

Université de Montréal

**La municipalité comme autorité responsable : une approche
institutionnelle et fonctionnelle de l'immunité**

Par

Marc-André Boucher

Faculté de droit

**Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit**

2022

© Marc-André Boucher, 2022

Université de Montréal

Faculté des études supérieures

Résumé et mots-clés

L'objectif de cette thèse est de trois ordres. Premièrement, elle vise à examiner la responsabilité municipale à travers le prisme d'une analyse institutionnelle afin de démontrer que les municipalités ne possèdent aucune protection constitutionnelle en vertu de la séparation des pouvoirs et qu'elles peuvent uniquement bénéficier d'une immunité liée à leurs fonctions législatives déléguées, ce qui implique l'exclusion de toute immunité institutionnelle. Deuxièmement, cette thèse vise à analyser l'évolution jurisprudentielle de l'immunité afin de démontrer que la notion de politique publique (*policy*) qui fonde l'immunité n'a pas de contenu substantiel inhérent et qu'il faut ainsi privilégier une définition formelle reposant sur un processus décisionnel. Troisièmement, cette thèse proposera une nouvelle conception de l'immunité, soit celle "d'immunité proportionnelle variable". Ainsi, contrairement à l'immunité traditionnelle dont l'application est uniforme, cette nouvelle conception permettrait de lever partiellement l'immunité à l'égard de certaines personnes vulnérables et de la faire varier proportionnellement en fonction des effets préjudiciables que pourrait avoir une décision politique sur les droits de ces personnes vulnérables.

This thesis has three objectives. The first one is to examine the liability of municipalities through an institutional analysis in order to demonstrate that municipalities have no constitutional protection under the separation of powers but rather only enjoy an immunity related to their delegated legislative functions, which implies that they do not have any institutional immunity. The second objective of this thesis is to analyze the evolution of the case law regarding immunity in order to demonstrate that the notion of policy, which is the basis for immunity, has no inherent substantive content. Therefore, we believe that a formal definition of immunity based on a decisional process should be favored. Finally, this thesis will suggest a new concept of immunity that we call "variable proportional immunity". Thus, unlike traditional immunity, which is applied uniformly, pursuant to this new concept, immunity could be partially waived in favour of certain vulnerable people proportionally to the injurious impact that could result from a policy decision on these vulnerable people's rights.

Mots-clés : Responsabilité – municipalités – immunité – politique-opérationnelle – séparation – pouvoirs – imputabilité.

Keywords : Liability – municipalities – immunity – policy-operational – separation – powers – accountability.

Table des matières

Abréviations	iv
Remerciements	6
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
1. Contexte et problématique.....	1
2. Exposé général de la thèse.....	8
3. Le cadre méthodologique	13
PARTIE I – HISTOIRE ET NATURE DES MUNICIPALITÉS EN DROIT QUÉBÉCOIS	23
1.1 L'évolution historique des municipalités québécoises	23
1.1.1 Le régime français	23
1.1.2 Le régime britannique.....	30
1.1.3 Les municipalités sous l'égide de la Loi constitutionnelle de 1867	42
1.1.4 Synthèse de l'évolution historique	44
1.2 Le statut de la municipalité : une nature hybride.....	49
1.2.1 D'une conception rigoriste administrative à une conception démocratique locale	50
1.2.1.1 L'origine de la conception rigoriste de la municipalité	51
1.2.1.2 La difficile émergence d'une conception plus large.....	53
1.2.1.3 Une première assise pour une conception libérale des pouvoirs municipaux	57
1.2.2 Consolidation de la démocratie municipale comme lieu d'expression et de participation civique	72
1.2.3 Analyse critique de la notion de gouvernement municipal	86
Conclusion de la Partie I.....	94
PARTIE II – ORIGINE ET ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ DES AUTORITÉS PUBLIQUES EN DROIT BRITANNIQUE	96
2.1 La notion d'immunité en droit public.....	97
2.1.1 Le caractère distinctif de l'immunité de la Couronne	97
2.2 L'origine et l'évolution des principes contemporains du tort of negligence	99
2.2.1 La responsabilité des autorités publiques : une obligation fluctuante	103
2.2.2 La reconnaissance officielle et l'affermissement du duty to take care	120
2.2.3 La naissance de la distinction entre les actes politiques et opérationnels.....	129
Conclusion de la Partie II	139

PARTIE III – LA DISTINCTION ACTE POLITIQUE / ACTE OPÉRATIONNEL EN DROIT CANADIEN	144
3.1 La responsabilité des autorités publiques au Québec avant Anns	144
3.1.1 Un droit public québécois hybride.....	145
3.1.2 Une certaine doctrine jurisprudentielle américaine	160
3.2. Réception et évolution de la dichotomie en <i>common law</i> canadienne	169
3.2.1 Les premiers jalons.....	170
3.2.2 L'évolution de la notion de "policy" : la recherche de critères opératoires et d'un fondement stable à l'immunité politique	190
Conclusion de la Partie III.....	228
PARTIE IV – CRITIQUE ET RÉÉVALUATION DE LA DICHOTOMIE ET DE SON FONDEMENT	236
4.1 Retour sur les fondements constitutionnels de l'immunité en matière de responsabilité extracontractuelle municipale.....	237
4.1.1 Examen de la séparation des pouvoirs.....	239
4.1.2 Comparaison entre l'institution municipale et l'institution parlementaire aux fins de l'application de la séparation des pouvoirs.....	244
4.1.3 La primauté du droit et la responsabilité civile	256
4.1.4 Les notions de faute et d'invalidité.....	263
4.2 Réexamen de la notion de politique fondamentale.....	272
4.2.1 La responsabilité et la primauté du droit au-delà de la <i>summa divisio</i>	274
4.2.2 Le règlement municipal comme politique générale démocratique.....	285
4.2.3 La légitimité judiciaire comme assise d'une immunité proportionnelle variable.....	295
4.2.4 L'excès de compétence, la mauvaise foi et la perte de l'immunité	309
CONCLUSION FINALE	318
BIBLIOGRAPHIE.....	324
MONOGRAPHIES	324
ARTICLES DE PÉRIODIQUES	326
INDEX DE LA JURISPRUDENCE.....	334
CANADA.....	334
QUÉBEC	339
ROYAUME-UNI	341
ÉTATS-UNIS.....	342
COMMONWEALTH BRITANNIQUE.....	342
TABLE DE LA LÉGISLATION.....	343

LOIS CONSTITUTIONNELLES.....	343
LÉGISLATION QUÉBÉCOISE.....	343
LÉGISLATION ANTÉRIEURE À LA FÉDÉRATION	344

Abréviations

A.C.	<i>Law Reports, Appeal Cases</i>
A.R.	<i>Alberta Reports</i>
A.S.P.	<i>Acts of the Scottish Parliament</i>
ABQB	Décisions de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta
All E.R.	<i>All England Law Reports</i>
Alta. L.R.	<i>Alberta Law Reports</i>
App. Cas.	<i>Law Reports, Appeal Cases</i>
AZ	Azimut
B.C.A.C.	<i>British Columbia Appeal Cases</i>
B.C.L.R.	<i>British Columbia Law Reports</i>
B.R.	Cour du banc de la Reine
B.R.	<i>Rapports judiciaires de Québec. Cour du Banc de la Reine (en appel)</i>
B.C.T.C.	<i>British Columbia Trial Cases</i>
C. de D.	<i>Les Cahiers de droit</i>
C.A.	Cour d'appel
C.A.Q.	Cour d'appel du Québec
C.B.	<i>Common Bench Reports</i>
C.c.	Cour de circuit
C.C.L.T.	<i>Canadian Cases of the Law of Torts</i>
C.c.Q.	<i>Code civil du Québec</i>
C.cr.	<i>Code criminel</i>
C.F.	Cour fédérale
C.L.R.	<i>Commonwealth Law Reports</i>
C.P.	Cour provinciale
C.p.c.	<i>Code de procédure civile du Québec</i>
C.p.c.	Cour des plaid communs
C.P.L.M.	<i>Codification permanente des lois du Manitoba</i>
C.Q.	Cour du Québec
C.S.	<i>Rapports judiciaire de Québec. Cour supérieure</i>
C.S.	Cour supérieure
C.S.C.	Cour suprême du Canada
C.S.Q.	Cour supérieure du Québec
C.S.rév.	Cour supérieure en révision
CF	Cour fédérale du Canada
Ch.	Cour de la Chancellerie
Colum.L.Rev.	<i>Columbia Law Review</i>
CSC	Cour suprême du Canada
D.L.R.	<i>Dominion Law Reports</i>
F.C.R.	<i>Federal Court Reports</i>
J.E.	<i>Jurisprudence Express</i>
J.Q.	<i>Jugements du Québec</i>
K.B.	King's Bench
L.O.	<i>Lois de l'Ontario</i>
L.Q.	<i>Lois du Québec</i>
L.Q.R.	<i>Law Quarterly Review</i>
LN/Ql	LexisNexis/Quicklaw
Low. Can. R.	<i>Lower Canada Reports</i>
M.L.R.	<i>Modern Law Review</i>
M.P.L.R.	<i>Municipal and Planning Law Reports</i>

Man.R.	Manitoba Reports
MBCA	Décisions de la Cour d'appel du Manitoba
MBQB	Décisions de la Cour du banc de la Reine du Manitoba
N.S.R.	Nova Scotia Reports
N.S.W.L.R.	New South Wales Law Reports
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports
Nfld. & P.E.I.R.	Newfoundland and Prince Edward Island Reports
NLTD(G)	Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve et Labrador
NSCA	Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse
Nu.	Nunavut
O.A.C.	Ontario Appeal Cases
O.J.	Ontario Judgments
O.R.	Ontario Reports
O.T.C.	Ontario Trial Case
ONCA	Décisions de la Cour d'appel de l'Ontario
ONSC	Décisions de la Cour supérieure de justice de l'Ontario
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
P.C.	Comité judiciaire du Conseil privé
P.E.I.	Île-du-Prince-Édouard
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
Q.B.	Queen's Bench
Q.B.div.	Queen's Bench division
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du barreau canadien
R.C.L.F.	Revue de la common law en français
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.G.D.	Revue générale de droit
R.J.	Revue de jurisprudence
R.J.D.T.	Recueil de jurisprudence en droit du travail
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.J.R.Q.	Rapports judiciaires révisés de la Province de Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.L.	Revue légale
R.N.D.C.	Revue nationale de droit constitutionnel / National Journal of Constitutional Law
R.S.A.	Revised Statutes of Alberta
R.S.B.C.	Revised Statutes of British Columbia
R.S.N.S.	Revised Statutes of Nova Scotia
R.S.P.E.I.	Revised Statutes of Prince Edward Island
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
S.C.	Superior Court
S.C.	Statuts du Canada
S.C.A.D.	Supreme Court, Appellate Division
S.Nfld.	Statutes of Newfoundland
S.P.C.	Les Statuts provinciaux du Canada
S.Q.	Statuts du Québec
S.R. (N.S.W.)	New South Wales State Reports
S.R.B.C.	Statuts refondus pour le Bas-Canada
S.R.Q.	Statuts refondus du Québec
S.S.	Statutes of Saskatchewan
Sask.R.	Saskatchewan Reports

SKQB	Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan
Supr.C.	Supreme Court
U.T. Fac. L. Rev.	University of Toronto Faculty of Law Review
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
Vict.	Victoria
Y.L.J.	Yale Law Journal

Remerciements

L'idée à l'origine de cette thèse est le fruit de nombreuses discussions que j'ai eues avec les professeurs Denis Lemieux et Jacques l'Heureux. Bien que tous deux soient aujourd'hui malheureusement décédés, je tiens néanmoins à leur témoigner toute ma gratitude pour leurs précieux enseignements ainsi que pour la sollicitude dont ils ont toujours fait preuve à mon égard. Je tiens également à remercier mon directeur, le professeur Han-Ru Zhou, et le professeur Jean Héту dont les judicieux conseils me furent très utiles. Enfin, je remercie mon épouse Caroline dont la bonté, l'amour et la patience furent un réconfort constant tout au long de cette rédaction.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Contexte et problématique

Dans un État de droit, les autorités publiques doivent répondre de leurs actes fautifs¹. À cet égard, l'étymologie du mot responsabilité correspond justement à cette idée d'imputabilité, à savoir que toute personne se porte garante de ses actes². Ce principe est sans doute encore plus vrai dans le cas des municipalités qui, contrairement à la Couronne, ne bénéficient d'aucun privilège constitutionnel et sont imputables en matière de responsabilité civile depuis la fin du 18^e siècle³. Pourtant, les municipalités bénéficient parfois d'une immunité civile pour certains types d'actes de puissance publique de nature politique. Les explications offertes afin de justifier le fondement d'une telle immunité ont longtemps été obscures et exposées en termes sibyllins.

L'objectif de cette thèse est de trois ordres. Premièrement, elle vise à examiner la responsabilité municipale à travers le prisme d'une analyse institutionnelle afin de démontrer que la municipalité peut uniquement bénéficier d'une immunité liée à ses fonctions législatives déléguées, ce qui implique l'exclusion de toute immunité institutionnelle. Deuxièmement, elle vise à analyser l'évolution jurisprudentielle de l'immunité afin de démontrer que la notion de politique publique (*policy*) qui fonde

¹ La Cour suprême fait remonter à l'époque de Blackstone l'octroi de réparations pour la violation de certains droits individuels par les autorités publiques, voir notamment *A c. Ontario (Procureur général)*, 2020 CSC 38, par. 147. Bien entendu, en vertu du principe traditionnel exprimé par l'adage *The King can do no wrong*, le Roi ne pouvait être poursuivi devant ses propres tribunaux, voir notamment à ce sujet Peter HOGG, Patrick J. MONAHAN, Wade K WRIGHT, *Liability of the Crown*, Carswell, Toronto, 4th edition, 2011, p. 5.

² Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction d'Alain REY, volume 2, éditions Dictionnaire Le Robert, 1992, Paris, p. 1785. Le mot « responsable » est un mot savant dérivé du latin *responsum*, supin de *respondere* pris au sens de se porter garant. Dans son ancien emploi substantif, c'est un terme de féodalité désignant l'homme ayant la charge à vie de payer à un seigneur la rente d'un fief ecclésiastique, et l'adjectif a d'abord qualifié en droit une personne admissible en justice.

³ *Nelson (ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 41.

l'immunité n'a pas de contenu substantiel inhérent et qu'il faut ainsi privilégier une définition formelle reposant sur un processus décisionnel. Troisièmement, cette thèse proposera une nouvelle conception de l'immunité, soit celle d'immunité proportionnelle variable⁴. Ainsi, contrairement à l'immunité traditionnelle dont l'application est uniforme, cette nouvelle conception permettrait de lever partiellement l'immunité à l'égard de certaines personnes et de la faire varier proportionnellement en fonction des effets préjudiciables que pourrait avoir une décision immunisée sur les droits de personnes vulnérables. Examinons plus en détail ces objectifs.

Cette thèse cherchera d'abord à démontrer et à fonder la nature fonctionnelle de l'immunité appliquée à la responsabilité des actes municipaux à partir d'une approche institutionnelle de la municipalité. La compréhension de cette immunité est particulièrement complexe à saisir au regard de la nature hybride de l'institution municipale, laquelle est à la fois une créature administrative et une institution démocratique. Nous démontrerons qu'en raison de son absence de statut constitutionnel, la municipalité bénéficie uniquement d'une immunité fonctionnelle résultant de ses activités législatives déléguées et que, contrairement au gouvernement et à la législature, cette immunité ne possède aucun fondement institutionnel dans le cadre du droit municipal. Par conséquent, cela nous conduira notamment à la conclusion que, contrairement à l'état du droit actuel, des décisions municipales *ultra vires* ne peuvent bénéficier d'une immunité.

⁴ Soulignons que la notion de variabilité ne doit pas être confondue avec celle d'immunité relative, laquelle s'oppose à la notion d'immunité absolue. En effet, l'immunité relative prévoit que les actes de mauvaise foi ou les fautes lourdes pourront justifier la levée de l'immunité. Dans de tels cas, l'immunité est levée de façon uniforme et générale à l'égard de toute personne, tandis que la notion de variabilité que nous proposons n'exige pas la présence de mauvaise foi ou d'une faute lourde et peut être appliquée à l'égard de certaines personnes tout en pouvant être maintenue à l'égard de la majorité des citoyens.

Étonnamment, une telle analyse institutionnelle de l'immunité municipale n'a encore jamais été faite. Cette thèse tentera donc d'y remédier.

Cette démonstration exigera l'examen de deux étapes préalables. Premièrement, il sera important d'étudier l'évolution historique de la municipalité afin d'établir que, nonobstant sa nature démocratique, celle-ci n'est qu'une simple créature législative qui ne peut être directement protégée par la séparation des pouvoirs ni être assimilée à un gouvernement ou à un *self-government* au sens du droit constitutionnel. Nous prendrons donc comme point de départ la nature de l'institution municipale afin de chercher à comprendre pourquoi, malgré certaines fonctions similaires à celles du gouvernement, l'immunité accordée aux municipalités devrait être restreinte à l'exercice des pouvoirs législatifs délégués, c'est-à-dire aux règlements municipaux.

Deuxièmement, il sera nécessaire d'analyser l'origine et la nature de l'immunité de droit public développée par la jurisprudence afin de comprendre les modalités en fonction desquelles celle-ci a été reconnue et appliquée au cours des années. En effet, un tel examen permettra de mieux cerner sa nature longtemps fuyante. Il nous faudra donc sonder l'origine de la responsabilité des autorités publiques afin de montrer que l'immunité développée en cette matière a été le fruit de plusieurs années d'essais et d'erreurs où le pragmatisme importait plus que la recherche d'un réel fondement juridique. Nous verrons que cette absence de fondement a été l'une des raisons qui a conduit les tribunaux à conférer aux municipalités une protection similaire à celle du gouvernement, alors qu'elles en diffèrent profondément, surtout d'un point de vue constitutionnel.

Ce ne sera qu'après avoir franchi ces étapes que nous pourrons mieux comprendre le concept d'immunité politique et démontrer que la notion de décision politique (*policy*) ne

possède aucun contenu substantif permettant d'identifier un dénominateur commun propre à de telles décisions. Nous expliquerons alors pourquoi il est préférable de privilégier une conception formelle des actes politiques à la lumière de leur processus d'adoption par le conseil municipal. Nous déterminerons ensuite à quelles conditions, et en fonction de quels critères, la séparation des pouvoirs peut indirectement servir d'assise à l'immunité des actes politiques municipaux. À ce propos, nous verrons que, même si le récent arrêt *Nelson*⁵ constitue un jalon majeur, il n'en demeure pas moins partiellement inabouti concernant l'absence d'analyse portant sur la nature institutionnelle des organismes qui bénéficient de l'immunité.

Enfin, cette thèse proposera une nouvelle notion juridique, soit celle d'une immunité proportionnelle variable en fonction des droits affectés et de la vulnérabilité des personnes touchées. Cette notion vise à battre en brèche l'approche uniforme de l'immunité traditionnelle et développe une analyse de la proportionnalité des effets de l'immunité, ce qui permet d'en faire varier l'étendue. À ce jour, ni la doctrine ni la jurisprudence ne considèrent la nature des droits affectés ou la situation de vulnérabilité des citoyens concernés. En effet, dans le domaine de la responsabilité publique, la doctrine et la jurisprudence ont principalement tourné leur regard vers la dichotomie des actes politiques et opérationnels, mais ne se sont guère intéressées à la possible variabilité de l'immunité ainsi qu'à la proportionnalité de ses effets sur les personnes.

La notion d'immunité proportionnelle variable que nous proposons intègre tous ces éléments. Elle permettrait de maintenir l'immunité à l'endroit de la majorité des personnes affectées par la décision politique, tout en laissant une discrétion aux tribunaux judiciaires

⁵ Ibid.

pour intervenir dans des cas exceptionnels où les effets d'une décision politique auraient des conséquences disproportionnées sur les droits fondamentaux de certains citoyens particulièrement vulnérables. Cette discrétion serait selon nous justifiée en raison de l'impartialité judiciaire qui confère aux tribunaux une légitimité et une intégrité propres à ces derniers. Précisons que l'immunité proportionnelle variable permettrait également de mieux conjuguer la responsabilité civile à l'exercice des pouvoirs publics en raison du fait que la levée de l'immunité proposée n'est que partielle et très limitée, ce qui permettrait à l'action publique de produire ses effets sans être invalidée ni remise en question.

À cet égard, la notion de responsabilité est trop souvent reléguée à la sphère du droit privé et est même parfois vue comme un élément gênant, voire étranger, lorsque vient le temps de juger l'action étatique. Pourtant, depuis des siècles, la responsabilité fait partie de ces nécessités dont les sociétés font vertu et souvent loi, et celle-ci devrait concerner au premier chef les autorités publiques. Comme le dit Hans Jonas, la responsabilité est intimement liée à la communauté, car « *dans la cité, c'est-à-dire dans l'artefact social où les hommes ont commerce avec les hommes, l'intelligence doit se marier à la moralité* »⁶. Il ne saurait donc y avoir exercice d'un pouvoir public sans un minimum d'imputabilité.

Or, ce mariage entre intelligence et moralité n'est pas toujours des plus facile, surtout dans le domaine de la responsabilité publique où les questions litigieuses impliquent non seulement l'examen de principes juridiques formels, mais obligent parfois les tribunaux à s'aventurer sur le terrain des questions morales et politiques. C'est cette épineuse question qui est notamment à l'origine de notre thèse, à savoir dans quelle mesure et selon quel

⁶ Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, Éditions Flammarion, champs essais, traduit de l'allemand par Jean Greisch, reprise de la 3e édition de 1995, Paris, Flammarion, 2014, p. 26.

fondement un acte de puissance publique peut engager la responsabilité d'une autorité municipale.

La jurisprudence a ainsi tenté d'établir une distinction entre certains actes politiques, faisant l'objet d'une immunité civile, et leur mise en œuvre qui peut engager la responsabilité de l'autorité publique. En outre, nous constaterons qu'un tel examen se révèle particulièrement complexe dans un contexte de tradition civiliste où les principes de la responsabilité se marient parfois difficilement avec ceux de la common law de droit public.

En effet, bien qu'il soit reconnu de longue date que le cadre juridique du droit municipal québécois est défini par son appartenance au droit public, le plus souvent réduit à la common law de droit public, il devient par contre plus délicat d'unir la responsabilité civile, descendante du droit français, à celui du droit public, héritier du droit anglais. Pourtant, c'est à un tel mariage forcé qu'a conduit la Conquête de la Nouvelle-France par la Couronne britannique en 1763. C'est dans le cadre de ce lourd et riche «héritage familial» que s'est développé le droit de la responsabilité civile applicable aux municipalités québécoises.

Ainsi, au regard du droit public d'origine anglaise, l'immunité propre à l'adoption des actes législatifs est un corolaire du principe en vertu duquel « *dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l'exercice de son pouvoir législatif* »⁷. Dès lors, les tribunaux déclareront une loi inconstitutionnelle, mais ne pourront déclarer le législateur fautif de

⁷ *Québec c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 3 R.C.S. 789, par. 19. La Cour cite un extrait de l'arrêt *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42.

l'adoption de celle-ci. Bien que ne constituant pas une institution parlementaire ni un gouvernement, les municipalités n'en demeurent pas moins des personnes morales de droit public dirigées par des personnes démocratiquement élues qui exercent une fonction législative déléguée par la législature et qui, à ce titre, se sont vues reconnaître une certaine immunité lorsqu'elles agissent dans le cadre de leurs fonctions politiques⁸.

Or, en droit québécois, cette question s'est révélée fort complexe, car non seulement doit-on conjuguer des règles de droit privé à une entité régie par le droit public, mais plus encore, il nous faut chercher à comprendre comment peuvent s'articuler les principes de la common law publique à ceux du droit civil privé. C'est donc selon un double axe : public / privé, d'une part, et droit civil / common law, d'autre part, qu'il nous faudra examiner la responsabilité des municipalités en droit québécois. Cette question sera davantage approfondie, eu égard à la notion de faute, dans le cadre de la dernière partie.

Aussi, bien qu'il soit généralement admis que les pouvoirs municipaux bénéficient d'une immunité juridique dans la sphère politique, alors que dans la sphère opérationnelle ils demeurent soumis au droit civil, le fondement et l'étendue de cette immunité sont, de nos jours, de plus en plus remis en question⁹. Cette remise en question est d'autant plus

⁸ *Welbridg Holding Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 968-969; *Laurentides Motels Ltd. c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Entreprises Sibeca Inc., c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304; *Nelson (ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41.

⁹ Paul DALY, « The Policy/Operational Distinction – a View from Administrative Law » in Matthew Harrington ed., *Compensation and the Common Law*, LexisNexis, Toronto, 2015; Bruce FELDTUSEN, « Public authority immunity from negligence liability : uncertain, unnecessary, and unjustified » (2013) 92 Can Bar Rev, 211; Lewis N KLAR, *R v. Imperial Tobacco Ltd.: More Restrictions on Public Authority Tort Liability*, (2012) 50 Alta LR 157; Bruce FELDTUSEN, « Failure to Confer Discretionary Public Benefits : The Case for Complete Negligence Immunity » (1997) 5 Tort Law Review 17; Larry A. REYNOLDS et David A. HICKS, « New Directions for the Civil Liability of Public Authorities in Canada » (1992) 71 R. du B. can. 1; Kevin WOODALL, « Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation » (1992) 37 R.D. McGill 83; Sue ARROWSMITH, « Government Liability and the Public-Private Distinction in Quebec » (1991) 4 C.J.A.L.P. 1; Sue ARROWSMITH, « Governmental Liability in Quebec and the Public Law-Private Law Distinction » (1990) Public Law, 481.

pertinente depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec qui, dans sa disposition préliminaire, énonce que le Code « *établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun* » et que, sous réserve des exceptions prévues par le droit public, les autorités étatiques lui sont soumises¹⁰. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs pris acte de cette disposition et de sa valeur normative¹¹.

2. Exposé général de la thèse

Aux fins d'une meilleure intelligibilité, nous exposerons maintenant les grandes lignes de notre thèse. Notre postulat de départ est que toute théorie portant sur la responsabilité municipale doit tenir compte de leur nature institutionnelle, à savoir une autorité administrative et démocratique, mais ne bénéficiant toutefois d'aucune protection constitutionnelle. À cet égard, il sera nécessaire de distinguer entre les actes réglementaires, qui constituent le prolongement du pouvoir législatif délégué, et les actes non réglementaires, le plus souvent purement administratifs¹².

Il importe ainsi de concevoir une distinction qui tienne compte de la légitimité démocratique résultant indirectement de la séparation des pouvoirs examinée au regard de mécanismes d'imputabilité politique afférents à l'exercice des pouvoirs législatifs

¹⁰ Articles 300 et 1376 C.c.Q.

¹¹ *Finney c. Barreau (Québec)*, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 26; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 25.

¹² Il est à noter qu'en droit administratif municipal, le processus d'adoption réglementaire fut parfois considéré comme une fonction quasi judiciaire lorsque le règlement en question a des effets spécifiques et particularisés à l'égard des droits de certaines personnes et que le règlement est adopté afin de trancher entre des intérêts opposés où les droits des propriétaires sont gravement affectés. Toutefois, le pouvoir exercé demeure de nature réglementaire. À ce sujet voir Patrice GARANT, *Droit administratif*, éditions Yvon Blais, 7^e édition, Montréal, 2017, p. 342 citant Lorne GIROUX, *Aspects juridiques du règlement de zonage au Québec*, Québec, P.U.L., 1979, p. 335. Dans l'arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227, ce principe d'équité fut d'ailleurs formulé en termes d'attentes légitimes et de réceptivité de la part du conseil municipal dans l'adoption et l'exercice de son pouvoir réglementaire.

délégués. Dès lors, la délégation de pouvoirs législatifs, conjuguée à l'imputabilité démocratique propre aux municipalités, constitue l'un des éléments à partir desquels devrait être fondée et reformulée la distinction politique/opérationnelle. Notre thèse repose donc sur l'hypothèse suivante :

L'examen et la qualification de l'immunité politique municipale doivent nécessairement tenir compte de la nature institutionnelle de la municipalité et de son absence de statut constitutionnel. Dans le cas des municipalités, une distinction entre les actes réglementaires et les actes non réglementaires devrait être adoptée en lieu et place de l'ancienne distinction politique/opérationnelle en raison du fait que cette nouvelle distinction prend ancrage dans trois processus démocratiques distincts venant ainsi légitimer l'immunité reconnue.

Ces processus sont les suivants :

- 1) Les règlements découlent d'une loi habilitante votée par la législature. Par conséquent, l'activité réglementaire est indirectement protégée par la séparation des pouvoirs. Ce premier processus constitue le fondement même de l'immunité dont les deux autres processus suivants sont d'ailleurs tributaires.
- 2) Les règlements sont votés par des conseillers municipaux élus démocratiquement.
- 3) L'adoption des règlements par le conseil municipal est précédée d'un processus d'avis public ainsi que d'une séance de présentation du projet de règlement qui est distincte de celle de son adoption.

Nous chercherons plus précisément à démontrer que la redéfinition des sphères politique et opérationnelle doit à la fois prendre en considération le caractère décisionnel et institutionnel résultant de la législation déléguée que constitue le règlement ainsi que de l'exercice démocratique municipal aboutissant à celui-ci. Cette redéfinition viendrait ainsi conférer une légitimité à l'immunité de droit public de common law, mais uniquement à l'égard des actes réglementaires.

Pour leur part, les actes non réglementaires, le plus souvent purement administratifs, seraient soumis au régime du droit commun et remplaceraient l'ancienne sphère opérationnelle. En effet, le problème de l'ancienne distinction est double. D'une part, cette distinction ne possède pas un véritable fondement juridique, les tribunaux invoquant le plus souvent des considérations de nature pratique, telle que l'exigence d'une latitude décisionnelle ou se contentent de faire vaguement appel au caractère démocratique de ces décisions, sans toutefois identifier précisément un véritable principe de droit positif¹³. D'autre part, la trop grande perméabilité de la sphère opérationnelle au pouvoir discrétionnaire et à la gestion des finances publiques constitue l'autre faiblesse majeure de la distinction. Il en résulte un concept d'intérêt public trop large qui permet à la sphère politique d'avoir le haut du pavé et qui, en définitive, amenuise la sphère opérationnelle.

La sphère politique ne serait dorénavant limitée qu'aux seuls actes réglementaires présentés et débattus devant le conseil municipal. Par conséquent, l'octroi d'une immunité serait alors justifié en raison du fait que ce pouvoir réglementaire s'inscrit dans la continuité de l'activité législative déléguée par la législature, laquelle bénéficie d'une immunité constitutionnelle reconnue. Au surplus, l'exercice politique et civique résultant de la présentation et des débats devant le conseil municipal élu jouerait un rôle additionnel en conférant une légitimité démocratique directe au règlement adopté par le conseil. Conséquemment, l'immunité ne serait pas assimilable à une impunité puisque le processus démocratique donnerait lieu à l'exercice de la raison publique citoyenne comme moyen permettant de justifier et de juger la décision politique adoptée.

¹³ Il est à noter que ce n'est que tout récemment, dans l'arrêt *Nelson (ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, après plus d'un demi-siècle de jurisprudence sur la question, que la Cour suprême a reconnu pour la première fois que le fondement de l'immunité des actes politiques était la séparation des pouvoirs.

En outre, une autre conséquence devrait résulter de cette reformulation, à savoir que le règlement *ultra vires* ne devrait pouvoir bénéficier de l'immunité. En effet, l'immunité résultant de l'exercice législatif délégué est tributaire du respect de la loi habilitante. Dès lors, tout excès de compétence devrait impliquer la perte de l'immunité. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que l'adoption d'un règlement *ultra vires* constituerait une faute en soi, mais qu'elle pourrait l'être et que, dans une telle hypothèse, il n'y aurait aucune immunité.

Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence conçoivent l'immunité de façon uniforme, c'est-à-dire qu'une fois l'immunité reconnue, elle s'applique à tous de la même façon, et ce, peu importe les conséquences pour les personnes affectées. À notre avis, cette application rigoriste et sans nuance de l'immunité devrait être reconsidérée. C'est pour cette raison que nous proposons la notion d'immunité proportionnelle variable en vertu de laquelle les tribunaux judiciaires pourraient exceptionnellement lever l'immunité à l'égard de certaines personnes en fonction de facteurs déterminés. Plus précisément, cette nouvelle notion repose sur l'examen de la proportionnalité des effets des décisions protégées par l'immunité de façon à la faire varier en fonction de trois principaux facteurs, à savoir : 1) la nature et l'objet du pouvoir exercé par la municipalité; 2) la nature des droits affectés des personnes touchées par la décision immunisée; 3) la vulnérabilité des personnes affectées par la décision immunisée. À cette fin, nous développerons une grille d'analyse détaillée qui permettrait aux tribunaux d'exercer leur discrétion de façon cohérente et prévisible.

De cette façon, l'immunité n'obéirait plus à une simple logique binaire et statique, mais plutôt à une conception dynamique où, même en présence d'une immunité, les tribunaux

pourraient intervenir afin d'en atténuer les effets disproportionnés sur les droits de certaines personnes. Cette nouvelle notion permettrait également de lever partiellement la portée de l'immunité en fonction de la nature de certains dommages, par exemple l'immunité pourrait s'appliquer aux dommages matériels, mais être levée en ce qui concerne les préjudices à l'intégrité physique.

En somme, la distinction proposée favoriserait une administration municipale plus responsable tout en assurant un meilleur équilibre entre les principes d'imputabilité et de légitimité politique. L'intérêt de la thèse est, d'une part, d'offrir une nouvelle conception de la distinction politique/opérationnelle à la lumière de la nature hybride de l'institution municipale et, d'autre part, de conférer une souplesse à l'immunité qui, dans certains cas, permettrait de concilier la légitimité d'une décision politique, tout en en tenant compte de la nature des droits et de la vulnérabilité de certaines personnes. Cette thèse constituera également une occasion propice de mettre en lumière les principes juridiques qui permettent l'articulation et l'harmonisation entre les règles de droit public de common law et celles du droit civil.

Précisons finalement que même si des notions afférentes à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴ et à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵ seront parfois examinées, notre thèse n'analysera pas de façon détaillée les réparations de nature constitutionnelle accordées en cas de violation des droits fondamentaux, mais se limitera principalement à la responsabilité civile en vertu du droit commun. En effet, la question

¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.U.) dans L.R.C. (1985), App. II, no 44, Annexe B, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982.

¹⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

des réparations constitutionnelles est à ce point vaste et complexe qu'elle mériterait de faire l'objet d'une thèse à part entière.

3. Le cadre méthodologique

Dans le cadre de notre première partie, nous privilégierons une approche reposant sur une analyse déductive, et parfois inductive, en ce qui a trait à l'examen du droit positif, laquelle est à notre avis mieux adaptée au domaine du droit municipal. Cette méthode sera également plus pragmatique et nous permettra de mieux cerner les principales caractéristiques propres aux différents cas de figure examinés par les tribunaux de façon à pouvoir établir des dénominateurs communs dans le repérage et la compréhension des principes énoncés.

C'est ainsi que l'examen de la nature juridique des municipalités se fera au moyen d'une méthode positiviste qui privilégiera le plus souvent une approche empreinte de neutralité morale par rapport au contenu et à la substance des principes qui seront analysés¹⁶. Ainsi, la question du statut des municipalités et de leur évolution comme entité juridique ne sera pas abordée à la lumière des valeurs sociales et philosophiques, mais plutôt en tenant compte des caractéristiques normatives qui définissent les municipalités en droit public. Cette approche signifie également que notre analyse sera principalement fondée sur la cohésion des normes constitutives du système juridique au sein duquel les règles et les principes seront qualifiés de valides en fonction des décisions judiciaires qui les sanctionnent.

¹⁶ Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, second edition, Oxford, Clarendon Press, 1994, p.239-240; Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 39-40.

Une telle approche positiviste permettra d'éviter le plus possible les débats de valeurs et l'examen des préceptes moraux qui sous-tendent les obligations juridiques en matière de responsabilité civile et de nous concentrer davantage sur le processus formel d'imputation de la responsabilité aux autorités municipales. Loin de nier l'importance de ces enjeux moraux, notre volonté de les éviter résulte plutôt du postulat selon lequel les discussions morales relèvent avant tout de l'exercice démocratique propre aux institutions politiques. De plus, s'il est vrai que de tels débats ont sans doute leur place au sein de la doctrine juridique, dans le présent cas, un tel examen nous éloignerait de notre perspective institutionnelle. Toutefois, les questions et enjeux moraux ne seront pas complètement évincés de notre analyse puisqu'ils seront abordés dans le cadre de l'examen de la légitimité judiciaire et de la discrétion exercée par celle-ci dans l'application de l'immunité. Ainsi, l'approche positiviste que nous utiliserons n'en est donc pas une que l'on peut qualifier de rigoriste.

À vrai dire, notre cadre méthodologique participe du positivisme développé par l'École de Turin, créée par le professeur Norberto Bobbio¹⁷. Cette École a été en partie influencée par les travaux du professeur Hart et a notamment pour caractéristique de défendre un positivisme atténué qui, contrairement à l'approche descriptive de Kelsen, est axé sur une définition explicative des normes au regard de la pratique juridique¹⁸. Bien que cette École

¹⁷ Uberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, collection «La pensée juridique», XII, p. 39; L'École de Turin se caractérise notamment par l'utilisation d'un positivisme conjugué à un examen des usages linguistiques pratiqués par les juristes professionnels. En outre, la théorie du droit développée par le professeur Bobbio conçoit le système normatif à travers le prisme de deux sphères distinctes, mais complémentaires, l'une purement juridique et l'autre politique, qui sont désignées comme «monde des règles» et «monde du pouvoir». Voir à ce propos: Valentina PAZÉ, *Torino: The School of Thought of Norberto Bobbio*, in Mortimer SELLARS, Stephan KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer Nature B.V. 2019, https://doi.org/10.1007/978-94-07-6730-0_77-1.

¹⁸ Vittorio VILLA, *La science du droit*, Paris, LGDJ/Story-Scientia, collection «La pensée juridique», 1991, p. 92.

ne constitue pas un courant parfaitement homogène, elle se distingue des autres types de positivisme en raison d'une certaine ouverture à l'égard des usages pratiqués par les juristes. Ainsi, contrairement au positivisme de Kelsen, non seulement l'approche turinoise ne souscrit pas à la thèse d'une norme fondamentale hypothétique non juridique¹⁹, mais elle tient également compte des pratiques linguistiques et des usages des juristes dans l'élaboration et la compréhension des normes étudiées²⁰. Ce positivisme est donc perméable à la réalité empirique.

En tenant compte de la pratique juridique, ce positivisme se veut ainsi pragmatique dans son interprétation et ses applications des concepts normatifs, ce qui sera en l'espèce très utile dans l'examen des concepts de « politique », « d'imputabilité » et « d'immunité », de façon à comprendre comment ceux-ci sont mis en œuvre et validés par les institutions judiciaires chargées de les faire respecter. Un tel positivisme peut se comprendre comme constituant une variante atténuée du positivisme classique, lequel repose sur les trois axiomes suivants :

- 1) La distinction entre les normes conçues comme des faits et les valeurs morales exprimées par ces normes. De cette distinction résulte le postulat selon lequel le juriste doit étudier les normes comme faits objectifs et non comme valeurs;
- 2) Les normes sont des conventions logiques et linguistiques impératives résultant d'un acte de volonté d'une autorité reconnue;
- 3) La connaissance juridique ne peut porter que sur des faits normatifs.²¹

¹⁹ François CHEVRETTE, Hugo CYR, « De quel positivisme parlez-vous? » (2010) 15:1 *Lex Electronica*, p. 9.

²⁰ Vittorio VILLA, « A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation » (2010) 12 *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* [v], p. 99.

²¹ Norberto BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, traduction française par M. Guéret avec la collaboration de Christophe Agostini, Bruylant-LGDJ, 1998, préface à N. Bobbio, p. 7.

Dès lors, toute analyse cherchant à comprendre les phénomènes juridiques, telles que l'émergence du statut des municipalités et de l'évolution de leur immunité, doit s'entendre comme l'examen des conditions normatives qui rendent possible la reconnaissance juridique des municipalités à titre d'institutions possédant des droits, des obligations et des pouvoirs. Cela implique que, sans nier le rôle social et symbolique joué par les municipalités à titre de gouvernement au cours des siècles, notre analyse accordera une préséance aux catégories juridiques résultant des normes qui ont engendré et encadré l'existence de ces dernières comme institutions légalement reconnues en droit canadien et, plus particulièrement, en droit québécois.

De ce point de vue, nous préconisons une approche s'inspirant du professeur Vittorio Villa, membre important de l'École de Turin, selon qui *"la distinction que l'on fait couramment entre les discours sur le droit (ceux de la connaissance scientifique qui servent à la décrire) et le discours dans le droit (ceux de la pratique juridique qui servent à la modifier) est erronée. En réalité, on ne fait jamais des discours sur le droit, mais toujours dans le droit"*²². En outre, bien que le positivisme du professeur Villa se rapproche de celui du professeur Hart en raison de son caractère inclusif qui peut parfois incorporer des valeurs morales²³, il s'en distingue toutefois par son refus de la dichotomie interne/externe. En effet, la prise en compte des usages et des pratiques des juristes est un élément majeur dans l'analyse du professeur Villa qui conçoit son positivisme comme un constructivisme où les normes ne sont pas vues comme des éléments propres à un ordre interne, mais comme un processus dynamique de création et d'interprétation résultant des interactions,

²² Vittorio VILLA, *La science juridique entre descriptivisme et constructivisme*, dans Paul Amselek (dir.), *théorie du droit et science*, Paris, 1993, PUF, p. 291.

²³ Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, second edition, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 204.

à la fois internes et externes, entre les pratiques, les raisonnements et les actions du législateur, des juristes et des magistrats²⁴. Il va donc sans dire que ce positivisme est fort éloigné de celui préconisé par le professeur Raz, lequel est essentiellement exclusif²⁵.

Par conséquent, cette thèse prendra ancrage "dans" le droit selon une perspective positiviste qui considérera les principes de droit public comme un ensemble de normes formelles composant une structure ordonnée qui, par son effectivité, encadre et régit des comportements et des actes résultant de la volonté des personnes et des institutions²⁶. Néanmoins, conformément au positivisme inclusif du professeur Villa, la compréhension de ces normes formelles sera également tributaire de leur application par les juristes, ce qui impliquera parfois l'intégration dans notre analyse des jugements de valeur formulés par ces derniers. Cette approche permettra notamment une meilleure intelligibilité dans notre étude des notions de faute et d'invalidité qui font appel à une justification de nature hiérarchique reposant très souvent sur des règles d'inférences prédéterminées.

De cette façon, nous pourrons procéder à un examen des normes formelles, auxquelles seront imbriquées des jugements de valeur, tout en évitant une analyse ontologique de la responsabilité portant sur la nature morale de la faute qui chercherait à identifier l'essence de cette dernière. En somme, le positivisme du professeur Villa nous offre un cadre d'analyse qui permet de concilier l'exégèse traditionnelle du droit à la prise en compte des usages et de la discrétion judiciaire dans l'examen des principes de la responsabilité. Plus particulièrement, ce positivisme atténué sera utile dans la justification de l'immunité

²⁴ Vittorio VILLA, « Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments » (2009) 22: 1 *Ratio Juris* 100, p. 121-122.

²⁵ François CHEVRETTE, Hugo CYR, « De quel positivisme parlez-vous? » (2010) 15 :1 *Lex Electronica*, p. 9.

²⁶ Uberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, collection «La pensée juridique», XII, p. 83.

variable qui repose en partie sur un élément moral, notamment au regard du critère de la vulnérabilité qui sera exposé dans la dernière partie.

Dans un second temps, nous aborderons la question des sources de la responsabilité en droit public. Dans ce contexte, nous conjuguerons l'approche positiviste à une approche comparative afin de faciliter l'analyse des textes et des décisions britanniques qui ont lentement permis de constituer la jurisprudence et les concepts propres aux immunités publiques. C'est notamment à cette étape que seront examinés les fondements théoriques de l'imputabilité des autorités publiques en matière de responsabilité fondée sur le droit des *torts*. La question sous-jacente aux principes de la responsabilité des autorités publiques nous conduira ainsi à préconiser un apport des principes politiques et sociaux dans l'étude de la compatibilité entre les impératifs du droit public et ceux du droit privé. En effet, ces impératifs appartiennent à des systèmes distincts, à savoir la common law et le droit civil, ce qui exigera de procéder à une approche comparative eu égard à l'intégration de certains concepts juridiques, tels que ceux de devoir, de prudence et de négligence.

Par ailleurs, précisons que notre analyse des principes juridiques présidant à la responsabilité des autorités publiques se fera en considérant *«le système entier de l'organisation politique et juridique de cette société avec toutes ses règles et procédures, y compris les mécanismes et les forces légitimatrices d'une opinion publique sensible aux problèmes (politiques et éthiques) de son temps»*²⁷. Cependant, conformément à notre

²⁷ Valentin PETEV, « Quelle méthode ?, La méthodologie juridique au seuil du XXIe siècle » (1990) 4 *Revue de la recherche juridique*, p. 759.

approche positiviste, nous éviterons le plus possible de formuler des jugements moraux sur les mécanismes et les principes examinés.

Dans notre troisième partie, nous aborderons la question de l'imbrication des concepts de responsabilité du droit civil à ceux de l'immunité de common law de droit public. Cette partie exigera donc un examen historique et comparatif, lequel permettra de comprendre comment la notion de «*policy*» conçue par le droit public de common law a été importée et transposée en droit civil québécois.

En outre, le droit comparé nous sera également d'une aide précieuse afin de déterminer ce que l'on entend par la notion juridique de « droit commun » en vertu du droit civil québécois ainsi que dans l'examen critique de la « nouvelle » méthode élaborée dans les arrêts *Prud'homme*²⁸ et *Sibeca*²⁹ où la Cour suprême redéfinit les règles en vertu desquelles la common law peut s'intégrer en droit civil. Un tel examen passe notamment par l'analyse de la réception des concepts de droit anglais en droit civil québécois. À ce sujet, la méthode comparatiste nous aidera à déterminer si, comme la Cour suprême le dit, il est cohérent et bien fondé en droit de chercher à savoir si des règles publiques de common law « *peuvent s'appliquer directement en droit civil* »³⁰.

Le recours au droit comparé sera donc incontournable afin de comprendre la nature, l'étendue et les conséquences de ce qui pourrait être vu comme une « transplantation » des principes du droit public anglais en droit civil. À ce titre, l'idée d'un « mariage » nous semble mieux correspondre à la réalité juridique en raison du fait que, contrairement à la

²⁸ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.

²⁹ *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304.

³⁰ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 48.

transplantation qui implique un processus continu et évolutif, le «mariage» correspond, selon nous, à une dynamique qui peut autant progresser que régresser ou être ponctuée par des ruptures successives et des reprises de la vie commune ou encore par une relation de méfiance ou de confiance. C'est d'ailleurs ce que souligne le professeur Jutras en affirmant que l'interaction entre les deux traditions juridiques peut être décrite en termes de protection de l'intégrité civiliste et de résistance à la common law ou par le ressentiment et la complétude de l'une à l'égard de l'autre³¹.

Dès lors, un point de vue externe plus analytique prenant appui sur l'évolution historique et comparative des notions propres à chacune de ces traditions juridiques sera indispensable dans le cadre de cet examen.

La quatrième partie constituera le point d'orgue de notre thèse où la notion de «*policy*» sera réexaminée à l'aune du droit constitutionnel. Nous sommes d'avis qu'une telle approche est plus appropriée aux fins poursuivies par notre thèse qui s'adresse davantage aux juristes praticiens. Dans ce contexte, l'approche positiviste que nous préconisons conçoit la théorie au sens où le juriste Bobbio l'entendait, à savoir «*un ensemble d'assertions liées entre elles, avec lesquelles un certain groupe de phénomènes est décrit, interprété, porté à un niveau plus élevé de généralisation, unifié ensuite en un système cohérent*»³².

Selon cette perspective, les principes constitutionnels, tels que la primauté du droit et la séparation des pouvoirs, serviront à examiner, à tenter de concilier et finalement à poser

³¹ Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec » (2009) 88 *R. du B. can.* 247, p. 249.

³² Norberto BOBBIO, *Sur le positivisme juridique*, dans Mélanges Paul Roubier, t. 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 55.

les assises de notre thèse où la responsabilité du droit municipal s'inscrit dans le cadre du droit public. Bien que notre approche soit positiviste, celle-ci ne négligera pas pour autant l'étroite relation qui existe entre le droit public et les institutions politiques. À ce propos, bien que les membres de l'École de Turin défendent une conception de neutralité à l'égard du contenu des normes spécifiques, ceux-ci reconnaissent cependant que leur positivisme s'inscrit dans le cadre général d'une démocratie libérale³³.

Ainsi, le fait d'appréhender la responsabilité municipale à la lumière du droit constitutionnel permettra de mieux cerner les normes supra-législatives qui président à la mise en œuvre des principes qui fondent l'immunité et leur application au domaine de la responsabilité municipale. En outre, le recours aux principes constitutionnels ouvre également la voie à une approche de nature politique qui permet une remise en question des principes fondamentaux à titre d'axiomes du système juridique, et ce, notamment en raison de la séparation des pouvoirs qui est en partie tributaire d'une certaine conception de la légitimité des décisions politiques par rapport à l'intervention des tribunaux.

En effet, en expliquant le fondement constitutionnel de l'immunité des actes politiques, la question de la légitimité des élus ayant adopté ces actes sera inévitablement mise en relation, et parfois confrontée, à celle de la légitimité de l'intervention judiciaire.

Il est à noter que le recours au domaine politique prendra une dimension toute particulière dans le présent cas puisque les deux principaux concepts autour desquels s'articule notre thèse, à savoir le concept d'entité démocratique locale et celui de

³³ Vittorio VILLA, *La science du droit*, Paris, LGDJ/Story-Scientia, collection «La pensée juridique», 1991, p. 92.

l'imputabilité de la puissance publique, prennent ancrage au cœur même de la question de la légitimité des institutions politiques qui est elle-même étroitement liée aux concepts de séparation des pouvoirs et de primauté du droit. L'évolution des concepts constitutionnels, notamment de la primauté du droit, permettra donc de mettre au jour les soubassements historiques juridiques qui contribuent à identifier les raisons qui fondent l'immunité publique accordée aux municipalités ainsi que le caractère relatif de celles-ci au regard de la fonction de l'institution judiciaire.

Enfin, ce chevauchement de concepts juridiques et politiques sera néanmoins délimité de façon à ce que notre thèse demeure principalement ancrée dans le terreau du droit positif. Comme le soulignent les auteurs Michel Van de Kerchove et François Ost, un des dangers de l'interdisciplinarité est de « *verser dans la simple juxtaposition d'approches* »³⁴. C'est pourquoi, afin d'éviter cet écueil, notre analyse prendra soin de donner préséance aux concepts juridiques comme toile de fond sur laquelle se déploieront ces notions et concepts venus parfois de la discipline politique.

³⁴ Michel VAN DE KERCHOVE, François OST, « Sciences du droit, sciences humaines et sociales, fiction littéraire et artistique. Pour un dépassement interdisciplinaire des frontières », dans Chassagnard-Pinet, S., Lemay. P., Regulski, C., Simmonneau, D., dir, *Droits, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières disciplinaires*, Paris, LGDJ, Fondation Maison des sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et Société, 2013, p. 60.

PARTIE I – HISTOIRE ET NATURE DES MUNICIPALITÉS EN DROIT QUÉBÉCOIS

1.1 L'évolution historique des municipalités québécoises

1.1.1 Le régime français

La question de l'origine des municipalités québécoises n'est pas des plus aisées. En effet, certains diront que l'histoire municipale québécoise commence en 1608 avec l'établissement d'une petite communauté permanente d'habitants sur les rives du Saint-Laurent. Toutefois, cette communauté que l'on nomme aujourd'hui Québec n'était alors qu'un embryon de collectivité locale. En outre, il est important de noter que bien avant l'arrivée des Européens, les Premières Nations étaient fermement établies sur le territoire canadien et que l'établissement de communautés locales constituait déjà une pratique plurimillénaire dans la culture de ces différents peuples autochtones³⁵. Cependant, le cadre de notre thèse se limitera aux notions de collectivité locale et de municipalité au sens du droit positif administratif canadien.

À cet égard, la question ayant trait à la détermination des facteurs définitionnels de ce qu'est une municipalité demeure des plus épineuses. Néanmoins, on peut affirmer que toute municipalité a comme dénominateur commun de rassembler une concentration d'habitations qui est plus qu'une simple juxtaposition de maisons isolées et où existe une cohésion sociale, politique et économique qui en constitue l'assise³⁶. En outre, bien que les historiens du droit s'accordent pour reconnaître que les institutions municipales furent

³⁵ Claude CHAPDELAINÉ, « Présence autochtone de l'âge glaciaire aujourd'hui. Des chasseurs de la fin de l'âge glaciaire dans la région du lac Mégantic : découverte des premières nations à cannelure au Québec », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 30, 2004.

³⁶ Max, WEBER, *La Ville*, traduction par Philippe Fritsh, Paris, Les Belles Lettres, 2013, p. 23 à 34.

éphémères et quasi-inexistantes en Nouvelle-France³⁷, cela ne signifie pas pour autant que la colonie était dépourvue de toute institution locale.

Ainsi, s'il est vrai qu'il n'existait pas de municipalités au sens juridique du terme et que les colons n'étaient pas regroupés en un village autour d'un clocher, et ce, malgré les efforts de l'intendant Jean Talon de les y forcer conformément aux ordres de Louis XIV³⁸, force est de reconnaître que le rang et la paroisse constituaient une forme d'unité fondamentale de groupements ruraux³⁹. C'est ainsi que la paroisse elle-même a pu être décrite comme un « assemblage de rangs », lesquels étaient autant une unité sociale que géographique⁴⁰.

C'est donc à la paroisse qu'il revenait de faire office d'administration locale et, par voie de conséquence, au curé de celle-ci qu'il incombait de tenir les registres de l'état civil, de recevoir les testaments, de rédiger les donations et d'exercer une forme d'autorité temporelle dans la vie des paroissiens, en plus des responsabilités de nature spirituelle⁴¹.

³⁷ Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 335; Julien DRAPEAU, *Histoire du régime municipal au Québec*, Québec, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 7-8; Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, vol. 1, Montréal, A. Périard, 1888, p. 205.

³⁸ Mémoire du Roy au Sieur Talon, 27 mars 1663. Cité par G. LANCTÔT, « La participation du peuple dans le gouvernement de la Nouvelle-France », *Revue trimestrielle canadienne*, XV, septembre 1929, 238, cité par Jean-Charles FALARDEAU, *La paroisse canadienne-française au XVIIe siècle*, article publié dans l'ouvrage « La société canadienne-française », sous la direction de Marcel RIOUX et Yves MARTIN, Montréal, les éditions Hurtubises HMH, 1971, p. 33-43, document reproduit en version électronique, sur le site Web pédagogique http://www.uqac.ca/Classiques_des_sciences_sociales/, dans la collection « Les Classiques des sciences sociales ».

³⁹ Jean-Charles FALARDEAU, *La paroisse canadienne-française au XVIIe siècle*, article publié dans l'ouvrage « La société canadienne-française », sous la direction de Marcel RIOUX et Yves MARTIN, Montréal, les éditions Hurtubises HMH, 1971, p. 33-43, p. 9 et 10 du document reproduit en version électronique, sur le site Web pédagogique http://www.uqac.ca/Classiques_des_sciences_sociales/, dans la collection « Les Classiques des sciences sociales ».

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ J-Edmond ROY, *Histoire de la seigneurie de Lauzon*, 5 vol., Lévis, 1897-1904, II, 62, cité dans Jean-Charles FALARDEAU, *La paroisse canadienne-française au XVIIe siècle*, article publié dans l'ouvrage « La société canadienne-française », sous la direction de Marcel RIOUX et Yves MARTIN, Montréal, les éditions

Soulignons que plusieurs paroisses étaient en réalité constituées en districts paroissiaux. qui, le plus souvent, rassemblaient quelques villages constitués d'une quarantaine de familles disséminées le long des côtes⁴².

Ainsi, de 1664 à 1737, un peu plus de 40 paroisses furent officiellement érigées par les évêques⁴³. À ce sujet, précisons que l'érection de la paroisse relevait de la prérogative de l'Église, mais qu'il revenait cependant au Roi en son conseil d'État de « *faire le règlement des districts de chacune desdites paroisses, de déterminer le district et l'étendue de chacune desdites paroisses de Nouvelle-France* »⁴⁴. Par conséquent, les évêques érigeaient les paroisses, mais les limites géographiques devaient être approuvées par l'autorité royale qui, en définitive, reconnaissait civilement l'érection de telles paroisses. En somme, la paroisse était une singulière synthèse des pouvoirs temporels et spirituels.

Il est à noter que c'est par le truchement de la fabrique paroissiale, laquelle bénéficiait du statut de corporation selon les prescriptions du droit canon et de l'ancien droit français, que l'organisation de la paroisse se faisait⁴⁵. Sans que l'on puisse parler de véritable représentation démocratique, il est néanmoins pertinent de mentionner que le conseil de fabrique était composé de trois « marguilliers comptables » qui étaient

Hurtubises HMH, 1971, p. 33-43, p. 9 et 10 du document reproduit en version électronique, sur le site Web pédagogique http://www.uqac.ca/Classiques_des_sciences_sociales/, dans la collection « Les Classiques des sciences sociales ».

⁴² Pierre-G. ROY, « La paroisse et l'habitant canadien sous le régime français », *Catholic Historical Review*, XVIII, January 1933, 472 cité dans Jean-Charles FALARDEAU, *La paroisse canadienne-française au XVIIIe siècle*, article publié dans l'ouvrage « La société canadienne-française », sous la direction de Marcel RIOUX et Yves MARTIN, Montréal, les éditions Hurtubises HMH, 1971, p. 33-43, p. 9 et 10 du document reproduit en version électronique, sur le site Web pédagogique http://www.uqac.ca/Classiques-des_sciences_sociales/, dans la collection « Les Classiques des sciences sociales ».

⁴³ Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, vol. 1, Montréal, A. Périard, 1888, p. 432.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit paroissial*, Montréal, Whiteford & Théoret, 1893, 221-222.

annuellement élus par les anciens marguilliers et qui devaient rendre compte de leur administration des biens de l'église devant le curé et les anciens marguilliers de la paroisse⁴⁶. Avec le temps, les paroissiens propriétaires eurent également voix au chapitre et obtinrent le droit de vote.

Il nous faut également mentionner le rôle des Syndics d'habitation et des assemblées de police dans les villes de Québec, Montréal et Trois-Rivières. Le Syndic était historiquement un officier délégué par les membres d'une corporation, d'une compagnie ou d'une association et était chargé de veiller aux intérêts de cette dernière⁴⁷.

En Nouvelle-France, les Syndics des villes de Québec, Montréal et Trois-Rivières furent créés en vertu d'un règlement du Roi, en date du 27 mars 1647, afin de représenter les habitants d'une ville et de faire part des doléances de ces derniers aux autorités royales⁴⁸. Soulignons que les syndics avaient « *le privilège de voter avec le gouverneur général, les gouverneurs particuliers et le supérieur des jésuites afin d'élire, de 1649 à 1656, les trois autres membres de ce conseil* »⁴⁹. Leur durée fut cependant éphémère

⁴⁶ Id., p. 225-226, 248, 260.

⁴⁷ Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, Vol. 1, A. Périard Libraire-Éditeur, Montréal, 1888, p. 203.

⁴⁸ Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 336; *Règlement pour établir un bon ordre et police en Canada*, 27 mars 1647, Arch. Col. F 3, vol. 3, p. 176. Il est à noter que E. LAREAU indique que les premiers syndics furent la première fois nommés à différentes dates. Ainsi, Montréal fut doté d'un procureur syndic dès 1644 alors que Québec dut attendre jusqu'en 1661, voir Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, Vol. 1, A. Périard Libraire-Éditeur, Montréal, 1888, p. 209.

⁴⁸ Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, Vol. 1, A. Périard Libraire-Éditeur, Montréal, 1888, p. 208.

⁴⁹ Christian BLAIS, « *La représentation en Nouvelle-France* », Bulletin d'histoire politique, volume 18, numéro 1, publié par l'Association québécoise d'histoire politique, p. 12, consulté le 7 mars 2018, <https://www.bulletinhistoirepolitique.org/le-bulletin/numeros-precedents/volume-18>. Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, Vol. 1, A. Périard Libraire-Éditeur, Montréal, 1888, p. 209.

puisque le syndic de Trois-Rivières disparut vers 1665, celui de Québec en 1673 et celui de Montréal un an plus tard, soit en 1674⁵⁰.

Officiellement, le Syndic d'habitation était un magistrat élu par les habitants pour « *agir, postuler et administrer toutes les affaires présentes et à venir, qui concernait le bien commun des particuliers (...)* »⁵¹. Fait notable à souligner, le syndic de Montréal s'était vu octroyer le pouvoir d'imposer des taxes pour le maintien de la garnison⁵².

Toutefois, comme le soulignent certains auteurs, il faut se garder de voir dans cette institution une forme de démocratie à grande échelle puisque le Syndic ne représentait que les intérêts des plus puissants souvent issus de la bourgeoisie locale⁵³. D'ailleurs, le processus d'élection était sous le contrôle des autorités royales puisque l'agrément du gouverneur était nécessaire afin de convoquer l'assemblée des habitants. La formation de la liste ainsi que l'élection se faisaient, elles, sous l'autorité du greffier des seigneurs de la Colonie.

Outre les Syndics d'habitation, la ville de Québec, et fort probablement celle de Montréal, connurent des assemblées de police qui étaient en réalité des assemblées de

⁵⁰ Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 336. Pour sa part, Julien Drapeau mentionne que le syndic de Trois-Rivières serait plutôt disparu en 1674, voir Julien Drapeau, *Histoire du régime municipal au Québec*, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 11. Notons aussi que les syndics furent momentanément supprimés en avril 1662 par le Gouverneur Pierre Dubois Davaugour, voir Christian BLAIS, « *La représentation en Nouvelle-France* », Bulletin d'histoire politique, volume 18, numéro 1, publié par l'Association québécoise d'histoire politique, p. 12, consulté le 7 mars 2018, <https://www.bulletinhistoirepolitique.org/le-bulletin/numeros-precedents/volume-18>.

⁵¹ Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, Vol. 1, A. Périard Libraire-Éditeur, Montréal, 1888, p. 210.

⁵² Julien Drapeau, *Histoire du régime municipal au Québec*, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 9-10.

⁵³ Christian BLAIS, « *La représentation en Nouvelle-France* », Bulletin d'histoire politique, volume 18, numéro 1, publié par l'Association québécoise d'histoire politique, p. 2, consulté le 7 mars 2018, <https://www.bulletinhistoirepolitique.org/le-bulletin/numeros-precedents/volume-18>.

notables autorisées en vertu d'un règlement du Conseil souverain de 1676⁵⁴. Ces assemblées devaient avoir lieu deux fois par année et permettaient aux notables de déterminer le prix de certains biens et services tels que les prix du pain, du blé et du bœuf, les chantiers à bois de chauffage, la garde des porcs, les poids et mesures, en plus de posséder un droit de regard sur les marchands de vin, les hôteliers et les aubergistes ainsi que « *sur ce qui convient d'ordonner de plus avantageux pour le bien public* »⁵⁵.

Nous ne pouvons clore cette partie sur le régime municipal en Nouvelle-France sans parler brièvement des quelques malheureuses tentatives d'établissement d'institutions municipales à Québec et Montréal. C'est ainsi que dès septembre 1663, une ordonnance du Conseil souverain fut adoptée afin de doter les 300 habitants de Québec d'un maire et de deux échevins, lesquels furent élus le 7 octobre 1663⁵⁶.

L'expérience fut toutefois de très courte durée puisque ces charges furent supprimées le 14 novembre 1663 par le Conseil supérieur qui, dans la foulée, décida de remplacer l'institution municipale par la création d'un syndic, en août 1664, lequel fut élu par 23 citoyens de Québec⁵⁷. Un peu moins de dix ans plus tard, soit en mars 1673,

⁵⁴ Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 336. Les auteurs parlent surtout des assemblées ayant eu lieu à Québec. Les auteurs Jacques L'Heureux et Christina Blais soulignent que l'article de Gustave Lanctôt, « Le régime municipal en Nouvelle-France », *Culture*, septembre 1948, vol. 9, no. 3, p. 255-283, indique que de telles assemblées avaient également lieu à Montréal. Cependant, il semble que c'est surtout à Québec que ces assemblées eurent lieu. Voir Christian BLAIS, « *La représentation en Nouvelle-France* », *Bulletin d'histoire politique*, volume 18, numéro 1, publié par l'Association québécoise d'histoire politique, p. 15, consulté le 7 mars 2018, <https://www.bulletinhistoirepolitique.org/le-bulletin/numeros-precedents/volume-18>.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Julien Drapeau, *Histoire du régime municipal au Québec*, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 6-7; Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 335. Le premier maire officiellement élu de la Colonie fut Jean-Baptiste Legardeur, sieur de Repentigny.

⁵⁷ Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 335.

Frontenac tenta à son tour de jeter l'assise d'un conseil municipal en faisant adopter un règlement qui, à l'instar de ce qui se faisait dans certaines villes de France, prévoyait uniquement l'élection de trois échevins à chaque année⁵⁸.

En outre, à la différence de l'ancien conseil municipal, ce nouveau système était dépourvu de maire et conférait surtout des fonctions judiciaires aux échevins dont les pouvoirs incluaient également le respect de l'ordre public, l'inspection des maisons, le respect des heures de vente des cabaretiers, les poids et mesures et la propreté des rues⁵⁹. Enfin, il était aussi prévu que soit convoquée à tous les six mois, avec l'autorisation du gouverneur, une assemblée publique dans le cadre de laquelle les habitants seraient appelés à exprimer « *leurs opinions sur la culture des terres, les travaux et le commerce afin d'ainsi concourir au progrès du pays* »⁶⁰.

Toutefois, il semble que devant l'omnipuissance des autorités royales, les échevins eurent en réalité un rôle beaucoup plus limité qui se réduisait surtout à la construction des étaux et des boutiques aux fins de louage de nature commerciale dont les revenus étaient les seuls véritables fonds de la municipalité, lesquels servaient à rémunérer les salaires des gardes et les dépenses imprévues⁶¹. Bien que fort limité, cet *ersatz* de régime municipal réussit néanmoins à s'attirer les foudres du régime royal et notamment de Colbert qui voyait d'un œil suspect cet embryon de démocratie locale. L'institution échevinale disparut

⁵⁸ Christian BLAIS, « *La représentation en Nouvelle-France* », Bulletin d'histoire politique, volume 18, numéro 1, publié par l'Association québécoise d'histoire politique, p. 14, consulté le 7 mars 2018, <https://www.bulletinhistoirepolitique.org/le-bulletin/numeros-precedents/volume-18>.

⁵⁹ Julien Drapeau, Histoire du régime municipal au Québec, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 8; Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 335.

⁶⁰ Julien Drapeau, Histoire du régime municipal au Québec, Ministère des affaires municipales, 1973, p. 9.

⁶¹ Ibid.

vers 1667 et les derniers actes répertoriés relativement à un échevin sont mentionnés pour la dernière fois en 1677⁶².

À la lumière de ce bref survol du régime français, force est de constater que les institutions locales eurent le plus souvent une présence fugace et sporadique en Nouvelle-France. Ainsi, à n'en pas douter, le régime royal et ses représentants avaient la main mise sur la colonie et, outre la paroisse qui constituait peut-être la seule entité sociale et politique auprès de laquelle les habitants pouvaient être impliqués, il n'existait aucune véritable institution démocratique locale à cette époque.

En effet, même si les syndics et les assemblées de police demeuraient sous la férule du Roi et de ses représentants, ces entités n'en demeuraient pas moins suspectes et subversives en raison du fait qu'elles contribuaient, du moins symboliquement, à décentraliser le pouvoir et, par leur raison d'être, prétendaient parler au nom de certains habitants. Or, comme l'écrivait Colbert à Frontenac, dans une lettre où ce dernier lui fit grief de donner trop de liberté aux habitants du pays, « *il faudra même avec un peu de temps (...) supprimer insensiblement le syndic qui présente des requêtes au nom de tous les habitants, étant bon que chacun parle pour soi, et que personne ne parle pour tous* »⁶³.

1.1.2 Le régime britannique

Malgré la conquête de la Nouvelle-France par l'Angleterre, les embryons d'institutions locales déjà existantes n'évoluèrent que très peu. En effet, pendant les

⁶² Jugements et délibérations du Conseil souverain de la Nouvelle-France, vol. 2, Québec, Côté, 1886, p. 147 cité dans Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 335.

⁶³ Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, Vol. 1, A. Périard Libraire-Éditeur, Montréal, 1888, p. 223-224.

premiers temps qui suivirent la conquête, les principales localités, à l’instar du territoire et de la population, furent sous l’autorité des chefs militaires, d’un gouverneur général et de lieutenant-gouverneurs qui dirigeaient et administraient la colonie nouvellement conquise⁶⁴.

En 1774, l’Acte de Québec⁶⁵ fut adopté par le Parlement britannique impérial. Comme nous le verrons ultérieurement, ce document joua un rôle capital dans l’histoire du droit canadien et, plus particulièrement, en ce qui a trait à la compréhension et à l’évolution des relations entre le droit civil et la *common law* au Québec dans le cadre du droit public.

En vertu de la Proclamation royale et de l’Acte de Québec, le gouvernement était principalement constitué du gouverneur général et d’un conseil législatif, nommés par la Couronne et responsables envers celle-ci, ayant le pouvoir d’adopter des ordonnances pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement de la colonie⁶⁶. C’est ainsi que sur ordre du Roi d’Angleterre, le gouverneur général Murray favorisa la création de plusieurs townships (cantons) dans la colonie afin d’y encourager l’établissement d’une population anglophone.

En 1791, à l’approche de la guerre d’indépendance américaine, le Parlement impérial britannique adopta l’Acte constitutionnel de 1791 séparant le Bas et le Haut-

⁶⁴ John George Bourinot, *Local Government in Canada: An Historical Study*, Montreal, Dawson, 1886, p. 50, document numérisé par Cornell University, Public Domain, HathiTrust, www.hathitrust.org. Michel Morin, *Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760*, (1997) 57 R. du B. 689-700.

⁶⁵ *An Act for making more Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 1774, 14 Geo. III, c. 83. Ci-après, désigné « Acte de Québec ».

⁶⁶ *Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), app. II et Acte de Québec. Voir notamment à ce sujet John George Bourinot, *Local government in Canada: an historical study*, Montreal, Dawson, 1886, p. 50, document numérisé par Cornell University, Public Domain, HathiTrust, www.hathitrust.org; Michel MORIN, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 » (1997) 57 R. du B. 689-700.

Canada⁶⁷. Conformément à cette loi constitutionnelle, la colonie fut divisée en deux grandes provinces distinctes, le Haut-Canada et le Bas-Canada dotées chacune d'une assemblée législative représentative⁶⁸. En outre, l'article VIII de l'Acte constitutionnel de 1791 autorisait les législatures à se pourvoir d'institutions municipales. Alors que le Haut-Canada connut la création de ses premières institutions municipales dès 1793⁶⁹, le Bas-Canada en fut dépourvu.

Les raisons véritables de cette absence sont le plus souvent effleurées, voire occultées, par la vaste majorité des auteurs, ces derniers se limitant le plus souvent à un simple constat. Bien entendu, il est permis de supposer que les autorités britanniques jugèrent qu'il était peut-être trop tôt pour instaurer un tel régime municipal de type britannique avec lequel les Canadiens français n'étaient aucunement familiers, contrairement à leurs homologues britanniques du Haut-Canada.

Selon certains auteurs⁷⁰, la création et la reconnaissance d'institutions municipales au Haut-Canada peut s'expliquer comme une conséquence de l'émigration d'importants groupes de loyalistes britanniques qui, à la suite de la Révolution américaine, ont trouvé refuge au Canada, et dont plusieurs décidèrent de s'établir dans la région des Grands Lacs et quelques-uns en Estrie. Ces nouveaux loyalistes, déjà habitués au « *town hall meeting*

⁶⁷ Acte constitutionnel de 1791 séparant le Bas et le Haut-Canada, (R.U.), 31 Geo. III, c. 31, L.R.C. (1985), App. II.

⁶⁸ John George Bourginot, *Local government in Canada: an historical study*, Montreal, Dawson, 1886, p. 50, document numérisé par Cornell University, Public Domain, HathiTrust, www.hathitrust.org.

⁶⁹ *An Act to provide for the nomination and appointment of Parish and Town Officers within the Province*, 1793, 33 Geo. III, c. 2 (H.C.) dans Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 337.

⁷⁰ Alain Baccigalupo, *Système politique et administratif des municipalités québécoises*, Montréal, éditions Agence D'arc inc., 1990, p. 13. Donald J.-H. Higgins, *Local and Urban Politics in Canada*, Toronto, Gage Educational Publishing Co., 1986, p. 47.

experience », insistèrent pour obtenir des municipalités sur le modèle britannique de la tenure anglaise et d'une forme de gouvernance inspirée d'un « *local self-government* »⁷¹. Cela explique également l'apparition des premiers « townships » en Estrie. Cependant, ces derniers ne furent jamais de véritables « *self-governements* » au sens propre du terme, du moins pas avant le milieu du XIX^e siècle⁷².

Au Bas-Canada, sur le plan local, les seules modifications d'importance notable eurent lieu en matière foncière, à savoir la reconnaissance des concessions en franc et commun soccage et la réserve de certaines terres au bénéfice du clergé protestant⁷³. Enfin, l'établissement d'un grand voyer dans chaque district ainsi que de sous-voyers et d'inspecteurs veillant à l'entretien des routes et des ponts dans les paroisses constituèrent également des modifications significatives sur le plan de la gestion des localités⁷⁴.

Mentionnons que, pour leur part, l'entretien et le contrôle des voies et des réseaux routiers de Québec et de Montréal ne relevaient pas d'un grand-voyer, mais étaient plutôt sous l'autorité des juges de paix, lesquels avaient également le pouvoir d'imposer des taxes pour le pavage des rues⁷⁵. Dans la foulée de ces changements, les autorités britanniques adoptèrent des lois qui incorporèrent officiellement les villes de Québec et de Montréal en « cité »⁷⁶.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ian MacFee. Rogers, *The Law of Canadian municipal corporations*, Second Edition, Vol. 1, 2009, Carswell, Toronto, p. 39 : « *The provinces of Canada did not become the beneficiaries of the English system of local self-government until the middle of the nineteenth century* ».

⁷³ Julien Drapeau, *Histoire du régime municipal au Québec*, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 22.

⁷⁴ Ibid., p. 24.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid., p. 27. Lois I Guil. IV, chapitres 52 et 54. Il est à noter que les Chartes de villes de Montréal et Québec expiraient toutes deux en mai 1836 et que ces villes furent sans administration municipale jusqu'en 1841.

Ces dernières furent alors divisées en quartiers et se virent dotées d'un conseil municipal respectif auquel furent transférés les pouvoirs des juges de paix qui furent à l'avenir exercés par un maire et des conseillers de quartier, lesquels avaient dorénavant le pouvoir d'adopter des règlements à l'égard des égouts, des aqueducs, des marchés et de l'éclairage, en plus d'un pouvoir de recommandation en matière de finance, de sécurité, et de salubrité⁷⁷. Toutefois, les règlements adoptés par le conseil municipal demeuraient soumis à l'approbation de la Cour du banc du Roi⁷⁸.

Compte tenu de l'importance des routes pour le commerce et le développement du territoire, les questions relatives aux travaux en matière de voirie représentaient un intérêt vital et étaient une préoccupation primordiale pour les citoyens des différentes localités. Cela explique notamment pourquoi ces questions faisaient l'objet d'importantes délibérations publiques au sein des paroisses.

C'est en 1839, dans la foulée de ce qui est communément appelé « la Rébellion de 1837-1838 », que Lord Durham rédigea son célèbre rapport dans lequel plusieurs passages importants étaient consacrés à la nécessité d'institutions municipales au Bas-Canada⁷⁹. En effet, à la suite de la Rébellion de 1837-1838, l'Acte de 1791 fut suspendu à l'égard des institutions du Bas-Canada. Dès lors, l'ensemble des pouvoirs publics, y compris sur le plan législatif, furent entièrement conférés à un Conseil Spécial non élu dirigé par le gouverneur Durham qui fut rapidement remplacé par John Colborne⁸⁰.

⁷⁷ Id., p. 28.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Le Rapport Durham, traduit par André Lavallée, Les Éditions Sainte-Marie, Montréal, 1969.

⁸⁰ Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, Vol. 2, A. Périard Libraire-Éditeur, Montréal, 1889, p. 227-228.

Dans son rapport, Lord Durham souligna la cruelle absence d'institutions locales et la nécessité de leur implantation au Bas-Canada afin d'initier la population à une démocratie locale ainsi qu'à la gestion de ses propres affaires :

Si le sage exemple de ces pays où seul le gouvernement représentatif unique et libre à bien fonctionner avait été suivi à tous égards, dans le Bas-Canada, on aurait pris soin en même temps qu'on y introduisait le régime parlementaire fondé sur un suffrage très étendu, d'investir le peuple de l'autorité complète sur ses propres affaires locales et de l'initier à participer à la politique de la province, grâce à l'expérience acquise dans l'administration de ses affaires locales qui l'intéresse le plus et qu'il sait le mieux comprendre.⁸¹

Cette conception des institutions municipales comme moyen de familiariser la population civile au fonctionnement des institutions démocratiques et au gouvernement représentatif n'est pas sans rappeler les propos d'Alexis de Tocqueville qui, quelques années avant Durham, exposait en ces termes le rôle fondamental que les institutions communales étaient appelées à jouer au sein de la démocratie américaine :

Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de la liberté.⁸²

En outre, ce rôle des institutions locales comme assises de la démocratie est propre à la tradition libérale britannique. À cet égard, John Stuart Mill mettait en lumière la nécessité des collectivités locales comme fondement d'un véritable État démocratique puisque ces dernières sont complémentaires à une représentation démocratique nationale :

⁸¹ Extrait du rapport Durham cité dans Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à voter » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 338.

⁸² Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, vol.1, Paris, Flammarion, vol. 1, 1981, p. 123.

Il apparaît, par suite, nécessaire qu'outre la représentation nationale nous puissions nous appuyer sur des représentations municipales et provinciales; et les deux questions auxquelles il nous reste à répondre sont : comment les corps représentatifs locaux devraient-ils être constitués? Dans l'examen de ces questions, deux points requièrent une égale attention : comment administrer au mieux les affaires locales? Comment faire en sorte que l'accomplissement de ces fonctions contribue à nourrir l'esprit public et à développer de l'intelligence? Plus tôt dans cette enquête, j'ai souligné avec force – mais on trouvera difficilement de langage assez fort pour exprimer la vigueur de ma conviction – l'importance de cette partie de l'action du gouvernement libre que l'on peut appeler l'éducation publique des citoyens. Clairement, les institutions administratives locales sont le principal instrument en vue de cette action.⁸³

Malgré les vertus morales et politiques que Lord Durham et les auteurs de l'époque aient pu prêter à la démocratie locale, la population du Bas-Canada voyait cependant d'un mauvais œil la création d'institutions municipales qu'elle percevait comme une forme de « machines à taxer »⁸⁴.

De plus, il semble que les habitants et certains membres influents du Haut-Canada aient également été rébarbatifs à la création d'institutions municipales. Le juge en chef John Beverly Robinson fut, à cet égard, l'un des plus vigoureux opposants à la reconnaissance de ces institutions dans le projet d'acte d'Union qui visait à unir le Haut et le Bas-Canada⁸⁵. C'est ainsi qu'en définitive les municipalités ne se virent reconnaître aucun statut officiel dans l'Acte d'Union de 1840⁸⁶.

⁸³ John Stuart MILL, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, 1861, traduit par Patrick Savidan, Paris, Gallimard, 2009, p. 242.

⁸⁴ Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331.

⁸⁵ John Beverly ROBINSON, *Canada and the Canada Bill*, London, Hutchard, 1840, p. 81 cité dans Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 339.

⁸⁶ *Acte pour Réunir les Provinces du Haut et du Bas-Canada et pour le Gouvernement du Canada*, 1840, 3-4 Vict., c. 35.

Toutefois, l'un des derniers actes officiels du Conseil spécial avant l'Acte d'Union fut l'adoption, sous la gouverne de Lord Sydenham, de deux ordonnances en vertu desquelles le Bas-Canada se voyait officiellement doté d'institutions municipales. En effet, n'ayant pas réussi à convaincre le Parlement impérial de donner suite aux recommandations de Lord Durham, le gouverneur Sydenham se dépêcha de faire adopter *in extremis*, le 29 décembre 1840, *L'Ordonnance pour pourvoir à, et régler l'Élection et la nomination de certains Officiers, dans les différentes Paroisses et Township de cette Province, et pour faire d'autres dispositions concernant les intérêts locaux des Habitants de ces divisions de la Province*⁸⁷, laquelle créait les corporations municipales locales, et *L'Ordonnance qui pourvoit au meilleur Gouvernement de cette Province, en établissant des autorités locales et municipales en icelle*⁸⁸ qui créait les corporations municipales régionales.

Ces ordonnances venaient donc créer deux paliers d'institutions municipales, l'un local et l'autre régional. Il est important de souligner que le statut de corporation accordait le pouvoir de posséder des terres et des biens, d'être partie à tout contrat et d'ester en justice à titre de personne morale⁸⁹.

La première de ces ordonnances avait plus précisément pour objet de constituer en corporation municipale locale le territoire de toute paroisse ou township qui comptait plus

⁸⁷ 1840, 4 Vict., c. 3, dans *Ordonnances faites et passées par l'administration du Gouverneur et le Conseil spécial pour les affaires de la Province du Bas-Canada*, vol. 6, Québec, Fisher and Kemble, 1841, p. 25, référence citée dans cité dans Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 333. Cette ordonnance a été reproduite dans les Statuts refondus de 1845 : S.R.B.C., 1849, classe H, p. 473. Il est à noter que trois (3) autres ordonnances furent adoptées, en 1841 et 1842, en vertu desquelles furent créés de nouveaux districts municipaux.

⁸⁸ 1840, 4 Vict., c. 4, *ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, p. 348-349.

de 300 personnes⁹⁰. Ainsi, la division territoriale traditionnelle de la paroisse était le plus souvent préservée, ce qui, comme le souligne le professeur Jacques L'Heureux, avait pour conséquence d'accorder aux autorités religieuses un ascendant important sur la formation et la modification des nouvelles municipalités⁹¹.

Il est à noter que l'ordonnance adoptée par le Conseil spécial ne prévoyait aucun conseil municipal représentatif au sens contemporain du terme, de telle sorte que les pouvoirs des municipalités locales étaient exercés par des officiers de paroisse ou de township élus, pour un an, par l'assemblée des habitants⁹². À ce propos, soulignons que cette dernière assemblée se déroulait sous la présidence d'un juge de paix ou du gardien du district, lesquels étaient nommés par le gouverneur qui, par ses pouvoirs et prérogatives, exerçait encore un grand pouvoir sur les municipalités⁹³.

Seuls les sujets britanniques masculins d'au moins 21 ans et propriétaires ou locataires payant un loyer minimum avaient le droit de vote. En outre, l'Ordonnance ne prévoyait qu'une réunion régulière annuelle en présence de l'assemblée des habitants de la paroisse ou du township, mais le gouverneur avait cependant le pouvoir de prévoir la tenue de réunions spéciales⁹⁴.

Il faut reconnaître que les municipalités locales créées par le conseil spécial n'avaient en réalité que peu de pouvoirs. En effet, ces dernières se limitaient à l'adoption de règlements pour la nomination des officiers de la paroisse ainsi que pour la régie des terres

⁹⁰ Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) 20 (1-2) *C de D* 331, p. 341.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid, p. 342 et 346.

⁹³ Ibid., p. 343.

⁹⁴ Ibid.

et des propriétés leur appartenant et à l'égard de l'établissement d'enclos publics à bétail. Les municipalités pouvaient également ordonner le prélèvement de sommes d'argent, mais seulement aux fins d'une action judiciaire dans laquelle la municipalité était impliquée⁹⁵.

Quant à la seconde ordonnance, elle avait pour objet de créer des districts régionaux municipaux qui avaient le statut de corporation et étaient dirigés par un conseil composé d'un gardien ou d'un préfet nommé par le gouverneur et de conseillers élus par les assemblées de paroisse ou de township et dont le mandat était de trois ans⁹⁶. Le conseil devait tenir au moins quatre réunions par années, en plus des séances spéciales que pouvait convoquer le gouverneur. Au total, 24 districts régionaux furent créés.

Ces corporations municipales régionales avaient des pouvoirs un peu plus importants que les municipalités locales. Ainsi, toute corporation municipale régionale possédait une personnalité juridique pouvant ester en justice et bénéficiait d'une succession perpétuelle, en plus de pouvoir gérer et d'acquérir des terres et des biens-fonds et être partie à tout contrat et convention nécessaires à l'exercice de ses fonctions publiques⁹⁷.

Bien que ces deux ordonnances constituassent un premier jalon dans l'établissement de véritables institutions municipales, elles n'en furent pas moins vivement décriées et critiquées, et ce, tant par la population que par les élus de la première et nouvelle législature des deux Canada. Ces derniers s'empressèrent donc d'abolir les ordonnances afin de les remplacer par une législation du Parlement, la Loi de 1845⁹⁸. Cette nouvelle loi vint abolir

⁹⁵ Ibid, p. 349.

⁹⁶ Ibid, p. 344.

⁹⁷ Ibid., p. 349.

⁹⁸ *Acte pour abroger certaines ordonnances et pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités locales et municipales dans le Bas-Canadas*, 1845, 8 Vict., c. 40.

les districts municipaux et constitua chaque paroisse, canton et municipalité en corporation en plus d'apporter un changement majeur à la démocratie locale, à savoir la mise en place de conseils municipaux composés de conseillers élus par la population pour une période de trois ans⁹⁹. Le gouverneur se voyait donc dépouiller de son pouvoir de nommer les officiers municipaux, alors que le maire devait dorénavant être choisi parmi l'un des conseillers élus démocratiquement.

Malgré le fait qu'elle représenta une étape déterminante dans l'évolution de la démocratie municipale, la Loi de 1845 ne fit pas long feu puisqu'elle fut abrogée et remplacée par la Loi de 1847¹⁰⁰ qui, à l'exception des cités, substitua les municipalités de paroisse et les cantons (townships) par des municipalités de comté, lesquelles étaient dirigées par un conseil composé de deux conseillers élus par chaque paroisse ou canton, et ce, pour un mandat de deux ans¹⁰¹. Ainsi, la Loi de 1847 vint abolir les municipalités de paroisse ou de canton, remplacées par 46 municipalités de comté, mais laissa en place cinq municipalités de cité ou de ville et 29 villages. Mentionnons que, pour sa part, le Haut-Canada adopta le Baldwin Act¹⁰², en 1849, qui demeure le fondement de la législation municipale dans cette province, mais qui deviendra aussi un modèle pour l'ensemble des futures législations municipales au Canada¹⁰³.

⁹⁹ Julien Drapeau, *Histoire du régime municipal au Québec*, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 35.

¹⁰⁰ *Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités municipales dans le Bas-Canada, 1847, 10-11, Vict., c. 7.*

¹⁰¹ Julien Drapeau, *Histoire du régime municipal au Québec*, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 39.

¹⁰² *Municipal Act, 1849, 12 Vict., ch. 81.*

¹⁰³ Ian MacF ROGERS, *The Law of Canadian municipal corporations*, Vol.1, Second Edition, Toronto, Carswell, 2009, p. 41.

En ce qui concerne le Bas-Canada, c'est en 1855 que fut adoptée la loi qui constitue l'assise de notre législation municipale actuelle, à savoir la Loi de 1855¹⁰⁴. Cette dernière vint rétablir un régime municipal fondé sur les municipalités locales, c'est-à-dire les municipalités de paroisse ou de township, et sur les municipalités de comté. Cependant, quelques municipalités locales de village, de cité ou de ville survécurent. En 1855, le Bas-Canada était ainsi divisé en 394 municipalités de paroisse ou de township, en 29 municipalités de village, deux municipalités de cité, trois municipalités de ville et en 61 municipalités de comté¹⁰⁵. La Loi de 1855 connut quelques amendements, mais c'est en 1860 qu'elle fut refondue sous le titre d'*Acte municipal du Bas-Canada de 1860*¹⁰⁶.

Bref, nous pouvons constater qu'avant l'adoption de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*¹⁰⁷, les institutions municipales étaient déjà bien implantées au Haut-Canada ainsi qu'au Bas-Canada, mais n'avaient que des pouvoirs limités. Par ailleurs, comme le font remarquer les auteurs Héту et Duplessis, l'historique législatif pré-confédératif nous permet de comprendre l'origine de l'actuelle structure municipale composée de deux principaux paliers et de l'ascendant du droit public anglais sur le droit municipal québécois¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada*, 1855, 18 Vict., c. 100.

¹⁰⁵ Julien DRAPEAU, *Histoire du régime municipal au Québec*, Ministère des Affaires municipales, 1973, p. 41.

¹⁰⁶ *Acte municipal du Bas-Canada de 1860*, 1861, S.R.B.C. c. 24.

¹⁰⁷ *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* qui fut, en 1982, réintitulé *Loi constitutionnelle de 1867*, R.-U., 30 & 31 Vict., c. 3, L.R.C. 1985, app. II. Cette loi constitutionnelle sera parfois désignée sous les termes « *Loi constitutionnelle de 1867* » ou « A.A.N.B. ».

¹⁰⁸ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise Vézina, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, à jour 2021, volume 1, p. 210, par. 0.14.

1.1.3 Les municipalités sous l'égide de la Loi constitutionnelle de 1867

Bien que les municipalités du Bas-Canada aient souvent connu une suite de changements chaotiques, force est de constater qu'une forme latente de démocratie commençait à émerger au sein des municipalités, et ce, malgré le fait que ces dernières demeuraient encore en grande partie sous la coupe du gouvernement et qu'elles étaient de simples créatures de la législature.

À ce propos, l'absence de reconnaissance constitutionnelle dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est en soi fort éloquent. En effet, conformément au paragraphe 92 (8) de cette dernière, les institutions municipales deviennent une matière à l'égard de laquelle seules les législatures provinciales ont pleine et entière compétence. Le statut de municipalité comme créature de la législature fut d'ailleurs réitéré de façon on ne peut plus péremptoire par la Cour d'appel du Québec dans le cadre de la contestation de la validité constitutionnelle de la loi 170, relativement aux fusions des villes, où la Cour s'exprima en ces termes :

Il est de jurisprudence constante, et ce, depuis le début de la Confédération que les législatures ont compétence complète sur les institutions municipales d'une part et que les municipalités n'ont aucun statut constitutionnel indépendant d'autre part. Elles sont, suivant l'expression consacrée, des créatures des législatures.¹⁰⁹

Il est donc manifeste que les municipalités constituent, et ce malgré leur ancrage démocratique indéniable, des institutions entièrement soumises à la volonté des législatures et tributaires des lois adoptées par ces dernières. De plus, à notre avis, l'un des corollaires de ce principe est que les provinces ne sauraient créer un palier de gouvernement municipal

¹⁰⁹ *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), p. 2539.

complètement autonome et affranchi de la compétence provinciale, et ce, même par le truchement d'une loi les déclarant totalement souveraines, puisque cela reviendrait à modifier l'un des fondements de notre constitution, à savoir que les seules entités politiques autonomes et souveraines reconnues par l'A.A.N.B. sont les législatures provinciales et fédérales. C'est pourquoi toute tentative législative visant à conférer une autonomie aux municipalités doit toujours être comprise et interprétée dans ce contexte constitutionnel.

Notons qu'à la suite de l'adoption de l'A.A.N.B., les changements les plus notables apportés aux législations municipales furent une codification des lois municipales, intitulée « Code municipal de 1871 »¹¹⁰, dont le principal apport, outre la codification, fut un accroissement des pouvoirs accordées aux municipalités en matière d'aménagement. En 1876, la *Loi des clauses générales des corporations de ville* fut adoptée¹¹¹. Cette dernière avait comme particularité de constituer un régime législatif qui traitait la totalité des municipalités de ville sous un seul et même régime. Celle-ci fut refondue et révisé, en 1903 et réintitulée *Loi des cités et villes*¹¹². Cette loi vint consacrer la distinction entre les notions de ville et de cité. La législation fut à nouveau refondue et révisée en 1922¹¹³ et fit l'objet de nombreux amendements jusqu'à sa modification substantielle, en 1968, par la *Loi modifiant de nouveau la loi des cités et villes*¹¹⁴, qui vint notamment abolir la notion de « cité » au profit de celle de « ville ».

¹¹⁰ *Code municipal de la province de Québec*, S.Q. 1870, c. 68.

¹¹¹ *Acte des clauses générales des corporations de ville*, S.Q. 1876, c. 29. Cette loi fut reproduite aux statuts révisés de 1888 sous le titre *Acte des corporations de ville*, S.R.Q. 1888.

¹¹² *Loi des cités et villes, 1903*, S.Q. 1903, c. 38.

¹¹³ *Loi des cités et villes 1922*, S.Q. 1922, 13 Geo. V, c. 65.

¹¹⁴ *Loi modifiant de nouveau la loi des cités et villes*, S.Q. 1968, c. 55.

Mentionnons que, de nos jours, c'est en se référant au décret constituant une municipalité, ainsi qu'à sa loi constitutive, que l'on peut déterminer si une municipalité est régie par la *Loi sur les cités et villes*¹¹⁵ ou par une autre loi, bien qu'en pratique la plupart des lois municipales renferment plusieurs renvois à la *Loi sur les cités et villes* qui demeure l'une des principales assises du droit municipal québécois.

Il y aurait sans doute encore beaucoup à dire sur l'évolution des municipalités, locales et régionales, ainsi qu'en ce qui concerne l'évolution des multiples structures et paliers supra-municipaux, en plus des nombreuses législations en la matière. Toutefois, ce bref survol n'avait pour objet que de jeter un éclairage sur l'évolution de la municipalité comme institution politique locale afin de démontrer son ancrage démocratique.

1.1.4 Synthèse de l'évolution historique

Au terme de cette partie historique, deux constats majeurs semblent s'imposer en ce qui concerne la nature et l'évolution des premières institutions politiques locales. Premièrement, il ne fait nul doute que l'institution paroissiale créée sous le régime français a jeté les bases d'une première forme d'administration locale limitée. Ainsi, bien que la paroisse ne fût jamais une véritable institution municipale, celle-ci a néanmoins permis de paver la voie à cette dernière. Comme le soulignent les auteurs Héту et Duplessis, la paroisse a été la première forme d'organisation locale « *dont le rôle dépasse certainement les intérêts purement religieux de la population* »¹¹⁶. Par conséquent, on peut affirmer qu'à titre d'entité locale exerçant une certaine autorité à laquelle étaient appelés à participer les

¹¹⁵ *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19.

¹¹⁶ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise VÉZINA, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, p. 202, par. 03.

paroissiens, la paroisse fut le creuset au sein duquel prirent racine les premières municipalités créées sous le régime britannique.

Bien entendu, il faut se garder de voir en la paroisse une pure entité politique et, encore moins, un véritable gouvernement local. En effet, outre sa vocation religieuse, la paroisse constituait un espace social et géographique limité, mais qui était toutefois dénué de structure politique formelle. Ainsi, la paroisse était certes un lieu de socialisation qui incluait également une dimension économique, mais elle se limitait à un exercice administratif dominé par les impératifs de bonne gestion collective.

Or, s'il est vrai que l'administration et la gestion du territoire constituent des caractéristiques constitutives de toute municipalité, cet élément strictement administratif ne saurait se substituer à un second élément tout aussi important à l'existence d'une municipalité, à savoir le rôle politique. C'est notamment cet élément consubstantiel à l'institution municipale qui faisait cruellement défaut à la paroisse et l'empêchait d'être qualifiée de municipalité. C'est donc cet élément que le régime britannique est lentement venu conférer, mais avec hésitation et tâtonnement, aux collectivités locales du Bas-Canada.

Cela nous mène à notre second constat, à savoir que les autorités britanniques ont implanté en sol canadien une institution municipale qui, d'un point de vue historique, était fort différente de celle qui existait en Grande-Bretagne. En effet, les premières collectivités locales britanniques (boroughs) connurent un essor important vers le XIII^e siècle en se voyant octroyer des chartes royales qui leur reconnaissaient une véritable autonomie

juridictionnelle et financière par rapport aux seigneurs locaux¹¹⁷. La charte octroyée au *borough* conférait ainsi aux guildes et marchands qui la gouvernaient un statut juridique corporatif leur permettant d'établir leurs propres tribunaux, de procéder à l'élection de leurs propres conseillers et maires (*major*), d'imposer leurs propres taxes et de voter leurs propres règles, notamment en matière commerciale et foncière¹¹⁸. En somme, la ville a connu très tôt un type de *self-government* qui s'est développé sous l'égide de guildes et de marchands formant une « *bourgeoisie mi-féodale et mi-patrimoniale* »¹¹⁹.

Or, il en va autrement de la municipalité canadienne qui, contrairement au *borough* britannique, prend racine dans un terreau historique beaucoup plus récent et se distingue surtout par sa dimension coloniale. À cet égard, il est pertinent de souligner que la municipalité canadienne ne connut pas la même fortune que sa voisine américaine, laquelle fut inspirée, dès sa création, par l'idée de *self-government*¹²⁰.

¹¹⁷ Frederic William MAITLAND, *The constitutional History of England, a course of lectures delivered by F. W. Maitland*, first edition 1908, p. 52.

¹¹⁸ Ibid., p.52-55; Lewis MUMFORD, *The city in History, its origins, its transformations, and its prospects*, Harcourt, Brace & World, New York, 1961, p.262; Max, WEBER, *La Ville*, traduction par Philippe Fritsh, Les Belles Lettres, 2013, Paris, p. 107 et 163; Patrick BOUCHERON et Denis MENJOT, *La ville médiévale, Histoire de l'Europe urbaine – 2*, sous la direction de Jean-Luc PINOL, éditions du Seuil, Paris, 2011, p. 308-309. Mentionnons que les auteurs BOUCHERON et MENJOT précisent que le caractère délibératif des villes médiévales se réclamait de l'adage juridique *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet* (ce qui concerne tous doit être discuté et approuvé par tous). Selon ces auteurs, bien que les « gouvernements urbains » des principaux royaumes européens reposaient sur un mandat électif, il faut bien se garder d'y voir une représentation contemporaine puisque les conseillers étaient choisis avec l'assentiment de l'ensemble de la communauté surtout composée par les notables de la ville. Toutefois, ces auteurs concluent en ces termes : « quelle que soit la subtilité des procédures, l'exercice du pouvoir urbain repose bien sur la notion de représentation. » (p. 308).

¹¹⁹ ; Max, WEBER, *La Ville*, traduction par Philippe Fritsh, Les Belles Lettres, 2013, Paris, p. 107.

¹²⁰ Eugene McQUILLIN, *Municipal corporations*, 3rd Ed, Callaghan & Company, Mundelein, Illinois, 1971 vol.1 , 1.35, p. 41-42; Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, 1981, GF Flammarion, Paris, p. 123 à 132; James MADISON, Le Fédéraliste 39 – 16 janvier 1788, p. 316, *Le Fédéraliste*, traduction des *Federalist papers*, Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, éditions Classiques Garnier, traduction Anne Amiel, Paris 2012; Gerald E. Frug, *The city as a legal concept*, 93 Harv. L. Rev. 1057 (1980), p. 1093-1094.

En outre, rappelons que c'est sous l'influence des principes du libéralisme politique anglais et des *town-meetings* de la révolution américaine, ainsi que des écrits de James Madison¹²¹, que les idées de *self-government* et de souveraineté populaire ont permis, aux États-Unis, d'affermir le rôle de la municipalité comme lieu fondamental du pouvoir politique :

The history of the early American settlements establishes the fact that the principle of local self-government found a firm lodgment on our soil. Everything relating to the public life of the colonists indicates that a home or local government was their central political idea. They soon denied that their own charter governments should be framed on the other side of the Atlantic. (...) Towns and boroughs in England were regarded as integral parts of the organic or constitutional governmental machinery, and the colonists viewed these local areas as indispensable to self-government in community affairs (...) Indeed, the basic principle of placing the full direction of local affairs in the hands of the several communities has, from the very dawn of colonial life, been carried much farther here than in Britain¹²². (Nous soulignons)

Cependant, il serait téméraire de transposer les idéaux et principes issus du *self-government* américain ou britannique au contexte juridique canadien, bien que ces principes eurent sans doute une certaine influence à l'époque du Canada britannique. Ainsi, comme nous l'avons vu, la municipalité canadienne ne peut revendiquer le *self-government* issu des guildes de l'époque médiévale, ni prendre ancrage dans une théorie révolutionnaire républicaine partiellement fondée sur le pouvoir local. Ce constat sera par la suite fort important dans notre analyse, car une grande partie des fondements théoriques en matière d'immunité extracontractuelle des municipalités est dérivée de la jurisprudence britannique

¹²¹ James MADISON, Le Fédéraliste 39 – 16 janvier 1788, p. 316, *Le Fédéraliste*, traduction des *Federalist papers*, Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, éditions Classiques Garnier, traduction Anne Amiel, Paris 2012.

¹²² Eugene McQUILLIN, *Municipal corporations*, 3rd Ed, Callaghan & Company, Mundelein, Illinois, 1971 vol.1, 1.35, p. 41-42.

et américaine, laquelle s'est développée au regard de la nature particulière des municipalités que l'on retrouve dans ces pays.

En effet, comme nous l'avons vu, les recommandations relatives au *self-government*, énoncées par Lord Durham dans son rapport, sont restées lettre morte. C'est ainsi que les municipalités sont longtemps demeurées sous le contrôle du pouvoir central, notamment du gouverneur, et n'avaient que fort peu de pouvoir et d'emprise sur les importantes questions politiques ou économiques qui affectaient l'ensemble de leur communauté.

En somme, l'institution municipale canadienne a connu une lente métamorphose grâce à laquelle elle est passée du stade de simple outil de gestion locale entre les mains du gouvernement à celui d'institution politique représentative, mais demeurant toujours sous l'autorité juridique de la législature. Comme nous le verrons plus loin, ces deux dimensions sont encore aujourd'hui les deux principales caractéristiques qui font de la municipalité une institution hybride continuellement tiraillée entre, d'une part, sa nature de créature administrative et, d'autre part, sa nature démocratique ancrée dans une représentativité citoyenne. Cette dernière dimension fut toutefois beaucoup plus lente à émerger que la première et demeure encore aujourd'hui quelque peu limitée.

À cet égard, il est important de souligner dès maintenant que cette nature hybride fait également écho à la distinction des actes de nature politique/opérationnelle qui fonde la théorie jurisprudentielle de la responsabilité extracontractuelle applicable aux municipalités. Il convient donc de bien comprendre la nature de cette dualité de l'institution municipale ainsi que les différentes fonctions et pouvoirs qui s'y rattachent.

1.2 Le statut de la municipalité : une nature hybride

En droit public canadien et québécois, la municipalité peut être définie comme une personne morale de droit public décentralisée, créée par une législature provinciale, afin d'exercer une autorité publique au bénéfice d'une population locale vivant sur un territoire défini, et ce, dans le but d'assurer le bien-être et la pérennité de cette collectivité locale¹²³. Les caractéristiques prédominantes sont donc un corps politique et administratif de nature locale exerçant des pouvoirs délégués¹²⁴.

En effet, tant la jurisprudence que la doctrine soulignent le caractère hybride de la municipalité qui, d'une part peut être appréhendée comme une entité administrative et personne morale relevant de l'autorité gouvernementale provinciale et, d'autre part, peut être vue comme une institution démocratique fondée sur les besoins et les aspirations politiques des citoyens d'une localité qui expriment leur volonté par le truchement de représentants démocratiquement élus¹²⁵.

Nous nous attarderons surtout à l'institution municipale locale et n'aborderons les municipalités régionales de comté que de façon incidente, lesquelles, bien qu'étant des personnes morales de droit public à part entière, constituent une forme d'organisation supra-municipale prenant assise sur les municipalités locales.

¹²³ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise VÉZINA, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, p. 1 001, par. 1.1; Ian MacF. ROGERS, *The law of canadian municipal corporations*, Second edition, volume 1, Carswell, Toronto, par. 1.1.

¹²⁴ Jacques L'HEUREUX, *Droit municipal québécois*, tome I, Montréal, éditions Sorej, 1981, p. 2; André TREMBLAY, Réginald SAVOIE, *Précis de droit municipal*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1973, p. 13.

¹²⁵ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise Vézina, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, p. 1 001, par. 1.1; Ian MacF. ROGERS, *The law of canadian municipal corporations*, Second edition, volume 1, Carswell, Toronto, par. 1.1. Voir également Eugene McQUILLIN, *The Law of municipal corporations*, vol.1, Callaghan & Company, Mundelein, Illinois, third edition, 1971, p. 135 et 146.

Comme nous l'avons dit, la compréhension de cette nature hybride est essentielle, car elle vient à la fois fonder et limiter le champ d'action de la municipalité. C'est pourquoi nous examinerons de façon plus détaillée la nature de cette dernière. Il est à noter que la nature de l'institution municipale a été examinée par les tribunaux tant dans un contexte de responsabilité contractuelle et extracontractuelle que dans un contexte de contrôle judiciaire des actes municipaux. Par conséquent, notre analyse portera sur l'ensemble de cette jurisprudence, nonobstant le type de recours, de pouvoirs ou de droits revendiqués, de telle sorte que seule la question du statut de la municipalité comme entité juridique sera ici considérée.

1.2.1 D'une conception rigoriste administrative à une conception démocratique locale

La municipalité a d'abord été conçue comme une entité administrative décentralisée dont la législature et le gouvernement faisaient usage dans leur gestion du territoire. Comme nous l'avons vu, cette dimension strictement administrative et subordonnée de la municipalité est en quelque sorte le fruit de l'évolution historique de celle-ci qui a longtemps été réduite au statut de simple créature.

Afin de mieux comprendre l'évolution sinueuse du statut juridique de la municipalité, nous examinerons les principaux arrêts de la Cour suprême qui, comme nous le constaterons, a d'abord privilégié une conception souvent rigoriste des pouvoirs municipaux pour ensuite laisser place à une conception plus large, mais aussi plus pragmatique, de ces pouvoirs. Toutefois, nous verrons qu'une tension continuelle entre, d'une part, la nécessité d'endiguer les abus de pouvoir ou de droit de l'action municipale

et, d'autre part, d'assurer la reconnaissance de la légitimité démocratique de cette action, a contribué et contribue encore à définir l'institution municipale.

1.2.1.1 L'origine de la conception rigoriste de la municipalité

Bien qu'il soit possible d'identifier de multiples origines à la conception rigoriste du rôle et des pouvoirs des municipalités, il est généralement reconnu que l'arrêt *Lynch*¹²⁶ constitue le point d'ancrage de cette conception. La Cour suprême du Canada s'est en effet inspirée de la doctrine américaine développée par l'auteur Dillon, qui donnera son nom au *Dillon's Rule*¹²⁷, en souscrivant aux principes énoncés par la Cour suprême des États-Unis, dans le cadre de l'arrêt *Meriwether v. Garret*¹²⁸, où cette dernière exposa la nature subordonnée de la municipalité en ces termes :

Municipal Corporations are mere instrumentalities of the State for the more convenient administration of local government. Their powers are such as the legislature may confer, and these may be enlarged, abridged, or entirely withdrawn at its pleasure.¹²⁹

Ce courant jurisprudentiel cherchant à battre en brèche le *self-government* fut réitéré pendant plus d'un siècle au point d'en devenir un dogme du droit municipal¹³⁰. Le *Dillon's Rule* fut aussi appliqué de façon plus stricte au Canada en raison de l'autonomie plus limitée que se vit reconnaître la municipalité canadienne par rapport à son homologue américaine, laquelle pouvait toujours prétendre à une forme de *self-government*. Ainsi,

¹²⁶ *Lynch v. Canada North-Westland Company*, (1891) 19 S.C.R. 204.

¹²⁷ Selon cette doctrine, puisque les municipalités ne possèdent que des pouvoirs délégués, ces derniers doivent être interprétés de façon rigoriste et limitée. Voir John DILLON, *Commentaries on the Law of Municipal Corporations*, 3d ed. Boston: Little, Brown and Company, 1881, vol. 1, p. 22-24.

¹²⁸ *Meriwether v. Garret*, 102 U.S. 472, 513.

¹²⁹ *Lynch v. Canada North-Westland Company*, (1891) 19 S.C.R. 204, p. 209. Cet extrait tiré de l'arrêt *Meriwether v. Garret* est cité par le juge Ritchie qui rédige les motifs au nom de la majorité.

¹³⁰ *Merritt v. City of Toronto*, (1895), 22 O.A.R. 205; *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.*, (1907), 38 R.C.S. 239; *City of Verdun v. Sun oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222; *R c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650.

selon cette jurisprudence, non seulement les municipalités ne possèdent-elles que les seuls pouvoirs délégués qu'elles ont reçus de la législature, mais elles sont également au service de l'autorité gouvernementale provinciale, et ce, à titre de « *agents of the provincial government* »¹³¹. Toutefois, bien que la municipalité puisse être vue comme un « instrument » du gouvernement provincial, celle-ci n'en devient pas pour autant un mandataire de la Couronne.

À ce propos, la jurisprudence a constamment réitéré le principe selon lequel « *les municipalités ne sont pas des représentantes de la Couronne et elles ne jouissent pas en conséquence des immunités et privilèges de la Couronne* »¹³². Il en est de même en ce qui concerne le statut de la municipalité par rapport à la législature.

Pendant plus d'un siècle, les municipalités ont été parfois cantonnées au rôle de simples créatures serviles, alors que, d'autres fois, elles étaient assimilées à un *ersatz* de gouvernement. La valse-hésitation entre la conception de créature subordonnée et celle d'institution démocratique appelant la déférence n'a cessé de perdurer à travers les décennies. Ainsi, en 1985, dans l'arrêt *Air Canada*¹³³, la Cour suprême réitérait les principes énoncés dans les arrêts *Sun Oil Co*¹³⁴ et *Phaneuf*¹³⁵ en vertu desquels « [e]n

¹³¹ Ian MacF. ROGERS, *The law of canadian municipal corporations*, Second edition, volume 1, Carswell, Toronto, par. 1.1; Eugene MCQUILLIN, *The Law of municipal corporations*, vol.1, Callaghan & Company, Mundelein, Illinois, third edition, 1971, p. 146: « *the one to assist in the government of the state as an agent of the state, often referred to as an arm of the state* ».

¹³² *Hydro-Québec c. Hampstead (Ville)*, [2000] R.J.Q. 683 (C.A.), par. 13; *City of Vancouver v. McPhalen*, (1911) 45 S.C.R. 194, 210-211; *Levinson c. Cité de Montréal*, (1911) 39 C.S. 259, p. 262.

¹³³ *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861.

¹³⁴ *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222, p. 228.

¹³⁵ *Phaneuf c. Corporation du Village de St-Hughes*, R.Q. (1936) 61 B.R. 83, p. 90.

matière de législation, les corporations municipales n'ont de pouvoirs que ceux qui lui ont été formellement délégués par la législature (...) »¹³⁶.

Dans un arrêt de principe rendu en 1995, la Cour suprême du Canada affirmait à nouveau qu'« *en raison de cette position juridique inférieure, les tribunaux ont traditionnellement donné une interprétation stricte aux lois qui confèrent des pouvoirs aux municipalités* »¹³⁷. Cependant, malgré cette dernière décision, un certain virage fut amorcé au début des années quatre-vingt-dix, bien qu'il fallût attendre les années deux-mille pour voir des changements s'affermir de façon plus constante.

1.2.1.2 La difficile émergence d'une conception plus large

Un premier jalon fut véritablement posé dans l'arrêt *St-Boniface*¹³⁸, dans le cadre duquel était contesté un règlement de zonage de la municipalité et où la Cour fut appelée à se prononcer sur la fonction des conseillers municipaux ainsi que sur la nature des fonctions législatives des municipalités.

C'est ainsi que la majorité de la Cour examina en détail la prétention selon laquelle un conseil municipal était tenu à une norme d'impartialité sur le plan de l'équité procédurale dans le cadre de l'adoption d'un règlement de zonage. En effet, le processus d'adoption réglementaire a parfois été considéré comme une fonction quasi-judiciaire

¹³⁶ *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861, p. 866.

¹³⁷ *R c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, p. 689. Voir aussi les motifs des juges majoritaires dans *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231. Soulignons toutefois que ce dernier arrêt comporte une très forte dissidence en faveur de l'autonomie municipale.

¹³⁸ *L'Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Ville de Winnipeg et le comité municipal de St-Boniface-St-Vital*, [1990] 3 R.C.S. 1170.

lorsque le règlement a des effets particularisés à l'égard des droits de certaines personnes et qu'il est adopté afin de trancher entre des intérêts opposés¹³⁹.

Plutôt que de faire simplement reposer leur raisonnement sur la qualification quasi-judiciaire du processus réglementaire, les juges majoritaires de la Cour suprême crurent surtout utile de citer *in extenso* les motifs des décisions *Re Cadillac*¹⁴⁰ et *Re McGill*¹⁴¹ qui affirmaient que le conseil municipal était un corps politique composé de conseillers élus démocratiquement :

(...) En rejetant une demande d'annulation du règlement pour ce motif¹⁴², le juge Henry a dit, à la p. 43 :

[TRADUCTION] (...) Un conseil municipal est un corps élu qui exerce une fonction législative à l'intérieur d'un champ de compétence limitée et déléguée. Selon le processus démocratique, on s'attend à ce que les représentants élus forment des opinions sur des questions d'intérêt public touchant la municipalité. En fait, ils auront été élus pour donner suite aux opinions exprimées par le public sur des politiques importantes à mettre en œuvre au sein de la collectivité [...]. Ce ne sont pas des juges, mais bien des législateurs qui, en dernière analyse, rendent compte aux électeurs. (...).¹⁴³

Il est intéressant de souligner que la Cour suprême réitère plusieurs fois le caractère politique et législatif du conseil municipal en reconnaissant que le rôle de conseiller municipal implique nécessairement un certain degré de préjugés politiques inhérents à l'exercice de leurs fonctions. Dès lors, on ne peut leur reprocher d'avoir certains préjugés

¹³⁹ Patrice GARANT, *Droit administratif*, éditions Yvon Blais, 7^e édition, Montréal, 2017, p.342 citant Lorne GIROUX, *Aspects juridiques du règlement de zonage au Québec*, Québec, P.U.L., 1979, p. 335. Dans l'arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227, ce principe d'équité fut d'ailleurs formulé en termes d'attentes légitimes et de réceptivité de la part du conseil municipal dans l'adoption et l'exercice de son pouvoir réglementaire.

¹⁴⁰ *Re Cadillac Development Corp. Ltd. And City of Toronto*, (1973) 1 O.R. (2d) 20.

¹⁴¹ *Re McGill and City of Brantford*, (1980) 111 D.L.R. (3d) 405.

¹⁴² Le motif étant le fait que la majorité des membres du conseil municipal avaient déjà pris relativement à la question d'abroger un règlement en matière d'utilisation du sol.

¹⁴³ *L'Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Ville de Winnipeg et le comité municipal de St-Boniface-St-Vital*, [1990] 3 R.C.S. 1170, p. 1193.

dans la mesure où les conseillers gardent un esprit suffisamment ouvert de façon à se laisser
possiblement convaincre.¹⁴⁴

Ainsi, tout en désapprouvant la partialité découlant d'intérêts personnels, cet arrêt souligne avec force le caractère démocratique de l'institution municipale et l'imputabilité politique qui en résulte au point d'en atténuer la portée de certains principes d'équité en faveur de la légitimité démocratique dont bénéficient les conseillers municipaux. En outre, cet arrêt fait bien ressortir le processus démocratique municipal qui repose sur le rôle prépondérant de la délibération et de la prise de parole des citoyens devant le conseil municipal.

Suite à cet arrêt, la Cour vint cependant rappeler que, nonobstant leur fondement démocratique, les municipalités demeurent des personnes morales de droit public créées par la législature et bénéficient des seuls et uniques pouvoirs délégués par le législateur. C'est ainsi que dans l'arrêt *Greenbaum*¹⁴⁵, lequel a encore parfois droit de cité dans la jurisprudence actuelle¹⁴⁶, la Cour annula un règlement municipal interdisant la vente sur les trottoirs pour quiconque ne détenant pas de permis pour cette activité. Dans ses motifs, la Cour suprême justifia l'annulation du règlement en reprenant les explications suivantes de l'auteur Stanley Makuch :

[traduction] En raison de cette position juridique inférieure [celle des municipalités], les tribunaux ont traditionnellement donné une interprétation stricte aux lois qui confèrent des pouvoirs aux municipalités. Cette interprétation peut être décrite comme la « règle de Dillon », selon laquelle les municipalités peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont

¹⁴⁴ Ibid, p. 1197.

¹⁴⁵ *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674.

¹⁴⁶ *Landry c. Municipalité régionale de comté d'Arthabaska*, 2019 QCCA 1263, par. 15; *Gander (Town) v. Trimart Investments Ltd.*, 2015 NLCA 32, par. 19; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 51.

conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir conféré dans la loi et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme.¹⁴⁷

Or, le règlement en question fut déclaré invalide par la Cour suprême en raison du fait que l'interdiction de vente sans permis n'était pas conforme à la loi habilitante en créant une discrimination que le texte législatif ne pouvait étayer entre vendeurs ambulants indépendants et propriétaires-occupants¹⁴⁸. Ainsi, la Cour refusa d'interpréter le texte de loi de façon à y voir un pouvoir implicite en affirmant notamment que la distinction entre vendeurs ambulants et propriétaires-occupants n'était pas nécessaire à l'existence et à l'exercice d'un tel pouvoir réglementaire¹⁴⁹. Sans le dire formellement, la Cour appliqua un raisonnement *a contrario* en considérant que l'autorisation explicite relativement à certaines prohibitions permettait d'inférer l'absence d'autorisation concernant les activités non expressément énoncées dans la loi, et ce, malgré la présence d'une disposition législative de portée générale.

L'arrêt *Greenbaum* vient ainsi atténuer de façon importante certains corollaires que l'on aurait pu inférer du principe de « démocratie municipale » et de la notion de « pouvoir législatif ». En effet, les partisans d'une reconnaissance accrue de la démocratie municipale et de ses pouvoirs réglementaires¹⁵⁰ omettent parfois de tenir compte du simple caractère délégué du pouvoir exercé. Bien que les tenants de la démocratie municipale réclament également une reconnaissance constitutionnelle du statut des municipalités au nom d'une

¹⁴⁷ *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, p. 688-689.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 694-695.

¹⁴⁹ *Ibid*.

¹⁵⁰ Gene MEEHAN, Robert CHIARELLI, Marie-France MAJOR, *The Constitutional legal status of Municipalities 1849-2004: Success is a journey, but also a destination*, (2007-2008) 22 N.J.C.L. 1-266; Ron LEVI, Mariana VALVERDE, *Freedom of the city: Canadian cities and the quest for governmental status*, *Osgoode Hall Law Journal* 44.3 (2006): 409-459.

politique citoyenne participative, ces derniers ne semblent peut-être pas mesurer tous les impacts politiques et économiques qu'un tel statut engendrerait, notamment en termes de fragmentation et de multiplication des centres de pouvoirs et de compétences ainsi que de la très difficile coordination qui en résulterait.

Mentionnons qu'une certaine jurisprudence utilise parfois les extraits de *Greenbaum*, où la Cour cite les propos de monsieur le juge Davies dans l'arrêt *Hamilton*¹⁵¹, afin de préconiser une interprétation « bienveillante » des lois municipales¹⁵². Il faut cependant souligner que, quelques lignes plus loin, la Cour ajoute une importante précision, à savoir qu'« *il convient d'adopter une règle d'interprétation un peu plus stricte que celle proposée ci-dessus par le juge Davies lorsque la municipalité tente d'exercer un pouvoir qui restreint des droits civils ou de common law* »¹⁵³. Ces droits incluent notamment les domaines de la liberté de commerce, des contrats et du droit de propriété¹⁵⁴. Comme nous le verrons à l'instant, la conception restrictive exposée dans *Greenbaum* fut à son tour remise en question.

1.2.1.3 Une première assise pour une conception libérale des pouvoirs municipaux

Bien qu'une mince majorité de cinq juges sur neuf préconisa une interprétation limitative des pouvoirs et du statut des municipalités, l'arrêt *Shell*¹⁵⁵ est aujourd'hui le plus souvent cité pour sa dissidence étoffée et approfondie, rédigée sous la plume de madame

¹⁵¹ *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.*, (1907) 38 R.C.S. 239, p. 249.

¹⁵² *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, p. 688. C'est notamment l'interprétation que fit madame la juge McLachlin dans le cadre de ses motifs dissidents, dans l'arrêt *Produits Shell Canada Limitée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 243.

¹⁵³ *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, p. 688.

¹⁵⁴ Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2017, p. 322.

¹⁵⁵ *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231.

la juge McLachlin¹⁵⁶. Nul ne pouvait alors se douter de la popularité et de la bonne fortune qu'allait plus tard connaître cette dissidence fort convaincante. Il est d'ailleurs sans doute préférable de commencer notre analyse par cette dissidence, puisque celle-ci permettra de mieux dégager les principes qui sous-tendent le raisonnement de la majorité par rapport à celui de la minorité.

Dans cette affaire, la Ville de Vancouver avait adopté deux résolutions dans le but de sanctionner la compagnie Shell Canada en raison de ses activités commerciales avec le gouvernement sud-africain où sévissait l'apartheid. Une première résolution du conseil municipal décidait de ne plus avoir aucune relation commerciale avec la compagnie Shell tant et aussi longtemps que cette dernière ferait affaire avec le régime sud-africain. Le conseil municipal avait également adopté une seconde résolution déclarant que Vancouver était une zone « sans Shell », et ce, pour les mêmes raisons politiques concernant l'Afrique du Sud.

Comme le souligne madame la juge McLachlin, ce n'était pas en soi le refus de la municipalité de faire affaire avec Shell qui posait problème, mais les raisons motivant ce refus et notamment la question de savoir si les motifs liés à l'apartheid constituaient des préoccupations municipales conformes à la loi¹⁵⁷. Il est également important de préciser que les juges majoritaires et minoritaires furent tous d'accord pour affirmer que les résolutions étaient soumises au contrôle judiciaire et ne pouvaient être considérées comme

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid, p. 238.

de simples actes administratifs exercés dans un contexte commercial ne relevant pas du droit public¹⁵⁸.

Cependant, contrairement aux juges majoritaires, les juges dissidents furent d'avis que les lois et les pouvoirs municipaux devaient être interprétés de façon « bienveillante » en privilégiant le principe de subsidiarité, conformément aux principes énoncés dans les arrêts *Howard*¹⁵⁹ et *Kuchma*¹⁶⁰, en vertu desquels « *le conseil municipal, qui connaissant bien la situation locale, est le mieux placé pour déterminer ce qui est ou ce qui n'est pas dans l'intérêt public (...)* »¹⁶¹. Au nom des juges dissidents, madame la juge McLachlin cita également le passage de l'arrêt *Greenbaum*¹⁶² qui préconisait une interprétation « bienveillante » des lois municipales¹⁶³. Comme nous l'avons précédemment souligné, dans *Greenbaum*, la Cour s'empresse néanmoins d'ajouter que cette interprétation bienveillante doit céder le pas à une interprétation plus restrictive lorsqu'une municipalité « *tente d'exercer un pouvoir qui restreint des droits civils ou de common law* »¹⁶⁴.

La juge McLachlin semble toutefois anticiper la critique puisque, du même souffle, elle précise que « [q]uelles que soient les règles d'interprétation appliquées, elles ne doivent pas servir à usurper le rôle légitime de représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux »¹⁶⁵. Celle-ci procède alors à un exposé fort détaillé sur la nature

¹⁵⁸ Ibid, p. 241 et 273.

¹⁵⁹ *Re Howard and City of Toronto* (1928), 61 O.L.R. 563 (C.A.), p. 575.

¹⁶⁰ *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234.

¹⁶¹ *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 243, citant l'arrêt *Kuchma*.

¹⁶² *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, p. 687-688.

¹⁶³ *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244.

¹⁶⁴ *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, p. 288.

¹⁶⁵ *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244.

de la démocratie municipale afin d'étayer sa conception bienveillante des lois et pouvoirs municipaux. Elle expose ses arguments en quatre points.

En premier lieu, la juge McLachlin énonce ce qu'elle appelle un axiome fondamental en vertu duquel « *les tribunaux doivent accorder aux responsabilités démocratiques des élus municipaux et aux droits de leurs électeurs le respect qui leur revient* »¹⁶⁶. De cet axiome, elle tire comme première conséquence que « *les municipalités doivent être investies d'une large compétence pour prendre des décisions locales qui reflètent les valeurs locales* »¹⁶⁷.

Dans un deuxième temps, elle fait valoir un principe d'ordre pratique, à savoir qu'une interprétation large des compétences municipales favorisera l'efficacité des conseils municipaux et évitera l'incertitude et les frais générés par des recours judiciaires¹⁶⁸.

Troisièmement, la juge McLachlin met de l'avant l'évolution qu'ont connue les municipalités depuis leur création. À cet égard, elle souscrit à l'analyse des auteurs Arrowsmith¹⁶⁹, Makuch¹⁷⁰ et MacDonald¹⁷¹ qui sont tous d'avis que les tribunaux devraient prendre acte du fait que la nature des fonctions et du rôle des municipalités a changé et qu'un tel changement exige une déférence accrue envers les actions et les décisions municipales. Madame la juge McLachlin fait sienne l'analyse de l'auteur McDonald dont elle cite de longs extraits et que nous reproduisons partiellement afin de

¹⁶⁶ Ibid, p. 245.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Sue ARROWSMITH, *Government procurement and judicial review*, Toronto, Carswell, 1988.

¹⁷⁰ Stanley M. MAKUCH, *Canadian Municipal and planning law*, Toronto, Carswell, 1971.

¹⁷¹ Ann McDONALD, « In the public interest: judicial review of local government » (1983) 9 Queen's L.J. 62.

bien montrer la conception particulièrement dynamique défendue par cet auteur et qu'avalisent vigoureusement les juges dissidents :

[TRADUCTION] (...) le conseil se voit confier la responsabilité de gouverner, non seulement dans l'intérêt de ceux qui ont élu les conseillers, mais dans l'intérêt de la collectivité en général, c'est-à-dire dans l'intérêt public. (...).

Les électeurs d'une collectivité confient à leurs conseillers élus la tâche de trancher. Quant à savoir si les conseillers ont exercé leur jugement de manière juste ou erronée, cela tient à la position avantageuse de la personne qui fait l'appréciation, mais quoi qu'il en soit, c'est pour prendre ces décisions qu'ils ont été élus. (...).

La prise de décision touchant le bien-être de la collectivité incombe d'abord et avant tout à la municipalité. Si les tribunaux prennent sur eux de juger du caractère bon ou mauvais des décisions du conseil sur ces questions, ils se trouvent en tant qu'organisme n'ayant aucun lien avec la population locale, à faire le choix que celle-ci a, par le processus démocratique, confié au conseil. Pour intervenir dans ce processus, les tribunaux doivent avoir un motif concret de le faire, lequel doit se rapporter à leurs propres nature et fonction.¹⁷²

À la lecture de cet extrait, force est de constater que ce n'est plus seulement une déférence plus grande envers les actes municipaux que suggère la juge McLachlin, mais une reconsidération en profondeur de leur statut à titre de gouvernement municipal auquel les tribunaux devraient reconnaître une large sphère d'autonomie quant à la détermination des besoins locaux et de l'intérêt public. Bien sûr, ce n'est pas la première fois que les municipalités se voient ainsi qualifiées de gouvernements, mais jamais la Cour ne l'avait affirmé de façon aussi péremptoire. Rappelons qu'il s'agit toutefois d'une dissidence, mais qui, nous le verrons, aura des conséquences importantes dans la jurisprudence qui suivra.

¹⁷² *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 246.

En dernier lieu, madame la juge McLachlin souligne qu'une interprétation large et bienveillante des lois et des pouvoirs municipaux est en adéquation avec la méthode privilégiée par la Cour en matière de contrôle judiciaire des règlements et conclut que les questions politiques concernant le bien-être des citoyens appellent une norme de contrôle libérale et déférente à l'égard de décisions impliquant ce type de questions¹⁷³.

Il est intéressant de souligner que dans leur examen des résolutions contestées, les juges minoritaires consacrent une partie importante de leur analyse au contrôle des fins légitimes des actes municipaux en mentionnant que la détermination de telles fins légitimes est problématique en raison du fait qu'« *il est souvent difficile de déterminer exactement les considérations qui ont pu mener à l'adoption d'une mesure législative donnée* »¹⁷⁴. Poursuivant son analyse, la juge McLachlin applique aux municipalités le principe énoncé par le juge Dickson dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd*¹⁷⁵, selon lequel les motifs ayant conduit à l'adoption d'une mesure législative subordonnée ne peuvent faire l'objet d'une enquête, car « [l]es gouvernements [...] peuvent être mus par une foule de considérations d'ordre politique, économique ou social, ou par leur propre intérêt »¹⁷⁶.

La juge McLachlin établit ainsi les principes qui lui permettent de justifier une conception fort vaste de la mission et des pouvoirs municipaux qui est subsumée sous la notion de « bien-être des citoyens », laquelle notion va jusqu'à inclure « *le bien-être psychologique des citoyens en tant que membres de la collectivité intéressés à exprimer leur identité collective* »¹⁷⁷. Nous reviendrons d'ailleurs un peu plus loin sur cette notion

¹⁷³ Ibid, p. 247.

¹⁷⁴ Ibid, p. 250.

¹⁷⁵ *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106.

¹⁷⁶ *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 246.

¹⁷⁷ Ibid, p. 252.

d'identité collective qui soulève bien des questions. Cette conception fort large et généreuse du rôle et des pouvoirs municipaux est notamment justifiée par la « complexité et l'importance croissante » des municipalités dans nos sociétés contemporaines¹⁷⁸.

Finalement, est rapidement abordée la question du caractère discriminatoire des résolutions attaquées. Concernant cette question, madame la juge McLachlin distingua entre les pouvoirs de délivrance de permis, de taxation ou d'attribution de privilèges et les pouvoirs de nature commerciale. Selon elle, contrairement aux pouvoirs en matière de permis ou de taxation, il existe en matière commerciale une présomption que les municipalités sont habilitées à établir des distinctions entre les citoyens ou entre les entreprises¹⁷⁹. En outre, elle ajoute une considération selon laquelle il serait « *impossible en pratique d'exiger un traitement égal* » dans le cadre des relations commerciales¹⁸⁰.

Cependant, la juge McLachlin vient clore ses motifs par un paragraphe qui, selon elle, expose les deux principaux points de vue qui opposent les juges minoritaires et majoritaires :

Puisque la question de la discrimination par une municipalité touche essentiellement la compétence qui lui est conférée par sa loi constitutive, il n'est guère étonnant que, dans ce cas, comme dans celui de l'examen de la compétence de la municipalité, la divergence d'opinions entre mon collègue le juge Sopinka et moi tienne à nos conceptions différentes de ce que renferme l'idée de favoriser la santé, la sécurité ou le bien-être des habitants de la ville. Selon mon interprétation, il s'agit d'une notion qui englobe non seulement la fourniture de services essentiels aux habitants de la municipalité, mais également le fait pour la ville d'exprimer au nom de ses habitants son approbation ou sa désapprobation d'une conduite donnée, peu importe que celle-ci soit adoptée dans la ville ou à l'extérieur de celle-ci. Si on accepte

¹⁷⁸ Ibid, p. 254.

¹⁷⁹ Ibid, p. 260.

¹⁸⁰ Ibid.

cela, il s'ensuit que les résolutions peuvent être justifiées pour le motif qu'elles relèvent des pouvoirs de la ville.¹⁸¹ (Nous soulignons)

Ce paragraphe résume bien les deux conceptions antagonistes qui s'affrontent à propos de la nature et du statut juridique de la municipalité comme institution publique. Comme nous le verrons à l'instant dans l'examen des motifs de la majorité, rédigés sous la plume de monsieur le juge Sopinka, les juges majoritaires adoptèrent la position classique et traditionnelle selon laquelle, nonobstant son caractère démocratique, une municipalité constitue une institution à vocation locale dont les pouvoirs délégués doivent être exercés rigoureusement en tenant compte des fins municipales.

Cependant, la pomme de discorde entre la majorité et la minorité porte non seulement sur la nature de ces fins municipales, laquelle nous ramène inexorablement à la nature hybride de la municipalité elle-même, mais aussi et surtout sur les limites du processus démocratique municipal qui nécessite une intervention judiciaire afin d'endiguer les risques d'abus.

Les juges majoritaires commencent par rappeler le principe selon lequel les municipalités sont des créatures ne pouvant exercer que les pouvoirs leur ayant été expressément conférés et, conséquemment, que nonobstant le caractère commercial des résolutions, ces dernières doivent être jugées à l'aune des pouvoirs conférés par la loi¹⁸². En outre, le juge Sopinka énonce un argument extrêmement persuasif qui constitue selon nous l'un des corollaires de la primauté du droit et fonde le contrôle judiciaire, à savoir que :

¹⁸¹ Ibid, p. 260-261.

¹⁸² *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 273-274.

L'idée que le processus électoral constitue le seul recours est sans valeur pour la minorité qui se trouverait dépouillé de tout recours, et le conseil pourrait continuer à élargir ses pouvoirs légaux tant qu'il réussirait à conserver l'appui de la majorité.¹⁸³

L'idée défendue par les juges majoritaires dans ce paragraphe constitue, selon nous, la véritable ligne de fracture entre les conceptions défendues par la majorité et la minorité. En effet, la distinction entre les deux camps ne tient pas tant à la façon d'envisager la santé et le bien-être des citoyens qu'à leur conception respective de la nature et des limites du processus démocratique municipal. Alors que les juges minoritaires mettent à l'avant-plan le rôle démocratique des élus municipaux et la légitimité qu'ils possèdent pour « refléter la conscience collective »¹⁸⁴, les juges majoritaires sont, pour leur part, surtout préoccupés par les dérives qui pourraient résulter de ce processus démocratique. Voilà, à notre avis, les deux conceptions de l'institution municipale qui s'affrontent ici et qui, comme nous le constaterons tout au long de notre thèse, fondent aussi les prétentions défendues par les tenants et les adversaires de l'immunité en matière de responsabilité municipale.

Par ailleurs, le juge Sopinka souligne que l'objet des résolutions attaquées vise à réprouber le régime de l'apartheid en boycottant Shell et ne peut, à cet égard, prétendre favoriser la santé ou le bien-être des citoyens¹⁸⁵. Ainsi, les résolutions ne correspondent pas aux fins municipales énoncées dans la loi, car elles ont un objectif visant à exercer une influence sur les relations internationales à l'extérieur des territoires de la municipalité et du pays¹⁸⁶. Cela suffit à les déclarer illégales. Le juge Sopinka ajoute néanmoins que les résolutions sont également discriminatoires, notamment en raison du fait que la loi interdit

¹⁸³ Ibid., p. 274.

¹⁸⁴ Ibid, p. 251.

¹⁸⁵ Ibid, p. 277.

¹⁸⁶ Ibid, p. 278 à 280.

d'imposer ce type de distinction, d'autant plus que seule la compagnie Shell a été visée, alors que la compagnie Chevron, qui faisait aussi affaire en Afrique du Sud, n'était aucunement touchée par les résolutions en question¹⁸⁷.

À notre avis, la dissidence de la juge McLachlin est venue conférer un rôle politique exceptionnel aux conseils municipaux en considérant leur processus politique comme étant comparable, du moins à certains égards, à celui des législatures et du Parlement.

D'autre part, nous sommes en droit de nous demander si la conception d'identité collective est appropriée aux fins d'un examen visant à déterminer l'objet et la portée des pouvoirs municipaux. Ainsi, il nous semble que l'identité collective soit une notion difficile à définir et à cerner, notamment dans le cadre d'une société pluraliste et multiculturelle au sein de laquelle on devrait plutôt parler des nombreuses identités collectives et communautaires. Il en va de même pour la notion de « bien-être psychologique des citoyens » qui est susceptible de revêtir plusieurs significations. Toutefois, malgré son caractère hétérodoxe, et comme nous le verrons à l'instant, cette dissidence fit florès aux environs des années 2000 et fut encore reprise très récemment par les juges dissidents dans l'arrêt *Toronto (Cité)*¹⁸⁸.

Quelques années plus tard, soit en 1997, la Cour suprême fut appelée à examiner de plus près la nature gouvernementale des municipalités afin de déterminer si la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁸⁹ (la « Charte canadienne ») s'appliquait aux municipalités. Bien que l'affaire fût résolue en vertu de la *Charte des droits et libertés de*

¹⁸⁷ Ibid, p. 281 à 284.

¹⁸⁸ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 119.

¹⁸⁹ *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.U.) dans L.R.C. (1985), App. II, no 44, Annexe B, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982.

*la personne*¹⁹⁰ (la « Charte québécoise »), le juge La Forest rédigea des motifs concourants dans lesquels il était d'avis que les municipalités étaient soumises à la Charte canadienne. En effet, selon lui, à l'instar des législatures et du Parlement, les municipalités sont responsables devant leur électorat et possèdent le pouvoir d'adopter des règles de droit et d'imposer des taxes, ce qui en fait une forme de gouvernement, et ce, malgré le fait qu'elles soient des créatures des législatures¹⁹¹. Ces propos, conjugués à ceux de la juge McLachlin dans *Shell*, furent réitérés dans l'arrêt de principe *Nanaimo*¹⁹² rendu en 2000.

Bien que les motifs du juge Sopinka furent brièvement cités, sans être appliqués, c'est la conception d'une démocratie représentative municipale, telle qu'exposée par la juge McLachlin, qui constitua le fondement de cet arrêt où la question de la norme de contrôle était au cœur du débat. Ce litige résultait d'une plainte au sujet des problèmes occasionnés par un tas de terre déposé par une entreprise qui était titulaire d'un permis permettant un tel dépôt. À la suite d'une inspection, le conseil municipal adopta des résolutions déclarant que ce dépôt de terre était une nuisance et entreprit des procédures judiciaires afin de le faire enlever. À l'unanimité, sous la plume du juge Major, la Cour suprême infirma la décision de la Cour d'appel qui avait débouté la ville et déclara les résolutions valides.

Il est à noter que la Cour suprême qualifia la décision municipale de juridictionnelle en raison du fait qu'une règle de droit était appliquée à un cas particulier et qu'une séance publique avait été tenue afin d'entendre les citoyens qui s'étaient plaints ainsi que le

¹⁹⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

¹⁹¹ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, p. 881. Le juge La Forest rédige ses motifs au nom des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Il est à noter que les autres juges ont préféré ne pas se prononcer sur la question du statut des municipalités eu égard à la Charte canadienne des droits et libertés.

¹⁹² *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342.

propriétaire de l'entreprise qui possédait le dépôt de terre¹⁹³. Aux fins de déterminer la norme de contrôle judiciaire, la Cour porta une attention toute particulière à la nature gouvernementale de la municipalité et à son absence d'expertise.

Dans son analyse, la Cour souligna deux éléments qui distinguent les municipalités des tribunaux. Le premier élément est l'exercice « *de pouvoirs législatifs et exécutifs, jouant un rôle qui se rapproche énormément de celui du gouvernement provincial* », sans avoir cependant une reconnaissance constitutionnelle¹⁹⁴. Le second élément est l'absence d'expertise des conseillers municipaux qui sont élus pour réaliser un programme politique et non en raison de leur expertise ou de leur expérience en planification ou en droit municipal¹⁹⁵. Qu'il nous soit permis de remarquer que cet argument est également applicable aux politiciens provinciaux et fédéraux.

Néanmoins, malgré cette absence d'expertise, la Cour suprême insista avant tout sur la responsabilité des conseillers municipaux devant leurs électeurs. À cet égard, la Cour fit sienne l'analyse de la dissidence de la juge McLachlin :

Ou bien, comme la juge McLachlin l'a exprimé plus récemment dans *Shell*, précité, à la p. 244 :

Il ressort d'un commentaire récent que l'on commence à s'accorder pour dire que les tribunaux doivent respecter la responsabilité qu'ont les conseils municipaux élus de servir leurs électeurs et prendre garde de substituer à l'opinion de ces conseils leur propre avis quant à ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens. (...). Quelles que soient les règles d'interprétation appliquées, elles ne doivent pas servir à usurper le rôle légitime de représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux.

¹⁹³ Ibid, par. 28.

¹⁹⁴ Ibid, p. 356.

¹⁹⁵ Ibid.

J'estime que ces commentaires sont également persuasifs lorsqu'il s'agit d'examiner des résolutions municipales.¹⁹⁶

Forte de ces principes, la Cour conclut de façon laconique qu'en raison du fait que l'amorcellement de terre a eu des effets graves et constants sur la collectivité voisine, la décision de la municipalité de le considérer comme une nuisance publique n'était manifestement pas déraisonnable¹⁹⁷. La Cour conclut donc à la validité des résolutions.

Les principes énoncés par la juge McLachlin seront à nouveau réitérés dans l'arrêt *Victoria*¹⁹⁸ quelques mois plus tard où il était question de savoir si le conseil municipal de Victoria était lié par une clause contractuelle implicite en vertu de laquelle le zonage devait être maintenu pendant un certain nombre d'années et prévoyait des indemnités en cas de non-respect des obligations. À quatre juges contre trois, la Cour déclara que la ville ne pouvait lier son pouvoir réglementaire par contrat et qu'elle ne pouvait également pas être condamnée à payer des indemnités, puisqu'une telle clause contractuelle violait l'ordre public et était donc illégale.

Comme le souligne monsieur le juge LeBel, qui rédigea les motifs au nom de la majorité, la question au cœur du litige concernait la nature particulière des pouvoirs municipaux et leurs fonctions sociales¹⁹⁹. Le juge LeBel débute son analyse par la déclaration de principe selon laquelle « [l]es administrations municipales forment des institutions démocratiques. Elles permettent aux membres d'une collectivité de s'organiser

¹⁹⁶ Ibid, p. 358.

¹⁹⁷ Ibid, p. 359.

¹⁹⁸ *Pacific National Investments c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919.

¹⁹⁹ Ibid, p. 940.

pour vivre ensemble »²⁰⁰. Ce dernier s’empresse cependant de préciser que les municipalités ne possèdent que les pouvoirs qui lui ont été expressément délégués²⁰¹.

Dans le cadre de son analyse des pouvoirs municipaux, le juge LeBel expose les considérations d’ordre public pour lesquelles une entreprise privée ne peut poursuivre une municipalité pour non-respect de ses obligations contractuelles lorsque ces dernières portent explicitement sur l’exercice de son pouvoir réglementaire. La première considération énonce qu’« *on ne traite pas avec une administration municipale comme on le ferait avec une simple société privée* »²⁰². Le juge LeBel parle de risques particuliers propres aux contrats municipaux²⁰³. De plus, écrit-il, la loi protège les co-contractants contre la mauvaise foi d’une municipalité.

Enfin, l’une des plus importantes considérations militant contre la possibilité de lier le pouvoir réglementaire est la nature législative de ce dernier pouvoir qui a été délégué aux municipalités par le législateur afin que celles-ci les exercent dans le meilleur intérêt des citoyens²⁰⁴. À ce propos, le juge LeBel souscrit nommément à la conception énoncée par la juge McLachlin dans *Shell* selon laquelle les municipalités ont pour fin d’exercer leur pouvoir « *de manière à favoriser les citoyens et leur capacité de s’engager sur la voie de la démocratie partagée* »²⁰⁵. Il n’en faut pas plus pour que les juges majoritaires concluent que les clauses contractuelles en question sont *ultra vires* des pouvoirs de la municipalité.

²⁰⁰ Ibid, p. 941.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid, p. 958.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ibid, p. 959.

²⁰⁵ Ibid.

Pour leur part, les juges dissidents reconnaissent qu'une municipalité ne peut lier de façon définitive son pouvoir législatif, mais sont d'avis que le co-contractant a droit à des dommages pour inexécution des obligations contractuelles²⁰⁶. En outre, sous la plume du juge Bastarache, les juges dissidents font une distinction entre les pouvoirs législatifs et les pouvoirs concernant l'exercice d'activités commerciales dans le cadre desquelles le conseil municipal peut lier par contrat les administrations municipales subséquentes²⁰⁷.

De plus, selon le juge Bastarache, l'un des principes de l'arrêt *Shell*, énoncé par le juge Sopinka au nom de la majorité, étaye cette conclusion puisque la Cour y soulignait avant tout que c'est la notion de fin municipale qui permet de déterminer si les actes d'une municipalité sont ou non conformes à la loi habilitante²⁰⁸. En somme, après un examen des lois municipales pertinentes, le juge Bastarache conclut que la ville avait le pouvoir de s'engager à ne pas modifier le zonage, sans toutefois lier définitivement et irrévocablement son pouvoir législatif, de telle sorte que le manquement de son engagement ne pouvait contraindre la ville dans l'exercice de son pouvoir de zoner, mais pouvait cependant être source d'un dédommagement sur le plan de la responsabilité contractuelle²⁰⁹.

Bien que ce dernier arrêt soit en matière contractuelle, il n'en est pas moins pertinent. En effet, la question de savoir si une municipalité peut se prévaloir de ses pouvoirs publics pour ne pas honorer ses engagements contractuels pose implicitement la question du statut de la municipalité face au principe de l'égalité devant la loi et de la justiciabilité de ses actes. Ces questions sont également au cœur de la responsabilité extracontractuelle. À vrai

²⁰⁶ Ibid, p. 962.

²⁰⁷ Ibid, p. 970.

²⁰⁸ Ibid, p. 981.

²⁰⁹ Ibid, p. 983.

dire, ces questions mettent en lumière les mêmes enjeux fondamentaux, à savoir l’immixtion des règles de droit public dans les activités traditionnellement considérées comme privées ainsi que l’accroissement et l’intensification du rôle des municipalités dans des sphères telles que l’environnement et la santé. À cet égard, l’arrêt *Spraytech*²¹⁰ et ceux rendus dans la foulée de celui-ci marquent une consolidation majeure du rôle et des pouvoirs municipaux dans la jurisprudence canadienne.

1.2.2 Consolidation de la démocratie municipale comme lieu d’expression et de participation civique

Dans la volonté d’asseoir fermement et d’étoffer le rôle politique des municipalités, la Cour suprême ajoute une pierre d’assise en rendant l’arrêt *Spraytech* qui constitue un jalon majeur dans l’évolution de la municipalité comme institution gouvernementale locale. Avec cet arrêt, on peut considérer que la municipalité gagne non seulement en termes de pouvoirs, mais aussi et surtout en termes de stature politique. En effet, c’est dans cet arrêt que pour la première fois la Cour énonce le principe de subsidiarité pour justifier et fonder l’action réglementaire municipale en matière de santé et de bien-être publics.

C’est ainsi que dans le cadre d’une contestation d’un règlement municipal de la ville de Hudson, lequel limitait notamment les pesticides utilisés par l’entreprise d’entretien paysager *Spraytech*, la Cour suprême fut appelée à se prononcer sur la *Loi sur les cités et villes* (« LCV ») qui octroyait aux municipalités le pouvoir général d’adopter des règlements pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement ainsi que la salubrité et le bien-être général. Il va sans dire qu’un tel pouvoir général était étroitement lié au rôle et à la mission des municipalités comme dépositaires de l’intérêt public et du bien-être général.

²¹⁰ 114957 *Canada Ltée (Spraytech) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241.

La Cour supérieure et la Cour d'appel avaient sans doute déjà compris le virage qu'avait amorcé la Cour suprême en matière d'autonomie municipale, car toutes deux déboutèrent *Spraytech* dans son recours contre la ville. Comme on pouvait s'y attendre, la Cour suprême rejeta également le recours de *Spraytech*. Notons que le juge LeBel rédigea des motifs concourants dans lesquels il arriva à la même conclusion, mais uniquement sur le fondement de principes propres au droit administratif, alors que les autres membres de la Cour, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, examinèrent la question en y incluant également une perspective internationale.

La Cour suprême passa en revue les principaux arrêts en la matière et développa davantage l'autonomie législative municipale. Toutefois, la juge L'Heureux-Dubé posa d'abord comme toile de fond le principe de subsidiarité qu'elle appliqua aux municipalités dans le rôle de préservation de l'environnement. C'est ainsi qu'elle reconnaît aux municipalités la responsabilité de la mise en place de règlements environnementaux en raison de leur proximité avec les citoyens et de leur sensibilité aux particularités locales qui les rendent plus aptes et efficaces dans la mise en œuvre de ces législations²¹¹.

Une fois cette approche reconnue, la juge L'Heureux-Dubé procède à l'examen des dispositions pertinentes de la LCV en précisant que de telles dispositions ont été conçues afin d'aller au-delà du principe selon lequel les municipalités ne peuvent exercer que les pouvoirs expressément conférés par la loi²¹². Le *Dillon's Rule* est ainsi battu en brèche. L'honorable juge ajoute que de tels pouvoirs généraux s'expliquent en raison des responsabilités et des nouveaux défis auxquels sont confrontées les municipalités dans

²¹¹ Ibid, p. 249.

²¹² Ibid, p. 258-259.

l'exercice des pouvoirs publics²¹³. À ce propos, elle souligne que de telles dispositions ne confèrent cependant pas un pouvoir illimité et que les tribunaux doivent demeurer vigilants dans la détermination des objectifs liés à l'intérêt public afin d'éviter les abus de la part des municipalités.

Toutefois, la juge L'Heureux-Dubé souligne que, contrairement à la législation ontarienne appliquée dans *Greenbaum*²¹⁴, le pouvoir général accordé par la LCV n'est assorti d'aucune disposition législative particulière qui en limite la portée²¹⁵. Dans la foulée de ce constat, elle en infère que le législateur avait l'intention de laisser aux élus municipaux la discrétion de déterminer ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens et étaye sa conclusion en citant un long passage de madame la juge McLaclin dans l'arrêt *Shell* où celle-ci rappelait le principe selon lequel les tribunaux devaient éviter d'usurper « le rôle légitime des représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux »²¹⁶. Toujours relativement à l'arrêt *Shell*, elle poursuit en citant un passage de la majorité afin de rappeler le principe selon lequel il est nécessaire d'harmoniser les pouvoirs avec les objectifs municipaux légitimes, et ce, tout en respectant les droits civils des citoyens²¹⁷.

Une fois ces principes exposés, la juge L'heureux-Dubé aborde ensuite la question environnementale à travers le prisme du droit international. Après un examen des traités internationaux, elle conclut que le règlement de la municipalité de prohiber les pesticides est conforme au principe de précaution reconnu en droit international de

²¹³ Ibid.

²¹⁴ *R c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674.

²¹⁵ *114957 Canada Ltée (Spraytech) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, p. 261.

²¹⁶ Ibid, p. 262. Voir *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244.

²¹⁷ Ibid, p. 263.

l'environnement²¹⁸. Enfin, l'honorable juge arrive à la conclusion que la réglementation municipale respecte le partage des compétences constitutionnelles et qu'il n'existe aucun conflit opérationnel entre les lois fédérales et le règlement adopté. En somme, nous dit la Cour, la réglementation sur les pesticides adoptée en vertu de la clause d'intérêt général 410 LCV est pleinement valide.

Cet arrêt constitue un point tournant en raison de la conjugaison de trois éléments qui sont, pour la première fois, articulés de concert. En effet, premièrement, la Cour a d'abord modifié le principe de l'interprétation restreinte des pouvoirs municipaux en reconnaissant qu'une disposition générale portant sur le bien-être public habilitait une municipalité à adopter un règlement coercitif en matière de pesticide. Mentionnons cependant qu'il s'agissait d'une limitation de l'utilisation des pesticides et non d'une prohibition absolue. Deuxièmement, la Cour distingue le présent cas de l'affaire *Greenbaum* où un raisonnement *a contrario* avait été appliqué²¹⁹. Ce n'est d'ailleurs pas sans raison que, dans la foulée de ce constat, la Cour affirme que cette interprétation libérale de la LCV est justifiée par le rôle accru qu'exercent les municipalités relativement aux enjeux publics ainsi qu'au regard de la légitimité des élus municipaux.

Troisièmement, et c'est là l'élément véritablement nouveau, la Cour importe en droit canadien municipal le principe de subsidiarité emprunté au droit européen. Jusque-là, la subsidiarité avait été uniquement appliquée aux gouvernements provinciaux et fédéral. Ainsi que le soulignent les auteurs Levi et Valverde²²⁰, cette référence à la subsidiarité dans

²¹⁸ Ibid, p. 266-267.

²¹⁹ Ibid, p. 259.

²²⁰ Ron LEVI, Mariana VALVERDE, « Freedom of the city: Canadian cities and the quest for governmental status » (2006) 44.3 Osgoode Hall LJ, 409.

un contexte municipal est quelque peu surprenante, puisque le droit européen lui-même ne l'applique pas aux collectivités locales²²¹. À l'instar de ces derniers, nous sommes en droit de questionner la pertinence de l'importation inopinée d'un tel principe, sans que ne soit fait le moindre examen sur la relation de ce principe avec ceux de la Constitution canadienne²²².

En somme, nous pouvons affirmer que l'arrêt *Spraytech* vient asseoir et étoffer les principes énoncés par madame la juge McLachlin dans l'arrêt *Shell*. Ces deux arrêts constituent, encore aujourd'hui, la pierre angulaire d'une conception quasi-autonome des municipalités qui, nonobstant leur statut de créature, se voient reconnaître un statut d'administration concurrente par rapport aux paliers provincial et fédéral. Cette reconnaissance de la municipalité comme institution politique plus active et réceptive trouvera d'ailleurs une résonance particulière dans la conception que développera la Cour à propos de la nature et des fonctions de l' élu municipal.

C'est d'ailleurs la question relative à l' élu municipal qui fut traitée par la Cour quelques mois plus tard dans le cadre de l'arrêt *Prud'homme*²²³. Soulignons que cet arrêt sera plus amplement examiné dans notre partie sur les fondements de la responsabilité municipale et, plus précisément, dans notre analyse sur les relations entre le droit public et le droit commun québécois. Aux fins de la présente partie, précisons seulement que cette affaire mettait en cause un conseiller municipal qui, dans le cadre d'une réunion publique du conseil de ville, avait critiqué des citoyens qui avaient eu gain de cause dans la

²²¹ Ibid, p. 425.

²²² Ibid.

²²³ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.

contestation d'un règlement municipal, leur reprochant notamment d'avoir fait de la spéculation immobilière. Ces derniers poursuivirent alors le conseiller en diffamation, mais leur recours fut finalement rejeté par la Cour d'appel et la Cour suprême.

Au nom d'une Cour suprême unanime, les juges LeBel et L'Heureux-Dubé soulignent la nature hybride, pour ne pas dire polymorphe, des conseillers municipaux, en reconnaissant que, « *selon les circonstances, l'élu municipal a tantôt été qualifié de mandataire des citoyens, tantôt de représentant, législateur, officier ou fiduciaire. Parfois, il a même été décrit comme un employé momentané* »²²⁴. À cet égard, la Cour conclut au caractère ambigu du statut juridique de l'élu municipal, et ce, en raison de la dualité de ses devoirs à l'endroit de ses électeurs et de l'intérêt général envers la municipalité dont il doit impérativement tenir compte, ce dernier intérêt devant demeurer son « *souci primordial* »²²⁵.

Notons que parmi les multiples désignations données à l'élu municipal, la Cour semble finalement jeter son dévolu sur celui d'administrateur de la corporation municipale et, conséquemment, sur celui de mandataire²²⁶. Comme nous le verrons dans notre synthèse et surtout dans notre partie consacrée aux principes de la responsabilité civile, cette dernière conclusion marque la volonté de prendre acte de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*²²⁷ affirmant que celui-ci constitue le droit commun et le fondement des autres lois québécoises, et cela, tant en droit privé qu'en droit public.

²²⁴ Ibid, p. 678. La Cour suprême s'inspire en grande partie de l'analyse et des conclusions du professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens, voir à ce propos Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Le traitement juridique de l'acte individuel fautif de l'élu municipal, source d'obligations délictuelles ou quasi délictuelles. Un essai de systématisation critique du droit positif québécois » (1993) 24 *R.G.D.* 469.

²²⁵ Ibid, p. 679.

²²⁶ Ibid, p. 679.

²²⁷ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64.

Il va sans dire qu'une telle conclusion soulève bien des questions, que nous examinerons ultérieurement, relativement aux obligations et pouvoirs applicables au mandat en droit civil et de ses relations avec les fonctions électives exercées par le conseiller municipal. Enfin, il convient de souligner l'importance accordée à l'élu municipal comme « *porte-voix de ses électeurs* » et de son rôle « *intimement lié à la pérennité de la démocratie municipale* »²²⁸.

Bien que ce principe fût à nouveau énoncé avec vigueur dans l'arrêt *Lafontaine*²²⁹, les juges majoritaires vinrent toutefois apporter des atténuations notables à celui-ci. Ainsi, alors que la municipalité de Lafontaine avait refusé une dérogation au zonage qui aurait autorisée les témoins de Jéhovah à établir un lieu de culte, la Cour suprême vint rappeler à la municipalité que, nonobstant la légitimité démocratique qui fonde ses pouvoirs, ceux-ci doivent être exercés de façon raisonnable et dans le respect de l'équité procédurale. La décision de la municipalité de Lafontaine fut donc annulée et renvoyée à cette dernière afin qu'elle reconsidère sa décision dans le respect de l'équité procédurale. Mentionnons que malgré le fait que la protection du droit à la religion ait été examinée, le jugement rendu par la Cour repose en grande partie sur les principes d'équité et celui de l'exercice raisonnable d'un pouvoir discrétionnaire en droit administratif.

Dans ses motifs rendus au nom de la majorité, madame la juge en chef McLachlin réitéra les principes de l'arrêt *Baker*²³⁰ qu'elle appliqua au pouvoir administratif de la municipalité. À cet égard, son examen de la nature du processus décisionnel municipal est

²²⁸ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, p. 687.

²²⁹ *Témoins de Jéhovah c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650.

²³⁰ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

particulièrement révélateur quant aux limites qui doivent nécessairement encadrer la discrétion des élus municipaux. Madame la juge en chef exposa les principes en ces termes :

La décision de proposer un projet de règlement visant à modifier le zonage du territoire municipal est prise par un conseil élu qui doit rendre compte aux citoyens de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif [...]. La latitude dont jouit la municipalité dans l'exercice de son pouvoir décisionnel est par ailleurs limitée par son obligation d'agir dans l'intérêt public [...]. Toutefois, les conseillers élus ne peuvent refuser de manière arbitraire d'acquiescer à une demande de modification de zonage. Lorsque le conseil municipal agit arbitrairement dans l'exercice de ses fonctions publiques, il existe des « motifs valables et suffisants » justifiant que la cour de révision intervienne pour remédier à l'inconduite dont la preuve est établie.²³¹ (Nous soulignons)

À la lumière des principes précédemment examinés, l'analogie avec les législatures et le Parlement nous semble malgré tout quelque peu incongrue, et ce, même si la comparaison ne porte que sur le processus électoral.

Notons que ce n'est pas la première fois que la Cour établit un tel parallèle entre un conseil municipal et le Parlement ou une législature. Dans l'arrêt *Welbridge*²³², où l'adoption d'un règlement de zonage ultérieurement déclaré illégal donna lieu à une poursuite en responsabilité contre la municipalité, la Cour suprême affirma que dans l'exercice de ses pouvoirs réglementaires conférés par la loi, la municipalité « *peut alors tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada excéder ses pouvoirs (...)* » sans que cela n'entraîne sa responsabilité²³³. Dans l'arrêt *Frelighsburg*²³⁴, où une

²³¹ *Témoins de Jéhovah c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, p. 657-658.

²³² *Welbridge Holdings Ltd c. Metropolitan corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957. Nous examinerons cet arrêt plus en profondeur dans la partie portant sur la responsabilité en *common law*.

²³³ *Ibid*, p. 968-969. Il est à noter que la Cour qualifie le pouvoir réglementaire de législatif et reconnaît également l'existence de l'immunité en matière de pouvoir quasi judiciaire.

²³⁴ *Entreprises Sibeca inc. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, p. 314.

municipalité était aussi poursuivie en responsabilité pour avoir causé un préjudice en modifiant un règlement de zonage, la Cour suprême souscrivit au même raisonnement en citant *in extenso* les passages en question de *Welbridge*.

Mentionnons également l'arrêt *Laurentides Motels*²³⁵ où, sans établir un parallèle direct entre une législature et une municipalité, la Cour suprême énonce néanmoins que « [L]orsqu'une corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires pour répondre à des exigences politiques, elle doit porter un jugement sur l'intérêt de l'ensemble de la collectivité, et sa responsabilité envers l'ensemble de la collectivité passe par la boîte de scrutin »²³⁶. La question de la légitimité politique des décisions administratives et réglementaires des municipalités se voit ainsi accorder une place privilégiée en raison de la nature électorale du conseil municipal.

Cette question de la légitimité démocratique du processus décisionnel municipal est au cœur même de notre thèse. En effet, c'est cette légitimité électorale qui permet à la Cour d'établir un parallèle entre l'exercice démocratique municipal et celui du Parlement et, ultimement, de fonder l'immunité relative reposant sur l'imputabilité politique, celle-là même qui fait obstacle à toute poursuite en responsabilité civile²³⁷.

Pourtant, au risque de nous répéter, la municipalité est une créature de la législature et ne saurait aucunement prétendre, tant par sa nature que ses fonctions ou son histoire, au titre d'institution parlementaire ou même y être assimilée. En outre, notre examen historique montre que, bien que possédant une dimension démocratique, la municipalité

²³⁵ *Laurentides Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

²³⁶ *Ibid*, p. 725.

²³⁷ Les arrêts *Laurentides Motels* et *Frelighsburg* feront également l'objet d'une analyse détaillée lors de l'examen des principes de *common law* de droit public applicables aux municipalités québécoises.

n'a jamais été conçue comme un véritable *self-government* et encore moins comme une législature. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette question dans les troisième et quatrième parties de cette thèse afin d'y apporter les éclaircissements et les mises au point nécessaires. Il suffit, pour l'instant, de noter que ces analogies et parallèles entre Parlement et municipalité peuvent donner lieu à certains malentendus.

Par ailleurs, parmi les différentes caractéristiques permettant de cerner la nature de l'institution municipale, le caractère public des réunions du conseil municipal constitue sans doute l'un des éléments les plus significatifs qui soit. C'est ainsi que dans l'arrêt *London*²³⁸, la Cour suprême annula un règlement de zonage qui fut adopté par un conseil municipal siégeant à huis clos. La Cour distingua entre, d'une part, des dispositions législatives permettant à la municipalité de se soustraire à l'obligation d'envoyer un avis et de tenir une audience accordant un droit de parole aux citoyens et, d'autre part, l'obligation d'ouvrir les réunions du conseil municipal au public afin que ce dernier puisse observer le déroulement des travaux et du vote, et ce, au nom du principe de la légitimité démocratique. Une Cour suprême unanime énonça le principe en ces termes :

Vu la disposition législative particulière en cause - imposant la tenue de réunions publiques, j'ajouterais ce qui suit à propos du principe de la retenue judiciaire. Les motifs dissidents de la juge McLachlin (maintenant juge en chef) dans *Shell Canada* sont souvent cités comme énoncé général de la retenue dont les tribunaux doivent faire preuve envers les gouvernements municipaux. Cette retenue est en grande partie fondée sur le caractère démocratique des décisions municipales (...). Le droit municipal a été modifié de manière à obliger les gouvernements municipaux à ouvrir leurs réunions au public afin de leur conférer une légitimité démocratique inébranlable. La légitimité démocratique des décisions municipales ne tient pas uniquement à la tenue d'élections périodiques, mais aussi à un processus décisionnel transparent, accessible au public et prescrit par la loi.²³⁹

²³⁸ *London (Cité) c. RSJ Holdings inc.*, [2007] 2 R.C.S. 588.

²³⁹ *Ibid*, par. 38.

Deux éléments clés ressortent de cet extrait. Premièrement, la Cour fait ressortir la nature publique des réunions du conseil municipal en expliquant que la légitimité démocratique ne saurait se résumer au simple exercice du pouvoir par les élus et que la présence des citoyens est également un élément constitutif du conseil. Deuxièmement, la Cour nous rappelle aussi que la démocratie ne se réduit pas simplement à la tenue d'une élection, mais implique l'existence d'un processus décisionnel accessible et transparent à une véritable participation citoyenne. Cela explique pourquoi la Cour établit un lien essentiel entre la déférence accordée aux décisions démocratiques municipales et la nécessité de protéger les éléments qui garantissent la mise en œuvre de ce processus démocratique, tel que le caractère public des réunions du conseil.

Dans un même ordre d'idées, la nature du conseil municipal comme lieu d'expression de la participation citoyenne et comme lieu propice à la délibération et à la prise de décisions politiques, économiques et sociales a été minutieusement analysée dans l'arrêt *Catalyst*²⁴⁰. Cet arrêt est sans doute l'un des plus importants dans le cadre duquel la Cour suprême a procédé à un exposé des principes en matière de démocratie municipale. La Cour confirma les instances inférieures qui avaient refusé de déclarer déraisonnable un règlement imposant des taxes prétendument disproportionnées et inéquitables à l'égard d'une importante papetière.

Avant de procéder à l'analyse du caractère raisonnable du règlement en question, la Cour, sous la plume de madame la juge en chef McLachlin, examina en détail la nature des pouvoirs municipaux en matière sociale et économique. D'emblée, cette dernière

²⁴⁰ *Catalyst Paper Corp. C. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5.

commence son analyse par énoncer certains corollaires découlant de la primauté du droit et, plus particulièrement, le principe justifiant le contrôle judiciaire en vertu duquel « *le pouvoir de l'État doit être exercé en conformité avec la loi* »²⁴¹. Dans la foulée de ce principe, la Cour rappelle un second principe que certaines décisions antérieures avaient occulté, à savoir que les municipalités ne bénéficient d'aucun statut constitutionnel et que, contrairement au Parlement et aux législatures, elles ne possèdent que des pouvoirs délégués²⁴².

Par ailleurs, malgré la distinction opérée entre les législatures et les municipalités, la Cour met l'accent sur l'importance des fonctions législatives des élus en affirmant que « *les conseillers municipaux qui adoptent des règlements accomplissent une tâche qui a des répercussions sur l'ensemble de la collectivité et qui est de nature législative plutôt qu'adjudicative* »²⁴³. Toutefois, il est significatif que la Cour souligne la fonction législative sans établir un parallèle entre la nature de la municipalité et celle des législatures ou du Parlement, comme elle l'avait malheureusement fait dans certaines décisions passées. C'est donc la fonction législative elle-même et non la nature institutionnelle qui retient l'attention de la Cour.

La Cour énonce également qu'en raison du processus démocratique caractérisant le règlement, le conseil municipal n'a pas à justifier formellement les règlements qu'il adopte. En effet, l'adoption d'un règlement implique non seulement un processus juridique, mais aussi un ensemble d'éléments de nature financière, partisane ou autres qui sont

²⁴¹ Ibid, par. 10.

²⁴² Ibid, par. 11 et 15.

²⁴³ Ibid, par. 19. La Cour réitère également les propos du juge LeBel dans l'arrêt *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919, par. 33, « [l]es administrations municipales forment des institutions démocratiques ».

difficilement conciliables avec une motivation structurée et formelle. La Cour expose en détail son raisonnement :

[29] (...) C'est se méprendre sur la nature du processus démocratique qui s'opère dans la salle du conseil municipal que d'exiger de conseillers municipaux sortant d'un vif débat sur le bien-fondé d'un règlement qu'ils produisent ensemble de motifs cohérents. Les motifs qui sous-tendent un règlement municipal se dégagent habituellement du débat, des délibérations et des énoncés de politique d'où il prend sa source.

[30] Contrairement à ce que prétend Catalyst, les municipalités n'ont pas non plus à justifier formellement leurs règlements. Rappelons que les conseils municipaux disposent d'une grande latitude quant aux facteurs à prendre en compte dans l'adoption de leurs règlements. En effet, ils peuvent prendre en considération non seulement des facteurs objectifs directement liés à la consommation de services, mais aussi des facteurs plus généraux d'ordre social, économique et politique qui touchent l'électorat.²⁴⁴

Cette reconnaissance du caractère vif des débats politiques et de la nécessaire latitude dont le conseil doit bénéficier dans l'adoption des règlements montre bien le pragmatisme et la déférence dont la Cour fait preuve à l'égard du débat démocratique. En outre, l'absence de justification ne signifie pas pour autant que les règlements adoptés peuvent être incohérents ou adoptés pour des motifs incohérents, mais cela signifie plutôt que, contrairement au processus judiciaire où le caractère démonstratif du raisonnement est primordial, le processus législatif implique souvent une confrontation des idées et des intérêts opposés qui ne peuvent s'inscrire dans le modèle justificatif propre au domaine juridique. Comme nous le verrons, cet élément fondamental sera moult fois souligné par les tribunaux dans la justification de l'immunité des actes politiques.

De plus, la Cour souligne qu'il n'est pas interdit à un conseil municipal de justifier ses règlements et que, pour sa part, l'obligation de fournir des motifs en matière de

²⁴⁴ Ibid, par. 29-30.

décisions administratives et quasi judiciaires demeure applicable²⁴⁵. Ajoutons que cette obligation de fournir des motifs au soutien de décisions administratives et quasi judiciaires ne doit pas être confondue avec le principe du caractère inconnaisable des motifs d'un conseil municipal²⁴⁶. En effet, bien que complémentaire au principe de l'absence d'obligation de motiver les règlements adoptés, le principe du caractère inconnaisable a trait aux intentions sous-jacentes qui motivent les conseillers à apporter leur appui à des « *décisions de nature législative, réglementaire, politique ou purement discrétionnaire des organes publics* »²⁴⁷.

Toutefois, les décisions rendues dans un contexte de droit privé, telle qu'une procédure de congédiement en matière de convention collective, ne sont pas couvertes par ce principe²⁴⁸. Dès lors, le caractère inconnaisable des décisions législatives et discrétionnaires a une portée beaucoup plus large que l'absence d'obligation de motivation qui ne vise que les règlements. En outre, contrairement à l'absence de motivation, le caractère inconnaisable ne cherche pas à protéger le processus décisionnel du conseil dans ses fonctions législatives, mais protège plutôt la liberté du conseiller afin d'empêcher notamment que ce dernier ne soit contraint à justifier ses positions devant un tribunal. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ce principe permet aux tribunaux d'annuler les assignations à comparaître visant les conseillers municipaux²⁴⁹. Cependant, nous verrons ultérieurement que ce principe constitue un problème majeur en matière de responsabilité

²⁴⁵ Ibid, par. 31.

²⁴⁶ *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, par. 45.

²⁴⁷ *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 47.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, par. 45.

extracontractuelle municipale, surtout lorsqu'il s'agit de faire pièce à l'immunité des décisions politiques.

Ce dernier arrêt vient clore notre examen jurisprudentiel sur la nature hybride de la municipalité, laquelle est pour ainsi dire perpétuellement tiraillée entre, d'une part, son ancrage administratif à titre de simple créature de la législature et, d'autre part, son ancrage politique résultant du processus démocratique dont sont issus les conseillers municipaux. Cela nous permet maintenant de procéder à un examen critique des éléments constitutifs énoncés par la jurisprudence relativement à l'institution municipale. Cette critique nous permettra de mieux comprendre et aussi de mieux mesurer certaines lacunes qui affectent les fondements de l'immunité civile reconnue par la jurisprudence aux actes politiques et discrétionnaires exercés par les municipalités. Cette critique viendra aussi paver la voie à la conclusion de notre Partie I.

1.2.3 Analyse critique de la notion de gouvernement municipal

Il nous faut d'abord conclure que la municipalité ne constitue pas une entité monolithique pouvant se réduire à une définition cartésienne. En effet, il ressort de cet examen que la nature et l'étendue de la municipalité ont été circonscrites de façon parfois sinieuse et souvent incertaine, voire contradictoire, marquant par là sa nature fuyante. Cependant, sans avoir la prétention d'exposer une doctrine limpide et définitive de sa nature, nous pouvons en exposer les caractéristiques et traits suivants.

De l'arrêt *Welbridge*²⁵⁰ à l'arrêt *Catalyst*²⁵¹, nous avons pu comprendre que l'évolution de la conception de la municipalité a été constamment façonnée par le rôle accordé aux citoyens par le truchement de ses représentants élus. Ainsi, bien que l'on puisse aujourd'hui définir la municipalité comme une forme de gouvernance locale, c'est à tort selon nous que plusieurs auteurs qualifient celle-ci de *self-government*²⁵².

En outre, tel que nous l'avons vu dans le cadre de notre partie historique, malgré les efforts de Lord Durham, les municipalités n'ont jamais eu droit de cité à titre d'entité politique à part entière et furent même longtemps tenues pour suspectes par la population et les autorités gouvernementales²⁵³. C'est avec raison que les auteurs Héту et Duplessis ont pu affirmer que la première forme d'organisation politique et sociale au Québec fut la paroisse et qu'avant les ordonnances de 1840 cette dernière avait une importance capitale comme entité locale²⁵⁴. Bien que possédant une certaine autonomie, la démocratie locale telle que vécue au Canada est le résultat d'une législation adoptée par un ordre hiérarchique supérieur sans lequel la municipalité n'aurait pas vu le jour.

²⁵⁰ *Welbridge Holdings Ltd c. Metropolitan corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957.

²⁵¹ *Catalyst Paper Corp. C. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5.

²⁵² Warren MAGNUSSEN, *Local Self-Government and the Right to the city*, Montreal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015; Alexandra FLYNN, « With Great(er) Power Comes Great(er) Responsibility : Indigenous Rights and Municipal Autonomy » (2021) *J L & Soc Pol'y*, 34, 111; Kristin R. GOOD, *Municipalities and Multiculturalism : The Politics of Immigration in Toronto and Vancouver*, Toronto, University of Toronto Press, 2009; Caroline VOISARD, *Reconnaître et protéger le statut constitutionnel des municipalités : critique de l'état du droit et perspectives d'avenir*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2009; Ron LEVI, Mariana VALVERDE, « Freedom of the City: Canadian Cities and the Quest for Governmental Status » (2006) 44 *Osgoode Hall LJ*, 409; Mary Louise MCALLISTER, *Governing Ourselves? The Politics of Canadian Communities*, Vancouver, UBC Press, 2004.

²⁵³ John Beverly ROBINSON, *Canada and the Canada Bill*, London, Hutchard, 1840, p. 81 cité dans Jacques L'HEUREUX, (1979), « Les premières institutions municipales au Québec ou machines à taxer » (1979) *C de D*, 20 (1-2), 331, p. 339. Voir notre partie 1.1.2.

²⁵⁴ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise VÉZINA, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, p. 203 à 204, par. 04.

Pour sa part, le *self-government* municipal ne peut se réduire à une créature politique générée par l'activité législative d'un ordre de gouvernement supérieur, mais se définit avant tout comme étant le fruit d'une culture démocratique s'enracinant dans des principes pré-fédératifs autonomes résultant de l'évolution historique d'un pays et en constitue l'un de ses fondements. En somme, le *self-government* se définit par sa capacité d'auto-détermination ayant permis son émergence. À ce sujet, l'auteur McQuillin expose en ces termes ce qui caractérise le *self-government* américain :

*(...) it becomes manifest that local self-government of the municipality does not spring from, nor exist by virtue of, written constitutions; that it is not a mere privilege, conferred by the central authority, but that the people in each municipality exercise their franchises under the protection of the fundamental principles just indicated, which were not questioned or doubted when the state constitutions were adopted, and which, in the opinion of eminent American jurists, publicists, political scientists and statesman, no power in the state, apart from the people themselves, can legally disregard. Such conclusion is inevitable when it is considered, first, that a system of local government thoroughly understood and reasonably uniform in character existed from the earliest settlement of the colonies, and second, that the liberties of the people have always arisen from, and depended upon, that system, which system, it is fair to presume, was taken into account, and the principles thereof incorporated by implication into the state constitutions.*²⁵⁵

À la lumière de ces propos, les municipalités canadiennes et québécoises ne sauraient être qualifiées de *self-government*, car celles-ci sont uniquement le fruit de l'action du législateur et n'ont jamais connu, contrairement aux municipalités américaines ou britanniques, une véritable existence démocratique indépendante et « pré-législative ».

²⁵⁵ Eugene McQUILLIN, *Municipal corporations*, vol.1, 3rd Ed, Mundelein, Illinois, Callaghan & Company, 1971, p. 44. Il est à noter que l'auteur ajoute, entre parenthèses, que dans la plupart des États, en l'absence d'une disposition constitutionnelle précise, on ne peut parler d'un droit inhérent *au self-government*. Dès lors, en droit positif, bien qu'ayant émergé de selon un processus historique autonome, le local self-government demeure soumis au pouvoir législatif de l'État.

Dès lors, nous sommes en droit de nous questionner sur la notion de gouvernement local développée dans certains arrêts de la Cour suprême, notamment celle exposée dans la dissidence de la juge McLachlin dans le cadre de l'arrêt *Shell*²⁵⁶. En effet, cette dissidence, qui fait encore florès de nos jours, repose non seulement sur une conception forte de la démocratie municipale, mais conçoit la municipalité comme un gouvernement dont le mandat et la nature semblent parfois aller bien au-delà des simples pouvoirs qui lui ont été délégués par la loi.

Cela explique notamment les références aux notions de « conscience collective », de « fonctions légitimes d'une municipalité » et de « sentiment d'identité et de fierté collectives »²⁵⁷. Toutefois, ainsi que notre partie historique l'a clairement mise en évidence, la notion de gouvernement municipal s'est avant tout développée comme outil de gestion territorial tributaire des seules lois l'ayant encadrée, et ce, aux fins d'un mandat local déterminé et non comme un *self-government* incarnant les aspirations sociales et identitaires de la population.

Bien sûr, l'histoire juridique ne saurait servir de carcan à la nécessaire évolution des municipalités, mais il ne faudrait pas non plus développer une conception de la municipalité qui fait fi de son histoire et de sa nature subordonnée. De plus, n'oublions pas que le caractère démocratique d'une décision ou d'un règlement ne saurait à lui seul tout justifier. En effet, comme le souligne monsieur le juge Sopinka au nom d'une Cour suprême majoritaire, vouloir faire du processus électoral le seul recours possible des

²⁵⁶ *Produits Shell Canada inc. c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231.

²⁵⁷ *Ibid*, p. 251-252.

citoyens dissidents reviendrait à dépouiller les citoyens minoritaires de leurs droits au profit de la majorité²⁵⁸.

Ainsi que le souligne un auteur, les risques d'abus de pouvoir engendrés par le contrôle de la majorité au détriment de la minorité sont plus susceptibles de se produire dans les municipalités plus petites au sein desquelles les conseillers élus reflètent souvent une majorité homogène²⁵⁹. En somme, bien que nécessaire et très souvent salutaire, l'activité démocratique ne saurait constituer une panacée et doit parfois être contrôlée ou sanctionnée, tant sur le plan de la légalité que sur le plan délictuel, par l'institution judiciaire.

À notre avis, c'est dans cette perspective que s'inscrit l'interprétation rigoriste à laquelle ont souscrit à l'unanimité l'ensemble des juges de la Cour dans *Greenbaum*²⁶⁰, manifestant ainsi une volonté de protéger les droits des petits commerçants dans un contexte pénal. C'est également la raison pour laquelle les juges majoritaires ont sanctionné la décision de la municipalité dans *Shell*.

En outre, dans ce dernier arrêt, la Cour était profondément divisée principalement en raison d'un enjeu politique qui revêtait avant tout une dimension hautement morale. En

²⁵⁸ Ibid, p. 274. Voir également: Hoi KONG, « Something to talk about: regulation and justification in Canadian municipal law » (2010) Osgoode Hall LJ, 48, Number ¾, 499, p. 518.

²⁵⁹ Hoi KONG, « The deliberative city » (2010) 28 Windsor Y B Access Just, 411, p. 421. Cet auteur considère notamment que les conseils de quartier, par exemple ceux de la ville de Québec, peuvent constituer un moyen favorisant la participation citoyenne ainsi qu'une solution partielle face au danger d'abus de pouvoir des conseils municipaux. Bien que cette solution ne soit pas dénuée d'intérêt, nous sommes cependant d'avis que le risque d'abus pour la minorité citoyenne n'en demeure pas moins présent en raison du fait que les conseils de quartier ne possèdent que des moyens forts restreints se limitant à pouvoir tenir des processus de consultation et à donner des avis au conseil municipal ou au comité exécutif. Il nous faut souligner que la municipalité est parfois obligée, par la loi, de consulter les conseils de quartier, mais ultimement c'est le conseil municipal qui possède le pouvoir décisionnel, et ce, même s'il est vrai que plusieurs recommandations des conseils de quartier ont souvent été suivies.

²⁶⁰ R c. *Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674.

effet, la question au cœur du débat dans *Shell* était non seulement économique et juridictionnelle, mais surtout de nature éthique à l'égard de l'apartheid. C'est lors de tels enjeux que la question de la nature des municipalités acquiert une dimension qui transcende les simples questions de gestion des ressources et d'administration territoriale et que se pose le rôle et la raison d'être des municipalités au sein de l'ordre politique canadien.

On peut conclure qu'à partir de l'arrêt *Shell*, il y a véritablement eu une volonté de la Cour suprême d'asseoir la légitimité démocratique de ce que la Cour appelle les gouvernements municipaux. Or, rappelons-le, tant en droit administratif qu'en droit constitutionnel, la notion de gouvernement signifie la Couronne, c'est-à-dire « *the sovereign acting in a public or official capacity* »²⁶¹.

Il faut donc comprendre que c'est en un sens politique et général qu'une municipalité peut être qualifiée de gouvernement. Toutefois, ainsi que nous l'avons notamment vu dans l'arrêt *Godbout*²⁶², la notion de gouvernement ou d'action gouvernementale a été élargie en raison de l'interprétation généreuse dont bénéficie la *Charte canadienne des droits et libertés*. On peut cependant noter que dans ses premières analyses de l'article 32 de la *Charte canadienne*, la Cour suprême désigne encore le terme « gouvernement » comme étant « *le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial* »²⁶³.

²⁶¹ William WADE, Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, Eleventh Edition, Oxford University Press, 2014, p. 798; Art. 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, R.-U., 30 & 31 Vict., c. 3, L.R.C. 1985, app. II; *R. c. Desrosiers*, (1908) 41 R.C.S. 71, p. 76; *King v. Bradley*, [1941] R.C.S. 270; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; Patrice GARANT, *Droit administratif*, éditions Yvon Blais, 7^e édition, Montréal, 2017, p. 28-29; Frederic William MAITLAND, *The Crown as Corporation*, (1901) 17 Law Q Rev 131, p. 134. Aux fins de notre analyse, il est inutile d'aborder l'épineuse question de la nature morale de la Couronne comme « sole corporation » ou comme « *corporation aggregate together with ministers and government departments* ».

²⁶² *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, p. 881.

²⁶³ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 598.

À ce stade de notre analyse, sans prétendre apporter une réponse définitive à la question de la nature et du rôle de la municipalité, nous pouvons néanmoins conclure que la jurisprudence a peut-être parfois fait preuve d'une certaine audace en mettant l'accent sur la nature démocratique de la municipalité à titre de gouvernement. Ce constat appelle les remarques suivantes à propos de la notion de « gouvernement de proximité » utilisée dans le projet de loi 122, lequel était un projet de loi omnibus dont les dispositions ont depuis été adoptées dans différentes lois municipales²⁶⁴.

Le terme gouvernement renvoie au concept de Couronne, et ce, avec les immunités et prérogatives que cela implique, telles que l'immunité contre les mesures provisionnelles²⁶⁵, l'immunité fiscale²⁶⁶ ou encore le principe selon lequel un ministre peut contracter en tout temps au nom du gouvernement sans être expressément autorisé par la loi²⁶⁷. En outre, le gouvernement peut même être lié par un fonctionnaire en vertu du mandat apparent ou de la règle de la délégation implicite²⁶⁸. Or, tous ces principes, prérogatives et privilèges ne sont aucunement applicables à une municipalité qui ne peut agir et être liée que par l'adoption d'une résolution ou d'un règlement²⁶⁹. Force est de constater que le terme gouvernement n'est peut-être pas des plus souhaitables pour définir la municipalité d'un point de vue juridique.

²⁶⁴ *Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs*, Projet de loi no 122, 2017, chapitre 13, 1^{er} session, 41^e législature.

²⁶⁵ Art. 81 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

²⁶⁶ Art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, R.-U., 30 & 31 Vict., c. 3, L.R.C. 1985, app. II.

²⁶⁷ *J. E. Verreault & Fils Ltée c. P.G. Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41.

²⁶⁸ *Banque de Montréal c. P.G. Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565.

²⁶⁹ *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 53.

Qui plus est, les arguments reposant sur la nature démocratique des municipalités doivent, selon nous, être atténués par le fait que seule la démocratie parlementaire bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle comme expression d'une volonté souveraine du peuple dans le respect des identités culturelles et collectives²⁷⁰. En outre, les droits démocratiques protégés par les articles 3 et 4 de la *Charte canadienne*, parmi lesquels sont inscrits le droit de vote et le mandat électif maximal aux assemblées, ne s'appliquent qu'aux seules institutions législatives provinciales et fédérale, mais aucunement aux municipalités²⁷¹. Par conséquent, il convient de redoubler de prudence lorsque l'on veut définir correctement la nature et l'étendue de la municipalité comme démocratie locale.

Cette prudence est encore plus de mise depuis l'arrêt *Cité de Toronto*²⁷² dans lequel la Cour suprême réitéra non seulement que les municipalités ne possédaient aucun statut constitutionnel, mais confirma que la réduction de la taille du conseil de ville ne pouvait être contestée sur le fondement de l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison du fait que cette dernière disposition de s'appliquait qu'aux élections provinciales et fédérales, mais était inapplicable aux élections municipales²⁷³. En outre, la Cour se dit d'avis que le principe structurel de la démocratie ne peut être appliqué de façon à étendre la portée de l'article 3 aux élections municipales, et ce, notamment en raison du fait que les principes structurels ne peuvent servir à justifier l'invalidité de mesures législatives²⁷⁴. Cet arrêt sera ultérieurement examiné plus en détail.

²⁷⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 64 à 66.

²⁷¹ *Richmond (County) v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2016 NSCA 11, par. 40.

²⁷² *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34.

²⁷³ *Ibid*, par. 45-81-82.

²⁷⁴ *Ibid*, par. 78-81. Il est à noter que les juges minoritaires sont cependant d'avis que la réduction du conseil de ville viole la liberté d'expression consacrée par l'article 2 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison du fait que cette réduction empêche particulièrement d'engager une discussion politique dans le

Conclusion de la Partie I

Au terme de cette partie, nous avons examiné les principes qui fondent la nature et les fonctions de l'institution municipale canadienne et, plus spécifiquement, québécoise. En outre, nous avons démontré que les prétentions à un *self-government* ne peuvent constituer le fondement d'une démocratie municipale et que la notion même de gouvernement municipal est difficilement défendable en droit public canadien. Ainsi, malgré l'exercice de fonctions réglementaires à titre d'autorité politique, fiscale, de pourvoyeurs des services publics, de planificateur urbain et parfois d'autorité coercitive, la municipalité n'en demeure pas moins une créature du législateur. D'autre part, bien que lieu d'expression démocratique, la municipalité ne peut être considérée, d'un point de vue strictement juridique, comme étant l'assise première du système de gouvernement représentatif, laquelle assise est incarnée par le parlementarisme canadien²⁷⁵.

Pourtant, tout au long de notre examen jurisprudentiel sur la nature de la municipalité, nous avons pu constater à quel point le caractère démocratique et légitime des décisions municipales a servi de fondement à une autonomie de plus en plus grande de l'institution municipale. Comment expliquer cette émancipation de la municipalité conçue comme un véritable gouvernement, ainsi que la volonté d'occulter le fait qu'elle demeure une créature, alors qu'une telle conception ne s'enracine dans aucun véritable principe de droit administratif ou constitutionnel?

cadre d'un processus électoral (par. 157). Les juges majoritaires ont refusé de reconnaître la violation à la liberté d'expression, car ils considéraient que les élections sont une tribune d'origine législative et que la revendication constituait donc un droit positif non protégé par la liberté d'expression qui ne protège en principe que les droits négatifs contre les interventions étatiques attentatoires (par. 33 à 35).

²⁷⁵ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 65.

Par ailleurs, une reconnaissance accrue de l'autonomie municipale doit-elle avoir comme corollaire nécessaire une responsabilité juridique plus limitée inversement proportionnelle à la portée de ses actes politiques et qui, sous couvert d'une plus grande légitimité démocratique, se verrait accorder une immunité couvrant de tels actes? Quelle responsabilité civile est appelée à avoir le conseil municipal à titre d'âme dirigeante de la municipalité? En effet, sachant que le conseil municipal est au cœur du processus décisionnel et des choix politiques qui en découlent, dans quelle mesure peut-on parler de responsabilité civile de la municipalité dans ses fonctions réglementaires, alors que cette dernière ne peut avoir d'intention distincte de ses conseillers²⁷⁶? Doit-on alors faire la preuve qu'une majorité de conseillers étaient de mauvaise foi, si l'on veut faire échec à l'immunité? Et, surtout, quels sont les actes municipaux qui devraient bénéficier d'une immunité, et ce, en vertu de quel fondement? En outre, quelle est la nature de cette immunité appliquée aux décisions municipales et quelle en est l'origine? Voilà les questions qui constitueront les principaux fils directeurs qui nous guideront dans le cadre des prochains chapitres qui porteront sur les principes de la responsabilité extracontractuelle des autorités publiques en *common law* et en droit civil et leur application aux municipalités québécoises.

²⁷⁶ *Entreprises Sibeca inc. c. Frelighsburg*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 35.

PARTIE II – ORIGINE ET ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ DES AUTORITÉS PUBLIQUES EN DROIT BRITANNIQUE

Les municipalités étant des personnes morales de droit public, les tribunaux ont traditionnellement examiné la responsabilité de ces dernières à travers le prisme des principes du droit public, lesquels s’inscrivent dans le cadre traditionnel de la common law britannique. En effet, bien que la common law fut historiquement réticente à reconnaître la *summa divisio* droit public/droit privé²⁷⁷, force est de constater que celle-ci a su développer, au fil du temps, un ensemble de principes jurisprudentiels, législatifs et doctrinaux, qui sont aujourd’hui propres aux autorités publiques. Toutefois, comme le font remarquer Wade et Forsyth, cette distinction ne s’est pas faite sans heurt, notamment lorsque les tribunaux appliquent aux autorités publiques des réparations issues du droit privé²⁷⁸.

À l’instar de l’ensemble des autorités publiques québécoises, telles que les commissions scolaires, les autorités réglementaires ou les sociétés d’État, les principes de la responsabilité extracontractuelle des municipalités québécoises sont le fruit d’une lente, et parfois confuse, évolution historique. En effet, comme nous le verrons, les principes de common law ont lourdement pesé sur le développement des concepts d’imputabilité des personnes morales de droit public. Ainsi, bien que la responsabilité des municipalités québécoises prenne partiellement ancrage dans le droit civil d’origine française, plusieurs principes de common law, tel que celui du « *tort of negligence* », sont souvent venus se

²⁷⁷ *Laurentides Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 741.

²⁷⁸ William WADE, Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, Eleventh Edition, Oxford University Press, 2014, p. 568 et suivantes.

greffer à ceux de faute, de causalité et de préjudice. Par conséquent, un détour par la common law britannique s'avère nécessaire.

2.1 La notion d'immunité en droit public

Il est d'abord important de rappeler que la responsabilité de la Couronne ne fait pas l'objet de notre étude. Cette précision s'impose en raison du fait que les principes applicables à la Couronne et à ses mandataires diffèrent de ceux applicables aux autorités publiques ne bénéficiant pas des immunités de cette dernière. Sans procéder à un examen approfondi de celles-ci, mentionnons seulement que la Couronne et ses mandataires ont longtemps bénéficié d'une immunité civile historique qui, bien que restreinte, demeure encore applicable et que l'on exprime par la maxime *The King can do no wrong*. Ainsi, l'immunité de la Couronne ayant constitué la plus ancienne forme d'immunité en droit administratif, l'étude de cette dernière demeure pertinente en ce que les principes conçus en cette matière ont parfois inspiré les immunités développées aux fins des actes de puissance publique exercés par les autres autorités publiques et notamment les municipalités. Pour cette raison, nous procéderons à un bref examen des immunités de la Couronne.

2.1.1 Le caractère distinctif de l'immunité de la Couronne

Ayant comme assise le précepte médiéval selon lequel un seigneur ne pouvait être poursuivi devant ses propres tribunaux²⁷⁹, l'adage *The King can do no wrong* ne signifiait toutefois pas que le Souverain n'avait aucune obligation en cas de dommage causé à l'un de ses sujets. À cet égard, il est à noter qu'à l'origine cet adage n'était pas en soi rattaché

²⁷⁹ D. Park JAMIESON, « Proceedings by and against the Crown » (1948) 26 Can. B.R. 373, p. 374.

à l'existence d'une immunité, mais plutôt aux qualités morales du Souverain qui ne devait causer aucun préjudice à ses sujets²⁸⁰. Ainsi que le soulignent encore aujourd'hui les auteurs Wade et Forsyth, cette maxime constituait une limite au pouvoir royal plutôt qu'une immunité formelle :

*The maxim that the king can do no wrong does not in fact have much to do with this procedural immunity. Its meaning is rather that the king has no legal power to do wrong. His legal position, the powers and prerogatives which distinguish him from an ordinary subject, is given to him by the law, and the law gives him no authority to transgress.*²⁸¹

Au cours du XIII^e siècle, on vit apparaître la pétition de droit (*petition of right*) en vertu de laquelle tout sujet alléguant avoir subi un préjudice causé par le Roi pouvait s'adresser à ce dernier afin de lui demander de se soumettre au droit comme tout autre sujet du royaume²⁸². Le Roi pouvait alors mandater des officiers afin de déterminer s'il était approprié, eu égard aux faits, de soumettre la demande à la Cour du Roi²⁸³. Ainsi, sur avis des officiers mandatés par le Roi, ce dernier avait la discrétion de se soumettre, selon sa bonne volonté, à la compétence de ses propres tribunaux.

Compte tenu du fait que le Canada fut historiquement soumis aux autorités britanniques, les immunités et les principes propres à la Couronne y furent reconnus après la Conquête. Le Parlement britannique conserva toutefois le pouvoir d'y apporter certaines

²⁸⁰ Peter HOGG, Patrick J. MONAHAN, Wade K WRIGHT, *Liability of the Crown*, Carswell, Toronto, 4th edition, 2011, p. 5 citant L. EHRLICH, *Proceedings against the Crown (1216-1277)*, in Vinogradoff (ed.), *Oxford Studies in Social and Legal History* (1921).

²⁸¹ William WADE, Christopher FORSYTH, *Administrative law*, eleventh edition, Oxford University Press, 2014 p. 800.

²⁸² Peter HOGG, Patrick J. MONAHAN, Wade K WRIGHT, *Liability of the Crown*, Carswell, Toronto, 4th edition, 2011, p. 5 citant L. EHRLICH, *Proceedings against the Crown (1216-1277)*, in Vinogradoff (ed.), *Oxford Studies in Social and Legal History* (1921).

²⁸³ René DUSSAULT, Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e édition, Tome III, Québec, P.U.L., 1989, p. 706.

modifications²⁸⁴. En outre, ce principe ainsi que la pétition de droit furent très tôt reconnus au Québec²⁸⁵.

Pour sa part, comme nous le verrons sous peu, la question de la responsabilité extracontractuelle des autorités publiques, distincte des immunités de la Couronne, a connu une évolution un peu plus sinieuse qui fut souvent ponctuée par des changements jurisprudentiels imprévisibles. À vrai dire, cette responsabilité est intimement liée à la notion de *tort of negligence* qui connut pendant longtemps des revirements jurisprudentiels tributaires des différentes conceptions sociales et économiques qui eurent parfois un ascendant non négligeable sur la jurisprudence en cette matière. Il est d'autant plus important de comprendre la notion de *tort* en raison du fait que celle-ci sera ultérieurement considérée par les tribunaux comme étant incompatible avec certains actes de puissance publique, et ce, en raison de son appartenance au droit privé.

2.2 L'origine et l'évolution des principes contemporains du *tort of negligence*

La notion de « *tort* » constitue une étape majeure dans l'évolution de l'immunité des autorités publiques en raison du fait que celle-ci viendra, après la seconde moitié du 20^e siècle, influencer le développement de la notion de « *policy* ». D'emblée, mentionnons que la notion de « *tort* » est en soi difficile à cerner. À cet égard, les auteurs Bélanger-Hardy et Boivin font remarquer que les auteurs Prosser et Keeton ont répertorié plus d'une douzaine de définitions du « *tort* » sans qu'aucune d'entre elles n'ait pu faire consensus

²⁸⁴ *Campbell v Hall*, (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045, p. 1048.

²⁸⁵ René DUSSAULT, Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2e édition, Tome III, Québec, P.U.L., 1989, p. 716; *Monk c. Ouimet*, (1874) 10 L.C. Q.B. 71, p. 73; *Acte concernant la pétition de droit*, S.Q. 46 Vict., ch. 27; *Code de procédure civile du Bas-Canada*, (S.B.-C. 1866, ch. 25). L'article 1011 fut intégré lors de la refonte de 1888, S.R.Q. 1888, a. 5976.

entre les différents auteurs²⁸⁶. Pour leur part, les auteurs Goldberg et Zipursky mentionnent que le mot « *tort* » est dérivé du latin *tortus*, signifiant ce qui est tordu ou de travers, et que cette notion fut très tôt rattachée à une conduite morale répréhensive où une personne cause un tort à une autre²⁸⁷.

En outre, le droit des *torts*, que l'on peut traduire en français par « droit des délits », peut être généralement défini comme « *un regroupement non exhaustif d'arguments juridiques qui servent à allouer les risques associés à la vie en société* »²⁸⁸. Tout en reconnaissant la difficulté de résumer les principes propres au droit des *torts*, un auteur de la fin du XIX^e siècle définissait néanmoins le *tort of negligence* en ces termes : « *it is the breach of a legal duty to take care by an inadvertent act or omission which injures another person* »²⁸⁹. Ce même auteur souligne toutefois la confusion, et l'exaspération du corps professoral, à l'égard du manque de cohérence des tribunaux en ce qui a trait à la qualification des causes d'action²⁹⁰.

Étant un droit essentiellement jurisprudentiel et empirique, le développement du *tort of negligence*, lequel correspond à la responsabilité civile extracontractuelle, est ainsi le fruit d'une lente et sinueuse évolution. En effet, avant le XIX^e siècle, les principaux *torts* étaient tributaires de l'existence procédurale de brefs (*writs*) qui sanctionnaient et

²⁸⁶ Louise BÉLANGER-HARDY, Denis BOIVIN, *La responsabilité délictuelle en common law*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005, p. 4 citant W. PAGE KEETON, dir., *Prosser and Keeton on Torts*, 5^e éd., St-Paul (Minnesota), West Publishing Co., 1984, p. 1 à 4.

²⁸⁷ JOHN C. P. GOLDBERG & BENJAMIN C. ZIPURSKY, « Tort Law and Moral Luck » (2007) 92 : Number 6 Cornell L Rev 1123, p. 1023-1024.

²⁸⁸ Louise BÉLANGER-HARDY, Denis BOIVIN, *La responsabilité délictuelle en common law*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005, p. 4.

²⁸⁹ PERCY HENRY., WINDFIELD, « The History of Negligence in the law of Torts », (1926) 42 *The Law Quarterly R.* 184.

²⁹⁰ *Ibid*, p. 197 : « *The action on the case has been the life-blood of the English law of torts, but it is calculated to make any professor of jurisprudence desperate* ».

donnaient lieu à des réparations soit pour une atteinte directe aux biens ou à la personne (*trespass*), soit pour une atteinte circonstancielle (*trespass on the case*), également aux biens ou à la personne²⁹¹.

Par ailleurs, jusqu'au début du XIX^e siècle, la notion de *tort* était avant tout déterminée au regard du préjudice causé et du lien causal plutôt que par rapport à la faute du défendeur²⁹². En outre, le rôle de l'État en matière de responsabilité et d'intérêt public fut longtemps limité. À ce sujet, le réputé Oliver Wendell Holmes exposait en ces termes ce qu'il considérait être les fondements du droit des *torts* :

« The general principle of our law is that loss from accident must lie where it falls, and this principle is not affected by the fact that a human being is the instrument of misfortune. (...) »

*The State might conceivably make itself a mutual insurance company against accidents, and distribute the burden of its citizens' mishaps among all its members (...). The State does none of these things, however, and the prevailing view is that its cumbrous and expensive machinery ought not to be set in motion unless some clear benefit is to be derived from disturbing the status quo. State interference is an evil, where it cannot be shown to be a good. Universal insurance, if desired, can be better and more cheaply accomplished by private enterprise. (...) Unless my act is of a nature to threaten others, unless under the circumstances a prudent man would have foreseen the possibility of harm, it is no more justifiable to make me indemnify my neighbor against the consequences, than to make me do the same thing if I had fallen upon him in a fit, or to compel me to insure him against lightning».*²⁹³ (Nous soulignons)

La conception de Holmes est manifestement empreinte d'une forte tradition libérale, voire « libertarienne », où chacun est responsable de ses propres décisions, mais aussi des

²⁹¹ Louise BÉLANGER-HARDY, Denis BOIVIN, *La responsabilité délictuelle en common law*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005, p. 112. Il est à noter que le *trespass* sanctionnant l'atteinte directe se déclinait en trois types particuliers, à savoir le *trespass vi et armis et contra pacem regis* pour les atteintes à la personne, le *trespass de bonis asportatis* pour les atteintes aux biens personnels et, finalement, le *trespass quare clausum fregit* concernant les biens réels.

²⁹² Ibid, p. 118-119. *Leame v. Bray*, (1803) 3 East 593, 102 E.R. 724 (B.R.).

²⁹³ Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown & Co., 1881, p. 94 à 96.

revers et accidents propres à toute vie²⁹⁴. Cette conception, développée vers la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, accorde ainsi un rôle fort limité à l'État. Ce principe est encore aujourd'hui répandu et discuté par la doctrine et est surtout abordé d'un point de vue où prédomine le droit privé²⁹⁵.

Bien que cette conception, au demeurant fort légitime, soit en adéquation avec les principes d'une responsabilisation eu égard aux choix de chacun, cette conception semble néanmoins réduire la vie en société à la sommation des intérêts individuels de chacun sur une base strictement singulière où la dimension collective est occultée, pour ne pas dire évincée. Nous reviendrons ultérieurement sur ces considérations, mais, pour l'instant, il suffit de prendre acte de la conception individualiste qui fonde les principes naissants du droit des *torts*.

Enfin, soulignons à nouveau que, contrairement au droit de la responsabilité civile qui est régie par des principes généraux et uniformes, le droit des *torts* préconise une approche empirique qui, encore à ce jour, est tributaire des différents délits reprochés²⁹⁶. Ces principes généraux ayant été posés, nous pouvons maintenant procéder à l'examen de l'origine et de l'évolution des principes jurisprudentiels du *tort of negligence* en droit public anglais, lesquels principes sont primordiaux à la compréhension de la responsabilité des autorités publiques en droit canadien et québécois.

²⁹⁴ Arthur RIPSTEIN, « Tort Law in a Liberal State », (2007) 1:2 Journal of Tort Law, p. 8.

²⁹⁵ Ibid; Gregory C. Keating, *The idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability*, 95 MICH. L. REV. 1266 (1997); Arthur Ripstein, « The Division of Responsibility and the Law of Tort » (2004) 72 FORDHAM L. REV. 1811.

²⁹⁶ Allen M. LINDEN, Lewis N. KLAR, Bruce FELDTHUSEN, *Canadian Tort Law : Cases, Notes & Materials*, 14th edition, Butterworths / LexisNexis, 2014.

2.2.1 La responsabilité des autorités publiques : une obligation fluctuante

Pendant longtemps, l'application des principes de common law relatifs aux personnes morales de droit public était ambiguë, et ce, même si la responsabilité de ces dernières pouvait en principe être reconnue. En effet, depuis 1866, la Chambre des Lords avait reconnu qu'une autorité publique, à l'exclusion de la Couronne, était soumise aux mêmes obligations que les particuliers. C'est ainsi que dans une affaire où un navire s'était abîmé en raison de la négligence dont l'autorité portuaire avait fait preuve en ayant omis d'assurer la sécurité de la voie maritime, la Chambre des lords refusa d'accorder une quelconque immunité à l'autorité en question :

[...] the legislature intends that the body, the creature of the statute, shall have the same duties, and that its funds shall be subject to the same liabilities, as the general law would impose on a private person doing the same thing.²⁹⁷

Les autorités portuaires avaient invoqué un principe en vertu duquel une personne agissant à des fins publiques ne pouvait être tenue responsable pour les dommages causés dans l'exercice de son devoir public et que sa responsabilité se limitait à un devoir de prudence dans le choix de ses officiers, lesquels devaient seuls être tenus responsables du dommage²⁹⁸. En rejetant cette approche, la Chambre des lords confirmait le principe énoncé dans certains jugements antérieurs de première instance en vertu duquel l'existence d'une autorisation législative permettant à une personne d'exécuter certaines fonctions ne soustrait pas celle-ci à l'obligation d'agir raisonnablement et avec prudence :

²⁹⁷ *Mersey Docks Trustees v. Gibbs*, (1866) L.R. 1 H.L. 93, (1861-73) All E.R. 394, p. 404.

²⁹⁸ *Ibid.*

But though the legislature has authorised the execution of the works, it does not thereby exempt those authorised to make them from the obligation to use reasonable care, that in making them unnecessary damage be done.²⁹⁹

En outre, il est à noter que la Cour n'a pas cherché à identifier une obligation de prudence résultant explicitement de la loi en question et n'a pas non plus cherché à distinguer entre l'exercice d'un pouvoir et d'un devoir ni à distinguer entre une action ou une omission. Le principe repose donc sur un devoir général de prudence et d'un exercice raisonnable des pouvoirs sans chercher à conférer une quelconque immunité particulière. La conception mise de l'avant par les Lords n'est pas sans rappeler le principe énoncé par Dicey selon lequel la *Rule of law* implique que l'autorité publique soit soumise au même droit commun que tous³⁰⁰. Cette façon de concevoir la responsabilité dans le cadre de pouvoirs et de droits exercés en vertu d'une loi particulière fut notamment réitérée en 1878, dans l'arrêt *Geddis*³⁰¹, ainsi qu'en 1916 dans l'arrêt *Great Central Ry Co*³⁰².

²⁹⁹ Ibid, p. 405. Les arrêts *Brine v. Great Western Rail Co.*, (1862) 2 B & S 402 et *Leader v. Moxon*, (1773) 3 Wn Bl 924 sont notamment cités au soutien de ce principe.

³⁰⁰ Albert Venn DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Tenth edition, Macmillan & co Ltd., London, 1961, p. 202-203.

³⁰¹ *Geddis v. Proprietors of Bann Reservoir*, (1878) 3 App. Cas. 430. Notons que cette affaire portait uniquement sur une question de responsabilité à l'égard d'un acte exercé par l'autorité publique et ne se prononçait pas explicitement sur le principe en vertu duquel une autorité publique ne peut être tenue responsable pour ne pas avoir exercé ses pouvoirs, alors que la loi ne l'y obligeait pas. Toutefois, cet arrêt a très souvent été invoqué comme consacrant le principe général de l'imputabilité des autorités publiques. Sa portée sera néanmoins atténuée dans l'arrêt *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74.

³⁰² *Great Central Ry. Co. v. Hewlett*, [1916] 2 A.C. 511. Soulignons que dans cette dernière affaire, la compagnie ferroviaire accusée d'avoir été négligente en raison du maintien d'un portail et d'un poste à l'entrée de la station ferroviaire, lesquels étaient situés en bordure d'une route d'où ils étaient difficilement visibles, fut reconnue ne pas avoir manqué aux règles de prudence en raison du fait qu'un amendement législatif avait explicitement autorisé la compagnie à maintenir ces ouvrages spécifiques au lieu en question. La loi venait donc créer une exception particulière. Toutefois, Lord Parker of Waddington réitéra le principe général selon lequel les pouvoirs conférés par la loi devaient être exercés de façon raisonnable et prudente sans causer de préjudice à autrui (p. 519).

Ce fut l'affaire *Sheppard*³⁰³ qui ouvrit une première brèche dans la jurisprudence traditionnelle. Bien que rendu par la Cour d'appel, cet arrêt constitue un jalon important en matière de responsabilité des autorités publiques. Les principes qui y sont énoncés seront d'ailleurs repris et étoffés par la Chambre des lords dans l'arrêt *East Suffolk*³⁰⁴, lequel constitue un autre jalon majeur en cette matière.

L'affaire *Sheppard* mettait en cause une municipalité qui, par souci d'économie, avait adopté un « *general order* » en vertu duquel les lampes éclairant les rues devaient être éteintes après vingt et une heures. Or, le soir de Noël, un dénommé Sheppard eut un accident d'automobile en raison de la grande obscurité résultant de l'absence de lumière. En première instance, la Cour conclut que la municipalité avait été négligente en ayant omis d'assurer la présence de lumière sur la route. Toutefois, la Cour d'appel infirma cette décision au motif que la loi ne faisait que conférer un pouvoir discrétionnaire à la municipalité et que cette dernière n'avait donc aucune obligation d'éclairer la rue ou de s'assurer du fonctionnement ou de l'approvisionnement en gaz de la lampe³⁰⁵.

Il est intéressant de souligner que la Cour d'appel, sous la plume de Lord Bankes, réitéra le principe énoncé dans *Geddis*³⁰⁶, à savoir que « *no action will lie for doing that which the Legislature has authorized, if it be done without negligence, although it does occasion damage to any one; but an action does lie for doing that which the Legislature has authorized, if it be done negligently* »³⁰⁷. À partir de ce principe, Lord Bankes fut d'avis qu'un acte négligent aurait été commis si la municipalité avait érigé une lampe à un endroit

³⁰³ *Sheppard v. Glossop Corpn.*, [1921] 3 K.B. 132.

³⁰⁴ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74.

³⁰⁵ *Sheppard v. Glossop Corpn.*, [1921] 3 K.B. 132, p. 143.

³⁰⁶ *Geddis v. Proprietors of Bann Reservoir*, (1878) 3 App. Cas. 430.

³⁰⁷ *Sheppard v. Glossop Corpn.*, [1921] 3 K.B. 132, p. 142-143.

dangereux, tel que le milieu de la route, mais en l'espèce aucune action fautive de cette nature ne pouvait être attribuée à la municipalité. L'honorable Lord fut ainsi d'avis que rien n'obligeait la municipalité à installer des lumières ni à les entretenir et que, par conséquent, la municipalité n'avait commis aucune négligence. Lord Atkin et Lord Scrutton souscrivirent également, dans leurs motifs respectifs, à ce raisonnement³⁰⁸. À cet égard, les motifs de Lord Atkin sont particulièrement instructifs :

But it is under no legal duty to act reasonably in deciding whether it shall exercise its statutory powers or not, or in deciding to what extent, over what particular area, or for what particular time, it shall exercise its powers. If it decides to light any area, its lamps and appliances must be placed and maintained with reasonable care so as to avoid danger to wayfarers or owners or occupiers of adjoining property. If gas or electricity is conducted to the lamps, care must be taken to prevent the gas or electricity from escaping so as to cause damage. There is no duty to exercise the power of lighting at all. Nor, if the local authority do light, are they obliged to light the whole of their district or any particular part of it. They are under no duty to light all dangerous places, or any dangerous place; and if they do light a dangerous place for part of the night, they are not bound to light it during the whole night.³⁰⁹ (Nous soulignons)

Ce raisonnement constitue une atténuation au principe énoncé et réitéré dans les arrêts *Mersey Docks, Great Central Ry. Co* et *Geddis*, selon lequel il existe une obligation générale de prudence qui incombe à toute personne ou autorité publique de se comporter raisonnablement. En effet, le comportement raisonnable dont parle ces arrêts ne faisait aucune distinction entre la décision d'exercer ou non son pouvoir ou encore entre une action ou une omission, mais référait seulement à un devoir général de prudence reposant sur le caractère raisonnable des pouvoirs exercés. D'ailleurs, rappelons que les faits reprochés dans *Mersey Docks* reposaient sur l'omission de ne pas avoir assuré une voie

³⁰⁸ Ibid, p. 149 (Lord Scrutton) et p. 150 (Lord Atkin).

³⁰⁹ Ibid, p. 150.

maritime sécuritaire, c'est-à-dire une forme de *non-feasance* relativement aux pouvoirs conférés. Le principe énoncé dans ce dernier arrêt est donc revu et corrigé à l'aune de la distinction entre, d'une part, l'action fautive des pouvoirs exercés (*misfeasance*) par la municipalité, laquelle action peut engager la responsabilité de cette dernière, et d'autre part, l'omission de ne pas avoir exercé des pouvoirs discrétionnaires (*non-feasance*), laquelle omission n'est pas source de responsabilité³¹⁰. Selon les Lords, l'omission aurait été fautive si la loi avait, en lieu et place des pouvoirs, imposé des devoirs à la municipalité.

La municipalité a donc toujours la discrétion d'agir ou non et ce n'est que si l'exercice de son pouvoir cause en soi un préjudice que celle-ci sera tenue responsable. Dès lors, à moins d'une disposition législative explicite obligeant l'autorité à offrir un service précis, rien n'oblige une autorité à exercer ses pouvoirs, et ce, même pour prévenir un probable préjudice. De plus, si l'autorité agit, par devoir ou par discrétion, sa seule obligation est de le faire raisonnablement sans causer de préjudice. Ainsi, la décision ou non d'exercer le pouvoir n'est soumise à aucun « *reasonable care* », puisque ce dernier n'est applicable qu'à l'exercice du pouvoir une fois la décision prise. Par conséquent, la municipalité demeure toujours libre d'éclairer ou non les rues de sa ville, et ce, que ces rues constituent ou non des endroits dangereux. Ce dernier arrêt confirme donc l'inexistence d'une faute résultant du refus, délibéré ou non, d'une autorité publique d'agir alors que la loi ne l'y oblige pas.

³¹⁰ Traditionnellement, la *common law* distingue la faute d'omission (*Nonfeasance*) de la faute d'exécution. Bien qu'elle était appliquée avec rigueur par les tribunaux, cette distinction faisait cependant déjà l'objet de critique dès le début du 20^e siècle. Pour un examen jurisprudentiel sur les premières applications parfois chaotiques de cette distinction voir l'article du professeur W. Harrison MOORE, « *Misfeasance and Non-Feasance in the liability of public authorities II* » (1914) 30 (4) L.Q. Rev. 415, p. 420.

En somme, l'obligation générale de ne pas être négligent, énoncée dans *Mersey Docks*³¹¹, ne s'applique plus à la prise de décision d'un pouvoir public, sauf mention expresse, mais s'appliquera à certains égards si l'exercice de ce pouvoir cause un préjudice. Cet arrêt a ainsi offert une assise jurisprudentielle ferme à la règle selon laquelle une autorité publique ne peut-être poursuivie pour inaction (*non-feasance*) dans l'exercice de ses pouvoirs publics³¹².

Il serait tentant de voir, dans cette absence d'obligation, la reconnaissance d'une forme de déférence accordée à la municipalité sur le fondement d'une considération de la nature publique de l'autorité concernée. Bien que ce type de considération fut sans doute un élément non négligeable, il faut toutefois garder à l'esprit que, dans sa conception traditionnelle et originelle, la raison d'être du droit des *torts* demeure avant tout de réparer un préjudice causé et non de sanctionner l'exercice de pouvoirs abusifs ou d'instaurer une répartition des risques sociaux. Comme nous l'avons vu, à ses débuts et même encore de nos jours, le droit des *torts* est tributaire d'une certaine conception individualiste des droits et répugne à contraindre un individu à agir moralement d'une certaine façon³¹³. Cette conception « amoral » des *torts* reflète celle exprimée par Oliver Wendell Holmes pour qui l'État n'avait pas à jouer le rôle d'assureur à l'égard des citoyens³¹⁴. Il faudrait donc voir en cette absence d'obligation d'agir, du moins dans ses origines, autant une volonté

³¹¹ *Mersey Docks Trustees v. Gibbs*, (1866) L.R. 1 H.L. 93, (1861-73) All E.R. 394.

³¹² Ce principe avait d'ailleurs parfois été appliqué quelques décennies plus tôt dans les Dominions britanniques. Par exemple, dans l'arrêt canadien *Municipality of Pictou v. Geldert*, [1893] A.C. 524, où le comité judiciaire du Conseil privé cassa la décision de la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse, qui avait condamné une municipalité pour son omission de réparer une route en l'absence d'une obligation statutaire explicite, et rappela qu'en principe une autorité publique ne peut être condamnée pour un tel refus de réparer. Pour une critique de cet arrêt voir W. Harrison MOORE, « Misfeasance and Non-Feasance in the liability of public authorities II » (1914) 30 (4) L.Q. Rev. 415.

³¹³ Lewis N. KLAR, « The Role of fault in policy and negligence law » (1996) 34:1 *Alta L Rev* 36.

³¹⁴ Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown & Co., 1881, p. 95-96.

de non-intervention dans la sphère individuelle qu'une forme de déférence fondée sur l'exercice des pouvoirs publics. Nous verrons cependant que, dans un effort de reconstitution historique, la jurisprudence trouvera parfois en cet arrêt une certaine assise à la notion de « *policy* ».

Par la suite, la Chambre des Lords vint modifier le droit des *torts* en ajoutant un élément qui aura d'importantes conséquences sur la notion d'obligation, et ce, tant en droit privé qu'en droit public. En effet, dans l'arrêt *Donoghue*³¹⁵ rendu en 1932, la Chambre des lords vint parfaire l'édifice du droit des *torts* en énonçant un *duty of care* conçu comme une obligation générale sous-tendant toute action privée en *tort of negligence*. Les principes énoncés dans cet arrêt connaîtront plus tard un vif succès en droit public et auront une incidence sur le développement des immunités en cette matière.

Précisons que cette affaire mettait en cause une dame qui avait consommé une bouteille de bière, achetée par l'un de ses amis, dans laquelle se trouvait un escargot mort. Ayant été malade par la suite et n'ayant pas de recours contre le détaillant en raison du fait que c'était son ami, et non elle-même, qui avait acheté la bière, madame Donoghue poursuivit en *negligence* le fabricant de bière en prétendant que ce dernier avait une obligation de prudence, notamment en matière d'hygiène et de sécurité, dans la préparation et l'embouteillage du produit.

Les Lords majoritaires, Lords Atkin, Thankerton et Macmillan, rédigèrent chacun leurs motifs respectifs, mais ceux de Lord Atkin seront le plus souvent cités par la jurisprudence. Ce dernier aborda la question de la responsabilité à travers le prisme d'une

³¹⁵ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1 (H.L.).

obligation de prudence à l'égard d'autrui, laquelle obligation résulte d'une prévisibilité raisonnable et du lien de proximité du dommage, tout en tentant de déterminer qui est autrui ou plus précisément, selon les termes de Lord Atkin, qui est mon voisin :

You must not injure your neighbour, and the lawyers' question: Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then, in law, is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.³¹⁶

Lord Atkin reprend ainsi le critère de proximité qui avait parfois été utilisé dans certains jugements en droit privé, notamment dans l'affaire *Le Lièvre v. Gould*³¹⁷, et l'intègre fermement au *tort of negligence* à titre de critère général relativement à l'obligation de prudence. En outre, il précise que le lien de proximité ne se limite pas à une dimension strictement physique³¹⁸. Ainsi, l'arrêt *Donoghue* vint affermir les critères de prévisibilité raisonnable et de proximité comme conditions généralement préalables à l'existence et à la naissance d'une obligation de prudence en matière de responsabilité extracontractuelle propre au *tort of negligence*.

Toutefois, ces critères avaient été conçus aux fins d'un litige en droit privé et n'étaient pas encore applicables aux autorités publiques. À cet égard, l'arrêt *East Suffolk*³¹⁹ montre bien le caractère singulier des règles applicables à de telles autorités. Il est à noter qu'en

³¹⁶ Ibid, p. 580.

³¹⁷ *Le Lièvre v. Gould*, [1893] 1Q.B. 491-497.

³¹⁸ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1, p. 581.

³¹⁹ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74, [1940] 4 All ER 527.

raison de l'importance des principes soulevés, cet arrêt fera l'objet d'un important examen par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Laurentides Motels*³²⁰.

L'arrêt *East Suffolk*³²¹ montra en effet que le *tort of negligence* demeurait en grande partie tributaire de la mission publique propre aux autorités auxquelles le Parlement avait conféré certains pouvoirs. Cet arrêt mettait en cause des propriétaires privés dont les terres furent inondées en raison d'une digue qui céda à la suite de marées et de conditions météorologiques exceptionnelles. Le *Catchment Board*, à savoir l'autorité publique qui avait été créée en vertu de la loi afin d'entretenir la digue et la canalisation, mandata alors des ingénieurs et des ouvriers afin de réparer la digue, mais les réparations furent effectuées de façon inappropriée. Or, les conditions météorologiques ne s'améliorèrent guère, de telle sorte que les terres furent inondées pendant 178 jours, les réparations ayant duré, pour leur part, plus de 164 jours. Les propriétaires des terres, parmi lesquels se trouvait monsieur Kent, poursuivirent l'autorité publique en lui reprochant son manque de diligence et sa négligence dans la réparation de l'ouvrage. En outre, la preuve non contestée révéla que la digue aurait pu être réparée en deux semaines plutôt qu'en 164 jours et que non seulement la méthode employée était inappropriée, mais qu'en plus le nombre d'ouvriers était insuffisant.

La Cour de première instance et la Cour d'appel, avec une dissidence de Lord du Parcq, donnèrent gain de cause à monsieur Kent et aux autres propriétaires. Cependant, dans une décision quelque peu surprenante, la Chambre des lords infirma les décisions des instances inférieures. La seule dissidence vint de Lord Atkin. Dans ses motifs, le Viscount

³²⁰ *Laurentides Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

³²¹ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74, [1940] 4 All ER 527.

Simon identifia trois points qui, de l'avis de la majorité, justifiaient le rejet de l'action. Il convient de reproduire *in extenso* les motifs en question, car ceux-ci résument fort bien l'approche préconisée par les autres juges majoritaires. Ces motifs furent énoncés en ces termes :

The problem of law which now arises for solution is by no means an easy one. Its essential elements are these: (i) The appellant board were under no statutory duty to repair the breach, but they had the power to enter upon the land for the purpose of endeavouring to effect such repair, and they did so enter. (ii) It was the original breach in the wall, caused by the act of nature, which produced the flooding of the respondents' land, and it was the operations of the tide which kept it flooded. The efforts of the appellants were directed to abating this damage. (iii) If the appellants had not shown such want of skill in trying to repair the wall, and if they had been served by an adequate and well-trained staff, the gap in the wall would have been closed much sooner than it was, and the flooding would have been more promptly abated. The question is whether, in the above circumstances, the appellants are liable to the respondents in damages to such amount as would represent the net loss to the respondents due to the delay in abating the flood.

[...]

In order that the respondents should succeed in this action, it is necessary that they should establish, not only that the appellants were wanting in care and skill when exercising their statutory powers, but that they inflicted injury and loss upon the respondents by their negligence. (...). In the present case, the damage done by the flooding was not due to the exercise of the appellants' statutory powers at all. It was due to the forces of nature, which the appellants, albeit unskillfully, were endeavouring to counteract.³²² (Nous soulignons)

Ainsi, Viscount Simon fonda d'abord son raisonnement sur la distinction entre l'existence de pouvoirs conférés par la loi, à savoir le *Land Drainage Act*, par rapport à l'absence de devoirs imposés par celle-ci. Deuxièmement, la cause véritable des dommages était l'inondation et non l'action de l'autorité publique. Enfin, et c'est là un point qui reviendra sous la plume des autres Lords, en l'absence de faute initiale de la part de l'autorité publique, la négligence reprochée devait avoir aggravé le dommage ou infligé un

³²² *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74, [1940] 4 All ER 527, p. 530-531.

dommage distinct. À cet égard, Viscount Simon rappelle le principe selon lequel le tort de « *non-feasance* », c'est-à-dire la faute pour inaction, est inapplicable à une autorité exerçant des pouvoirs en vertu d'une loi³²³. Il est d'ailleurs pertinent de souligner que l'action des demandeurs reposait sur la réparation inappropriée du mur ainsi que sur le très long délai dans l'exécution de cette tâche. En somme, c'était une action pour « *misfeasance* », car l'autorité avait décidé d'agir.

Or, de l'avis des Lords, les éléments naturels étaient la seule véritable cause des dommages et la lenteur ainsi que la mauvaise exécution des travaux n'avaient pas créé de dommages distincts ou supplémentaires que ceux déjà causés par les inondations. En outre, les principes énoncés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Sheppard*³²⁴ furent réitérés afin de préciser qu'en l'absence d'un devoir statutaire d'agir, une autorité publique ne peut être tenue responsable par son inaction ou par une action insuffisante ou inappropriée, à moins de démontrer que cette action n'ait créé un nouveau danger ou un nouveau préjudice³²⁵.

De façon similaire, après un examen de la jurisprudence pertinente, Lord Romer arriva à la conclusion qu'à l'instar de l'arrêt *Sheppard*, où la municipalité n'avait aucune obligation statutaire d'éclairer la route et que le danger n'avait pas été le fait de la municipalité, le *Catchment Board* n'avait aucune obligation d'intervenir, mais seulement le pouvoir ou non d'intervenir et que sa seule obligation se limitait à ne pas créer de dommages supplémentaires :

Where a statutory authority is entrusted with a mere power, it cannot be made liable for any damage sustained by a member of the public by reason of a

³²³ Ibid, p. 530.

³²⁴ *Sheppard v. Glossop Corpn.*, [1921] 3 K.B. 132.

³²⁵ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74, [1940] 4 All ER 527, p. 532-533.

failure to exercise that power. If, in the exercise of their discretion, they embark upon an execution of the power, the only duty they owe to any member of the public is not thereby to add to the damages which he would have suffered had they done nothing.³²⁶

Lord Thankerton fut du même avis en affirmant qu'en l'absence d'un devoir imposé par la loi, l'autorité publique ne pouvait être tenue responsable et alla jusqu'à déclarer que le *Catchment Board* aurait pu commencer les travaux et ne jamais les compléter sans être tenu responsable, à moins que cet arrêt des travaux ne soit la cause d'un préjudice ou d'un danger distinct ou supplémentaire³²⁷.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que trois des juges majoritaires, Lord Porter, Viscount Simon et Lord Romer, justifiaient aussi l'absence de responsabilité du *Catchment Board* en raison du fait qu'une autorité publique devrait se voir reconnaître une latitude suffisante dans la gestion d'une crise ou d'un désastre ainsi que de l'effet dissuasif que pourrait engendrer une telle responsabilité sur l'action publique si l'octroi de pouvoirs impliquait une obligation de prudence et de diligence³²⁸. Ces remarques furent cependant laconiques et ne constituaient qu'un *obiter dictum* dans leurs motifs respectifs qui, sur cette question, se contentaient de reprendre les propos du juge dissident de la Cour d'appel, Lord du Parcq, sans véritablement les analyser. Nous verrons que ces questions de « *policy* » deviendront, au cours des décennies suivantes, de plus en plus importantes dans l'analyse de la responsabilité des autorités publiques.

Toutefois, bien que les Lords soient peu loquaces à l'égard des considérations de « *policy* », nous sommes d'avis que la référence explicite à de telles considérations dans

³²⁶ Ibid, p. 543.

³²⁷ Ibid, p. 538.

³²⁸ Ibid, p. 544 et 546.

les motifs de trois Lords sur quatre, lesquels forment la majorité, confère une dimension particulière à la distinction classique entre « pouvoir » et « devoir » qui était exposée dans l'arrêt *Sheppard*. En effet, dans ce dernier arrêt, la distinction en question reposait uniquement sur l'inexistence d'une obligation de prudence dans la décision d'exercer ou non des pouvoirs, où l'obligation de prudence ne prenait naissance que dans l'exécution de ceux-ci, eu égard à un préjudice résultant de cette exécution. Cependant, à aucun moment l'arrêt *Sheppard* ne faisait référence à un quelconque élément de « *policy* », tout au plus pouvait-on y voir une déférence générale à l'égard de l'exercice de pouvoirs publics.

Ainsi, bien que la *ratio decidendi* de l'arrêt *East Suffolk* ne repose pas sur un tel élément de « *policy* », il n'en demeure pas moins que les considérations politiques y sont abordées et qu'elles peuvent être vues comme un indice clair de la volonté du Parlement de conférer aux seules autorités publiques la discrétion de juger et d'évaluer le bien-fondé des décisions impliquant des questions de politiques publiques et, conséquemment, de soustraire ces dernières au regard des tribunaux. En outre, bien que lui-même peu prolix sur cette question, c'est néanmoins en des termes catégoriques que le juge dissident de la Cour d'appel, Lord du Parcq, donna raison au *Catchment Board* :

(...) when Parliament has left it to a public authority to decide which of its powers it shall exercise, and when and to what extent it shall exercise them, there will be some inconvenience in submitting to the subsequent decision of a jury, or judge of fact, the question whether the authority has acted reasonably, a question involving the consideration of matters of policy and sometimes the striking of a just balance between the rival claims of efficiency and thrift.³²⁹ (Nous soulignons)

³²⁹ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1939] 4 All ER 174, (C.A.) p. 184.

Bien que Viscount Simon cite une partie de ce passage dans ses motifs³³⁰, il demeure pour le moins avare de commentaires sur la notion de « *policy* » et, plutôt que de développer sa pensée sur cette dernière notion, il préfère mettre en relation le passage de Lord du Parcq avec les principes de l'arrêt *Geddis*³³¹, où il est dit que les actions autorisées par le Parlement ne peuvent donner lieu à des poursuites, sauf si ces actions sont exercées de façon négligente, ce à quoi l'honorable juge précise qu'une telle négligence exige la preuve que celle-ci ait causé un dommage. Or, comme nous l'avons vu, les Lords majoritaires sont d'avis que la source véritable des dommages est le déchaînement des éléments naturels et non les manquements du *Catchment Board*. En somme, la cause première et véritable des dommages est la nature et, en l'absence d'un devoir statutaire ou d'un préjudice distinct ou additionnel causé par l'autorité publique, cette dernière n'est pas responsable.

La seule voix dissidente fut celle de Lord Atkin qui, rappelons-le, fut à l'époque l'un des juges de la Cour d'appel qui rédigea les principaux motifs dans *Sheppard*. Celui-ci aborda d'entrée de jeu les deux questions essentielles, à savoir l'existence ou non d'un devoir de prudence qui incombe au *Catchment Board* envers les propriétaires et, advenant un tel devoir, l'existence de dommages résultant du manquement à ce devoir³³². Relativement à la question de l'existence du devoir de prudence, Lord Atkin commence par souligner la nécessité de distinguer entre deux devoirs, à savoir un devoir de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose qui est imposé par un texte législatif et, d'autre part,

³³⁰ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527, p. 532.

³³¹ *Geddis v. Proprietors of Bann Reservoir*, (1878) 3 App. Cas. 430.

³³² *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527, p. 533.

un devoir général de se conduire de façon diligente et raisonnable découlant de la *common law*, lequel est généralement applicable aux personnes privées³³³.

À partir de cette distinction, Lord Atkin considère que l'autorité publique, à l'instar de toute personne, avait un devoir de prudence en *common law*, et ce, peu importe qu'un pouvoir soit ou non exercé en vertu d'une loi. À ce propos, l'honorable Lord s'appuie notamment sur les principes énoncés dans les arrêts *Mersey Docks*³³⁴ et *Sheppard*³³⁵, lesquels, selon son interprétation, reconnaissent que tous les actes, y compris ceux exercés en vertu d'une loi, doivent l'être de façon non négligente³³⁶. Ainsi, en vertu de la *common law*, Lord Atkin conçoit le devoir de ne pas causer de préjudice à autrui comme venant se superposer aux devoirs statutaires explicitement imposés par le législateur aux autorités publiques. Dès lors se pose la question de savoir envers qui l'autorité du *Catchment Board* peut être tenue responsable ou, plus précisément, quelles étaient les relations entre le *Catchment Board* et les propriétaires plaignants.

Afin d'apprécier la nature des relations entre l'autorité et les propriétaires, Lord Atkin réfère parcimonieusement aux principes de l'arrêt *Donoghue*³³⁷ et, en tenant compte de la prévisibilité des actions exercées par l'autorité, conclut que celle-ci avait un devoir d'agir de façon non négligente et que les réparations insuffisantes et tardives faites par le *Catchment Board* ont été une source de dommages supplémentaires pour les propriétaires³³⁸.

³³³ Ibid, p. 533.

³³⁴ *Mersey Docks Trustees v. Gibbs*, (1866) L.R. 1 H.L. 93, (1861-73) All E.R. 394, p. 404.

³³⁵ *Sheppard v. Glossop Corpn.*, [1921] 3 K.B. 132.

³³⁶ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527, p. 534-535.

³³⁷ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1 (H.L.).

³³⁸ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527, p. 536-537.

Manifestement, Lord Atkin ne conçoit pas les conditions météorologiques comme étant la seule cause expliquant tous les dommages. Certes, les dommages initiaux furent causés par les éléments naturels, mais les dommages occasionnés par les délais déraisonnables et la négligence du *Catchment Board* ont causé des dommages supplémentaires. Ainsi, contrairement aux Lords majoritaires, Lord Atkin fait reposer son raisonnement sur l'idée que la *common law* s'applique conjointement aux pouvoirs statutaires en matière de responsabilité et que l'exercice de tels pouvoirs, même de nature discrétionnaire, s'accompagne toujours d'un devoir d'agir raisonnablement qui implique le devoir d'empêcher la continuation d'un préjudice dont l'autorité n'est, au départ, pas responsable.

Il est intéressant de souligner que Lord Atkin ne rejette pas le principe selon lequel une autorité publique ne peut être déclarée responsable pour *non-feasance*, mais les principes énoncés par ce dernier semblent plutôt reposer sur l'idée que, dès le moment où l'autorité décide d'agir, elle doit le faire en faisant preuve d'un minimum de diligence. Force est de constater que l'approche de Lord Atkin est pleinement conforme aux principes qu'il avait lui-même énoncés dans l'arrêt *Sheppard* en vertu desquels « *If it decides to light any area, its lamps and appliances must be placed and maintained with reasonable care so as to avoid danger to wayfarers or owners or occupiers of adjoining property* »³³⁹. Ainsi, bien que l'autorité publique ne soit pas dans l'obligation d'exercer ses pouvoirs, dès qu'elle les exerce, elle doit le faire selon un « *reasonable care* ». Il est cependant vrai que l'arrêt *Sheppard* demeurerait ambigu sur la question de savoir si la responsabilité en cas d'exercice du pouvoir exigeait que l'action publique soit elle-même à l'origine du préjudice

³³⁹ *Sheppard v. Glossop Corpn.*, [1921] 3 K.B. 132, p. 153.

ou qu'elle ait aggravé le préjudice initial. En outre, les considérations de « *policy* », auxquelles renvoie Lord Romer, Viscount Simon et Lord Porter, semblent, de l'avis de Lord Atkin, ne pouvoir soustraire une autorité publique à un tel devoir de prudence.

Cependant, la règle fondamentale que la jurisprudence retiendra de cet arrêt est celle formulée par les juges majoritaires, à savoir la distinction entre « pouvoir et devoir » en vertu de laquelle, dans l'exercice de leur pouvoir statutaire, les autorités publiques ne peuvent être tenues responsables que si leur action a été la source d'un préjudice distinct ou supplémentaire et qu'en l'absence d'un devoir explicite les obligeant à intervenir, leur responsabilité ne peut être engagée. Ce dernier arrêt représente le point culminant de la limitation de la responsabilité dans l'exercice d'un pouvoir public. Il faudra ainsi attendre environ une trentaine d'années avant que la Chambre des lords amorce un premier virage concernant les obligations instaurant une nouvelle forme d'imputabilité à l'action des autorités publiques par l'imposition d'un *duty to take care* que la plus haute Cour imposera non seulement aux personnes morales de droit public, mais aussi à Sa Majesté.

À cet égard, il est important de souligner que c'est en 1947, soit environ sept ans après l'arrêt *East Suffolk*, que le Parlement britannique mit fin au principe de l'immunité de la Couronne en adoptant le *Crown Proceedings Act*³⁴⁰, laquelle loi permettait pour la première fois les recours délictuels contre la Couronne³⁴¹, alors que la personne physique du Souverain demeura encore protégée. Le changement fut donc majeur, car à compter de ce jour les recours en matière extracontractuelle contre la Couronne furent autorisés.

³⁴⁰ *The Crown Proceedings Act*, U.K. 1947, ch. 44.

³⁴¹ William WADE & Christopher FORSYTH, *Administrative law*, Eleventh Edition, Oxford University Press, 2014, p. 805.

L'atteinte à ce privilège historique sembla également avoir eu un certain effet d'entraînement sur l'ensemble des personnes morales de droit public. En effet, si Sa Majesté n'était plus protégée contre les recours en responsabilité, les autres autorités publiques devaient, à plus forte raison, être soumises aux principes généraux de la responsabilité, puisqu'elles ne bénéficiaient pas de la même dignité sur le plan hiérarchique et symbolique. Nous examinerons maintenant l'émergence et l'évolution de ce *duty to take care* appliqué aux autorités publiques.

2.2.2 La reconnaissance officielle et l'affermissement du *duty to take care*

Près de quarante ans après l'arrêt *Donoghue*³⁴², l'arrêt *Home office*³⁴³ vint officiellement appliquer l'ensemble des principes de *common law* du *tort of negligence* aux autorités publiques et, plus particulièrement, à une autorité gouvernementale. Dans cette affaire, de jeunes contrevenants qui étaient sous la surveillance de préposés gouvernementaux s'étaient furtivement emparés d'une embarcation nautique et, dans leur fuite, avaient causé des dommages à d'autres embarcations. Or, une telle évasion avait été rendue possible en raison du fait que les surveillants étaient allés se coucher, alors que les jeunes contrevenants étaient sans surveillance. Les propriétaires des embarcations endommagées poursuivirent en responsabilité le *Home Office* qui était le commettant des surveillants en question.

La *Chambre des lords* fut donc appelée à déterminer si le *Home Office* avait une obligation de prudence à l'endroit des demandeurs dont les biens avaient été endommagés. Celle-ci répondit affirmativement à cette question et, ce faisant, vint également innover en

³⁴² *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1.

³⁴³ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294.

matière de *tort of negligence*, et ce, non seulement en appliquant les critères de *Donoghue* aux autorités publiques, mais aussi en examinant des considérations d'intérêt public reposant sur la notion de *public policy*. Les motifs distincts, mais concordants, de Lord Reid et surtout ceux de Lord Diplock furent les plus élaborés et pavèrent la voie à l'arrêt de principe *Anns*³⁴⁴ que nous examinerons sous peu et qui constitue, encore à ce jour, la pierre d'assise de la responsabilité des autorités publiques en droit canadien.

Rappelant les principes énoncés dans les arrêts *Geddis*³⁴⁵ et *Donoghue*³⁴⁶, Lord Reid souligne que tout pouvoir conféré par le Parlement exige que celui-ci soit exercé de façon prudente et diligente (*with due care*) et qu'aucune immunité ne saurait s'appliquer en cas de négligence. Ainsi, l'honorable magistrat énonce que les principes de *Donoghue* constituent une étape marquante et dorénavant incontournable en matière de *tort of negligence* des autorités publiques³⁴⁷. Dès lors, l'existence d'un lien de proximité et d'une prévisibilité du dommage donne dorénavant naissance à une présomption d'obligation de prudence. Toutefois, il précise que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire appelle également une forme de déférence exigeant que la négligence soit flagrante de telle sorte que l'exercice puisse être qualifié de déraisonnable :

But Parliament cannot reasonably be supposed to have licensed those who do such things to act negligently in disregard of the interests of others so as to cause them needless damage.

Where Parliament confers a discretion, the position is not the same. Then there may, and almost certainly will, be errors of judgment in exercising such a discretion and Parliament cannot have intended that members of the public should be entitled to sue in respect of such errors. But there must come a stage when the discretion is exercised so carelessly or unreasonably that there has been no real exercise of the

³⁴⁴ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728, [1978] 2 All ER 492.

³⁴⁵ *Geddis v. Proprietors of Bann Reservoir*, (1878) 3 App. Cas. 430.

³⁴⁶ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1, p. 581.

³⁴⁷ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 297.

discretion which Parliament has conferred. The person purporting to exercise his discretion has acted in abuse or excess of his power. Parliament cannot be supposed to have granted immunity to persons who do that. The present case does not raise that issue because no discretion was given to these borstal officers. They were given orders which they negligently failed to carry out.³⁴⁸

Ainsi, Lord Reid reconnaît que l'exercice d'un pouvoir public ne peut être jugé à la lumière des critères traditionnels de la responsabilité et que des erreurs de jugement peuvent être commises dans l'exercice des pouvoirs conférés sans nécessairement donner lieu à une action en responsabilité. Les titulaires de pouvoirs publics doivent donc bénéficier d'une certaine latitude dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires et seuls des actes déraisonnables pouvant être assimilés à une forme d'excès de pouvoir engageront la responsabilité de l'administration publique³⁴⁹. Or, Lord Reid est d'avis que la décision prise par les gardiens d'aller se coucher alors que les jeunes contrevenants étaient livrés à eux-mêmes était plus que déraisonnable³⁵⁰.

Enfin, Lord Reid aborde la question de savoir si, malgré le fait qu'une action puisse être qualifiée de négligente, il peut parfois exister des motifs de politique publique (*public policy*) qui devraient inciter les tribunaux à accorder une immunité aux autorités publiques dans l'exercice de leurs pouvoirs, et ce, bien que cet exercice ait été déraisonnable. À ce propos, l'honorable Lord renvoie à l'arrêt *Williams v. New York State*³⁵¹, de la Cour d'appel de New York, où cette dernière octroya une immunité à l'État de New York en raison du fait qu'une immixtion judiciaire à l'égard des mesures de *policy* encadrant les conditions de liberté des prisonniers imposerait un fardeau trop lourd aux autorités carcérales et serait

³⁴⁸ Ibid, p. 301.

³⁴⁹ Idem.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ *Williams v. New-York State*, (1955) 127 NE (2d) 545.

susceptible de dissuader et d'entraver ces dernières dans leurs initiatives et leurs fonctions³⁵².

Citant un long extrait de cet arrêt américain, Lord Reid n'en réfute pas moins ces arguments, ainsi que ceux fondés sur les incidences économiques que pourraient avoir des poursuites civiles sur les fonds publics, en invoquant son expérience qu'il exprime en termes plus que lapidaires : « *my experience leads me to believe that Her Majesty's servants are made of sterner stuff* »³⁵³. C'est sur le fondement de cette conviction personnelle que l'honorable Lord clôt l'exposé de ses motifs et écarte du revers de la main les prétentions de politique publique.

Mentionnons que, pour leur part, Lord Morris et Lord Pearson rédigent chacun des motifs fort similaires à ceux de Lord Reid et reconnaissent tous deux que les principes de *Donoghue* s'appliquent à une autorité publique et qu'en l'espèce le *Home Office* avait un devoir de prudence envers les propriétaires d'embarcations endommagées et que, conformément à l'arrêt *Geddis*, lequel reprend les principes de *Mersey Dock*, les préposés du *Home Office* devaient exercer leurs pouvoirs raisonnablement sans causer de préjudice³⁵⁴. En outre, les deux Lords sont également avertis de commentaires sur la notion de *public policy*, Lord Morris affirmant qu'il ne voit aucune raison de reconnaître une quelconque immunité³⁵⁵, alors que Lord Pearson affirme qu'en l'absence de preuve, rien n'indique qu'une méthode ou une mesure de nature politique ait été exercée en l'espèce³⁵⁶.

³⁵² Ibid, p. 550.

³⁵³ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 302.

³⁵⁴ Ibid, p. 305 (Lord Morris) et p. 322 (Lord Pearson).

³⁵⁵ Ibid, p. 309.

³⁵⁶ Ibid, p. 322.

Fort heureusement, les motifs de Lord Diplock seront un peu plus étoffés sur la question de la déférence à accorder aux politiques publiques. D'emblée, ce dernier souligne que la question de déterminer si le *Home Office* avait un devoir de prudence (*duty of care*) d'empêcher une plausible évasion des jeunes contrevenants conduit la Cour à exercer des fonctions qu'il qualifie de « *law-making* », et ce, en raison du fait que l'application des principes de *Donoghue*³⁵⁷ à une autorité publique constitue déjà en soi une décision de *public policy*.³⁵⁸

À ce sujet, il procède à un bref rappel des principes du droit des *torts* en mentionnant que l'une des questions importantes en cette matière concerne la nature de la relation entre la victime et la personne prétendument fautive, laquelle relation est qualifiée en raison de la proximité et de la prévisibilité des conséquences plausibles sur la victime par les actions entreprises par le fautif³⁵⁹. Toutefois, et c'est ici un point sur lequel insiste Lord Diplock, nul n'a l'obligation de venir en aide à qui que ce soit et c'est pour cette raison que la parabole du bon samaritain illustre sans doute une norme morale souhaitable à accomplir, mais dont le refus n'emporte aucune conséquence sur le plan juridique³⁶⁰.

Ces principes étant posés, Lord Diplock reconnaît que le contrôle juridique et physique qu'exerçaient les préposés du *Home Office* sur les jeunes contrevenants, conjugués à la prévisibilité des dommages résultant d'une plausible évasion, constituaient des éléments déterminants dans la relation qui existait entre le *Home Office* et les propriétaires des embarcations endommagées, laquelle relation donnait alors lieu à un

³⁵⁷ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1.

³⁵⁸ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 324.

³⁵⁹ *Ibid*, p. 325.

³⁶⁰ *Ibid*, p. 326.

devoir de prudence incombant au *Home Office*³⁶¹. Cependant, il reste à déterminer la question cruciale visant à savoir si des raisons de politique publique pourraient justifier de ne pas appliquer un tel devoir de prudence à l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions. Lord Diplock procède alors à une analyse approfondie de la question.

Dans un premier temps, celui-ci constate que les responsabilités et pouvoirs confiés au *Home Office* font l'objet de dispositions législatives explicites. En effet, les articles 43, 45 et 47 du *Criminal Justice Act* 1961 conféraient la responsabilité de la détention des jeunes contrevenants au Secrétaire d'État du *Home Office* ainsi que des pouvoirs permettant à ce dernier d'adopter des mesures réglementaires relativement à la gestion du centre de détention, lesquels pouvoirs incluaient également de larges pouvoirs discrétionnaires permettant de déterminer les mesures jugées appropriées aux fins de la détention et des politiques afférentes à la discipline et aux libérations conditionnelles des jeunes contrevenants.

Lord Diplock conclut de l'existence de ces pouvoirs discrétionnaires réglementaires (*rule-making power*) qu'il serait contraire aux principes du droit public de soumettre leur exercice à un devoir de prudence relevant de la responsabilité civile et qu'en cette matière les tribunaux ne peuvent sanctionner que l'invalidité des pouvoirs sur le fondement de la notion d'*ultra vires*³⁶². Il conclut également que l'existence d'une telle discrétion implique nécessairement un risque d'évasion et que tout risque de préjudice résultant d'une évasion serait la conséquence normale inhérente aux choix réglementaires et législatifs³⁶³.

³⁶¹ Ibid, p. 327.

³⁶² Ibid, p. 330.

³⁶³ Ibid.

D'autre part, Lord Diplock souligne que les principes de l'arrêt *Geddis*, lequel repose sur les principes énoncés dans *Mersey Docks*, ne sont pas applicables, car les lois adoptées en matière de construction et de maintien de services ou de travaux sont des lois privées relevant des droits de propriété, alors que la détention d'un individu relève d'une loi criminelle et d'un pouvoir d'intérêt public auxquels on ne peut appliquer les principes usuels de négligence³⁶⁴.

Bien que Lord Diplock ne procède pas à la distinction traditionnelle entre, d'une part, les droits de propriété exercés par l'État et, d'autre part, les pouvoirs coercitifs de puissance publique étatique, c'est-à-dire la distinction historique entre le *Dominium* et l'*Imperium*³⁶⁵, c'est néanmoins cette distinction qui, selon nous, sous-tend une partie substantielle des motifs de l'honorable Lord.

Toutefois, il ajoute un élément crucial, à savoir que dès qu'un acte de puissance publique aura été jugé et déclaré *ultra vires*, celui-ci sera alors susceptible d'engager la responsabilité de l'autorité publique ayant outrepassé sa compétence et abusé de son pouvoir :

It is not the function of the court, for which it would be ill-suited, to substitute its own view of the appropriate means for that of the department or authority by granting a remedy by way of a civil action at law to a private citizen adversely affected by the way in which the discretion has been exercised. Its function is confined in the first instance to deciding whether the act or omission complained of fell within the statutory limits imposed on the department's or authority's discretion. Only if it did not would the court have

³⁶⁴ Ibid, p. 330-331.

³⁶⁵ Comme le faisait remarquer judicieusement le regretté professeur François Chevette, « ces deux fonctions d'un État détenteur d'une part de droits de propriété et d'autre part de la puissance publique même sont vieilles comme le monde et se perdent dans la nuit des temps ». François CHEVETTE, « *Dominium et Imperium : l'État propriétaire et l'État de puissance publique en droit constitutionnel canadien* », Mélanges Jean Pineau, Éditions Thémis, 2003, p. 665;
<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/1866/1332/1/dominium+et+imperium.doc>.

jurisdiction to determine whether or not the act or omission, not being justified by the statute, constituted an actionable infringement of the plaintiff's rights in civil law.³⁶⁶

Dès lors, nous devons conclure que la responsabilité civile sera tributaire du caractère *ultra vires* de l'acte administratif de puissance publique, et ce, tant à l'égard d'une réglementation non conforme à sa loi habilitante, qu'à l'égard de l'acte strictement administratif mettant en œuvre cette réglementation, lorsque celui-ci est contraire au règlement applicable ou aux instructions prescrites³⁶⁷. Il est à noter que Lord Diplock ne fait pas la distinction entre les actes ou les omissions, c'est-à-dire entre le *misfeasance* et le *non-feasance*.

En somme, une négligence dans l'adoption d'une règle de droit ou dans l'exercice d'un pouvoir ou dans sa simple mise en œuvre ne saurait engager la responsabilité de l'autorité, sauf en présence d'un acte qui outrepassa le pouvoir conféré par le Parlement ou l'autorité réglementaire. En outre, s'il est démontré qu'un acte *ultra vires* a été exercé, le demandeur devra alors démontrer qu'il était raisonnablement prévisible que ce dernier acte causerait des dommages aux personnes situées à proximité³⁶⁸. Par conséquent, Lord Diplock reconnaît que les principes de *Donoghue* sont applicables à une autorité publique et aurait laissé au tribunal de première instance la discrétion de déterminer l'existence ou non d'une violation de la loi ou d'un excès de pouvoir.

La seule voix dissidente fut celle de Lord Dilhorne qui, pour sa part, appliqua les principes de l'arrêt *East Suffolk*³⁶⁹. En effet, conformément aux principes énoncés dans cet

³⁶⁶ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 332.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 335.

³⁶⁹ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527.

arrêt, Lord Dilhorne réitéra d'abord la distinction entre pouvoir et devoir en constatant qu'il n'existait aucune disposition législative spécifique imposant au *Home Office* un devoir de prudence³⁷⁰. En outre, à l'instar des motifs énoncés en appel par Lord Denning, il reconnut que la décision d'appliquer ou non un devoir de prudence à une autorité publique relevait d'une question de politique publique, mais contrairement à ce dernier, il fut d'avis qu'il ne revenait pas à la fonction judiciaire de modifier la *common law* de façon à imposer aux autorités publiques un tel devoir de prudence³⁷¹.

Au moins deux points majeurs et nouveaux ressortent de cet arrêt. Le premier est la reconnaissance et l'application intégrale et officielle des principes du *tort of negligence* de droit privé aux autorités publiques. Le second point concerne la modulation de ces principes dans la sphère publique par l'utilisation des notions de *public policy* et d'*ultra vires*. En effet, pour la majorité des Lords, la notion d'obligation de prudence et de diligence (*duty to take care*) sera modulée en faisant place à une certaine déférence qui exigera la démonstration d'une forme d'exercice déraisonnable du pouvoir³⁷², laquelle semble constituer un fardeau allant bien au-delà de la simple illégalité. On peut ainsi constater que les Lords sont soucieux de préserver un minimum de déférence aux autorités dans l'accomplissement de leur mission publique. À cet égard, Lord Diplock fait explicitement de l'*ultra vires* une condition essentielle, mais non suffisante, à toute poursuite en responsabilité lorsque l'autorité exerce un acte de puissance publique³⁷³. Cet

³⁷⁰ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 317.

³⁷¹ *Ibid*, p. 318.

³⁷² *Ibid*, p. 301.

³⁷³ *Ibid*, p. 332.

aspect est particulièrement intéressant en raison du fait que cette exigence fut, comme nous le verrons ultérieurement, parfois soulevée dans la jurisprudence, y compris au Canada³⁷⁴.

Il est manifeste que la question de l'excès de compétence occupe une place importante dans les motifs de Lord Diplock et que ce dernier est particulièrement sensible à la latitude dont doivent bénéficier les autorités publiques dans le cadre de leurs fonctions. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que l'exigence de faire de l'excès de compétence une condition préalable à l'exercice d'un recours en responsabilité vient mettre au cœur de l'analyse la notion de discrétion, et ce, tant au stade de l'élaboration de la politique que dans son exercice. En outre, comme le fait judicieusement remarquer un auteur, une telle approche est également significative sur le plan technique en ce que, contrairement à la responsabilité civile où l'examen de l'acte déraisonnable sera surtout factuel, l'examen portant sur la nature raisonnable du pouvoir administratif sera le plus souvent abordé comme une question de droit³⁷⁵. Examinons maintenant comment cette notion de politique publique ou *policy* évolua de façon plus vigoureuse grâce à l'arrêt *Anns*.

2.2.3 La naissance de la distinction entre les actes politiques et opérationnels

Comme nous l'avons précédemment mentionné, l'arrêt *Anns*³⁷⁶ constitue un virage capital en soumettant pour la première fois les autorités publiques à un principe d'imputabilité où le pouvoir judiciaire ose s'aventurer plus avant sur le terrain du *policy*.

³⁷⁴ Peter W. HOGG, Patrick J. MONAHAN, Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, Carswell, Toronto, 2011, p.270.

³⁷⁵ S. H. BAILEY, M.J. BOWMAN, « The Policy/Operational Dichotomy – A Cuckoo in the nest » (1986) 45 Cambridge L.J. 430, p. 436.

³⁷⁶ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728, [1978] 2 All ER 492.

À vrai dire, c'est véritablement depuis cet arrêt que la notion de politique publique, ou *policy*, a pris son envol³⁷⁷.

Cet arrêt mettait en cause la responsabilité de la municipalité de *London Borough of Merton* dans une affaire où des locataires poursuivaient la municipalité en raison de la prétendue négligence de cette dernière relativement à son pouvoir d'approbation des plans de construction et d'inspection d'habitations. En effet, des problèmes de structure concernant les fondations des immeubles concernés étaient apparus et la preuve démontra le non-respect de certaines normes de construction imposées par la loi³⁷⁸. La *Public Health Act* conférait à l'autorité municipale des pouvoirs en vertu desquels le Conseil municipal pouvait ou non approuver les plans de construction, conformément à la réglementation établie, et se voyait également conférer le pouvoir d'inspecter les travaux en cours afin d'en assurer leur conformité. La principale question au cœur du litige était de déterminer si la municipalité avait un devoir de prudence (*duty of care*) envers les locataires plaignants ou si, comme le prétendait la municipalité, les pouvoirs conférés par la loi impliquaient une discrétion qui soustrayait l'autorité municipale à tout devoir de faire respecter la réglementation.

³⁷⁷ Il est à noter que le droit des torts est devenu l'un des domaines du droit privé les plus propices à une féconde intervention judiciaire dans le développement de nouvelles théories. Voir notamment à ce propos Hans A. LINDE, « *Courts and Torts : Public Policy without Public Politics?* », *Valparaiso University Law Review*, Volume 28, No. 3, Spring 1994, 821. Soulignons que les principes de *Anns* seront de plus en plus nuancés par la Chambre des lords qui, dans l'arrêt *Murphy v. Brentwood D.C.*, [1990] 2 All E.R. 908, délaissera finalement la distinction politique/opérationnel au profit d'une intervention reposant sur un «judicial policy» et sur le libellé des textes de loi ainsi qu'en faisant appel à des notions plus générales telle que le «just and reasonable». Voir à ce sujet Jean Denis ARCHAMBAULT, «*La distinction politique-opérationnelle fournit-elle une assise judiciaire solide à la responsabilité civile de l'État consécutive à une décision de politique administrative?*», (1999) 59 R du B. 579, p. 593.

³⁷⁸ La preuve avait révélé que les fondations n'avaient pas été creusées selon la profondeur convenue dans les plans et telle qu'imposées par les normes de construction, à savoir trois pieds, alors que dans les faits la profondeur n'était que de 2 pieds six pouces. Une telle irrégularité aurait pu et aurait dû être facilement identifiée par les inspecteurs.

Lord Wilberforce rédige les motifs au nom d'une Chambre des Lords quasi unanime³⁷⁹. Ce dernier commence par un rappel des principes en matière de « *duty of care* » et cite notamment à ce propos l'arrêt *Home Office*³⁸⁰ dans le cadre duquel la norme de l'obligation de prudence était appliquée selon une méthode qui est ici résumée en deux étapes, à savoir, premièrement, déterminer s'il existe entre le prétendu auteur de la faute et la victime du préjudice un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage, auquel cas une obligation de prudence *prima facie* pourra être inférée. Deuxièmement, advenant qu'une telle obligation de prudence s'applique, il faut alors déterminer s'il existe des motifs ou des considérations justifiant de limiter ou de repousser la portée de cette obligation à l'égard de certaines catégories de personnes ou en fonction des dommages³⁸¹.

Une fois ces principes rappelés, Lord Wilberforce procède à un examen de la loi et constate que les normes réglementaires en question imposent à tout constructeur des règles précises et, notamment, une profondeur déterminée relativement aux travaux de fondation. Il souligne que « *the local authority has at this stage the right to inspect and to insist on any correction necessary to bring the work into conformity with the bylaws* »³⁸². Il poursuit alors sa réflexion plus loin en reconnaissant que le critère de « voisinage » propre au droit privé ne peut à lui seul constituer un critère suffisant en matière de responsabilité des autorités publiques. Afin de bien saisir les tenants et aboutissants de la pensée de Lord Wilberforce, il convient de reproduire *in extenso* ce qui nous semble être le cœur de son raisonnement :

³⁷⁹ Tous les Lords, à savoir Lords Diplock, Simon of Glaisdale et Russel of Killowen souscrivent aux propos de Lord Wilberforce. Seul Lord Salmon est dissident et applique les principes énoncés dans *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 427, [1941] AC 74.

³⁸⁰ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 317.

³⁸¹ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] 2 All ER 492, p. 498.

³⁸² *Ibid*, p. 500.

I do not think that a description of the council's duty can be based on the neighbourhood principle alone or on merely any such factual relationship as control as suggested by the Court of Appeal. So to base it would be to neglect an essential factor which is that the local authority is a public body, discharging functions under statute : its powers and duties are definable in terms of public not private law. The problem which this type of action creates, is to define the circumstances in which the law should impose, over and above, or perhaps alongside, these public law powers and duties, a duty in private law towards individuals such that they may sue for damages in a civil court.³⁸³ (Nous soulignons)

Ainsi, Lord Wilberforce reconnaît la nécessité de prendre acte de la *summa divisio* droit public/droit privé en matière de droit des *torts*. Mine de rien, c'est la perspective entière de l'examen qui est renversée, car les circonstances permettant de déterminer l'application des principes du droit des *torts* seront en grande partie déterminées par ceux du droit public, et cela, en raison de la nature même des autorités publiques et des fonctions particulières exercées par celles-ci. Or, l'une des caractéristiques propres aux autorités publiques est la discrétion dont ces dernières bénéficient dans l'exercice de l'intérêt public. En partant de ce constat, Lord Wilberforce formule une distinction reposant sur deux types de sphères d'action dans lesquelles œuvrent les autorités publiques, à savoir la sphère politique (*policy*) et la sphère opérationnelle :

Most, indeed probably all, statutes relating to public authorities or public bodies, contain in them a large area of policy. The courts call this discretion, meaning that the decision is one for the authority or body to make, and not for the court. Many statutes, also, prescribe or at least presuppose the practical execution of policy decisions : a convenient description of this is to say that in addition of area of policy or discretion, there is an operational area.³⁸⁴ (Nous soulignons)

³⁸³ Ibid

³⁸⁴ Ibid.

Bien que formulée en termes de distinction binaire, Lord Wilberforce s’empresse de préciser que :

(...) it is probably a distinction of degree; many ‘operational’ powers or duties have in them some element of ‘discretion’. It can safely be said that the more ‘operational’ a power or duty may be, the easier it is to superimpose on it a common law duty of care³⁸⁵.

Le corollaire logique qui en résulte est que plus un pouvoir ou un devoir est de nature «policy», moins le «duty of care» sera susceptible de s’appliquer. En outre, il ressort de ces extraits que la notion de «policy» prend véritablement ancrage dans la légitimité découlant du mandat confié par le législateur aux autorités publiques d’administrer les ressources financières, naturelles ou humaines à la lumière de leur évaluation des intérêts sociaux, économiques ou moraux. À ce sujet, un peu plus loin dans ses motifs, Lord Wilberforce souligne que ces autorités « *have to strike a balance between the claims of efficiency and thrift (du Parcq LJ in Kent and Porter v. East Suffolk Rivers Catchment Board) : whether they get the balance right can only be decided through the ballot box, not in the courts* »³⁸⁶. Pour sa part, la nature opérationnelle concerne plutôt la mise en œuvre et l’exécution des normes et des décisions adoptées.

Même si la Chambre des lords n’aborde pas cette question, nous pensons que la légitimité qui fonde les actes politiques se trouve également accrue et confortée lorsque, comme dans cette affaire, l’autorité publique se voit non seulement conférer un mandat par le législateur, mais qu’elle est elle-même dirigée par un conseil municipal démocratiquement élu par la population locale. Toutefois, cette légitimité ne saurait

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ Ibid, p. 501.

constituer une immunité absolue et doit être mesurée par rapport à la loi qui encadre l'action des autorités publiques. La discrétion conférée aux autorités publiques est ainsi toujours tributaire de leurs obligations résultant de leur mission publique, de telle sorte que « *if they do not exercise their discretion in this way they can be challenged in the courts* »³⁸⁷. L'immunité ne couvre donc pas les excès de compétence.

Dès lors, Lord Wilberforce rejette la prétention selon laquelle l'absence d'un devoir d'inspection exigé par la loi (*Public Health Act*) viendrait soustraire la municipalité à toute obligation d'inspection. Il ressort du contexte que la fonction de l'inspecteur municipal est de surveiller la conformité de la construction par rapport aux exigences de la loi et du règlement. Il existe donc une obligation de réellement considérer l'utilisation de la discrétion afin de déterminer s'il faut procéder à une inspection³⁸⁸ et de prendre en compte le fait qu'il ne sera plus possible de procéder à une inspection subséquente une fois les travaux terminés. En outre, bien que l'inspection puisse impliquer des éléments de nature discrétionnaire quant à la méthode à utiliser, la nature obligatoire et opérationnelle de celle-ci est néanmoins prédominante³⁸⁹. Par ailleurs, il précise que la décision discrétionnaire peut aussi engager la responsabilité dans la mesure où, en l'absence de bonne foi, il y a excès de pouvoir³⁹⁰.

Enfin, Lord Wilberforce donne le coup de grâce à la distinction entre devoir et pouvoir, ainsi qu'à la règle selon laquelle un pouvoir ne peut engager la responsabilité que s'il aggrave les dommages ou cause un préjudice nouveau, en concluant « *I do not believe*

³⁸⁷ Ibid, p. 501 et 503.

³⁸⁸ Ibid, p. 501.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

that any such absolute rule exists »³⁹¹. C'est ainsi qu'avant de clore son examen, il procède à une revue, pour ne pas dire une révision, des principaux arrêts à la lumière des éléments constitutifs de la distinction opérationnelle et politique.

Lord Wilberforce catégorise les lois selon leurs différents types, notamment les lois privées qui confèrent légalement un pouvoir d'interférer avec les droits individuels sans toutefois engager la responsabilité de l'autorité, sauf si le pouvoir en question est exercé de façon négligente. Il identifie également les lois statutaires conférant un pouvoir discrétionnaire impliquant un choix d'agir ou non et n'engageant pas la responsabilité dans cette discrétion, mais qui sera susceptible de l'engager seulement dans la mesure où le pouvoir exercé le sera de façon négligente³⁹². Cependant, cette qualification des lois ne constitue pas une catégorisation formelle, mais plutôt un classement sommaire aux fins d'un survol général de la législation et des décisions passées.

Par exemple, l'honorable Lord ne voit pas en l'arrêt *Sheppard* une décision fondée sur la distinction entre le pouvoir d'éclairer la rue et l'absence d'un tel devoir, mais y perçoit plutôt une décision de politique budgétaire. La situation dans l'arrêt *East Suffolk* est, quant à elle, vue comme un bon exemple d'une activité opérationnelle qui impliquait également une dimension discrétionnaire. Selon nous, bien qu'il soit tout à fait possible d'interpréter l'arrêt *Sheppard* en termes de politique budgétaire, et ce, bien que jamais la Cour n'en ait dit le moindre mot, il est cependant plus difficile de percevoir un élément de nature politique dans le fait de procéder matériellement à la réparation d'un mur de soutènement.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Ibid, p. 502.

Ainsi, au terme de son examen, Lord Wilberforce affirme clairement qu'à l'exception d'une disposition législative expresse, l'obligation de prudence et de diligence (*duty of care*) trouvera application pour tous les actes ou les omissions des autorités publiques, et ce, peu importe que l'exercice soit un devoir ou un pouvoir³⁹³. En outre, l'obligation de prudence s'appliquera aux actes opérationnels et dans les cas de mauvaise foi, d'absence ou d'excès de pouvoir discrétionnaire, mais ne sera pas applicable en présence d'un acte de nature politique ou d'un pouvoir discrétionnaire validement exercé³⁹⁴.

Force est de constater que cet arrêt change définitivement la donne. Cependant, selon nous, cette dimension novatrice ne résulte pas tant de la distinction entre les actes politiques et opérationnels que du changement de perspective à partir duquel la responsabilité des autorités publiques sera dorénavant examinée, c'est-à-dire une perspective privilégiant le droit public. En effet, l'énoncé de principe de Lord Wilberforce, selon lequel la détermination de la responsabilité des fonctions et des autorités publiques relève avant tout du droit public, emporte un changement de deux ordres.

D'une part, sur le plan des principes généraux, les autorités publiques ne se voient plus simplement imposer les règles normalement applicables aux personnes privées, mais voient leur imputabilité déterminée en fonction de leur mission publique. En outre, cela a également des répercussions sur le plan symbolique où ces personnes et leur mission sont officiellement perçues comme étant juridiquement à part, voire, dans certains cas, au-dessus du droit commun.

³⁹³ Ibid, p. 503.

³⁹⁴ Ibid.

D'autre part, ce changement de perspective implique nécessairement une modification des critères permettant de déterminer et de circonscrire le champ propre aux activités particulières de ces autorités publiques. À ce propos, la prise en compte de la discrétion accordée aux autorités publiques n'est pas nouvelle puisque, comme Lord Wilberforce le rappelle lui-même, les motifs dissidents de Lord du Parcq, siégeant à la Cour d'appel dans l'affaire *East Suffolk*, avaient été cités par trois des juges majoritaires de la Chambre des lords dans cette dernière affaire. Or, bien que laconiques, les motifs de Lord du Parcq soulignaient l'importance de faire preuve de déférence à l'égard de la discrétion dont bénéficient les autorités publiques dans leurs fonctions de gestion et de l'efficacité des ressources publiques³⁹⁵.

Il est d'ailleurs intéressant de souligner à nouveau que la notion de « *policy* », telle que conçue par Lord Wilberforce, est à ce point intimement liée à celle de discrétion que toutes deux sont utilisées de façon interchangeable. En outre, même si la distinction proposée distingue formellement entre la sphère politique et la sphère opérationnelle, il nous semble que la notion de « *policy* » se définit aussi par opposition à la sphère judiciaire. En effet, à deux reprises Lord Wilberforce précise que la décision politique relève du domaine des autorités publiques par opposition à celui des tribunaux³⁹⁶.

Ainsi, bien que ne se limitant pas aux décisions strictement politiques, nous comprenons que la notion de « *policy* » est de celle qui implique une forme de légitimité politique qui est souvent caractérisée par un pouvoir de gestion économique ou

³⁹⁵ Ibid, p. 501.

³⁹⁶ Ibid, p. 500 : « *The courts call this discretion, meaning that the decision is one for the authority or body to make, and not for the courts* ». P. 501 : « (...) whether they get the balance right can only be decided through the ballot box, not in the courts ».

d'administration des ressources collectives. L'un des corollaires de cette légitimité est l'imputabilité politique qui est tributaire de la sanction électorale où les décideurs seront « jugés » par l'électorat. Toutefois, nous sommes en droit de nous demander dans quelle mesure cette imputabilité politique et la sanction électorale qui en résulte représentent une véritable solution pour la personne lésée. En effet, sachant que les élections, même locales, constituent souvent un enchevêtrement d'enjeux politiques divers, la voix et les doléances d'une personne lésée risqueront d'être fort probablement « noyées » dans le flot de nombreux autres enjeux ou doléances.

De plus, de tels principes peuvent sans doute se justifier dans le cadre d'un système juridique dominé par la souveraineté parlementaire où aucune institution ne peut déclarer *ultra vires* une loi du Parlement³⁹⁷, mais deviennent cependant plus difficiles à justifier dans le cadre d'un système où prédomine une Constitution formelle prévoyant des droits et pouvoirs supra-législatifs, lesquels viennent accroître le rôle des tribunaux judiciaires par rapport au Parlement et à ses lois³⁹⁸. Nous aborderons ces questions et principes dans le chapitre 4. Pour l'instant, il convient de procéder à une synthèse des conclusions que nous pouvons tirer de la présente partie relativement aux principes traditionnels de la responsabilité des autorités publiques en *common law* britannique.

³⁹⁷ W. Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Fourth Edition, 1952, University of London Press, p. 139; Hood., O. PHILLIPS., Paul JACKSON, *Constitutional and administrative law*, Seventh Edition, 1987, Sweet & Maxwell, p. 50-51. William WADE, Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, Eight Edition, 2014, Oxford University Press, p. 26-27.

³⁹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72.

Conclusion de la Partie II

L'un des premiers éléments significatifs qui ressort de cette analyse est sans nul doute le caractère évolutif et protéiforme du *tort of negligence*. En effet, prenant d'abord ancrage dans une forte tradition de laissez-faire économique, ce concept de droit privé ne concernait au départ qu'une obligation morale de nature personnelle de réparer le tort causé à autrui³⁹⁹.

À cet égard, les principes sous-jacents à l'industrialisation et au libéralisme économique classique hérités de l'« *Enlightment* » britannique, selon lesquels l'État est perçu comme perturbant l'équilibre naturel économique, a fortement contribué à étoffer l'endiguement du rôle de l'État en ce domaine et à limiter le rôle de ce dernier à ses fonctions sécuritaires⁴⁰⁰. Il en est de même de la conception défendue par John Stuart Mill qui, vers le milieu du XIX^e siècle, affirmera qu'en principe les choses seront mieux faites par les individus que par les gouvernements et se dit ouvertement en faveur d'un « laissez-faire » économique et social, sauf en matière d'éducation, et ce, au nom de l'autonomie et des libertés individuelles⁴⁰¹.

Cette conception des rapports juridiques repose sur un fondement idéologique selon lequel la société civile constitue un moyen visant à protéger « *les droits de l'individu sur sa personne et sur ses biens et par conséquent à faire régner l'ordre dans les rapports*

³⁹⁹ JOHN C. P. GOLDBERG & BENJAMIN C. ZIPURSKY, « *Tort Law and Moral Luck* », (2007) 92 : Number 6 Cornell L Rev 1123, p. 1023-1024.

⁴⁰⁰ Cette conception est exprimée de diverses façons et à différents degrés dans les écrits de : John LOCKE, *The Two Treatises of Civil Government* (1689), Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980; Adam FERGUSON, *An Essay on the History of Civil Society*, (1767), Transaction Publishers, London, 1995; David HUME, *Essays, moral, political and literary*, (1758) Edited by Henry Frowde, Edinburgh and Glasgow, 1903-1904; Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (1789), London: Methuen and Co., Ltd., ed. Edwin Cannan, 1904.

⁴⁰¹ John STUART MILL, *Principles of Political Economy and On Liberty*, Of the Limits to the Authority of Society Over the Individual, Longmans, Green and Co, London, 1960. Les chapitres 4 et 5 sont les plus intéressants sur la question du « laissez-faire ».

d'échange que les individus entretiennent en tant que propriétaires de leur personne »⁴⁰².

Dès lors, selon cette conception, le socle des relations civiles est essentiellement l'individu et le droit de propriété, ce qui explique la prédominance du droit privé et l'idée de réparation du tort causé au bien ou à la personne.

Nous avons pu constater qu'un changement fut amorcé environ 25 ans après la Seconde Guerre mondiale, notamment avec l'arrêt *Home Office v. Dorset Yacht*⁴⁰³, qui correspond à une période où l'État providence a commencé à se développer et à intervenir dans les différents domaines de la société civile qui étaient auparavant desservis par les entreprises privées⁴⁰⁴. Cet interventionnisme étatique a conduit à une reconsidération du rôle de l'État et à la responsabilité qui, dorénavant, lui incombait. Cette reconsidération a d'ailleurs parfois incité les auteurs des pays de common law à revoir les fondements du droit des *torts* de telle sorte que, au lieu de se limiter à seulement corriger le tort causé, ceux-ci ont commencé à utiliser la notion de *tort* comme moyen de justice sociale et économique servant à compenser des inégalités ou encore à dissuader certains comportements⁴⁰⁵.

⁴⁰² C. B. MacPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif*, Éditions Gallimard, 2004, édition originale *The Political Theory of possessive individualism*, Oxford University Press, 1962, p. 435-436; John LOCKE, *The Two Treatises of Civil Government* (1689), Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980.

⁴⁰³ *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.*, [1970] 2 All ER 294.

⁴⁰⁴ Philip H. OSBORNE, *The Law of Torts*, Irwin Law Inc., Fourth Edition, 2011, p. 75; Martin. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press-Oxford, 1992, p. 178-179; W. Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Fourth Edition, 1952, University of London Press, p. 6.

⁴⁰⁵ Izhak ENGLARD., « The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory » (1980) 9 J. LEGAL STUD. 27; Jules L. COLEMAN, « Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits: Part I » (1982) I J. LAW & PHIL. 371; Jules L. COLEMAN, « Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits Part II » (1983) 2 J. LAW AND PHIL. 5; Ernest WEINRIB, « The Special Morality of Tort Law » (1989) 34:3 McGill Law Journal 403.

Nous touchons ici à un élément décisif que nous avons abordé dans le cadre de notre première partie et que nous approfondirons ultérieurement, à savoir la nature et le rôle des autorités publiques au sein de la société civile dans l'exercice de leurs fonctions de puissance au service de l'intérêt commun. Cette question revêt une importance particulière à l'échelle locale où, comme nous l'avons vu dans la première partie, les municipalités constituent des entités politiques et démocratiques de proximité qui, de plus en plus, voient leurs pouvoirs et leurs responsabilités s'accroître. L'arrêt *Home Office v. Dorset Yacht* qui est une décision majeure, sur laquelle la Chambre des lords fait reposer ses motifs dans *Anns*⁴⁰⁶, représente donc un point tournant par rapport à *East Suffolk*⁴⁰⁷ et à la jurisprudence depuis *Sheppard*⁴⁰⁸.

Ainsi, la décision d'appliquer aux autorités publiques le devoir de prudence, énoncé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*⁴⁰⁹, marque fermement la volonté de considérer les pouvoirs publics comme étant redevables de leurs faits et gestes, et ce, au même titre que toute personne morale privée ou physique. En ce sens, c'est la consécration d'une certaine conception égalitaire du droit de la responsabilité des autorités publiques qui, encore aujourd'hui, reflète l'idée d'une imputabilité judiciaire des pouvoirs publics, du moins dans la mesure où les questions de nature politique ne sont pas directement abordées.

En effet, et ce point est une constante dans la jurisprudence britannique, les questions relevant du domaine des politiques publiques demeurent l'apanage des élus ou des administrateurs nommés par ceux-ci. À cet égard, nous pouvons constater que le laconique,

⁴⁰⁶ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728, [1978] 2 All ER 492, p. 503.

⁴⁰⁷ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527.

⁴⁰⁸ *Sheppard v. Glossop Corpn.*, [1921] 3 K.B. 132.

⁴⁰⁹ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1, p. 581.

mais non moins important, principe d'immunité des questions politiques énoncé par Lord du Parcq, auquel ont souscrit la majorité dans l'arrêt *East Suffolk*, n'a jamais été désavoué. À notre avis, il nous semble manifeste que ce principe résulte du respect de la souveraineté du Parlement à qui revient le droit de déléguer les questions de politiques budgétaires et publiques aux décideurs administratifs ou aux élus locaux. En outre, comme nous l'avons déjà dit, cette légitimité se trouve confortée lorsque les décideurs sont eux-mêmes des représentants élus et imputables selon un processus consultatif et électoral. Dès lors, à titre de corps législatif local, les municipalités bénéficient d'une légitimité qui conditionne leur responsabilité extracontractuelle.

Cependant, comme le font à juste titre remarquer Lord Wilberforce ainsi que Lord Diplock, cette sanction politique, par rapport à la sanction judiciaire, pose la question de la nécessité d'un contrôle de certains abus et notamment en matière d'excès de pouvoir. Cette question fera d'ailleurs l'objet d'un examen approfondi dans le cadre de notre analyse des notions de faute et d'abus de pouvoir dans le contexte jurisprudentiel canadien. Pour l'instant, qu'il nous suffise de souligner que la simple efficacité d'une mesure adoptée par une autorité publique ne saurait en soi justifier une immunité, laquelle est toujours tributaire du mandat législatif et, conséquemment, de la légitimité conférée par la volonté du législateur démocratiquement élu.

À ce sujet, nous verrons que la notion de faute est suffisamment riche pour tenir compte de cette nécessaire efficacité dont ont si souvent besoin les autorités publiques dans l'exercice de leurs fonctions, sans pour autant sacrifier le principe d'un devoir de prudence. Comme nous le montrerons, nous sommes d'avis que c'est à travers le prisme du droit public que les notions de devoir de prudence et de faute doivent être examinées. En effet,

seul le droit public permet de tenir compte de la nature des intérêts de la collectivité ainsi que des concepts de « mandat législatif » et de « légitimité démocratique », sans lesquels il ne peut y avoir de véritable compréhension de la responsabilité des autorités publiques.

Déjà dans *East Suffolk*, malgré la distinction entre pouvoir et devoir, il existait une ouverture aux questions de nature politique chez les juges majoritaires. À notre avis, bien que la distinction entre une décision politique et une mise en œuvre d'une telle décision ne soit pas énoncée, on retrouve dans ce dernier arrêt, du moins sous une forme embryonnaire, les considérations propres à la sphère d'action en matière de décisions politiques, à savoir la déférence accordée aux décideurs dans l'administration des ressources publiques et l'absence de responsabilité pour *Non-Feasance* qui en résulte. En outre, dans sa dissidence en appel, Lord du Parcq renvoie lui-même à une notion de discrétion politique.

Toutefois, bien que ces arrêts aient pavé la voie à une reconnaissance progressive, et parfois hésitante, des enjeux de politique publique, nous verrons que le passage du droit privé au droit public ne s'est pas fait sans heurt. En effet, en franchissant la *summa divisio* droit public/droit privé, on se trouve à utiliser une catégorie relevant partiellement du droit de propriété à une catégorie relevant du pouvoir public ou, pour le dire en termes plus classiques, nous passons du *Dominium* à l'*Imperium*.

Voyons maintenant comment ces principes furent reçus au Canada et, plus particulièrement au Québec, notamment dans le contentieux municipal où la responsabilité des municipalités a longtemps été, et demeure encore, un sujet épineux et complexe.

PARTIE III – LA DISTINCTION ACTE POLITIQUE / ACTE OPÉRATIONNEL EN DROIT CANADIEN

S'il est vrai que la plupart des provinces canadiennes furent tout naturellement un terreau favorable à l'implantation de la *common law* britannique en matière de responsabilité municipale, la question de la détermination des principes applicables en cette matière fut cependant un peu plus complexe au Québec. En effet, cette question est inextricablement liée à la Conquête de 1763, qui eut comme conséquence le changement de régime colonial, et à l'enchevêtrement des principes juridiques qui en résulta, surtout après l'Acte de Québec⁴¹⁰ qui vint assurer et rétablir le droit privé français⁴¹¹. Pour l'instant, il suffit de préciser que les hésitations et tergiversations de la jurisprudence relativement aux principes juridiques applicables ont lourdement pesé sur l'évolution de la responsabilité des municipalités en droit québécois. Pour cette raison, il est donc primordial de comprendre les tensions récurrentes issues des nombreuses tentatives des tribunaux de concilier les principes civilistes à ceux de la *common law* en matière de responsabilité des autorités publiques municipales.

3.1 La responsabilité des autorités publiques au Québec avant Anns

Dans le cadre de cette partie, nous verrons que les tentatives des tribunaux afin de déterminer les principes de droit applicables en matière de responsabilité municipale furent pour le moins sinueuses et souvent infructueuses, et cela, jusqu'à l'arrêt *Laurentide Motels*⁴¹². Ces tentatives incessantes s'expliquent sans doute par la double dualité à

⁴¹⁰ *An Act for making more Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 1774, 14 Geo. III, c. 83.

⁴¹¹ Jacques L'Heureux, « Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extracontractuelle au Québec » (1985) 16 R.G.D. 131, p. 135-136.

⁴¹² *Laurentide Motels c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

laquelle étaient confrontés les tribunaux, à savoir, d'une part, la dualité résultant de la *summa divisio* droit public/droit privé et, d'autre part, celle opposant parfois le droit civil à la common law. Comme nous le verrons plus amplement, ces dualités se recourent partiellement en raison de leurs origines respectives.

3.1.1 Un droit public québécois hybride

Un examen des premiers jugements et arrêts permet de constater que les tribunaux québécois ont, tour à tour, fait appel au droit civil français, à la *common law* britannique et même quelquefois au droit américain pour trancher les litiges en droit de la responsabilité municipale. À cet égard, l'arrêt *Doolan*⁴¹³ constitue un exemple probant du foisonnement des principes qui, déjà à l'époque, s'offraient aux tribunaux en ce domaine.

Cette affaire avait trait à une poursuite en responsabilité contre la Ville de Montréal en raison d'une arrestation abusive faite par un policier de la Ville. La poursuite fut rejetée en première instance. Toutefois, la Cour supérieure cassa cette décision et déclara la Ville responsable à titre de commettant du policier en vertu des principes du droit civil, alors que la Ville prétendait qu'il n'existait aucun lien de préposition, car, en vertu des principes du droit public anglais, le policier agissait plutôt comme officier public dont les pouvoirs résultaient de la loi, et ce, indépendamment des autorités municipales.

La Cour d'appel confirma la responsabilité de la municipalité. Les juges majoritaires reconnurent que le litige devait être examiné sur le fondement des principes du droit civil français et le juge Monk alla jusqu'à affirmer que le régime applicable à une autorité

⁴¹³ *Corporation of Montreal v. Doolan*, (1871) 18 L.C.J. 124 (C.A.).

publique était le droit civil français à titre de «law of the land»⁴¹⁴. Les juges Caron et Drummond arrivèrent à la même conclusion⁴¹⁵. Il est à noter que les juges Monk et Drummond mentionnent en *obiter* que, dans sa défense, la municipalité avait également tenté de justifier la conduite des policiers. Nous verrons que ces remarques incidentes serviront ultérieurement à relativiser les principes énoncés dans cet arrêt.

Pour leur part, les juges dissidents reconnurent les actes disgracieux posés par le policier, mais furent d'avis que le litige devait être résolu en faveur du droit public anglais. Ainsi, le juge Bagdley affirma que la Ville ne pouvait être poursuivie à titre de commettant, car les fonctions des policiers relevaient des pouvoirs publics directement conférés par la loi et que ces derniers agissaient alors «*in their public capacity, and not as the agents or servants of the City*»⁴¹⁶. Quant au juge en chef Duval, celui-ci souligna tout particulièrement le caractère des fonctions publiques, et notamment législatives, exercées par la municipalité à titre de corps politique :

As to a public municipal Corporation, the distinction has been taken, and it is founded in reason as well as in law, between those legislative powers which it holds for public purposes, and as a part of the government of the country, and those private franchises which belong to it as a creation of the law. Within the sphere of the former it enjoys the exemption of government.⁴¹⁷

Ces principes posés, monsieur le juge en chef Duval ajouta que le droit applicable était le droit anglais à titre de «*public constitutional law of the country*»⁴¹⁸ et conclut, à la

⁴¹⁴ Ibid, p. 128. Monsieur le juge Monk écrit notamment que «the law which determined the rights of the individual against a public body must be the law of the land – the French law.» (p. 128). Le juge Monk ajoute que même s'il avait conclu à l'application du droit anglais, il aurait également tenu la municipalité responsable.

⁴¹⁵ Ibid, p. 127-128. Les motifs extrêmement laconiques du juge Caron font un paragraphe.

⁴¹⁶ Ibid, p. 126.

⁴¹⁷ Ibid, p. 127.

⁴¹⁸ Ibid.

lumière de ces principes, que la municipalité ne pouvait donc pas être tenue responsable des actes du policier.

Bien que laconiques dans leurs propos, les motifs des juges permettent cependant de constater la confusion qui régnait déjà à cette époque relativement aux principes applicables en matière de responsabilité municipale. En effet, les juges majoritaires appliquent le droit civil sur le fondement que la question relève de la responsabilité inhérente au droit privé. En outre, le juge Drummond considère que «*a Government stood in the same position as an individual*»⁴¹⁹.

Cette conception selon laquelle l'autorité publique doit être traitée comme tout citoyen, et ce, nonobstant l'intérêt public qui fonde l'action étatique, n'est pas sans rappeler la conception diceyenne de l'égalité de tous devant la loi ainsi que le principe énoncé dans *Mersey Docks* selon lequel «*the legislature intends that the body, the creature of the statute, shall have the same duties, and that its funds shall be subject to the same liabilities, as the general law would impose on a private person doing the same thing*»⁴²⁰. La dualité droit civil/common law semble donc tributaire de la prédominance que les juges majoritaires accordent au droit privé par rapport au droit public, alors que les juges dissidents mettent principalement en lumière la fonction publique des municipalités. Cela explique d'ailleurs les motifs du juge en chef Duval qui distingue entre les fonctions législatives et les fonctions privées exercées par les autorités municipales.

⁴¹⁹ Ibid, p. 128.

⁴²⁰ *Mersey Docks Trustees v. Gibbs*, (1866) L.R. 1 H.L. 93, (1861-73) All E.R. 394, p. 404.

Cette confusion ressort également de l'arrêt *Rousseau*⁴²¹ où, contrairement à l'arrêt *Doolan*, un banc unanime de trois juges de la Cour supérieure conclut que la responsabilité des municipalités devait être déterminée à l'aune des principes du droit public anglais. Cette affaire est similaire à la précédente puisqu'elle mettait également en cause une poursuite en responsabilité contre des policiers municipaux à la suite d'une arrestation illégale.

À l'instar de l'arrêt *Doolan*, la municipalité se défendit en faisant valoir que, même si les policiers étaient nommés et destitués par le conseil, ces derniers n'étaient pas des préposés ou des agents de la municipalité et qu'ils ne recevaient aucun ordre de cette dernière dans l'exercice de leurs fonctions publiques. La Cour souscrivit à cet argument en soulignant notamment que les policiers étaient au service de l'autorité souveraine étatique qui avait défini leurs devoirs et leurs fonctions⁴²².

Par ailleurs, la Cour aborde la nature publique de la municipalité et reconnaît que celle-ci est investie de l'autorité étatique et qu'à ce titre elle est soustraite à la responsabilité civile dans l'exécution des pouvoirs législatifs et administratifs⁴²³. Cette dernière conception est fort similaire à celle exposée dans la dissidence du juge en chef Duval dans l'arrêt *Doolan*. Il est intéressant de souligner que la Cour conclut à l'absence d'autorité hiérarchique entre la municipalité et les policiers en se fondant en grande partie sur une jurisprudence américaine qui reconnaît que les pouvoirs des policiers résultent directement

⁴²¹ *Rousseau c. Corporation de Lévis*, (1888) 14 Q.L.R. 376.

⁴²² *Ibid*, p. 378.

⁴²³ *Ibid*.

du législateur et non des municipalités. À cet égard, la Cour justifie ce recours au droit américain en ces termes :

Ces décisions sont américaines, mais la similitude de nos institutions municipales leur donne une application aux nôtres, dont la création est, comme dans la confédération américaine, une délégation partielle du pouvoir souverain.⁴²⁴

Selon une approche fortement influencée par la *common law* de droit public, la Cour poursuit son analyse en abordant l'arrêt *Doolan*. Elle procède alors à une distinction lapidaire entre le présent cas et ce dernier en soulignant que dans l'affaire *Doolan*, la municipalité avait été tenue responsable en raison du fait qu'elle avait défendu et endossée le comportement fautif du policier, tout en passant sous silence le principe selon lequel le droit civil préside à la responsabilité des municipalités. Par la suite, la Cour tente habilement de distinguer certaines autres décisions et, face à une jurisprudence contradictoire, s'attaque de front à la question fondamentale, à savoir celle du régime juridique applicable aux municipalités :

On objecte que la question doit être décidée d'après le droit français et non d'après le droit anglais ou américain. Je dois d'abord dire que ce dernier n'est, sous ce rapport, que l'adoption du droit anglais. Et je crois que la question en est une de droit public, les municipalités n'étant, comme déjà dit, que des délégués investis d'une partie des pouvoirs et des devoirs de l'autorité souveraine. Les rapports entre elles et les citoyens, pour la partie du gouvernement de l'état qui leur est confiée, pour l'observation et l'exécution des lois d'ordre public et de police, sont, par là même, réglés et déterminés par le droit public. Et ce droit est, depuis la conquête, le droit anglais.⁴²⁵

⁴²⁴ Ibid, p. 381.

⁴²⁵ Ibid, p. 383.

Ainsi, la question de la détermination du régime juridique applicable est tributaire de la *summa divisio* droit public/droit privé et la municipalité étant une autorité publique, celle-ci relève donc du droit public, c'est-à-dire la common law.

Après avoir énoncé ce principe, la Cour se livre incidemment à un bref examen du droit français en affirmant qu'à l'instar du droit anglais, le droit français accorde une immunité aux municipalités pour les actes exercés à des fins de puissance publique⁴²⁶. Une fois cet *obiter dictum* mentionné, la Cour revient alors sur la question centrale de l'autorité de la loi et du maintien de l'ordre comme fondement général de l'action des policiers et, du même souffle, réitère que la nomination de ces derniers par la municipalité ne saurait en rien être source de responsabilité pour celle-ci. En somme, conclut la Cour, l'arrestation illégale à laquelle les agents ont procédé n'était autorisée par aucune réglementation municipale, ni d'ailleurs par aucune loi. L'imputabilité résultant des actes illégaux relève alors de la seule responsabilité personnelle des agents.

Il est manifeste que les arrêts *Doolan* et *Rousseau* sont contradictoires en ce que ce dernier affirme sans ambages que les principes de droit public doivent s'appliquer au régime de responsabilité civile des municipalités, alors que dans l'arrêt *Doolan*, les juges majoritaires affirment de façon tout aussi péremptoire que c'est le régime civiliste qui doit prévaloir en cette matière. À notre avis, ce n'est pas tant le raisonnement logique qui diffère et distingue ces deux décisions que les prémisses sur lesquelles reposent ces raisonnements. En effet, dans *Doolan*, la conception Diceyenne de l'égalité de tous devant la loi résulte de la préséance que les juges majoritaires confèrent à la dimension civiliste privée, laquelle

⁴²⁶ Ibid, p. 384.

constitue le droit commun, dans l'examen de la responsabilité des autorités publiques, alors que dans l'arrêt *Rousseau*, la Cour relègue la question de la responsabilité et des obligations civiles au second plan afin de mettre en lumière les fonctions étatiques de la municipalité.

L'adoption de ces prémisses révèlent une tension entre les conceptions privatiste et publiciste qui n'est pas sans rappeler l'évolution de la conception des *torts* en droit anglais où, jusqu'aux arrêts *East Suffolk*⁴²⁷ et *Dorset*⁴²⁸, les tribunaux concevaient les *torts* sous un angle strictement privé, et ce, nonobstant la nature des autorités et des pouvoirs publics impliqués dans les poursuites. Cela explique que dans un cas, la responsabilité de la municipalité est retenue en raison du lien de préposition, propre au droit de la responsabilité civile, alors que dans le second cas, ce lien de préposition ne peut trouver application en raison de la nature des fonctions étatiques des policiers agissant comme officiers du pouvoir de l'État et non à titre de préposés de la municipalité.

Toutefois, nous verrons que cette différence de point de vue ressurgira parfois de façon sporadique, et ce, même si pendant longtemps la jurisprudence sembla le plus souvent favoriser une conception civiliste de la responsabilité des autorités publiques⁴²⁹. Comme nous le verrons à l'instant, la Cour suprême préconisa une approche mitigée où le

⁴²⁷ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527.

⁴²⁸ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 317.

⁴²⁹ *Brown c. Corporation de Montréal*, (1871) 23 R.J.R.Q. 69; *Cité de Québec c. Mahoney*, (1901) 10 B.R. 378; *Vallières c. Cité de Montréal*, (1908) 33 C.S. 250; *Chevalier c. Cité de Trois-Rivières*, (1913) 43 C.S. 436. La doctrine ayant examiné cette question est du même avis. Voir notamment : Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Tome 2, Montréal, Théoret, 1896, p. 335; Louis BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*, Paris Dalloz, 1965, p. 364; Pierre BEULAC, *La responsabilité civile dans le droit de la province de Québec*, Montréal Wilson & Lafleur, 1948, p. 356; André NADEAU, Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal Wilson & Lafleur, 1971, p. 199. Cependant, certains jugements et arrêts continuèrent à considérer que le fondement des principes de la responsabilité municipale relevait de la *common law* de droit public, et ce, pour les motifs que nous avons exposés. Voir ce propos les affaires *Cité de Montréal c. Plante*, (1923) 34 B.R. 137; *Brousseau c. Cité de Québec*, (1912) 42 C.S. 91 (J. Malouin).

droit civil fut reconnu à titre de droit commun généralement applicable aux municipalités, mais uniquement dans la mesure où la poursuite intentée ne mettait pas en cause l'autorité discrétionnaire de celles-ci. Cependant, il fut très tôt reconnu qu'une municipalité ne pouvait engager sa responsabilité pour ne pas avoir exercé son pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire *pour nonfeasance*⁴³⁰.

L'arrêt *Lefebvre v. Town of Grand-Mère*⁴³¹ constitue sans doute l'une des premières décisions où la Cour suprême aborda véritablement la question de la responsabilité des municipalités québécoises eu égard à l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires. Cette affaire soulevait la question de savoir si la municipalité de Grand-Mère pouvait être tenue responsable relativement à sa décision de ne pas avoir adopté de règlement afin d'obliger des compagnies d'électricité à déplacer des fils électriques qui étaient tous deux trop proches et qui finirent par blesser un citoyen. Ce litige est particulièrement intéressant, car il met encore une fois en perspective la distinction entre l'approche civiliste, privilégiée par monsieur le juge dissident Idington, et une conception inspirée par le droit public de *common law* à laquelle souscrivirent les juges majoritaires, dont les motifs du juge Brodeur constituent sans doute le meilleur résumé.

Il est à noter que chacune des compagnies d'électricité était déjà impliquée dans un litige antérieur afin de savoir laquelle des deux avait le droit d'installer ses poteaux électriques sur le territoire de la Ville, l'une ayant été autorisée par la municipalité et l'autre par le gouvernement provincial. Toutefois, la principale question était de déterminer si les principes généraux de la responsabilité civile, énoncés à l'article 1053 du C.c.B.-C.,

⁴³⁰ *City of Montreal v. Mulcair*, (1898) 28 S.C.R. 458.

⁴³¹ *Lefebvre v. Town of Grand-Mère*, (1918) 55 S.C.R. 121.

devaient céder le pas devant le principe de *common law* en vertu duquel une autorité publique ne peut être poursuivie pour *nonfeasance* dans sa décision de ne pas adopter de règlement afin de prévenir la survenance d'un préjudice en cas de danger.

Dans ses motifs, monsieur le juge Brodeur reconnaît que le droit civil peut *a priori* trouver application, mais arrive à la conclusion qu'en raison du caractère licite de l'installation des poteaux électriques, lesquels ont été autorisés soit par la municipalité ou par le gouvernement, il ne saurait être question de négligence au sens de l'article 1053 du C.c.B-C., lequel est l'équivalent de l'actuel article 1457 C.c.Q. C'est alors que l'honorable juge aborde les pouvoirs et les devoirs énoncés dans la loi en vertu desquels la municipalité était responsable du bon entretien des chemins publics et de veiller à la prévention des obstacles sur les routes. Or, le juge souligne que les fils électriques n'étaient pas sur la route et que seule une obligation législative explicite aurait pu contraindre la municipalité à adopter un règlement obligeant les compagnies à déplacer leurs poteaux⁴³². Mais avant tout, le juge Brodeur affirme qu'une municipalité ne saurait être tenue responsable pour ne pas avoir exercé son pouvoir réglementaire. Il expose le principe en ces termes :

Une municipalité, qui a le droit d'adopter des règlements, n'est pas nécessairement responsable, si elle n'adopte pas ces règlements-là. Ce sont des questions de discrétion qui ne sauraient engager sa responsabilité.⁴³³

Le juge Brodeur ajoute qu'une telle immunité prévaut également lorsqu'un dommage est la conséquence directe du règlement⁴³⁴. Ainsi, en raison de sa nature d'acte normatif

⁴³² Dans ses motifs concourants, le juge Anglin ajoute que les poteaux en question étaient situés sur des terrains privés (p. 128).

⁴³³ Ibid, p. 132.

⁴³⁴ Ibid.

discrétionnaire, le pouvoir réglementaire soustrait la municipalité à toute responsabilité civile.

Pour sa part, monsieur le juge Idington rédigea des motifs dissidents où il fut d'avis que les fils électriques constituaient une nuisance au sens de la loi, à savoir l'article 5641 R.S.Q., et que par conséquent la ville avait l'obligation d'y mettre fin⁴³⁵. De plus, l'honorable juge ajoute que la distinction entre le *misfeasance* et le *nonfeasance* ne saurait trouver application en droit civil compte tenu de l'article 1053 C.c.B.-C. qui consacre le principe général de la responsabilité civile, et ce, tant pour les actions que pour les omissions⁴³⁶.

Ce dernier arrêt montre bien qu'au sein même de la Cour suprême la question de la responsabilité résultant d'un pouvoir discrétionnaire ne faisait pas toujours consensus. Soulignons que c'est bien la nature d'un pouvoir discrétionnaire exercé en l'absence d'une obligation législative qui constituait le point de désaccord et non le principe en vertu duquel une municipalité est soumise aux préceptes généraux des *torts*. À cet égard, quelques années plus tôt, la Ville de Vancouver avait omis d'assurer le bon entretien des routes alors qu'il existait une obligation législative explicite l'y obligeant. La Cour suprême reconnut la responsabilité de cette dernière en citant les principes de *Mersey Docks* selon lesquels, sous réserve de la loi, toute autorité publique « *shall have the same duties and its funds shall be rendered subject to the same liabilities as the general law would impose upon a private person doing the same things* »⁴³⁷. Toutefois, ce dernier énoncé fut régulièrement

⁴³⁵ Ibid, p. 123.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ *City of Vancouver v. McPhalen*, (1911) 45 S.C.R. 194, p. 211.

tempéré par des principes s'appliquant à des domaines spécifiques, tels que l'entretien des ouvrages publics, où la responsabilité de la municipalité ne pouvait être engagée qu'en cas de non-respect d'une obligation législative explicite en cette matière⁴³⁸.

Ainsi, en matière d'exercice des pouvoirs publics, les principes du droit administratif l'emportent le plus souvent sur le droit civil, et ce, bien que ce dernier soit reconnu et appliqué à titre de droit commun. À ce propos, dans l'arrêt *McLeave*⁴³⁹, où il était question de responsabilité policière, la Cour suprême affirma de façon laconique qu'à l'instar de la common law, le Code civil du Bas-Canada constituait le droit commun applicable au Québec en matière de responsabilité civile⁴⁴⁰. Ce dernier principe fut d'ailleurs clairement réitéré dans l'arrêt *Typewriter*⁴⁴¹ où il était question de la responsabilité de la Ville de Québec à l'égard d'un propriétaire de biens endommagés lors d'une émeute. En outre, cette affaire concernait l'interprétation d'une disposition législative qui obligeait la municipalité à indemniser, au moyen d'une taxe spéciale, les propriétaires des biens endommagés lors d'émeutes et prévoyait qu'en cas d'omission d'une telle indemnisation par la municipalité, le propriétaire était en droit de poursuivre cette dernière.

Une Cour unanime reconnut la responsabilité de la municipalité qui avait omis d'adopter un règlement afin d'indemniser le propriétaire en question. Les motifs du juge Brodeur sont particulièrement intéressants en raison du fait que celui-ci aborde la question du droit applicable à la responsabilité municipale. Bien que ce dernier accorde un rôle de

⁴³⁸ Sur cette question, l'arrêt de principe est *Municipality of Pictou v. Geldert*, [1893] A.C. 524, p. 527, où la Cour affirma que : «*In order to establish such liability it must be shown that the legislature has used language indicating an intention that this liability shall be imposed*».

⁴³⁹ *McLeave v. City of Moncton*, (1903) 32 S.C.R. 106.

⁴⁴⁰ *Ibid*, p. 111 *in fine*.

⁴⁴¹ *City of Québec v. United Typewriter Co.*, (1922) 62 S.C.R. 241.

guide à la *common law*, l'honorable juge affirme que le Code civil demeure le principal fondement de la responsabilité municipale :

Les autorités anglaises et américaines peuvent nous être sans doute d'un grand secours pour interpréter notre code municipal parce que ce dernier est copié en grande partie sur le droit anglais et le droit américain, mais il ne faudrait pas conclure de là que toutes les lois anglaises sur la matière s'appliquent et notamment que les questions concernant les délits et les quasi-délits doivent être décidés d'après les principes du droit anglais ou du droit américain. Notre code civil a des dispositions formelles sur la matière et il y a également dans nos statuts des déclarations tendant à déterminer cette responsabilité. C'est selon moi dans le Code civil et dans ces statuts qu'il nous faut rechercher la responsabilité, car il est toujours dangereux de s'en rapporter des décisions qui bien souvent violent des principes élémentaires de nos propres lois telles que nous les retrouvons dans notre code civil ou encore dans notre code municipal.⁴⁴² (Nous soulignons)

Il est intéressant de noter que la disposition examinée dans cette affaire, à savoir l'obligation qu'avait la municipalité d'imposer des taxes afin d'indemniser le propriétaire victime d'une émeute, peut être vue comme une forme de mutualisation et de répartition des risques sociaux. Bien qu'étant de nature législative, cette mesure se distingue de la conception traditionnelle des *torts* qui repose avant tout sur l'idée d'une sphère d'action relevant de la responsabilité personnelle où les pouvoirs publics ne devraient pas intervenir⁴⁴³. Mentionnons que dans cette dernière affaire, la Ville de Québec n'était aucunement fautive et n'était d'ailleurs pas poursuivie en raison d'une quelconque faute pour ne pas avoir mis fin à l'émeute. En effet, la source de l'obligation municipale résultait directement d'une disposition expresse obligeant la municipalité à indemniser toute personne dont les biens avaient été endommagés lors d'une émeute ayant eu lieu sur le territoire de la municipalité, et ce, malgré l'absence de toute faute.

⁴⁴² Ibid, p. 248.

⁴⁴³ Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown & Co., 1881, p. 94 à 96.

En outre, il coule de source qu'une émeute constitue le plus souvent un événement imprévu et que les décisions face à un tel événement impliquent généralement une dimension de nature discrétionnaire de la part des autorités publiques. Cependant, par son intervention législative, le législateur avait décidé qu'il incombait à la municipalité de pourvoir à l'indemnisation des victimes. À n'en pas douter, cette loi constituait une mesure sociale qui préfigurait déjà les nombreuses autres mesures qui seront adoptées après la Seconde Guerre mondiale.

Parallèlement à cette reconnaissance judiciaire des mesures sociales instaurées par le législateur, les tribunaux ne firent pas pour autant preuve d'activisme judiciaire. À cet égard, ces derniers adoptèrent le plus souvent une attitude empreinte de déférence concernant l'exercice du pouvoir réglementaire, et ce, de façon à distinguer entre les excès de pouvoir et les actions fautives. À ce titre, l'arrêt *Marien*⁴⁴⁴ constitue un très bon exemple.

À la suite du refus de la municipalité de lui accorder un permis de construction en raison d'une absence de conformité réglementaire, le propriétaire d'un projet immobilier contesta la décision ainsi que la légalité du règlement devant la Cour supérieure qui prononça l'invalidité de celui-ci et ordonna à la municipalité de délivrer le permis. La Cour d'appel confirma cette décision. Toutefois, en raison du contexte économique qui était moins propice, le propriétaire ne réclama pas son permis et intenta une seconde procédure en responsabilité en reprochant à la municipalité d'avoir défendu avec entêtement la validité de son règlement et de sa décision. Cette action fut accueillie en faveur du

⁴⁴⁴ *Ville Saint-Laurent c. Marien*, [1962] S.C.R. 580.

propriétaire et confirmée par la Cour d'appel qui reconnut notamment que la municipalité avait été négligente en ne se rendant pas compte de l'invalidité de son règlement, et ce, bien que cette dernière ait toujours cru en la légalité de celui-ci.

La Cour suprême, sous la plume de monsieur le juge Fauteux, infirma ces jugements au motif que les instances inférieures ne pouvaient inférer l'existence d'une faute sur le fondement de l'invalidité du règlement et de l'octroi de l'ordonnance de mandamus. Ainsi, après avoir rappelé le principe cardinal selon lequel la bonne foi doit toujours se présumer, le juge Fauteux exposa les motifs de sa décision en ces termes :

La décision finale sur le mandamus fut fondée juridiquement sur l'interprétation du règlement et pour en déterminer le sens et la portée véritables la Cour n'avait pas en cette cause à s'occuper de la question de savoir si les membres du Conseil et les officiers de l'appelante avaient été de bonne ou de mauvaise foi en en faisant eux-mêmes l'interprétation. C'est l'interprétation et non l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui était en question il n'y pas identité d'objet entre le jugement sur le mandamus et celui rendu en la présente cause.⁴⁴⁵

La Cour ajoute que la véritable cause expliquant l'abandon du projet immobilier était le contexte économique. En somme, une autorité publique n'est pas de mauvaise foi pour avoir défendu son règlement et, en l'absence d'un abus d'ester en justice, la municipalité ne pouvait engager sa responsabilité. Enfin, monsieur le juge Fauteux souligne qu'il n'existe en droit public aucun principe justifiant l'octroi de dommages pour l'adoption d'un règlement déclaré ultérieurement invalide ou pour un permis ayant été accordé sans droit⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Ibid, p. 585.

⁴⁴⁶ Ibid, p. 587.

Le raisonnement exposé par la Cour repose ainsi sur la distinction entre la validité du pouvoir, laquelle repose sur la notion de compétence et de *vires*, et la faute civile qui relève plutôt de l'exercice d'un droit. En l'espèce, l'erreur dans l'interprétation de la portée du pouvoir sur le plan du droit public ne constituait pas pour autant une faute civile impliquant un manquement aux exigences de prudence et de diligence. En outre, la question sous-jacente qui était ici en litige avait trait à l'imputabilité de l'autorité municipale dans ses fonctions réglementaires, c'est-à-dire quasi-législatives et donc politiques. Dès lors, l'enjeu fondamental que recelait cette affaire mettait en cause la justiciabilité de l'acte réglementaire ainsi que l'imputabilité politique. Pour énoncer la question de façon simple : l'adoption d'un règlement invalide constitue-t-elle en soi une faute? Bien que la Cour n'y réponde pas de façon explicite, nous pouvons néanmoins conclure de cet arrêt que la question appelle une réponse négative.

Il faudra attendre l'arrêt *Welbridge*⁴⁴⁷ afin que cette question reçoive une réponse explicite et détaillée. Ce dernier arrêt a d'ailleurs partiellement contribué à paver la voie à l'élaboration jurisprudentielle de la distinction entre les actes politiques/opérationnels que nous aborderons dans le cadre de notre prochaine partie. Cependant, afin de bien comprendre le principe nouvellement développé par ce dernier arrêt, il est d'abord important de faire un court détour par la jurisprudence américaine qui, sous l'influence de monsieur le juge Laskin, trouvera droit de cité parmi les principes énoncés dans l'arrêt *Welbridge*.

⁴⁴⁷ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957.

3.1.2 Une certaine doctrine jurisprudentielle américaine

Quelques années avant l'arrêt *Anns*, les notions d'actes politiques et opérationnels avaient fait l'objet d'une analyse particulière par la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Dalehite*⁴⁴⁸ et *Indian Towing*⁴⁴⁹. Il convient donc de parler brièvement de ces jugements en raison du fait que, d'une part, dans l'arrêt *Anns* Lord Wilberforce cite au passage l'arrêt *Indian Towing* à titre d'exemple d'acte opérationnel et que, d'autre part, certains auteurs canadiens ainsi que la Cour suprême y font encore parfois référence⁴⁵⁰. Ces deux arrêts portaient sur les articles 1346(b), 2674 et 2680(a) du *Federal Tort Claims Act*⁴⁵¹ en vertu desquels les actions en responsabilité étaient autorisées contre le gouvernement fédéral à l'exception, notamment, des actes ou omissions «*based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the government, whether or not the discretion involved be abused*»⁴⁵².

Mentionnons simplement que l'arrêt *Dalehite* concernait une action en responsabilité à la suite d'une explosion de produits fertilisants à base de nitrate d'ammonium où le gouvernement américain était poursuivi pour négligence dans la préparation de son programme et d'entreposage de ce dernier. En s'inspirant des textes législatifs, les juges majoritaires conclurent à l'absence de responsabilité concernant les décisions qui avaient

⁴⁴⁸ *Dalehite et al v. United States*, (1953) 346 U.S. 15.

⁴⁴⁹ *Indian Towing Co. v. United States*, (1955) 350 U.S. 61.

⁴⁵⁰ Jean-Denis ARCHAMBAULT, *La responsabilité extracontractuelle de l'État*, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 11; Peter W. HOGG., Patrick J. MONAHAN., Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, Fourth Edition, Carswell, 2011, p. 226. Voir notamment *R. c. Imperial Tobacco Canada*, [2011] 3 R.C.S. 45; *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41.

⁴⁵¹ *Federal Tort Claims Act.*, 28 U.S.C.

⁴⁵² *Ibid*, Section 1346(b).

été prises «*at a planning rather than operational level and involved considerations more or less important to the practicability of the Government's fertilizer program*»⁴⁵³.

Pour sa part, l'affaire *Indian Towing* concernait une poursuite contre le gouvernement américain qui, pour ne pas avoir veillé au bon entretien d'un phare côtier, était accusé d'avoir causé un accident maritime. La Cour conclut à la responsabilité du gouvernement en énonçant que la décision d'entreprendre et d'offrir un service de phare était discrétionnaire, mais qu'une fois cette décision prise, la décision d'opérer le phare avait fait naître une attente et une confiance (*reliance*) dans l'opération et le service de signalisation offert et que, dès lors, il existait une obligation pour les autorités «*to use due care to make certain that the light was kept in good working order*»⁴⁵⁴. C'est ce dernier exemple qui fut, dans un très bref passage de *Anns*⁴⁵⁵, cité par Lord Wilberforce comme exemple d'une décision opérationnelle.

Cependant, il serait quelque peu exagéré de concevoir cette jurisprudence américaine comme constituant un fondement conceptuel à la distinction énoncée dans *Anns*. En effet, d'une part, ainsi que nous venons de le préciser, la jurisprudence américaine n'est citée que

⁴⁵³ *Dalehite et al v. United States*, (1953) 346 U.S. 15, p. 42. Pour leur part, les trois juges minoritaires conclurent à la responsabilité du gouvernement en affirmant que «*The common sense of this matter is that a policy adopted in the exercise of an immune discretion was carried out carelessly by those in charge of detail. We cannot agree that all the way down the line there is immunity for every balancing of care against cost, of safety against production, of warning against silence*» et ajoutèrent pour clore leurs motifs que «*The King can do no wrong has not been uprooted; it has merely been amended to read, «The King can do only little wrong*» (p. 58 à 60). Il est à noter que la distinction entre le «*planning*» et l'«*operational*» fut abandonnée dans l'arrêt *U.S. v. Gaubert*, 111 S. Ct. 1267, (1991), où la Cour suprême américaine fit de la notion de discrétion dans l'exercice de l'intérêt public le seul véritable critère de l'immunité, laquelle discrétion peut donc inclure tout acte allant au-delà du «*planning*» ou du «*policy making*» et ne se limitant pas à ceux-ci : «*there is nothing in that description that refers exclusively to policy making or planning functions*» (*Gaubert*, p. 1275). Cependant, il est à noter que le juge Scalia signa une forte dissidence dans laquelle il défendit la pertinence de la distinction entre les actes politiques et opérationnels.

⁴⁵⁴ *Indian Towing Co. v. United States*, (1955) 350 U.S. 61, p. 69.

⁴⁵⁵ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728, [1978] 2 All ER 492, p. 502.

de façon fugace, à titre de simple exemple. D'autre part, l'élément sur lequel repose la distinction entre les décisions politiques et opérationnelles, à savoir le caractère discrétionnaire, est déjà présent dans les arrêts *East Suffolk*⁴⁵⁶ et *Home Office v. Dorset Yacht*⁴⁵⁷. Dans *Anns*, ce dernier arrêt fait d'ailleurs l'objet d'une analyse importante par Lord Wilberfoce sur le lien entre l'immunité et la nécessité d'une discrétion respectant le pouvoir conféré par la loi.

De surcroît, la distinction américaine oppose les décisions de type « planning » à celles de type opérationnel. La notion de « planning » semble être partiellement déterminée en fonction de ce que n'est pas une décision opérationnelle. Ainsi, si la notion américaine d'opération est certes similaire à celle de *Anns*, la notion de « planning » diffère quant à elle par son caractère plus large, puisque cette dernière englobait non seulement la décision politique de créer et de concevoir le programme de fertilisation de produits chimiques, mais également les étapes ayant trait aux conditions d'entreposage. Ainsi, selon le critère d'*Anns*, la décision d'inspecter l'édifice était soumise à une obligation de prudence, alors que selon *Dalehite*, une telle obligation aurait sans doute été englobée dans les étapes ultérieures du « planning », lesquelles bénéficient également de l'immunité. Par conséquent, bien que semblables, les catégories utilisées par la jurisprudence américaine et britannique demeurent partiellement différentes dans leur portée.

Néanmoins, souvenons-nous que l'arrêt *Anns* date de 1978, alors que l'arrêt *Dalehite* date de 1953. Or, l'arrêt *Welbridge* fut rendu en 1971 et lorsque le juge Laskin chercha un fondement à l'immunité des actes réglementaires des autorités publiques, il trouva en cette

⁴⁵⁶ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1940] 4 All ER 527.

⁴⁵⁷ *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.*, [1970] 2 All ER 294, p. 332.

jurisprudence américaine les assises dont il avait besoin. Cet arrêt fut donc pertinent dans le développement de la distinction entre les actes politiques et opérationnels.

L'arrêt *Welbridge*⁴⁵⁸ mettait en cause un prometteur immobilier qui avait obtenu de l'autorité municipale un changement à son règlement de zonage afin de pouvoir concrétiser son projet. Toutefois, l'autorité municipale omit de respecter l'obligation procédurale exigeant la communication d'avis publics relativement à la modification à apporter au règlement de changement de zonage. La validité du règlement fut attaquée par des citoyens contestant le projet. Face à cette contestation, l'émission du permis fut suspendue, mais la commission d'ajustement municipale, laquelle était une autorité indépendante de la municipalité, ordonna l'émission du permis. Or, peu de temps après, le règlement modifiant le zonage fut déclaré invalide en raison de l'absence d'avis, ce qui causa l'arrêt des travaux entrepris. C'est alors que le promoteur immobilier intenta une action en dommages contre l'autorité municipale qui, selon les prétentions du prometteur, n'avait pas respecté ses obligations de prudence et de diligence en vertu desquelles elle aurait dû s'assurer du respect des procédures d'adoption du règlement.

D'emblée, au nom d'une Cour unanime, monsieur le juge Laskin affirme que les principes en matière de négligence énoncés dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*⁴⁵⁹ ne sauraient s'appliquer aux organismes administratifs législatifs et quasi judiciaires⁴⁶⁰. C'est dans ce contexte que le juge Laskin renvoie aux principes de l'arrêt *Dalehite*⁴⁶¹ en vertu desquels une autorité publique exerçant un acte de puissance publique ne peut faire l'objet

⁴⁵⁸ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957.

⁴⁵⁹ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

⁴⁶⁰ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 967.

⁴⁶¹ *Dalehite et al v. United States*, (1953) 346 U.S. 15.

d'une poursuite en dommages en raison du *public policy* qui légitime l'action publique. Pour des raisons de traduction⁴⁶², il convient ici de citer l'extrait dans sa version anglaise originale où le juge Laskin cite la dissidence du juge Jackson de la Cour suprême américaine :

Beyond this, I would adapt to the present case what the late Mr. Justice Jackson said in dissent in *Dalehite v. United States*, at p. 59 (a case concerned with the Federal Tort Claims Act, 1946, of the United States), as follows:

When a [municipality] exerts governmental authority in a manner which legally binds one or many,

[it] is acting in a way in which no private person could. Such activities do and are designed to affect, often deleteriously, the affairs of individuals, but courts have long recognized the public policy that such [municipality] shall be controlled solely by the statutory or administrative mandate and not by the added threat of private damage suits.

(The words in brackets are mine).⁴⁶³ (Nous soulignons)

Il est à noter que, dans *Dalehite*, tant les juges majoritaires que minoritaires adoptèrent la distinction *planning/operational* et que le désaccord entre les magistrats ne portait que sur l'interprétation et la qualification des faits. Ainsi, la notion de *public policy*, qui est généralement traduite par « politique publique », renvoie clairement à la nécessité de reconnaître une marge de manœuvre aux autorités publiques qui agissent dans l'exercice de leur puissance étatique au nom de l'intérêt général et de la collectivité et qui, à ce titre, sont appelées à faire des choix et à prendre des décisions impliquant des arbitrages parfois

⁴⁶² La traduction française traduit maladroitement l'expression « public policy » par l'expression « principe d'ordre public ».

⁴⁶³ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 967. Le juge Laskin a sans doute privilégié de citer la dissidence du juge Jackson en raison du fait que ce dernier examine également l'immunité dans un contexte de responsabilité municipale. Toutefois, le juge Jackson prend préalablement la peine de préciser que, notamment en matière de responsabilité municipale, l'état du droit est désespérément confus : « *Whatever the substantiality of this dichotomy, the cases which have interpreted it are in hopeless confusion* » (*Dalehite et al v. United States*, (1953) 346 U.S. 15. p. 59).

difficiles. Il s'agit là d'une responsabilité politique qui dérive du mandat confié à l'entité publique par le législateur.

En outre, lorsqu'elle fait de tels choix, la municipalité n'exerce pas des droits comme le ferait une personne privée, mais elle exerce des pouvoirs aux fins du bien public. C'est d'ailleurs la précision apportée par le juge Laskin qui décrit les diverses fonctions exercées par les municipalités, à savoir, d'une part, les fonctions législatives et quasi judiciaires relevant de la sphère publique et, d'autre part, les fonctions se rattachant aux affaires commerciales (*business*) appartenant à la sphère privée et contractuelle dans le cadre de laquelle la municipalité peut engager sa responsabilité comme toute autre personne⁴⁶⁴.

Monsieur le juge Laskin poursuit son raisonnement sur la question de la responsabilité des autorités publiques en procédant à la distinction entre ce qu'il nomme le « niveau opérationnel » des fonctions municipales par rapport au « niveau législatif ou quasi-judiciaire » :

Au niveau qu'on pourrait appeler celui des opérations, une municipalité n'est pas la même qu'au niveau législatif ou quasi judiciaire où elle exerce un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Elle peut alors (tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada) excéder ses pouvoirs, ainsi que le penserait finalement un tribunal, bien qu'elle ait suivi le conseil d'avocats. Dans ces circonstances, il serait inconcevable qu'on puisse dire qu'elle a une obligation de diligence qui entraîne sa responsabilité pour dommages si elle y manque. « *L'invalidité n'est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité* » [TRADUCTION] : voir Davis, 3 *Administrative Law Treatise*, 1958, p. 487.⁴⁶⁵

À notre connaissance, cette utilisation de la distinction entre les sphères ou les niveaux opérationnel et législatif ou quasi judiciaire constitue la première occurrence de ce

⁴⁶⁴ Ibid, p. 968.

⁴⁶⁵ Ibid, p. 968-969.

qui deviendra la distinction des actes politiques et opérationnels. À ce propos, les professeurs Hogg, Monahan et Wright soulignent qu'en droit canadien il est généralement reconnu que la distinction des actes politiques/opérationnels fut officiellement énoncée dans l'arrêt *Kamloops*⁴⁶⁶, bien que cette distinction soit déjà implicitement présente dans l'arrêt *Welbridge*⁴⁶⁷. Ces derniers voient en cet arrêt les signes avant-coureurs qui conduiront ultimement la Cour suprême à souscrire officiellement à ces principes. À vrai dire, en droit canadien, la première référence à la distinction politique/opérationnel telle que développée dans l'arrêt *Anns* est l'arrêt *Barratt*⁴⁶⁸. Les préceptes de l'arrêt *Welbridge* reviendront toutefois sporadiquement au cours des décennies suivantes.

Par ailleurs, s'il ne fait aucun doute que le terme « opérationnel » est un emprunt à l'arrêt *Dalehite*, il est pertinent de remarquer que le juge Laskin préfère utiliser la notion de *public policy* rattachée aux actes législatifs et quasi-judiciaires plutôt que d'utiliser la notion de « planning » qui est employée dans la jurisprudence américaine afin d'identifier les actes discrétionnaires de puissance publique bénéficiant de l'immunité en matière de responsabilité. À notre avis, il est manifeste que ce choix est délibéré et révèle l'intention de ne pas accorder une portée aussi grande que celle reconnue en droit américain. Ainsi, bien que la notion de discrétion soit commune aux décisions de *planning* et à celles résultant des fonctions législatives et quasi judiciaires, l'inapplicabilité des principes du *tort of negligence* se limite ici à la discrétion liée à l'adoption de l'acte de puissance publique à son stade strictement politique.

⁴⁶⁶ *Kamloops (City) v. Nielson*, [1984] 2 R.C.S. 2.

⁴⁶⁷ Peter W. HOGG., Patrick J. MONAHAN., Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, Fourth Edition, Carswell, 2011, p. 226.

⁴⁶⁸ *Barratt v. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418.

Il est également pertinent de noter qu'une partie de l'analyse du juge Laskin distingue les actes d'affaires (business powers) par rapport aux pouvoirs réglementaires⁴⁶⁹. Selon nous, cette distinction permet de penser que la différence entre les actes politiques et opérationnels, telle que conçue par le juge Laskin, repose également sur une distinction entre le droit privé et le droit public. L'expression « business powers » semble ainsi concevoir la municipalité agissant comme partie à un contrat privé, alors que dans l'exercice de son pouvoir public elle agit manifestement « en qualité de législateur »⁴⁷⁰. Dès lors, cela laisse supposer que les actes opérationnels auraient un lien avec les actes de gestion privée et ne sauraient appartenir ou être intégrés aux actes de puissance publique⁴⁷¹.

Nous verrons toutefois que la jurisprudence canadienne développera souvent une conception plus large de l'acte opérationnel, celui-ci pouvant être vu comme étant la concrétisation matérielle de l'acte public et donc comme participant à ce dernier. Dans *Welbridge*, l'action en responsabilité impliquait clairement la remise en question de l'exercice de la puissance publique et, à ce titre, elle fut donc rejetée.

Il est pertinent de souligner que cet arrêt constitue une reconnaissance sans équivoque du principe selon lequel « *l'invalidité n'est pas le critère de la responsabilité* »⁴⁷².

⁴⁶⁹ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 968.

⁴⁷⁰ *Ibid*, p. 968.

⁴⁷¹ Cette distinction serait alors similaire à la distinction entre les notions de *Jure Imperii* et *Jure Gestionis*, propre au droit international en vertu desquelles seuls les actes de souveraineté des États peuvent bénéficier d'une immunité, alors que les actes commerciaux exercés par les États sont assimilés aux actes de corporations ou d'entités privées, lesquels actes ne bénéficient alors d'aucune immunité. Voir notamment *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997 et plus récemment *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, [2010] 2 R.C.S. 571, par. 27 et suivants. Par ailleurs, cette distinction fait également penser à celle exposée par le juge en chef Duval, dans l'arrêt *Corporation of Montreal v. Doolan*, (1871) 18 L.C.J. 124, p. 127 (C.A.), où ce dernier opposait les fonctions législatives aux fonctions privées de la municipalité.

⁴⁷² *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 969.

Mentionnons toutefois un point qui nous semble non négligeable concernant la nature de l'illégalité du règlement dont il était question dans cette affaire. En effet, avant de procéder à une analyse approfondie de la question, monsieur le juge Laskin précise que l'« *invalidité tenait non pas à un défaut de compétence, mais plutôt à l'inobservation de procédures préalables que la municipalité elle-même s'était imposée relativement à l'avis à donner aux parties intéressées* »⁴⁷³. Cela laisse supposer qu'une illégalité relevant d'un excès de compétence ou d'une absence de compétence aurait peut-être modifié le prisme de l'analyse.

À ce sujet, rappelons que dans l'arrêt *Home Office*⁴⁷⁴, où la Chambre des lords reconnut l'application d'un *duty of care* aux actes fautifs des gardiens qui n'avaient pas été vigilants dans la surveillance des jeunes contrevenants, Lord Diplock avait précisé que le principe en vertu duquel une autorité publique ne saurait engager sa responsabilité lorsqu'elle exerce des fonctions réglementaires ne pouvait trouver application en présence d'un excès de compétence⁴⁷⁵. Il faut donc garder à l'esprit que le principe énoncé par le juge Laskin s'inscrit dans un contexte d'invalidité n'affectant pas la compétence de l'autorité publique.

Cependant, cet arrêt soulève plusieurs questions et demeure ambigu à certains égards. C'est ainsi qu'il y a lieu de s'interroger sur l'affirmation selon laquelle une municipalité

⁴⁷³ Ibid, p. 962.

⁴⁷⁴ *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294.

⁴⁷⁵ Ibid, p. 335.

pourrait «*tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada excéder ses pouvoirs*»⁴⁷⁶ sans que cela constitue une faute⁴⁷⁷.

Nous pouvons donc constater que l'arrêt *Welbridge* laisse en suspens plusieurs questions et enjeux, notamment sur les conséquences d'un excès de compétence d'une autorité subalterne ainsi que sur le fondement de l'immunité en matière extracontractuelle au regard du statut de l'organisme qui bénéficie de cette dernière. Ces questions décisives seront approfondies dans le cadre de notre dernière partie. Examinons maintenant comment la Cour suprême accueille les principes énoncés dans l'arrêt *Anns* et, plus particulièrement, les notions de *policy* et d'acte opérationnel.

3.2. Réception et évolution de la dichotomie en *common law* canadienne

Bien que la distinction puisse, *a priori*, sembler s'énoncer en termes clairs, la portée des notions de *policy* et d'acte opérationnel ont reçu plusieurs interprétations différentes au cours des décennies ayant suivi leur adoption par la Cour suprême à la suite de l'arrêt *Anns*. Soulignons qu'à leurs débuts, ces notions ont d'abord été développées dans les juridictions de *common law*. Nous procéderons donc à un examen de ces premiers arrêts qui ont façonné ces notions pour ensuite, dans une seconde partie, nous concentrer plus spécifiquement sur l'évolution des critères jurisprudentiels permettant de définir et de mieux circonscrire les notions de *policy* et d'acte opérationnel.

⁴⁷⁶ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 969.

⁴⁷⁷ Or, comme nous l'avons préalablement vu dans le cadre de notre partie historique, il est bien reconnu depuis l'arrêt *Lynch v. Canada North-Westland Company*, (1891) 19 S.C.R. 204 qu'une municipalité est une administration décentralisée et une créature de la législature, voir notamment *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 15 et *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 70-81-82.

3.2.1 Les premiers jalons

C'est de façon plutôt discrète que les principes de l'arrêt *Anns*⁴⁷⁸ furent adoptés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Barratt*⁴⁷⁹. En effet, c'est dans le contexte d'un banal accident de vélo causé par un nid de poule que la Cour fut appelée à appliquer pour la première fois la distinction politique/opérationnel telle que conçue dans l'arrêt *Anns*. Le plaignant poursuivit la municipalité pour ne pas avoir détecté et réparé le nid de poule en sachant que de tels accidents se produisaient fréquemment. Or, l'entretien, la détection et la réparation des routes municipales relevaient d'un système d'inspection conçu et adopté par la municipalité en vertu de la législation. En outre, les normes adoptées en matière d'inspection prévoyaient une inspection toutes les deux semaines et le tronçon de route concerné avait été inspecté une semaine auparavant. Par ailleurs, la poursuite ne prétendait pas qu'il y avait eu négligence lors de l'inspection, mais se limitait à dire que la municipalité aurait dû être plus prévoyante en raison de la formation fréquente de nids de poule.

Sous la plume de monsieur le juge Martland, la Cour suprême souscrivit explicitement aux principes de l'arrêt *Anns*. En outre, un examen de la loi l'amena à conclure que la municipalité n'avait aucune obligation légale de réparer les routes, mais plutôt le pouvoir de construire, d'entretenir et d'améliorer celles-ci⁴⁸⁰. D'autre part, la Cour conclut également que l'entretien et la détection de cavités sur la route étaient tributaires de la fréquence et des exigences des inspections prévues par le système, lequel relevait entièrement de la sphère politique et non de la mise en œuvre de celle-ci :

⁴⁷⁸ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728, [1978] 2 All ER 492.

⁴⁷⁹ *Barratt c. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418.

⁴⁸⁰ *Ibid*, p. 426.

À mon avis, il n'existe pas d'obligation semblable. La Municipalité, un corps public, a exercé son pouvoir d'entretenir Marine Drive. La Loi ne l'obligeait pas à le faire. La méthode qu'elle a choisie pour exercer ce pouvoir est une question de politique qu'il lui appartenait de déterminer. Si, dans l'application de sa politique, ses employés avaient agi de façon négligente, causant des dommages, sa responsabilité aurait pu être engagée, mais on ne peut juger que la Municipalité a été négligente parce qu'elle a élaboré une politique d'entretien plutôt qu'une autre.⁴⁸¹. (Nous soulignons)

Après avoir cité l'arrêt *Anns*, monsieur le juge Martland renvoie à un extrait fort intéressant de la dissidence de Lord du Parcq dans l'arrêt *East Suffolk*⁴⁸² où ce dernier affirmait qu'il ne revenait pas à un tribunal de déterminer si l'exercice des pouvoirs politiques étaient raisonnables et opportuns en raison du fait que cette question «*exige de tenir compte des politiques et parfois de l'équilibre des besoins opposés d'efficacité et d'économie*»⁴⁸³. Le juge Martland précise que la *Chambre des lords* souscrivit à cette dissidence en renversant les juges majoritaires de la Cour d'appel⁴⁸⁴ et que cette même dissidence fut réitérée par Lord Wiberforce dans l'arrêt *Anns*⁴⁸⁵.

Ce dernier point est à notre avis particulièrement significatif, car il confirme que la notion de politique mise de l'avant dans *Anns* se trouvait déjà exposée dans *East Suffolk*. À cet égard, il semble que les propos de monsieur le juge Martland confirment notre interprétation et nos conclusions exposées dans le cadre de notre analyse de l'arrêt *Anns* où nous exprimions également l'idée que la notion de *policy* n'est pas tirée *ex nihilo* de l'arrêt *Anns*, mais est puisée à même l'examen de l'opinion de Lord du Parcq qui reconnaissait une place prépondérante aux élus dans la gestion des ressources économiques de la collectivité. Cela vient également étoffer l'idée qu'en matière de responsabilité, la notion

⁴⁸¹ Ibid, p. 428.

⁴⁸² *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319.

⁴⁸³ *Barratt c. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418, p. 428.

⁴⁸⁴ *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1941] A.C. 1941.

⁴⁸⁵ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728, [1978] 2 All ER 492, p. 501.

de *policy* qui est au cœur de la distinction n'est pas un emprunt à la jurisprudence américaine, bien que cette dernière eut une influence importante, puisque l'arrêt *East Suffolk* est antérieur à l'arrêt *Dalehite*.

Par ailleurs, il apparaît que la déférence des tribunaux à l'égard de la gestion des ressources matérielles et des finances publiques par les élus implique une reconnaissance de la légitimité et de l'imputabilité politiques dans l'examen de ces questions. Ces principes expliquent l'énoncé du juge Martland qui clôt son analyse en concluant que la « *détermination de la méthode par laquelle la Municipalité a décidé d'exercer son pouvoir d'entretenir la rue, y compris son système d'inspection, était une question de politique ou de planification et qu'en l'absence de négligence dans l'application même de ce plan, la réclamation de l'appelant doit échouer* »⁴⁸⁶. Ainsi, selon la Cour, non seulement la loi n'imposait-elle aucune obligation à la municipalité, mais elle conférait une large discrétion à cette dernière concernant l'entretien et le système d'inspection.

Cette première décision canadienne permet de constater que la réception des principes de l'arrêt *Anns* et de la distinction politique/opérationnel en droit canadien ne semblait pas poser de problèmes d'un point de vue pratique. Toutefois, mentionnons que la Cour n'a pas jugé utile de procéder à la première étape de l'examen énoncé dans *Anns*, à savoir l'existence d'un lien de proximité et de prévisibilité, afin de déterminer si la municipalité avait une obligation de prudence et de diligence à l'égard de la victime. Cette omission s'explique sans doute en raison du fait qu'il semblait manifeste aux yeux de la Cour qu'en vertu de la loi, l'entretien des routes relevait de la sphère politique. Dès lors,

⁴⁸⁶ *Barratt c. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418, p. 428.

même en présence d'une telle obligation, cette dernière aurait été battue en brèche par cette discrétion politique.

Notons également que la Cour ne dit mot sur l'arrêt *Welbridge* et n'y fait même pas allusion. Par contre, la référence à l'arrêt *East Suffolk* explique peut-être pourquoi il semble si important pour la Cour de souligner que la loi n'impose aucune obligation d'entretien à la municipalité⁴⁸⁷. Sans le dire explicitement, la Cour renvoie alors à la distinction devoir/pouvoir qui fut pourtant expressément désavouée par l'arrêt *Anns*. D'autre part, la Cour ne semble guère s'interroger sur le fondement de l'immunité accordée aux actes politiques. En effet, les arguments selon lesquels une immunité doit être accordée en raison du fait que les actes reprochés affectent des politiques budgétaires et sont susceptibles de porter atteinte à l'efficacité de l'autorité publique sont certainement des éléments pertinents et non négligeables, mais ils ne sauraient pour autant constituer à eux seuls un fondement sur le plan des principes juridiques.

Par ailleurs, cet arrêt a le mérite d'exposer l'état du droit dans le cadre de motifs concis et unanimes. Nous verrons cependant que cette belle unanimité ne fut que de courte durée et que la notion de discrétion inhérente à la sphère politique fera l'objet d'âpres débats jurisprudentiels au cours des décennies suivantes.

Moins de cinq ans après l'arrêt *Barratt*, l'arrêt *Kamloops*⁴⁸⁸ donna l'occasion à la Cour suprême de réexaminer les principes de la responsabilité des autorités publiques à la lumière de la distinction politique/opérationnel. Sans être identiques, les faits de cette

⁴⁸⁷ Ibid, p. 426.

⁴⁸⁸ *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

affaire ressemblaient à ceux de l'arrêt *Anns*. Le principe soulevé par ce litige concernait l'obligation qui incombe à une municipalité de considérer la possibilité d'exercer son pouvoir politique lorsque des mesures réglementaires ne sont pas respectées.

Cette affaire mettait en cause un citoyen qui avait obtenu de la municipalité une approbation des plans de construction d'une maison. Toutefois, à la suite de plusieurs inspections, une ordonnance d'arrêt des travaux fut émise pour ensuite être levée, en raison de mesures visant à rectifier les irrégularités, pour finalement être réémise parce que le propriétaire avait cessé de coopérer avec les autorités municipales. Malgré l'ordonnance, le propriétaire poursuivit les travaux et vendit la maison à son père qui était conseiller municipal, lequel intervint auprès du conseil afin que la municipalité cesse toute action. Les travaux furent donc exécutés sans permis et en infraction de la réglementation. Quelques années plus tard, la maison fut vendue et le nouveau propriétaire constata les vices affectant la fondation de la maison. Ce dernier intenta alors une action contre le vendeur ainsi que contre la municipalité pour avoir fait preuve de négligence en ayant omis de faire respecter l'ordonnance des travaux.

Les tribunaux inférieurs accueillirent l'action et la Cour suprême confirma ces jugements. Dans leurs motifs, rédigés par la juge Wilson, les juges majoritaires procédèrent à un examen détaillé de l'arrêt *Anns*. La juge Wilson rappelle les deux étapes en matière de *tort of negligence* comme suit :

1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties (les autorités locales et la personne qui a subi les dommages) pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu? ⁴⁸⁹

Par ailleurs, il est à noter que la première étape a donné lieu à une divergence d'interprétation quant à savoir si la notion de proximité est synonyme de prévisibilité ou si cette dernière notion constituait une exigence supplémentaire⁴⁹⁰. C'est la conception privilégiant la synonymie qui a emporté l'adhésion de la Cour, mais le critère de prévisibilité sera ultérieurement considéré comme une exigence supplémentaire lors de l'arrêt *Cooper*⁴⁹¹. Précisons que cette étape visant à déterminer l'existence d'une obligation de prudence et de diligence n'est pas pertinente en droit québécois, car une telle obligation est imposée par l'article 1457 du *Code civil du Québec*⁴⁹².

C'est dans le cadre de la seconde étape que la question de la discrétion politique est examinée et pourra possiblement faire échec à cette obligation de prudence *prima facie*. Comme le soulignent les professeurs Hogg, Monahan et Wright, «*The bulk of the analysis was left to the second stage, where courts were required to consider whether there were good policy reasons to negate or otherwise limit the existence of a prima facie duty of care*»⁴⁹³.

La juge Wilson poursuit son analyse en ajoutant que, conformément aux enseignements de Lord Wilberforce, la détermination de l'obligation de prudence ainsi que

⁴⁸⁹ Ibid, p. 10-11.

⁴⁹⁰ Peter W. HOGG., Patrick J. MONAHAN., Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, Fourth Edition, Carswell, 2011, p. 224-225.

⁴⁹¹ *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537.

⁴⁹² *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991. Avant le C.c.Q., les articles 1053 et 1054 du *Code civil du Bas-Canada* imposaient la même obligation.

⁴⁹³ Peter W. HOGG., Patrick J. MONAHAN., Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, Fourth Edition, Carswell, 2011, p. 225.

les considérations politiques pouvant restreindre cette obligation exigent un examen de la législation applicable en fonction de la nature des pouvoirs conférés. Ainsi, il faut distinguer entre, d'une part, les pouvoirs non discrétionnaires portant atteinte aux droits, mais dont l'exécution négligente engagera la responsabilité de l'autorité publique et, d'autre part, les pouvoirs discrétionnaires impliquant le choix d'agir ou de ne pas agir et dont la dimension politique n'engagera pas la responsabilité, sauf s'il y a un manque de prudence ou de diligence dans la mise en œuvre de ces pouvoirs⁴⁹⁴.

En procédant à l'examen de la loi applicable, madame la juge Wilson constate que celle-ci confère à la municipalité le pouvoir discrétionnaire de réglementer la construction et que le conseil l'a exercé en imposant aux inspecteurs le devoir d'inspecter les bâtiments et de faire appliquer la réglementation sans causer de dommages. En outre, « *la négligence de la ville dans ce cas a été de manquer à son obligation de protéger le demandeur contre la négligence du constructeur* »⁴⁹⁵. L'honorable juge distingue l'arrêt *Barratt* en précisant que dans ce dernier cas la loi n'imposait aucune obligation à la ville, alors qu'en l'espèce les autorités devaient faire respecter le règlement, mais possédaient une discrétion « *quant à la manière de le faire* »⁴⁹⁶.

C'est ici que l'épineuse et subtile question du degré de discrétion dans l'exécution d'un pouvoir se pose. En effet la juge Wilson souligne le passage où Lord Wilberforce précise que la distinction entre le politique et l'exécution est une affaire de degré et qu'en l'espèce l'obligation de faire respecter le règlement comporte des considérations politiques

⁴⁹⁴ *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 11.

⁴⁹⁵ *Ibid*, p. 15.

⁴⁹⁶ *Ibid*, p. 23.

et financières, telles que les décisions d'entamer des procédures afin de remédier aux infractions commises⁴⁹⁷. Vient alors, selon nous, l'un des passages les plus importants de cet arrêt, que nous citons *in extenso*, où la juge reprend et confirme les motifs de la Cour d'appel en ces termes :

De plus, si elle avait étudié la possibilité de prendre l'une ou l'autre de ces mesures et finalement décidé de ne pas le faire, on ne pourrait pas non plus la tenir responsable. Mais il ne lui était pas loisible de ne pas envisager de les prendre. En d'autres termes, si je comprends bien ses motifs, il est d'avis que la ville devait tout au moins envisager sérieusement de prendre les mesures qu'il lui était loisible de prendre pour appliquer le règlement. Si elle avait décidé de ne pas les prendre, supposons pour des motifs d'ordre financier, alors il s'agirait d'une décision de politique valable dans le contexte de l'exécution et les cours ne devraient pas y porter atteinte.⁴⁹⁸

Deux points majeurs doivent être mentionnés. Premièrement, la négligence de la municipalité n'est pas d'avoir refusé d'entamer des procédures judiciaires afin de faire respecter son règlement, laquelle discrétion est de nature politique, mais plutôt de ne pas avoir envisagé d'utiliser son pouvoir, ce qui revient presque à une forme d'abdication. Deuxièmement, la juge Wilson énonce dans une formulation quelque peu sibylline qu'une décision de nature politique peut s'inscrire « *dans le contexte de l'exécution* » du pouvoir et que les tribunaux devraient alors refuser d'intervenir.

Viennent enfin les questions du risque d'avalanches de poursuites et de l'indemnisation financière. La juge Wilson rejette la crainte de possibles avalanches de poursuites en mentionnant que ce risque est très faible en raison des multiples exigences que constituent le fardeau de démontrer l'existence d'une obligation de prudence conjugué aux considérations de politiques publiques qui peuvent faire barrage à de telles poursuites.

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ Ibid, p. 24.

Toutefois, elle souligne de façon laconique que l'exercice pourrait être plus délicat en ce qui concerne les considérations politiques secondaires⁴⁹⁹. La question de l'indemnisation financière, laquelle relève de la *common law* de droit privé et ne s'applique pas en droit civil, est résolue par la reconnaissance du principe qu'« *il faut que la loi crée une obligation de droit privée envers le demandeur en plus de l'obligation de droit public* » et qu'à l'exception de l'exécution fautive, la perte résultant d'une décision politique valide de bonne foi ne peut faire l'objet d'une indemnisation⁵⁰⁰.

Pour leur part, les deux juges minoritaires sont d'opinion que les principes de l'arrêt *Anns* ne s'appliquent pas en l'espèce en raison du fait que, selon eux, le pouvoir d'entreprendre des procédures judiciaires est de nature quasi judiciaire et que ce sont plutôt les principes de l'arrêt *Welbridge* qui doivent ici trouver application. Les juges dissidents ne sont guère loquaces à propos de ce dernier arrêt et se limitent à affirmer qu'un organisme public « *ne peut pas être forcé par un tribunal d'exercer ce pouvoir d'une façon déterminée et qu'il n'a pas l'obligation de droit privé de le faire* »⁵⁰¹. En l'occurrence, les juges dissidents concluent qu'en l'absence de corruption ou de mauvaise foi, la Cour ne devrait pas intervenir. Ceux-ci auraient donc rejeté la poursuite en responsabilité contre la municipalité.

D'une part, cet arrêt a le mérite de préciser et de confirmer que même la sphère politique hautement discrétionnaire impliquant des questions financières ne peut être complètement immunisée d'un examen judiciaire. Toutefois, nous ne pouvons passer sous

⁴⁹⁹ Ibid, p. 36.

⁵⁰⁰ Ibid, p. 35.

⁵⁰¹ Ibid, p. 59.

silence le principe selon lequel il peut y avoir imbrication, voire inclusion, de la discrétion dans la sphère d'exécution ou opérationnelle. En effet, une affirmation vient pour le moins brouiller les pistes. Ainsi, c'est une chose d'affirmer qu'il existe une certaine porosité entre les actes politiques et opérationnels, mais cela en est une autre d'affirmer que l'exécution puisse inclure une dimension politique au point de réduire à néant l'obligation de prudence.

D'ailleurs, non seulement la notion de discrétion est-elle inhérente à la plupart des actes opérationnels, mais cette conception de l'acte politique discrétionnaire semble s'éloigner de celle exposée par la juge Wilson elle-même qui rappelle au début de ses motifs que « *les considérations politiques dépendent souvent de considérations budgétaires* », lesquelles pouvant influencer sur le nombre d'inspecteurs et la fréquence des inspections⁵⁰². En somme, la dimension budgétaire et économique vient souvent influencer la dimension pratique et la mise en œuvre des politiques de telle sorte que l'administration publique aura alors beau jeu de prétendre que la faute opérationnelle résulte d'un manque de moyens financiers.

À ce propos, soulignons que la légitimité des décisions politiques est à peine affleurée lors de brèves références aux arrêts *East Suffolk* et *Anns* qui, comme nous l'avons vu, énoncent l'importance de tenir compte de la nature démocratique des questions d'efficience et d'économie qui doivent être résolues par le « recours au scrutin »⁵⁰³ afin que les tribunaux ne puissent « *s'approprier la compétence propre aux représentants élus et à leurs fonctionnaires* »⁵⁰⁴. Mis à part ces deux passages lapidaires, la Cour demeure

⁵⁰² Ibid, p. 9.

⁵⁰³ Ibid, p. 10.

⁵⁰⁴ Ibid, p. 26.

silencieuse sur les fondements conceptuels de l'immunité politique. Pourtant, la question d'un tel fondement nous semble capitale en raison de la légitimité qu'elle apporterait à la méthode ainsi qu'en nous permettant de remonter à la source des principes afin d'en mieux comprendre les corollaires qui en résultent. Sans pour autant régler la question, le prochain arrêt nous permettra d'approfondir un peu plus cette dimension politique et d'en saisir mieux certains aspects.

*Laurentide Motels*⁵⁰⁵ est le premier arrêt qui reconnaît et applique les principes de l'arrêt *Anns* en droit québécois. À cet égard, il nous permettra de comprendre comment les principes de la responsabilité publique viennent s'arrimer à ceux du droit québécois. Cette question a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre. Cet arrêt offre aussi un excellent exposé de la distinction entre les actes politiques et opérationnels.

Un mauvais entretien hivernal des bornes-fontaines ainsi que de l'aqueduc de la municipalité de Beauport causa une pénurie d'eau qui empêcha les pompiers de faire leur travail convenablement lors d'un incendie. C'est dans ce contexte que la Cour suprême fut amenée à examiner l'application des principes de *common law* de droit public au droit de la responsabilité civile, en plus de mettre fin à une querelle doctrinale sur la nature et la portée du *Code civil du Bas-Canada*.

D'emblée, monsieur le juge Beetz, qui rédige les motifs au nom de la majorité, affirme que le litige soulève la question de la coexistence et de l'interaction de deux systèmes juridiques, à savoir le droit civil privé et la *common law* de droit public. L'un des points de discordance concernant la détermination du droit applicable avait trait à

⁵⁰⁵ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

l'interprétation de l'article 356 C.c.B.C. aux municipalités dans l'exercice d'un acte de puissance publique. Cet article se lit comme suit :

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

Les corporations civiles étant par le fait de l'incorporation rendues personnes morales ou fictives, sont comme telles, régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées.

Le juge Beetz constate que cette soumission des municipalités au droit privé et au droit public a donné lieu à un débat opposant deux interprétations distinctes des principes sous-tendant cette disposition. La première de ces thèses prétend qu'en vertu de l'article 356, les municipalités sont en principe régies par le droit public, mais que la jurisprudence a reconnu que le droit de la responsabilité civile constitue une exception à ce principe et que, sous réserve d'une règle de droit public supplantant le droit civil, les municipalités relèvent de ce régime d'exception, sauf en ce qui a trait aux pouvoirs publics⁵⁰⁶.

Cette interprétation part de la prémisse que les termes « droit civil » énoncés à l'article 356 doivent être interprétés au regard de l'article VIII de l'*Acte de Québec*⁵⁰⁷ en vertu duquel, à la suite de la Conquête, le droit civil se limitait au « *Property and Civil Rights* », alors que les pouvoirs des municipalités étaient régis par le droit public, ce qui implique que le C.c.B.C. ne saurait régir les actes de puissance publique qui relèvent du droit public de *common law*⁵⁰⁸. En l'occurrence, cette thèse avance que l'existence de pouvoirs

⁵⁰⁶ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 716.

⁵⁰⁷ *Acte de Québec* (R.-U.), 14 Geo. 3, chap. 83, art. VIII.

⁵⁰⁸ Jean-Denis, ARCHAMBAULT, « *La responsabilité délictuelle municipale : fondement et application au combat des incendies* », (1981), 41 R du B. 3, p. 12 à 17. En outre, le professeur Archambault explique que l'expression selon laquelle les corporations politiques « *ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement* » exclut les actes de puissance publique qui sont de nature collective.

municipaux conduit à l'application des principes généraux de *common law* de droit public énoncés dans l'arrêt *East Suffolk*⁵⁰⁹, c'est-à-dire la distinction devoir/pouvoir et que le C.c.B.C. n'est pas applicable en cette matière. Dès lors, en l'absence d'un devoir statutaire d'agir, une autorité publique ne peut être tenue responsable par son inaction ou par une action fautive, à moins de démontrer que cette dernière action n'ait créé un nouveau danger ou un préjudice additionnel⁵¹⁰. Cela signifie qu'en l'espèce, la municipalité ne serait pas responsable.

Pour leur part, les tenants de la seconde thèse défendent la distinction de *common law* énoncée dans *Anns* et *Kamloops* en vertu de laquelle seuls les actes de nature opérationnelle pourront en principe engager la responsabilité des autorités publiques et donner lieu à une poursuite en responsabilité civile en vertu du C.c.B.C. et du concept de faute en droit civil⁵¹¹. Ainsi, la première thèse défend l'idée d'une distinction devoir/pouvoir pour tous les actes de puissance publique et prône une application traditionnelle des principes de *common law*, dont *East Suffolk* est le reflet, alors que la seconde thèse scinde la puissance publique en appliquant l'immunité de *common law* aux actes politiques et soumet les actes opérationnels au droit civil. En outre les deux thèses reconnaissent qu'il est toujours

⁵⁰⁹ *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74, [1940] 4 All ER 527. Il est à noter que la première thèse est exposée dans l'article du professeur Jean-Denis ARCHAMBAULT, « *La responsabilité délictuelle municipale : fondement et application au combat des incendies* », (1981), 41 R du B. 3. Pour ce dernier, les municipalités et le droit administratif québécois sont soumis au droit, « *c'est-à-dire le Common law d'Angleterre tel qu'il existait en 1774, avec les modifications apportées subséquemment par le droit statutaire et la jurisprudence de la province de Québec* » (p. 27). Selon cette conception, l'arrêt *East Suffolk* n'est que le reflet d'une jurisprudence traditionnelle antérieure au 19^e siècle, en vertu de laquelle les pouvoirs publics ne sauraient se voir appliquer une obligation de prudence dans l'exercice d'un pouvoir, à moins d'une obligation législative expresse.

⁵¹⁰ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 716-717.

⁵¹¹ Jacques L'HEUREUX, « Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec » (1985), 16 R.G.D. 131; Micheline McNICOLL, « La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies » (1983), 24 C. de D. 379.

loisible au législateur d'adopter une loi encadrant spécifiquement la responsabilité des autorités publiques.

Monsieur le juge Beetz affirme souscrire en grande partie à la seconde thèse et reconnaît qu'en principe les corporations municipales sont assujetties au droit public⁵¹². À cet égard, il souligne que l'appartenance des pouvoirs municipaux au droit public n'empêche pas en soi l'application du droit civil aux municipalités. De l'avis du juge Beetz, le problème consiste à déterminer dans quels cas le droit civil est susceptible de s'appliquer aux municipalités. Afin de répondre à cette question, il considère que même si le droit civil est le droit commun au Québec, celui-ci constitue néanmoins un droit d'exception en matière de droit public. Dès lors, la détermination de l'application des principes civilistes aux municipalités doit trouver sa source en droit public⁵¹³.

À ce propos, le juge Beetz reconnaît que la tâche s'avère délicate, car en principe la common law ne distingue pas officiellement entre le droit public et le droit privé. C'est dans ce contexte que la nature des pouvoirs publics est examinée et mise en relation avec la jurisprudence de common law ayant trait aux actes politiques et opérationnels afin de faire ressortir les caractéristiques propres à celle-ci. Dans cette optique, le juge Beetz procède alors à un bref exposé des principes énoncés dans les arrêts *Anns*⁵¹⁴ et *Kamloops*⁵¹⁵ :

Le pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour donner à l'autorité publique toute la latitude voulue pour prendre des décisions que l'on peut qualifier de décisions de nature politique dont l'autorité devrait être comptable non aux tribunaux, mais à l'électorat ou à la législature. Les arrêts *Anns v. Merton London Borough*

⁵¹² *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 719.

⁵¹³ *Ibid*, p. 721.

⁵¹⁴ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728, [1978] 2 All ER 492.

⁵¹⁵ *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

Council et Ville de Kamloops c. Nielsen, précités, montrent que ces décisions politiques peuvent revêtir diverses formes, allant des règlements municipaux et des résolutions jusqu'aux directives internes, aux décisions administratives et même à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution d'activités relevant du domaine opérationnel. La seule obligation qui incombe à l'autorité concernée dans le domaine des politiques consiste à prendre ses décisions de façon responsable et en conformité avec l'objet de la Loi habilitante. Cependant, le pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur n'est pas général au point d'exempter l'autorité en question de toute responsabilité à l'égard de ses actes. En effet, lorsque cette autorité pénètre dans la sphère opérationnelle de son pouvoir, c'est-à-dire lorsqu'elle passe à l'exécution pratique de ses décisions politiques, elle est responsable du préjudice causé à un particulier par sa négligence.⁵¹⁶ (Nous soulignons)

Quatre éléments ressortent de cet examen. Premièrement, le juge Beetz met à l'avant-plan le principe d'imputabilité démocratique qui légitime la discrétion et la latitude accordées aux décideurs. Deuxièmement, il souligne la nature multiple des décisions politiques qui peuvent s'incarner, et ce, soit par des actes réglementaires ou des résolutions, des directives internes ou encore des décisions administratives et peuvent même inclure certaines activités discrétionnaires se trouvant dans la sphère opérationnelle. Troisièmement, il rappelle le principe en vertu duquel la discrétion doit toujours être exercée conformément à l'objet de la loi. Enfin, il réitère la règle selon laquelle la sphère opérationnelle engage la responsabilité dans la mise en pratique des décisions politiques.

Après avoir énoncé ces principes, le juge Beetz examine alors la question de savoir si la doctrine de *common law* entre les actes politiques et opérationnels relève du droit public ou du droit privé. Dans ce dernier cas, la distinction ne trouverait pas application en droit québécois, alors que si elle relevait du droit public, elle pourrait possiblement s'y appliquer. Afin de trancher la question, il se dit d'avis qu'« *une règle qui ne s'applique qu'aux organismes publics, et dont l'existence et la justification trouvent leur source dans*

⁵¹⁶ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 722.

le caractère public de ces organismes, est assurément de droit public »⁵¹⁷. Or, il rappelle que la doctrine des actes politiques et opérationnels a été énoncée afin de déterminer la possible application du droit privé aux organismes publics. Il coule donc de source que cette doctrine relève du droit public puisqu'elle a été conçue spécifiquement au regard de la nature et de la portée des organismes publics. Par la suite vient la question de savoir comment cette doctrine peut être intégrée au droit québécois eu égard à la norme de prudence. Le juge Beetz y répond comme suit :

Je conclus que bien que la règle de *common law* selon laquelle les corporations municipales sont assujetties au droit privé dans l'exercice pratique de leurs pouvoirs s'applique au Québec, ce n'est pas le cas en ce qui concerne les règles de *common law* relatives à l'existence d'une obligation de diligence. Au Québec, la question de savoir si, dans les circonstances d'une affaire, une municipalité a violé la norme de conduite qui lui est imposée doit être déterminée en fonction du "droit commun" du Québec, énoncé aux art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*⁵¹⁸

Ainsi, les actes relevant de la sphère opérationnelle se voient soumis au droit commun du C.c.B.C. et non au *tort of negligence* avec ses critères de proximité et de prévisibilité. Dans la foulée de cette conclusion, le juge Beetz poursuit en rappelant que puisqu'aucune loi ne réglemente spécifiquement la responsabilité des municipalités, la *common law* de droit public s'appliquera à ces dernières dans la sphère politique, alors que dans la sphère opérationnelle ce seront les principes de la responsabilité du C.c.B.C. En somme, le droit privé trouvera application dans la mesure où le droit public écrit ou de *common law* le permettra, mais une fois que le droit public autorisera l'application du droit privé, ce sera

⁵¹⁷ Ibid, p. 723.

⁵¹⁸ Ibid, p. 724.

alors le droit civil que l'on appliquera aux municipalités et non les notions de *common law*⁵¹⁹.

Le juge Beetz voit d'ailleurs une symétrie entre, d'une part, la distinction politique/opérationnel et, d'autre part, la distinction entre la *common law* publique et le droit civil privé. À ce propos, il résume le fondement de ces distinctions en ces termes :

La symétrie entre la règle politique/exécution tirée de la *common law* "publique" et l'opposition entre les rapports collectifs et les rapports individuels établie par l'art. 356 C.c.B.-C. n'est pas accidentelle. Lorsqu'une corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires pour répondre à des exigences politiques, elle doit porter un jugement sur l'intérêt de l'ensemble de la collectivité, et sa responsabilité envers l'ensemble de la collectivité passe par la boîte de scrutin. Cependant, dès lors que la municipalité passe à l'exercice pratique de ses pouvoirs, son incurie est susceptible de causer un préjudice particulier à un membre individuel de la société, envers qui elle est responsable devant les tribunaux.⁵²⁰ (Nous soulignons)

En l'espèce, l'application des principes énoncés est des plus simples et le juge Beetz arrive rapidement à la conclusion qu'en l'absence d'une véritable politique adoptée en matière d'entretien du système d'incendie, le défaut d'assurer le déblaiement des bornes-fontaines et le bon fonctionnement du système constitue un acte opérationnel soumis aux principes généraux de la responsabilité civile du C.c.B.C. et du droit privé.

Il est pertinent de souligner à nouveau que le juge Beetz n'hésite pas à concevoir les actes politiques comme étant susceptibles de revêtir plusieurs formes décisionnelles, au point de reconnaître la présence d'une discrétion jusque dans les actes opérationnels. Bien

⁵¹⁹ Nous trouvons intéressant l'expression «common law québécoise» que le professeur Daniel Jutras utilise à l'égard des notions de droit public de common law que l'on applique en droit public québécois et partageons son avis que ces éléments venant de la common law ne constituent pas des notions étrangères, mais appartiennent à l'ordre juridique québécois, voir à ce propos Daniel JUTRA, «Cartographie de la mixité : La common law et la complétude du droit civil au Québec», (2009) 88 R. du B. can. 247, p. 255-256.

⁵²⁰ Ibid, p. 725.

sûr, Lord Wilberforce avait clairement parlé d'une différence de degrés plutôt que de nature, mais cette remarque conjuguée à celle de la nature polymorphe des actes politiques ne pouvait, selon nous, que paver la voie à une certaine confusion, ce qui fut le cas comme nous le verrons.

En effet, si la sphère politique peut inclure tant les règlements que les politiques internes, ou encore les décisions purement administratives, et que la discrétion inhérente aux décisions politiques peut s'immiscer dans la mise en application de certains actes, l'immunité risque alors d'être étendue de façon indue. Ainsi, faire de la discrétion l'un des principaux critères de l'acte politique ne pouvait conduire qu'à brouiller davantage les pistes dans la recherche d'une règle prévisible, cohérente et pratique aux fins de l'application de la distinction entre les actes politiques et opérationnels. Toutefois, bien peu de véritables alternatives ont été suggérées afin de remplacer ce critère. C'est d'ailleurs l'écueil qui guette encore aujourd'hui les plaideurs et les tribunaux.

Cependant, il nous faut saluer l'explication ayant trait à certains éléments propres à la sphère opérationnelle parmi lesquels on retrouve les actes dont l'incurie est « *susceptible de causer un préjudice particulier à un membre individuel de la société* ». Cette caractéristique nous semble constituer un critère opératoire important en ce que l'examen de la question de la responsabilité met ici l'accent sur les conséquences de la décision ayant des effets particularisés en termes de préjudice causé à un individu. Dès lors, nous pouvons inférer qu'une décision de nature politique est susceptible de se caractériser par la portée générale et impersonnelle de l'acte qui sera sans doute justifié par des motifs d'intérêts généraux et collectifs.

À cet égard, les propos de madame la juge L'Heureux-Dubé sont particulièrement intéressants lorsqu'elle souligne que la décision de consacrer des ressources financières publiques à la dotation d'un service de lutte contre les incendies constitue une décision politique dont la contestation ne peut se faire que par voie électorale⁵²¹. Toutefois, dès qu'une municipalité a décidé de se doter d'un tel système, alors les citoyens auraient une expectative qu'ils peuvent compter en toute confiance sur un système fonctionnel⁵²².

Cela est d'autant plus intéressant lorsque nous examinons cette distinction à la lumière de celle qui existe entre le droit privé et le droit public, telle qu'exposée par monsieur le juge Beetz. En outre, cette distinction qui s'articule autour de l'axe droit public/droit privé, qui est en quelque sorte le miroir de la distinction politique/opérationnel, ont tous deux, selon nous, un pivot commun qui est la distinction pouvoir/droit subjectif. En effet, le pouvoir repose sur la notion étatique de puissance publique au sens de *vires*, c'est-à-dire une autorité qui prend sa source dans la légitimité et la souveraineté étatiques. De plus, le pouvoir s'incarne par une action des autorités publiques apportant le plus souvent des modifications à l'ordre juridique au nom d'une mission publique⁵²³. Enfin, s'il est vrai qu'un pouvoir peut parfois faire l'objet d'une délégation ou d'une sous-délégation, celui-ci ne saurait jamais être vendu ou cédé⁵²⁴.

⁵²¹ Ibid, p. 771.

⁵²² Ibid, p. 770.

⁵²³ Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^e édition, éditions Yvon Blais, Montréal, 2017, p. 159 et suivantes. Denis LEMIEUX, Pierre ISSALYS, *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, 4^e édition, éditions Yvon Blais, Montréal, 2020, p. 58-59. Il est à noter que la notion de «pouvoir» est ici entendue dans son sens le plus général et englobe à la fois les actes purement administratifs ainsi que les actes nature normative ou réglementaire ainsi que quasi-judiciaires ou adjudicatifs.

⁵²⁴ *Vic Restaurant Inc v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5; *Villeneuve c. Ville de Montréal*, 2018 QCCA 321.

Pour sa part, le droit subjectif est entendu dans son sens civiliste et ne constitue pas l'exercice d'une autorité, mais plutôt d'une liberté ou d'un droit individuel⁵²⁵, et ce, non au bénéfice d'une mission publique, mais au bénéfice de son titulaire qui peut le céder ou l'aliéner⁵²⁶. Ainsi, ce n'est plus seulement la *summa divisio* droit public/droit privé dont il est question, car le droit public inclut également l'exercice de facultés que peuvent aussi exercer les personnes privées, mais du principal élément constitutif qui est au cœur de l'action étatique, à savoir le pouvoir comme puissance publique et constituant l'apanage des personnes morales de droit public.

À cet égard, certains auteurs ont parfois reproché le caractère trop vague propre à la notion de discrétion politique en proposant d'accorder une place à la nature de la relation entre l'autorité publique et les citoyens concernés ou encore à s'en remettre plus simplement au « *judicial policy* » des magistrats⁵²⁷. Nous reviendrons sur ces critiques dans le cadre de la conclusion de notre dernière partie, mais qu'il nous soit néanmoins permis de mentionner que, bien qu'intéressante, la qualification de la nature de la relation entre une autorité publique et ses citoyens ainsi que la notion de « *judicial policy* » nous semblent aussi floues et complexes, sinon plus, que la notion de discrétion politique.

Par ailleurs, bien que la Cour souligne à nouveau l'imputabilité politique, elle demeure silencieuse sur le fondement et la raison d'être de son corollaire, à savoir l'immunité de poursuites faisant en quelque sorte obstacle à l'examen judiciaire de la

⁵²⁵ Madeleine CANTIN CUMYN, *Le pouvoir juridique*, Conférence Wainwright (2007) 52 R.D. McGill 215-236.

⁵²⁶ *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167; *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43.

⁵²⁷ Kevin WOODALL, « Private Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation » (1992) 37 McGill L.J. 83, p. 110; Jean-Denis ARCHAMBAULT, « La distinction politique-opérationnel fournit-elle une assise solide à la responsabilité civile de l'État consécutive à une décision de politique administrative » *R du B*, (1999) 59, 579, p. 608; Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford : Clarendon Press, 1979, p. 219.

responsabilité. En effet, le fait de répondre des conséquences découlant des décisions politiques devant les tribunaux n'est pas nécessairement incompatible avec l'imputabilité politique, puisqu'il est tout à fait possible de sanctionner la mauvaise décision politique lors des élections et de faire droit à un justiciable victime d'une décision politique irresponsable.

Nous verrons à ce propos que l'examen judiciaire de la notion de *policy* abordera parfois cette question, mais que, trop souvent, celle-ci sera abordée de façon oblique ou indirecte. La prochaine et dernière partie de cette section porte d'ailleurs sur l'évolution de la notion de *policy* afin de mettre plus clairement en lumière les éléments constitutifs qui la définissent.

3.2.2 L'évolution de la notion de "policy" : la recherche de critères opératoires et d'un fondement stable à l'immunité politique

La remise en question de la distinction politique/opérationnelle passe nécessairement par l'examen de l'évolution de ces notions et surtout par celle de *policy* qui définit en quelque sorte par contraste la notion d'opération. Notre analyse expliquera les éléments constitutifs qui, de façon récurrente, sont venus étoffer cette notion. Il est à noter que notre examen inclura autant les causes impliquant les autorités gouvernementales que celles impliquant les municipalités. En effet, bien qu'ayant pris naissance dans le cadre de la responsabilité municipale, la distinction politique/opérationnelle s'est également développée dans la sphère de la responsabilité gouvernementale puisqu'en théorie, toute personne morale de droit public est appelée à concevoir des actions politiques qui seront possiblement sources de responsabilité civile.

C'est surtout dans le domaine de la sécurité, notamment la sécurité routière, que la notion de *policy* a été le plus souvent invoquée, du moins à ses débuts. À ce titre, l'arrêt *Just*⁵²⁸ constitue un bon exemple. Ce litige prend sa source dans un accident d'automobile résultant de l'éboulement d'une imposante pierre sur une route provinciale qui causa des blessures au conducteur et le décès de la passagère qui était la fille de ce dernier. Les autorités routières gouvernementales étaient au fait que la route en question représentait une zone à risques et avaient mis en place un système d'inspection et de travaux sous la responsabilité des ingénieurs du gouvernement. La Cour suprême arriva à la conclusion que les décisions des inspecteurs étaient de nature opérationnelle et donc imputables.

Appliquant les critères des arrêts *Anns*, *Barratt* et *Kamloops*, la Cour suprême conclut, dans un premier temps, qu'en matière de sécurité routière, il existe un lien de proximité suffisant créant une obligation de diligence incombant aux autorités gouvernementales envers la victime appelante⁵²⁹. La question pertinente consistait donc à déterminer si la décision des ingénieurs concernant la qualité des inspections résultait d'une décision politique que pouvait invoquer le gouvernement afin de bénéficier de l'immunité civile et ainsi faire pièce à l'obligation de diligence. La Cour procéda en examinant les critères qu'elle avait retenus dans sa propre jurisprudence, mais en s'inspirant également de la jurisprudence américaine.

Tout en rappelant que le système d'inspection peut être de nature politique lorsque ce choix émane de l'organisme gouvernemental, monsieur le juge Cory souligne, au nom de la majorité, le principe selon lequel une décision politique doit toujours être raisonnable,

⁵²⁸ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

⁵²⁹ *Ibid*, p. 1236.

ce qui était le cas en l'espèce⁵³⁰. La Cour poursuit son examen en prenant acte des nombreux domaines sociaux à propos desquels les autorités publiques sont appelées à intervenir en affirmant qu'un gouvernement doit demeurer libre « *de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle* »⁵³¹.

C'est dans ce contexte que le juge Cory effleure les raisons sous-jacentes à l'immunité des autorités publiques en matière de responsabilité en souscrivant aux propos du juge Becker, de la Cour de District des États-Unis, selon qui « *Dans notre système de gouvernement tripartite, les tribunaux n'ont généralement aucun rôle important à jouer dans la prise de ces décisions* »⁵³². Dans la foulée de ces propos, le juge Cory cite ensuite l'arrêt australien *Sutherland Shire Council*⁵³³, lequel reprend notamment les principes énoncés dans les affaires *East Suffolk*, *Dorset Yacht*, *Anns*, *Barratt* et *Dalehite*. Cette dernière citation met notamment en évidence le facteur financier comme élément permettant de distinguer les actes politiques et opérationnels :

Il n'est pas facile de faire la distinction entre les facteurs politiques et opérationnels, mais on pourra tracer la ligne de démarcation si l'on admet qu'une autorité publique n'assume aucune obligation de diligence à l'égard de décisions comportant des facteurs et des contraintes d'ordre financier, économique, social ou politique, ou qui sont dictées par ces derniers. Ainsi, les allocations budgétaires et les contraintes qui en découlent en termes de répartition des ressources ne sauraient donner lieu à une obligation de diligence.⁵³⁴ (Nous soulignons)

⁵³⁰ Ibid, p. 1236 et 1238.

⁵³¹ Ibid, p. 1239.

⁵³² *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, p. 1240, traduisant et citant *Blessing v. United States*, 447 F.S. 1160, p. 1170.

⁵³³ *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1.

⁵³⁴ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, p. 1242, traduisant et citant *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1.

Le juge Cory mentionne ainsi le caractère discrétionnaire concernant l'opportunité des fréquences d'inspections et le nombre de personnes affectées à cette tâche qui sont tous des éléments relevant des fonds publics disponibles alloués à cette fin⁵³⁵. C'est en partant de ces principes qu'il énonce les deux principaux critères permettant d'identifier les décisions politiques, à savoir : 1) une décision prise dans un poste généralement hiérarchiquement élevé, la qualification dépendant de la nature de la décision et non de l'identité du décideur; 2) les décisions concernant l'allocation des ressources budgétaires⁵³⁶. Inversement, « *la méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale* »⁵³⁷. Cette dernière remarque ne doit pas être confondue avec le principe énoncé précédemment, selon lequel l'organisme gouvernemental peut toujours concevoir une politique incluant un système d'inspection spécifiant les fréquences et les normes de qualité⁵³⁸, justifiant alors une immunité, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. En effet, le juge Cory explique les manquements reprochés au ministère comme suit :

Ici, c'est la façon dont les contrôles étaient effectués, leur fréquence ou leur rareté qui ont été contestées ainsi que la manière dont les arbres situés au-dessus du talus rocheux auraient dû être inspectés, le moment auquel cette inspection aurait dû avoir lieu et la manière dont les travaux d'excavation et de décapage auraient dû être menés. En résumé, les pouvoirs publics avaient adopté un plan qui comportait l'inspection visuelle des talus et d'autres inspections de ces talus lorsqu'il était justifié de prendre des mesures de sécurité additionnelles. Toutes ces décisions font partie de ce que le juge Mason décrit comme [TRADUCTION] "le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de normes générales de diligence". Il ne s'agissait donc pas de décisions pouvant être qualifiées de "politiques".⁵³⁹ (Nous soulignons)

⁵³⁵ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, p. 1243.

⁵³⁶ *Ibid*, p. 1245.

⁵³⁷ *Ibid*.

⁵³⁸ *Ibid*, p. 1236. Rappelons que tel était le cas dans l'arrêt *Barratt c. District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418. P. 427-428.

⁵³⁹ *Ibid*, p. 1245-1246.

Par conséquent, les modalités de contrôle, de fréquence, d'inspection et de vérification des lieux et des travaux relèvent ici de la sphère opérationnelle. Cependant, ces propos doivent être remis en perspective avec une précision mentionnée précédemment où l'honorable juge indique que « [l]e choix de la méthode pourrait très bien être dicté tant par le manque de personnel formé que par l'insuffisance des fonds nécessaires pour assurer la présence des inspecteurs »⁵⁴⁰.

Cette précision est d'ailleurs réitérée à la fin des motifs où il est dit que les « décisions concernant les allocations budgétaires (...) seront normalement des décisions de politique qui ne pourront engager la responsabilité civile délictuelle, bien qu'elles puissent avoir un effet sur la fréquence des inspections et la façon dont ces dernières peuvent être effectuées »⁵⁴¹. Il faut donc en conclure que le système et la méthode d'inspection relèvent en principe de la sphère opérationnelle, à moins d'être spécifiquement prévus dans une politique, mais qu'ils pourront être soustraits de la sphère opérationnelle pour des raisons budgétaires relevant du domaine politique. En l'espèce, la majorité conclut que le système d'inspection est de nature opérationnelle et ordonne un nouveau procès afin de déterminer si les normes de diligence ont été respectées.

Mentionnons brièvement que le juge Sopinka signe une dissidence dans laquelle il critique un élargissement trop grand de la responsabilité civile des autorités publiques en assujettissant ces dernières à un examen judiciaire alors que, selon lui, les principes de droit privé ne devraient s'appliquer qu'aux actes accomplis à l'extérieur des limites du pouvoir

⁵⁴⁰ Ibid, p. 1243.

⁵⁴¹ Ibid, p. 1246-1247.

discrétionnaire, que ceux-ci soient politiques ou opérationnels⁵⁴². Le juge Sopinka se dit également d'avis que le pouvoir d'entretenir les routes ne devrait pas impliquer une obligation d'entretien et que les motifs de la majorité constituent une contestation de la politique d'inspection et d'exécution de l'entretien qui relève de l'apanage des autorités publiques⁵⁴³. En outre, il défend la distinction devoir/pouvoir.

Il est digne d'intérêt de souligner que les motifs du juge Cory semblent implicitement faire reposer la qualification des décisions politiques sur la séparation des pouvoirs, laquelle est en effet invoquée dans les motifs du juge Becker qui parle de « tripartition » du système gouvernemental⁵⁴⁴. De plus, les exigences d'efficacité et l'existence de contraintes économiques ressortent clairement des motifs du juge Cory. Il nous faut toutefois noter que, s'il est vrai que la séparation des pouvoirs est l'un des principes juridiques les plus fondamentaux, on peut cependant s'interroger sur les motifs d'efficacité ainsi que sur les contraintes économiques qui sont certes, d'un point de vue pratique, des éléments fort pertinents, mais qui en soi ne constituent pas des normes ou des principes juridiques.

Pourtant, dans certaines décisions, la Cour suprême accentuera l'importance de ces éléments, et tout particulièrement des contraintes financières, en accordant une considération accrue à la question des ressources budgétaires dans des affaires qui mettaient également en cause des accidents routiers. C'est ainsi que dans l'arrêt *Brown*⁵⁴⁵, où un accident d'automobile avait résulté d'un entretien prétendument négligent d'une

⁵⁴² Ibid, p. 1248 à 1250.

⁵⁴³ Ibid, p. 1251.

⁵⁴⁴ Ibid, p. 1240.

⁵⁴⁵ *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420.

route glacée en hiver, et plus particulièrement d'un épandage de sel tardif résultant d'une mauvaise organisation des horaires de travail, la Cour fit notamment reposer ses motifs sur des contraintes financières gouvernementales. Écrivant au nom de la majorité, le juge Cory réaffirme les principes de l'arrêt *Just*⁵⁴⁶. Le juge rappelle également qu'une décision politique déraisonnable, irrationnelle ou de mauvaise peut toujours être soumise aux principes de la responsabilité et ne pourra donc bénéficier de l'immunité de poursuite⁵⁴⁷.

Après avoir souligné qu'une autorité publique a l'obligation de prendre les moyens raisonnables pour entretenir les routes afin de prévenir les préjudices, le juge Cory constate que la législation applicable ne prévoit aucune exemption ou immunité en matière de responsabilité⁵⁴⁸. Sont alors exposés en détail les critères de l'arrêt *Just* où la Cour rappelle qu'une décision politique est généralement prise par une personne exerçant un poste élevé et qu'elle implique des considérations budgétaires et discrétionnaires, alors qu'une décision opérationnelle concerne le plus souvent une application d'une directive administrative, l'opinion d'un expert ou d'un professionnel ou encore une norme technique ou générale⁵⁴⁹.

L'honorable juge réitère ensuite le principe selon lequel les décisions politiques reposent sur des facteurs sociaux politiques et exige de l'autorité publique que celle-ci « *s'efforce d'établir un équilibre entre l'efficacité et l'économie* »⁵⁵⁰. À la lumière de ces principes, l'affaire lui semble on ne peut plus claire et il conclut en ces termes :

⁵⁴⁶ Ibid, p. 435.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ Ibid, p. 439-440.

⁵⁴⁹ Ibid, p. 441.

⁵⁵⁰ Ibid, p. 442.

À mon sens, la décision du Ministère de poursuivre l'horaire d'été, avec tout ce que cela comportait, était une décision de politique générale. La décision d'établir l'horaire d'hiver ou l'horaire d'été devait tenir compte de considérations financières et de questions liées au personnel. Aux fins de déterminer les dates d'entrée en vigueur de l'horaire d'été et de l'horaire d'hiver, le Ministère était manifestement tenu de discuter et de négocier avec les syndicats. C'était une décision de politique générale nécessitant la prise en considération classique des ressources financières et humaines ainsi que d'importantes négociations avec les syndicats gouvernementaux. Il s'agissait donc véritablement d'une décision gouvernementale comportant des aspects sociaux politiques et économiques.⁵⁵¹ (Nous soulignons)

Ce passage permet de comprendre que la nature de la décision qualifiée de politique englobe non seulement les déclarations de principe politique, mais aussi la nature organisationnelle des effectifs en lien avec les ressources monétaires. Ainsi, malgré une certaine composante opérationnelle, car l'organisation d'un horaire de travail n'en demeure pas moins liée à la gestion du personnel, la détermination des horaires résultait d'une décision discrétionnaire de l'employeur. En tout respect, cette conclusion est quelque peu surprenante.

En effet, s'il est vrai que dans *Just*, la Cour reconnaissait que le choix d'une méthode de travail peut être tributaire du manque de ressources personnelles et matérielles et que, conséquemment, le choix de cette méthode deviendrait alors politique, le principe général énoncé était néanmoins que « *la méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale* »⁵⁵². En outre, la Cour reconnaissait du même souffle que « *la façon dont les contrôles étaient effectués, leur fréquence ou leur rareté* » appartenait également au domaine opérationnel.

⁵⁵¹ Ibid, p. 441-442.

⁵⁵² *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, p. 1245.

Or, la fréquence des opérations d'épandage est intimement liée aux horaires, tout comme celle des inspections et des vérifications. Toutes ces opérations sont d'ailleurs tributaires des conditions météorologiques qui sont appelées à évoluer au jour le jour, il devient alors difficile de comprendre comment on peut prétendre que ces pratiques et usages journaliers peuvent être qualifiés de politiques. De plus, la gestion du personnel et les conditions de travail en matière de négociation syndicale sont des considérations qui s'imposent également aux employeurs du secteur privé.

Le point déterminant que nous voulons ici souligner, et que nous exposerons plus en détail à travers les prochains cas examinés, est que le fait d'accorder à la question financière une place si prépondérante est problématique en raison de l'omniprésence et de l'omnipotence des ressources financières au sein des services publics. À bien y penser, l'arrêt *Laurentide Motels* aurait également pu être examiné à la lumière de ce critère, ce qui aurait permis à la Cour de conclure que l'entretien des bornes-fontaines en hiver exigeait de fréquentes inspections et opérations de déblayage qui sont tributaires des fonds publics et des horaires de travail des inspecteurs.

En somme, toute action publique est presque toujours susceptible d'être réduite à une question de gestion financière. Plutôt que de soustraire un prétendu manquement aux principes du droit commun, n'aurait-il pas été plus simple et rigoureux de tenir compte des paramètres financiers dans le cadre de l'examen de la faute? En effet, pouvait-on réellement affirmer que les autorités provinciales avaient commis une faute en n'intervenant pas sur l'heure afin d'éviter la formation de plaques de glace sur les routes provinciales, lesquelles font des milliers de kilomètres? La notion de faute n'est-elle pas

suffisamment souple pour être adaptée à différents cas de figure selon la diversité du contexte? Voilà une question que nous examinerons dans notre quatrième partie.

Chose certaine, le critère financier et budgétaire est un critère perturbateur dans le délicat exercice consistant à déterminer où il faut tracer la ligne de démarcation entre le politique et l'opérationnel. À cet égard, l'arrêt *Swinamer*⁵⁵³, qui a été rendu le même jour que l'arrêt *Brown*, montre bien que la Cour a encore quelques difficultés à cerner avec rigueur les critères constitutifs des actes politiques.

Cette affaire est similaire aux précédentes. Un chauffeur avait été très grièvement blessé par la chute d'un vieil arbre malade situé près de la route provinciale sur laquelle le camion de ce dernier circulait. Le ministère des Transports avait préalablement examiné le secteur routier concerné et avait procédé à l'identification et à l'enlèvement des arbres qui étaient considérés comme étant dangereux. Cependant, l'arbre en question n'avait pas été identifié, car la maladie fongique affectant celui-ci exigeait un examen plus poussé afin d'être détectée. Il a été reconnu qu'en raison du budget limité dont disposaient les techniciens affectés à cette tâche sur le terrain, seulement les arbres qui semblaient constituer un plus grand danger avaient été enlevés.

C'est encore le juge Cory qui rédigea les motifs au nom de la majorité, alors que les motifs concurrents de la juge McLachlin et la dissidence du juge Sopinka portaient sur la nature et l'étendue de l'obligation de diligence concernant l'entretien des routes et non sur la distinction politique/opérationnel. Le juge Cory réitéra le principe général selon lequel

⁵⁵³ *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445.

l'obligation de diligence ne pouvait être appliquée aux actes de nature politique, principe auquel l'ensemble de la Cour souscrit.

Vient alors l'examen qui est cœur du litige sur la qualification de l'inspection routière afin de déterminer si celle-ci relève de la sphère opérationnelle ou politique. Après avoir longuement cité les principes énoncés dans les arrêts *Just et Brown*, le juge Cory consacre une grande partie de son analyse à déterminer le caractère de la politique d'enlèvement des arbres aux abords des routes en soulignant que les ressources financières et budgétaires dont disposait la division d'inspection du ministère étaient restreintes, alors que la mise en œuvre des opérations était tributaire de ces ressources. C'est pourquoi il reproche au juge de première instance de ne pas avoir reconnu le caractère politique de la décision de ne procéder qu'à l'identification et à l'enlèvement de certains arbres :

Le juge de première instance s'est dit d'avis qu'il était possible de trouver des fonds ou d'effectuer l'inspection requise à un coût peu élevé. Toutes ces questions touchent l'engagement et l'affectation de ressources financières, et elles montrent clairement qu'il s'agissait d'une décision de politique générale. En outre, le coût minime des mesures ne change pas le fait que les considérations budgétaires sont des questions de politique générale. [...] Il est significatif que l'ingénieur divisionnaire, M. Colburn, ait déposé que, s'il avait décidé de prélever des fonds sur son budget général pour procéder à l'abattage des arbres marqués, il aurait dû sabrer dans d'autres activités d'entretien, ce qui aurait pu également compromettre la sécurité des usagers de la route. De fait, il établissait des priorités aux fins de l'affectation des fonds dont il disposait. Il convient aussi de signaler que la demande d'attribution de ressources financières pour l'enlèvement des 234 arbres marqués n'a été accueillie qu'en partie et ce, sur une période de trois ans. La preuve révèle qu'il s'agit d'un cas typique de décision de politique générale. La décision d'inspecter les arbres et de marquer ceux qui étaient morts constituait une mesure préalable au processus décisionnel.⁵⁵⁴ (Nous soulignons)

La Cour conclut également qu'aucun excès de pouvoir ou de mauvaise foi n'est en cause et qu'aucune négligence n'a pu être démontrée lors de l'inspection des arbres. Il est

⁵⁵⁴ Ibid, p. 465-466.

manifeste que le critère économique est ici non seulement prépondérant, mais constitue l'élément essentiel permettant de qualifier la vérification et l'inspection en un acte de nature politique. À vrai dire, cette qualification politique résulte du choix effectué par l'ingénieur responsable de la division qui, à titre de gestionnaire, avait la responsabilité d'établir les priorités et de décider quelle somme d'argent devait être prélevée sur les fonds du budget afin d'être consacrée aux opérations d'abattage des arbres identifiés. En outre, l'attribution de certaines sommes à ces opérations impliquait la réduction de certaines autres activités également importantes pour la sécurité routière.

Ainsi, il ressort de cet arrêt que la Cour englobe dans la sphère politique les décisions de gestion administrative. À nouveau, nous pouvons nous interroger sur cet accroissement de la sphère politique fondé sur l'élément financier qui, dans ce domaine gouvernemental comme dans tant d'autres, est omniprésent au sein de toutes les administrations publiques. Le fait que «le coût minime des mesures» ne puisse aucunement constituer un facteur modulable confère à la considération financière un statut tel qu'il peut être invoqué de façon quasi permanente et ouvre ainsi la porte à une forme d'impunité de l'action publique.

N'aurait-il pas été plus conforme à la *rule of law* et à la raison de soumettre la décision de l'ingénieur au régime de droit commun, mais en tenant compte des responsabilités particulières incombant à l'État, y compris financières, et de qualifier la décision prise de prudente et diligente eu égard aux ressources limitées, et ce, sans avoir à élargir la notion d'acte politique? Plus encore, le fait que la chute de l'arbre résultait d'un phénomène naturel et que l'état de l'arbre exigeait un examen poussé, alors que le territoire couvert par l'inspection était de plus de 800 kilomètres, constituaient des éléments qui militaient

fortement à conclure à l'absence de faute sans avoir à recourir à une quelconque immunité politique.

Les affaires ultérieures nous permettront d'ailleurs de bien de souligner les éléments constitutifs qui, à notre avis, semblent mieux correspondre à la nature propre des actes politiques. Cela fut notamment le cas dans l'arrêt *Sibeca*⁵⁵⁵, où la Cour fut appelée à déterminer si une municipalité engageait sa responsabilité pour avoir modifié un règlement obligeant un promoteur à revoir ses projets immobiliers, ce qui causa à celui-ci certaines pertes financières. Il est à noter que le règlement en question fut adopté à la suite de l'élection de conseillers ouvertement hostiles au projet du promoteur, ce qui amena ce dernier à prétendre que le conseil était de mauvaise foi et que le règlement était donc invalide. Cet arrêt est particulièrement intéressant non seulement en raison du fait qu'il aborde directement la question d'un préjudice résultant de l'adoption d'un règlement, mais surtout en raison d'une reformulation des principes de la responsabilité des autorités publiques en vertu du nouveau régime du *Code civil du Québec*.

Sur cette dernière question, madame la juge Deschamps, rédigeant au nom de la majorité, rappelle les principes énoncés dans l'arrêt *Prud'homme*⁵⁵⁶, en affirmant que le *Code civil du Québec* prévoit dorénavant que les règles du droit civil s'appliquent aux personnes morales de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leurs sont applicables⁵⁵⁷. Ainsi, conformément à l'article 1376 C.c.Q., et contrairement à l'ancien article 356 C.c.B.-C., il ne faut plus identifier une règle de droit public de *common law*

⁵⁵⁵ *Les entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304.

⁵⁵⁶ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.

⁵⁵⁷ Art. 1376 C.c.Q. et *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 31.

rendant le droit civil applicable. En effet, il faut maintenant partir du principe que les règles de la responsabilité s'appliquent aux autorités publiques, à moins que ces dernières ne démontrent qu'une règle de droit public particulière puisse être intégrée au droit civil et que cette règle de droit public a également préséance sur les règles civilistes⁵⁵⁸.

En partant de ces principes, madame la juge Deschamps constate que le *Code civil du Québec* ne prévoit pas de règles spécifiques en matière de responsabilité d'une autorité publique pour les actes de politique générale, mais qu'« [e]n droit public, par contre, les corps publics bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de leur pouvoir législatif ou réglementaire »⁵⁵⁹. Elle se tourne alors vers les règles de droit public encadrant la responsabilité des autorités publiques dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs et, plus particulièrement, aux principes énoncés dans l'arrêt *Welbridge*⁵⁶⁰.

La juge Deschamps rappelle alors la règle énoncée par le juge Laskin distinguant entre les actes opérationnels des municipalités et les actes législatifs ainsi que le principe en vertu duquel « l'invalidité n'est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité »⁵⁶¹. Madame la juge Deschamps explique alors que, sous réserve de la bonne foi et du caractère rationnel de celui-ci, un règlement invalide ne peut en principe engager la responsabilité de la municipalité en vertu d'une immunité relative liée aux actes politiques. Elle pose alors la question de savoir si une telle immunité de *common law* « prime les règles du droit civil » et répond affirmativement à cette question en expliquant

⁵⁵⁸ *Les entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 18.

⁵⁵⁹ *Ibid*, par. 19.

⁵⁶⁰ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957.

⁵⁶¹ *Les entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 20.

que la doctrine des actes politiques et opérationnels transcende la *common law* en raison des fonctions exercées par les municipalités :

Pour répondre à cette question, je me reporte aux propos du juge Laskin dans *Welbridge*, précité, qui, à mon avis, transcendent la *common law*. Les municipalités exercent des fonctions qui requièrent la prise en considération d'intérêts multiples, parfois contradictoires. Pour favoriser pleinement la résolution démocratique des conflits politiques, les corps publics élus doivent disposer d'une marge de manœuvre considérable. Hors d'un contexte constitutionnel, il serait inconcevable que les tribunaux s'immiscent dans ce processus et s'imposent comme arbitres pour dicter la prise en considération d'un intérêt particulier. Ils ne peuvent intervenir que s'il y a preuve de mauvaise foi. La lourdeur et la complexité des fonctions inhérentes à l'exercice du pouvoir de réglementation justifient l'incorporation d'une protection, tant en droit civil qu'en *common law*. Cette protection était d'ailleurs reconnue par le *Code civil du Bas-Canada*, comme l'illustre l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, même si la démarche suivie pour la reconnaître était différente. Les considérations à l'origine de la formulation de l'immunité de droit public reconnue par le droit civil régi par le *Code civil du Bas-Canada* demeurent toujours présentes depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Il reste donc à déterminer comment cette immunité relative peut s'intégrer dans le droit civil.⁵⁶² (Nous soulignons)

La juge Deschamps conclut rapidement à l'intégration de l'immunité au droit civil en raison du fait que la notion de mauvaise foi n'est pas propre au droit public, mais s'applique également en droit civil. À cet égard, elle rappelle le principe de l'arrêt *Finney*⁵⁶³, lequel cite *Roncarelli*⁵⁶⁴, en vertu duquel la mauvaise foi ne se limite pas à la faute intentionnelle, mais inclut également l'insouciance grave impliquant «*un dérèglement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir*»⁵⁶⁵, de telle sorte que le caractère inexplicable et incompréhensible des modalités de l'exercice du pouvoir permet d'inférer l'abus et la mauvaise foi⁵⁶⁶.

⁵⁶² Ibid, par. 24.

⁵⁶³ *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 304.

⁵⁶⁴ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

⁵⁶⁵ *Les entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304.

⁵⁶⁶ Ibid, par. 25-26.

Finalement, la notion de mauvaise foi administrative est rejetée en raison du fait qu'une personne morale ne saurait avoir une intention distincte de ses membres⁵⁶⁷. Ainsi, l'intention du conseil municipal se réduit à la conjonction et à l'addition des intentions de chacun des conseillers. Dès lors, la preuve de la mauvaise foi d'une personne morale est tributaire de la preuve de la mauvaise foi d'une majorité d'entre eux. Or, nous dit la Cour, des conseillers municipaux peuvent être ouvertement en faveur d'un objectif légitime, tel que celui de la protection de l'environnement, sans être de mauvaise foi.

Dans cette affaire, bien que la qualification de l'acte réglementaire comme acte politique ne faisait aucun doute, cet arrêt est pertinent en ce qu'il réitère et approfondit le principe de l'arrêt *Welbridge* qui établissait une analogie entre les fonctions législatives d'un Parlement et celles d'une municipalité. À ce propos, une remarque s'impose. Tant la nature institutionnelle des municipalités que les fonctions exercées par celles-ci font l'objet de l'examen de la Cour. En effet, cette dernière fait ressortir le fait que l'exercice des fonctions réglementaires municipales requiert « *la prise en considération d'intérêts multiples, parfois contradictoires* »⁵⁶⁸. Plus spécifiquement, la Cour précise que le processus de « *résolution démocratique des conflits politiques* » exige que les tribunaux accordent une « *marge de manœuvre considérable* » aux « *corps publics élus* »⁵⁶⁹. Ainsi, c'est parce que le conseil municipal est le forum au sein duquel sont débattues et discutées des questions conflictuelles de nature sociale, morale et économique que les tribunaux ne s'immiscent pas dans ces questions.

⁵⁶⁷ Ibid, par. 35.

⁵⁶⁸ Ibid, par. 24.

⁵⁶⁹ Ibid.

À la lumière de ces principes, force est de constater que la nature institutionnelle de la municipalité comme entité démocratique est ici considérée comme un élément déterminant du raisonnement de la Cour, car les motifs exposés ne portent pas seulement sur la nature réglementaire à titre de législation déléguée, mais aussi sur le processus démocratique résultant de la nature électorale de l'institution que constitue le conseil municipal. Nous pouvons néanmoins nous demander si l'analogie établie dans *Welbridge* entre le Parlement et les municipalités ne se limitait pas exclusivement à la fonction législative, tout en excluant une comparaison fondée sur la nature institutionnelle entre ces deux entités politiques.

À ce sujet, mentionnons qu'avant le fameux passage établissant l'analogie entre le Parlement et les municipalités, le juge Laskin référerait à ces dernières en parlant de « l'autorité législative »⁵⁷⁰ de la municipalité et soulignait un peu plus loin la nature de ces fonctions qu'il distinguait en les décrivant comme des « *fonctions diverses, certaines législatives, certaines qui comportent aussi un élément quasi judiciaire (...) et certaines administratives ou ministérielles, auxquelles la désignation de pouvoirs relatifs aux affaires convient peut-être mieux* »⁵⁷¹.

L'examen du juge Laskin semblait ainsi surtout reposer sur la distinction entre les fonctions et pouvoirs législatifs exercés par les municipalités par rapport à leurs activités d'affaires (*business*) au sens du droit privé. Nonobstant cette dernière distinction, le juge Laskin a conçu son raisonnement en termes de fonctions et de pouvoirs et non en termes de nature institutionnelle. Il serait en effet quelque peu surprenant que le constitutionnaliste

⁵⁷⁰ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 967.

⁵⁷¹ *Ibid*, p. 968.

qu'était le juge Laskin ait pu vouloir assimiler la nature constitutionnelle de l'institution parlementaire à celle d'une créature de la législature ne possédant que des pouvoirs délégués et ne bénéficiant d'aucun statut constitutionnel.

D'ailleurs, nulle part dans l'arrêt *Welbridge* n'apparaissent les expressions « démocratie », « mandat électif » ou « élu », seule la notion de « responsabilité politique » y est énoncée. Or, une responsabilité politique n'existe pas seulement à l'égard des élus, mais s'applique aussi à plusieurs dirigeants d'autorités publiques, notamment décentralisées, exerçant des fonctions déléguées par la loi et qui, à ce titre, sont imputables de leur gestion et de leurs décisions devant le gouvernement et le Parlement⁵⁷². En outre, dans la phrase qui précède l'exemple entre le Parlement et les municipalités, le juge Laskin précise que le niveau législatif ou quasi judiciaire résulte d'un « *pouvoir discrétionnaire conféré par la loi* »⁵⁷³. Ainsi, les propos du juge Laskin semblent plutôt porter sur la fonction législative déléguée que sur le caractère institutionnel de la municipalité.

La Cour viendra préciser davantage la notion de politique dans l'arrêt *Imperial Tobacco*⁵⁷⁴ qui permettra tout à la fois d'étoffer la notion de décision politique, mais aussi d'en questionner le caractère utile sur le plan pratique. En effet, dans cette dernière affaire, des fabricants de tabac faisaient l'objet d'une poursuite en responsabilité entreprise par le gouvernement de la Colombie-Britannique et de certains consommateurs. Ces derniers avaient mis en cause la responsabilité du gouvernement canadien en alléguant que celui-ci était également responsable envers les consommateurs en raison de déclarations inexacts

⁵⁷² Denis LEMIEUX, Pierre ISSALYS, *L'action gouvernementale, précis de droit des institutions administratives*, 4^e édition, Montréal éditions Yvon Blais, p. 309-310. *Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1, art. 4; *Loi sur l'administration publique*, RLRQ, c. A-6.01, art. 1.

⁵⁷³ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 968-969.

⁵⁷⁴ *R c. Imperial Tobacco Canada*, [2011] 3 R.C.S. 45.

du gouvernement fédéral, lequel avait prétendu que les cigarettes en faible teneur en goudron étaient moins nocives. Le gouvernement fédéral demanda que soient radiées ces allégations puisque, selon lui, les prétendues déclarations inexactes résultaient de décisions de politique générale en matière de santé publique et ne pouvaient donc pas engager sa responsabilité⁵⁷⁵.

Dans son examen de la question, madame la juge en chef McLachlin, au nom d'une Cour unanime, reconnaît d'emblée que la question de la détermination d'une décision de politique générale écartant toute responsabilité constitue une « *question épineuse qui a fait couler beaucoup d'encre* »⁵⁷⁶. Confrontée à cette épineuse question, elle rappelle que deux méthodes ont été utilisées dans la responsabilité des autorités publiques, à savoir celle de l'arrêt *Home Office v. Dorset*, qui était axée sur la notion de pouvoir discrétionnaire, et celle axée sur le caractère de la politique générale héritée de l'arrêt *Anns*⁵⁷⁷.

Tout en reconnaissant que ces notions de discrétion et de politique se chevauchent, puisque cette dernière est d'ailleurs une sous-catégorie de la première, la Cour réitère le principe d'imputabilité des autorités publiques qui doit être adapté aux exigences d'une liberté d'action concernant les décisions politiques, notamment pour la Couronne⁵⁷⁸. Madame la juge en chef souligne le caractère notoirement difficile d'énoncer un critère permettant de distinguer les actes politiques des actes opérationnels en raison du fait que même les simples actes d'exécution sont susceptibles de revêtir une dimension discrétionnaire. Sans rejeter complètement cette distinction, elle conclut néanmoins que «

⁵⁷⁵ Ibid, par. 63-64.

⁵⁷⁶ Ibid, par. 72.

⁵⁷⁷ Ibid, par. 74.

⁵⁷⁸ Ibid, par. 76.

la distinction politique générale-opérations ne constitue pas un critère juridique très utile
»⁵⁷⁹.

Le juge procède alors à un examen de certains arrêts sur la responsabilité des autorités publiques en droit australien et américain, dans le cadre desquels les notions de discrétion, de politique et de justiciabilité sont parfois invoquées. La juge en chef s'attarde notamment à l'arrêt américain *Gaubert*⁵⁸⁰ où la Cour suprême américaine délaissa la dichotomie politique-opérationnelle au profit des considérations d'intérêt public⁵⁸¹. Au nom de la Cour, madame la juge en chef reconnaît que les véritables décisions étatiques devraient être soustraites au principe de la responsabilité, mais qu'un critère fondé sur le seul pouvoir discrétionnaire est trop général et qu'une dichotomie reposant sur une définition négative de la décision politique ne constitue pas un critère utile⁵⁸². À partir de ces éléments, et sans prétendre établir un critère absolu, la Cour définit les « décisions de politique générale fondamentale » en ces termes :

[90] Je conclus que les décisions de « politique générale fondamentale » du gouvernement à l'égard desquelles ce dernier est soustrait aux poursuites se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi.

À partir de ces éléments définitionnels, la Cour fit droit à la radiation des allégations et arriva à la conclusion que les déclarations faites par le gouvernement fédéral résultaient en l'espèce d'une ligne de conduite adoptée par les plus hautes instances gouvernementales du Canada reposant sur des considérations sociales et économiques⁵⁸³. Nous pouvons ainsi

⁵⁷⁹ Ibid, par. 78 *in fine*.

⁵⁸⁰ *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991).

⁵⁸¹ *R c. Imperial Tobacco Canada*, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 82-83.

⁵⁸² Ibid, par. 87.

⁵⁸³ Ibid, par. 95.

constater qu'en plus du caractère général et socio-économique de la décision, la nature hiérarchique des décideurs a été un facteur important dans cette qualification.

Bien qu'intéressants, ces éléments définitionnels appellent deux remarques. La première est que la sphère décisionnelle reposant sur des facteurs d'intérêt public et sociaux-économiques nous semblent beaucoup trop large, de telle sorte que cet élément rend difficile l'application des autres facteurs, tels que le caractère général de la décision politique et le niveau décisionnel hiérarchique. La seconde remarque est plus fondamentale. La Cour réitère le principe moult fois énoncé dans les arrêts précédents, à savoir que les décisions politiques doivent être soustraites aux règles de la responsabilité. Toutefois, la Cour ne mentionne ici aucun des critères énoncés dans l'arrêt *Sibeca*, à savoir le caractère démocratique ou la nature législative du pouvoir. Certes, on parle du caractère général et d'intérêt public de la décision, mais pas une fois la Cour ne renvoie au concept de démocratie. La seule raison qui sous-tend l'immunité semble être cette exigence pour le gouvernement d'être « libre de gouverner » sans encourir une responsabilité civile⁵⁸⁴. Cependant, une exigence de nature pratique ne constitue pas une justification sur le plan des fondements juridiques.

Moins de cinq ans plus tard, dans l'arrêt *Hinse*⁵⁸⁵, la Cour suprême vint réitérer la notion de politique générale en y ajoutant notamment le qualificatif « véritable ». Dans cette affaire, un dénommé Hinse injustement condamné à la prison avait poursuivi le ministre de la Justice pour négligence dans l'exercice de son pouvoir de clémence, lequel aurait dû mieux examiner son dossier et constater son innocence en lui accordant la

⁵⁸⁴ Ibid, par. 76.

⁵⁸⁵ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 621.

clémence prévue au Code criminel. Il est à noter que M. Hinse essuya plusieurs refus de clémence et se tourna vers les tribunaux afin de présenter une nouvelle preuve sur le fondement de laquelle il fut acquitté, non sans avoir passé plus de 15 ans en prison. La Cour suprême débouta le recours de M. Hinse en qualifiant la décision du ministre de véritable décision de politique fondamentale.

Tout en rejetant l'existence d'une dichotomie nette entre les décisions politiques et opérationnelles, la Cour réitéra la définition de politique générale fondamentale précédemment énoncée dans l'arrêt *Imperial Tobacco* en soulignant le caractère général de la règle et de l'orientation adoptée par l'autorité publique. Dès lors, après avoir rappelé que le pouvoir de clémence tire son origine de la prérogative royale, la Cour conclut qu'un tel pouvoir relève des fonctions politiques, lesquelles exigent la reconnaissance d'une grande discrétion, et doit donc bénéficier de l'immunité résultant d'une telle fonction⁵⁸⁶.

En l'espèce, le fait que le ministre soit en principe appelé à exercer lui-même sa discrétion dans l'examen de facteurs ayant trait à l'intérêt public constitue un élément décisif dans la détermination des fonctions en question. En outre, la Cour réitère également le caractère relatif de l'immunité en soulignant que, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Sibeca*, l'immunité ne saurait bénéficier à des décisions de mauvaise foi et que cette dernière notion inclut non seulement la faute intentionnelle, mais aussi l'insouciance grave dénotant un « *dérèglement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir* ». Cependant, la Cour conclut à l'absence de mauvaise foi dans l'exercice du pouvoir de clémence et applique donc l'immunité résultant de cette véritable décision politique.

⁵⁸⁶ Ibid, par. 26 et 31.

Malgré le fait que la décision politique soit définie selon un critère de règle ou d'orientation générale, il est manifeste que dans le présent cas la prérogative du ministre était à ce point large que chaque cas faisait l'objet d'une application particulière en se fondant sur la conviction intime du ministre, et ce, eu égard à un objectif de compassion ou à un objectif de réparation en cas d'erreur judiciaire. En effet, l'examen de l'évolution de la codification des pouvoirs du ministre révèle que le seul véritable critère récurrent était le fait que le ministre devait éprouver quelque doute sur la culpabilité du condamné ou qu'il soit convaincu que la peine devait être commuée ou qu'un nouveau procès soit ordonné⁵⁸⁷.

En somme, comme la Cour le reconnaît elle-même, la discrétion en cette matière est très large. Ainsi, dans un tel cas, la discrétion nous semble à ce point intriquée à son application particulière qu'il devient presque impossible de distinguer l'orientation générale politique de la sphère opérationnelle elle-même, ce qui explique sans doute le rejet d'une « nette dichotomie » entre les deux⁵⁸⁸. N'aurait-il pas été plus simple et conforme à la jurisprudence traditionnelle d'appliquer l'immunité résultant de la prérogative royale plutôt que la doctrine des actes politiques et opérationnels? Cela aurait été d'autant plus simple que la codification législative n'a pas aboli la prérogative en question, elle n'a fait que l'encadrer⁵⁸⁹. Il est en effet reconnu que la Couronne ou qu'un mandataire de Sa Majesté agissant en toute bonne foi, de façon raisonnable et dans les limites de sa

⁵⁸⁷ Ibid, par. 28 à 32.

⁵⁸⁸ Ibid, par. 23.

⁵⁸⁹ Ibid, par. 28 et *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 749.

compétence, peut se prévaloir de l'immunité de l'État à l'encontre de l'application des lois⁵⁹⁰.

À cet égard, il est intéressant de comparer l'étendue de la sphère politique énoncée dans ce dernier arrêt et celle énoncée dans l'arrêt *Kosoian*⁵⁹¹. En effet, dans cet arrêt, la Cour avait conclu à la responsabilité de la Société de transport de Montréal dont l'un des policiers avait illégalement arrêté une dame ayant refusé de tenir la main courante de l'escalier roulant du métro. Dans ses motifs, la Cour suprême, sous la plume de la juge Côté, rejeta l'argument de la Société de transport qui prétendait bénéficier d'une immunité en raison du fait que l'arrestation fautive résultait directement de l'élaboration des mesures de formation des policiers. Tout en reconnaissant que l'arrestation fautive résultait sans doute des mesures erronées de formation, la Cour fut d'avis que de telles mesures relevaient de la sphère opérationnelle plutôt que de la sphère politique, car elles mettaient en cause l'application du règlement et non le règlement lui-même :

[108] (...) Or, l'application d'un règlement relève de la « sphère opérationnelle », c'est-à-dire l'exécution pratique des décisions de politique générale, et n'est protégée par aucune forme d'immunité. (...).

[110] Dans la présente affaire, les formations offertes par la STM aux policiers de la Ville s'inscrivent dans la mise en œuvre du Règlement R-36. À cet égard, la STM ne saurait se soustraire au régime de l'art. 1457 C.c.Q.⁵⁹²

Ainsi, les formations générales prodiguées aux policiers relèvent donc de la sphère opérationnelle. Bien que cette conception soit tout à fait raisonnable, elle semble

⁵⁹⁰ *R. c. Eldorado Nucléaire*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558; *Nova Scotia Power Inc. c. Canada*, [2004] 3 R.C.S. 53, par. 14; *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17; *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. 1-16, art. 42; Voir également Peter W. HOGG., Patrick J. MONAHAN., Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, Fourth Edition, Carswell, 2011, p. 19 et suivantes.

⁵⁹¹ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59.

⁵⁹² *Ibid*, par. 108 et 110.

néanmoins quelque peu dissonante par rapport aux principes énoncés dans certains arrêts précédents qui faisaient la part belle à la gestion des ressources humaines. Pensons notamment aux arrêts *Brown*⁵⁹³ et *Imperial Tobacco*⁵⁹⁴ où les décisions politiques englobaient la gestion des ressources humaines et les orientations générales administratives qui, sans constituer des règlements formels, avaient un caractère impersonnel, collectif et organisationnel. N'aurait-il pas été possible de concevoir les formations comme un ensemble de directives générales encadrant la formation des agents? En effet, le policier n'avait pas mal exécuté les directives reçues, mais il avait plutôt correctement exécuté des directives fautives apprises lors de sa formation. C'était donc la formation générale qui était fautive.

Cependant, cet arrêt est conforme au principe énoncé dans *Just* en vertu duquel « *la méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale* »⁵⁹⁵. Rappelons à ce propos que, dans la mesure où la méthode est prescrite dans le règlement, celle-ci relèvera alors de la sphère politique. Or, en l'espèce, la formation offerte était sans doute un élément de la politique générale entendue au sens large, mais n'était pas prévue par le règlement. En outre, s'il est vrai que dans l'arrêt *Hinse* ce n'était pas les aspects ou les critères normatifs de la politique de clémence qui étaient contestés, mais bien leur application fautive à un cas particulier, le pouvoir exercé était néanmoins celui d'un ministre.

⁵⁹³ *Brown c. British Columbia*, [1994] 1 R.C.S. 420.

⁵⁹⁴ *R c. Imperial Tobacco Canada*, [2011] 3 R.C.S. 45.

⁵⁹⁵ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, p. 1245.

À ce sujet, nous sommes d'avis qu'il convient de distinguer entre, d'une part, le pouvoir de la prérogative d'un ministre et, d'autre part, celui d'une personne morale de droit public dont le mandat, la légitimité et les pouvoirs sont beaucoup plus limités. C'est sans doute l'un des points communs entre l'arrêt *Imperial Tobacco*, où les politiques adoptées en matière de santé étaient sous la responsabilité du ministre, et la prérogative exercée dans l'arrêt *Hinse*. Nous touchons peut-être ici à une distinction que la jurisprudence ne semble pas avoir souligné, à savoir que la notion des actes politiques n'est pas seulement tributaire du cadre décisionnel, du rôle du décideur et de la hiérarchie au sein de l'autorité publique concernée, mais que cette notion est également tributaire de la nature institutionnelle de l'autorité publique au sein de laquelle la décision est prise. En somme, il y aurait peut-être lieu de distinguer entre les différentes natures institutionnelles parmi les nombreuses sortes d'autorités publiques.

Malgré toutes ces distinctions, la question du fondement juridique de l'immunité accordée aux actes politiques par rapport aux actes opérationnels demeure toujours sans réponse. En effet, bien que la jurisprudence ait apporté plusieurs justifications de nature pratique afin de fonder l'utilité de cette distinction, au nombre desquelles on retrouve la nécessité d'une latitude dans l'exercice du pouvoir, l'efficacité des mesures et les contraintes économiques, la Cour n'a pourtant offert qu'un seul fondement à l'immunité des actes politiques, à savoir le caractère démocratique des décisions prises. Or, ce fondement de nature politique n'appartient pas au droit positif et n'a d'ailleurs été

explicitement reconnu que dans deux décisions qui s'inscrivaient dans le cadre de la démocratie municipale, à savoir les arrêts *Laurentide Motels*⁵⁹⁶ et *Sibeca*⁵⁹⁷.

Cependant, il convient de reconnaître que le terme même de « décision politique » repose nécessairement sur des notions démocratiques, mais on ne peut en toute rigueur fonder une immunité sur une notion générale et désincarnée de la démocratie. En outre, il est quelque peu étrange que la notion de démocratie ait été uniquement invoquée, de façon explicite, aux fins de la justification de l'immunité municipale et jamais à l'égard du gouvernement, alors que ce dernier est également dirigé par des élus.

De plus, comme la Cour suprême le rappelait, dans notre système juridique la démocratie va de pair avec la primauté du droit et le constitutionnalisme⁵⁹⁸. Par conséquent, la légitimité démocratique constitue certainement un argument sérieux et raisonnable, mais encore faut-il expliquer pourquoi et comment l'acte municipal voté démocratiquement est soustrait à la responsabilité civile, alors que l'institution et la démocratie municipales ne bénéficient d'aucune reconnaissance et protection constitutionnelles⁵⁹⁹.

À vrai dire, le seul véritable principe juridique formellement reconnu par le droit positif canadien susceptible de servir de fondement à la doctrine de l'immunité des actes politiques est la séparation des pouvoirs, laquelle expression n'est jamais apparue explicitement pendant les cinquante dernières années sous la plume de la Cour. En effet, c'est uniquement en procédant à l'exégèse de l'arrêt *Just*⁶⁰⁰ que l'on peut inférer la

⁵⁹⁶ *Laurentides Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

⁵⁹⁷ *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304.

⁵⁹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 77-78.

⁵⁹⁹ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 21, par. 81-82.

⁶⁰⁰ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, p. 1240, où le juge Cory cite un passage des motifs du juge Becker de la Cour de district des États-Unis dans l'arrêt *Blessing v. United States*, 447 F.S. 1160, où

reconnaissance d'une forme de séparation des pouvoirs. Toutefois, cet arrêt concernait le gouvernement, c'est-à-dire la Couronne qui a un statut constitutionnel et qui est l'une des branches constitutives de la séparation des pouvoirs, ce qui n'est pas le cas des municipalités⁶⁰¹.

Ce n'est qu'en 2021, dans l'arrêt *Nelson*⁶⁰², que la Cour suprême se prononça pour la toute première fois sur le fondement juridique de la doctrine des actes politiques et opérationnels en affirmant que celle-ci reposait sur la séparation des pouvoirs.

Bien que fondamentale, cette affaire a pour contexte un banal accident causé par la chute d'une dame qui, après être sortie de son véhicule, tenta d'enjamber un banc de neige occasionné par les activités de déblayage de la municipalité de Nelson. La Ville se défendit en objectant notamment que les bancs de neige résultaient des politiques écrites de déblayage ainsi que des pratiques de déneigement. Dès lors, la Ville prétendait bénéficier d'une immunité, en plus d'affirmer qu'il ne lui incombait en l'espèce aucune obligation de prudence à l'égard de la victime. La Cour de première instance donna gain de cause à la Ville, mais la Cour d'appel infirma cette décision au motif qu'il existait une obligation de prudence et qu'aucune immunité ne pouvait bénéficier à la Ville. Une Cour suprême unanime, sous la plume des juges Karakatsanis et Martin, confirma la Cour d'appel en ordonnant un nouveau procès.

l'expression « système de gouvernement tripartite » est utilisée afin d'expliquer que les tribunaux judiciaires n'ont généralement aucun rôle à jouer dans la prise de décisions politiques.

⁶⁰¹ On peut également tenter d'entrevoir cette notion dans l'arrêt *Welbridge Holdings Ltd c. Metropolitan corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 968, où le juge Laskin distingue entre le « niveau législatif ou quasi-judiciaire » par rapport au niveau opérationnel, mais il s'agirait sans doute d'une interprétation un peu trop téméraire.

⁶⁰² *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41.

La Cour suprême appliqua le cadre d'analyse des arrêts *Anns*⁶⁰³ et *Cooper*⁶⁰⁴ en précisant qu'il n'était pas utile d'identifier un lien de proximité afin de déterminer s'il existe une obligation de prudence lorsque, comme en l'espèce, la jurisprudence a déjà reconnu qu'il existait une telle obligation en matière d'entretien des routes publiques⁶⁰⁵. Dès lors, rappelle la Cour, une fois établie l'existence d'une obligation de prudence, il faut examiner s'il existe une immunité législative prévue dans la loi et, si tel n'est pas le cas, déterminer si une immunité résultant d'une véritable décision politique peut être invoquée par l'autorité publique⁶⁰⁶, et ce, conformément aux principes énoncés dans les arrêts *Just*⁶⁰⁷ et *Imperial Tobacco*⁶⁰⁸.

Une fois énoncés les principes concernant l'obligation de prudence et de diligence, la Cour aborde la question de l'immunité des autorités publiques en matière de responsabilité extracontractuelle en examinant pour la toute première fois le fondement constitutionnel de cette immunité. La Cour rappelle d'abord certains principes et faits bien connus, à savoir que, depuis le 20^e siècle, les immunités de la Couronne ont fait l'objet de mesures législatives soumettant cette dernière au droit de la responsabilité, alors que les municipalités sont imputables depuis le 18^e siècle⁶⁰⁹. Dans la foulée, la Cour souligne qu'en raison de ses responsabilités et des considérations sociales et économiques qu'elle est appelée à évaluer, la Couronne doit être libre de gouverner sans la menace de poursuites

⁶⁰³ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728.

⁶⁰⁴ *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537.

⁶⁰⁵ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 18 à 21.

⁶⁰⁶ *Ibid*, p. 22-23 et 35-36.

⁶⁰⁷ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. Les arrêts *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445 et *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420.

⁶⁰⁸ *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45.

⁶⁰⁹ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 38.

civiles, ce qui explique pourquoi les tribunaux sont généralement réticents à imposer une obligation de diligence dans l'exercice de ces choix politiques⁶¹⁰.

Le rappel de ces principes conduit alors la Cour à aborder l'une des questions les plus pertinentes, mais souvent trop rapidement examinée, c'est-à-dire l'application des règles de droit commun à l'exercice des pouvoirs publics. Cet examen pose la question de la nature des entités publiques ainsi que de leurs fonctions. En puisant dans les principes énoncés dans l'arrêt *Just*, la Cour mentionne qu'« *en règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier* »⁶¹¹.

Du même souffle, la Cour fait ressortir le conflit résultant de l'application d'une règle de droit privé à une autorité publique en expliquant que, dans le but d'atténuer un tel conflit, certaines décisions politiques échappent au droit de la responsabilité, sous réserve de mauvaise foi ou d'irrationalité⁶¹². Il est intéressant de constater que la Cour conçoit la dichotomie entre les actes politiques et opérationnels comme une tentative de résoudre un conflit résultant de la *summa divisio* droit public/droit privé. Sans donner plus de détails à ce propos, la Cour souligne la nécessité de tenir compte de la « *nature unique des autorités publiques* » dans l'application des règles de la responsabilité à ces dernières.

La raison d'être et le fondement du principe selon lequel les « *décisions de politique générale fondamentale* » doivent être soustraites aux principes généraux de la responsabilité sont alors conçus et examinés en faisant appel au droit constitutionnel et,

⁶¹⁰ Ibid, par. 39.

⁶¹¹ Ibid, par. 41.

⁶¹² Ibid.

plus particulièrement, à la séparation des pouvoirs. En effet, la Cour fait de ce principe l'assise première de la doctrine politique/opérationnel et de l'immunité qui en découle. La Cour rappelle qu'il ne revient pas aux tribunaux de se substituer aux branches législative et exécutive et que le rôle de la branche judiciaire est avant tout « *de trancher les différends qui découlent de l'application de la loi* »⁶¹³. Toutefois, la Cour ajoute une précision qui, exposée dans le cadre de la séparation des pouvoirs, est quelque peu inusitée :

[43] Il est essentiel, pour assurer le maintien de l'ordre constitutionnel, que chaque branche joue le rôle qui lui est propre et « qu'aucune [des] branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*), [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389; voir aussi *Just*, p. 1239). La séparation des pouvoirs protège ainsi l'indépendance de la magistrature, la capacité et la liberté du pouvoir législatif d'adopter des lois (*Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 2 et 35; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 65), et la capacité du pouvoir exécutif d'appliquer ces lois, d'établir des priorités et d'allouer les ressources nécessaires à une bonne gouvernance. Comme les municipalités détiennent des pouvoirs provinciaux délégués, elles bénéficient de la même protection à l'égard de certaines responsabilités.⁶¹⁴ (Nous soulignons)

S'il ne fait aucun de doute que les municipalités détiennent des pouvoirs délégués par la législature provinciale, cela étant depuis fort longtemps reconnu, il est pour le moins inhabituel d'énoncer ce principe pour en inférer le corollaire selon lequel les municipalités peuvent, en vertu de la séparation des pouvoirs, bénéficier de la « *même protection à l'égard de certaines responsabilités* » que celle dont bénéficient les trois branches de l'État. Cela est surprenant non en raison de l'inférence elle-même, laquelle nous semble valide dans la mesure où l'expression « *à l'égard de certaines responsabilités* » demeure bien

⁶¹³ Ibid, par. 42.

⁶¹⁴ Ibid, par. 43.

circonscrite, mais plutôt parce que l'institution municipale apparaît aux côtés des institutions que sont la législature, le gouvernement exécutif et les tribunaux judiciaires, lesquelles ont toutes une existence, une autonomie et une protection constitutionnelles, contrairement aux municipalités qui n'en ont aucune.

Selon nous, il aurait été plus approprié d'éviter l'affirmation selon laquelle « *elles* [les municipalités] *bénéficient de la même protection* », qui peut prêter à confusion en laissant croire que la municipalité bénéficie, en tant qu'institution, de la séparation des pouvoirs alors que cette protection est plutôt rattachée, selon nous, aux responsabilités résultant de l'exercice des pouvoirs délégués. En somme, ce n'est pas l'institution municipale elle-même qui est protégée, mais l'institution législative parlementaire et l'exercice de son pouvoir, lequel se prolonge dans le pouvoir législatif délégué à la municipalité.

Ainsi, bien que pouvant sembler anodine, cette ambiguïté pourrait néanmoins permettre à certains d'affirmer, à tort selon nous, que la municipalité se voit reconnaître une forme de protection institutionnelle par l'entremise de la séparation des pouvoirs, alors que c'est la fonction et non l'institution qui bénéficie en réalité de cette protection. Précisons également que la référence à l'arrêt *Just* est difficilement justifiable en raison du fait que la séparation des pouvoirs, énoncée en termes de tripartition du système de gouvernement, n'y est que furtivement mentionnée par le truchement d'une citation tirée de la Cour de District des États-Unis.

En outre, le fait de mentionner ce principe constitutionnel ne posait aucun problème dans ce dernier arrêt, puisque celui-ci traitait de la responsabilité du gouvernement, lequel

est une composante de la séparation des pouvoirs, ce qui n'est pas le cas des municipalités. Il est également surprenant que l'arrêt *Welbridge* ne soit pas cité une seule fois dans l'arrêt *Nelson*.

La Cour poursuit son examen en soulignant le caractère subjectif des décisions politiques qui font appel à des jugements de valeur et à des divergences d'opinions concernant des questions complexes sur le plan social, économique et politique, à propos desquelles les élus peuvent diverger et débattre dans le cadre d'un processus démocratique et public qui diffère de la procédure judiciaire contradictoire applicable devant les tribunaux⁶¹⁵. L'effet paralysant pouvant résulter d'une procédure judiciaire à l'égard des décisions politiques est également mentionné en raison du fait que de telles décisions vont inévitablement nuire à certains intérêts particuliers. C'est dans ce cadre que la distinction entre les impératifs du droit public et du droit privé est abordée.

En effet, nous dit la Cour, le droit public et la primauté du droit exigent un contrôle de la légalité des actes du gouvernement et de ses mandataires, alors que l'application de la responsabilité civile aux décisions de politique générale fondamentale « *aurait pour effet de miner notre ordre de gouvernement* », ce qui n'est toutefois pas le cas des activités de nature opérationnelle pour lesquelles les autorités publiques demeurent imputables⁶¹⁶. La Cour réitère avec force que cette immunité des décisions politiques a pour raison d'être « *la protection des compétences et des rôles institutionnels fondamentaux des branches législative et exécutive nécessaires à la séparation des pouvoirs* »⁶¹⁷. La séparation des

⁶¹⁵ Ibid, par. 44-45.

⁶¹⁶ Ibid, par. 47-48

⁶¹⁷ Ibid, par. 49.

pouvoirs devient ainsi non seulement le pilier, mais aussi l'aune à partir de laquelle la reconnaissance de l'immunité doit être appréciée et jugée.

La Cour entreprend par la suite un réexamen des principaux arrêts canadiens qui ont contribué au développement de la distinction des actes politiques et opérationnels, non sans souligner que cette question est « épineuse » et « a fait couler beaucoup d'encre ». Une fois les critères et principes de l'arrêt *Imperial Tobacco*⁶¹⁸ rapidement survolés, la Cour reconnaît avoir remis en question l'utilité de la distinction politique/opérationnel, mais se dit d'avis que celle-ci « demeure néanmoins utile », notamment en ce que la juxtaposition des deux sphères permet de mieux voir les caractéristiques propres à chacune de celles-ci⁶¹⁹. Cependant, précise la Cour en se référant à l'arrêt *Just*⁶²⁰, la nature de la décision doit demeurer « l'élément clé »⁶²¹.

Cet élément clé donne lieu à la conception d'un cadre d'analyse permettant d'examiner et ultimement de qualifier la nature d'une décision rendue par une autorité publique. La Cour expose les quatre (4) principaux facteurs constituant ce cadre d'analyse comme suit :

[56] (...). (1) le niveau hiérarchique et les responsabilités de la personne qui décide; (2) le processus suivi pour arriver à la décision; (3) la nature et l'importance des considérations budgétaires; et (4) la mesure dans laquelle la décision était fondée sur des critères objectifs.⁶²²

Une fois les principaux facteurs de ce cadre exposés, la Cour apporte deux précisions, à savoir, d'une part, qu'en raison de l'omniprésence des considérations financières dans

⁶¹⁸ *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45.

⁶¹⁹ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 53.

⁶²⁰ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

⁶²¹ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 54.

⁶²² *Ibid*, par. 56.

l'administration publique, ces considérations ne constituent qu'un élément devant être relativisé et, d'autre part, qu'en raison de la richesse sémantique du terme « politique », l'accent doit être mis sur la nature de la décision plutôt que sur la forme⁶²³. Les facteurs exposés sont alors examinés plus attentivement. Il est à noter que la méthode et les facteurs proposés par la Cour constituent en fait un approfondissement et une justification de la notion de « *politique générale fondamentale* » énoncée dans *Imperial Tobacco*⁶²⁴. Mentionnons également que l'application de ces facteurs repose sur un exercice de pondération et qu'une décision peut être politique sans que tous les facteurs soient nécessairement respectés.

Ainsi, le facteur hiérarchique est principalement défini par rapport aux liens étroits existant entre le décideur et le représentant du gouvernement qui est démocratiquement élu et est redevable devant la population⁶²⁵. Par conséquent, le caractère véritablement politique est proportionnel au degré de proximité avec le décideur élu démocratiquement. La séparation des pouvoirs est explicitement mentionnée au soutien de ce facteur. La Cour fait aussi une brève allusion à l'effet paralysant qu'une trop grande imputabilité pourrait avoir sur la bonne gouvernance si celle-ci devait s'appliquer aux élus dans la considération d'intérêts publics⁶²⁶.

⁶²³ Ibid, par. 58.

⁶²⁴ En effet, non seulement cela ressort de l'ensemble de l'arrêt Nelson, mais en procédant au résumé de son exposé, au par. 67, la Cour souscrit mot pour mot à la définition de «politique générale fondamentale» énoncée dans *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 90 : «*décisions qui se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels que des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi*».

⁶²⁵ Ibid, par. 62.

⁶²⁶ Ibid.

Vient ensuite, l'examen du processus décisionnel et, notamment, du caractère délibératif et possiblement prospectif de ce processus déterminé par la présence des débats pouvant parfois impliquer le public ainsi que différents niveaux hiérarchiques⁶²⁷. On comprend que ce facteur est étroitement lié au précédent en ce que les délibérations et les débats publics sont généralement présents dans les sphères décisionnelles plus élevées, alors que les membres du personnel à une échelle inférieure œuvrent plutôt dans un contexte d'exécution au jour le jour où les délibérations décisionnelles se font plus rares.

Les considérations financières et budgétaires font l'objet d'un examen sommaire, ce qui s'explique sans doute par le caractère très relatif énoncé dans la remarque précédente. La Cour précise que les mesures budgétaires générales de grande ampleur, c'est-à-dire celles qui concernent « *l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux* », relèveront le plus souvent des décisions politiques prises par les branches législatives et exécutives, alors que les mesures budgétaires quotidiennes ou usuelles appartiendront plutôt à la sphère opérationnelle⁶²⁸.

Enfin, le facteur considérant les critères objectifs dans le processus décisionnel est conçu comme une dichotomie entre, d'une part, les décisions qui font intervenir des jugements de valeur, ces derniers étant souvent politiques, et, d'autre part, les décisions impliquant des normes techniques ou générales⁶²⁹. Malheureusement, la Cour est peu loquace concernant ce dernier facteur. Toutefois, les arrêts *Just*⁶³⁰ et *Sibeca*⁶³¹ nous permettent de conclure que ce facteur oppose les décisions s'appliquant aux méthodes, à

⁶²⁷ Ibid, par. 63.

⁶²⁸ Ibid, par. 64.

⁶²⁹ Ibid, par. 65.

⁶³⁰ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, p. 1243.

⁶³¹ *Entreprises Sibeca inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304.

l'inspection ou à l'exécution d'un savoir-faire à des fins pratiques exercé par des spécialistes, alors que les jugements de valeur dont parle la Cour renvoient sans doute aux considérations énoncées dans *Sibeca*, à savoir « *la prise en considération d'intérêts multiples, parfois contradictoires* »⁶³² qui relèvent très souvent de la sphère morale, lesquelles sont souvent liées à la réalisation d'un programme politique. En somme, les décisions politiques portent le plus souvent sur des questions morales, alors que les décisions opérationnelles sont plutôt de nature technique et spécialisée.

La Cour termine son exposé en souscrivant à la définition de « décisions de politique générale » qu'elle avait donnée dans l'arrêt *Imperial Tobacco*⁶³³, tout en réitérant que la raison d'être de cette immunité est de protéger les « *rôles institutionnels fondamentaux des branches législative et exécutive nécessaires à la séparation des pouvoirs* »⁶³⁴. Encore une fois, l'examen se limite toujours aux fonctions et aux rôles institutionnels, sans jamais considérer la nature et le statut des institutions concernées, en l'occurrence la nature institutionnelle municipale. Par ailleurs, il est significatif de noter que cette protection existe afin d'empêcher que les tribunaux ne s'ingèrent, par « *leur pouvoir de surveillance en application du droit privé* », dans les compétences institutionnelles des branches législative et exécutive⁶³⁵.

Cette dernière allusion au droit privé nous paraît digne d'intérêt en ce que la Cour semble considérer l'existence d'une responsabilité de droit commun comme appartenant uniquement au droit privé et, de surcroît, comme étant *a priori* intrinsèquement

⁶³² Ibid, par. 315.

⁶³³ *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 90.

⁶³⁴ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 67-68.

⁶³⁵ Ibid, par. 67.

incompatible avec certaines fonctions institutionnelles législatives et exécutives. Appliquant ces principes à l'affaire en question, la Cour conclut que la Ville n'a pas démontré que les méthodes de déblayage résultaient « *d'une décision proactive prise au terme de délibérations* » reposant sur des jugements de valeur liés à des considérations économiques, sociales et politiques⁶³⁶.

L'arrêt *Nelson* vient clore notre analyse de l'évolution jurisprudentielle des actes politiques et opérationnels. Il convient maintenant de procéder à l'examen critique des principes exposés dans ce dernier arrêt afin de déterminer quels en sont les corollaires, mais aussi d'en identifier les lacunes et de voir quels nouveaux éléments définitionnels pourraient être apportés afin de combler ces dernières. Tel sera l'objet de la conclusion de la Partie III qui suivra à l'instant.

Cette analyse pavera ainsi la voie à la démonstration selon laquelle la notion de politique protégée par la séparation des pouvoirs ne peut s'appliquer, en matière municipale, qu'aux seuls véritables actes législatifs délégués, à savoir les règlements. Enfin, dans une certaine mesure, cet examen nous servira à proposer un nouveau concept, à savoir celui d'immunité proportionnelle variable, et à concevoir une méthode d'analyse qui permettra de faire fluctuer l'immunité de façon à ce que cette dernière puisse être appliquée de façon multiforme.

⁶³⁶ Ibid, par. 85.

Conclusion de la Partie III

Pendant plus de cinquante ans, la route menant de l'arrêt *Welbridge*⁶³⁷, qui préfigura la distinction politique/opérationnel, à l'arrêt *Nelson*⁶³⁸ fut souvent sinueuse. En outre, une fois la distinction énoncée, les tribunaux ont le plus souvent cherché à déterminer où était la limite entre les actes politiques et opérationnels, ainsi que les critères permettant d'identifier et de distinguer ces actes, mais s'intéressèrent peu ou prou à déterminer quels étaient les fondements juridiques de cette distinction et de cette immunité. C'est pourquoi il est quelque peu curieux de constater le caractère inopiné des principes énoncés dans l'arrêt *Nelson* ainsi que la facilité déconcertante avec laquelle la Cour suprême affirme que la séparation des pouvoirs constitue le fondement et la raison d'être de l'immunité résultant des décisions politiques.

En effet, à l'exception d'une furtive mention dans l'arrêt *Just*⁶³⁹, jamais pendant les cinquante dernières années la notion de « séparation des pouvoirs » ne fut véritablement invoquée par la Cour suprême pour justifier l'immunité des décisions politiques en matière de responsabilité des autorités publiques. Cependant, sur le plan logique et juridique, ce fondement est selon nous justifié à la condition d'y apporter certaines précisions eu égard à sa portée. C'est d'ailleurs ce que nous ferons.

Par ailleurs, si l'on considère l'évolution de l'immunité accordée aux autorités publiques depuis plus d'un siècle, nous pouvons conclure que les tribunaux ont surtout fondé leur raisonnement sur la *summa divisio* et la dualité entre les activités publiques et

⁶³⁷ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957.

⁶³⁸ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41.

⁶³⁹ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

privées de ces autorités⁶⁴⁰. Ainsi, lorsque les tribunaux donnaient préséance au droit public, l'ensemble des pouvoirs exercés étaient alors très souvent assimilés et réduits à un acte de puissance publique, et ce, nonobstant la nature parfois hybride du pouvoir exercé et notamment sa dimension privée. De plus, les tribunaux britanniques et canadiens ont appliqué pendant de nombreuses décennies les principes de la responsabilité à la lumière des devoirs et des pouvoirs prévus par la loi, ces derniers n'étant généralement pas imputables. En définitive, cette distinction se révéla inadaptée et surtout trop inique pour les citoyens lésés dans leurs droits.

Cette recherche d'une double distinction entre les actes relevant du droit privé et les pouvoirs publics résultait surtout de la difficulté d'appliquer l'obligation de prudence qui avait été initialement conçue comme une obligation de droit privé⁶⁴¹. Comme nous l'avons vu dans le cadre de notre partie sur l'évolution de la notion de *tort*, cette dernière obligation a été développée dans une perspective où les relations civiles reposaient sur une prédominance du rôle accordé à l'individu et à son droit de propriété. C'est avec l'avènement d'un État interventionniste que cette conception d'une responsabilité privée fut remise en question⁶⁴².

⁶⁴⁰ *Corporation of Montreal v. Doolan*, (1871) 18 L.C.J. 124 (C.A.); *Rousseau c. Corporation de Lévis*, (1888) 14 Q.C.R. 376; *Lefebvre c. Town of Grand-Mère*, (1918) 55 S.C.R. 121; *City of Québec v. United typewriter Co.*, (1922) 62 S.C.R. 241

⁶⁴¹ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All E.R. 1, p. 581.

⁶⁴² Philip H. OSBORNE, *The Law of Torts*, Irwin Law Inc., Fourth Edition, 2011, p. 75; Martin. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press-Oxford, 1992, p. 178-179; W. Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Fourth Edition, 1952, University of London Press, p. 6.

À vrai dire, ce n'est qu'à partir des arrêts *Home Office v. Dorset Yacht*⁶⁴³, *Welbridge*⁶⁴⁴ et *Anns*⁶⁴⁵ que les tribunaux ont véritablement commencé à examiner la multiplicité des fonctions gouvernementales et municipales en tenant compte de leur nature décisionnelle en délaissant la dualité devoir/pouvoir au profit de la distinction opérationnel/politique. Cette nouvelle distinction permit d'accroître considérablement le champ de la responsabilité afin que celle-ci puisse dorénavant s'appliquer à la sphère publique lorsqu'un acte fautif était commis dans la mise en œuvre de la décision politique.

L'importance accordée à l'élaboration d'une théorie générale des actes politiques et opérationnels a sans doute contribué à la conception d'une méthode bénéfique qui est plus en phase avec la réalité des activités exercées par les autorités publiques. Toutefois, cela a également incité les tribunaux à négliger quelque peu la dimension institutionnelle des autorités publiques concernées. Ainsi, la recherche d'un cadre d'analyse général applicable à toutes les autorités publiques a certainement facilité le développement et l'application des critères, mais cela a aussi conduit les tribunaux à délaisser le statut juridique et les attributs propres qui distinguent les municipalités des autres autorités publiques. Or, ces caractéristiques institutionnelles sont décisives lorsque vient le temps de reconnaître une immunité à chacune de ces différentes autorités.

Tant au Royaume-Uni qu'au Canada, une grande partie des litiges en matière de responsabilité publique ont comme cadre la responsabilité municipale. D'ailleurs, les arrêts qui ont fondé la distinction entre les actes politiques et opérationnels mettaient

⁶⁴³ *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.*, [1970] 2 All ER 294.

⁶⁴⁴ *Welbridge Holdings Ltd c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957.

⁶⁴⁵ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1977] 2 All E.R. 492.

généralement en cause des municipalités, nous n'avons qu'à penser aux arrêts *Welbridge*, *Anns*, *Barratt*, *Kamloops*, *Laurentide Motels*, *Sibeca* et *Nelson*, pour ne nommer que ceux-là. L'utilisation d'une méthode générale reposant sur les fonctions décisionnelles est sans doute incontournable, mais doit-elle pour autant être uniforme et négliger la nature institutionnelle propre à ces autorités publiques?

À ce propos, rappelons que la protection constitutionnelle accordée à l'institution parlementaire n'est en rien comparable à celle dont bénéficie l'institution municipale⁶⁴⁶. Ainsi, les principes de la démocratie et de la primauté du droit ne s'appliquent pas de la même façon au Parlement, au gouvernement ou à une municipalité, sans parler des autres personnes morales de droit public telles que les entreprises publiques ou les organismes réglementaires. Dès lors, l'opposition inhérente à la *summa divisio* droit public/droit privé devrait également être analysée en fonction de la nature administrative et constitutionnelle propre à chacune de ces institutions et autorités.

En outre, nous avons vu dans le cadre de la partie II à quel point il fut difficile pour les tribunaux d'appliquer une obligation de responsabilité venant du droit privé aux autorités publiques. À cet égard, les propos de la Cour suprême selon lesquels l'application des normes de négligence aux autorités publiques entraîne un conflit de principes⁶⁴⁷ reflètent bien la difficulté à laquelle les tribunaux sont souvent confrontés. Il y a donc non seulement une *summa divisio*, mais pour ainsi dire une *summa oppositio*, lorsque vient le temps de juger l'action publique municipale ou gouvernementale.

⁶⁴⁶ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 81-82.

⁶⁴⁷ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 41.

Cet examen a également permis de voir que les tribunaux semblent souvent assimiler le droit de la responsabilité aux questions morales, alors que le droit public semble pour sa part être abordé en termes de règles de conformité technique et hiérarchique. Par conséquent, le contrôle judiciaire de la légalité se réduirait à la hiérarchie des normes, alors que la responsabilité civile serait porteuse d'un jugement moral, parfois inopportun, à l'endroit du politique, et ce, en raison d'une absence de légitimité démocratique du judiciaire. Bien que fort séduisante à première vue, une telle conception recèle plusieurs problèmes et contradictions, notamment en raison de la porosité entre les concepts de norme et de morale.

En somme, la notion de *policy* demeure une notion des plus protéiformes, même si elle s'est quelque peu précisée, notamment grâce à son fondement constitutionnel récemment exposé par la Cour suprême. Toutefois, la question de l'application de ce fondement au regard des autres principes juridiques, notamment celui de la primauté du droit, ainsi que la question des critères en résultant, demeurent entières. Nous pouvons cependant voir se dessiner les grandes lignes qui devraient présider à un tel développement lorsque nous regardons le chemin parcouru.

Ainsi, dans la partie I, nous avons vu que même si les municipalités exercent certaines fonctions législatives déléguées, elles ne sont toutefois pas des gouvernements au sens du droit positif. Dans la partie II, nous avons examiné quelles étaient les sources du droit de la responsabilité des *torts* afin de comprendre comment la jurisprudence britannique de droit public a tenté de conjuguer les obligations de droit privé aux pouvoirs des autorités publiques et, plus précisément, en matière de pouvoirs municipaux. La présente partie III a montré le caractère longtemps lacunaire d'un fondement servant d'assise à l'immunité

des actes politiques exercés par les autorités publiques. Nous avons d'ailleurs vu qu'en l'absence d'un véritable fondement conceptuel, les tribunaux faisaient généralement reposer l'immunité politique sur une nécessaire liberté d'action des autorités publiques ou encore en faisant appel aux exigences financières ou en affirmant péremptoirement le caractère démocratique de la décision.

À cet égard, le professeur Feldthusen soulignait à juste titre que jamais la Cour ne mentionne le fondement de l'immunité et que, mis à part l'immunité de la Couronne ainsi que celle résultant de la souveraineté parlementaire, il est difficile de comprendre quel est le fondement d'une immunité accordée à la législation déléguée exercée par les autorités administratives⁶⁴⁸. Relativement à cette dernière question, le professeur Feldthusen mentionne l'article des professeurs Cohen et Smith qui défendent l'idée selon laquelle une telle immunité pourrait soit reposer sur la déférence envers le législateur ou pourrait encore se justifier en raison de l'expertise de l'autorité publique concernée qui est souvent la mieux placée pour évaluer et juger les questions de nature polycentrique qui sont l'apanage des décideurs administratifs⁶⁴⁹.

À notre avis, bien que pertinente, la déférence envers le législateur constitue plus un principe d'interprétation qu'un véritable fondement en tant que tel. En effet, faire preuve de déférence signifie faire preuve de respect. Or, l'immunité accordée en l'espèce va bien au-delà du respect puisqu'elle revient à conférer une forme d'impunité. Pour sa part, la déférence fondée sur l'expertise est également fort pertinente en matière de contrôle

⁶⁴⁸ Bruce FELDTHUSEN, « Public authority immunity from negligence liability: uncertain, unnecessary, and unjustified, *Canadian Bar Review* » (2014) 92 *Can. B. Rev.* 2, 211, p. 229.

⁶⁴⁹ David COHEN, JC SMITH, « Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law » (1986) 64 *Can. B. Rev.* 1.

judiciaire, mais ne saurait non plus être un fondement juridique suffisant pour justifier une immunité aussi exorbitante qui permet de battre en brèche le principe d'égalité de tous devant la loi. Qui plus est, même en matière de contrôle judiciaire, l'expertise confère une déférence à l'autorité et non une immunité.

Il est intéressant de noter que le professeur Paul Daly a examiné la similitude qui existe entre la distinction politique/opérationnelle et la défunte distinction entre l'erreur juridictionnelle et l'erreur de droit (au mérite) en critiquant le caractère artificiellement catégorique et inutile de ces distinctions⁶⁵⁰. C'est ainsi qu'en offrant pour la première fois une assise juridique explicite en droit positif, de surcroît en droit constitutionnel, ainsi qu'en développant une méthode qui, sans nier la distinction politique/opérationnelle, vient néanmoins intégrer des facteurs qui permettent un exercice de pondération dans l'examen des questions, les principes énoncés dans l'arrêt *Nelson* sont plus que bénéfiques et offrent ainsi un véritable fondement à l'immunité en matière de responsabilité publique. Cependant, d'importantes lacunes demeurent, notamment au regard de l'omission de la prise en compte de la nature institutionnelle des institutions qui bénéficient de l'immunité.

Nous allons maintenant démontrer qu'en raison de la nature de l'institution municipale, la séparation des pouvoirs ne peut fonder directement l'immunité politique municipale et que cette dernière ne peut s'appliquer qu'aux seuls règlements *intra vires*. En outre, nous démontrerons que la prise en compte de la nature institutionnelle, en l'occurrence municipale, est nécessaire au fondement et à l'application de l'immunité. Enfin, nous proposerons la notion d'immunité proportionnelle variable en fonction de

⁶⁵⁰ Paul DALY, « The Policy/Operational Distinction – a View from Administrative Law », Matthew Harrington ed., *Compensation and the Common Law*, LexisNexis, Toronto, 2015.

laquelle l'immunité pourrait être exceptionnellement levée en raison des effets disproportionnés de cette dernière sur les droits de certaines personnes vulnérables. Dans la foulée, nous proposerons également une interprétation de l'immunité qui facilitera l'intégration de celle-ci aux principes du droit civil.

PARTIE IV – CRITIQUE ET RÉÉVALUATION DE LA DICHOTOMIE ET DE SON FONDEMENT

La table ayant été mise, nous pouvons maintenant expliquer en vertu de quels principes et critères l'immunité bénéficiant aux décisions politiques devrait être appliquée aux municipalités. Cette démonstration partira de la séparation des pouvoirs comme fondement de l'immunité rattachée à l'activité législative et examinera comment le principe de la primauté du droit et son corollaire, l'égalité devant la loi, peuvent se conjuguer à une telle immunité dans le contexte de la responsabilité municipale. Cela nous conduira à examiner les raisons pour lesquelles la primauté du droit est invoquée au soutien d'une intervention judiciaire afin de sanctionner un excès de pouvoir, alors qu'elle ne l'est pas concernant l'atteinte à un droit en matière de responsabilité. Cet examen ouvrira la voie à notre sous-partie 2 qui constituera une occasion d'analyser et de remettre en question la distinction entre, d'une part, les notions de faute et d'abus de droit, et d'autre part, celles de compétence et d'abus de pouvoir.

De plus, cette sous-partie cherchera à démontrer qu'en raison de son statut de droit commun, le Code civil du Québec devrait, sous réserve de certaines adaptations, présider à la qualification de la faute en matière de responsabilité des autorités publiques. Plus particulièrement, nous démontrerons que la notion de faute en droit civil québécois pourrait être modulée en fonction des responsabilités et des pouvoirs exercés par les municipalités. Ainsi, cette partie nous permettra de comprendre selon quelles modalités la faute civiliste peut et doit tenir compte de la nature particulière des actes de puissance publique, de telle sorte que les critères usuels propres à la faute en droit privé devraient être modifiés.

En outre, la notion de faute lourde appliquée au droit public sera également examinée à la lumière des principes précédemment énoncés. À la fin de notre examen, nous proposerons certains critères caractérisant la notion de décision politique fondamentale ainsi qu'un approfondissement de cette notion appliquée à l'action municipale afin de mieux en cerner la nature et la portée.

4.1 Retour sur les fondements constitutionnels de l'immunité en matière de responsabilité extracontractuelle municipale

L'arrêt *Nelson*⁶⁵¹ a reconnu pour la première de façon explicite et officielle que la séparation des pouvoirs constitue le fondement de la doctrine distinguant entre les décisions de politique générale fondamentale et les actes opérationnels. Toutefois, la Cour suprême demeure discrète et laconique sur l'application et les corollaires de ce principe constitutionnel aux municipalités. Il est donc nécessaire de déterminer de quelle façon ce principe peut conférer une immunité aux municipalités, lesquelles sont des entités ne bénéficiant d'aucun statut constitutionnel.

D'emblée, précisons que cet examen de la séparation des pouvoirs abordera également la souveraineté parlementaire et la primauté du droit qui sont des notions étroitement liées à celle-ci. En effet, bien que formellement distincts, ces principes n'en demeurent pas moins complémentaires quant à leur nature et leur portée⁶⁵². En outre, ils constituent la structure de la Constitution canadienne et « fonctionnent en symbiose »⁶⁵³.

⁶⁵¹ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41.

⁶⁵² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49-50; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 27-29; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 2-35-36-118.

⁶⁵³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

Toutefois, aux fins d'une meilleure intelligibilité, nous procéderons à l'analyse de ces principes fondamentaux selon une démarche en deux temps.

En premier lieu, nous examinerons quels sont les éléments constitutifs de la séparation des pouvoirs et les corollaires qui en résultent. Par la suite, nous analyserons les relations entre ce principe et celui de l'immunité s'appliquant à l'activité législative afin de mieux comprendre les composantes de la séparation des pouvoirs qui permettent de justifier que certaines activités soient soustraites au droit commun en matière de responsabilité. Il va sans dire que le principe de souveraineté parlementaire sera également étudié dans le cadre de cette partie.

Plus précisément, cette partie montrera que l'immunité à laquelle renvoie la Cour suprême dans l'arrêt *Nelson*⁶⁵⁴ est étroitement liée au processus législatif parlementaire et, notamment, à la sphère d'autonomie législative sans laquelle l'institution législative ne pourrait exercer ses fonctions. Cet examen pavera la voie à la législation déléguée exercée par les municipalités et permettra de souligner la relation entre l'immunité du législateur et celle bénéficiant à l'immunité législative déléguée. À ce propos, il sera nécessaire de comparer la nature de l'institution parlementaire à celle de la municipalité afin de démontrer précisément pourquoi l'immunité ne peut bénéficier directement à l'institution municipale et à ses membres, mais uniquement aux fonctions législatives déléguées.

Dans un second temps, nous examinerons la primauté du droit et le constitutionnalisme. À cet égard, s'il est vrai que la séparation des pouvoirs peut justifier que certaines institutions et activités soient soustraites à la responsabilité, la primauté du

⁶⁵⁴ *Nelson (Ville de) c. Marchi*, 2021 CSC 41.

droit et le constitutionnalisme sont pour leur part des principes qui militent plutôt en faveur d'une égalité devant la loi et d'une certaine imputabilité des autorités publiques. Il s'agira donc de déterminer comment la séparation des pouvoirs peut justifier l'immunité extracontractuelle à l'égard des décisions politiques dans le respect de la primauté du droit et du constitutionnalisme. Ainsi, notre analyse partira d'un exposé général de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit, au regard de leur origine parlementaire, afin de voir comment et dans quelle mesure ces principes peuvent s'appliquer à l'institution municipale, laquelle ne possède pourtant aucun statut ou rôle constitutionnel.

Cet examen est incontournable afin de comprendre l'immunité fondée sur le principe selon lequel « *il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l'exercice de son pouvoir législatif* »⁶⁵⁵. En effet, ce dernier principe est lui-même tributaire de la protection et des immunités constitutionnelles dont bénéficie l'activité législative, lesquelles immunités fondent et recourent également plusieurs privilèges parlementaires. Le but sera donc de montrer le caractère continu et nécessaire entre le processus de conception législative, incluant l'exercice législatif d'adoption des lois, et son prolongement dans le processus législatif délégué exercé par les municipalités.

4.1.1 Examen de la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est étroitement liée à l'État de droit et implique notamment que chacune des branches de l'État, à savoir l'exécutif, le législatif et le judiciaire, « *respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre*

⁶⁵⁵ *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 14 citant les auteurs René DUSSAULT, Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, deuxième édition, Tome III, Les presses de l'Université Laval, 1989, p. 959.

»⁶⁵⁶. Dans l'arrêt *Fraser*⁶⁵⁷, la Cour suprême du Canada exposa avec concision les principales fonctions propres à chacune des branches de l'État :

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement – le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.⁶⁵⁸

Comme le font remarquer certains auteurs de doctrine, la séparation des pouvoirs peut s'entendre à la fois en termes organique ou fonctionnel et se révèle être, tant dans ses dimensions théoriques que pratiques, une notion aux multiples facettes⁶⁵⁹.

Cela dit, la séparation des pouvoirs n'est pas rigide et appelle une certaine souplesse dans sa mise en œuvre, même si cette souplesse ne vient en rien remettre en question le rôle fondamental de ce principe⁶⁶⁰. Bien qu'il y ait une intégration partielle entre certaines composantes de l'exécutif et du législatif, cette absence d'étanchéité totale permet au cabinet d'assurer la coordination entre ces pouvoirs⁶⁶¹. En outre, cette intégration entre les trois branches doit être envisagée de façon à maintenir un équilibre entre celles-ci plutôt que d'être conçue comme une rivalité mutuelle. Cette dernière intégration est d'ailleurs un

⁶⁵⁶ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389.

⁶⁵⁷ *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

⁶⁵⁸ *Ibid*, p. 469-470; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 28.

⁶⁵⁹ François CHEVRETTE, Herbert Marx, Han-Ru ZHOU, *Droit constitutionnel, Principes fondamentaux*, Les éditions Thémis, 2e édition, Montréal, 2021, p. 413-414; René DUSSAULT, Louis BERGEAT, *Traité de droit administratif*, deuxième édition, Tome III, Les presses de l'Université Laval, 1989, p. 20.

⁶⁶⁰ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 107. Peter HOGG, *Constitutional law of Canada*, 5th Edition Supplemented, Volume 1, édition à feuilles mobiles, dernière mise à jour 2021, Toronto, Carswell Thomson Reuters, p. 9-2 et 9-3; Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, éditions Yvon Blais, 6e édition, Cowansville, 2014, p. 622 à 632; René DUSSAULT, Louis BERGEAT, *Traité de droit administratif deuxième édition*, Tome III, Les presses de l'Université Laval, 1989, p. 20.

⁶⁶¹ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525, par. 63.

élément majeur dans l'application de l'immunité au gouvernement lorsque ce dernier participe à la conception et à l'adoption des lois.

Par ailleurs, les législatures provinciales bénéficient elles aussi d'immunités parlementaires afin d'assurer l'autonomie des fonctions législatives constitutionnelles et de protéger ces dernières contre toute intrusion susceptible de nuire à l'exercice du processus législatif et à l'autonomie de leurs membres. En ce sens, les privilèges parlementaires constituent un corollaire de la souveraineté parlementaire et de la séparation des pouvoirs⁶⁶².

Dans l'arrêt *Chagnon*⁶⁶³, la Cour suprême a reconnu que les privilèges parlementaires propres aux législatures « *constituent un moyen de préserver leur indépendance et de favoriser le fonctionnement des travaux de la démocratie représentative* »⁶⁶⁴. C'est d'ailleurs pour cette raison que le processus de préparation d'un projet de loi est couvert par le privilège et que l'élaboration d'un tel projet jugé ultérieurement inconstitutionnel ne peut constituer une faute en matière de responsabilité.

Dès lors, la protection du processus législatif implique également la protection des décisions et des choix politiques qui président à l'adoption des lois. Il est d'ailleurs significatif qu'au moins deux arrêts cités dans l'arrêt *Nelson* concernent le privilège parlementaire⁶⁶⁵. Par conséquent, la non-immixtion des tribunaux dans le processus

⁶⁶² *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 1.

⁶⁶³ Ibid.

⁶⁶⁴ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41.

⁶⁶⁵ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 43, où les arrêts *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319 et *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687 sont cités.

législatif a également pour corollaire que le législateur n'est juridiquement pas imputable civilement à titre de créateur de la loi.

D'autre part, le principe énoncé dans l'arrêt *Nelson*, selon lequel l'application des règles de la responsabilité aux décisions de politique générale « *aurait pour effet de miner notre ordre constitutionnel* »⁶⁶⁶, n'est pas sans rappeler le principe souligné dans l'arrêt *Mikisew*⁶⁶⁷ en vertu duquel l'obligation exigeant que le gouvernement consulte les autochtones ne saurait s'appliquer à l'élaboration d'une politique législative ou d'une loi par des ministres. En effet, de telles fonctions ministérielles ont été jugées comme étant incluses dans la sphère du pouvoir législatif et donc protégées par la séparation des pouvoirs :

[2] Je conclus par la négative. Compte tenu de l'existence de deux principes constitutionnels — la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire —, il est rarement approprié que les tribunaux examinent de près le processus législatif. Celui-ci ne se déroule pas uniquement au Parlement. Il commence plutôt par l'élaboration des projets de loi. À ce stade, les ministres s'acquittent de fonctions parlementaires. Cela étant, les tribunaux doivent faire preuve de retenue lorsqu'ils se penchent sur ce processus (...) ⁶⁶⁸ (Nous soulignons)

Les propos tenus par la Cour en matière d'obligation de consultation sont transposables, *mutadis mutandis*, à l'obligation de diligence en matière de responsabilité, puisque l'imputabilité du législateur constituerait l'application d'une obligation de diligence et de prudence qui transformerait les tribunaux en juge du processus législatif. La Cour souligne ainsi le respect de l'autonomie du processus législatif qui implique la non-ingérence et la non-interférence dans le processus d'adoption des lois⁶⁶⁹. Or, il ne

⁶⁶⁶ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 47.

⁶⁶⁷ *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765.

⁶⁶⁸ *Ibid*, par. 2. Voir également par. 118.

⁶⁶⁹ *Ibid*, par. 35.

saurait y avoir de liberté législative si, dans sa participation au processus législatif, la Couronne devait être tenue responsable civilement pour de mauvaises politiques causant des préjudices à certains individus. Cette liberté dans l'exercice de création de la législation implique encore une fois que le législateur ou le gouvernement ne sauraient être tenus responsables, par exemple, pour une politique économique d'austérité qui aurait pour effet de causer un préjudice à certaines personnes.

La séparation des pouvoirs a également un autre corollaire ayant des conséquences déterminantes en matière de responsabilité et qui se reflète dans le mécanisme de réparation prévu à l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁷⁰. En effet, selon un principe fermement établi, une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁷¹ ne peut fonder une mesure de réparation de nature pécuniaire, car cela signifierait que l'adoption d'une loi inconstitutionnelle pourrait constituer un acte fautif engageant la responsabilité civile du législateur, une conception que la Cour a désavouée, notamment dans ce passage bien connu de l'arrêt *Mackin* :

Dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l'exercice de son pouvoir législatif.⁶⁷²

À ce propos, mentionnons qu'à notre connaissance, jamais de tels dommages n'ont encore été accordés contre le législateur en raison d'une loi déclarée inconstitutionnelle.

⁶⁷⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

⁶⁷¹ Partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC, par. 105.

⁶⁷² *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 78. La Cour cite l'ouvrage des auteurs René Dussault et Louis Borgeat, *Droit administratif* (2e éd. 1989), t. III, p. 959.

En outre, dans l'arrêt *Ward*⁶⁷³, la Cour suprême a réitéré le principe en vertu duquel l'adoption d'une loi déclarée inconstitutionnelle ne pourrait, dans une poursuite en responsabilité, donner lieu à une réparation financière, car cela minerait le respect de la loi et paralyserait les fonctions politiques⁶⁷⁴.

En outre, la décision de sanctionner le gouvernement dans ses fonctions liées au processus législatif aurait comme conséquence nécessaire d'imputer à celui-ci une quelconque faute en raison de la participation des membres du gouvernement au processus législatif. Les tribunaux se trouveraient donc à juger moralement les parlementaires dans le cadre de leur fonction législative. Il ne fait ainsi aucun doute que les principes de la souveraineté parlementaire et de la séparation des pouvoirs viennent battre en brèche tout espoir d'indemnisation en matière de responsabilité civile lorsque la faute imputée concerne l'adoption de l'acte législatif lui-même ou la sagesse des mesures législatives adoptées.

Examinons maintenant pourquoi ces principes ne peuvent être appliqués à l'institution municipale et se limitent uniquement à leur fonction législative déléguée.

4.1.2 Comparaison entre l'institution municipale et l'institution parlementaire aux fins de l'application de la séparation des pouvoirs

Comme nous l'avons constaté dans le cadre de notre première partie, les deux principaux buts visés par la création d'institutions municipales sont, d'une part, d'ordre administratif afin de doter la communauté de mécanismes permettant à celle-ci de recevoir

⁶⁷³ *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27.

⁶⁷⁴ *Ibid*, par. 40.

certains services essentiels et adaptés à la réalité locale. D'autre part, il est indéniable que l'institution municipale vise également un but d'ordre politique et démocratique afin de permettre le développement d'initiatives locales ainsi que l'atteinte d'un certain degré d'autonomie dans la gestion et la prise de décisions concernant les ressources locales. Nous devons aussi souligner le fait que les municipalités permettent aux citoyens de participer directement dans l'administration des affaires publiques. Toutefois, est-ce suffisant pour en faire un véritable gouvernement au sens constitutionnel du terme? Cette question appelle, selon nous, une réponse négative.

À ce propos, il est pertinent de souligner que la Cour suprême et le législateur ont parfois cultivé une certaine ambiguïté sur la nature de l'institution municipale. Cependant, en y regardant de plus près, force est d'admettre que si le terme « gouvernement » est parfois utilisé par les tribunaux et la législation⁶⁷⁵, cette expression ne peut être entendue qu'au sens politique du terme et ne saurait en aucune façon conférer aux municipalités un statut constitutionnel. Il est pertinent de rappeler les grandes lignes de nos conclusions à ce sujet. Ainsi, parmi les principaux attributs qui caractérisent les municipalités, la plus importante est sans doute leur nature démocratique locale.

Les propos de monsieur le juge La Forest, dans l'arrêt *Ville de Longueuil*⁶⁷⁶, décrivent fort bien cette conception politique de la municipalité, mais laissent également planer le doute sur le caractère gouvernemental des municipalités au sens du droit administratif et constitutionnel :

⁶⁷⁵ *Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs*, L.Q. 2017, c. 13.

⁶⁷⁶ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

Premièrement, les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif. Cela me paraît, en soi, indiquer très fortement (mais peut-être pas de façon déterminante) qu'il s'agit de « gouvernements » au sens requis. Deuxièmement, les municipalités jouissent d'un pouvoir général de taxation qui, pour ce qui est de déterminer si on peut légitimement les considérer comme des entités « gouvernementales », ne se distingue pas des pouvoirs de taxation que le Parlement ou les provinces exercent. Un troisième et important facteur est que les municipalités ont le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d'un territoire déterminé.⁶⁷⁷ (Nous soulignons)

Les municipalités sont ainsi de véritables institutions politiques et administratives illustrant parfaitement l'idée de décentralisation. Le juge La Forest qualifie les municipalités d'entités gouvernementales en termes de responsabilité politique devant l'électorat et souligne ensuite leur pouvoir de taxation et celui d'adopter des règles de droit. Il est vrai que l'adoption de règles de droit par une entité démocratiquement élue bénéficiant d'un pouvoir de taxation constitue un argument qui milite fortement en faveur d'une reconnaissance de nature gouvernementale. Cependant, l'affirmation selon laquelle les conseils municipaux rendent des comptes à leurs électeurs de la même façon que le Parlement ou les législatures nous semble quelque peu exagérée et inexacte.

En effet, l'examen auquel nous avons procédé dans le cadre de notre première partie a révélé que, tout au long de leur l'évolution historique, les municipalités n'ont jamais été considérées comme des législatures autonomes ou des *self-governments* et que tous les actes réglementaires et administratifs adoptés par ces dernières se sont toujours vus appliqués des règles particulières, notamment sur l'interdiction de sous-délégation ou encore sur l'interdiction totale de prohiber, pour ne prendre que ces exemples. Ainsi, la

⁶⁷⁷ Ibid, par. 51-52. Voir également *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 254;; *Pacific National Investments c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, p. 941.

caractéristique principale de tout gouvernement véritable, à savoir son autonomie et sa capacité à s’auto-déterminer librement dans le cadre des pouvoirs dévolus par la Constitution, n’existe pas en droit municipal canadien.

Par ailleurs, le juge La Forest indique bien que les municipalités sont des « gouvernements au sens requis »⁶⁷⁸, c’est-à-dire un gouvernement au sens de l’article 32 de la Charte canadienne, ce qui signifie aux fins de l’application de cette dernière aux actions municipales. C’est donc dans une perspective d’application et de reconnaissance des droits fondamentaux à l’action municipale que la jurisprudence a assimilé les municipalités à une entité gouvernementale. Toutefois, cette assimilation est manifestement fonctionnelle et non de nature institutionnelle.

À ce propos, il est vrai que l’institution municipale occupe une place équivoque au sein des entités publiques. Ainsi, même s’ils ne sont pas membres d’un gouvernement, les élus municipaux ne peuvent être considérés comme étant des employés de la municipalité, ceux-ci occupent plutôt une charge caractérisée par l’exercice d’une fonction publique ne comportant aucun lien de subordination de type employeur et employé et jouissent d’une certaine autonomie relative à la structure juridique du poste occupé⁶⁷⁹. Les conseillers ont ainsi un statut hybride et sont à la fois représentants de leurs électeurs et administrateurs de la municipalité⁶⁸⁰, ce qui n’est pas le cas des députés.

⁶⁷⁸ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 51.

⁶⁷⁹ *Prud’homme c. Prud’homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 21 à 23; Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise VÉZINA, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, par. 2.43; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Le traitement juridique de l’acte individuel fautif de l’élu municipal, source d’obligations délictuelles et quasi délictuelles. Un essai de systématisation critique du droit positif québécois » (1993) 24 *R.G.D.* 469.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

En effet, ces derniers ne sont pas des administrateurs de l'État et bien qu'étant élus par les électeurs d'une circonscription électorale, ils exercent un mandat représentatif de l'ensemble de la collectivité à titre de membre de l'Assemblée législative pouvant également jouer un rôle d'ombudsman et d'intervenant pour les citoyens auprès du gouvernement⁶⁸¹. En somme, contrairement au Parlement et à la Couronne, la municipalité n'est en elle-même dépositaire d'aucune souveraineté au sens du droit positif, celle-ci étant l'apanage de la Couronne et du Parlement.

De plus, la différence entre, d'une part, les institutions gouvernementale et parlementaire et, d'autre part, les municipalités se voit de façon encore plus manifeste lorsqu'on examine la nature et le fonctionnement du comité exécutif municipal. En effet, ce dernier est un organisme administratif interne qui existe au sein de plusieurs municipalités⁶⁸². À moins d'une disposition explicite prévue dans une charte municipale, le comité exécutif ne possède aucun pouvoir décisionnel et doit rendre compte de ses activités au conseil municipal⁶⁸³. Dans l'affaire *Forcillo c. Bourques*⁶⁸⁴, la Cour supérieure examina la nature du comité exécutif de la Ville de Montréal et arriva à la conclusion que toute forme d'analogie entre le comité exécutif d'une municipalité et le conseil exécutif de type parlementaire britannique était inappropriée, notamment en raison de l'absence du principe de la solidarité ministérielle ainsi qu'en raison de l'impossibilité pour le maire de

⁶⁸¹ Renvoi: *circonscriptions électorales provinciales (Sask)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 183 à 188; ; Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, éditions Yvon Blais, 6^e édition, Cowansville, 2014, p. 310-312.

⁶⁸² *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 70.1 et suivants.

⁶⁸³ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise VÉZINA, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, par. 2.110; *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 70.9.

⁶⁸⁴ *Forcillo c. Bourques*, [1997] R.J.Q. 509 (C.S.).

révoquer les membres du comité exécutif⁶⁸⁵. En outre, la Cour apporte les précisions suivantes :

29 Le fonctionnement des gouvernements municipaux est à l'opposé du système parlementaire. Le gouvernement municipal n'a qu'une autonomie de fait, qui est celle que l'Assemblée législative lui reconnaît en lui déléguant des pouvoirs. Le maire est élu au suffrage universel. La Charte envisage qu'il puisse faire partie d'une formation politique autre que celle de la majorité des membres du conseil.⁶⁸⁶

Par conséquent, même si une certaine ressemblance peut être esquissée entre le comité exécutif et le conseil exécutif gouvernemental, il est clair que l'analogie est boiteuse puisque les membres du comité exécutif bénéficient, dans plusieurs municipalités, d'une forme d'inamovibilité temporaire dont ne jouissent pas les membres du conseil exécutif.

Par ailleurs, il faut souligner que l'existence d'un comité exécutif implique la présence d'une forme de cloisonnement politique et permet également de conclure que le partage des responsabilités entre le conseil municipal, le comité exécutif et le maire sont les indicateurs d'une certaine indépendance institutionnelle entre ces derniers, et ce, aux fins d'une stabilité administrative⁶⁸⁷. Cette exigence de stabilité administrative et d'évitement des controverses politiques au sein de l'administration constitue l'une des distinctions déterminantes entre la municipalité et les institutions gouvernementale et parlementaire. À cet égard, le principe de la responsabilité ministérielle constitutif du parlementarisme est absent de la structure politique municipale, puisque les membres du

⁶⁸⁵ Ibid, p. 511-512, par. 27-28 (version Quicklaw)

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ Ibid, par. 32.

comité exécutif ne peuvent être destitués en raison du fait qu'ils ont perdu la confiance du conseil municipal⁶⁸⁸.

En fait, c'est la notion même de « devoir de confiance » envers le conseil municipal, au sens constitutionnel et politique du terme, qui est absente du système politique municipal. Dans le système politique municipal, le maire peut à l'occasion être mis en minorité par les membres du conseil municipal, mais ne peut être renversé et privé de son titre et de ses fonctions de maire. En somme, le maire est le chef de l'administration municipale, mais il ne dirige pas un gouvernement au sens constitutionnel et parlementaire du terme.

De plus, s'il est vrai que « *les municipalités exercent des fonctions qui requièrent la prise en considération d'intérêts multiples, parfois contradictoires* »⁶⁸⁹, la raison d'être de ces dernières est néanmoins de favoriser la gestion d'un territoire limité et des ressources locales aux fins de l'intérêt des citoyens⁶⁹⁰. Par conséquent, même si les décisions municipales sont souvent le reflet des aspirations politiques et culturelles de ses citoyens, la nature et les fonctions premières de la municipalité n'ont pas, contrairement au gouvernement et au Parlement, vocation à incarner la souveraineté de l'État ni à se faire l'instigatrice d'importants changements sociaux, juridiques ou économiques⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ *Forcillo c. Bourques*, [1997] R.J.Q. 509 (C.S.); Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise VÉZINA, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, par. 2.43.

⁶⁸⁹ *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 24.

⁶⁹⁰ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS, avec la collaboration de Me Lise VÉZINA, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, par. 1.1; Ian MacF. ROGERS, *The law of canadian municipal corporations*, Second edition, volume 1, Carswell, Toronto, par. 1.1.

⁶⁹¹ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 82

En définitive, il est clair que même si elle est constituée d'élus exerçant un mandat démocratique, la municipalité ne saurait être comparée au Parlement, à une législature ou à un gouvernement selon le droit constitutionnel canadien. Ces précisions de nature institutionnelle nous semblent pertinentes en raison de certains commentaires formulés dans une vigoureuse dissidence de la juge Abella dans l'arrêt *Cité de Toronto*⁶⁹². En effet, dans ce dernier arrêt, certains propos de cette dernière ouvrent la porte à une protection constitutionnelle de l'activité démocratique municipale, ce qui serait susceptible de paver ultérieurement la voie à une forme de reconnaissance constitutionnelle de celle-ci, notamment sous couvert des principes structurels et, plus particulièrement, du principe de la démocratie.

Pour mémoire, cette affaire concernait la constitutionnalité de la législation ayant pour objet la réduction de la taille du conseil de ville de Toronto sur le fondement des articles 2 b) et 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en plus d'invoquer les principes structurels de la démocratie. Il convient cependant de préciser que les juges dissidents abordèrent la question soumise en tenant compte du moment où cette modification eut lieu, à savoir au milieu des élections⁶⁹³. Bien que ce dernier élément factuel soit capital pour les juges dissidents, nous verrons que leur conception hétérodoxe de l'institution municipale n'en demeure pas moins un élément tout aussi capital dans leur raisonnement.

⁶⁹² *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34. Les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer ont souscrit aux motifs de la juge Abella.

⁶⁹³ *Ibid*, par. 88 à 90 et 112.

Ainsi, s'il est vrai que la liberté d'expression protégée par l'article 2 b) de la *Charte canadienne* s'applique aussi bien aux élections municipales qu'aux élections fédérales et provinciales, ce que d'ailleurs la majorité reconnaît, il est toutefois erroné d'affirmer que les municipalités « *ne sont pas de simples créatures des provinces* »⁶⁹⁴, du moins si l'on s'en tient à un point de vue strictement juridique. Or, une lecture en filigrane des motifs de la juge Abella permet de voir que non seulement elle accorde une protection constitutionnelle aux activités démocratiques municipales, mais qu'elle reconnaît aussi une forme de protection à l'institution elle-même.

En effet, elle souligne le « niveau crucial de gouvernement » que représente la municipalité en raison de son caractère démocratique, de la reddition de compte des élus ainsi que de la proximité et de la réciprocité citoyennes⁶⁹⁵. De plus, par le truchement de l'article 2 b) de la *Charte canadienne*, la juge Abella pose les fondements d'une protection constitutionnelle de l'institution municipale en invoquant les principes structurels.

À cette fin, elle rappelle que les principes structurels ne sont pas seulement de nature interprétative, mais sont aussi des engagements normatifs pouvant « *limiter l'action gouvernementale* »⁶⁹⁶. Une fois ce caractère normatif réitéré, la juge cite un passage tiré de l'arrêt *SEFPO*⁶⁹⁷, qui cite lui-même des passages du *Reference re Alberta Statutes*⁶⁹⁸ et de l'arrêt *Switzman*⁶⁹⁹, dans lequel il est fait mention de la structure constitutionnelle envisageant « *l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs*

⁶⁹⁴ Ibid, par. 116.

⁶⁹⁵ Ibid, par. 116 à 122.

⁶⁹⁶ Ibid, par. 168-169.

⁶⁹⁷ *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2.

⁶⁹⁸ *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

⁶⁹⁹ *Switzman c. Elbing*, [1957] R.C.S. 285.

librement élus aux niveaux fédéral et provincial » et du droit à la discussion rattaché à ces institutions politiques⁷⁰⁰. Par la suite, la juge Abella infère de la jurisprudence portant sur les principes structurels que ceux-ci peuvent invalider un texte de loi dans la mesure où ce dernier est « *fondamentalement incompatible avec l'architecture interne de la Constitution ou avec sa structure constitutionnelle fondamentale* »⁷⁰¹.

Bien qu'elle n'ait jamais explicitement affirmé que les municipalités bénéficient d'une protection constitutionnelle, plusieurs des arguments de la juge Abella semblent partiellement conduire à une telle conclusion. En effet, aucun des arguments précédemment énumérés ne permet à lui seul de prétendre que les juges dissidents souscrivent à une entière constitutionnalisation de l'institution municipale. Toutefois, la conjonction de tous ces éléments et, plus particulièrement, le fait de qualifier la démocratie municipale de cruciale en y ajoutant le refus de réduire la municipalité à son statut de créature et de finalement clore ce raisonnement avec la citation de l'arrêt *SEFPO*, en établissant un parallèle avec les législatures, constituent une invitation à reconsidérer le statut constitutionnel de cette dernière.

À vrai dire, une telle conclusion est à ce point vraisemblable que les juges majoritaires sentent la nécessité de souligner qu'« [i]l n'appartient [...] pas à notre Cour de créer des droits constitutionnels à l'égard d'un troisième ordre de gouvernement lorsque, interprété contextuellement, le texte de la Constitution ne le fait pas »⁷⁰². En outre, cette question préoccupe à ce point les juges majoritaires que ceux-ci réitèrent, à au moins

⁷⁰⁰ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 169.

⁷⁰¹ *Ibid*, par. 170.

⁷⁰² *Ibid*, par. 2. La Cour cite un extrait de l'arrêt *Baier c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 673, par. 39.

trois reprises à la fin de leurs motifs⁷⁰³, que les municipalités ne bénéficient d'aucun statut constitutionnel et qu'elles ne sont que de simples créatures de la loi.

Force est de constater que la Cour est véritablement divisée sur cette question, sans parler des autres questions dont le non moins statut controversé des principes non écrits de la Constitution. À la décharge des juges dissidents, il faut admettre que, par le passé, la Cour a plus d'une fois créé une certaine confusion concernant les pouvoirs exercés par les municipalités et leur statut comme autorité publique. À cet égard, rappelons à nouveau que, cinquante ans plus tôt, dans l'arrêt *Welbridge*, une Cour suprême unanime écrivait, sous la plume du juge Laskin, qu'une municipalité peut « *tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada excéder ses pouvoirs* »⁷⁰⁴ sans être imputable des dommages causés en raison de cette activité législative.

Ainsi, même si ce dernier arrêt assimile le pouvoir municipal au pouvoir parlementaire dans le cadre exclusif de la responsabilité extracontractuelle, une telle affirmation est susceptible de créer une confusion et d'induire les tribunaux et les juristes en erreur en mettant sur le même pied d'égalité la créature municipale et la législature. Cette assimilation, même limitée, risque d'occulter le principe de la souveraineté parlementaire qui octroie au Parlement une immunité constitutionnelle à titre d'institution. Outre sa légitimité démocratique, cette souveraineté est notamment caractérisée par l'autonomie d'adopter des lois qui ne nécessitent pas une autorisation d'un organisme supérieur :

⁷⁰³ Ibid, par. 81-82-84

⁷⁰⁴ *Welbridge Holding Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 969.

La souveraineté parlementaire signifie que la législature a compétence pour adopter elle-même des lois *et* pour déléguer à d'autres personnes ou organismes certains pouvoirs administratifs ou réglementaires, notamment le pouvoir de prendre des règlements contraignants, mais subordonnés. C'est pourquoi le pouvoir de prendre de tels règlements est parfois qualifié de « pouvoir législatif subordonné ». ⁷⁰⁵

En somme, les arguments exposés au soutien d'une possible constitutionnalisation des municipalités font fi de l'histoire juridique et de la structure des législatures qui prennent ancrage dans la « *démocratie parlementaire du Parlement de Westminster* » ⁷⁰⁶. L'immunité municipale est donc uniquement fonctionnelle et n'existe que par la loi et seulement dans le cadre de cette dernière.

Dès lors, à l'instar des pouvoirs municipaux, l'immunité tire uniquement sa source de la loi votée par la législature. Or, ce point est capital lorsque vient le temps de considérer l'immunité en présence d'un excès de compétence, car la municipalité se trouve alors à excéder la norme d'habilitation lui conférant le pouvoir d'agir légalement. Dans un tel cas, cela signifie qu'une municipalité ne pourrait plus bénéficier de l'immunité et serait imputable selon les règles du droit commun, ce qui n'est pourtant pas le cas selon la jurisprudence actuelle ⁷⁰⁷. Nous développerons plus amplement ce point dans notre dernière partie.

Par ailleurs, la conception énoncée dans l'arrêt *Nelson* selon laquelle l'immunité s'opposant à la responsabilité civile des actes législatifs devrait être distinguée du contrôle judiciaire, au motif que la première appartient au droit privé, alors que la seconde relève

⁷⁰⁵ Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 73; Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11, par. 84.

⁷⁰⁶ *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 23

⁷⁰⁷ *Moreault c. Québec (Ville)*, 2022 QCCA 865, par. 7.

du droit public⁷⁰⁸, appelle également certaines précisions. La Cour semble en effet réduire le champ de la responsabilité au domaine exclusif du droit privé. Cette exclusion péremptoire nous semble problématique au regard de la primauté du droit. C'est pourquoi il est important d'examiner le concept de primauté du droit en vertu duquel tous, y compris les autorités publiques, doivent être soumis au droit commun, car en principe « *il y a une seule loi pour tous* »⁷⁰⁹.

Ainsi, notre prochaine partie cherchera à déterminer dans quelle mesure est justifiée l'opposition exposée dans l'arrêt *Nelson* entre, d'une part, le contrôle de la légalité fondé sur la primauté du droit et, d'autre part, les principes de responsabilité fondés sur le droit privé. En effet, bien que raisonnable, cette opposition résultant de la *summa divisio* entre le droit privé et le droit public nous semble quelque peu contestable puisque la primauté du droit devrait aussi présider à l'ensemble des actes étatiques, y compris en matière de responsabilité civile. Nous examinerons donc la primauté du droit et ses corollaires appliqués à la responsabilité municipale.

4.1.3 La primauté du droit et la responsabilité civile

D'emblée, soulignons que la notion de primauté du droit est à ce point riche et complexe qu'il est difficile d'en exposer les principes constitutifs de façon succincte. Il convient d'abord de préciser que la primauté du droit est généralement entendue comme un faisceau de principes fondamentaux développés au cours des siècles par les tribunaux de *common law* qui ont notamment fait ressortir les principes de suprématie de la loi et d'égalité

⁷⁰⁸ *Nelson c. (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 47 *in fine*.

⁷⁰⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 71; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

devant la loi⁷¹⁰. Le professeur A.V. Dicey fut sans doute le premier auteur qui exposa de façon précise et détaillée la notion de primauté du droit ainsi que les corollaires qui en découlent. Dicey tire de la primauté du droit les trois éléments suivants⁷¹¹ :

- 1) L'absence de pouvoir arbitraire de la part du gouvernement.
- 2) Chaque personne est soumise au droit tel qu'administré par les tribunaux ordinaires.
- 3) Les règles et principes généraux du droit constitutionnel sont le résultat du « *ordinary law of the land* ».

Analysons brièvement comment les tribunaux ont appliqué ces principes afin de démontrer que la primauté du droit constitue un principe d'égalité de tous devant la loi justifiant l'imputabilité des actes de puissance publique.

L'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*⁷¹² est sans nul doute l'un des jugements incontournables lorsque l'on parle de la primauté du droit. Cette affaire mettait en cause un abus de pouvoir du premier ministre Duplessis qui ordonna de retirer le permis d'alcool d'un restaurateur, nommé Roncarelli, qui se portait caution pour les témoins de Jéhovah qui étaient arrêtés par la police. En l'espèce, il était flagrant que la décision de retirer le permis à Roncarelli n'avait aucun lien avec la loi. Dans le cadre de cette affaire, les motifs du juge Rand et Judson exposent fort bien les principes en jeu :

« That, in the presence of expanding administrative regulation of economic activities, such a step and its consequences are to be suffered by the victim without recourse or remedy, that an administration according to law is to be

⁷¹⁰ François CHEVRETTE, Herbert MARX, Han-Ru ZHOU, *Droit constitutionnel, Principes fondamentaux*, Les éditions Thémis, 2e édition, Montréal, 2021, p. 169-170; Guy RÉGIMBALD et Dwight NEWMAN, *The Law of the Canadian Constitution*, LexisNexis, First Edition, Markham, 2013, p. 72-75.

⁷¹¹ Albert. V. DICEY, *An Introduction of the study of Law of the Constitution*, Tenth edition, Macmillan & co Ltd., London 1961, p. 188 à 195.

⁷¹² *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of desintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure. »⁷¹³

Ainsi, c'est le principe de l'exclusion du pouvoir arbitraire et celui de la même soumission au droit qui doivent surtout être soulignés dans cette affaire, puisque même un premier ministre ne saurait être au-dessus de la loi et du droit. En outre, les juges majoritaires n'ont nullement cherché à distinguer entre les principes de droit public et de droit privé concernant la question des dommages accordés à la suite de l'excès de pouvoir des autorités gouvernementales⁷¹⁴. En effet, le juge Rand reconnut explicitement que :

The act of the respondent through the instrumentality of the Commission brought about a breach of an implied public statutory duty toward the appellant; it was a gross abuse of legal power expressly intended to punish him for an act wholly irrelevant to the statute, a punishment which inflicted on him, as it was intended to do, the destruction of his economic life as a restaurant keeper within the province. Whatever may be the immunity of the Commission or its member from an action for damages, there is none in the respondent. He was under no duty in relation to the appellant and his act was an intrusion upon the functions of a statutory body. The injury done by him was a, fault engaging liability within the principles of the underlying public law of Quebec: *Mostyn v. Fabrigas*, and under art. 1053 of the *Civil Code*.⁷¹⁵ (Nous soulignons)

Ainsi, tant le droit public de common law que le droit civil convergent tous deux et confirment le principe en vertu duquel un excès de pouvoir engage la responsabilité de l'autorité publique.

D'autre part, la primauté du droit implique l'existence d'un ordre normatif. C'est ainsi que dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*⁷¹⁶, la Cour conçut la

⁷¹³ Ibid, p. 142.

⁷¹⁴ Les juges Martland, Locke et le juge en chef Kerwin considèrent que l'excès de pouvoir est suffisant pour lui faire perdre son immunité

⁷¹⁵ Ibid, p. 141-142.

⁷¹⁶ *Renvoi relatif sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 745.

primauté du droit comme un principe visant le « *maintien d'un ordre réel de droit positif* »⁷¹⁷ s'appliquant à l'ensemble de l'édifice juridique canadien et qui va donc bien au-delà de la division entre le droit public et le droit privé. Nous devons ainsi comprendre que la primauté du droit est une notion qui se définit et s'interprète par rapport à certains concepts plus globaux qui sont eux-mêmes étroitement liés à toute une vision sociopolitique de l'État et du rôle que ce dernier est appelé à jouer afin d'assurer une cohésion et une paix sociale nécessaire à toute collectivité. En outre, ces principes furent réitérés dans le cadre du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷¹⁸ où l'importance accordée aux principes structurels de la Constitution reflète une conception de l'État de droit impliquant notamment un plus grand encadrement des privilèges et pouvoirs qui historiquement permettaient au gouvernement et aux autorités publiques de se soustraire au droit commun.

Or, le respect des obligations propres à la responsabilité civile ainsi que les principes justifiant la réparation des préjudices causés à autrui à la suite d'actes fautifs, fussent-ils exercés par une autorité publique, ne participent-ils pas aussi aux exigences de cohésion et de paix sociale? Après tout, le fait d'exiger qu'une autorité publique respecte certaines normes de prudence et de diligence ne constitue-t-il pas un impératif non seulement moral, mais aussi une exigence nécessaire à l'établissement et au maintien d'un ordre normatif? Nous aborderons sous peu ces questions et verrons pourquoi celles-ci appellent une réponse positive.

À la lumière de ces principes, nous sommes en droit de nous interroger sur le bien-fondé de l'énoncé selon lequel, en raison de son appartenance au droit privé, la

⁷¹⁷ Ibid, p. 748-749.

⁷¹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

responsabilité civile ne participerait pas de la primauté du droit et serait même, dans certains cas, susceptible de miner l'ordre constitutionnel⁷¹⁹. À notre avis, s'il est vrai que l'application d'une obligation de prudence à l'égard du processus législatif inhérent aux institutions parlementaires et gouvernementales serait susceptible de constituer une remise en question de la sagesse et du bien-fondé des décisions et des normes adoptées par le gouvernement et la législature, il est cependant loin d'être évident qu'une telle obligation à l'égard des décisions municipales puisse rompre l'équilibre constitutionnel visant à préserver la séparation des pouvoirs.

Il est vrai que traditionnellement la Cour distingue entre, d'une part, le contrôle de la légalité, dans le cadre duquel les tribunaux invalident les actes excédant les pouvoirs conférés par la loi et, d'autre part, la responsabilité de l'État où, en raison de la notion de faute propre au droit privé, les tribunaux reconnaîtront une immunité à ces actes en matière d'indemnisation, et ce, même en cas de violation des droits consacrés par les chartes comme en fait foi le passage suivant :

23 Le recours au régime de responsabilité civile pour sanctionner les violations de la Charte québécoise ne saurait faire abstraction de ces règles de base, qui visent à sauvegarder l'exercice libre et efficace de la fonction législative, en présence des formes actuelles de contrôle de constitutionnalité. À cet égard, le principe d'immunité implique une distinction nécessaire entre l'acte fautif ou « l'acte de négligence » et l'acte illégal ou invalide, en raison de sa non-conformité aux normes fondamentales, constitutionnelles ou quasi constitutionnelles. On remarquera d'ailleurs que, de manière analogue, en droit de la responsabilité de l'administration publique, le constat de l'illégalité d'une décision administrative, à la suite de l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire, n'équivaut pas nécessairement à celui de l'existence d'une faute donnant ouverture à un recours en responsabilité civile.⁷²⁰ (Nous soulignons)

⁷¹⁹ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 47 in fine.

⁷²⁰ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 23. Voir aussi *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, p. 357-358; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, [2010] 3 R.C.S. 785, par. 24.

Or, l'immunité du législateur repose à la fois sur une immunité institutionnelle et fonctionnelle, alors que celle des municipalités se rattache uniquement à la législation déléguée qui est elle-même tributaire de la loi. Dès lors, s'il est vrai que la distinction entre faute et invalidité est pleinement justifiée aux fins de l'activité législative parlementaire, celle-ci est toutefois problématique concernant l'invalidité de l'acte réglementaire municipal dont l'immunité est seulement de nature fonctionnelle et dont l'autorité compétente ne bénéficie d'aucune immunité institutionnelle ou organique.

Il est en effet logiquement défendable, en vertu de la hiérarchie des normes, qu'un principe constitutionnel de la nature des immunités institutionnelles parlementaires puisse faire obstacle au principe général de la responsabilité civile. Ainsi, dans un tel cas, l'immunité est pleinement justifiée, car le processus décisionnel démocratique inhérent à cette institution et conduisant à l'adoption des lois par le Parlement ne relève pas de la compétence des tribunaux en vertu de la séparation des pouvoirs⁷²¹. Les tribunaux sanctionneront ainsi l'illégalité en termes de non-conformité à une norme supérieure, mais n'iront pas jusqu'à condamner en termes d'actes fautifs l'adoption de tels actes institutionnels. Un tel raisonnement ne s'applique toutefois pas aux municipalités et conduit à concevoir l'immunité municipale de façon beaucoup plus limitée que celle du Parlement et des législatures.

Lorsque nous cherchons à examiner la raison d'être de cette distinction entre faute et non-conformité aux normes hiérarchiques, les tribunaux justifient l'immunité civile en

⁷²¹ *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 24-25; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 29(9); *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 785; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 38; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 350 et 382-384.

affirmant qu'«*il est impensable que le Parlement puisse être déclaré civilement responsable en raison de l'exercice de son pouvoir législatif*»⁷²² ou parce que cela pourrait «*paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d'élaboration de politiques*»⁷²³ ainsi qu'au nom du respect de la démocratie et de la liberté du pouvoir législatif⁷²⁴. Or, bien que ces motifs soient rationnels, force est d'admettre que ceux-ci pourraient également s'appliquer en faveur d'une immunité protégeant les lois inconstitutionnelles qui empêcherait leur invalidité.

En effet, d'aucuns pourraient prétendre que compte tenu du fait que les lois ont été démocratiquement adoptées, le contrôle de la constitutionnalité de ces dernières conduirait à une intervention judiciaire trop vigoureuse qui serait susceptible d'avoir un effet paralysant sur les initiatives législatives. Bien entendu, de telles prétentions sont injustifiables en ce qu'elles résulteraient à une abdication des devoirs constitutionnels qui incombent aux tribunaux judiciaires comme gardiens de la Constitution. Notre remarque cherche plutôt à montrer que, bien que les motifs invoqués par la Cour soient rationnels et juridiquement bien fondés, ils n'en demeurent pas moins incomplets, car ces mêmes motifs pourraient également être invoqués pour faire obstacle au contrôle de la constitutionnalité des lois.

Par conséquent, il convient d'examiner les notions de faute et d'invalidité pour comprendre comment, au-delà de la *summa divisio*, ces dernières se distinguent l'une de

⁷²² Ibid, par. 19.

⁷²³ *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, par. 40.

⁷²⁴ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 43; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 2 et 35; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 6; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 194; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389.

l'autre, mais arrivent aussi parfois à se compléter. Plus précisément, nous verrons que bien que la distinction soit logiquement fondée, celle-ci ne justifie toutefois pas que les principes de la responsabilité cèdent nécessairement le pas devant les principes de droit public. Au contraire, nous verrons que ces principes sont complémentaires et incontournables au maintien de l'ordre constitutionnel.

4.1.4 Les notions de faute et d'invalidité

La distinction entre la faute et l'invalidité est particulièrement pertinente aux fins de notre thèse, car nous démontrerons que la nature morale propre à la notion de faute, justifiant l'immunité, chevauche parfois celle d'invalidité et que, conséquemment, cela exige une révision de l'étendue de l'immunité.

La faute est l'une de ces notions familières que nous saisissons intuitivement, mais qui, dès que l'on cherche à l'exposer de façon explicite, se révèle plus complexe qu'on ne le croyait. Le mot « faute » est dérivé du latin « *fallita* » signifiant « *action de faillir, manque (...) le fait de manquer aux prescriptions d'une religion* » et par extension le mot en est venu à désigner « *le manquement à une règle, dans un art, une discipline intellectuelle* »⁷²⁵. Tant le droit civil que la common law ont été influencés par cette idée de manquement à un précepte moral ou à un acte moralement répréhensible⁷²⁶.

Le libellé de l'article 1457 C.c.Q. fait clairement référence au devoir de respecter les règles de conduite de la loi, mais aussi aux usages et aux circonstances, ce qui implique

⁷²⁵ Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction d'Alain REY, volume 1, Éditions Dictionnaire Le Robert, 1992, Paris, p. 782. Il est à noter qu'à l'origine, la responsabilité et la faute se confondaient avec les notions pénales de culpabilité et de châtement, voir notamment Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, traduit par Jean GREISCH, éditions Flammarion, Paris, 2014, p. 179-180.

⁷²⁶ Louise BÉLANGER-HARDY, Aline GRENON, *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Éditions Thomson Carswell, Toronto, 2008, p. 358.

tant le respect de normes juridiques que des conventions sociales et morales. En outre, la doctrine souligne que la notion de faute est à la fois « *une condition et un fondement de la responsabilité civile* »⁷²⁷. À ce titre, cette notion est inscrite au cœur même du livre cinquième des obligations, à l'article 1457 du C.c.Q., lequel prescrit, en vertu de son premier alinéa, que « *Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui* ».

Une certaine doctrine considère que cet alinéa renvoie au concept d'illicéité qui peut se définir comme la violation ou le non-respect d'un devoir ou d'une norme de bonne conduite ou de civilité⁷²⁸. L'illicéité est plus large que la notion d'illégalité puisqu'elle implique non seulement celle-ci, mais inclut également la transgression de coutumes, de normes non étatiques ou de conventions sociales⁷²⁹. Ce concept d'illicéité peut s'entendre comme étant l'élément objectif de la faute en ce que la notion de discernement propre à la caractérisation de l'imputabilité d'un comportement blâmable n'est pas mentionné par le premier alinéa de l'article 1457. Le professeur Tancelin explique ainsi que cet alinéa ne repose que sur la violation des circonstances, de l'usage et de la loi sans référence aucune à la capacité de discerner le bien et le mal⁷³⁰. La faute serait donc le fruit d'un élément objectif, à savoir l'illicéité, conjugué à l'élément subjectif de l'imputabilité⁷³¹. Pour qu'il

⁷²⁷ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS, Benoît MOORE, *La responsabilité civile, volume 1 : Principes généraux*, 9^e édition, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2021, p. 175.

⁷²⁸ Mariève LACROIX, *Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : continuum de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 C.c.Q.*, (2012) 46 R.J.T. 25, p. 33-34.

⁷²⁹ Mariève LACROIX, *La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois*, (2013) 59 R.D. McGill, 425, p. 459, note de bas de page 130.

⁷³⁰ Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e édition, Éditions Wilson & Lafleur, 2009, Montréal, p. 436.

⁷³¹ Mariève LACROIX, *L'illicéité : Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, Thèse de doctorat, Faculté des études supérieures de l'Université

y ait une faute, il faut donc ajouter à cet élément objectif l'élément subjectif moral qui est la faculté de discernement propre à la personne douée de raison⁷³².

Or, c'est le deuxième alinéa de l'article 1457 qui renferme cet élément subjectif propre à la reconnaissance de la faute⁷³³. En effet, cet alinéa énonce que : « *Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel* ». Sans ce dernier élément subjectif, il serait possible d'engager la responsabilité d'une personne dont l'incapacité cognitive la rendrait incapable de concevoir un acte de volonté libre et éclairé. Cet élément est donc indispensable à l'existence de l'imputabilité propre à la reconnaissance traditionnelle de la faute.

Par ailleurs, la faute n'est pas un écart de conduite par rapport aux activités usuelles d'une personne spécifique, mais constitue plutôt un écart de conduite par rapport au modèle abstrait de la personne raisonnable, prudente et diligente ainsi que de ce qui est jugé socialement acceptable au regard des prescriptions législatives telles qu'interprétées par les tribunaux⁷³⁴. Ajoutons que la faute s'apprécie généralement comme étant une obligation de moyens en tenant compte des circonstances et de la nature des activités concernées⁷³⁵.

Laval, Faculté de droit, Québec, 2011, p. 142, [www.theses.ulaval.ca, http://hdl.handle.net/20.500.11794/23120](http://hdl.handle.net/20.500.11794/23120).

⁷³² Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e édition, Éditions Wilson & Lafleur, 2009, Montréal, p. 436; Mariève LACROIX, « *Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : continuum de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 C.c.Q.* » (2012) 46 R.J.T. 25, p. 42-43.

⁷³³ Ibid.

⁷³⁴ *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 21; Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS, Benoît MOORE, *La responsabilité civile, volume 1 : Principes généraux*, 9^e édition, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2021, p. 181 à 183 et 209.

⁷³⁵ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, par. 43-44; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 393-395; Han-Ran ZHOU, *Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile*, (2001), 61 R. du

Aux termes du libellé de l'article 1457 C.c.Q., le devoir de respecter les règles de conduite est fort large, car celui-ci englobe non seulement la loi, mais aussi les conventions et les usages. Ce dernier point est particulièrement pertinent aux fins de notre analyse puisque cela pose la question de la transgression d'une règle de droit comme étant possiblement fautive, ce qui impliquerait que l'acte *ultra vires* ne constituerait pas seulement une invalidité au sens de la hiérarchie des normes, mais pourrait aussi être une faute au sens du droit civil. Les notions de faute et d'invalidité ont déjà été distinguées, mais il nous faut maintenant approfondir le sujet.

À ce propos, il convient d'abord de distinguer entre la question de savoir si un acte administratif invalide constitue nécessairement une faute et celle de savoir si une autorité publique peut commettre une faute sans que cela ne constitue, en soi, un acte invalide au sens du droit administratif. Traditionnellement, la jurisprudence fait la distinction entre une faute, au sens du droit de la responsabilité, et une invalidité dans l'exercice des pouvoirs.

Dans l'arrêt *TeleZone*, la Cour suprême exposait ce principe comme suit :

[28] *TeleZone* invoque aussi la négligence. La responsabilité délictuelle procède bien sûr d'un acte fautif, et non de la nullité. Comme la Cour l'a clairement établi il y a longtemps, dans *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 222-225, il n'est ni nécessaire ni suffisant, pour fonder un recours de droit privé, qu'il y ait eu contravention à la loi. La contravention n'est pas nécessaire, car une décision tout à fait valide de l'administration publique peut néanmoins engager sa responsabilité contractuelle (*Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. vii) ou délictuelle (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201).⁷³⁶ (Nous soulignons)

B. 451, p. 488; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS, Benoît MOORE, *La responsabilité civile, volume 1 : Principes généraux*, 9^e édition, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2021, p. 209-210.

⁷³⁶ *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 28; *Agence canadienne des aliments c. Institut de la fonction publique du Canada*, [2010] 3 R.C.S. 657, par. 21; *Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 R.C.S. 3.

Une décision valide pourrait donc engager la responsabilité d'une autorité publique⁷³⁷. Cette affirmation exige cependant une précision, à savoir que la Cour parle d'une décision de l'administration publique, ce qui exclut bien évidemment une loi du Parlement ou un règlement. En effet, il nous semble couler de source qu'en présence d'un règlement valide, la faute ne pourrait être imputée à l'adoption de la norme réglementaire elle-même, car cela reviendrait alors à contester la loi habilitante. À ce propos, le fait que la Cour utilise et réitère le terme «décision» indique, selon nous, que ce sont les actes à portée individuelle ou purement administratifs qui font l'objet du principe énoncé et non les actes à portée générale et impersonnelle, tels que les règlements⁷³⁸.

D'autre part, mentionnons que la distinction entre faute et validité semble reposer sur une distinction préalable fondamentale, à savoir celle entre un droit et un pouvoir. En effet, la notion de pouvoir implique l'existence d'une autorité supérieure étatique dont la nature, souvent coercitive, appelle un contrôle nécessaire afin d'endiguer l'excès de pouvoir et d'assurer le respect de la loi, du droit et de la Constitution. Il s'agit là d'une notion qui a trait à la hiérarchie des normes.

⁷³⁷ Pour une opinion plus nuancée à cet égard, voir les auteurs Jean-François GIRARD et David ROBITAILLE, *Pouvoirs des municipalités de protéger les sources d'eau sur leur territoire : le point sur l'état des lieux après l'affaire Gastem c. Ristigouche-Partie-Sud-Est*, dans Services de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal 2019*, Éditions Yvon Blais, 191, p. 234. Soulignons que dans un grand nombre de cas, l'invalidité sera concomitante à la faute.

⁷³⁸ *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 1 : «*TeleZone Inc. prétend avoir été lésée par la décision du ministre d'Industrie Canada de rejeter sa demande de licence de fourniture de services de télécommunications*» (Nous soulignons).

Un pouvoir constitue ainsi l'exercice d'une autorité créée par la loi, afin d'instituer un contrôle sur une relation juridique⁷³⁹, et est strictement limité par celle-ci⁷⁴⁰. En outre, un pouvoir est exercé dans l'intérêt public et ne peut être vendu ou cédé, mais peut seulement être sous délégué que si la loi l'autorise ou par implication nécessaire⁷⁴¹. Une telle autorité implique également l'existence d'un contrôle judiciaire indépendant afin d'assurer le respect des pouvoirs constitutionnels⁷⁴². Pour sa part, un droit constitue l'exercice d'une « *prérogative conférant à son titulaire un avantage dans son intérêt propre* »⁷⁴³ et implique l'existence d'une obligation corrélative⁷⁴⁴. En outre, un droit appartient généralement à la sphère du droit commun et repose sur l'exercice d'une liberté individuelle et peut parfois, à ce titre, être cédé, transféré ou même vendu.

Toutefois, bien que les concepts de faute et d'invalidité soient distincts l'un de l'autre, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucun chevauchement dans leur application. En effet, comme la Cour le souligne dans l'arrêt *TeleZone*, l'exercice valide d'une décision administrative n'est pas en soi un obstacle à la reconnaissance d'une faute en matière de responsabilité civile⁷⁴⁵. Compte tenu du fait que la faute peut exister sans qu'il y ait invalidité, il reste à déterminer si une invalidité, à savoir la violation d'une norme juridique

⁷³⁹ Wesley Newcomb HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, vol. 23, no. 1, 1913-1914, p. 16-59, p. 55, p. 56-57.

⁷⁴⁰ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28-29.

⁷⁴¹ *Vic Restaurant Inc. v. Montreal (City)*, [1958] 1 S.C.R. 58, p. 77; *Air Canada c. Dorval (Ville)*, [1985] 1 R.C.S. 861, p. 871; Guy RÉGIMBALD, *Canadian administrative law*, Third edition, LexisNexis, Toronto, 2021, p. 143-145; Patrice Garant, *Droit administratif*, 7^e édition, éditions Yvon Blais, Montréal, 2017, p. 220-221.

⁷⁴² *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 30-31;

⁷⁴³ *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43, par. 69; CANTIN CUMYN, Madeleine, *Le pouvoir juridique*, (2007), 52 R.D. McGill 215, p. 225.

⁷⁴⁴ Wesley Newcomb HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, vol. 23, no. 1, 1913-1914, p. 16-59, p. 31-32.

⁷⁴⁵ *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 28.

au sens du droit administratif, implique une faute au sens du droit civil. La Cour suprême a répondu à cette question dans l'arrêt *Morin*⁷⁴⁶, où cette dernière a reconnu que la violation d'une norme de signalisation au *Code de la sécurité routière* pouvait constituer une faute dans la mesure où cette norme renferme également une norme de prudence élémentaire :

La simple contravention à une disposition réglementaire n'engage pas la responsabilité civile du délinquant si elle ne cause de préjudice à personne. Mais un bon nombre de ces dispositions concernant la circulation expriment, tout en les réglementant, des normes élémentaires de prudence. Y contrevenir est une faute civile⁷⁴⁷.

Dès lors, en présence d'un règlement ou d'une loi renfermant une obligation de prudence, la méthode proposée consiste à seulement examiner si la personne a violé cette obligation et, si tel est le cas, alors « *le tribunal ne peut se demander si l'auteur, tout de même, n'a pas agi comme une personne prudente et raisonnable et le tribunal doit conclure à faute* »⁷⁴⁸. Cette conception fut toutefois remaniée dans le cadre de l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent*⁷⁴⁹ où, malgré le fait qu'une loi spéciale fut adoptée afin d'autoriser la construction d'une cimenterie et nonobstant le respect par cette dernière de la réglementation applicable à ses activités, la Cour conclut à un abus de droit fondé sur la responsabilité sans faute, en vertu de l'article 976 C.c.Q. Dans le cadre de l'examen de la notion de faute, la Cour modifia la portée de l'arrêt *Morin* en affirmant que la nécessaire prise en compte d'une obligation de prudence en vertu de l'article 1457 C.c.Q. constituerait

⁷⁴⁶ *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570.

⁷⁴⁷ *Ibid*, p. 579-580.

⁷⁴⁸ Pierre-Gabriel JOBIN, *La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile ?*, (1984) 44 R. du B. 222, p. 227.

⁷⁴⁹ *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392.

une condition *sine qua non* rendant impossible l'assimilation pure et simple du manquement statutaire à la faute civile :

[34] En droit civil québécois, la violation d'une norme législative ne constitue pas en soi une faute civile (*Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *Compagnie d'assurance Continental du Canada c. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707 (C.A.), p. 712; Jobin, p. 226). Il faut encore qu'une infraction prévue pour un texte de loi constitue aussi une violation de la norme de comportement de la personne raisonnable au sens du régime général de responsabilité civile de l'art. 1457 C.c.Q. (*Union commerciale Compagnie d'assurance c. Giguère*, [1996] R.R.A. 286 (C.A.), p. 293). La norme de la faute civile correspond à une obligation de moyens. Par conséquent, il s'agira de déterminer si une négligence ou imprudence est survenue, eu égard aux circonstances particulières de chaque geste ou conduite faisant l'objet d'un litige. Cette règle s'applique à l'évaluation de la nature et des conséquences d'une violation d'une norme législative.⁷⁵⁰ (Nous soulignons)

Par conséquent, même si une loi renferme une norme élémentaire de prudence, il faudra également démontrer qu'une telle violation constitue un manquement à l'obligation de prudence au sens du second alinéa de l'article 1457 C.c.Q. Sans doute faut-il voir dans cette décision le refus de considérer une interprétation strictement objective du premier alinéa de l'article 1457 C.c.Q. comme créant un régime autonome fondé sur la stricte illicéité⁷⁵¹. À cet égard, plusieurs auteurs⁷⁵² y ont vu une modification substantielle de l'arrêt *Morin* en raison du rejet de la possibilité que la violation d'une loi ou d'un règlement renfermant une norme de prudence puisse engager, *per se*, la responsabilité d'une personne.

⁷⁵⁰ Ibid, par. 34.

⁷⁵¹ Daniel GARDNER, *Obligations*, (2009) 111 R. du N. 61; Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e édition, Éditions Wilson & Lafleur, 2009, Montréal, p. 438.

⁷⁵² Nathalie VÉZINA, « Du phénomène de pollution lumineuse appliqué à l'observation des astres jurisprudentiels : responsabilité objective, responsabilité subjective et l'arrêt Ciment du Saint-Laurent » dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici, Les couleurs du droit*, Montréal, éditions Thémis, 2010, p. 377; Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS, Benoît MOORE, *La responsabilité civile, volume 1 : Principes généraux*, 9^e édition, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2021, p. 204-205.

Dans l'arrêt *Kosoian*⁷⁵³, la Cour suprême tenta de réconcilier les arrêts *Morin* et *Ciment du Saint-Laurent* en ces termes :

[48] La transgression de telles règles de conduite législatives ou réglementaires pourra souvent, sauf circonstances particulières, être assimilée à une faute civile (voir *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, par. 96; *Compagnie d'assurance Continental du Canada c. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707 (C.A. Qc), p. 712). Ce sera particulièrement le cas lorsqu'une disposition exprime elle-même une norme élémentaire de prudence ou de diligence (*Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, p. 580; *Harvey c. Trois-Rivières (Ville de)*, 2013 QCCA 772, [2013] R.J.Q. 650, par. 56-62). Néanmoins, en droit québécois, une conduite illégale n'est pas systématiquement fautive sur le plan civil (*Ciment du Saint-Laurent*, par. 21 et 34; ⁷⁵⁴ (Nous soulignons))

En somme, le principe énoncé dans l'arrêt *Morin* ne signifierait pas que la violation d'un règlement ou d'une loi renfermant une norme élémentaire de prudence constitue nécessairement une faute, mais que généralement elle le sera. La démonstration de l'existence d'un manquement à une obligation de prudence et de diligence aux termes du second alinéa de l'article 1457 C.c.Q. est donc un passage obligé afin de conclure à la présence d'une faute. Il est donc impossible d'inférer nécessairement et automatiquement l'existence d'une faute résultant d'un acte *ultra vires*, mais celle-ci pourra néanmoins l'être si les critères de l'article 1457 C.c.Q. sont respectés.

Il ne fait donc aucun doute qu'il existe, tant en pratique qu'en théorie, une distinction entre la faute en droit privé et l'invalidité en droit public. Cette distinction résultant de la *summa divisio* semble d'ailleurs conforter le principe énoncé par la Cour suprême selon lequel les tribunaux interviennent au nom de la primauté du droit afin de sanctionner les invalidités et les abus de pouvoir, y compris les politiques générales fondamentales, alors

⁷⁵³ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59.

⁷⁵⁴ *Ibid*, par. 48.

qu'«appliquer aux décisions de politique générale fondamentale la responsabilité de droit privé aurait pour effet de miner notre ordre de gouvernement»⁷⁵⁵.

Néanmoins, sans remettre totalement en question la distinction entre la faute et l'invalidité ainsi que celle entre un droit et un pouvoir, nous pouvons nous demander si ces distinctions et principes sont suffisants pour conclure que l'application de la responsabilité civile aux actes municipaux de politique générale ont véritablement pour effet de miner l'ordre constitutionnel. La réponse à cette question est décisive, car en faisant de cette distinction une opposition, la Cour vient étayer la thèse d'une incompatibilité totale entre l'imputabilité et les décisions de politique générale fondamentale, alors que ces deux concepts sont, selon nous, très souvent complémentaires. C'est d'ailleurs ce que nous verrons dans la prochaine partie.

4.2 Réexamen de la notion de politique fondamentale

Cette partie nous conduira à revoir certains postulats sur lesquels repose la distinction entre les actes politiques et opérationnels et, plus particulièrement, l'opposition entre l'imputabilité civile, réduite à sa dimension privée, et l'exercice des pouvoirs publics, incluant les décisions de politique générale fondamentale. Il est à noter que notre but n'est pas de nier la distinction entre ces principes, mais plutôt de remettre en question ce qui semble être une dichotomie entre ceux-ci en mettant en doute la prétention selon laquelle la primauté du droit, qui fonde le contrôle de la légalité des actes invalides, ne pourrait aussi participer de l'imputabilité des décisions de politique générale fautive.

⁷⁵⁵ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 47 *in fine*.

D'autre part, nous proposerons certains critères qui permettront de cerner les caractéristiques propres aux pouvoirs municipaux et, dans la foulée, de comparer ces critères à ceux de l'arrêt *Nelson* afin de reformuler l'étendue de l'immunité politique en droit de la responsabilité municipale. Sur le plan conceptuel, nous montrerons que le caractère quasi-législatif qui caractérise le règlement est fondé sur le principe d'une participation démocratique qui s'incarne à travers un processus de délibération et de contestation politique reposant sur la notion de légitimité. En outre, ce processus peut être vu comme servant à compenser la perte d'un recours judiciaire.

Cependant, nous verrons pourquoi la légitimité politique ne peut, même dans la sphère d'élaboration politique, se substituer au recours judiciaire et comment les tribunaux judiciaires peuvent également revendiquer une légitimité leur permettant parfois de juger du caractère illicite de certaines décisions de politique générale fondamentale. À ce titre, nous exposerons une nouvelle notion juridique que nous proposons, à savoir l'immunité proportionnelle variable, qui remet en question le caractère uniforme de l'immunité traditionnelle en permettant la levée partielle de l'immunité en faveur de certains justiciables vulnérables. Nous exposerons et justifierons également l'adoption d'une grille d'analyse que nous avons conçue à cette fin ainsi que les principes qui la sous-tendent.

Enfin, nous expliquerons comment et selon quelles modalités les notions de faute et de mauvaise foi pourraient être appliquées à la responsabilité municipale en tenant compte de ce nouveau cadre ainsi que des principes précédemment exposés, parmi lesquels la primauté du droit.

4.2.1 La responsabilité et la primauté du droit au-delà de la *summa divisio*

Non seulement les municipalités ne sont-elles pas des institutions directement protégées par la séparation des pouvoirs, ce qui implique que leurs décisions et leur statut sont moins susceptibles de compromettre l'équilibre constitutionnel, mais plus encore la primauté du droit milite en faveur d'une reconsidération de la portée de ces notions, de telle sorte que la responsabilité devrait être conçue comme participant de la primauté du droit.

Les tribunaux refusent d'appliquer les principes de la responsabilité aux décisions politiques fondamentales au motif que la responsabilité civile ne repose pas sur la notion de validité, mais sur celle de faute, laquelle comporte une forte dimension morale. Par conséquent, au nom du principe de la légitimité démocratique, les tribunaux ne jugeront généralement pas de la sagesse ni du caractère moral des décisions politiques, mais seulement leur légalité en termes de hiérarchie des normes. Ainsi, s'il doit y avoir une sanction morale, celle-ci sera le fruit du jugement des citoyens qui s'exprimeront lors des élections⁷⁵⁶. Les décisions politiques seront seulement examinées en termes de validité. Ce sont ces principes que nous remettons en question.

En effet, ces principes considèrent l'invalidité comme une « *non-conformité aux normes fondamentales, constitutionnelles ou quasi constitutionnelles* »⁷⁵⁷ ou aux normes législatives, ce qui correspond à une violation d'une norme par rapport à une autre qui lui est hiérarchiquement supérieure. Cette non-conformité est en quelque sorte assimilée à une

⁷⁵⁶ *Laurentide Motels c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 725.

⁷⁵⁷ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 23; *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, par. 70.

erreur résultant d'une mauvaise compréhension des rapports de subordination, plutôt qu'à une faute⁷⁵⁸. Par conséquent, selon cette conception traditionnelle, l'invalidité reposerait sur un examen faisant appel aux notions de cohérence et d'incohérence, alors que la faute civile ferait plutôt appel aux notions morales de prudence et d'un comportement socialement acceptable⁷⁵⁹. Dès lors, dans le cadre du contrôle judiciaire, les tribunaux peuvent intervenir afin de sanctionner le non-respect des relations hiérarchiques, alors qu'en matière de responsabilité, les questions d'ordre moral relevant du débat politique justifieraient une immunité judiciaire face aux poursuites civiles⁷⁶⁰.

Bien que séduisante et défendable sur le plan logique, la conception de l'invalidité comme étant une erreur hiérarchique ne correspond toutefois pas, selon nous, à la réalité. En effet, un examen des concepts du droit administratif permet de constater que plusieurs principes et règles de droit public reposent également sur des actes déclarés invalides impliquant des questions morales. Nous n'avons qu'à penser à l'arrêt *Arcade Amusement*⁷⁶¹ dans le cadre duquel le juge Beetz rappelait les propos de Lord Russell of Killowen, énoncés dans l'arrêt *Kruse v. Johnson*⁷⁶², qui expliquait que la notion de validité d'un règlement était tributaire de son caractère raisonnable, lequel fait appel à des notions tels que des actes injustes, oppressifs ou de mauvaise foi :

⁷⁵⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 23.

⁷⁵⁹ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS, Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, Volume 1, Principes généraux, éditions Yvon Blais, Montréal, 9^e édition, 2021, p. 181.

⁷⁶⁰ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 722; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 968-969; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 23; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 20; *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 47 *in fine*.

⁷⁶¹ *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368.

⁷⁶² *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91.

Selon cette définition, seuls sont déraisonnables au sens large ou juridique et *ultra vires*: (1) les règlements qui font acception de personne et s'appliquent de façon inégale à différentes classes; (2) ceux qui sont manifestement injustes; (3) ceux qui sont empreints de mauvaise foi; et (4) ceux qui soumettent les droits qu'ils visent à des entraves si oppressives ou si arbitraires qu'ils ne peuvent se justifier dans l'opinion des gens raisonnables.⁷⁶³ (Nous soulignons)

À la lecture de ces principes, nous pouvons constater qu'en plus de l'exigence de conformité à la norme, la notion d'*ultra vires* repose en grande partie sur certains concepts moraux. Par exemple, les actes qui sont considérés comme étant « manifestement injustes » ou comme constituant des « entraves oppressives » impliquent nécessairement une évaluation de ce qui est socialement et humainement acceptable. C'est d'ailleurs l'idée soulignée par la Cour d'appel, sous la plume du juge Vallerand, qui expliquait la raison d'être du contrôle judiciaire pour excès de compétence en ces termes :

C'est qu'on a, je pense, laissé se perdre le caractère essentiel du recours qui est de la nature d'une supplique adressée à la Cour de droit commun pour l'inviter, dans les cas qui le méritent, à réprimer les abus de pouvoir, à faire prévaloir la règle de droit sur la règle des hommes, à assurer le respect de la justice naturelle, bref et essentiellement à faire intervenir une conscience judiciaire indignée (...).

C'est ainsi que la parade continue et s'allonge sans cesse : de ceux qui ont pour eux le scandale, mais non pas le droit, confiants avec raison que la conscience judiciaire saura bien torturer le droit.⁷⁶⁴ (Nous soulignons)

⁷⁶³ *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, p. 405-406.

⁷⁶⁴ *Celanese Canada inc. c. Clément & al*, [1983] C.A. 319, p.3 et 4, motifs de monsieur le juge Vallerand réitérés dans de nombreuses décisions en contrôle judiciaire, voir notamment les affaires : *St-Pierre c. Tribunal des professions*, 2020 QCCS 1246, par. 63; *Garderie A c. Tribunal administratif du Québec*, 2018 QCCS 3410, par. 19; *D'Aragon c. Tribunal des professions*, 2018 QCCS 3362, par. 13; *Iko Industries Ltd c. Landry*, 2016 QCCS 6346, par. 21; *Bamba c. Association générale des étudiantes et étudiants de l'Université du Québec en Outaouais*, 2011 QCCS 6730, par. 84; *Lafleur c. Gagné*, 2007 QCCS 1419, par. 10; *Commission scolaire des Samares c. Choquette*, 2006 QCCS 1251, par. 35; *Dieudonné c. Commission des lésions professionnelles*, 2006 QCCS 2668, par. 5; *RCI Environnement inc. c. Commission des transports du Québec*, 2006 QCCS 650, par. 48; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Commission des lésions professionnelles*, 2005 CanLII 40493, par. 29; *Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, Section locale 2000 c. Commission des relations du travail*, 2005 CanLII 7033, par. 16; *territoire de pêche et de chasse Poirier inc. c. Vallée-de-la-Gatineau (Municipalité régionale de comté)*, 2002 CanLII 17387, par. 20.

Il est manifeste que les notions de conscience et d'indignation font appel à la moralité et aux conceptions fondamentales des impératifs sociaux et humains ayant trait à l'intégrité et à la dignité de chaque personne, lesquelles résultent d'une solidarité inhérente à la nature humaine qui implique le respect envers chacun⁷⁶⁵. En outre, le contrôle de la constitutionnalité des règles de droit repose régulièrement sur des principes faisant appel à des éléments moraux, tels que le caractère sacré de la vie qui est intimement lié aux principes de justice fondamentale, lesquels « *ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en "la dignité et la valeur de la personne humaine" (préambule de la Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III) et en "la primauté du droit" »*⁷⁶⁶.

À ce propos, soulignons qu'à la suite de plusieurs critiques formulées par la doctrine concernant une approche trop formelle du contrôle judiciaire où étaient invoqués des droits fondamentaux⁷⁶⁷, la Cour suprême a modifié son approche du contrôle judiciaire des décisions administratives. C'est ainsi que dans le cadre de l'arrêt *Doré*⁷⁶⁸, la Cour a préconisé une analyse s'inspirant des valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés*

⁷⁶⁵ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, revised edition, New Haven: Yale University Press, 1964, p. 162; Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, éditions Flammarion, champs essais, traduit de l'allemand par Jean Greisch, reprise de la 3e édition de 1995, Paris, 2014, p. 21 à 34.

⁷⁶⁶ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 30; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 81; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 585-586.

⁷⁶⁷ David MULLAN, *Administrative Tribunals and Judicial Review of Charter Issues after Multani*, (2006) 21 *N.J.C.L.* 127; Stéphane BERNATCHEZ, *Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?*, (2010), 55 *McGill L.J.* 641; Susan L. GRATTON and Lorne SOSSIN., *In Search of Coherence : The Charter and Administrative Law under the McLachlin Court*, in David A. WRIGHT and Adam M. DODEK, eds., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*. Toronto : Irwin Law, 2011, 145.

⁷⁶⁸ *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12.

et de l'esprit de l'article premier, sans toutefois procéder à examen formel des critères de l'arrêt *Oakes*⁷⁶⁹. La Cour suprême expose son approche comme suit :

Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d'analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l'examen du caractère raisonnable et le cadre d'analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une marge d'appréciation aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la Charte, d'une part, et les objectifs plus larges, d'autre part.⁷⁷⁰

La conception individualiste du droit privé qui a servi de terreau à la notion de *tort of negligence* semble expliquer les réticences que certains tribunaux ont, encore aujourd'hui, à vouloir intégrer les principes de responsabilité au droit public. Cette intégration devient encore plus complexe lorsqu'il s'agit d'intégrer et de concilier des principes appartenant au droit commun de deux systèmes juridiques différents, à savoir la common law et le droit civil. À ce sujet, le professeur Walton écrivait qu'«une dualité de droit commun est d'ailleurs aussi difficile à concevoir que la coexistence prolongée de deux systèmes de mesure dans le commerce international ou que la dualité de groupes sanguins chez un individu»⁷⁷¹.

Toutefois, ce même auteur reconnaissait que le Code civil du Bas-Canada intégrait déjà pleinement le principe énoncé par Dicey en vertu duquel « *le ministre le plus important de la Couronne et le fonctionnaire le plus humble doivent répondre également de la légalité de leurs actes devant les tribunaux de droit commun* »⁷⁷². Ce principe devrait, *a fortiori*,

⁷⁶⁹ Ibid, par. 35 et 57.

⁷⁷⁰ Ibid, par. 57.

⁷⁷¹ Frederick Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, version française de l'ouvrage *The scope and interpretation of the Civil code of Lower Canada*, traduit par Maurice TANCELIN, éditions Butterworths, Toronto, 1980, p.5.

⁷⁷² Ibid, p. 63.

s'appliquer de nos jours alors que le Code civil du Québec constitue notre droit commun tant en droit privé qu'en droit public. En effet, dans l'arrêt *Prud'homme*, la Cour suprême énonçait ce principe en ces termes :

28 (...) Il importe cependant de souligner que le nouveau Code n'édicte pas seulement un corps de règles de droit privé ou encore, « un droit d'exception ». Il constitue, selon sa disposition préliminaire, le droit commun du Québec : (...).

29 Le choix de l'expression « droit commun » ne résulte pas du hasard. Une version antérieure de la disposition prévoyait que le Code était constitué d'un ensemble de règles établissant le « droit privé ». Dans la foulée de la controverse doctrinale suscitée par l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, l'expression « droit privé » a été remplacée par celle, plus englobante, de « droit commun ». La toile de fond sur laquelle ce changement a été fait ne laisse planer aucun doute sur l'intention bien arrêtée du législateur de donner la plus grande portée possible au champ opérationnel du Code civil. (Voir A.-F. Bisson, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 539. Voir aussi D. Lemieux, « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif » (1994), 15 *Admin. L.R.* (2d) 275, p. 295-297.).⁷⁷³ (Nous soulignons)

Du même souffle, la Cour précise que « *le régime civiliste de la responsabilité s'applique en principe à l'acte fautif de l'administration* » et que cette présomption ne peut être renversée qu'à la condition de démontrer qu'une règle de droit public a préséance sur les principes du Code civil⁷⁷⁴. Ainsi, non seulement les principes de la responsabilité énoncés dans le Code civil constituent-ils le droit commun en droit privé et en droit public, mais contrairement à la common law, ce droit commun est législatif. Or, puisque les lois sont hiérarchiquement supérieures à la common law⁷⁷⁵, il en résulte non seulement que le principe de la responsabilité des autorités publiques doit recevoir « *la plus grande portée*

⁷⁷³ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 28-29.

⁷⁷⁴ *Ibid*, par. 31.

⁷⁷⁵ *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 19 et 22. La Cour rappelle qu'en l'absence de protection constitutionnelle, le régime législatif prime la common law, et ce, même en ce qui a trait aux principes de justice naturelle.

possible»⁷⁷⁶ en tant que droit commun, mais aussi à titre de principe explicite énoncé par le législateur québécois. En outre, la Cour suprême accorde au Code civil du Québec une place privilégiée dans la hiérarchie des sources juridiques en le qualifiant de «*loi fondamentale générale du Québec*»⁷⁷⁷.

Nous pouvons donc constater qu'en consacrant le Code civil comme droit constituant la «*toile de fond*»⁷⁷⁸ sur laquelle se déploient les principes de la responsabilité civile, le législateur québécois a manifestement voulu dépasser la traditionnelle *summa divisio* afin de concilier les principes civilistes du droit privé «*avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit*»⁷⁷⁹. Le respect des droits fondamentaux se trouve donc maintenant officiellement inscrit comme principe directeur dans la structure du Code civil. Il est vrai que cette idée était déjà défendue de longue date, notamment par l'auteure Madeleine Caron⁷⁸⁰, mais cette consécration législative vient conférer une véritable force normative à cette conception.

En outre, le regretté professeur Denis Lemieux faisait remarquer que, dans une certaine mesure, cette consécration législative participe d'une harmonisation du droit civil et de la common law publique contribuant à «*civiliser*» partiellement le droit

⁷⁷⁶ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 29.

⁷⁷⁷ *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 56; *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 26; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 16; Jean-Marie BRISSON, *Le Code civil, droit commun?*, Journées Maximilien-Caron, Montréal, éditions Thémis, 1993, 293, p. 312-314.

⁷⁷⁸ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 29.

⁷⁷⁹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire.

⁷⁸⁰ Madeleine CARON, «*Le Code civil québécois : instrument de protection des droits et libertés de la personne?*» (1978) 56 R du B can, 197; Madeleine CARON, «*Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés*» (1985) 45 R. du B. 345.

administratif⁷⁸¹. Il est à noter que la « civilisation » du droit administratif n'implique nullement le rejet des règles de common law. En effet, l'article 1376 C.c.Q. précise que les principes de la responsabilité civile s'appliquent aux personnes morales de droit public « sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables »⁷⁸².

Déjà en 1985, le professeur Roderick MacDonald appelait également de ses vœux le dépassement de ce clivage entre le droit public et le droit privé en soulignant qu'une approche trop catégorique et trop formelle entre les notions d'illégalité, de faute et de juridiction ne peut être que vaine et infructueuse⁷⁸³. Cependant, il ne s'agit pas de nier les distinctions entre les notions de faute et d'invalidité, mais plutôt d'affirmer que ces distinctions ne suffisent pas à justifier une intervention judiciaire plus restreinte en matière de responsabilité des autorités publiques, alors que le principe de l'égalité devant la loi résultant de la primauté du droit milite fortement en faveur d'une imputabilité de l'État. Ainsi que le soulignait le juge Dickson dans l'arrêt *Eldorado Nuclear* :

Il semble y avoir une contradiction avec les notions fondamentales de l'égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considèrerait 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.⁷⁸⁴

⁷⁸¹ Denis LEMIEUX, « Le rôle du Code civil du Québec en droit administratif » Actes de la XVII^e Conférence des juristes de l'État, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2006, 359, p. 372.

⁷⁸² *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 27; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 18 à 23. Le professeur Daniel Jutras affirme que l'on ne doit d'ailleurs pas parler de notions étrangères à propos des principes de common law intégrés au droit civil, mais qu'il s'agit plutôt de transposer la common law publique dans un langage conceptuel conforme à la tradition civiliste, voir Daniel JUTRAS, *Cartographie de la mixité : La common law et la complétude du droit civil au Québec*, (2009) 88 R du B Can 247, p. 256.

⁷⁸³ Roderick A. MacDonald, *Jurisdiction illegality and fault : an unholy trinity*, (1985) 16 R.G.D. 69, p. 99.

⁷⁸⁴ *R. c. Eldorado Nucléar Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 18.

À titre de principe constitutionnel, le principe de l'égalité devant la loi résultant de la primauté du droit devrait ainsi atténuer la portée de l'immunité accordée aux autorités publiques et, plus particulièrement, à celle des municipalités. En somme, il nous semble que la primauté du droit et son indissociable corollaire de l'égalité devant la loi ne devraient pas s'appliquer qu'aux seuls excès de pouvoirs, mais aussi à la responsabilité civile de l'action publique. En outre, une telle prétention est compatible avec une certaine conception d'une dimension substantielle de la primauté du droit en vertu de laquelle « *toute règle de droit doit remplir des exigences d'ordre moral pour être valide* »⁷⁸⁵.

Sans entrer dans un débat idéologique sur la nature de la primauté du droit, car tel n'est pas l'objet de notre thèse, et sans souscrire à une conception forte de la dimension substantielle, nous pensons que celle-ci est néanmoins défendable dans une forme plus atténuée qui consisterait à concevoir la primauté du droit comme intégrant les principes de la responsabilité du droit commun énoncés par le Code civil du Québec. Ainsi, les normes juridiques du Code civil en matière de responsabilité pourraient être interprétées comme des éléments qui participent de la primauté du droit, et ce, sans souscrire à une philosophie morale ou à une tradition jusnaturaliste critiquée par certains auteurs⁷⁸⁶.

En effet, en raison de l'incorporation des principes moraux de la responsabilité au sein du Code civil, ces derniers seraient alors partie intégrante du droit positif et devraient donc être reconnus et appliqués à ce titre. De cette façon, par le truchement du principe

⁷⁸⁵ François CHEVRETTE, Herbert MARX, Han-Ru ZHOU, *Droit constitutionnel, Principes fondamentaux*, Les éditions Thémis, 2e édition, Montréal, 2021, p. 233.

⁷⁸⁶ Joseph RAZ, *The Authority of Law : Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 211; Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, Second edition, 1994, p. 189-190.

constitutionnel de la primauté du droit, le principe d'imputabilité propre à la responsabilité civile pourrait prétendre à une application plus vigoureuse à l'égard des autorités publiques.

De surcroît, il nous apparaît difficile d'adhérer à une conception de la primauté du droit qui serait strictement formelle et instrumentale, et ce, pour deux raisons. Premièrement, même entendue dans son sens le plus strict et le plus formel, il est manifeste que l'idée de primauté du droit repose sur certains principes qui font l'objet de jugements de valeur. Ainsi, la notion formelle de hiérarchie résulte elle-même d'un choix qui reflète certaines valeurs morales, telles que l'importance accordée à la stabilité, à la prévisibilité et au respect de l'ordre. Certes, ces valeurs facilitent sans doute la conception et l'application du système juridique, mais elles n'en demeurent pas moins le résultat de choix qui sont le fruit d'une conception morale de la société. En somme, la recherche d'un ordre social constitue en soi un choix moral. Bien entendu, ce choix moral est néanmoins fort limité du point de vue des conséquences qui en résultent, c'est-à-dire que l'on ne pourrait en inférer qu'un nombre très limité de droits substantifs.

La seconde raison pour laquelle la primauté du droit est porteuse d'une conception morale est beaucoup plus forte et, pour sa part, permet d'inférer de véritables droits substantifs. Ce point de vue est celui développé par le professeur Lon Fuller selon lequel tout système juridique implique nécessairement l'existence d'un ensemble de valeurs morales internes indissociablement liées à ce système en vertu desquelles la formation d'un ordre juridique exige un engagement envers la liberté, l'autonomie et la responsabilité de chaque personne :

This lies in the view of man implicit in the internal morality of law. I have repeatedly observed that legal morality can be said to be neutral over a wide

range of ethical issues. It cannot be neutral in its view of man himself. To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults. Every departure from the principles of law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent.⁷⁸⁷ (Nous soulignons)

Ce passage exprime bien l'idée selon laquelle la reconnaissance d'un sujet de droit conscient et responsable est inhérente à tout ordre juridique et que ce système doit nécessairement permettre à chaque personne d'exercer son autonomie et sa liberté. En outre, une telle reconnaissance implique l'obligation réciproque qui incombe à chacun, y compris aux autorités publiques, de répondre de ses actes. Ainsi, sans instituer un système de valeurs morales trop complexes, cette conception permet cependant de jeter les fondements d'une interprétation de la primauté du droit à partir de laquelle peut s'inférer la prémisse d'une imputabilité et d'une égalité devant la loi s'appliquant autant aux individus qu'aux autorités publiques. Cette prémisse nous permettra de mieux asseoir les restrictions apportées à l'immunité des décisions politiques fondamentales.

Il nous reste maintenant à exposer nos critères permettant d'identifier les décisions politiques fondamentales en droit municipal. Toutefois, avant cela, nous devons d'abord expliquer et démontrer pourquoi seuls les règlements peuvent être qualifiés de décisions politiques fondamentales en droit de la responsabilité municipale. Cet exposé fera notamment ressortir le caractère participatif et démocratique propre au règlement et démontrera comment ce dernier peut être vu comme un élément favorisant la légitimité politique. Enfin, nous proposerons une nouvelle conception de l'immunité en termes de variabilité, c'est-à-dire une immunité multiforme, laquelle se démarque de la notion

⁷⁸⁷ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, revised edition, New Haven: Yale University Press, 1964, p. 162.

d'immunité traditionnelle qui est appliquée de façon uniforme depuis ses tout débuts. À cette fin, nous proposerons trois (3) critères à l'aide desquels les tribunaux pourront moduler l'immunité en question. Nous démontrerons que cette nouvelle conception de l'immunité peut se justifier en vertu du principe de la légitimité judiciaire.

4.2.2 Le règlement municipal comme politique générale démocratique

Il est bien connu qu'un règlement est « *un acte normatif dans la mesure où il a pour rôle de créer des normes légales de comportement et non simplement la prise de décision individuelle ou particulière d'application* »⁷⁸⁸. Ainsi, trois caractéristiques majeures ressortent de toutes les définitions doctrinales et législatives du règlement, à savoir que ce dernier : 1) est normatif; 2) a une vocation collective; 3) a une fonction législative.

Aux fins de notre analyse, c'est la nature de la fonction quasi-législative du règlement qui retiendra notre attention. À cet égard, le professeur Garant souligne que le règlement « *occupe une place à part, parce qu'il s'agit là d'une participation à l'une des fonctions essentielles de l'État, la fonction législative* »⁷⁸⁹. Bien que subordonné à la loi habilitante, dont il tire sa validité et sa raison d'être, le règlement apporte les détails et les compléments nécessaires à la mise en œuvre de cette dernière et donc, sur le plan des effets juridiques, « *se confond avec loi* »⁷⁹⁰. Par ailleurs, il importe de noter qu'un acte public peut être de

⁷⁸⁸ Jean Héту, Yvon Duplessis, avec la collaboration de Me Lise Vézina, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, volume 1, par. 8.2; Patrice GARANT, *Droit administratif, volume 1, Structures, actes et contrôle*, 4^e édition Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 391. Voir également *Loi sur les règlements*, RLRQ c R-18.1.

⁷⁸⁹ Patrice Garant, *Droit administratif*, 7^e édition, éditions Yvon Blais, Montréal, 2017, p. 265.

⁷⁹⁰ Denis LEMIEUX, Pierre ISSALYS, *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, 4^e édition, éditions Yvon Blais, Montréal, 2020, p. 594.

nature réglementaire, c'est-à-dire à caractère normatif, général et participer de l'activité législative déléguée, sans toutefois être officiellement qualifié de « règlement ».

Par exemple, il est reconnu que les termes « ordonnance », « arrêté » ou « décret » peuvent, selon le contexte, revêtir une dimension réglementaire dans la mesure où ces actes sont normatifs et ont une portée générale⁷⁹¹. Concernant ce sujet, le professeur Garant souligne le caractère fondamental de la fonction législative qui se rattache au règlement en raison de son objet qui, au-delà et en plus de la procédure, est « *essentiellement et de façon permanente d'établir un ordre juridique nouveau ou de le modifier* » par voie générale et impersonnelle⁷⁹².

Cependant, bien que le règlement se définisse par son contenu, il est à noter que les exigences procédurales relatives à l'adoption des règlements municipaux ont un rôle de premier plan en raison du fait qu'elles sont intimement liées à la nature publique, participative et démocratique des règlements. À cette fin, la législation municipale exige que, sous réserve d'une exception prévue dans une loi particulière, l'adoption de tout règlement soit précédée : 1) d'un avis de motion donné en séance par un conseiller et 2) du dépôt du projet de règlement lors de la même séance ou d'une séance distincte⁷⁹³. Un manquement à l'une de ces dernières exigences résultera en la nullité du règlement. De plus, des copies du projet de règlement doivent être mises à la disposition du public.

D'autre part, mentionnons qu'en matière d'aménagement et d'urbanisme, une municipalité peut, en lieu et place d'un processus d'approbation référendaire, adopter une

⁷⁹¹ Ibid, p. 184. Voir notamment *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, par. 36 (les ordonnances ont un caractère réglementaire); *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579, p. 589-590 (les décrets ont un caractère de nature législative).

⁷⁹² Patrice Garant, *Droit administratif*, 7^e édition, éditions Yvon Blais, Montréal, 2017, p. 271.

⁷⁹³ *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. -27.1, art. 445; *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 356.

politique de participation publique dans le but de favoriser la démocratie et la participation citoyenne⁷⁹⁴. Concernant les règlements de zonage, de lotissement et de construction, la législation prévoit notamment la tenue d'une consultation publique, afin que le projet de règlement soit expliqué à la population, et qu'un avis soit publié à cette fin dans un journal local au plus tard le septième jour avant la tenue de l'assemblée publique en question⁷⁹⁵.

En ce qui a trait à ces exigences, la Cour d'appel a considéré que « *le législateur impose des obligations d'information et de transparence : la municipalité a le fardeau de renseigner et celui de le faire de façon claire et spécifique* »⁷⁹⁶. Il est important de comprendre qu'au-delà du formalisme, ces exigences procédurales encadrant la présentation des projets de règlement visent à informer les citoyens afin que ceux-ci puissent participer et avoir voix au chapitre concernant les enjeux faisant l'objet des nouveaux règlements.

Ainsi, ces exigences témoignent de la volonté du législateur de mettre en place des mécanismes de participation publique et démocratique dans le processus d'adoption des normes générales et impersonnelles qui auront force de loi sur le territoire concerné. En outre, ces exigences favorisent non seulement la discussion, mais permettent aussi le questionnement, voire la contestation politique, des futurs règlements qui auront souvent un impact majeur sur les droits fondamentaux des citoyens.

En somme, toutes ces caractéristiques mettent en lumière le caractère véritablement législatif et démocratique des règlements et du processus d'adoption réglementaire par

⁷⁹⁴ *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, c. A-19.1, art. 80.1 et suivants.

⁷⁹⁵ *Ibid*, art. 123 à 127. Toutefois, de telles exigences « *ne s'appliquent pas à l'égard d'un règlement qui est applicable à un territoire non organisé et qui n'est pas susceptible d'approbation référendaire* ».

⁷⁹⁶ *Benoit c. Ville de Sutton*, 2018 QCCA 1475, par. 76.

rapport aux autres actes administratifs et, plus particulièrement, à la résolution. Ainsi, bien que « *la résolution et le règlement sont les véhicules juridiques par lesquels une municipalité, par l'entremise de son organe décisionnel qu'est le conseil municipal, exprime sa volonté de même que ses décisions* »⁷⁹⁷, seul le règlement appartient à la sphère législative. En effet, contrairement au règlement, la résolution vise un acte ponctuel qui a une durée ou une portée limitée et « *n'a pas pour but de définir une norme générale de conduite* »⁷⁹⁸.

C'est donc parce que les règlements sont des normes générales de conduites adoptées à la suite d'une consultation démocratique, selon une procédure formelle, et constituent le prolongement de la loi qu'ils constituent des actes quasi-législatifs. En outre, comme le font remarquer les professeurs Héту et Duplessis, la *Loi sur les compétences municipales*⁷⁹⁹ renforce « *la distinction fondamentale qui doit exister entre un règlement et une résolution* »⁸⁰⁰. La nature démocratique et quasi-législative propre à l'adoption d'un règlement se caractérise également par l'absence d'exigence de produire des motifs au soutien de l'adoption du règlement :

[29] Il importe de se rappeler que, tout comme l'éventail des issues raisonnables, le processus à suivre varie selon le contexte et la nature du processus décisionnel en cause. La municipalité qui rend une décision dans l'exercice de ses fonctions quasi judiciaires doit parfois motiver sa décision par écrit. Mais cela ne s'applique pas au processus d'adoption des règlements municipaux. C'est se méprendre sur la nature du processus démocratique qui s'opère dans la salle du conseil municipal que d'exiger de conseillers municipaux sortant d'un vif débat sur le bien-fondé d'un règlement qu'ils produisent ensemble des motifs

⁷⁹⁷ *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 53.

⁷⁹⁸ Jean HÉTU et Yvon DUPLESSIS, *Droit municipal : principes et contentieux*, Montréal, Publication CCH ltée (éditions à feuilles mobiles), par. 8.3, p. 8 010.

⁷⁹⁹ *Loi sur les compétences municipales*, L.R.Q., c. C-47.1.

⁸⁰⁰ Jean HÉTU et Yvon DUPLESSIS, *Droit municipal : principes et contentieux*, Montréal, Publication CCH ltée (éditions à feuilles mobiles), par. 8.5.1.

cohérents. Les motifs qui sous-tendent un règlement municipal se dégagent habituellement du débat, des délibérations et des énoncés de politique d'où il prend sa source.⁸⁰¹ (Nous soulignons)

Le fait que le contrôle judiciaire du règlement ne s'applique qu'à l'acte lui-même et que l'examen des raisons sous-jacentes ayant motivé son adoption soit exclu d'un tel contrôle s'explique justement par la nature des questions conflictuelles soulevées devant le conseil municipal ainsi que par la confrontation des idées aux fins de l'existence d'un véritable débat démocratique qui caractérise ce processus décisionnel. C'est parce que le règlement est une norme générale portant sur l'intérêt collectif et que celui-ci est adopté par des élus et soumis à un processus public de participation citoyenne dans le cadre duquel seront débattus des enjeux souvent fondamentaux ayant trait au bien commun, tels que l'environnement ou les services publics, que le règlement est le seul acte municipal constituant une véritable politique générale fondamentale.

À la lumière de cet examen sur la nature et la fonction des activités quasi-législatives municipales, nous sommes maintenant en mesure d'exposer notre proposition de critères cumulatifs servant à déterminer et à identifier une politique générale fondamentale bénéficiant de l'immunité en matière de responsabilité municipale.

Selon nous, compte tenu des principes de la séparation des pouvoirs, de la primauté du droit, des principes énoncés dans l'arrêt *Nelson*⁸⁰² et de la nature de l'institution

⁸⁰¹ *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 29. Sur le règlement gouvernemental voir *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et soin de longue durée)*, 2013 CSC 64, par. 27.

⁸⁰² *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 21.

municipale, les critères permettant de définir une décision municipale de politique fondamentale générale devraient être les suivants :

- 1) Un acte législatif délégué ayant une portée générale et impersonnelle;
- 2) Un acte devant faire l'objet d'un vote par des élus;
- 3) Un acte sanctionnable par les tribunaux;
- 4) Un acte ayant pour effet de modifier les droits et les rapports individuels ou institutionnels;
- 5) Un acte devant être soumis à un processus public informant préalablement les citoyens de la nature des mesures proposées;
- 6) L'existence d'un processus permettant aux citoyens de s'exprimer sur le projet;

Il est à noter que nos critères sont en partie similaires aux deux premiers critères de l'arrêt *Nelson*, c'est-à-dire qu'à l'instar du facteur hiérarchique et du processus décisionnel⁸⁰³, ils sont de nature formelle et ne portent pas sur la substance de la décision elle-même. En effet, lorsque la Cour expose le critère hiérarchique, elle souligne les liens qui unissent le décideur avec les représentants élus ou avec certains supérieurs hiérarchiques⁸⁰⁴. Ce critère fait donc appel à la notion de subordination, laquelle est de nature formelle et constitue une règle de préséance en matière d'autorité décisionnelle.

Pour sa part, le second critère de l'arrêt *Nelson* porte sur le processus décisionnel et tient particulièrement compte du caractère délibératif et de la contribution des niveaux hiérarchiques impliqués dans le processus⁸⁰⁵. Ainsi, la dimension formelle l'emporte sur la nature substantive de la décision elle-même, car ces critères ne nous disent rien sur les composantes de ce qu'est une décision de politique générale fondamentale. Ce sont plutôt

⁸⁰³ Ibid, par.56.

⁸⁰⁴ Ibid, par. 62.

⁸⁰⁵ Ibid, par. 63.

les deux autres critères exposés par la Cour qui nous donnent quelques indications sur cette question.

Le critère concernant la nature et les considérations financières indique qu'une discrétion sur l'allocation des ressources budgétaires constitue souvent un élément constitutif de la dimension politique de la décision⁸⁰⁶. Ce critère comporte une grande marge d'appréciation, car l'allocation des ressources peut être entendue de différentes façons en tenant compte des sommes monétaires, mais aussi de l'impact sur les ressources concernées ou du nombre de personnes affectées. En outre, les organismes reçoivent différentes sortes de subsides et la qualification de ces derniers n'est pas chose facile.

Il en est de même en ce qui concerne le quatrième critère où la Cour distingue entre la nature objective et subjective des éléments sur lesquels reposent les décisions politiques. À ce sujet, la Cour précise qu'une décision politique se caractérise notamment par la prise en compte de jugements de valeur⁸⁰⁷. Or, la définition même de ce que constitue un jugement de valeur est fort problématique. Par exemple, d'aucuns pourraient affirmer qu'une règle fiscale sur les biens de première nécessité porte sur des faits économiques, alors que d'autres seront d'avis que la notion de « première nécessité » fait intervenir un jugement de valeur. À cet égard, mentionnons que plusieurs critères reposant sur des « *normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable* »⁸⁰⁸ font aussi appel à une appréciation subjective et morale. Ces critères ayant trait à la substance sont source

⁸⁰⁶ Ibid, par. 64.

⁸⁰⁷ Ibid, par. 65.

⁸⁰⁸ Ibid.

de confusion en ce qu'ils cherchent à définir un élément constitutif fondamental commun à toute décision politique.

À notre avis, le problème est qu'une politique est susceptible de porter sur une infinité de sujets, telles que des mesures fiscales, des énoncés de principe en matière environnementale, des règles procédurales, des pouvoirs d'enquête en matière financière ou encore des règles déontologiques, et il ne s'agit là que d'une infime partie d'exemples possibles. À ce propos, l'expression utilisée par la Cour suprême dans le choix de son dernier critère, à savoir une mesure fondée sur des « *normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable* » indique bien que la politique générale fondamentale couvre une multitude de réalités.

D'ailleurs, cela n'est pas nouveau puisque, dans l'arrêt *Laurentide Motels*, la Cour affirmait déjà que « *ces décisions politiques peuvent revêtir diverses formes, allant des règlements municipaux et des résolutions jusqu'aux directives internes, aux décisions administratives et même à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution d'activités relevant du domaine opérationnel* »⁸⁰⁹. Bien que la Cour ait affiné sa conception de la notion de politique publique en apportant des précisions et en ajoutant l'expression « générale fondamentale », il n'en demeure pas moins que dans la réalité juridique de telles mesures ont une substance protéiforme de telle sorte qu'il devient vain de vouloir les définir en fonction de leur contenu.

C'est pour cette raison que les critères que nous avons proposés sont principalement de nature formelle et tiennent compte du processus de conception et de validation

⁸⁰⁹ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 722.

décisionnelle, c'est-à-dire de l'existence d'une consultation, d'une présentation et d'un avis public, d'une procédure de délibération citoyenne ainsi que d'un mode de votation. En outre, ces derniers critères sont propres à la dimension institutionnelle municipale. Il est vrai que l'on pourrait nous reprocher de ne pas offrir une définition substantielle en privilégiant uniquement des critères reposant sur le processus d'adoption et de validation de la décision. Toutefois, nous pensons que ces critères formels sont mieux à même de cerner la nature démocratique d'une politique générale fondamentale, car une approche substantielle de cette notion a historiquement contribué à complexifier l'analyse plutôt qu'à la simplifier. Soulignons que les critères que nous proposons se limitent à l'action municipale, bien que la critique que nous formulons sur le caractère substantiel des décisions politiques est susceptible de s'appliquer également aux autres autorités publiques.

À vrai dire, le fait que la notion de politique générale fondamentale puisse s'appliquer à une multiplicité d'actes juridiques nous incite à penser que la recherche d'éléments substantiels communs à ces différentes politiques est une erreur reposant sur une prétendue adéquation prédicative entre l'expression « politique générale fondamentale » et la substance juridique d'un tel acte. Or, l'utilisation d'une expression ne confère pas en soi une propriété à l'acte ainsi qualifié. En outre, puisque le domaine juridique repose souvent sur des concepts qui n'ont pas de réalité empirique, pensons seulement à la faute qui est une norme de conduite conventionnelle, il devient alors problématique de postuler l'existence d'une substance commune à une notion abstraite comme celle de politique générale fondamentale.

La question d'une substance commune aux décisions de politique générale fondamentale repose en quelque sorte sur la recherche de l'existence d'une essence propre à ce type de décision. Une telle tentative revient ainsi à vouloir donner une réalité propre et unique à des notions qui ne partagent qu'une expression linguistique. Par conséquent, il nous semble plus prudent d'adopter une position pragmatique excluant la recherche d'une substance ou d'une essence de la décision politique. Ainsi, sans rejeter l'existence de la notion de politique générale fondamentale, nous proposons d'aborder cette notion à la lumière du processus institutionnel de consultation citoyenne locale, d'adoption et de validation de celle-ci par les élus, comme nous l'avons précédemment exposé.

D'autre part, il nous semble que le problème de la responsabilité extracontractuelle des autorités publiques est en grande partie tributaire de la légitimité de l'institution qui adopte une telle décision. En effet, la principale raison pour laquelle les tribunaux refusent d'appliquer les principes de la responsabilité aux décisions politiques est la légitimité démocratique qui caractérise ces décisions. Or, le pouvoir judiciaire est également porteur d'une forme de légitimité fondée sur le caractère impartial, indépendant et rationnel de son fonctionnement.

À cet égard, les critères formels que nous avons proposés reposent sur une triple légitimité, à savoir : 1) la légitimité dérivant de la loi habilitante propre à chaque règlement; 2) la légitimité résultant du caractère démocratique venant des élus locaux; 3) la légitimité résultant de la procédure d'avis et de la participation citoyenne. Nous allons maintenant approfondir cette notion de légitimité afin de mieux cerner la délimitation de la sphère judiciaire par rapport à la sphère politique et d'en mieux comprendre les principes qui la fondent. De plus, nous proposerons la notion d'immunité proportionnelle variable fondée

sur la légitimité d'impartialité des tribunaux judiciaires. Cette nouvelle notion est conçue en fonction d'une grille d'analyse constituée de trois (3) critères que nous expliquerons en détail.

4.2.3 La légitimité judiciaire comme assise d'une immunité proportionnelle variable

La légitimité politique repose sur un processus démocratique, conforme aux exigences constitutionnelles, par le truchement duquel les citoyens participent directement ou indirectement à la prise de décisions affectant l'ensemble de la communauté⁸¹⁰. L'un des éléments importants caractérisant la légitimité est l'impératif de délibération publique qui doit présider au processus décisionnel, car celui-ci permet d'obtenir un consentement libre des citoyens. À cet égard, le professeur Joshua Cohen explique que cette délibération publique garante de la légitimité implique le respect de certaines exigences nécessaires à la réalisation d'une décision politique généralement prise à la majorité et, à cette fin, énonce certains postulats⁸¹¹.

Ces postulats sont les suivants : i) les délibérations doivent être publiques; ii) les délibérations doivent se faire de façon argumentée à la lumière des informations pertinentes; iii) les délibérations doivent être libres et non exercées sous la contrainte; iv) les citoyens participants ont tous des droits égaux; v) les décisions résultant de ces

⁸¹⁰ Samuel FREEMAN, *John Rawls – An Overview*, The Cambridge Companion to Rawls, , Edited by Samuel Freeman, Cambridge University Press, 2003, p. 37-42; Frank I. MICHELMAN, *Rawls on Constitutionalism and Consitutional Law*, The Cambridge Companion to Rawls, , Edited by Samuel Freeman, Cambridge University Press, 2003, p. 395-396.

⁸¹¹ Joshua COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Alan Hamlin and Phillip Petit, editors, New York, Blackwell, 1989, p. 17 et suivantes.

délibérations doivent, en principe, être prises à la majorité⁸¹². Ces postulats sont formulés en termes de procédure permettant théoriquement à chacun de participer à ce processus.

En outre, l'exercice d'une discussion fondée de façon argumentée permet un échange ou un débat dans le cadre duquel les points de vue se confrontent, mais peuvent également évoluer de telle sorte que certaines personnes peuvent parfois changer d'idée. La légitimité implique donc un processus au sein duquel les réactions émotives n'empêchent pas une forme d'appel à la raison permettant à chacun de faire valoir ses arguments. Ce processus repose en fait sur le principe de la raison publique qui est l'une des conditions fondamentales de la légitimité politique dans un État de droit⁸¹³.

Selon nous, c'est à cette légitimité que référerait le juge Beetz en affirmant que « *Lorsqu'une corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires pour répondre à des exigences politiques, elle doit porter un jugement sur l'intérêt de l'ensemble de la collectivité, et sa responsabilité envers l'ensemble de la collectivité passe par la boîte de scrutin* »⁸¹⁴. Ainsi, cette légitimité participe indirectement de la séparation des pouvoirs en ce que les conséquences bonnes ou néfastes des politiques adoptées seront débattues et jugées dans le cadre du processus démocratique où les intérêts divergents se confronteront à travers l'échange des points de vue. La question relèverait donc de la légitimité et de la raison publique plutôt que de la légalité en droit positif. Toutefois, il est possible de

⁸¹² Ibid, p. 22.

⁸¹³ Edward C. LYONS, *Reason's Freedom and the Dialectic of Ordered Liberty*, Cleveland State Law Review, Vol. 55, No. 2, 2007, 157, p. 180-182.

⁸¹⁴ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 725.

défendre l'idée que les tribunaux judiciaires incarnent également une forme de légitimité en vertu de la primauté du droit⁸¹⁵.

En effet, s'il est vrai que la démocratie confère une légitimité aux décisions politiques, ne pourrait-on pas penser que l'impartialité, l'indépendance et le processus rationnel propres à la sphère judiciaire constituent également une forme de légitimité? À cet égard, certains auteurs ont avancé l'idée que, par leur indépendance, l'objectivité de leurs procédures et leur écoute impartiale des parties, les tribunaux judiciaires offrent aux citoyens une forme de réceptivité et d'accessibilité qui œuvrent à la représentativité des revendications citoyennes⁸¹⁶.

L'idée avancée implique que l'indépendance et l'impartialité permettent à certaines institutions, dont au premier chef l'institution judiciaire, de délibérer objectivement loin des passions et des conflits d'intérêts susceptibles de nuire au bien public. Ainsi, les garanties d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité renforcent la conception d'une institution fondée sur une approche rationnelle où les arguments sont exposés en fonction d'un cadre constitué de principes fondamentaux qui assurent la cohérence des débats au regard d'une raison institutionnalisée.

Cette conception s'inscrit dans une certaine tradition constitutionnelle selon laquelle la représentativité démocratique ne doit pas être conçue comme un modèle où les élus sont

⁸¹⁵ Trevor Robert Seaward ALLAN, « Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism » (1985) 44:1 Cambridge LJ, 111; Richard H. FALLON, Jr., « The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse » (1997) 97:1 Colum L Rev, 1.

⁸¹⁶ Paul BREST, « The Fundamental Rights Controversy » (1981) 90 Yale LJ, 1063, p. 1105; David A.J. RICHARDS, « Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law » (1981) 42 Ohio St LJ, 336; Pierre ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, éditions du Seuil, Paris, 2008, p. 141-142.

uniquement les porte-voix des doléances citoyennes, mais plutôt comme conférant aux élus le mandat de délibérer et de décider dans le meilleur intérêt public, et ce, à l'abri des pressions et des revendications partisans. Le professeur Rossanvallon expose cette tradition en ces termes :

On peut aller encore plus loin et se demander si les instances comme les autorités indépendantes ne réalisent pas ce qu'on pourrait appeler la pure théorie du gouvernement représentatif dans sa différence avec la démocratie, telles qu'avaient essayé de la formuler les pères fondateurs américains et français. Que pensaient en effet de concert Madison et Sieyès? Tout d'abord que les représentants devaient rester indépendant de leurs électeurs pour pouvoir délibérer effectivement. (...) Les catégories de Sieyès et de Madison font de la sorte beaucoup plus directement écho aux catégories d'indépendance, d'impartialité et de compétence qui caractérisent ces nouveaux pouvoirs actuels, qu'à ce que sont devenus les parlementaires⁸¹⁷.

Cette idée met l'emphase sur l'importance accordée à la rationalité comme exigence et comme fondement à toute délibération entreprise par les élus. Elle repose en fait sur une conception d'un législateur se trouvant au-dessus de la mêlée et capable de faire preuve d'indépendance face aux récriminations citoyennes, de telle sorte que le débat démocratique se fera en tenant compte des choix rationnels qui s'imposent aux décideurs⁸¹⁸. Ainsi, selon cette conception, la démocratie ne saurait se réduire à un perpétuel débat conflictuel où les intérêts des plus puissants ou des plus influents auraient le dernier mot. Outre son caractère démocratique, la raison pour laquelle la démocratie

⁸¹⁷ Ibid, p. 145-146. Le professeur Rosanvallon souligne que le professeur Cass Sunstein développe également un argument similaire, voir Cass SUNSTEIN, « Constitutionalism after the New Deal » (1987) 101:2 Harv L Rev, p. 421.

⁸¹⁸ Jon ELSTER, « Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies » (2000) 2:2 U Pa J Const L 345, p. 384-385: « *in the best-known statement of this view Sieyès argued that the "voeu national", the desire of the nation, could not be determined by consulting the cahiers of complaints and wishes that the delegates had brought with them to Versailles. Bound mandates, similarly, could not be viewed as expressions of the national will*»; Cass R. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival » (1988) 97:8 Yale LJ, 1539, p. 1560 : « *Madisonian republicanism call for substantial autonomy on the part of representatives. They are charged not with implementing what their constituents "want," though that is of course relevant; the deliberative task requires a measure of independence*».

délibérative peut également revendiquer une légitimité est étroitement liée à cette double exigence d'impartialité face à des intérêts divergents ainsi qu'à la raison comme instrument permettant de délibérer de façon cohérente et rationnelle.

Or, plus encore que les législatures, les tribunaux judiciaires peuvent prétendre à une véritable légitimité en ce qu'ils constituent une institution indépendante et impartiale reposant sur une forme de raison publique. Ainsi, dans l'exercice de ses fonctions, l'institution judiciaire joue un rôle de régulateur et d'arbitre qui incite les parties à faire appel aux arguments les plus rigoureux et les plus cohérents. En outre, l'encadrement des débats et les motifs rationnels des jugements rendus constituent des précédents et des exemples qui serviront de canon aux futurs débats judiciaires et qui joueront également le rôle d'autorité pour les autres institutions ainsi que pour l'ensemble des citoyens⁸¹⁹.

John Rawls souligne notamment que les juges « *doivent référer à ce qu'exigent les cas, les pratiques et les traditions constitutionnels ainsi que les textes historiques qui ont une importance constitutionnelle* »⁸²⁰. Qui plus est, le caractère neutre et équitable de la procédure judiciaire rend possible une argumentation rigoureuse où la partisanerie, les menaces et les pressions indues sont exclues. Cette légitimité judiciaire fondée sur la raison

⁸¹⁹ John RAWLS, *Libéralisme politique*, trad. de l'américain par Catherine Audard, Paris, 1995 Presses Universitaires de France, p. 285. Rawls donne en exemple le rôle joué par la Cour suprême, mais ce rôle est également celui des tribunaux judiciaires inférieurs dont les activités reposent en grande partie sur les mêmes principes et exigences de justification rationnelle.

⁸²⁰ Ibid, p.285. À la note de bas de page 1 de la p. 286, Rawls souligne que sa conception de l'exercice judiciaire d'interprétation et de justification reposant sur une conception des valeurs politiques et publiques de la justice est similaire à celle développée par Ronald Dworkin dans la section «Hard Cases» dans *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1978 ou dans le chapitre 7 de l'ouvrage *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Toutefois, Rawls émet des doutes sur l'étendue de la conception morale que les juges sont appelés à développer dans l'interprétation des droits constitutionnels. Il reconnaît cependant qu'il ne s'agit pas là d'une distinction substantielle par rapport au point de vue adopté par Dworkin.

et l'impartialité ne vient pas concurrencer la légitimité politique, mais au contraire la compléter.

Ainsi, nous ne contestons pas la nécessité de soumettre certaines questions morales et politiques à l'exercice de la critique publique et de la délibération démocratique. Toutefois, nous sommes d'avis que cette forme de raison publique et d'imputabilité politique conviennent parfois fort mal à la réparation d'un préjudice subi à la suite d'un règlement invalide qui, sans être de mauvaise foi, peut néanmoins constituer une faute en raison de son caractère déraisonnable et causer d'importants préjudices aux droits d'un citoyen.

Nous sommes donc d'avis qu'en plus de l'argument en vertu duquel un règlement *ultra vires* ne saurait bénéficier de l'immunité découlant de la loi, car celle-ci est source de l'immunité, il existe également un argument fondé sur l'impartialité et la rationalité de l'institution judiciaire qui confère à celle-ci une légitimité justifiant son intervention à l'égard des règlements afin d'en déterminer non seulement leur validité, mais aussi leur caractère déraisonnable sur le plan de la responsabilité.

Par ailleurs, la solution démocratique électorale est souvent inefficace lorsque le citoyen est confronté à l'autorité municipale. En effet, il nous semble manifeste que le grand nombre d'intérêts en concurrence conjugués à la multiplicité des sujets en jeu rendent illusoire la prise en compte des doléances de certains citoyens ayant subi un préjudice en raison d'un règlement invalide. Cette idée a d'ailleurs été exprimée en ces termes dans l'arrêt *Shell* :

L'idée que le processus électoral constitue le seul recours est sans valeur pour la minorité qui se trouverait dépouillée de tout recours, et le conseil pourrait continuer à élargir ses pouvoirs légaux tant qu'il réussirait à conserver l'appui de la majorité⁸²¹.

C'est pourquoi, selon nous, l'institution judiciaire pourrait s'autoriser de sa légitimité d'impartialité, d'indépendance et de rationalité pour instruire un recours en responsabilité dans certains cas exceptionnels où une décision de politique générale fautive porterait gravement atteinte aux droits d'un citoyen, surtout lorsque celui-ci est particulièrement vulnérable. C'est ici que la responsabilité des personnes et des institutions se pose véritablement. En effet, en exigeant que les normes adoptées par les institutions légitimes soient respectées de tous, les autorités publiques ont l'obligation corrélative de respecter elles-mêmes ces normes et, le cas échéant, de répondre des préjudices causés par leurs décisions. À vrai dire, la légitimité et le contrat social qui fondent l'ordre établi impliquent que, d'un point de vue moral, soit reconnue une réciprocité engageant les pouvoirs publics à se soumettre au principe d'imputabilité juridique lorsqu'un acte préjudiciable est commis par ces derniers dans le cadre de leur action publique.

Dans ce contexte, la question de l'immunité des autorités publiques constitue une dérogation exceptionnelle qui viole le principe d'égalité devant la loi, mais, plus encore, risque de miner la confiance entre les citoyens et les institutions. Le droit administratif est ainsi parfois vu comme un droit d'exception eu égard aux prérogatives qui dérivent des pouvoirs exercés au nom de l'intérêt public. Selon cette perspective, les autorités publiques incarnent un intérêt supérieur justifiant certaines prérogatives. Un tel point de vue repose sur une conception utilitariste de l'État et de l'action publique. En outre, l'utilitarisme

⁸²¹ *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 274.

repose sur une substituabilité des individus où les intérêts et les droits doivent être maximisés au profit du plus grand bien-être pour le plus grand nombre⁸²².

Bien que fort défendable, la conception utilitariste de l'action publique occulte au moins deux points essentiels, à savoir la nécessaire dimension morale inhérente à chaque être humain eu égard au respect de ses droits fondamentaux ainsi que la dimension civique propre à une société démocratique fondée sur l'État de droit.

Concernant le premier point, la théorie des droits défendue par Ronald Dworkin constitue sans doute l'une des assises les plus solides permettant d'étayer la conception de droits fondamentaux inaliénables reposant sur notion de dignité que possède chaque être humain « simplement en tant qu'être humain »⁸²³. Ce principe premier joue en quelque sorte le rôle d'axiome constitutif de la théorie élaborée par Dworkin dans laquelle les préceptes moraux sont imbriqués dans l'ordre juridique que l'interprétation constructive et rationnelle des tribunaux permet de dégager⁸²⁴.

Ainsi, les préceptes moraux ne se trouvent pas en contradiction avec le système de droit positif, car ils sont envisagés comme étant imbriqués dans les principes politiques constitutionnels et les normes législatives qui sous-tendent la mise en œuvre du droit positif par les tribunaux. Par conséquent, les buts sociaux conçus selon une perspective utilitariste de maximisation ou de coût-utilité ne pourraient justifier la violation de certains droits⁸²⁵,

⁸²² John RAWLS, *Libéralisme politique*, trad. de l'américain par Catherine Audard, Paris, 1995 Presses Universitaires de France, p. 50; N Gregory MANKIW, Mark P. TAYLOR, *Principes de l'économie*, De Boeck Supérieur, 5^e édition, Paris, p. 461.

⁸²³ Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, traduction M.-J. Rossignol, F. Limare et F. Michaut, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 273.

⁸²⁴ *Ibid*, p. 134.

⁸²⁵ *Ibid*, p. 167.

et ce, en vertu de l'égalité des droits fondamentaux constituant ces axiomes qui légitiment l'ensemble du système.

Le second point est la dimension civique qui constitue le fondement du lien social entre les citoyens et les institutions. À cet égard, les municipalités constituent un très bon exemple d'institution politique où les liens entre citoyens et la proximité des relations viennent accroître la confiance, la légitimité et la réciprocité qui fondent cette institution locale. Or, par son caractère exorbitant, l'immunité mine cette réciprocité et ce lien de confiance entre les citoyens et l'institution. De plus, dans le cadre de structures politiques locales comme les municipalités, les dangers d'abus de pouvoir sont particulièrement présents, notamment à l'égard de minorités ou de groupes vulnérables, et militent en faveur d'une approche rigoriste de la subordination des pouvoirs et des responsabilités⁸²⁶.

Le débat afin de déterminer quels sont les actes qui relèvent du politique ou de l'opérationnel est certes important, mais celui-ci a selon nous détourné les tribunaux et la doctrine de la question de la nature de l'immunité. En effet, depuis son apparition l'immunité a toujours été considérée comme ayant une application uniforme, c'est-à-dire que cette dernière s'applique toujours de la même façon à l'égard de tous sans tenir compte des personnes ni de la nature des préjudices causés. Ainsi, peu importe les effets et les conséquences de la décision immunisée, elle s'appliquera toujours uniformément à l'égard de tous. La nature des droits affectés et l'ampleur de la décision eu égard à certaines

⁸²⁶ Kong, Hoi, « Something to talk about : Regulation and justification in Canadian municipal law » (2010) 48 Number ¾, Osgoode Hall LJ 499, p. 532; Ann McDonald, « In the Public Interest: Judicial Review of Local Government » (1983) 9 Queen's L.J. 62; Neil Bradford, *Place Matters and Multi-Level Governance : Perspectives on a New Urban Policy Paradigm*, in «Who is Responsible for Cities? The role of Governments», McGill Institute for the Study of Canada Annual Conference, «Challenging Cities in Canada», Montréal, 11-13 février 2004, «http://www.cprn.ca/documents/26856_en.pdf».

personnes vulnérables ne sont pas considérées. L'immunité est donc totale et sans demi-mesure.

Nous sommes d'avis que la dichotomie a occulté la question de la nature et du rôle de l'immunité et, pour cette raison, nous proposons une nouvelle notion de l'immunité, à savoir celle d'immunité proportionnelle variable. Nous sommes d'avis qu'il est possible de concevoir une telle immunité sur le fondement de la légitimité d'impartialité de l'institution judiciaire qui pourrait, selon des critères spécifiques, intervenir dans certains cas manifestes où les conséquences auraient une ampleur disproportionnée sur les droits de certains citoyens. En outre, cette intervention exceptionnelle n'invaliderait pas la décision fautive de politique générale bénéficiant de l'immunité, mais ne lèverait cette dernière qu'à l'égard d'une personne ou d'un groupe restreint de personnes vulnérables.

De cette façon, la politique générale et son immunité continueraient à produire leurs effets à l'égard de l'ensemble de la collectivité. En outre, la notion d'une immunité proportionnelle variable permettrait l'instauration d'une forme de symétrie entre le processus décisionnel portant sur la dichotomie des actes politiques/opérationnels adoptés par l'administration publique et les effets sur les administrés. Il nous semble que l'examen portant sur la dichotomie ne tient compte que des rapports entre le politique et le judiciaire, mais oublie le citoyen qui subit les effets de ces décisions. L'immunité proportionnelle variable permet ainsi la prise en compte des intérêts et de la situation particulière propre à certains citoyens.

Les critères qui permettraient à l'institution judiciaire d'instruire exceptionnellement une poursuite en responsabilité et de déterminer s'il y a lieu de lever partiellement

l'immunité de politique générale fondamentale à l'égard de certaines personnes sont les suivants :

- 1) Les effets de la politique générale fondamentale sur les droits et, notamment, sur les droits du ou des citoyens affectés. Les droits en question devraient être qualifiés en fonction de leur nature respective et, plus particulièrement, en déterminant :
 - i) Les droits fondamentaux touchant l'intégrité physique;
 - ii) Les droits fondamentaux touchant l'intégrité morale;
 - iii) Les droits économiques;
- 2) La vulnérabilité de la personne ou du groupe de personnes affectées par la politique générale fondamentale. De façon plus spécifique, l'examen devrait distinguer entre les personnes suivantes :
 - i) Les personnes handicapées, invalides ou mineures;
 - ii) Les personnes socialement discriminées;
 - iii) Les associations ou personnes morales représentant des personnes vulnérables;
- 3) La nature des pouvoirs qui sous-tendent la décision politique générale et notamment :
 - i) Les décisions de nature coercitive;
 - ii) Les décisions de services publics;

iii) Les décisions de services essentiels.

Les deux premiers critères que nous proposons portent sur les effets disproportionnés que la politique peut avoir sur les droits fondamentaux et sur la situation des personnes elles-mêmes, notamment en raison de caractéristiques physiques ou de discriminations sociales. Ainsi, à l'égard de certaines personnes, une décision de politique générale pourrait engager la responsabilité de la municipalité en raison des effets disproportionnés et particularisés que celle-ci aurait sur ces personnes en raison de leur état de faiblesse, de leur précarité et de la violation de certains droits. Bien évidemment, le fait que des droits fondamentaux protégés par les Chartes soient enfreints viendrait militer en faveur d'une réparation, mais on pourrait également penser aux atteintes aux droits à l'intégrité physique ou morale consacrés par le *Code civil du Québec*. La situation précaire de certaines personnes, notamment des aînés, des sans-abris ou de personnes stigmatisées, pourrait aussi être un élément en faveur de la levée de l'immunité.

Pour sa part, le dernier critère repose sur l'idée qu'un pouvoir coercitif, tels qu'un règlement limitant les droits, par exemple celui de manifester ou prévoyant le retrait d'un permis ou l'infliction de pénalités, constitue une mesure attentatoire qui devrait donner lieu à un plus grand devoir de prudence. En effet, il est raisonnable de postuler que plus un pouvoir est susceptible de porter atteinte à des droits, notamment fondamentaux, plus ce dernier devrait être soumis à une norme de prudence plus élevée. *A contrario*, un pouvoir exercé aux fins d'un service public ou d'un service essentiel ferait l'objet d'une plus grande déférence. Il est à noter que les critères que nous proposons devraient être soupesés les uns par rapport aux autres sans qu'il y ait de préséance ou de hiérarchie prédéterminées entre ceux-ci.

Par exemple, une situation similaire à l'arrêt *Brown*⁸²⁷, où l'épandage tardif de sable sur la chaussée avait bénéficié d'une immunité politique, pourrait donner lieu à la levée de l'immunité pour un enfant blessé physiquement lors de l'accident, alors qu'une compagnie de camionnage réclamant des dommages matériels pour la perte des biens transportés se verrait opposer l'immunité. On pourrait également penser à une décision de politique générale que constituerait la fermeture de casernes de pompiers affectant l'ensemble d'un secteur d'une municipalité, de telle sorte que le délai supplémentaire résultant d'une telle fermeture occasionnerait un retard dans l'intervention des pompiers. Dans un tel cas, la décision de politique générale pourrait bénéficier d'une immunité de principe, mais pourrait être levée à l'égard de victimes défavorisées non assurées ayant perdu la totalité de leurs biens et qui se retrouveraient ainsi complètement démunies⁸²⁸.

Cette nouvelle conception d'une immunité proportionnelle variable appelle aussi une reconsidération de la notion d'une décision politique qui, en plus de ses effets disproportionnés sur les droits de certaines personnes vulnérables, est susceptible d'être considérée, eu égard à ces personnes, comme un manquement au devoir de respecter les règles de prudence de façon à ne pas causer de préjudice à autrui⁸²⁹. Envisagée sous cet

⁸²⁷ *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420. Il est à noter que le régime de la responsabilité sans faute n'existait pas à l'époque en Colombie-Britannique.

⁸²⁸ Mentionnons que dans une telle hypothèse, l'immunité prévue à l'article 47 de la *Loi sur la sécurité incendie*, RLRQ, c. S-3.4 ne serait pas un obstacle à une telle poursuite, car cette disposition n'exonère la municipalité que pour les actes résultant de l'intervention des pompiers lors de l'incendie. Ainsi, bien que le délai d'intervention ait été considéré comme couvert par cette disposition, les actes immunisés par cette législation, y compris le délai d'intervention, sont tous de nature opérationnelle. Or, dans l'exemple que nous proposons, le délai ne résulte pas d'un acte opérationnel imputé aux pompiers, mais d'une décision politique municipale, laquelle n'est couverte ni par le texte ni par l'objet de la disposition en question.

⁸²⁹ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS, Benoît MOORE, *La responsabilité civile, volume 1 : Principes généraux*, 9^e édition, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2021, p. 181 à 183 et 209; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 21.

angle, la décision politique générale pourrait relever de l'illicéité prévue au premier alinéa de l'article 1457 C.c.Q., sans toutefois être qualifiée de faute⁸³⁰.

Outre le manquement à un devoir général de prudence que pourrait exceptionnellement constituer une décision politique par rapport à certaines personnes, une telle décision illicite pourrait possiblement engager la responsabilité d'une municipalité sur le fondement de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸³¹, lequel confère le droit à une réparation du préjudice moral ou matériel en cas d'atteinte illicite à un droit reconnu par la Charte. Ainsi, il résulte des droits consacrés et protégés par cette dernière, tel que le droit à l'intégrité de sa personne ou le droit résultant du devoir de porter un secours immédiat à une personne dont la vie est en péril⁸³², des obligations dont le manquement, sans constituer une faute, pourrait être considéré comme étant une atteinte illicite au sens de l'article 49 et pourrait donc donner lieu à une possible réparation⁸³³.

À bien y penser, l'idée d'une immunité proportionnelle variable représente une atténuation raisonnable par rapport à l'immunité uniforme qui constitue à la fois une négation des droits du justiciable et une non-application des pouvoirs judiciaires. En effet, selon les catégories développées par le professeur Hohfeld, il est possible de concevoir les effets de l'immunité comme un cas d'incapacité (*disability*) et de non-pouvoir en raison du

⁸³⁰ Mariève LACROIX, *La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois*, (2013) 59 R.D. McGill, 425, p. 458.

⁸³¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

⁸³² *Ibid*, articles 1 et 2.

⁸³³ Mariève LACROIX, *La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois*, (2013) 59 R.D. McGill, 425, p. 461; Adrian POPOVICI, *De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté?*, Conférences commémoratives Meredith 1998-99, La pertinence renouvelée du droit des obligations : back to basics/The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 56; *de Montigny c. Brossard*, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 44.

fait que l'immunité empêche l'exercice du pouvoir judiciaire qui en temps normal serait habilité à exercer sa compétence⁸³⁴. Dans ce dernier cas, l'immunité serait vue dans sa relation avec l'institution judiciaire elle-même. Par ailleurs, l'immunité peut être examinée du point de vue du justiciable qui, en temps normal, aurait le droit de poursuivre la personne qui se devait de respecter un devoir de prudence à son égard. Dans ce cas, l'immunité devrait plutôt être vue comme un privilège pour l'autorité publique de ne pas être soumise à une obligation résultant du droit de la responsabilité⁸³⁵. Selon nous, cette double nature de l'immunité plaide également en faveur d'une immunité proportionnelle variable afin d'atténuer la force et la portée parfois disproportionnée que peut avoir la décision qui bénéficie de l'immunité.

En outre, une lecture conjointe du préambule du *Code civil du Québec* et des articles 1376 et 1457 de ce dernier, en harmonie avec les principes fondamentaux du droit, notamment les principes consacrés par les Chartes ainsi que la primauté du droit, semble compatible avec la conception d'une immunité proportionnelle variable.

Nous analyserons maintenant la question du rôle de la faute appliquée à l'abus de pouvoir lorsque celle-ci est assimilable à une forme de mauvaise foi. Cette question constitue notre dernière sous-partie.

4.2.4 L'excès de compétence, la mauvaise foi et la perte de l'immunité

Nous examinerons la notion d'excès de compétence dans le contexte du processus d'adoption réglementaire. Nous démontrerons que, compte tenu de nos conclusions

⁸³⁴ Wesley Newcomb HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, vol. 23, no. 1, 1913-1914, p. 16-59, p. 55.

⁸³⁵ Ibid, p. 32 et 38-39.

précédentes, l'excès de compétence résultant d'un exercice déraisonnable du pouvoir, notamment en ce qui concerne l'adoption d'un règlement, implique nécessairement la présence d'un acte assimilable à la mauvaise foi ou à la faute lourde au sens du droit civil. Ce n'est donc pas l'excès de compétence en soi qui pose problème, mais l'exercice déraisonnable du pouvoir qui conduit à cet excès. Ainsi, en raison de son caractère déraisonnable, un tel acte de puissance publique outrepasserait sa loi habilitante et perdrait alors le bénéfice de l'immunité résultant de celle-ci tout en constituant une faute qui pourrait, de surcroît, être assimilée à une forme de faute lourde ou de mauvaise foi.

Nous avons préalablement expliqué que l'exercice d'un pouvoir peut impliquer une faute civile sans que l'on soit nécessairement en présence d'une invalidité et que l'inverse est également vrai. Toutefois, la question du lien entre la faute et l'excès de compétence dans le contexte de l'exercice déraisonnable d'un pouvoir est d'une nature quelque peu différente en raison de l'acte inintelligible qui caractérise ces deux notions. À ce sujet, les notions d'abus, de partialité, d'injustice manifeste ou de décision déraisonnable, lesquelles sont toutes liées à l'excès de compétence, reposent sur l'idée d'un acte dont les motifs ne peuvent se justifier rationnellement et sont donc considérées comme étant inintelligibles⁸³⁶.

Ainsi, l'idée selon laquelle un acte de puissance publique irrationnel ou inintelligible constitue un excès de compétence n'est pas éloignée de celle d'une insouciance grave et d'une incurie grave qui sont elles-mêmes assimilées à la notion de mauvaise foi en matière de responsabilité civile. C'est en effet en ces termes que, dans l'arrêt *Finney*⁸³⁷, la Cour

⁸³⁶ *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5. Voir également *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, [2017] 1 R.C.S. 360, par. 66; *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Forget c. Procureur général (Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

⁸³⁷ *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17.

suprême expliquait que la notion de mauvaise foi devait s'entendre de façon suffisamment large afin d'inclure les actes ou l'exercice des pouvoirs considérés comme étant incompréhensibles :

39 Ces difficultés montrent néanmoins que la notion de mauvaise foi peut et doit recevoir une portée plus large englobant l'incurie ou l'insouciance grave. Elle inclut certainement la faute intentionnelle, dont le comportement du procureur général du Québec, examiné dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, représente un exemple classique. Une telle conduite constitue un abus de pouvoir qui permet de retenir la responsabilité de l'État ou parfois du fonctionnaire. Cependant, l'insouciance grave implique un dérèglement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir, à tel point qu'on peut en déduire l'absence de bonne foi et présumer la mauvaise foi. L'acte, dans les modalités de son accomplissement, devient inexplicable et incompréhensible, au point qu'il puisse être considéré comme un véritable abus de pouvoir par rapport à ses fins. (Dussault et Borgeat, *op. cit.*, p. 485).⁸³⁸ (Nous soulignons)

En outre, dans l'arrêt *Sibeca*⁸³⁹, la Cour suprême réitérait ces propos en ajoutant que la mauvaise foi pouvait également s'inférer des actes de puissance publique « *qui se démarquent tellement du contexte législatif dans lequel ils sont posés qu'un tribunal ne peut raisonnablement conclure qu'ils l'ont été de bonne foi* »⁸⁴⁰. Un acte public incompréhensible ou qui est à ce point non conforme à la loi habilitante en raison de son caractère déraisonnable est ainsi à la fois source d'invalidité et de responsabilité civile.

À notre avis, cela permet d'expliquer que, au-delà des critères particuliers propres à la responsabilité civile et au droit administratif, le fondement de tout principe juridique repose sur un appel à la raison, c'est-à-dire à une exigence de justification de l'acte pouvant faire l'objet d'une explication reposant sur une démonstration, formelle ou informelle,

⁸³⁸ Ibid, par. 39.

⁸³⁹ *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304.

⁸⁴⁰ Ibid, par. 26.

argumentée et exempte de contradiction. On peut également penser que le législateur présumé rationnel ne peut avoir voulu conférer des pouvoirs afin que ceux-ci soient exercés de façon irrationnelle ou inexplicable⁸⁴¹.

Ainsi, toute décision ou action doit respecter un seuil minimal d'intelligibilité, et ce, pour deux principales raisons. Premièrement, pour des raisons d'ordre logique, puisque la norme d'intelligibilité est intimement liée au principe de non-contradiction qui repose sur le respect d'une cohérence interne dans l'exposé des prémisses, des règles d'inférence et des conclusions⁸⁴². Dès lors, si l'on faisait fi de l'intelligibilité, cela impliquerait qu'un acte déraisonnable pourrait servir de fondement à des décisions ou à des actions contradictoires⁸⁴³. Du point de vue de la cohérence, la discipline juridique n'aurait alors plus aucun sens. De ce point de vue, l'exigence d'intelligibilité est également liée à la notion de primauté du droit comme principe structurant d'un ordre de droit positif⁸⁴⁴. Cela nous conduit à notre second point.

⁸⁴¹ François OST, *L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur*, dans Michel van de KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 139.

⁸⁴² Chaïm PERELMAN, *Rhétoriques*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2^e édition, Bruxelles, 2012, p. 59 et suivantes. À ce propos, Perelman explique que l'argumentation juridique emprunte à la fois à la logique, à la rhétorique ainsi qu'à la dialectique en tentant non seulement de démontrer, mais aussi de convaincre et de persuader.

⁸⁴³ Dans l'arrêt *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, p. 176, en matière de *tort of negligence*, la Cour suprême est particulièrement soucieuse de ne pas créer d'incohérence au sein de la jurisprudence : «*Si les tribunaux devaient, d'une main, punir la conduite qu'ils approuvent de l'autre, cela équivaldrait à [TRADUCTION] "créer une faille intolérable dans l'unité conceptuelle du droit"*» (p. 176).

⁸⁴⁴ *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 745; Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, revised edition, New Haven: Yale University Press, 1964, p.39 et 44, lequel précise que le droit se distingue de la force par cette exigence de justification qui va de pair avec un système de règles : 1) générales; 2) publiques; 3) prospectives; 4) intelligibles; 5) non-contradictaires; 6) auxquelles il est possible d'obéir; 7) stables; 8) une adéquation entre les lois et leur application par l'administration publique. Voir également Trevor Robert Seaward ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 13 à 29.

Deuxièmement, l'exigence d'une décision ou d'une action publique fondée sur l'intelligibilité est une condition *sine qua non* sans laquelle l'action publique serait non seulement incohérente, mais aussi arbitraire, inéquitable, illégitime et souvent discriminatoire. Cela explique d'ailleurs pourquoi ces éléments sont presque toujours cités conjointement. De plus, une décision incohérente violerait le principe d'égalité devant la loi et constituerait aussi le non-respect des normes de prudence les plus élémentaires propres au droit de la responsabilité civile.

Il ressort de ce qui précède qu'il existe un dénominateur commun entre, d'une part, la notion de faute assimilable à la mauvaise foi, c'est-à-dire à « *un dérèglement fondamental des modalités de l'exercice du pouvoir* »⁸⁴⁵ et, d'autre part, à l'excès de compétence, laquelle repose sur l'idée d'une disproportion conduisant à l'illégitimité de l'exercice de ces droits et pouvoirs. Dès lors, les notions d'abus de droit et d'abus de pouvoir reposent sur une même prémisse théorique qui converge également dans leur mise en œuvre respective. Ce principe a notamment été défendu par le professeur Denis Lemieux qui écrivait à ce propos que :

Ainsi, le concept de mauvaise foi en droit administratif fait désormais appel à des notions générales de droit civil, au lieu de se fonder essentiellement sur la common law. En effet, l'article 6 du *Code* édicte que toute personne, incluant un organisme public, doit exercer ses pouvoirs selon les exigences de la bonne foi. Par ailleurs, l'article 1457, qui sert de fondement à la responsabilité pour faute, englobe l'exigence de la bonne foi en prévoyant que la norme de prudence et de diligence pourra varier en fonction de la loi qui confère un pouvoir ou un devoir à un organisme public.⁸⁴⁶

⁸⁴⁵ *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 39.

⁸⁴⁶ Denis LEMIEUX, « Le rôle du Code civil en droit administratif » (2005) 18:2 Can J Admin L & Prac, 119, p. 138.

C'est d'ailleurs la conception que semble avoir privilégiée la Cour suprême dans l'arrêt *Kosoian*⁸⁴⁷ en affirmant que « *la conduite de l'agent Camacho était nécessairement fautive, dans la mesure où elle découlait d'une croyance déraisonnable en l'existence d'une infraction inexistante en droit* »⁸⁴⁸. Ainsi, la faute résultait de la décision déraisonnable et invalide que constituait l'arrestation sans fondement, de telle sorte que l'invalidité et la faute étaient alors imbriquées l'une dans l'autre. Cependant, en droit municipal, la jurisprudence refuse très souvent, à vrai dire de façon presque systématique, d'assimiler l'invalidité fondée sur « *une démarche injuste et discriminatoire* » à la notion de mauvaise foi au sens de la responsabilité civile⁸⁴⁹. Par conséquent, malgré la présence d'un détournement de pouvoir ou d'un but impropre, la mauvaise foi en termes d'intention malveillante demeure le plus souvent l'exigence à respecter⁸⁵⁰.

Par ailleurs, la notion de faute ou de mauvaise foi ayant trait à un individu ou à une personne morale de droit privé s'applique, selon nous, plus difficilement à une autorité publique où l'exercice du pouvoir résulte parfois d'une concertation collégiale, comme c'est le cas en droit municipal. En effet, nous avons vu que les règlements municipaux sont le fruit d'un processus collégial auquel participent les conseillers élus. En outre, dans l'arrêt *Sibeca*, la Cour suprême refuse d'adhérer à la thèse de la mauvaise foi administrative en vertu du principe selon lequel « *[u]ne personne morale ne peut agir que par ses agents et*

⁸⁴⁷ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, par. 104.

⁸⁴⁹ Sur cette question, l'arrêt *Sainte-Anne-de-Bellevue (Ville de) c. Papachronis*, 2007 QCCA 770, par. 26 constitue un exemple régulièrement cité par les tribunaux. Voir notamment *Entreprises forestières T & W Seale inc., c. Canton de Gore*, 2021 QCCA 634; *Ville de Québec c. Rivard*, 2020 QCCA 146; *Motlagh c. Ville de Montréal*, 2018 QCCS 4559; *9129-6111 Québec inc. c. Longueuil (Ville de)*, 2010 QCCA 2265.

⁸⁵⁰ *Ibid.*

ne peut avoir d'intention distincte de ces derniers »⁸⁵¹. Ainsi, il y a adéquation entre l'addition de chaque intention individuelle des conseillers et celle du conseil municipal.

Or, si un tel principe ne pose aucun problème lorsqu'il est appliqué à une personne morale de droit privé, il en va autrement en ce qui concerne une municipalité. En effet, d'une part, il est reconnu qu'à l'exception des dispositions adoptées, « [I]es motifs d'un corps législatif composé de nombreuses personnes sont inconnaisables »⁸⁵². En outre, les assignations à comparaître comme témoin ainsi que les autres éléments de preuve relatifs aux déclarations faites par les conseillers dans le cadre des délibérations du conseil ne sont pas admissibles aux fins de la détermination des motifs au soutien d'un règlement⁸⁵³.

La Cour suprême réitéra ce principe en précisant que le caractère inconnaisable des motifs d'un conseil municipal ou d'une commission scolaire s'applique uniquement à l'adoption des gestes de nature publique et législative, ce qui inclut donc les règlements⁸⁵⁴. Ainsi, il est presque impossible de prouver le caractère malicieux ou déraisonnable des motifs d'un conseiller, car ceux-ci ne peuvent être assignés en Cour pour témoigner.

D'autre part, s'ajoute à cette inconnaisabilité des motifs le principe selon lequel, contrairement aux décisions adjudicatives et administratives individuelles, les municipalités n'ont pas à motiver par écrit les raisons qui sous-tendent l'adoption des règlements :

[30] Contrairement à ce que prétend Catalyst, les municipalités n'ont pas non plus à justifier formellement leurs règlements. Rappelons que les conseils

⁸⁵¹ *Entreprises Sibeca inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 35.

⁸⁵² *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, par. 45.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 45.

municipaux disposent d'une grande latitude quant aux facteurs à prendre en compte dans l'adoption de leurs règlements.⁸⁵⁵ (Nous soulignons)

À la lumière de ce principe, la seule façon de déterminer la nature des intentions et des motifs qui sous-tendent l'adoption d'un règlement municipal est de se référer aux énoncés de politique et aux propos qui sont tenus lors d'une séance du conseil municipal. Toutefois, comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Sarnia*, les déclarations faites par les conseillers ainsi que les éléments de preuve au soutien de l'adoption d'un règlement ne sont pas admissibles devant un tribunal.

En somme, la seule façon de prouver la mauvaise foi d'un conseil municipal serait de trouver un énoncé politique publié dont la teneur serait malveillante ou révélerait un dérèglement fondamental de l'exercice du pouvoir. De plus, cet énoncé politique publié devrait avoir été adopté par la majorité des conseillers, car seule l'intention individuelle doit être prise en compte. De façon réaliste, il faut reconnaître qu'un tel énoncé faisant état d'une politique malveillante adoptée par une majorité de conseillers est une chose rarissime.

Ainsi, en l'état actuel du droit, la démonstration d'un règlement de mauvaise foi repose principalement sur le libellé des dispositions réglementaires. Toutefois, même en présence d'un règlement jugé discriminatoire ou d'un détournement de pouvoir, les tribunaux exigent encore très souvent la présence d'une mauvaise foi fondée sur l'intention malicieuse. À notre avis, le rejet de la notion de faute institutionnelle et le caractère inconnaissable des motifs qui sous-tendent les règlements militent fortement en faveur d'une reconsidération de la portée de l'immunité.

⁸⁵⁵ *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 30.

En outre, tant d'un point de vue pratique que théorique, l'exigence d'une démonstration de mauvaise foi entendue uniquement en termes d'intention de nuire est trop restrictive et inique en raison de la quasi-impossibilité de faire la preuve des intentions ayant présidé à l'adoption d'un règlement. En somme, à la lumière de la primauté du droit et de la nature subordonnée de l'institution municipale, l'immunité applicable aux décisions de politique fondamentale municipale ne devrait bénéficier qu'aux règlements municipaux *intra vires*.

CONCLUSION FINALE

À l'origine, deux constats nous ont incités à entreprendre cette thèse. Le premier constat était l'absence d'une analyse institutionnelle des municipalités dans la recherche d'un fondement de l'immunité politique. Le second constat était l'incapacité des tribunaux à déterminer la ligne de partage entre les actes politiques et opérationnels résultant de l'ambiguïté de la notion de « policy » ainsi que l'échec répété dans la recherche d'un contenu essentiel de cette dernière notion. Toutefois, malgré l'assise juridique solide que constitue la séparation des pouvoirs, énoncée dans l'arrêt *Nelson*, la portée et l'application de cette dernière au droit de la responsabilité municipale demeurent problématiques en raison du fait que les municipalités ne sont pas, en elles-mêmes, des institutions constitutives de la séparation des pouvoirs.

À ce sujet, une analyse fondée sur une approche institutionnelle de la municipalité nous a permis de conclure qu'il est indubitable que les municipalités ne peuvent prétendre bénéficier directement de la séparation des pouvoirs et que seule la fonction législative déléguée qu'elles exercent leur confère une immunité, laquelle demeure d'ailleurs tributaire de sa conformité à la loi habilitante. Ainsi, il ne suffit pas d'affirmer que les municipalités participent de l'action étatique pour conclure *ipso facto* qu'elles sont protégées par la séparation des pouvoirs et par l'immunité qui en résulte.

Par ailleurs, l'idée d'une immunité des autorités publiques s'est elle-même révélée épineuse au regard de la primauté du droit. En effet, nous avons montré qu'il est erroné de réduire cette dernière au seul contrôle de la légalité et d'en exclure la responsabilité des actes politiques au motif qu'une imputabilité en cette matière « *aurait pour effet de miner*

notre ordre constitutionnel »⁸⁵⁶. Or, nous avons vu qu'une telle conclusion résulte d'une conception rigoriste de la *summa divisio* public/privé qui fait fi du principe d'égalité devant la loi, lequel est un élément constitutif de la primauté du droit.

Ce refus d'appliquer les principes de la responsabilité civile aux actes politiques s'explique également par l'origine du *tort of negligence* qui, comme nous l'avons vu, avait été conçu à ses débuts selon une perspective de « laissez-faire » économique où prédominait une vision individualiste et où l'intervention étatique était considérée comme étant néfaste⁸⁵⁷. Cette conception explique d'ailleurs pourquoi l'imputabilité de l'action publique était souvent tributaire des lois qui conféraient soit un pouvoir ou un devoir aux autorités en question. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'émergence de la responsabilité publique s'est faite de concert avec celle de l'État providence et conjointement à une reconnaissance progressive des droits civiques face aux pouvoirs publics⁸⁵⁸.

Nous avons également constaté que, dans la foulée de l'intervention des pouvoirs publics, s'est rapidement posée la question consistant à trouver un équilibre entre le respect des droits des personnes lésées par ces pouvoirs et la nécessaire discrétion dont doivent disposer les autorités publiques dans l'exercice de leur mission et, conséquemment, la reconnaissance d'une immunité protégeant cette discrétion. C'est ainsi que l'attention des

⁸⁵⁶ *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 47 *in fine*.

⁸⁵⁷ John STUART MILL, *Principles of Political Economy and On Liberty*, Of the Limits to the Authority of Society Over the Individual, Longmans, Green and Co, London, 1960. Les chapitres 4 et 5 sont les plus intéressants sur la question du « laissez-faire »; Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown & Co., 1881, p. 94 à 96.

⁸⁵⁸ Philip H. OSBORNE, *The Law of Torts*, Irwin Law Inc., Fourth Edition, 2011, p. 75; Martin. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press-Oxford, 1992, p. 178-179; W. Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Fourth Edition, 1952, University of London Press, p. 6; Izhak ENGLARD., « The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory » (1980) 9 J. LEGAL STUD. 27; Ernest WEINRIB, « The Special Morality of Tort Law » (1989) 34:3 RD McGill 403.

tribunaux et de la doctrine s'est d'abord concentrée sur les critères permettant de déterminer la frontière délimitant la sphère discrétionnaire politique de celle de sa mise en œuvre opérationnelle. La nécessité de critères fonctionnels l'emporta sur la recherche d'un fondement théorique justifiant l'octroi d'une telle immunité politique. Au Québec, cette quête visant à trouver l'inespéré critère d'un juste équilibre entre les pouvoirs discrétionnaires et la responsabilité se doubla d'une exigence visant à concilier les principes du droit civil à ceux du droit public de common law, et ce, à l'ombre d'une *summa divisio* parfois confuse.

Cependant, ces questions pratiques sur la recherche d'un critère opératoire, ainsi que sur la méthode à privilégier afin de concilier le droit civil au droit public, eurent pour effet d'occulter la véritable question au cœur de la dichotomie des actes politiques et opérationnels, à savoir celle du fondement qui légitime l'existence de l'immunité accordée aux actes politiques. En outre, nous avons vu que cette question se posait avec encore plus d'insistance en matière de droit municipal, car bien que les dirigeants municipaux soient élus démocratiquement, le statut institutionnel des municipalités comme simples créatures législatives rendait la question encore plus épineuse et complexe.

Certes, l'arrêt *Nelson* constitue une avancée majeure que l'on doit saluer, mais qui pose de nouvelles questions au regard du statut de simples créatures que sont les municipalités. Nous avons tenté de démontrer qu'au regard de la séparation des pouvoirs, seuls les actes réglementaires constituent le fruit d'une véritable activité législative qui peut prétendre bénéficier de l'immunité résultant de cette séparation. Le fait que la Cour suprême soit peu disert sur le lien existant entre la séparation des pouvoirs et les municipalités est peut-être le signe que la Cour s'interroge encore à ce sujet et préfère

attendre un contexte plus propice pour s'exprimer sur cette question. Les motifs dissidents rédigés par la juge Abella dans l'arrêt *Toronto*⁸⁵⁹ expliquent peut-être la réticence de certains membres de la Cour à aborder la question de la légitimité démocratique que clament haut et fort les municipalités. Comme nous l'avons vu, c'est d'ailleurs au nom de cette légitimité démocratique que les tribunaux ont souvent refusé de s'instituer en juge des décisions politiques et sociales adoptées par les élus municipaux.

À cet égard, nous avons montré que les tribunaux ne sont pas les juges des choix moraux qui ont été faits par le législateur, mais que seuls les électeurs peuvent sanctionner ce qu'ils considèrent être de mauvais choix législatifs. Les tribunaux reconnaissent eux-mêmes qu'ils ne constituent pas des forums appropriés pour débattre politiquement de l'acceptabilité de ces choix moraux. En outre, d'aucuns pourraient considérer que de confier aux tribunaux le pouvoir de sanctionner moralement le caractère fautif des actes législatifs contribuerait à déresponsabiliser la participation civique en laissant croire aux citoyens que seuls des juristes qualifiés ont l'expertise et l'expérience nécessaires pour juger du bien-fondé moral et éthique des lois. En somme, cela reviendrait à défendre l'idée d'un savoir moral dont l'institution judiciaire serait dépositaire.

Cependant, nous avons exposé des arguments démontrant que l'institution judiciaire possède plusieurs attributs uniques en raison de son impartialité, de son indépendance et du fait que le raisonnement judiciaire repose sur un appel à la raison, lesquels attributs participent également d'une forme de légitimité propre à l'institution judiciaire. Ainsi, sans défendre l'idée d'un monopole moral dont les tribunaux seraient les

⁸⁵⁹ *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34.

gardiens, nous pensons avoir proposé une immunité proportionnelle variable qui constitue une nouvelle notion dont l'application repose sur l'examen de trois critères qui pourraient aider les tribunaux à déterminer s'il y a lieu de lever l'immunité politique en présence d'une décision de politique générale fautive dont les effets disproportionnés causeraient un préjudice à certaines personnes vulnérables, et ce, même si une telle décision n'était pas empreinte de mauvaise foi ou d'incurie grave.

Plus précisément, nous avons proposé les critères suivants : 1) l'effet que peut avoir une politique générale sur les droits fondamentaux de certains citoyens; 2) la vulnérabilité des personnes affectées par une telle politique générale; 3) la nature des pouvoirs qui soutiennent la politique générale en question. Ces critères permettraient, selon nous, d'assurer un meilleur équilibre entre la déférence due aux décisions politiques et la protection de certains droits.

Nous tenons à souligner que notre thèse ne cherche nullement à nier le rôle fondamental joué par les municipalités dans la société civile et procède encore moins d'une intention visant à miner ou à entraver les fonctions publiques exercées par celles-ci. Toutefois, l'octroi aux municipalités d'une immunité presque aussi vaste que celle conférée aux gouvernements provinciaux et fédéral est susceptible de conforter une conception qui a tendance à considérer les municipalités comme un troisième ordre de gouvernement possédant des compétences inhérentes et un statut pleinement autonome. Or, en tout respect pour l'opinion contraire, il nous semble que ce point de vue est non seulement erroné sur le plan constitutionnel, mais qu'il relève surtout d'une conception quasi irréaliste. En effet, sachant qu'il est déjà difficile de trouver un équilibre constitutionnel entre 11

gouvernements, il serait chimérique de penser trouver un *modus vivendi* en présence de plus de 5000 municipalités⁸⁶⁰.

En terminant, soulignons que malgré nos efforts, cette thèse ne prétend nullement apporter une solution générale, et encore moins finale, à la question de la responsabilité extracontractuelle des municipalités. Nous avons plutôt tenté de cerner les tenants et aboutissants de cette question en cherchant notamment à mieux comprendre la nature hybride des municipalités, et ce, tant dans leurs dimensions institutionnelles que fonctionnelles.

Ainsi, il reste encore plusieurs questions vastes et complexes concernant la portée et la mise en œuvre des principes que nous avons examinés tout au long de cette thèse. Nous espérons avoir débroussaillé et quelque peu éclairé certaines de ces questions tout en sachant que nos analyses et propositions demeurent somme toute modestes et incomplètes par rapport à l'ampleur des questions examinées dans le cadre de ce travail. Aussi, il est à souhaiter que ces nombreuses questions sauront éveiller la curiosité d'autres juristes qui viendront à leur tour compléter, étoffer et proposer d'autres solutions à ces questions complexes et passionnantes qui sont au cœur des relations entre les citoyens et les municipalités.

⁸⁶⁰ Statistiques Canada, Recensement de 2016, date de diffusion le 8 février 2017. Au recensement de 2016, il y avait 5162 municipalités au Canada. www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016001/98-200-x2016001-fra.cfm.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHS

ALLAN, T.R.S., Trevor Robert Seaward ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

ARCHAMBAULT, J.-D., *La responsabilité extracontractuelle de l'État*, Éditions Yvon Blais, 1996.

ARONSON, M. et H. WHITMORE, *Public Torts and Contracts*, The Law Book Co., 1982.

ARROWSMITH, S., *Civil Liability and Public Authorities*, Earlsgate Press, 1992.

BAUDOUIN, J.-L., *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994.

BAUDOUIN, J.-L., DESLAURIERS, P., MOORE, B., *La responsabilité civile, volume 1 : Principes généraux*, 9^e édition, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2021.

BOBBIO, N., *Essais de théorie du droit*, traduction française par M. Guéret avec la collaboration de Christophe Agostini, Bruylant-LGDJ, 1998.

BRUN, H., TREMBLAY, G., BROUILLET, G., *Droit constitutionnel*, éditions Yvon Blais, 6^e édition, Cowansville, 2014.

CHEVRETTE, F., MARX, H., ZHOU, H.-R., *Droit constitutionnel, Principes fondamentaux*, Les éditions Thémis, 2^e édition, Montréal, 2021, p. 413-414g

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989.

CRITCHLEY, T.A., *A History of Policy in England and Wales*, London, Constable, 1967.

DAVID, R., *Les grands systèmes de droit contemporain*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1982.

DICEY, A.V., *The Law of the Constitution*, 1885.

DUSSAULT, R. et L. BERGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989.

DWORKIN, R. *Prendre les droits au sérieux*, traduction M.-J. Rossignol, F. Limare et F. Michaut, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

ENGLARD, I., *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth Publishing Co., 1992.

FELDTHUSEN, B., *Economic Negligence*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1989.

FLEMING, J.G., *The Law of Torts*, 8^e éd., Sydney, Law Book Co., 1992.

FULLER, L.L., *The Morality of Law*, revised edition, New Haven: Yale University Press, 1964.

GARANT, P., *Droit administratif*, 7^e édition, Montréal, éditions Yvon Blais, 2017.

HÉTU, J., et DUPLESSIS, Y., avec la collaboration de Me Lise Vézina, *Droit municipal, principes généraux et contentieux*, éditions Wolters Kluwer, éditions feuilles mobiles, à jour 2021, volume 1 et 2.

HART, W.O., *Introduction to the Law of Local Government and Administration*, 9^e éd., London, Butterworths, 1973.

HOGG, P., MONAHAN, P.J., WRIGHT, W. K., *Liability of the Crown*, Toronto, Carswell, 1989.

HOGG, P., *Constitutional law of Canada*, 5th Edition Supplemented, Volume 1, édition à feuilles mobiles, Toronto, Carswell Thomson Reuters.

JONAS, H., *Le principe responsabilité*, traduit par Jean GREISCH, éditions Flammarion, Paris, 2014.

KLAR, L.N., *Tort Law*, Toronto, Carswell, 1991.

L'HEUREUX, J., *Droit municipal québécois*, tome I, Montréal, éditions Sorej, 1981.

LEMIEUX, D., et ISSALYS, P., *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, 4^e édition, éditions Yvon Blais, Montréal, 2020.

LINDEN, A.M., *Canadian Tort Law*, 5^e éd., Toronto, Butterworths, 1993.

MacF. ROGERS, I., *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1971.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires [Code civil du Québec]*, Québec, Publications du Québec, 1993.

ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on the Liability of the Crown*, 1989.

ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Limitation of Actions*, 1969.

PERELMAN, C., *Rhétoriques*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2^e édition, Bruxelles, 2012.

PIGEON, L.-P., *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Les Publications du Québec, 1986.

RÉGIMBALD, G., NEWMAN, D., *The Law of the Canadian Constitution*, LexisNexis, First Edition, Markham.

REID, H., *Code de procédure civile annoté*, Université Laval, Faculté de droit, 1966.

ROBINSON, G.E., *Public Authorities and Legal Liability*, London, 1925.

SCARPELLI, U., *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, collection «La pensée juridique», XII, 1996.

STREET, H., *Governmental Liability, A Comparative Study*, Archon Books, 1975.

TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e édition, Éditions Wilson & Lafleur, 2009, Montréal.

VAN de KERCHOVE, M., OST, F., *Sciences du droit, sciences humaines et sociales, fiction littéraire et artistique. Pour un dépassement interdisciplinaire des frontières*, dans « Droits, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières disciplinaires », sous la direction de Chassagnard-Pinet, S., Lemay, P., Regulski, C., Simmonneau, D., LGDJ, Fondation Maison des sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et Société, 2013.

VILLA, V., *La science du droit*, Paris, LGDJ/Story-Scientia, collection « La pensée juridique», 1991.

VILLA, V., *La science juridique entre descriptivisme et constructivisme*, dans Paul Amselek (dir.), *théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993.

ARTICLES DE PÉRIODIQUES

ARCHAMBAULT, J.-D., « La responsabilité délictuelle municipale : fondement et application au combat des incendies », (1981), 41 R du B. 3.

ARCHAMBAULT, J.-D., « La distinction politique-opérationnelle fournit-elle une assise judiciaire solide à la responsabilité civile de l'État consécutive à une décision de politique administrative? », (1999) 59 R du B. 579.

BANAKAS, E.K., "Defective Premises- Shall the Ratepayer Foot the Bill?", (1977) *Cambridge L.J.* 245.

BEASON, J., "Public" and "Private" in English Administrative Law », (1987) 103 *The Law Quarterly Rev.* 34.

BHUTA, N., "Ansell v. McDermott: Police Liability after Ansell: A Law Unto Themselves?", (1994) 19 *Melbourne U. L.R.* 1094.

BOBBIO, N., *Sur le positivisme juridique*, dans *Mélanges Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961.

BOWMAN, M.J. et S.H. BAILEY, "Negligence in the Realms of Public Law - A Positive Obligation to Rescue", (1984) *Public Law* 277.

BRIDGE, M.G., "Government Liability, the Tort of Negligence and the House of Lords decision in *Anns v. Merton London Borough Council*", (1978) 24 McGill L.J. 277.

BRODIE, D., "Public Authorities and the Duty of Care", (1996) *The Juridical Rev.* 127.

BROWN, J.A. et J.C. ANGIER, "Recent Developments Affecting Louisiana's Discretionary Function Exception: Will Louisiana Follow *Gaubert*?", (1993) 53 *Louisiana L.R.* 1457.

BRUDNER, A., "Tort-Civil Liability for Breach of Statutory Duty Abolished", (1984) 62 *R. du B. can.* 668.

BUXTON, R., "Built Upon Sand", (1978) 41 *Modern L.R.* 85.

CANE, P.F., "The Liability of Builders and Surveyors in Negligence", (1974) 7 *Sydney L.R.* 284.

CANE, P., "Public Law and Private Law: A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept" dans J. EEKELAAR et J. BELL, *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3rd series, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 57.

CANE, P., "Suing Public Authorities in Tort", (1996) 112 *The Law Quarterly R.* 13.

CANTIN CUMYN, M., *Le pouvoir juridique*, Conférence Wainwright (2007) 52 R.D. McGill 215.

CARTER, S.L., "The Religious Devout Judge", (1989) 64 *Notre-Dame L.R.* 932.

CATES, C. et W.V. McINTOSH, "Retail Jurisprudence: The Judge as Entrepreneur in the Marketplace of Ideas", (1995) 11 *Journal of Law and Politics* 709.

CHAPMAN, B., "Developments in Tort Law: The 1993-94 Term", (1995) 6 (2d) *Sup. Ct. L.R.* 487.

CHEVRETTE, F., CYR, H., « De quel positivisme parlez-vous? » (2010) 15:1 *Lex Electronica*.

CHEVRIER, G., « Les critères de la distinction du droit public et du droit privé dans la pensée savante médiévale », dans *Étude d'histoire du droit canonique*, tome II, Paris, Sirey, 1965, p. 841.

COHEN, D., "*The Economics of Canadian National Railway v. Norsk Pacific Steamship (The Jervis Crown)*", (1995) 45 *U. of T.L.J.* 143.

COHEN, D., "Legal Dimension of UFFI Problem: Part II", (1983-84) 8 *Can. Bus. L.J.* 410.

COOKE, R., "An Impossible Distinction", (1991) 107 *The Law Quarterly R.* 46.

CÔTÉ, P.-A., « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise- Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels* », (1994) 28 *R.J.T.* 411.

CÔTÉ, P.-A., « Le "modèle français" et la réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration au Canada », (1995) 6 *N.J.C.L.* 41.

CRAIG, P.P., "Negligence in the Exercise of a Statutory Power", (1978) 94 *The Law Quarterly R.* 428.

CROOKS, S.J., "*Presscott v. United States: The Discretionary Function Exception Strikes Again*", (1995) 74 *Oregon L.R.* 365.

DALY, P., "The Policy/Operational Distinction – a View from Administrative Law" in Matthew Harrington ed., *Compensation and the Common Law*, LexisNexis, Toronto, 2015.

D'AMATO, A., "Can Any Legal Theory Constrain Any Judicial Decision?", (1989) 43 *U. Miami L.R.* 513.

DUGDALE, A.M., "Public Authority Liability: To What Standard?", (1994) 2 *Tort L.R.* 143.

DWYER, J., "*Beaudesert: A Spurious Principle after All*", (1995) *Tort L.R.* 169.

EMERY, C., "Public Law or Private Law?- The Limits of Procedural Reform", [1995] *Public Law* 450.

EVANS, R.C., "Damages for Unlawful Administrative Action: The Remedy for Misfeasance in Public Office", (1982) 31 *Int. and Comp. L.Q.* 640.

FELDMAN, H.L., "Objectivity in Legal Judgment", (1994) 92 *Michigan L.R.* 1187.

FELDTHUSEN, B., "*City of Kamloops v. Nielsen: A Comment on the Supreme Court's Modest Clarification of Colonial Tort Law*", (1985) 30 *R.D. McGill* 539.

FELDTHUSEN, B., "Economic Loss: Where Are We Going After Junior Books?", (1986-87) 12 *Can. Bus. L.J.* 241.

FELDTHUSEN, B., "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow", (1990-91) 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

FELDTHUSEN, B. et J. PALMER, "Economic Loss and the Supreme Court of Canada: An Economic Critique of *Norsk Steamship and Bird Construction*", (1995) 74 *R. du B. can.* 427.

FENG, T.K., "The Three-Part Test: Yet Another Test of Duty in Negligence", (1989) 31 *Malaya L.R.* 223.

FERLAND, D., « La Cour d'appel et la notion de "délai raisonnable" en matière de recours extraordinaires (art. 835.1 C.p.c.): critères d'application et fardeau de la preuve (revue de jurisprudence)», (1984) 44 *R. du B.* 745.

FLEMING, J. G., "Once more: Tort Liability for Structural Defects", (1995) 111 *The Law Quarterly R.* 362.

FONVILLE, H.W., "Torts - *Bowers v. City of Chattanooga*: Planning - Operational Distinctions in Determining Discretionary Function Immunity Under the Tennessee Governmental Tort Liability Act", (1993) 24 *Memphis State U. L. Rev.* 169.

FORD, J.-D., "Children in Need and the Law of Torts", (1995) 54 *Cambridge L.J.* 32.

GALLOWAY, D., "The Liability of Government: Just or Just and Reasonable», (1991) 41 *Admin. L.R.* 133.

GARDNER, D., *Obligations*, (2009) 111 R. du N. 61.

GARNER, J.F., "Public Law and Private Law", [1978] *Public Law* 230.

GAUDREULT-DESBIENS, J.F., Le traitement juridique de l'acte individuel fautif de l' élu municipal, source d'obligations délictuelles ou quasi délictuelles. Un essai de systématisation critique du droit positif québécois, (1993), 24 *R.G.D.* 469.

GIRARD, J.F., et ROBITAILLE, D., Pouvoirs des municipalités de protéger les sources d'eau sur leur territoire : le point sur l'état des lieux après l'affaire Gastem c. Ristigouche-Partie-Sud-Est, dans *Services de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit municipal 2019*, Éditions Yvon Blais, 191, 234.

GOODMAN, B.R., "Can the King Do No Wrong? A New Look at the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act", (1992) 26 *Georgia L.R.* 837.

GREENFIELD, S. et G. OSBORN, "Civil Liability of the Police", [1993] *Journal of the Association of Law Teachers* 198.

HAMILTON, R., "Case and Comment", (1978) 8 *U.B.C.L. Rev.* 177.

HARDY, J., « Nouveau Code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public: concepts et pratique » dans *Actes de la XI^e conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 267.

HARLOW, C., "Public" and "Private" Law: Definition without Distinction", (1980) 43 *Modern L.R.* 241.

HARZ, G.M., "The Liability of the United States Government Under the Federal Tort Claims Act", (1986) 66 *Denver L.R.* 601.

HIBBS, M., "Anns wrongly decided", (1991) 25 *Journal of the Association of Law Teachers* 74.

HILEY, G. et A. LINDSAY, "Tort Liability Clarified: *Northern Territory of Australia v. Mengel*", (1995) 18 *U. of Queensland L.J.* 334.

HOGG, P.W., "Compensation for Damage Caused by Government", (1995) 6 *N.J.C.L.* 7.

HOGG, P.W., "Torts-Nuisance-Defense of Statutory Authority: *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*", (1990) 69 *R. du B. can.* 589.

HOHFELD, W.N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, vol. 23, no. 1, 1913-1914, 16.

HORTON ROGERS, W.V. , "Defective Premises - The Council Will Pay", [1972] *Cambridge L.J.* 211.

IRVINE, J., "Case Comment", (1994) 29 *C.C.L.T.* 185.

JOBIN, P.G., « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? », (1984) 44 *R. du B.* 222.

JUTRAS, D., Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec, *La Revue du Barreau canadien*, vol. 88, 2009, 247.

JUTRAS, D., "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?", (1986-87) 12 *Can. Bus. L.J.* 295.

KENT, H.J., "Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort", (1991) 38 *U.C.L.A. L. Rev.* 871.

KLAR, L.N., « L'obligation de diligence en droit des délits civils: bilan et perspectives » dans *Common Law d'un siècle à l'autre*, sous la dir. de P. Legrand, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 209.

KLAR, L.N., "The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities", (1990) 28 *Alberta L.R.* 648.

KONG, H., « Something to talk about: regulation and justification in Canadian municipal law » (2010) *Osgoode Hall LJ*, 48, Number ¾, 499.

KONG, H., « The deliberative city » (2010) 28 *Windsor Y B Access Just*, 411.

LACROIX, M., « *Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : continuum de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 C.c.Q.* » (2012) 46 R.J.T. 25.

LACROIX, M., « *La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois* », (2013) 59 R.D. McGill, 425.

LAW, J.M., « Private Law Remedies » dans D. Jones et A. De Villars, *Principles of Administrative Law*, 2^e ed., Toronto, Carswell, p. 499.

LEMIEUX, D., « *Le rôle du Code civil du Québec en droit administratif* », Actes de la XVII^e Conférence des juristes de l'État, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais, 2006, 359.

L'HEUREUX, J., « L'effet du Code civil du Québec sur les municipalités : les règles générales et leur application », (1995) 36 C. de D. 843.

L'HEUREUX, J., (1979), « *Les premières institutions municipales au Québec ou « machines à taxer* » », C. de D., 20 (1-2), 331.

L'HEUREUX, J., « Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec » (1985), 16 R.G.D. 131.

LOWRY, J. et D. OUGHTON, « A Saga of Neglect by England's Town Halls », (1996) 4 *Tort L.R.* 12.

MacDONALD, R. A., « *Jurisdiction illegality and fault : an unholy trinity* », (1985) 16 R.G.D. 69.

McBRIDE, J., « Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action », (1979) 38 *Cambridge L.J.* 323.

McBRIDE, N.J. et A. HUGUES, « Hedley Byrne in the House of Lords: an interpretation », (1995) 15 *Legal Studies* 376.

McCLURE, N., « Duty to All and Duty to None: *Jane Doe v. Board of Commissioners of Police for the Municipality of Metropolitan Toronto* », 48 *U. of T. Faculty L.R.* 168.

McCORMAC, J. W., « Reason Comes Before Decision », (1994) 55 *Ohio State L.J.* 161.

McLENNAN, G., « Torts- Liability of Public Authorities- Recovery for Pure Economic Loss: *Murphy v. Brentwood DC* », (1991) 70 *R. du B. can.* 175.

McNICOLL, M., « La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies » (1983), 24 C. de D. 379.

MILLE, J.C., « A House Built on Insecure Foundations », (1973) 36 *Modern L.R.* 199.

- MULLANY, N.J., "Beaudesert Buried", (1995) 111 *The Law Quarterly R.* 583.
- OTIS, G., "Victorian Principles for the 1990's: *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*", (1990) 35 *R.D. McGill* 670.
- PAZÉ, V., "Torino: The School of Thought of Norberto Bobbio", in Mortimer SELLARS, Stephan KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer Nature B.V. 2019.
- RAFFERTY, N. et I. SAUNDERS, "Developments in Contract and Tort Law: The 1989-90 Term", (1991) 2 *Sup. Ct. L.R.* 188.
- RENAUD, J., « L'interprétation du Code civil du Québec : l'occasion d'une réforme de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique », (1994) 35 *C. de D.* 467.
- SCHLOSSER, W.S., "What has become of *Anns*?", (1991) 29 *Alberta L.R.* 673.
- SHAPIRO, M., "Judges as Liars", (1994) 17 *Harvard J. of L. & Public Policy* 155.
- SMILLIE, J. A., "Negligence and Economic Loss", (1982) *U.T.L.J.* 231.
- SMILLIE, J.A., "Principle, Policy and Negligence", (1984) 11 *New Zealand Universities L.R.* 111.
- SMITH, J.C. et P. BURNS, "*Donoghue v. Stevenson* -The Not so Golden Anniversary", (1983) 46 *Modern L.R.* 147.
- SOPINKA, J., "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interest: Remedies: *Nelles v. Ontario; R. v. Jedynack; R. v. Simpson*", (1995) 74 *R. du B. can.* 366.
- SOPINKA, J. ., "The Liability of Public Authorities: Drawing the Line", (1993) 1 *Tort L. Rev.* 123.
- SOUCY, C., «La responsabilité extracontractuelle de l'État et le nouveau Code civil du Québec » dans *Actes de la XIe conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 303.
- STANTON, K., "Negligence and Local Authorities", (1977) 93 *The Law Quarterly R.* 488.
- STEELE, J. et D.S. COWAN, "The Negligent Pursuit of Public Duty - a Police Immunity?", (1994) *Public Law* 4.
- STEELE, J. ., "*Two Cheers for Caparo*", (1993) 56 *Modern L.R.* 244.
- STONE, F.F. et A. RINKER, "Governmental Liability for Negligent Inspections", (1982) 57 *Tulane L.R.* 328.

THÉROUX, P., «La notion de délai raisonnable dans l'exercice d'un recours par voie d'action directe en nullité sous l'article 33 C.p.c.» dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, vol. 2, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, p. 171.

TODD, S., "Public Authorities' Liability: The New Zealand Dimension", (1987) 103 *The Law Quarterly R.* 19.

TRINDALE, F.A., "The Liability of Public Authorities to the Public in Negligence", (1994) 2 *Tort L.R.* 69.

VÉZINA, N., « Du phénomène de pollution lumineuse appliqué à l'observation des astres jurisprudentiels : responsabilité objective, responsabilité subjective et l'arrêt Ciment du Saint-Laurent » dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici, Les couleurs du droit*, Montréal, éditions Thémis, 2010.

VILLA, V., « Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments » (2009) 22: 1 *Ratio Juris* 100.

VILLA, V., « A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation » (2010) 12 *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* [v], p. 99.

VOISARD., C., "Reconnaître et protéger le statut constitutionnel des municipalités : critique de l'état du droit et perspectives d'avenir", Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2009.

WEIR, T., "Fixing the Foundations", (1991) *Cambridge L.J.* 24.

WILSON, D.K., "Deep Pocket Justice- Recent Cases on Tort Liability of Public Authorities", (1991) 4 *C.J.A.L.P.* 311.

WINDFIELD, P.H., "The History of Negligence in the Law of Torts", (1926) 42 *The Law Quarterly R.* 184.

WOODALL, M.K., "Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation", (1992) 37 *R.D. McGill* 83.

ZHOU, H.-R., "Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile", (2001), 61 *R. du B.* 451.

INDEX DE LA JURISPRUDENCE

CANADA

1. 2435935 Manitoba Ltd. C. East St-Paul, (1995) 104 Man. R. (2d) 123
2. A.G.N.S. c. Aza Avramovitch Associated Ltd., (1984) 11 D.L.R. (4th) 588
3. A.G. Ontario c. Palmer, (1979) 28 O.R. (2d) 35
4. Air Canada c. Colombie-Britannique, [1989] 1 R.C.S. 1161
5. Air India Disaster Claimants c. Air India, (1987) 44 D.L.R. (4th) 317
6. Akhtar c. MacGillivray & Co. [1991] 2 W.W.R. 489
7. Arsenault c. Charlottetown, (1992) 90 D.L.R. (4th)
8. Arsenault c. Charlottetown, (1991) 90 Nfld & P.E.I.R. 44
9. Baird c. La Reine, [1984] 2 C.F. 160, (1982) 135 D.L.R. (3d)
10. Barid c. R., (1983) 148 D.L.R. (3d) 1 (C.A.F.)
11. Balan c. Newfoundland, (1994) 128 Nfld & P.E.I.R. 99; 400 A.P.R. 99
12. Barratt c. North Vancouver, [1980] 2 R.C.S.
13. Belden Farms Ltd. C. Milk Board and Canadian Dairy Commission, (1987) 14 B.C.L.R. (2d) 60
14. Bell c. City of Sarnia, (1987) 37 D.L.R. (4th) 438
15. Berardinelli c. Ontario Housing Corp., [1979] 1 R.C.S. 275
16. Bidulock c. Alberta, (1992) 2 Alta L.R. (3d) 35
17. Birch Builders Ltd. C. Esquimalt (Township), (1992) 90 D.L.R. (4th) 665
18. Birchard c. Alta. Securities Com'n, (1987) 42 D.L.R. (4th) 300 (Alta. Ct. Of Queen's Bench)
19. Brewer Bros. C. Canada, [1992] 1 C.F. 25, 66 D.L.R. (4th) 71
20. Brown c. British Columbia, [1994] 1 R.C.S. 420, 17 M.V.R. 69
21. Brown c. British Columbia, (1992) 10 C.C.L.T. (2d) 188
22. Brown c. Gravenhurst (Town), (1995) 26 M.P.L.R. 102
23. C.C. Fraser Building Supplies Ltd. C. Ontario Hydro, (1986) 28 D.L.R. (4th) 557
24. C.D. c. Newfoundland (Minister of Social Services), (1996) 137 Nfld & P.E.I.R. 206; 428 A.P.R. 206
25. C.N.R. c. Norsk Pacific Steamship, [1992] 1 R.C.S. 1021

26. Canada c. Clorey and Georgetown Shipyards, (1994) 123 Nfld & P.E.I.R. 91
27. Castor c. Uxbridge, (1876) 39 U.C.Q.B. 113
28. Central Canada Potash Co. Ltd. C. Saskatchewan, [1979] 1 R.C.S. 42
29. Century Holding Ltd. C. Delta (District), (1994) 89 B.C.L.R. (2d) 193, (1992) 10 M.P.L.R. (2d) 15
30. Cheticamp Fisheries Co-operative Ltd. C. Canada, (1994) 123 D.L.R. (4th) 121
31. Cheticamp Fisheries Co-operative Ltd. C. Canada, (1994) 118 D.L.R. (4th) 428
32. Colledge (Re) and Niagara Regional Police Commission, (1983) 44 O.R. 289
33. Comeau's Sea Foods Ltd. C. Canada, [1995] 2 C.F. 467
34. Comeau's Sea Foods Ltd. C. Canada, [1992] 3 C.F. 54
35. Comstock International Ltd. c. The Queen in Right of Ontario, (1981) 126 D.L.R. (3d) 323 (Ont. Div. Ct.)
36. Comte c. Canada, (1992) 129 N.R. 37
37. Conrad c. Snair, (1996), 131 D.L.R. (4th) 129
38. Cossette c. The Ombudsman, (1980) 108 D.L.R. 638
39. Coumont c. Canada, C.F. 1^{re} inst., T-1889-92, 9 mai 1994
40. D. (B.) c. B.C., [1996] 1 W.W.R. 581
41. Dao (Guardian ad litem) c. Sabatino, (1993) 16 C.C.L.T. (2d) 233
42. Deschamps c. Conseil des écoles séparées catholiques, (1993) 16 O.R. (3d) 278
43. Devloo c. Canada, (1992) 129 N.R. 39
44. Dha c. Ozdoba, (1990) 74 O.R. (2d) 225, 58 D.L.R. 397
45. Doern c. Phillips Estate, [1995] 4 W.W.R. 1
46. Edgar c. Richmond, (1991) 6 C.C.L.T. (2d) 241
47. Fire c. Longtin, (1989) 68 O.R. (2d) 479 (H.C.J.)
48. Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba, [1990] 3 R.C.S. 191
49. G. (A.) c. B.C., (1#989) 61 D.L.R. (4th) 136, 5 B.C.L.R. (2d) 352
50. Gallant (Re) et C.E.S.C.R. de Sudbury, (1985) 50 O.R. (2d) 151
51. Gerrard c. Manitoba, (1992) 98 D.L.R. (4th) 167 (C.A. Man.)
52. Gerstel c. Penticton (City) [B.C.], [1995] 9 W.W.R. 206
53. Giuskud c. Kavanagh, (1994) 147 R. N.-B. (2d) 1
54. Gordonna Ltd. c. St-John's, (1986) 34 M.P.L.R. 30
55. Grewald c. Saanich, (1986) 43 R.P.R. 207

56. Gutek c. Sunshine Village Corp., (1990) 65 D.L.R. (4th) 406
57. Hammond c. Wabana (Town Council), (1995) 133 Nfld & P.E.I.R. 116; 413 A.P.R. 116
58. Hanna c. Ontario Hydro, (1982) 37 O.R. (2d) 783
59. Harris c. Fredericton Junction, (1993) 142 N.B.R. (2d), 364 A.P.R. 37
60. Heighington c. Ontario, (1989) 61 D.L.R. (4th) 190 (Ont. C.A.), 41 D.L.R. (4th) 208
61. Hendrick c. De Marsh, (1986) 26 D.L.R. (4th) 130
62. Hendrick c. De Marsh, (1984) 6 D.L.R. 713
63. Hoey c. Mancini, [1988] 4 W.W.R. 149
64. Horne c. Canada, (1995) 129 Nfld & P.E.I.R. 135; 402 A.P.R. 135
65. Hospitality Investments Ltd. c. Town of Saint Andrews, (1993) 143 R. N.-B. (2^e) 258
66. Hunt c. Westbank Irrigation District, (1994) 90 B.C.L.R. (2d) 395, [1991] 6 W.W.R. 549
67. Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd., (1995) 24 M.P.L.R. 293
68. Inland Feeders Ltd. c. Viridi, [1980] 5 W.W.R. 346, (1981) 129 D.L.R. (3d) 685
69. J. (A.) c. Cairnie Estate, [1993] 6 W.W.R. 305 (1994) 17 C.C.L.T. 1
70. J.R.S. Holdings c. District of Maple Ridge, (1981) 122 D.L.R. (3d) 398
71. Johnson c. Adamson, 18 C.C.L.T. 282 (Ont. C.A.)
72. Johnson c. P.E.I., (1995) 26 M.P.L.R. 161
73. Jordan House Ltd. c. Menow, [1974] R.C.S. 239
74. Just c. British Columbia, (1991) 60 B.C.L.R. (2d) 209
75. Just c. British Columbia, 50 M.P.L.R. 105
76. Just c. Colombie-Britannique, [1989] 2 R.C.S. 1228
77. Just c. R. in Right of B.C., [1987] 2 W.W.R. 231 (C.A.), [1985] 5 W.W.E. 571
78. Kaiser c. Bufton's Flowers Ltd., (1995) 2 B.C.L.R. (3d) 85, 97 B.C.L.R. (2d) 166
79. Kamloops c. Nielsen, [1984] 2 R.C.S. 2
80. Kripps c. Touch Ross & Co., (1992) 69 B.C.L.R. (2d) 62, (1990) 52 B.C.L.R. (2d) 291
81. Kuczerpa c. Canada, (1993) 152 N.R. 207, (1991) 48 F.T.R. 274
82. Kwong c. R., [1979] 2 R.C.S. 1010
83. Lafleur c. Maryniuk, (1990) 48 B.C.L.R. (2d) 180
84. Lake c. Callisoin Outfitters Ltd. (1991) 7 C.C.L.T. (2d) 275
85. La Pointe c. Canada (1992) 51 F.T.R. 161

86. Layden c. Canada (A.G.), (1992) 129 N.R. 1
87. Lewis (Guardian ad litem of) [B.C.], [1994] 6 W.W.R. 737
88. Lewis c. British Columbia, (1995) 63 B.C.A.C. 241; 104 W.A.C. 241
89. Lewis c. Prince Edward Island, (1995) 133 Nfld & P.E.I.R. 271; 413 A.P.R. 271
90. Lewis c. Prince Edward Island, (1991) 97 Nfld & P.E.I.R. 104; 308 A.P.R. 104
91. Littler c. Mission (District), (1991) 6 M.P.L.R. 165
92. Longchamps c. Farm Credit Corp., (1992) 5 Alta L.R. (3d) 39, [1990] 6 W.W.R. 536
93. M. c. K., (1989) 61 D.L.R. (4th) 392, 35 D.L.R. (4th) 222
94. M. (M.I.) c. H. (T.), (1991) 82 D.L.R. (4th) 609
95. Mahoney c. R., (1986) 38 C.C.L.T. 21
96. Malat c. Bjornson, (1980) 114 D.L.R. (3d) 612
97. McCrea c. City of White Rock, (1974) 56 D.L.R. (3d) 525
98. McGauley c. B.C., (1990) 44 B.C.L.R. (2d) 217
99. Mortimer c. Cameron, (1994) 23 M.P.L.R. (2d) 314
100. Mortimer c. Cameron, (1994) 111 D.L.R. (4th) 428
101. Municipal Council of Sydney c. Bourke, [1895] A.C. 433
102. Municipality of Pictou c. Geldert, [1893] A.C. 524
103. Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170
104. Nelson (ville) c. Marchi, 2021 CSC 41
105. Newfoundland (Bd. of Commissioners of Public Utilities) c. MacDonald, (1991) 49 Administrateur. L.R. 48
106. Noel (Committee of) [B.C.], [1995] 7 W.W.R. 479
107. Oosthoek c. Thunder Bay (City), (1995) 24 M.P.L.R. (2d) 25
108. O'Rourke c. Schacht, [1976] 1 R.C.S. 53
109. Petrucci c. Coveny, (1991) 7 M.P.L.R. (2d) 183
110. Ploughman c. Newfoundland, (1992) 101 Nfld & P.E.I.R. 8; 321 A.P.R. 8
111. Purcell Helicopter Skiing Ltd. (Re); Dusevic et al. c. Columbia Shuswap Regional District, (1989) 44 M.P.L.R. 160
112. R. c. Saskatchewan Wheat Pool, [1993] 1 R.C.S. 205
113. Reid c. Stein, (1994) 24 M.P.L.R. (2d) 161
114. Riddle c. University of Victoria, (1979) 95 D.L.R. 193
115. Riverscourt Farms c. Niagara-on-the Lake, (1992) 9 C.C.L.T. (2d) 231

116. Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works, [1974] C.S. 1198
117. Rollison c. R., (1994) 20 C.C.L.T. (2d) 92
118. Rothfield c. Manolakos, [1989] 2 R.C.S. 1259
119. Rothfield c. Manolakos, (1987) 46 D.L.R. (4th) 385
120. Rowe c. B.C., (1989) 56 D.L.R. (4th) 541 (B.C.S.C.)
121. Roy's Midway Transport Ltd. c. New Brunswick, (1995) 161 N.B.R. (2d) 154; 414 A.P.R. 154
122. S. (J.) c. Clement, (1995) 122 D.L.R. (4th) 449 (Ont.)
123. S.D. c. D.W.S., (1994) 160 A.R. 61
124. Schenck c. The Queen in Right of Ontario (No. 2), (1982) 142 D.L.R. (3d) 261
125. Sea Farm Canada Inc. c. Denton, (1991) 7 C.C.L.T. (2d) 209
126. Sevidal c. Chopra, (1987) 45 R.P.R. 79
127. Smith c. Jacklin, (1994) 25 M.P.L.R. (2d) 240
128. Snow c. Cumby, (1986) 42 R.P.R. 320
129. Station Square Developments Inc. c. Amako Construction Ltd., (1989) 48 M.P.L.R. 226
130. Stenner c. B.C., (1993) 23 Admin. L.R. (2d) 247
131. Sturdy c. The Queen, (1974) 47 D.L.R. (3d) 71
132. Swanson c. Canada, [1992] 1 C.F. 408
133. Swinamer c. N.-É. (P.G.), [1994] 1 R.C.S. 445
134. Swinamer c. N.S. (A.G.), (1990) 6 C.C.L.T. (2d) 271
135. Swinamer c. N.S. (A.G.), (1992) 10 C.C.L.T. (2d) 207
136. Thornhill c. Martineau, (1987) 39 C.C.L.T. 293
137. Tobler c. Canada, C.F. T-6359-81, 18 décembre 1990
138. Tock c. St. John's Metropolitan Area Board, [1989] 2 R.C.S. 1181
139. Towes c. MacKenzie, (1980) 109 D.L.R. (3d) 473
140. Town of Portland c. Griffiths, (1885) 11 R.C.S. 333
141. Town of Saint Andrews c. Hospitality Investment Ltd., [1995] A. N.-B. (Quicklaw) n° 271
142. Urzi c. North York Board of Education, (1980) 116 D.L.R. (3d) 687 (Ont. H.C.J.)
143. Vannan c. Kamloops, [1992] 2 W.W.R. 759 (B.C.S.C.)
144. Welbridge Holding Ltd. c. Greater Winnipeg, [1971] R.C.S. 957

145. Whistler Service Park c. Whistler, (1990) 50 M.P.L.R. 233
146. White Hatter Limousine Service Ltd. c. Calgary, (1994) 13 Alta L.R. (3d) 362
147. Wilson c. Correctional Service of Canada, (1994) 155 N.B.R. (2d) 359; 398 A.P.R. 359
148. Winnipeg Condominium Corp. n° 36 c. Bird Construction Co., [1995] 1 R.C.S. 85
149. Wirth c. Vancouver (City), (1990) 49 D.L.R. (4th) 153
150. Young c. Newfoundland, (1993) 112 Nfld & P.E.I.R. 245, 87 Nfld & P.E.I.R. 163

QUÉBEC

151. 2160-6892 Québec Inc. c. Ste-Thérèse (Ville de), [1989] R.J.Q. 1991 (C.S.)
152. 3098-7028 Québec Inc. c. Val-d'Or (Ville de), C.Q. Abitibi 615-32-000171-957, 24 octobre 1995
153. Aetna, compagnie d'assurances du Canada c. Communauté urbaine de Montréal, [1993] R.J.Q. 1813
154. American Home Insurance Co. c. Lévis (Ville de), C.S. Québec 200-05-000879-861, 25 août 1994
155. Asselin c. St-Hyacinthe (Municipalité de), J.E. 91-21 (C.S.)
156. Blais c. Régie des assurances agricoles du Québec, [1987] R.J.Q. 1778
157. Boiselle c. Commission scolaire des Chênes, [1994] R.R.A. 163 (C.S.)
158. Boman Fabrics Ltd. c. Saint-Léonard (Ville de), [1992] R.R.A. 687 (C.S.)
159. Caisse populaire St-Pierre de Drummondville c. Drummondville, [1991] R.R.A. 325; J.E. 91-686 (C.S.)
160. Chaput c. Romain, [1955] R.C.S. 834
161. Chartier c. Québec (P.G.), [1979] 2 R.C.S. 474
162. Cie de chemins de fer nationaux du Canada c. Dolbeau (Ville de), J.E. 91-644 (C.S.)
163. City of Montreal c. Mulcair, (1898) 28 R.C.S. 458
164. Club de golf Murray Bay Inc. c. Commission des normes du travail, [1986] R.J.Q. 950
165. Compagnie d'assurances générales Dominion du Canada c. Heights, [1992] R.R.A. 311 (C.S.)
166. Delorme c. Québec (P.G.), [1993] R.R.A. 246 (C.S.)
167. Domaine Clermont Inc. c. Charlesbourg (Ville), (1988) 27 Q.A.C. 218
168. Forget c. Commission des valeurs mobilières, [1993] R.J.Q. 2145

169. Guimond c. Québec (P.G.), [1995] R.J.Q. 380
170. Jardins Taché c. Entreprises Dasken, [1974] 1 R.C.S. 2
171. Jean c. Québec (P.G.), [1995] R.R.A. 433
172. Kirouac c. Warwick (Corp. municipale de), J.E. 93-703 (C.Q.)
173. Lamb c. Benoit, [1958] B.R. 237Laurentide Motels c. Beauport, [1989] 1 R.C.S. 705
175. Malouin c. Drummondville (Cité de), [1944] B.R. 262
176. Marcoux c. Plessisville (Ville de), [1973] R.P. 385
177. Maska Auto Spring c. Ste-Rosalie (Corp. municipale du village de), [1991] 2 R.C.S. 3, [1988] R.J.Q. 1576
178. Michaud c. Québec (Ville de), [1994] R.L. 52
179. Morier c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716
180. Nadon c. Anjou (Ville d'), [1994] R.J.Q. 1823, [1993] R.J.Q. 1133
181. Pêcheries G.P.S. Inc. c. Québec (P.G.), [1990] R.R.A. 864
182. Protection de la jeunesse - 627, [1993] R.R.A. 367 (C.S.)
183. Prudentielle, compagnie d'assurances Ltée c. Ste-Foy (Ville de), [1992] R.R.A. 585 (C.S.)
184. Québec (P.G.) c. Deniso Lebel Inc., J.E. 96-1662 (C.A.)
185. Quenneville c. Directeur de la protection de la jeunesse, [1996] R.J.Q. 115
186. Rainbow Realities Inc. c. Laval (Ville de), C.A. Montréal, 500-09-002015-923, 19 décembre 1995
187. Régie de l'assurance automobile du Québec c. Industries Raymond Inc., [1992] R.R.A. 599 (C.A.)
188. Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 121
189. Saint-Pierre c. Ampleman, [1994] R.L. 192
190. Samson c. Saint-Bruno de Montarville (Ville de), [1981] C.A. 193
191. Souveraine (La), compagnie d'assurances du Canada c. Hémond et Ville de Dorion, J.E. 96-79 (C.S.)
192. St-Laurent (Ville de) c. Marien, [1962] R.C.S. 580
193. Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général), 2021 CSC 34
194. Turmel c. Giroux, [1991] R.R.A. 756 (C.S.)
195. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances c. Warwick (Ville de), [1992] R.R.A. 661 (C.A.)
196. Verdun (Municipalité de) c. Doré, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.)

197. West Island c. Commission scolaire B.C., J.E. 95-479 (C.A.)

ROYAUME-UNI

198. Acecrest Ltd. c. W.S. Hattrell & Partners, [1983] Q.B. 260
199. Alexandrou c. Oxford, [1993] 4 All E.R. 328
200. Ancell c. McDermott, [1993] 4 All E.R. 355
201. Anns c. Merton London Borough Council, [1977] 2 All E.R. 492
202. Barrett c. Ministry of Defense, [1995] 1 W.L.R. 1217
203. Caparo Plc c. Dickman, [1990] 2 A.C. 605
204. Clough c. Bussan, [1990] 1 All E.R. 431
205. Curran c. N. Ireland Housing Assn., [1987] 1 A.C. 718
206. Davis c. Radcliffe, [1990] 2 All E.R. 536
207. Dennis c. Charnwood Borough Council, [1982] 3 All E.R. 486
208. Donoghue c. Stevenson, [1932] All E.R. 1
209. Dunlop c. Woollahara Municipal Council, [1982] A.C. 158
210. Dutton c. Bognor Regis Building Co. [1972] 1 All E.R. 463
211. E. (A Minor) c. Dorset C.C., [1994] 3 W.L.R. 853
212. East Suffolk Rivers Catchmen Board c. Kent, [1941] A.C. 74
213. Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd., [1963] 2 All E.R. 575
214. Hill c. Chief Constable of West Yorkshire, [1989] 1 A.C. 53
215. Home Office c. Dorset Yacht Co. Ltd., [1970] 2 All E.R. 294; [1969] 2 All E.R. 564
216. Investors in Industry Ltd. c. South Beds D.C., [1986] 1 Q.B. 1034
217. Junior Books Ltd. c. Veitchi Ltd., [1983] 1 A.C. 520
218. Kirkham c. Chief Constable of Manchester, [1990] 2 W.L.R. 987
219. M. (A Minor) c. Newham L.B.C.; X. c. Bedfordshire C.C. (C.A.), [1994] 2 W.L.R. 554; [1995] 3 W.L.R. 152
220. Marc Rich & Co. c. Bishop Rock Marine, [1995] 3 All E.R. 307
221. Mersey Docks Trustees c. Gibbs, (1866) L.R. 1 H.L. 93, (1861-73) All E.R. 394
222. Murphy c. Brentwood D.C., [1990] 2 All E.R. 908
223. Osman c. Ferguson, [1993] 4 All E.R. 344
224. P1 et al. (sub nom) c. Bedfordshire C.C., 185 N.R. 176
225. Peabody Fund c. Sir Lindsay Parkinson Ltd., [1985] 1 A.C. 210

- 226. Reg c. Deputy Governor of Parkhurst Prison, Ex parte Hague, [1992] 1 A.C. 58
- 227. Richardson c. West Lindsay D.C., [1990] 1 All E.R. 296
- 228. Rigby c. Chief Constable, [1985] 2 All E.R. 985
- 229. Rondel c. Worsley, [1969] 1 A.C. 191
- 230. Rowling c. Takaro Properties, [1988] All E.R. 163
- 231. Sheppard c. Glossup Corporation, [1921] 3 K.B. 132
- 232. Stovin c. Wise, [1996] 3 W.L.R. 388
- 233. T (A Minor) c. Surrey CC, [1994] 4 All E.R. 577
- 234. Vicar of Writtle c. Essex County Council, 77 LGR 656
- 235. White c. Jones, (1995) 179 N.R. 161
- 236. Yuen-Kun Yeu c. A.G. of Hong Kong, [1987] 2 All E.R. 705

ÉTATS-UNIS

- 237. Berkovitz by Berkovitz c. U.S., 486 U.S. 531 (1988)
- 238. Blessing c. U.S., (1978) 447 F.S. 1160
- 239. Dalehite c. U.S., 346 U.S. 15 (1953)
- 240. Fowler c. Roberts, 556 So. 2d 1 (1989), 15 (Louisiana S.Ct.)
- 241. Indian Towing Co. c. U.S., 350 U.S. 61 (1955)
- 242. U.S. c. Gaubert, 111 S.Ct. 1267 (1991)
- 243. U.S. c. Varig Airlines, 467 U.S. 797 (1984)

COMMONWEALTH BRITANNIQUE

- 244. Bienke c. Minister, (1996) 135 ALR 128, (1994) 125 ALR 151
- 245. Cekan c. Haines, (1990) 21 NSWLR 296
- 246. Gregory c. Rangitikei District Council, [1995] 2 NZLR 208
- 247. Invercargill C.C. c. Hamlin, [1996] 1 All E.R. 756, 194 N.R. 16
- 248. Nagle c. Rottnest Island Authority, (1993) 177 CLR 423
- 249. Northern Territory c. Mengel, (1995) 69 High Ct. of A. 527
- 250. Romeo c. Conservation Comm., (1995) 132 ALR 481, (1995) 104 NTR 1
- 251. Sutherland Shire Council c. Heyman, 60 ALR.

TABLE DE LA LÉGISLATION

LOIS CONSTITUTIONNELLES

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)

Loi constitutionnelle de 1867, 30-31 Vict., c. 3 (R.-U.)

LÉGISLATION QUÉBÉCOISE

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64 et modifications subséquentes

Code de procédure civile de la province de Québec (1897-1966), adopté en vertu de la Loi concernant le Code de procédure civile de la province, S.Q. 1896-97, c. 48

Code de procédure civile, RLRQ, c. 25

Code de procédure civile, S.Q. 1965 (1re sess.), c. 80

Code des professions, RLRQ, c. C-26

Code du travail, RLRQ, c. C-27

Code du travail, S.Q. 1964, c. 45

Code municipal du Québec, RLRQ, c. C-27.1

Loi concernant certains officiers de municipalités de cité et de ville, S.Q. 1931-32, c. 53

Loi concernant la Commission municipale de Québec, S.Q. 1962, c. 46

Loi concernant la protection des édifices publics contre les incendies, S.Q. 1928, c. 62

Loi concernant le département de la voirie, S.Q. 1922 (2e sess.), c. 33

Loi créant la commission municipale, S.Q. 1931-32, c. 56

Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16

Loi de la Commission municipale de Québec, S.R.Q. 1925, c. 111A

Loi de la Commission municipale de Québec, S.R.Q. 1941, c. 207

Loi de la Communauté urbaine de Montréal, L.Q. 1969, c. 84

Loi de la Communauté urbaine de Québec, L.Q. 1969, c. 83

Loi de la protection du public contre les incendies, S.R.Q. 1925, c. 178

Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, RLRQ c A-19.1

Loi sur l'assemblée nationale, RLRQ, c. A-23.1

Loi sur l'Autorité des marchés financiers, RLRQ, c. A-33.2

Loi sur la Commission municipale, RLRQ, c. C-35

Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal, RLRQ, c. C-37.01

Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, RLRQ, c. P-41.1

Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ, c. Q-2

Loi sur la santé publique, RLRQ, c. S-2.2

Loi sur la sécurité incendie, RLRQ, c. S-3.4

Loi sur le ministère des affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire, RLRQ, c. M- 22.1

Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19

Loi sur les compétences municipales, RLRQ c C-47.1

Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités, RLRQ, c. E-2.2

Loi sur les élections scolaires, RLRQ, c. E-2.3

LÉGISLATION ANTÉRIEURE À LA FÉDÉRATION

Acte constitutionnel de 1791 séparant le Bas et le Haut-Canada (R-V.), 31 Geo. III, e. 31, L.R.C. (1985), App.II, n. 3

Acte d'Union de 1840 (R-V.), 3 & 4 Viet., e.35, L.R.C. 1985, app.II, no. 4

Acte de Québec de 1774 (R-V.), 14 Geo. III, e.83, L.R.C.,1985 app.II, no. 2

Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada (R-V.), 1855, 18 Vict., c. 100

Acte pour abroger certaines Ordonnances et pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités locales et municipales dans le Bas-Canada (R.-V.), 1845,8 Vict., c. 40

Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités municipales dans le Bas-Canada(R.-U.), 1847, 10&11 Vict., c. 7

Loi sur les corps municipaux, 1849, 12 Vict., ch. 81

Ordonnance qui pourvoit au meilleur Gouvernement de cette Province, en établissant des autorités locales et municipales en icelle, 1840, 4 Vict., ch. 4, reproduite dans Assemblée de la province du Bas-Canada, Ordonnances faites et passées par son Excellence le Gouverneur général et le Conseil spécial pour les affaires du Bas-Canada, 1840, 6^e.