir qu'elle ne doit être appliquée qu'aux sujets de la Couronne⁴⁶⁸. Enfin, la Couronne ne pourra tirer avantage d'une

⁴⁶⁵ *Toronto Transportation Commission v. R.*, [1949] R.C.S. 510.

⁴⁶⁶ Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, à la p. 73.

⁴⁶⁷ *Nisbet Shipping Co. v. The Queen*, [1955] 4 D.L.R. 1 (C.J.C.P.).

⁴⁶⁸ *Hamilton v. The King* (1917), 35 D.L.R. 226 (C.S.C.).

loi qui prévoit des remèdes incompatibles avec la nature et les caractéristiques de la Couronne⁴⁶⁹.

L'arrêt *Nisbet Shipping Co. Ltd. c. The Queen*⁴⁷⁰ en constitue un bon exemple. Il était question, dans cette affaire, d'une collision maritime et donc, par conséquent, de l'application de la *Loi sur la marine marchande*⁴⁷¹. Un bateau appartenant à une société mandataire de la Couronne avait été jugé responsable de la survenance de cette collision. Le Conseil Privé devait déterminer s'il était loisible à la Couronne du chef du Canada d'invoquer l'article 649 de la Loi afin de limiter sa responsabilité et ce, alors que l'article 712 de la même Loi disposait expressément que la loi, sauf mention contraire, n'avait aucune application à l'égard des bateaux appartenant à Sa Majesté. Le Conseil Privé, rétablissant le jugement du juge Thorson de la Cour de l'Échiquier, décida qu'eu égard à l'article 712, la Couronne du chef du Canada ne pouvait légitimement invoquer la limitation de l'article 649.

⁴⁶⁹ *Commonwealth v. Anderson*, (1960) 105 C.L.R. 303, aux pp. 331-313 et aux pp. 318-325.

⁴⁷⁰ *Nisbet Shipping Co. Ltd. c. The Queen*, *supra*, note 467.

⁴⁷¹ À l'époque: *Loi sur la marine marchande*, S.C. 1934, ch. 44.

4. Les lois qui ne lient pas la Couronne : la théorie des avantages et des obligations («benefits and burdens»)

S'il apparaît des décisions étudiées au titre précédent que la Couronne peut, en tout temps, prendre avantage des lois, on verra que cet exercice n'est toutefois pas, pour la Couronne, libre de toute conséquence. En tirant avantage ou, simplement, en utilisant les mécanismes mis en place par la législation, la Couronne s'expose aux effets des désavantages, inconvénients et obligations afférents à ces mêmes mécanismes.

a) Terminologie

Il nous faut, dès le départ, mentionner certaines difficultés terminologiques que peut soulever l'application de cette quatrième exception à la règle. La confusion est largement attribuable à la terminologie qu'utilisa le juge en chef Dickson dans les arrêts *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*⁴⁷² et *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*⁴⁷³. Dans ces deux arrêts, traitant de cette même exception, le juge en chef, s'écartant de la terminologie utilisée l'année précédente dans l'arrêt *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*⁴⁷⁴, parle non pas de l'exception fondée sur les avantages et les obligations mais plutôt de la théorie de la renonciation. D'autres tribunaux ont depuis

⁴⁷² *supra*, note 138.

⁴⁷³ *supra*, note 139.

⁴⁷⁴ *supra*, note 91.

endossé ce changement terminologique⁴⁷⁵. À notre avis, cependant, le résultat est plus ou moins heureux.

Pourquoi en effet parler de renonciation alors qu'il est parfaitement inexact de prétendre que le Couronne a renoncé à son immunité. Il s'agit d'une situation tombant sous la coupe de l'une des exceptions à la règle et non d'une renonciation. L'expression «théorie de la renonciation» n'est par ailleurs aucunement conforme à son équivalent anglais «benefit/burden exception». Il faut en outre savoir que, comme on le verra au titre suivant, la Couronne peut être considérée comme ayant renoncé, de façon expresse ou implicite, à son immunité et ce, dès lors qu'elle omet de l'invoquer en temps utile. Il semble donc plus approprié de parler de renonciation dans ce dernier cas seulement. Pour ces raisons, nous préférons nous en tenir à la terminologie formulée par les auteurs⁴⁷⁶ et initialement reprise par la Cour suprême du Canada⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ *Syndicat professionnel des ingénieurs de Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, *supra*, note 267.

⁴⁷⁶ Voir généralement Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, aux pp. 10 et ss.

⁴⁷⁷ Voir les notes du juge La Forest dans l'arrêt *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*, *supra*, note 91.

b) La formulation de l'exception

Dans un premier temps, comme le disait le juge La Forest dans l'affaire *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement*⁴⁷⁸, il importe de distinguer l'exception d'implication nécessaire de celle des avantages et des obligations⁴⁷⁹. En prenant avantage d'une loi ou, simplement, en utilisant les mécanismes qu'elle met en place, on présumera que la Couronne assume les fardeaux et obligations qui s'y rattachent et ce, malgré le fait que la loi en cause n'ait pas été rédigée de façon à lier la Couronne, que ce soit de façon expresse ou par implication nécessaire, mais pourvu, comme on l'a vu plus haut, que la loi en cause ne lui soit pas expressément inapplicable.

La force du principe de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois est mise de côté en raison d'un acte, d'un geste, d'une décision ou d'un comportement donné de la Couronne, mais surtout afin de préserver l'intégrité des dispositions législatives en cause. Ainsi, dans l'arrêt *Attorney General for British Columbia c. Royal Bank Of Canada and Island Amusement Company Ltd.*⁴⁸⁰, la Cour d'appel de la Colombie Britannique précisa que⁴⁸¹:

⁴⁷⁸ *supra*, note 91.

⁴⁷⁹ *Sparling c. Caisse de dépôt de placement du Québec*, *supra*, note 91, aux pp. 1023-1024.

⁴⁸⁰ [1937] 1 W.W.R. 273 (C.A.C.B.); le jugement de la Cour d'appel de Colombie Britannique fut infirmé pour d'autres motifs sous [1937] R.C.S. 459.

⁴⁸¹ *Ibid.*, à la p. 294.

The Crown must invoke the Act (i.e., a step must be taken under it) to obtain any color of right to the fund. It cannot rely on that part of the Act by which the right is acquired and ignore that part which (if its true construction warrants it) puts an end to a right temporarily enjoyed. The nature and extent of the right depends upon the wording of all relevant sections of the Act. [nous soulignons]

Dans la même veine, mentionnons qu'il n'est pas nécessaire que les avantages («benefits») et les obligations («burdens») se trouvent énoncés dans une seule et même loi⁴⁸².

Parmi l'ensemble des exemples d'application de cette quatrième exception, le plus important est très certainement le suivant. Plusieurs décisions ont établi que la Couronne du chef du Canada, lorsqu'elle utilise les mécanismes législatifs provinciaux en place et conclut des contrats nommés⁴⁸³, par exemple d'approvisionnement, devient sujette à l'application des lois provinciales en cause. Ayant utilisé une structure établie par une législature provinciale, la Couronne fédérale doit en accepter mais, surtout, en assumer les inconvénients. C'est en effet là ce qu'ont décidé le Comité judiciaire du Conseil Privé, dans l'arrêt *Dominion Building Corporation Ltd. c. The King*⁴⁸⁴ et la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Gauthier c. The King*⁴⁸⁵. Plus récemment, cette règle fut reprise par le juge Thorson de la Cour de l'Échiquier. Il écrivit, dans l'arrêt *Bank of Nova Scotia c. The Queen*⁴⁸⁶:

⁴⁸² Voir, *inter alia*, *The Queen c. Murray*, [1967] R.C.S. 262 et *In re Reid and Canadian Farm Loan Board*, [1937] 3 W.W.R. 1 (Man.K.B.).

⁴⁸³ Par opposition aux contrats administratifs. Voir, à cet égard, de façon générale, Andrée Lajoie, *op. cit.*, note 100.

⁴⁸⁴ *supra*, note 358.

⁴⁸⁵ *supra*, note 311.

⁴⁸⁶ (1961), 27 D.L.R. 120, à la p. 136.

It is clear that the Contractor was resident in Manitoba and that its three contracts with the Department of Defence Production were to be performed in Manitoba. It is also clear that when the Contractor had delivered coal and forwarded the invoices for it, as required by the contracts, it was entitled to receive the amounts of the invoices at Winnipeg. That being so, the debts owing by the Crown were incurred in Manitoba and the law to be applied in dealing with them is the law of Manitoba,...

De la même manière, la Couronne fédérale peut décider de prendre avantage de lois provinciales au moment de poursuivre une personne⁴⁸⁷. Le droit applicable est alors le droit existant dans la province où la cause d'action a pris naissance. Par ailleurs, si, lorsque la Couronne prend avantage d'une loi qui crée un droit, la loi en question prévoit un délai à l'intérieur duquel ce droit nouveau doit être exercé, alors la Couronne doit se soumettre à cette limitation temporelle⁴⁸⁸.

Plus difficile à solutionner est la question de savoir si, dans ces circonstances, la Couronne fédérale se trouve liée par le droit provincial tel qu'il existait au moment où elle décida d'en prendre avantage ou si, au contraire, elle se trouve assujettie à l'évolution temporelle qu'a pu connaître, dans l'intervalle, ce même ensemble de normes juridiques. La Cour suprême du Canada établit, à l'occasion de l'arrêt *Gauthier*⁴⁸⁹, que la Couronne fédérale ne se trouve liée

⁴⁸⁷ *The Queen c. Murray*, [1965] 2 Ex. C.R. 663; décision confirmée par la Cour suprême du Canada *supra*, note 482.

⁴⁸⁸ *Excelsior Electric Dairy Machinery Ltd.*, [1923] 3 D.L.R. 1176, à la p. 1179; *Attorney General for Canada c. Tombs*, [1946] 4 D.L.R. 516 (Ont.Co.Ct.), aux pp. 518-519; la décision de la Cour de comté de l'Ontario fut infirmée pour d'autres motifs sous [1946] 4 D.L.R. 519 (C.A.Ont.).

⁴⁸⁹ *supra*, note 311.

que par les dispositions législatives provinciales cristallisées. Le Conseil Privé⁴⁹⁰ et, plus tard, la Cour de l'Échiquier⁴⁹¹ émirent des opinions similaires. Le juge Thorson précisant notamment que la loi applicable est «the law that was in force when the Crown entered into the three contracts...»⁴⁹². La Cour suprême du Canada, en 1967, à l'occasion de l'arrêt *The Queen c. Murray*⁴⁹³, réitéra la pertinence de cette règle. La Cour suprême du Canada y décida que la Couronne fédérale était liée par la législation provinciale telle qu'elle apparaissait, selon le cas, au moment où furent conclus les contrats ou à la date à laquelle prit naissance la cause de l'action⁴⁹⁴.

L'exception des avantages et des obligations a, au cours des dernières années, fait l'objet d'une jurisprudence passablement volumineuse. La décision la plus importante est très certainement celle que rendit la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*⁴⁹⁵. Dans cette affaire, la Caisse de dépôt et de placement du Québec, une société mandataire de la Couronne du chef du Québec, avait acheté plus de 10% des actions d'une compagnie régie par la *Loi sur les sociétés commerciales*

⁴⁹⁰ *Dominion Building Corporation Ltd. c. The King*, *supra*, note 358.

⁴⁹¹ *Bank of Nova Scotia c. The Queen*, *supra*, note 486.

⁴⁹² *Ibid.*, à la p. 151.

⁴⁹³ *supra*, note 482.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 269. Voir également Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, aux pp. 73-74.

⁴⁹⁵ *supra*, note 91.

canadiennes⁴⁹⁶ et était ainsi devenue une initiée de cette compagnie aux fins des articles 121 et 122 de la Loi. Elle refusa néanmoins de produire un rapport d'initié à l'intimé, prétendant qu'en vertu de l'immunité de la Couronne prévue à l'article 16 [aujourd'hui l'article 17] de la *Loi d'interprétation*⁴⁹⁷ fédérale, elle était exemptée de l'application des paragraphes 122(4) et (6) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*⁴⁹⁸. On opposa à cet argument l'exception des avantages et des inconvénients. Devant la Cour suprême du Canada, tentant de démontrer la non-applicabilité de cette exception, la Caisse de dépôt et de placement présenta les arguments suivants⁴⁹⁹:

L'avocat de l'appelante semble admettre l'existence de l'exception fondée sur les avantages et les inconvénients, mais il soutient qu'en achetant les actions de Domtar, la Caisse n'a pas invoqué un avantage conféré par la loi, mais qu'elle a simplement exercé un droit qui était sien en vertu de sa charte. La Caisse, fait-il valoir, aurait pu acheter les actions en l'absence de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. En conséquence, la Caisse n'a pas acquis d'avantage prévu par la loi auquel correspondent les obligations imposées par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. Ce n'est que si elle se prévalait d'un avantage précis d'une disposition particulière de la loi que la Couronne pourrait s'assujettir elle-même aux obligations qui sont afférentes à la disposition en question. L'avocat de l'appelante ne s'est pas étendu davantage sur ce moyen.

La Cour décida qu'en ayant acheté un nombre important d'actions et en devenant ainsi une initiée, la société mandataire s'était exposée à certaines obligations prévues à la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*⁵⁰⁰. Restait toutefois à déterminer l'ampleur de cet

⁴⁹⁶ *supra*, note 279.

⁴⁹⁷ *supra*, note 370.

⁴⁹⁸ *supra*, note 279.

⁴⁹⁹ *supra*, note 91, à la p. 1024.

⁵⁰⁰ *supra*, note 279.

assujettissement. À cet égard, la Cour, sous la plume du juge La Forest, note premièrement que⁵⁰¹:

L'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations ne signifie pas que la Couronne se trouve visée par tous les régimes de réglementation qui se trouvent à s'appliquer à un état de choses particulier. [...]. L'exception n'a pas une portée aussi grande. Son application ne dépend pas de l'existence ou de la portée d'un régime législatif régissant une branche du commerce ou une autre activité, mais, comme je l'ai déjà noté, elle dépend plutôt du rapport ou du lien entre l'avantage que l'on veut tirer d'une disposition légale ou réglementaire, et les obligations afférentes à ces avantages. On ne met pas l'accent sur la source des droits et des obligations, mais sur leur contenu, sur les rapports qui existent entre eux.

Ces propos se trouvaient en accord avec la doctrine⁵⁰² ainsi qu'avec la jurisprudence⁵⁰³.

Sans se prononcer quant à l'étendue exacte de l'assujettissement de la Caisse de dépôt et de placement du Québec, le juge La Forest conclut que l'obligation de produire un rapport d'initié constituait très certainement une obligation à laquelle s'était exposée la société mandataire⁵⁰⁴. Les principes énoncés par le juge La Forest ont depuis été réaffirmés par le plus haut tribunal canadien⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*, *supra*, note 91 aux pp. 1027-1028.

⁵⁰² Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, aux pp. 11-12. Le juge La Forest cite avec approbation les propos de ce dernier.

⁵⁰³ *Re Rowe And Province of Manitoba*, [1942] 4 D.L.R. 754 (Man.K.B.), à la p. 759 et *Deeks McBride Ltd. v. Vancouver Associated Contractors Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 844 (C.A.C.B.), à la p. 859.

⁵⁰⁴ *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*, *supra*, note 91, à la p. 1028.

⁵⁰⁵ Le juge en chef Dickson le fit dans les arrêts *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 138, à la p. 291, et *Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail*, *supra*, note 139. Voir également *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, *supra*, note 91. Voir, enfin, la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Syndicat professionnel des ingénieurs de Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, *supra*, note 267.

En 1992, la Cour d'appel de l'Ontario, dans des circonstances similaires à celles dont il était question dans l'affaire *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*⁵⁰⁶, appliqua la théorie des avantages et des obligations⁵⁰⁷. Le gouvernement du Québec y invoqua sans succès son immunité à l'égard des lois. La Couronne du chef du Québec ainsi que l'une de ses sociétés mandataires tentaient alors de se dégager de l'application du *Securities Act*⁵⁰⁸. La Cour conclut en ces termes⁵⁰⁹:

It is my view that the decision in the *Sparling* case clearly applies to the acknowledged facts of this case, and that the Quebec Government itself, and its agent SNA, are subject to the provisions of the Act with respect to those facts.

On n'imposera toutefois pas à la Couronne les obligations («burdens») lorsque c'est à des fins purement passives qu'une loi a été invoquée par la Couronne⁵¹⁰. On dira qu'une loi est invoquée à des fins purement passives lorsque, par exemple, elle n'est invoquée qu'en défense à une action. L'utilisation d'une loi par la Couronne à des fins purement passives doit être distinguée d'une utilisation active ou positive par laquelle la Couronne tente d'obtenir des droits⁵¹¹.

⁵⁰⁶ *supra*, note 91.

⁵⁰⁷ *Québec (Sa Majesté du chef) c. Ontario Securities Commission*, (1992) 10 O.R. (3d) 577 (Ont.C.A.).

⁵⁰⁸ *Securities Act*, R.S.O. 1980, c. 466.

⁵⁰⁹ *Québec (Sa Majesté du chef) c. Ontario Securities Commission*, *supra*, note 507, à la p. 594.

⁵¹⁰ *Deeks McBride Ltd. v. Vancouver Associated Contractors Ltd.*, *supra*, note 503, à la p. 847; *Emerson v. Simpson*, (1962) 32 D.L.R. (2d) 603 (C.S.C.B.).

⁵¹¹ Colin H.H. McNair, *op. cit.*, note 1, aux pp. 11-12:

Reliance upon a statute may, however, be for such a limited purpose that the Crown

5. La renonciation

À titre de dernière exception au principe de l'immunité des lois à l'égard de la Couronne, mentionnons la possibilité pour la Couronne de renoncer à ladite immunité. La doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois n'est certes pas une règle relevant de l'ordre public et vis-à-vis de laquelle le tribunal se devrait d'intervenir d'office. Il revient donc à la Couronne d'en soulever l'applicabilité.

On conçoit évidemment mal que la Couronne puisse renoncer à un droit aussi important. C'est néanmoins ce qui se produit, par exemple, lorsque la Couronne omet ou néglige de l'invoquer en temps utile. Il est, à notre avis, douteux que la Couronne puisse invoquer son immunité pour la première fois en appel⁵¹². La renonciation par la Couronne à son immunité pourra, selon le cas, être expresse ou implicite. Une renonciation ne liera toutefois pas la Couronne pour les litiges et instances judiciaires subséquents, la question de l'applicabilité de la loi n'ayant pas été tranchée.

ought not, as a result, to be taken to have assumed the attendant burdens. Such is the case when a statute is resorted to for a purely defensive reason, [...]. The use of a statute in this way may be distinguished from active reliance to secure positive rights, the assumption of the burdens of a statute being a possible consequence only of the latter circumstance.

⁵¹² Voir, par analogie, l'arrêt *Vickery c. Protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse*, [1991] 1 R.C.S. 671, à la p. 679, où la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Stevenson, refusa d'entendre un argument ayant pour fondement l'une des garanties énoncée à la *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 225, argument qui n'avait pas été soulevé devant les tribunaux d'instance inférieure.

Section II L'immunité dans un contexte interjuridictionnel

Dans un État fédéral, les questions que soulève l'application de la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois tiennent davantage au pouvoir des différents paliers gouvernementaux de se lier mutuellement. En effet, comme on l'a vu, outre cette question préliminaire des limites intrinsèques du pouvoir du Parlement et des législatures provinciales, il n'est pas contesté que les principes formulés dans un contexte juridictionnel trouvent application, de la même manière, dans un contexte interjuridictionnel.

I. Le pouvoir des différents ordres gouvernementaux de se lier mutuellement

A. Le pouvoir d'une législature provinciale de lier la Couronne du chef d'une autre province

Certes, il paraît difficile de concevoir de situations dans lesquelles se soulèvera cette question, celle du pouvoir d'une législature provinciale de lier la Couronne du chef d'une autre province. L'obstacle le plus important est sans contredit les limites territoriales imposées aux compétences législatives provinciales par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵¹³.

La question aurait certes pu se soulever dans le contexte de litiges mettant en cause

⁵¹³ Voir P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 318; Augustus F.H. Lefroy, *Canada's Federal System*, Carswell, Toronto, 1913, 898 p., aux pp. 501-515; André Tremblay, *Les compétences législatives au Canada*, Les Éditions de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1967, 350 p., aux pp. 279-295; Elizabeth Edinger, «Territorial Limitations on Provincial Powers» (1982), 14 Ott. L.R. 57 et R.E. Sullivan «Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces» (1985), 7 Supreme Court L.R. 511.

l'applicabilité d'une ou de lois provinciales à une société mandataire de la Couronne d'une autre province. En effet, ces sociétés mandataires, de plus en plus, exercent des activités de nature commerciale et opèrent à l'extérieur des limites de leur province d'appartenance.

Contrairement aux sociétés mandataires fédérales, il n'est pas nécessaire pour les sociétés mandataires provinciales d'opérer à l'extérieur des limites de leur province d'origine. En conséquence, rien ne justifierait que la législature de la province dans laquelle elles décident d'aller exercer leurs activités ne dispose pas du pouvoir de les affecter et de les régir législativement⁵¹⁴, à condition évidemment qu'une mention expresse ait été incluse ou que l'exception d'implication nécessaire puisse trouver application.

Dans les faits cependant, nos tribunaux, la Cour suprême du Canada en particulier, ne se sont jamais questionnés quant à l'existence du pouvoir d'une législature provinciale de lier la Couronne du chef d'une autre province. Ce pouvoir n'a jamais été mis en doute et on a jugé, en au moins deux occasions, avec raison à notre avis, qu'une société mandataire de la

⁵¹⁴ Voir P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 277. Voir également Dale Gibson, «Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism» (1969), 47 *R. du. B. Can.* 40, à la p. 61.

Couronne du chef d'une province était liée par une loi adoptée par la législature d'une autre province.⁵¹⁵

B. Le pouvoir du Parlement fédéral de lier la Couronne du chef d'une province

De la même manière, la question du pouvoir du Parlement du Canada de lier la Couronne du chef d'une province n'a jamais été sérieusement soulevée. La jurisprudence présente de nombreux exemples de situations dans lesquelles une loi fédérale a été jugée applicable à la Couronne du chef d'une province ou à l'une de ses sociétés mandataires. La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*⁵¹⁶ est, à cet égard, fort éloquente. Il en va autrement, cependant, de l'étude du pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada, laquelle se veut beaucoup plus problématique.

C. Le pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada

L'idée que les législatures provinciales ne disposent pas du pouvoir nécessaire pour lier la Couronne du chef du Canada émane d'opinions émises par différents juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gauthier c. The King*⁵¹⁷. On a vu que, dans cet arrêt, la Cour

⁵¹⁵ Voir les décisions de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Sparling c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*, *supra*, note 91, et de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Québec (Sa majesté du chef) c. Ontario Securities Commission*, *supra*, note 507.

⁵¹⁶ *supra*, note 91.

⁵¹⁷ *supra*, note 311.

établit que, dès lors qu'elle utilise un mécanisme mis en place par une législature provinciale et contracte des obligations, la Couronne fédérale s'expose à l'application de la loi provinciale en cause dans sa totalité. Ayant formulé ce principe, les membres de la Cour se demandèrent si la Couronne fédérale se trouvait alors liée par l'évolution temporelle du droit provincial. La Cour répondit négativement. C'est dans ce contexte que certains juges, le juge en chef Fitzpatrick et le juge Anglin, exprimèrent un doute quant au pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada. Comme on le verra dans les paragraphes qui suivent, les opinions ainsi émises par ces juges furent, par la suite, utilisées dans des situations extérieures à leur contexte d'énonciation.

1. Les deux théories

a) La thèse centralisatrice

On qualifie cette première thèse de centralisatrice car, poussée à sa conclusion logique, elle constitue un obstacle complet à ce qu'une législature provinciale lie, même par l'inclusion d'une mention expresse, la Couronne fédérale. L'opinion de principe à cet égard est celle qui fut émise par le juge Fitzpatrick, alors juge en chef du Canada, dans l'arrêt *Gauthier v. The King*⁵¹⁸. Il se dit d'avis que⁵¹⁹:

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ *Ibid.*, à la p. 356.

And, in any event, the provinces have, in my opinion, neither executive, legislative nor judicial power to bind the Dominion Government.

Bien que, étant donné leur contexte d'énonciation, ces propos paraissaient être d'une portée passablement restreinte, ils trouvèrent néanmoins écho dans un nombre considérable de décisions subséquentes⁵²⁰. En outre, plusieurs auteurs exprimèrent leur accord avec cette vision du pouvoir des législatures provinciales⁵²¹. Elle fut d'ailleurs récemment réaffirmée. Ainsi, dans l'arrêt *Sa majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*⁵²², le juge en chef Laskin écrivit⁵²³:

...[une] législature provinciale ne peut, dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs, assujettir la Couronne du chef du Canada à une réglementation obligatoire.

Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que la Couronne fédérale ne peut se trouver assujettie à la législation provinciale lorsqu'elle cherche à s'en prévaloir⁵²⁴. Par ailleurs, l'opinion émise par le juge en chef Laskin, étant tout à fait étrangère au raisonnement qu'il suivit pour disposer du litige, ne fut rendue qu'à titre d'*obiter dictum*. Il n'en demeure pas

⁵²⁰ *Re Adams Shoe Co. Ex parte Town of Penetanguishene*, [1923] 4 D.L.R. 927 (Ont.S.C.), à la p. 931; *Bowers et al. v. Hollinger et al.*, [1946] 4 D.L.R. 186 (Ont.H.C.), à la p. 196; *Attorney General of Canada v. Rhode*, (1957) 8 D.L.R. (2d) 89 (Sask.D.C.), à la p. 90; *Palmer c. The King*, [1951] Ex. C.R. 348, aux pp. 358-359; *R. v. Lamothe*, [1958] O.R. 207 (Ont.S.C.), à la p. 210; *The Queen v. Breton*, (1967) 65 D.L.R. (2d) 76 (C.S.C.), à la p. 79.

⁵²¹ Voir généralement Augustus F.H. Lefroy, « annotations à l'arrêt *Gauthier c. The King* » (1918), 40 D.L.R. 366, à la p. 368.

⁵²² *supra*, note 134.

⁵²³ *Ibid.*, à la p. 72.

⁵²⁴ *Ibid.* Voir, à cet égard, les notes 483 à 494 et le texte correspondant.

moins cependant que, quelques années plus tard, s'en inspirant fortement, la Cour d'appel de la Colombie Britannique, à l'unanimité, réaffirma l'importance de la thèse centralisatrice⁵²⁵. Il était question, dans cette affaire, de l'applicabilité du *Workers Compensation Act*⁵²⁶, une loi de la Colombie Britannique, à la Banque fédérale de développement, une société mandataire de la Couronne du chef du Canada. Cette affaire était d'autant plus intéressante que l'article 14 du *Interpretation Act*⁵²⁷ de la Colombie Britannique prévoyait, à cette époque déjà, que «all provincial enactments [are] binding on the Crown (including the federal Crown) unless they state otherwise»⁵²⁸. Nonobstant le sens on ne peut plus explicite de cette disposition législative, la Cour conclut à la non-applicabilité de la loi provinciale. De l'avis des membres de la Cour, la législature de la Colombie Britannique n'avait pas le pouvoir de lier Sa Majesté du chef du Canada ou l'un de ses représentants⁵²⁹.

b) La théorie du pouvoir atténué

La seconde thèse reconnue, laquelle trouve également fondement dans l'arrêt *Gauthier v. The King*⁵³⁰, confère aux législatures provinciales un pouvoir restreint. On admet la capacité des

⁵²⁵ Telle que citée dans l'affaire *Federal Business Development Bank c. Hillcrest Motor Inn Inc. et al.*, *supra*, note 286.

⁵²⁶ R.S.B.C. 1979, c. 437.

⁵²⁷ *supra*, note 183.

⁵²⁸ Telle que citée dans l'affaire *Federal Business Development Bank c. Hillcrest Motor Inn Inc. et al.*, *supra*, note 286, à la p. 381.

⁵²⁹ *Ibid.*, à la p. 384.

⁵³⁰ *supra*, note 311.

ces dernières de lier la Couronne du chef du Canada, mais ce pouvoir, bien qu'existant, fait l'objet de limites importantes. Ainsi, de l'avis du juge Anglin, à l'opinion duquel souscrit le juge Davies, les législatures provinciales disposent d'un pouvoir qui, s'il est fortement atténué, leur permet néanmoins d'atteindre la Couronne fédérale. Cette limite au pouvoir des provinces, le juge Anglin la définit en ces termes⁵³¹:

Provincial legislation cannot proprio vigore take away or abridge any privilege of the Crown in right of the Dominion.

Les auteurs, comme les décisions judiciaires subséquentes qui s'en inspirèrent, assimilèrent le terme «privilege», employé par le juge Anglin, à la notion de prérogative royale. Résulte donc de la théorie du pouvoir atténué, la nécessité de distinguer les prérogatives dont bénéficie la Couronne fédérale de ses simples droits. S'agissant d'intérêts appartenant à la seconde catégorie, les législatures provinciales auront le droit, mais surtout le pouvoir, de les affecter. À cet égard, compte tenu de ce que nous avons vu précédemment⁵³², il suffit de mentionner qu'une mention du type «la présente loi lie Sa Majesté» suffira et entraînera en conséquence l'assujettissement de la Couronne du chef du Canada.

⁵³¹ *Ibid.*, à la p. 365.

⁵³² L'indivisibilité de la Couronne revêt, dans ce contexte, une grande importance. Voir les notes 307 à 320 et le texte correspondant. Voir, en outre, *Federal Business Development Bank c. Hillcrest Motor Inn Inc. et al.*, *supra*, note 286, aux pp. 381-382.

Cette théorie, celle du pouvoir atténué, au même titre que la thèse centralisatrice, fut reçue dans bon nombre de décisions subséquentes⁵³³ et par la plupart des auteurs, dont McNairn qui, traitant de l'opinion émise par le juge Anglin, précise que⁵³⁴:

It can be argued, then, that the Supreme Court simply held that the provincial legislature was incapable of binding the federal crown in the exercise of one of its prerogatives. Consequently other "rights" of the federal crown would not necessarily be protected by the intergovernmental immunity first recognized in this decision [l'arrêt *Gauthier*].

Plus loin, il se dit d'avis que⁵³⁵:

At a minimum, it can be said that the state of authority in both Australia and Canada does not foreclose a restriction of the intergovernmental immunity of the federal Crown to circumstances in which a state or provincial statute would otherwise prejudice a prerogative right.

Assez curieusement, c'est la thèse que favorisait Laskin du temps où il était professeur, avant qu'il n'accède à la magistrature⁵³⁶. Ainsi appliquée, la théorie du pouvoir atténué sous-tend l'identification préalable de toutes les prérogatives dont jouit Sa Majesté du chef du Canada. Un exercice qui, étant donné la portée plus ou moins incertaine de la prérogative, peut paraître exiger de la part des décideurs un effort indû.

⁵³³ *The King v. Lithwick*, (1921) 57 D.L.R. 1 (Ex.Ct.), à la p. 2; *The King v. Powers*, [1923] Ex.C.R. 131, à la p. 134; *A.-G. Canada v. Sanford*, [1939] 1 D.L.R. 374 (N.S.S.C.), à la p. 380; *Crowther v. A.-G. Canada*, (1959) 17 D.L.R. (2d) 437 (N.S.S.C.), à la p. 441; *Emerson v. Simpson*, (1962) 32 D.L.R. (2d) 603 (B.C.S.C.), à la p. 607; *The Queen v. City of Montreal*, (1972) 27 D.L.R. (3d) 349 (F.C.T.D.), aux pp. 354-355.

⁵³⁴ Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. 35.

⁵³⁵ *Ibid.*, à la p. 37.

⁵³⁶ Bora Laskin, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 3^{ème} éd., Carswell, Toronto, 1969, à la p. 355.

2. Leur fondement

a) La thèse centralisatrice

Il n'est pas facile d'identifier le fondement d'une thèse qui, somme toute, ne semble reposer sur aucun principe connu de droit constitutionnel canadien. C'est à l'occasion de l'arrêt *The Queen c. Breton*⁵³⁷ que la Cour suprême du Canada formula, pour la première fois, une opinion quant à son fondement possible. La Cour, sous la plume du juge Fauteux (il était alors juge puîné), y précise qu'à la base de la stérilisation des législatures provinciales se trouve «the federal character of our system of government»⁵³⁸. Une justification peu convaincante en ce qu'elle ne spécifie aucunement comment la *Loi constitutionnelle de 1867* commande que les législatures provinciales soient ainsi muselées.

Le professeur Lefroy enseigne que, si les législatures provinciales n'ont pas le pouvoir de lier la Couronne du chef du Canada, c'est que cette dernière symbolise «the executive power over the Dominion as a whole»⁵³⁹. Pour d'autres, l'incapacité des provinces s'expliquerait par une certaine prédominance du gouvernement fédéral, laquelle aurait pour effet de lui conférer un

⁵³⁷ *supra*, note 520.

⁵³⁸ *Ibid.*, à la p. 79.

⁵³⁹ Augustus F.H. Lefroy, *Loc. cit.*, note 521, à la p. 368.

statut supérieur⁵⁴⁰. Trouve ici écho, à tort, à notre avis, la doctrine de la prépondérance fédérale⁵⁴¹.

b) La théorie du pouvoir atténué

Les bases sur lesquelles pourrait reposer le pouvoir atténué des législatures provinciales n'ont quant à elles jamais été sérieusement étudiées. On peut toutefois avancer que cette théorie repose sur les effets du partage fédéral des compétences que prévoit la *Loi constitutionnelle de 1867*. La doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois appartient, au Canada, au domaine de la prérogative et la prérogative doit être perçue comme un accessoire du pouvoir exécutif. Or, le partage des compétences qu'énoncent les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* vaut, à la fois, pour les pouvoir législatif et exécutif⁵⁴². Ainsi, le Parlement ou encore une législature, lorsqu'il se voit conférer compétence exclusive à l'égard d'un sujet particulier, exerce cette compétence dans sa totalité. En d'autres termes, cette compétence sur un sujet particulier comprend non seulement le pouvoir de faire des lois, le pouvoir législatif, mais aussi le pouvoir de les appliquer, le pouvoir exécutif.

⁵⁴⁰ Voir Bora Laskin, *op. cit.*, note 536, à la p. 355; Patrice Garant, *Loc. cit.*, note 105, à la p. 77 et *The Queen c. Hamilton* (1962), 37 D.L.R. (2d) 545.

⁵⁴¹ *supra*, note 34.

⁵⁴² Voir généralement P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, aux pp. 229-232.

Dans ces circonstances, on comprend bien l'interdiction faite aux législatures provinciales d'affecter, directement ou indirectement, les prérogatives royales de l'ordre gouvernemental opposé, en l'occurrence fédéral. La justification de cette interdiction étant l'inconstitutionnalité d'une loi par laquelle une province affecterait les prérogatives royales du gouvernement fédéral, sujet à propos duquel le fédéral dispose d'une compétence exclusive. Toutefois, le système politique et constitutionnel canadien étant ce qu'il est, il confère aux provinces, au même titre qu'à l'entité centrale et sous réserve de l'impact que pourrait avoir la doctrine de la prépondérance fédérale⁵⁴³, des compétences dites exclusives; on devrait sans doute percevoir la Constitution comme interdisant pareillement au Parlement central d'affecter les prérogatives de l'ordre opposé, à savoir celles des gouvernements provinciaux.

3. La critique

Que peut-on tirer d'une étude de deux thèses à ce jour suivies et appliquées par nos tribunaux? Devant l'absence de consensus, on ne peut que reconnaître la complexité de la problématique. Nous nous proposons plutôt de faire, dans les paragraphes qui suivent, une analyse des difficultés qu'elle soulève.

⁵⁴³ Voir *infra* les notes 548 à 550 et le texte correspondant.

Tout d'abord, au plan conceptuel, étant donné leur nature d'*obiter* et donc leur contexte d'énonciation, les propos des juges en chef Fitzpatrick⁵⁴⁴ et Laskin, dans les affaires *Gauthier c. The King*⁵⁴⁵ et *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*⁵⁴⁶, respectivement, ont, à notre avis, une force contraignante très relative. Ils se trouvent d'ailleurs en contradiction avec la décision rendue par le Comité judiciaire du Conseil Privé dans l'arrêt *Dominion Building Corporation c. The King*⁵⁴⁷. Dans cette affaire, le Conseil Privé reconnu aux législatures provinciales le pouvoir de lier la Couronne du chef du Canada. Ainsi, le professeur Hogg, exprimant son accord avec le raisonnement suivi dans cette dernière décision, écrit⁵⁴⁸:

In my opinion, however, there should be no such immunity. In general, where the federal Crown is engaging in activity which is regulated by provincial law, it should be bound by the law. This is not a serious impairment of federal power for two reasons: first, only provincial laws in relation to provincial subject matters will be valid, and it may be safely assumed that a provincial law which purported to single out the federal Crown for especially severe treatment would be found to be *ultra vires*. Secondly, if the federal Parliament wishes to provide immunity from provincial laws for the federal government, the Parliament has the power to do so: an appropriately drafted federal statute which protected a federal activity from provincial law would effectively override any inconsistent provincial law through the doctrine of paramountcy.

⁵⁴⁴ Il faut d'ailleurs savoir que l'opinion du juge en chef Fitzpatrick, dans l'arrêt *Gauthier c. The King*, *supra*, note 311, n'était pas celle d'une majorité des juges ayant pris part au jugement. Le juge en chef Fitzpatrick rédige ses propres motifs comme le font les juges Idington et Duff (il était alors juge puîné). Le juge Anglin reçut au contraire l'appui du juge Davies. Ainsi, une application stricte du principe du *stare decisis* et de la règle de la majorité qu'il sous-tend aurait dû mener les tribunaux de même que les commentateurs à préférer les motifs donnés par les juges Anglin et Davies.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ *supra*, note 134.

⁵⁴⁷ *supra*, note 358

⁵⁴⁸ P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 276.

Par ailleurs, la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada nous enseigne que la doctrine de la prépondérance fédérale ne peut servir de fondement à un concept aussi invasif que celui de la stérilisation des législatures provinciales⁵⁴⁹. Le rôle de cette doctrine fut en effet, par ces décisions, considérablement marginalisé. Les situations dans lesquelles la doctrine pourra légitimement être appliquée sont très limitées. Elle n'est applicable que dans les cas où il existe une contradiction claire entre deux lois, fédérale et provinciale, par ailleurs valides⁵⁵⁰. Ainsi, on ne peut conclure à l'existence d'une contradiction claire que lorsque le respect d'une loi entraîne une violation de l'autre⁵⁵¹.

Enfin, il est tout à fait erroné de croire que la Constitution canadienne, c'est-à-dire la *Loi constitutionnelle de 1867*, confère un statut supérieur à la Couronne fédérale vis-à-vis des Couronnes provinciales. L'indivisibilité de la Couronne s'oppose en effet à pareille hiérarchisation. Le droit constitutionnel canadien reconnaît au contraire le statut similaire et équivalent des Couronnes fédérale et provinciales. Ainsi, dans l'arrêt *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver General of New Brunswick*⁵⁵², le Comité judiciaire du Conseil Privé décida que le Lieutenant gouverneur, qui incarne la Couronne du chef de la

⁵⁴⁹ *supra*, note 37.

⁵⁵⁰ Voir P.W. Hogg, *op. cit.*, note 129, à la p. 420.

⁵⁵¹ Voir, notamment, *Smith c. The Queen*, *supra*, note 37.

⁵⁵² *supra*, note 112.

province, est autant le représentant de Sa Majesté pour les fins provinciales que le Gouverneur général, qui personnifie la Couronne fédérale, l'est pour les fins du Dominion⁵⁵³.

Pour ces motifs, la thèse centralisatrice constitue, à notre avis, une entorse inacceptable au principe fédéral. À l'inverse, la théorie du pouvoir atténué, appliquée symétriquement, aurait indubitablement l'avantage d'assurer la protection de la prérogative de chacun des paliers gouvernementaux contre toute intrusion de la part du palier opposé. Dans cette optique, cette théorie devrait profiter, de la même manière, à la Couronne du chef d'une province lorsque confrontée aux efforts législatifs d'une autre province. Nous sommes donc enclin à favoriser cette dernière vision de l'étendue du pouvoir des législatures provinciales.

L'exemple qui suit permet de bien comprendre les limites du pouvoir qui serait ainsi reconnu aux législatures provinciales. L'État est mentionné, d'une part, aux articles 2651 et 2653 *Code civil du Québec*⁵⁵⁴, lesquels traitent des priorités, et, d'autre part, aux articles 2724 et 2725 C.c.Q., qui eux instituent le mécanisme des hypothèques légales. La mention «État» qui y figure est, à la lumière du concept de «Couronne indivisible», censée renvoyer non seulement à la Couronne du chef du Québec, mais aussi à celle du chef du Canada. Reste à savoir

⁵⁵³ J.E. Verreault et Fils Ltée c. Québec (Procureur général), *supra*, note 101, à la p. 47.

⁵⁵⁴ *supra*, note 126.

cependant si la Couronne fédérale peut opposer à ces dispositions une règle qui appartient au domaine de ses prérogatives. Une prérogative royale accordée à la Couronne, en tant que créancière, a une priorité face aux créances de sujets, lorsque ces créances et celles de la Couronne sont de même degré⁵⁵⁵. Cette règle ne s'étend qu'aux créances ordinaires et non aux créances garanties. Avec ce résultat que la règle ne peut servir à résoudre un conflit entre deux créanciers garantis, l'un d'eux étant la Couronne⁵⁵⁶. De la même façon, la règle ne peut servir à déterminer qui de la Couronne ou d'un sujet devrait voir sa créance préférée lorsque l'un d'entre eux est créancier garanti et l'autre créancier ordinaire. Les biens grevés sont alors soustraits du patrimoine sur lequel le créancier ordinaire peut réaliser sa créance⁵⁵⁷ et, par conséquent, ne peuvent servir au paiement de cette dernière créance.

Une loi peut accorder une priorité, ou permettre qu'une garantie soit consentie, à un créancier. Les créanciers qui détiennent une telle priorité ou garantie peuvent être préférés à la Couronne lorsque cette dernière est créancière ordinaire. On peut probablement affirmer que les droits de la Couronne sont affectés par un tel régime législatif, mais ils ne le sont pas suffisamment pour que la règle de l'immunité juridictionnelle ou interjuridictionnelle puisse être invoquée. La Couronne n'a pas à être liée par ce régime pour que le sujet titulaire d'une

⁵⁵⁵ *Re Henley & Co.*, (1879) 9 Ch.D. 469 (C.A.).

⁵⁵⁶ *Montréal Trust Co. v. The King*, *supra*, note 311, à la p. 1031.

⁵⁵⁷ Voir sur ce point la jurisprudence australienne et, notamment, l'arrêt *Re United Pacific Transport Pty*, [1968] Qd.R. 517, à la p. 521. On peut également voir les commentaires de Colin H.H. McNairn, *op. cit.*, note 1, à la p. 107.

priorité ou d'une garantie puisse réaliser par préférence à tout créancier ordinaire, incluant la Couronne⁵⁵⁸.

De ce qui précède, il ressort que la prérogative dont jouit la Couronne fédérale, à titre de créancière ordinaire vis-à-vis d'autres créanciers ordinaires, ne lui est d'aucun secours à l'égard des dispositions du *Code* instituant les priorités et les hypothèques légales. Pour ces raisons, il semble possible d'affirmer que la Couronne fédérale est liée par ces dispositions⁵⁵⁹.

II. L'immunité interjuridictionnelle de la Couronne fédérale

A. Les limites inhérentes aux lois provinciales

Une fois établi le pouvoir des législatures provinciales de lier la Couronne du chef du Canada, il faut s'interroger quant aux moyens par lesquels elles pourront l'exercer. Les commentaires formulés précédemment relativement à la nature de la mention requise sont à cet égard hautement pertinents⁵⁶⁰. Se trouve notamment consacrée la notion de «Couronne indivisible». En conséquence, une mention, dans une loi provinciale, du type «la présente loi lie Sa

⁵⁵⁸ Voir sur ce point la décision rendue par la Cour fédérale australienne dans l'affaire *Re John Wiper Ltd.*, (1972) 5 S.A.S.R. 360 (F.C.), aux pp. 377-378.

⁵⁵⁹ Quant à l'effet limité d'une mention incluse dans une section ou rubrique particulière voir *supra*, notes 321 et 322 et le texte correspondant.

⁵⁶⁰ *supra*, notes 307 à 320 et le texte correspondant.

Majesté» sera, par le truchement de cette fiction juridique, considérée renvoyer, simultanément, à la Couronne fédérale et à celle de la province. L'inverse est également vrai.

Les choses se compliquent toutefois lorsqu'est en cause la faculté d'une législature provinciale de lier par implication nécessaire la Couronne fédérale. Au niveau strictement théorique, rien ne s'oppose à ce que se concrétise pareil assujettissement. La réalité pratique est cependant tout autre. Étant donné la nature intrinsèque des lois fédérales — elles ont habituellement un objet pancanadien — il est plus facile de conclure, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*⁵⁶¹, qu'elles satisfont à l'un ou l'autre des critères de l'exception d'implication nécessaire et lient conséquence la Couronne du chef d'une province. On a vu précédemment qu'une loi provinciale ne peut, au contraire, avoir une portée extraterritoriale⁵⁶². Or, eu égard à cette importante limite, il sera difficile sinon impossible de conclure qu'une loi provinciale lie par implication nécessaire Sa Majesté du chef du Canada. Cela impliquerait en effet, selon le cas, que la loi provinciale perde toute efficacité advenant que la Couronne fédérale n'y soit pas soumise ou que le contexte global de la loi provinciale en cause dénote une intention claire et manifeste de lier la Couronne fédérale.

⁵⁶¹ *supra*, note 91.

⁵⁶² *supra*, note 513.

Cette dernière situation soulève d'ailleurs une autre question. Si une loi provinciale, de par son contexte, témoigne d'une intention claire et manifeste de lier la Couronne du chef de la province, alors considérera-t-on que la Couronne fédérale est, de la même manière, liée par implication nécessaire? Nous ne le croyons pas. Bien que centrale à l'appréciation de la suffisance d'une mention expresse, la notion de «Couronne indivisible» nous paraît non pertinente aux critères de l'exception d'implication nécessaire. Tout d'abord, dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*⁵⁶³, le juge en chef Dickson précisa que l'exception d'implication nécessaire en est une qui doit avoir une portée très restreinte. En outre, pareille conclusion serait contraire à l'approche contextuelle proposée par le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*⁵⁶⁴, notamment, dans le cas où le contexte global de la loi provinciale témoignerait d'une intention claire et manifeste de lier la Couronne du chef de la province seulement et non Sa Majesté du chef du Canada. Il faut bel et bien rechercher une intention claire et manifeste du législateur provincial de lier la Couronne fédérale.

B. Le statut privilégié de la Couronne fédérale : Considérations relatives à la garantie d'égalité prévue au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés

Se soulève depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* une importante question, celle de la compatibilité de la doctrine de l'immunité de la Couronne face à

⁵⁶³ *supra*, note 138.

⁵⁶⁴ *supra*, note 91.

l'application des lois, que ce soit comme prérogative⁵⁶⁵ ou telle que codifiée législativement, avec la garantie énoncée en son paragraphe 15(1). Advenant toutefois qu'elle puisse être considérée comme une norme de nature constitutionnelle⁵⁶⁶, la doctrine ne serait pas sujette à une analyse ou un examen fondé sur les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁶⁷.

C'est à l'occasion de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁵⁶⁸ que la Cour suprême du Canada précisa la manière selon laquelle un tribunal doit aborder une analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Les directives initialement formulées dans l'arrêt *Andrews*⁵⁶⁹ furent raffinées dans le cadre d'une récente trilogie, celles des arrêts *Miron c. Trudel*⁵⁷⁰, *Egan c. Canada*⁵⁷¹ et *Thibaudeau c. Canada*⁵⁷². Le processus en est un essentiellement comparatif. Or, dans l'arrêt *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*⁵⁷³, la Cour suprême

⁵⁶⁵ Voir, notamment, l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, où fut établi l'assujettissement de la Common law, dont font partie les prérogatives royales, aux garanties énoncées à la *Charte*.

⁵⁶⁶ *supra*, les notes 212 à 243 et le texte correspondant.

⁵⁶⁷ Voir généralement *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, *supra*, note 92.

⁵⁶⁸ [1989] 1 R.C.S. 143.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ [1995] 2 R.C.S. 418.

⁵⁷¹ [1995] 2 R.C.S. 513.

⁵⁷² [1995] 2 R.C.S. 627.

⁵⁷³ [1990] 1 R.C.S. 695.

du Canada, sous la plume du juge Cory, décida que, aux fins du paragraphe 15(1), la situation dans laquelle est placée la Couronne, si avantageuse fût-elle, ne peut être comparée à celle d'un justiciable. Ceci étant, la Cour jugea que la contestation des dispositions législatives conférant à la Cour fédérale du Canada une compétence exclusive sur les réclamations exercées contre le gouvernement fédéral devait nécessairement avorter⁵⁷⁴. La Cour conclut en ces termes⁵⁷⁵:

Ce principe s'applique tout autant aux faits de l'espèce et permet de disposer du pourvoi. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Couronne n'est tout simplement pas une personne physique avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation du par. 15(1).

La Couronne n'étant pas une institution avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation du paragraphe 15(1) de la *Charte*, il ne fait, à notre avis, aucun doute que la situation privilégiée de la Couronne quant à l'application des lois ne pourrait, avec quelque chance de succès, faire l'objet d'une attaque constitutionnelle ayant pour fondement ce même paragraphe.

C. Le caractère supplétif du droit provincial

Enfin, il nous faut faire état d'un principe selon lequel le *Code civil du Québec*⁵⁷⁶ trouve application, à titre supplétif vis-à-vis la législation fédérale. Au Québec, pour toutes les

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 701.

⁵⁷⁶ *supra*, note 126.

questions qui touchent à la propriété et au droit civil, l'expression du droit commun se trouve dans les dispositions du *Code civil du Québec*⁵⁷⁷. Ainsi, c'est ce même Code qui, sauf dérogation, doit servir de droit de référence chaque fois qu'il s'agit d'appliquer au Québec une loi fédérale incomplète ou silencieuse sur une question de droit privé⁵⁷⁸.

La règle ci-dessus énoncée vaut à l'égard de la législation fédérale, mais la réponse doit-elle être la même lorsqu'il s'agit plutôt de déterminer le droit supplétif applicable à l'égard de la conclusion d'un contrat par la Couronne fédérale ? Il n'est pas de notre intention d'analyser ici exhaustivement les principes pertinents à l'étude de cette question. Qu'il nous suffise de dire que la réponse varie selon que l'on considère qu'il s'agit primordialement d'une activité contractuelle comprise dans la catégorie «propriété et droit civil» ou que le fait que ces contrats soient conclus par la Couronne constituent leur caractère essentiel et qu'ils ne peuvent en conséquence être inclus dans cette même catégorie. Quant à nous, pour les raisons avancées par le professeur Lajoie⁵⁷⁹, la seconde solution nous paraît préférable. Le droit anglais doit à notre avis trouver application compte tenu, cependant, des dispositions législatives québécoises. Or, à cet égard, puisque le droit anglais comprend le *Rule of Law*,

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ Voir généralement Jean-Maurice Brisson, «L'impact du *Code civil du Québec* sur le droit fédéral: une problématique» (1992), 52 R. du B. 345.

⁵⁷⁹ Voir Andrée Lajoie, *op. cit.*, note 100, aux pp. 45 et suiv. et plus particulièrement aux pp. 58 et 59.

laquelle assujettit la Couronne au droit commun du lieu⁵⁸⁰, on doit revenir aux dispositions du *Code civil du Québec*⁵⁸¹.

Aux fins de la présente étude, il faut retenir que le caractère supplétif du *Code civil du Québec*⁵⁸², que ce soit à l'égard de la législation fédérale silencieuse ou incomplète ou de contrats conclus par la Couronne fédérale, constitue une question tout à fait distincte de celle de l'applicabilité stricte des lois provinciales, incluant le *Code civil*, à la Couronne du chef du Canada.

CONCLUSION

Dans tous les systèmes politiques de tradition britannique, la situation privilégiée de la Couronne face à l'application des lois est incontestable. Plusieurs mettent toutefois en doute la pertinence de cette protection. Au coeur de ces protestations se trouve l'ampleur des pouvoirs et privilèges par ailleurs reconnus à l'institution qui en bénéficie. Pourtant, si la règle pouvait sembler être tombée en désuétude, la jurisprudence récente, en particulier celle de

⁵⁸⁰ Voir, notamment, *P.C. du Québec c. Labrecque*, *supra*, note 102, à la p. 1083, et l'article de René Dussault et Thomas Duperré, «La responsabilité de l'administration canadienne et québécoise» (1970), 11 *C.de D.* 7.

⁵⁸¹ *supra*, note 126.

⁵⁸² *Ibid.*

la Cour suprême du Canada, en a réaffirmé l'importance. Ces décisions nous enseignent que, malgré ses aspects de résidu monarchique, la règle ne peut aujourd'hui être ignorée. Ainsi, nos tribunaux, se refusant à étendre le domaine d'application de l'exception d'implication nécessaire, précisèrent plutôt qu'elle doit avoir une portée très restreinte. Toute conclusion contraire aurait à plus ou moins longue échéance résulté en une marginalisation de la doctrine de l'immunité, laquelle, au niveau strictement juridique, n'aurait pu se justifier.

L'importance de la règle ayant été reconnue, plusieurs questions n'en demeurent pas moins en suspens. Reconnaîtra-t-on aux législatures provinciales le pouvoir, même limité, de rendre les lois qu'elles adoptent applicables à Sa Majesté du chef du Canada? On peut en douter. Les jugements récents du plus haut tribunal canadien témoignent en effet d'une nette tendance centralisatrice. Les arrêts *R. c. Crown Zellerbach*⁵⁸³, *General Motors c. City National Leasing Ltd.*⁵⁸⁴ et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*⁵⁸⁵ n'en sont que quelques exemples.

⁵⁸³ [1988] 1 R.C.S. 401, où, s'autorisant de la théorie des dimensions nationales, plutôt que de favoriser un fédéralisme coopératif, la Cour suprême du Canada reconnut au Parlement du Canada le pouvoir exclusif de légiférer quant à la pollution marine.

⁵⁸⁴ [1989] 1 R.C.S. 641. La Cour suprême du Canada y reconnut au Parlement fédéral, sous le chef de la réglementation générale des échanges, le pouvoir de passer des lois à l'effet de créer des recours de nature purement civile.

⁵⁸⁵ [1995] 3 R.C.S. 199. Y fut jugée *intra vires* du Parlement du Canada une loi dont l'objet était de régir la publicité des produits du tabac. Pour ce faire, la Cour eut recours au pouvoir du Parlement fédéral de faire des lois criminelles, pouvoir énoncé au paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

On est aussi en droit de s'interroger quant à la possible inclusion de la doctrine de l'immunité dans l'ensemble des règles qui, aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sont censées former partie intégrante de la Constitution du Canada. À cet égard, il est difficile d'anticiper la réponse que fournira la Cour suprême du Canada. En effet, alors que l'on s'attendait à ce que la Cour suprême du Canada procède à refermer la trop grande ouverture laissée par sa décision dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*⁵⁸⁶, le contraire se produisit dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*⁵⁸⁷. Que soit ou non prononcée la constitutionnalisation de principes non-écrits ou de certaines prérogatives royales, incluant la doctrine de l'immunité de la Couronne à l'égard des lois, il incombera à la Cour suprême, dans les années à venir, de préciser les balises et, si possible, d'écarter les incertitudes causées par le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*⁵⁸⁸ quant au contenu normatif exact de la «Constitution du Canada»⁵⁸⁹, qui, selon les termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est censée être la «loi suprême du Canada».

Avant que ne soit solutionnées ces difficultés et dans l'attente, peut-être, d'une réforme du droit canadien de la Couronne, laquelle entraînerait l'abandon de la notion même de

⁵⁸⁶ *supra*, note 92.

⁵⁸⁷ *supra*, note 197.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ Voir, généralement, l'article du professeur Jacques Frémont, *Loc. cit.*, note 12.

Couronne ainsi que de tous les privilèges et immunités qui s'y rattachent, nos tribunaux ne peuvent que donner effet à une règle qui, bien que, à certains égards inéquitable, conserve, à ce jour, toute sa pertinence.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

- BACON, Francis, *The Works of Francis Bacon*, préparé sous la direction de James Spedding, Robert Leslie Ellis et Douglas Denon Heath, Brown & Taggard, Boston, 1861
- BERGER, Raoul, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Harvard University Press, Cambridge, 1973
- BERGER, Raoul, *Executive Privilege: a Constitutional Myth*, Harvard University Press, Cambridge, 1974, 430 p.
- BERKOWITZ, M.K. et KOTOWITZ, Y., Conseil économique du Canada, *The Organization and control of Crown Corporations*, Ottawa, 1985
- BINKLEY, W.E., *President and Congress*, 3è. éd., Vintange Books, New-York, 1962, 404 p.
- BLACK, Henry C., *Black's Law Dictionary*, 6è. éd., West Publishing Co., St-Paul, Minn., 1990
- BLACKSTONE, William (Sir), *Commentaries on the Laws of England*, Dawsons of Pall Mall, London, 1966, Vol. I.
- BRUN, Henri et TREMBLAY, Guy, *Droit constitutionnel*, 3è. éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1987, 708 p.
- BRYCE, James, *Canada: an Actual Democracy*, The MacMillan Company of Canada Ltd., Toronto, 1921
- CASTEL, J.-G., *Canadian Conflict of Laws*, 3è. éd., Butterworths, Toronto, 1993, 692 p.
- CHEVRETTE, François et MARX, Herbert, *Droit constitutionnel*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1982
- CHITTY, J., *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, Joseph Butterworths & Son, 1820, 500 p.
- CODE CIVIL DU BAS-CANADA, 2è Rapport des commissaires, Stewart Derbyshire & George Desbarats, Québec, 1863

- COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, *le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, Tome I
- CORWIN, Edward, *The President: Office and Powers*, 3è. éd., New-York University Press, New-York, 1948
- CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 3è. éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990
- CURRIE, A.E., *Crown and Subjects*, Legal Publications Ltd., Wellington, 1953, 220 p.
- DAHL, Robert, *Congress and Foreign Policy*, New-York University Press, New-York, 1950
- DAWSON, Robert M., *The Government of Canada*, 5è. éd. révisée, Toronto Press, Toronto, 1970, 569 p.
- De CHAMBRUN, Adolphe, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, Librairie du Collège de France, Paris, 1876, 359 p.
- De SMITH, S.A., *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books Ltd., Harmondsworth, 1971
- DICEY, A.V., *The Law of the Constitution*, 10è. éd., MacMillan & Co. Ltd., London, 1960
- DUCHACEK, Ivo, *Comparative Federalism: the Territorial Dimension of Politics*, University Press of America, Philadelphia, 1987, 370 p.
- EVATT, H.V., *The Royal Prerogative*, The Law Book Company Ltd., Sydney, 1987, 282 p.
- GIBSON, *La découverte du régime présidentiel*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, 412 p.
- GRIFFITH, John A. et STREET, Harry, *The Principle of Administrative Law*, 5è. éd., Sir Isaac Pitman & Sons Ltd., Londres, 1973
- HANKS, P., *Constitutional Law*, Butterworths, Sydney, 1991
- HINSLEY, F.H., *Sovereignty*, Watts, London, 1966, 255 p.
- HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 4è. éd., Carswell, Toronto, 1996
- HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 3è. éd., Carswell, Toronto, 1992

- HOGG, Peter W., *Liability of the Crown*, 2è. éd., Carswell, Toronto, 1989
- HORN, S., *The Cabinet and Congress*, Columbia University Press, New-York, 1960, 310 p.
- JENNINGS, I., *Cabinet Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1959
- KEIR, David L. et LAWSON, Frederic H., *Cases on Constitutional Law*, 6è. éd., Clarendon Press, Oxford, 1979
- KEONIG, L.W., *The Chief Executive*, 2è. éd., Harcourt, Brace & World Inc., New-York, 1968, 466 p.
- KNAPPEN, M.M., *Constitutional and Legal History of England*, Archon Books, Hamdon, Conn., 1964, 607 p.
- KOUBI, Geneviève et ROMI, Raphaël, *État, Constitution, Loi*, Éditions de l'espace européen, La Garenne-Coulombes, France, 1991, 222 p.
- LAJOIE, Andrée, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Les Éditions Thémis Inc., 1984, 242 p.
- LANE, P.H., *A Manual of Australian Constitutional Law*, 4è. éd., The Law Book Company Ltd., Sydney, 1987, 565 p.
- LANE, P.H., *The Australian Federal System*, 2è. éd., The Law Book Company Ltd., Sydney, 1979, 1279 p.
- LASKI, Harold J., *The American Presidency and Interpretation*, George Allen & Unwin Ltd., London, 1952
- LASKIN, Bora, *The British Tradition in Canadian Law*, Stevens & Sons, London, 1969
- LASKIN, Bora, *Canadian Constitutional Law*, 3è. éd., Carswell, Toronto, 1969
- LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, *The Legal Status of the Federal Administration*, Working Paper No. 40, Ottawa, 1985
- LEFROY, Augustus F.H., *Canada's Federal System*, Carswell, Toronto, 1913, 898 p.
- LIVINGSTON, William S., *Federalism and Constitutional Change*, Clarendon Press, Oxford, 1956, 380 p.

- LOCKE, John, *The Second Treatise of Civil Government*, Basic Blackwell, Oxford, 1946
- LORDON, Paul, *La Couronne en droit canadien*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1992, 812 p.
- MAITLAND, F.W., *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1968
- MALLORY, J.R., *The Structure of Canadian Government*, MacMillan of Canada, Toronto, 1971
- MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1971
- McNAIRN, Colin H.H., *Governmental and Intergovernmental Immunity in Canada and in Australia*, University of Toronto Press, Toronto, 1977, 164 p.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Garnier, Paris, 1973, Vol. I et II
- MOREL, André, *Sources et formation du droit*, éd. révisée avec la collaboration de Jean-Maurice Brisson et de Jean Leclair, Université de Montréal, Faculté de droit, 1992-93
- OUELLETTE, Yves, *Responsabilité extracontractuelle de l'État fédéral*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1965
- PHILLIPS, O.H., *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*, 2è. éd., Sweet & Maxwell Ltd., London, 1957
- ROBSON, J.L., *The British Commonwealth: the Development of its Laws and Constitutions*, Vol. IV (Nouvelle-Zélande), 2è. éd., Stevens & Sons, London, 1967, 532 p.
- RIKER, William H., *Federalism, Origin, Operation, Significance*, Little & Brown, Toronto, 1964, 169 p.
- SCOTT, K.J., *The New Zealand Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1962, 188 p.
- STREET, Harry, *Governmental Liability*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., New-York, 1988
- TREMBLAY, André, *Les compétences législatives au Canada*, Les Éditions de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1967, 350 p.

WHEARE, K.C., *Federal Government*, 4è. éd., Oxford University Press, Toronto, 1963, 266 p.

WYNES, W.A., *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, 4è. éd., The Law Book Company Ltd., Sydney, 1970

Articles de périodiques

BERGER, Raoul, «Executive Privilege vs. Congressional Inquiry» (1965) 13 *U.C.L.A. Law Review* 106

BRISSON, Jean-Maurice, «L'impact du *Code civil du Québec* sur le droit fédéral: une problématique» (1992), 52 *R. du B.* 345

COHEN, David, «Thinking about the State: Law Reform and the Crown» (1986), 24 *Osgoode Hall L.J.* 379

DUSSAULT, René et PELLETIER, Gaston, «Le professionnel-fonctionnaire face aux mécanismes d'inspection professionnelle et de discipline institués par le *Code des professions*» (1977), 37 *R. du B.* 2

DUSSAULT, René et DUPERRÉ, Thomas, «La responsabilité de l'administration canadienne et québécoise» (1970), 11 *C. de D.* 7

EDINGER, Elizabeth, «Territorial Limitations on Provincial Powers» (1982), 14 *Ott. L.R.* 57

FOREST, Réal, «Les prérogatives de la Couronne au Québec: quelques problèmes de définition et de sources» dans *Cahier de la 5ème Conférence des avocats et notaires de la fonction publique du Québec*, Ministère de la justice (Québec), 1983, 26 p.

GARANT, Patrice, «Contribution à l'étude du statut juridique de l'administration gouvernementale» (1972), 50 *R. du Bar.Can.* 50

GIBSON, Dale, «Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism» (1969), 47 *R. du Bar.Can.* 40

FRÉMONT, Jacques, «Introduction aux sources du droit constitutionnel canadien», Centre de recherche en droit public, Université de Montréal (article non encore publié), 1997

KRAMER, Maryanne E., «The Treatment of Crown Corporations Under Provincial Securities Legislation: the Role of Crown Immunity (Part I)» (1986), 2 *Admin. L.J.* 68

- KRAMER, Maryanne E., «The Treatment of Crown Corporations Under Provincial Securities Legislation: the Role of Crown Immunity (Part II)» (1987), 3 *Admin. L.J.* 1
- LAJOIE, Andrée, «Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées» (1991), 25 *R.J.T.* 106
- LAJOIE, Andrée, «The Implied Bill of Rights, the Charter and the role of the Judiciary» (1995), 44 *U.N.-B.L.J.* 337
- LECLAIR, Jean et MORRISSETTE, Yves-Marie, «Le Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale: une «théorie» constitutionnelle bricolée au service d'une mauvaise décision», article non encore publié, avril 1998
- LEFROY, Augustus F.H., «Annotations à l'arrêt *Gauthier c. The King*» (1918), 40 *D.L.R.* 366
- LIVINGSTON, William S., «A note on the Nature of Federalism» (1952), 67 *Pol. Sci. Q.* 81
- McNAIRN, Colin H.H., «Crown Immunity from Statute - Provincial Governments and Federal Legislation» (1978), 56 *R. du Bar.Can.* 145
- NEUDORFER, Ashor, «Crown Immunity & Crown Agents» (1986), 1 *Admin L.J.* 45
- PÉPIN, Gilles, «L'immunité absolue des juges, des cours supérieures et des commissaires-enquêteurs, en matière de responsabilité civile» (1986), 46 *R. du. B.* 220
- RUBENSTEIN, A., «Liability in Torts of Judicial Officers» (1963-64), 15 *U.T.L.J.* 317
- RUTHERFORD, D.J.A., MOLOT, H.L. et DUBRULE, P., «The Defence of Crown Immunity in Canada» (1991-92) 3 *Can. Journal of Admin. Law & Practice* 102
- STREET, Harry, «The effect of Statutes upon the Rights and Liabilities of the Crown» (1948), 7 *U. of T. Law Journal* 357
- SULLIVAN, Ruth, «Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces» (1985), 7 *Supreme Court L.R.* 511
- SWINTON, Katherine, «Federalism and Provincial Government Immunity» (1979), 29 *U. of T. Law Journal* 1

TABLE DE JURISPRUDENCE

- A -

Affaire des cessions volontaires (L'), [1894] A.C. 189
Affaire des prohibitions locales (L'), [1896] A.C. 348
A.-G. Canada c. A.-G. British Columbia, [1930] A.C. 111
A.-G. British Columbia c. Smith, [1967] R.C.S. 702
Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, [1989] 2 R.C.S. 225
Alberta Government Telephones c. Conseil canadien des relations de travail, [1989] 2 R.C.S. 318
Alberta Home Mortgage Corp. c. Hill Investments Ltd., [1985] 3 W.W.R. 751 (Alta.Q.B.)
Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143
Attorney General v. De Kayser's Royal Hotel, [1920] A.C. 508 (C.J.C.P.)
Attorney General for British Columbia c. Royal Bank Of Canada and Island Amusement Company Ltd., [1937] 1 W.W.R. 273 (C.A.C.B.)
Attorney General for British Columbia c. Royal Bank Of Canada and Island Amusement Company Ltd., [1937] R.C.S. 459
Attorney General of Canada v. Rhode, (1957) 8 D.L.R. (2d) 89 (Sask.D.C.)
A.-G. Canada v. Sanford, [1939] 1 D.L.R. 374 (N.S.S.C.)
Attorney General for Canada c. Tombs, [1946] 4 D.L.R. 516 (Ont.Co.Ct.)
Attorney General for Canada c. Tombs, [1946] 4 D.L.R. 519 (C.A.Ont.)

- B -

Barton and Another v. The Commonwealth of Australia (1974-75), 131 C.L.R. 477 (High Court of Australia)
Bank of Nova Scotia c. The Queen (1961), 27 D.L.R. 120
Bonanza Creek Mining Co. c. The King, [1916] 1 A.C. 566
Bowers et al. v. Hollinger et al., [1946] 4 D.L.R. 186 (Ont.H.C.)

- C -

Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney General for Ontario, [1959] R.C.S. 188
Case of Proclamations (1611) 77 E.R. 1352 (K.B.)
Chandler v. D.P.P., [1964] A.C. 763
Cité de Montréal c. Société d'administration générale (1925), 38 B.R. 521
City of Quebec c. The Queen (1894), 24 R.C.S. 420
Colet c. La Reine, [1981] 1 R.C.S. 2
Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bell Canada, [1988] 1 R.C.S. 749

Commission des normes du travail c. Conseil régional des services de la santé et des services sociaux de la Montérégie, [1987] R.J.Q. 841 (C.A.)
Commission du salaire minimum c. Bell Canada, [1966] R.C.S. 767
Commonwealth v. Anderson, (1960) 105 C.L.R. 303
Commonwealth v. Cigamic Pty, (1962) 108 C.L.R. 372
Commonwealth c. New South Wales (1918), 25 C.L.R. 325
Cooper v. Hawkins, [1904] 2 K.B. 165 (C.A.)
Crombie c. The King, [1923] 2 D.L.R. 542 (C.A.Ont.)
Crowther v. A.-G. Canada, (1959) 17 D.L.R. (2d) 437 (N.S.S.C.)
Cushing c. Dupuy (1880) 5 A.C. 409

- D -

Deeks McBride Ltd. v. Vancouver Associated Contractors Ltd., [1954] 4 D.L.R. 844 (C.A.C.B.)
Directeur de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants v. Home Insurance Company, [1959] C.S. 490
Dominion Building Corporation c. The King, [1933] A.C. 533
Downs v. Williams, (1971) 126 C.L.R. 61

- E -

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513
Emerson v. Simpson, (1962) 32 D.L.R. (2d) 603 (B.C.S.C.)
Engelke v. Musmann, [1928] A.C. 433
Excelsior Electric Dairy Machinery Ltd., [1923] 3 D.L.R. 1176
Ex parte Postmaster-General, in re Bonham (1879), 10 Ch.Div. 595 (C.A.)

- F -

Federal Business Development Bank c. Hillcrest Motor Inn Inc. et al. (1988), 26 B.C.L.R. 379 (C.A.C.B.)
Fidelity Insurance Co. c. Cronkhite Supply, [1979] 2 R.C.S. 27
Formea Chemical Ltd. c. Polymer Corp. Ltd., [1968] R.C.S. 754
Fox v. Government of Newfoundland, [1898] A.C. 667
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports), [1992] 1 R.C.S. 3

- G -

Gartland Steamship Co. c. The Queen, [1960] R.C.S. 315
Gauthier v. The King (1918) 40 D.L.R. 353 (C.S.C.)
General Motors c. City National Leasing Ltd., [1989] 1 R.C.S. 641
Gibbs c. Canadian Broadcasting Corp. [1953] R.L. 117

- H -

Halifax v. Halifax Harbour Commissioners, [1935] R.C.S. 215
Hamilton v. The King (1917), 35 D.L.R. 226 (C.S.C.)
Hornsey Urban District Council v. Hennel, [1902] 2 K.B. 73 (C.A.)

- I -

In re Reid and Canadian Farm Loan Board, [1937] 3 W.W.R. 1 (Man.K.B.)

- J -

J.E. Verreault & Fils Ltée c. P.G. du Québec, [1977] 1 R.C.S. 41

- K -

Kaiser Aluminium & Chem Co c. United States, 157 F. Supp. 939, 943 (Ct. Cl.)
Kaye v. Attorney-General for Tasmania, (1956) 94 C.L.R. 193

- L -

Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver General of New Brunswick,
 [1892] A.C. 437

- M -

Marbury c. Madison, 5 U.S. 137 (1803)
MacArthur c. The King, [1943] Ex.C.R. 77
McGrain c. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927)
Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy, [1927] A.C. 899
Minister of National Revenue c. Roxy Frocks manufacturing (1937), 62 B .R. 113
Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418
Montréal Trust Co. v. The King, [1924] 1 D.L.R. 1030 (B.C.C.A.)
Morier c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716

- N -

New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse, [1993] 1 R.C.S. 319
Nisbet Shipping Co. v. The Queen, [1955] 4 D.L.R. 1 (C.J.C.P.)
Northern Pipeline Agency c. Perhinec, [1983] 2 R.C.S. 513

- P -

Palmer c. The King, [1951] Ex. C.R. 348
P.G. du Québec c. Associés Mingan Ltée, [1985] C.S. 107
P.G. du Québec c. Labrecque, [1980] 2 R.C.S. 1057
Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation, [1986] 1 R.C.S. 732
Province of Bombay v. Municipal Corporation of the City of Bombay,
 [1947] A.C. 58

- Q -

Québec (Sa Majesté du chef) c. Ontario Securities Commission,
 (1992) 10 O.R. (3d) 577 (Ont.C.A.)

- R -

R. v. Allen, (1862) 1 B. & S. 850
R. c. Board of Transport Commissioners, [1968] R.C.S. 118
R. c. Crown Zellerback, [1988] 1 R.C.S. 401
R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, [1983] 2 R.C.S. 551
R. c. Home Secretary; Ex parte Northumbria Police Authority, [1989] Q.B. 26 (C.A.)
R. c. Kussner, [1939] Ex.C.R. 206
R. v. Lamothe, [1958] O.R. 207 (Ont.S.C.)
R. c. M/V Alphonse Desjardins (Le), [1994] R.J.Q. 2825 (C.A.)
R. c. Ouellette, [1980] 1 R.C.S. 568
R. c. Pouliot, (1888), 2 Ex.C.R. 49
R. c. Rhodes, [1934] O.R. 44 (H.C.Ont.)
R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs,
ex parte Indian Association of Alberta, [1982] All.E.R. 118 (C.A.)
R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933
Radio Canada et al. c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 339
Rankin c. The King, [1940] Ex.C.R. 105
Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753
Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, [1997] R.C.S. 1
Re Adams Shoe Co. Ex parte Town of Penetanguishene, [1923] 4 D.L.R. 927 (Ont.S.C.)
Re Alberta Statutes [1938] R.C.S. 100
*Reference re the Power of the Governor-General to Disallow Provincial Legislation and the
 Power of Reservation of a Lieutenant-Governor of a Province*, [1938] R.C.S. 71
Régie de l'Assurance-Maladie du Québec c. Hydro-Québec, [1991] R.J.Q. 2361 (C.S.)
Re Henley & Co., (1879) 9 Ch.D. 469 (C.A.)
Re John Wiper Ltd., (1972) 5 S.A.S.R. 360 (F.C.)

Re Richard Foreman & Sons Pty; Uther v. Federal Commissioner of Taxation,
 (1947) 74 C.L.R. 508
Re Rowe And Province of Manitoba, [1942] 4 D.L.R. 754 (Man.K.B.)
Re Silver Brothers Ltd., [1932] A.C. 514
Re United Pacific Transport Pty, [1968] Qd.R. 517
Re W., [1925] 2 D.L.R. 1177 (C.S.Ont.)
Rex c. McLoed, [1930] 4 D.L.R. 226
RJR-MacDonald Inc. c. Canada, [1995] 3 R.C.S. 199
Roberts c. Ahern (1903), 1 C.L.R. 406
Royer c. Mignault, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.)
Rudolf Wolff & Co. c. Canada, [1990] 1 R.C.S. 695

- S -

Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports, [1978] 1 R.C.S. 61
Saumur c. City of Quebec, [1953] 2 R.C.S. 299
Société des alcools du Québec c. Steinberg Inc., [1992] R.J.Q. 2701 (C.A.), requête pour
 autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée 1993-05-27 (No. 23276)
Sparling c. Caisse de dépôt et de placement, [1988] 2 R.C.S. 1015
Switzman c. Elbiling, [1957] R.C.S. 285
Syndicat professionnel des ingénieurs Hydro-Québec c. Hydro-Québec [1995] 3 C.F. 3 (C.A)

- T -

Tamlin v. Hannaford, [1950] 1 K.B. 25 (C.A.)
The Commonwealth of Australia v. Rhind, (1966) 119 C.L.R. 584, à la p. 598
The King v. Bradley, [1941] R.C.S. 270
The King ex rel. A.-G. Canada v. Sanford, [1939] 1 D.L.R. 374 (N.S.S.C. *in banco*)
The King v. Lithwick, (1921) 57 D.L.R. 1 (Ex.Ct.)
The King v. Powers, [1923] Ex.C.R. 131
The Minister for works for Western Australia v. Gulson, (1944) 69 C.L.R. 338
The Rapatriation Commission v. Kirkland, (1923) 32 C.L.R. 1
The Queen v. Breton, (1967) 65 D.L.R. (2d) 76 (C.S.C.)
The Queen v. City of Montreal, (1972) 27 D.L.R. (3d) 349 (F.C.T.D.)
The Queen c. Hamilton (1962), 37 D.L.R. (2d) 545
The Queen c. Murray, [1965] 2 Ex. C.R. 663
The Queen c. Murray, [1967] R.C.S. 262
Thibaudeau c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 627
Toronto Transportation Commission v. R., [1949] R.C.S. 510

- V -

Vickery c. Protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, [1991] 1 R.C.S. 671

- W -

Wardle v. Manitoba Farm Loans Association and Government of Manitoba,
[1953] 9 W.W.R. 529 (Man.Q.B.)

Westeel-Rosco c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Center,
[1977] 2 R.C.S. 238

Willion v. Berkley (1561), 75 E.R. 339

Wynyard Investments Pty Ltd. v. Commissioner for Railways, (1955) 93 C.L.R. 376