

**DOMINIUM ET IMPERIUM: L'ÉTAT
PROPRIÉTAIRE ET L'ÉTAT PUISSANCE PUBLIQUE
EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN**

*François Chevette**

INTRODUCTION.....	667
I. UNE DOUBLE PRÉÉMINENCE EN CONTEXTE DE FÉDÉRALISME	668
II. DES INDICATEURS D'ACTION GOUVERNEMENTALE SOUS LA CHARTE?	674
CONCLUSION.....	681

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Tant de bons auteurs ont réfléchi aux multiples rôles et fonctions de l'État moderne et aux nombreuses formes qu'y prend la régulation juridique¹ que je ne saurais dissimuler la gêne que j'éprouve à livrer ici quelques observations infiniment plus traditionnelles et infiniment moins universelles que les leurs. Car 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 temps²; et à leur caractère si ancien s'ajoutera le fait que je m'apprête à n'en traiter de façon aucunement historique ni comparative mais en référence au droit constitutionnel contemporain d'un seul pays, le Canada. Je confesse encore un autre rétrécissement de perspective. Ce droit, contrairement à ce qu'on est parfois porté à croire, n'est pas constitué que de deux chapitres, le fédéralisme et la protection constitutionnelle des droits et libertés. Or c'est à ces deux seuls chapitres que je limiterai mes quelques commentaires sur le *dominium* et l'*imperium*.

Cela dit, partons de l'évidence. L'État canadien, fédéral et provincial, est un propriétaire qui possède d'abondantes propriétés publiques, de nature variée. Voilà pour le *dominium*. Quant à l'*imperium*, c'est le fait qu'il soit détenteur de la puissance publique, expression que je préfère à celle de puissance législative³ et que j'inclinerais à définir comme cette

1. Sur l'État moderne, voir, entre d'innombrables autres titres, les trois magistraux ouvrages de réflexion de Bertrand DE JOUVENEL, *Du pouvoir : histoire naturelle de sa croissance*, Genève, Éditions du Cheval ailé, 1947 (réédité chez Hachette, coll. « Pluriel », 1998); *Du principat et autres réflexions politiques*, Paris, Hachette, 1972; *Les débuts de l'État moderne : une histoire des idées politiques au XIX^e siècle*, Paris, Fayard, 1978. Voir aussi Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, Presses universitaires de France, 1994. Sur la régulation juridique contemporaine, voir notamment l'étude de Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », (1998) *R.D.P.* 659.
2. C'est trop dire pour le *dominium*, d'origine relativement tardive à Rome (seconde moitié du premier siècle avant notre ère), mais l'exagération est beaucoup moindre dans le cas de l'*imperium*, terme en usage chez Plaute (fin du troisième siècle avant J.-C.) et qui remonte peut-être même aux Étrusques. Tout cela si l'on se fie au court et très savant article de Jean GAUDEMET, « *Dominium-Imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », (1995) 22 *Droits* 3. Il s'agit d'un numéro spécial sur le couple *dominium-imperium*, traduit par « propriété » et « souveraineté ».
3. La puissance publique telle qu'entendue ici peut découler d'autres sources que la législation, de la common law par exemple. L'expression *compétence législative* que j'utiliserai plus loin est, exacte en ce qu'il s'agit d'une habilitation à légiférer. Il faut noter toutefois que le partage des compétences a eu aussi pour effet, en 1867, de répartir des sources d'autorité existantes et qui elles non plus n'étaient pas toutes de caractère législatif.

capacité que ne possède aucune autre personne, physique ou morale – à moins que l'État lui-même l'en ait investi – de modifier unilatéralement et valablement la situation juridique de quelqu'un d'autre que soi-même.

Or ce que je tenterai de mettre en relief dans un premier temps, c'est la relation entre ces deux formes de puissance telle qu'elle s'établit dans le système fédéral canadien et le fait que chacune est à son tour, sous certains aspects et moyennant plusieurs nuances, prédominante sur l'autre (I). Passant ensuite à la protection constitutionnelle des droits et libertés assurée par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, j'examinerai brièvement si le *dominium* et l'*imperium* peuvent constituer des indicateurs utiles de cette action gouvernementale sans laquelle l'application de la Charte n'est pas enclenchée (II).

I. UNE DOUBLE PRÉÉMINENCE EN CONTEXTE DE FÉDÉRALISME

Le fédéralisme canadien se définit comme le fractionnement de l'ensemble de la puissance publique, c'est-à-dire de ses trois composantes, législative, exécutive et judiciaire, entre deux ordres de gouvernement, État central et États provinciaux. Mais c'est au premier chef par le partage des compétences législatives, établi par les articles 91 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, que le régime fédéral canadien se caractérise. Or ce n'est pas tout puisque, fort logiquement, la Constitution canadienne a aussi opéré un partage des propriétés publiques : retenons en simplifiant les choses qu'elles appartiennent en règle générale aux provinces (articles 109 et 117), le gouvernement central ayant hérité de celles que le texte constitutionnel énumère (article 108).

Quels rapports ces deux fractionnements entretiennent-ils entre eux?

Personne ne se surprendra que, porteuse des attributs de la souveraineté parlementaire, la compétence législative l'emporte sur la propriété, publique comme privée, si tant est que la limite ainsi apportée à celle-ci, voire son complet transfert en cas d'expropriation, sont nécessaires à l'exercice efficace de la compétence dont il s'agit et de la loi qui en émane. Ainsi, par exemple, il est certain qu'en vertu de ses compétences sur les chemins de fer (article 92(10a)), sur l'aéronautique et sur la région de la capitale nationale (alinéa introductif de l'article 91), le Parlement fédéral peut exproprier des terres, privées ou publiques provinciales, pour

4. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] [ci-après citée : « Charte »].
5. 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3 [ci-après citée : « Constitution »].

construire des voies ferrées, des aéroports et pour l'embellissement de la capitale⁶. Que l'on rationalise cette possibilité comme inhérente aux compétences en question ou comme un empiètement nécessaire sur la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils (article 92(13)) importe peu; important bien davantage le fait que certaines compétences ne donnent pas prise à des expropriations et le fait que certaines de celles-ci peuvent être inconstitutionnelles parce que excessives en étendue ou en profondeur⁷.

Compétentes sur la propriété et les droits civils, les provinces ont de ce fait des pouvoirs d'expropriation plus vastes et plus généraux que ceux du Parlement fédéral. Il est d'autant plus curieux que la possibilité pour elles d'exproprier des terres publiques fédérales soit fort douteuse⁸. On en retiendra simplement que si cette possibilité ne leur est pas ouverte, cela ne remet pas en cause le principe selon lequel la compétence législative l'emporte sur la propriété mais découle plutôt de cette singularité qu'est la prépondérance fédérale, comme on l'expliquera plus loin.

Telle est ce qu'on pourrait appeler la prééminence de l'*imperium*. La prééminence du *dominium* surprendra davantage. Quand l'État, fédéral ou provincial, agit en sa qualité de propriétaire, il est, sous réserve de certaines nuances apportées ci-après, comme une simple personne privée, physique ou morale. D'où il résulte que, de même qu'à cette dernière, le partage des compétences législatives ne lui est point opposable et qu'il

6. Pour illustrer ces trois finalités, voir respectivement : *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Le Canadien Pacifique*, [1906] A.C. 204 (il s'agissait de terres publiques provinciales); *Johannesson c. La municipalité rurale de West Saint Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. La Commission de la Capitale nationale*, [1966] R.C.S. 663. Sur l'expropriation, voir en particulier Andrée LAJOIE, *Expropriation et fédéralisme au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972. Rappelons qu'en vertu d'un principe de common law, aujourd'hui repris statutairement, une loi ne peut affecter les droits de la Couronne en l'absence d'habilitation expresse, exigence applicable aussi en matière fédérale-provinciale, c'est-à-dire lorsqu'une loi fédérale affecte les droits d'une province ou inversement. Voir par exemple *Alberta Government Telephones c. (Canada) Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225.
7. Par exemple, on voit mal qu'un ordre de gouvernement prenne appui sur sa compétence en matière de propriété publique (il en sera question plus loin) pour l'agrandir par expropriation. Cette dernière doit au surplus être à la mesure de la fin poursuivie. Quoique le gouvernement concerné dispose d'une bonne marge de manœuvre à cet égard, une expropriation excessive, en étendue ou en profondeur, est susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Voir François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 1111-1114.
8. *Id.*, p. 228-234, 1113 et 1114.

peut poser des actes et mener des activités qu'il serait incompétent à autoriser législativement. À ce titre, on a quelque raison de parler de la prééminence du *dominium*.

De cette prééminence, voyons quelques exemples bien concrets. À la toute fin du XIX^e siècle, la Législature de l'Ontario adopta une loi aux fins que soit automatiquement insérée, dans tout bail d'exploitation forestière sur les terres publiques provinciales, une stipulation aux termes de laquelle il était interdit à l'exploitant d'exporter le bois avant de l'avoir fait transformer en planches dans la province. Cette restriction, conçue pour favoriser l'activité économique, excédait incontestablement la compétence législative de la province, toute entrave à l'exportation relevant exclusivement du pouvoir fédéral sur le commerce extraprovincial (article 91(2)). Pourtant, dans *Smylie c. The Queen*⁹, la Cour d'appel de l'Ontario la jugea valide comme acte de propriété : si un propriétaire privé peut contractuellement imposer une telle restriction, pourquoi la province de l'Ontario ne pourrait-elle pas faire de même en rapport avec des terres et des forêts qui lui appartiennent? De façon tout à fait analogue et malgré la compétence fédérale exclusive sur les étrangers (article 91(25)), la Colombie-Britannique a pu valablement légiférer pour que soit insérée, dans les permis de coupe de bois sur les terres publiques de la province, une clause interdisant à l'exploitant d'employer de la main-d'œuvre d'origine asiatique. Ici encore on y a vu un acte de propriété et une stipulation contractuelle auxquels l'État, comme n'importe quel particulier, pouvait avoir recours¹⁰. Les pêcheries fournissent une autre illustration de la prééminence du *dominium*. Elles sont de compétence fédérale exclusive (article 91(12)) mais les provinces, en leur qualité de propriétaires de la ressource halieutique, peuvent voir à leur conservation¹¹, ce qu'à coup sûr l'autorité fédérale peut faire elle aussi. Terminons avec un exemple simple et courant. Dépourvu de toute compétence législative sur le commerce international, le Québec, plus précisément cette émanation de l'État québécois qu'est la compagnie publique Hydro-Québec, peut parfaitement commercialiser l'électricité qui lui appartient sur le marché améri-

9. [1900] 27 O.A.R. 172 (C.A. Ont.).

10. *Brooks-Bidlake and Whittall Ltd. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1923] A.C. 450. Il va sans dire que les instruments de protection des droits et libertés rendraient aujourd'hui invalide une pareille mesure, qu'elle émane de l'État ou d'un propriétaire privé.

11. *Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045.

cain et en fixer le prix, question sur laquelle une province est dépourvue de toute compétence législative¹².

Cette prééminence du *dominium* est quand même à nuancer. Un peu de la même façon que la Charte, qui, comme on la verra, limite les pouvoirs de l'État et non l'action des particuliers, le partage des compétences habilite et limite à la fois seulement l'État et ne concerne pas les particuliers. Quand donc l'État agit en la même qualité que ces derniers, il est comme eux et ses compétences législatives ne contraignent pas son action. Mais tout comme eux et sous réserve d'une certaine incertitude, dont il sera fait mention un peu plus loin, quant à l'État central, il est contraint et assujéti à la législation de l'autre ordre de gouvernement qui régit son activité. Quand Hydro-Québec envisage d'exporter une part de sa production d'énergie électrique aux États-Unis, les contrôles fédéraux établis par la *Loi sur l'Office national de l'énergie*¹³ lui sont intégralement applicables¹⁴. Semblablement, les restrictions que dans le passé certaines provinces ont imposées, à titre de propriétaires, aux étrangers et dont il fut question précédemment ont cédé devant une loi fédérale à l'effet contraire¹⁵. En ce sens, la prééminence du *dominium* n'est pas totale. Quand le Parlement fédéral exerce la compétence législative pertinente qui est la

12. *Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42 où fut invalidé un programme de contingentement de production et de fixation de prix minima de la potasse élaboré par la Saskatchewan et visant à éviter la saturation du marché mondial. Comme la Cour suprême l'a fait remarquer (p. 73), la province n'était pas propriétaire de la ressource et agissait comme puissance législative. Il faut bien sûr signaler que l'article 92A de la Constitution, ajouté par l'article 50 de la Charte, a élargi les pouvoirs législatifs provinciaux en matière de ressources. Quant à l'exportation, cet élargissement n'aurait toutefois rien changé à l'arrêt *Central Canada Potash Co.* puisqu'il s'agit de « l'exportation, hors de la province, à destination d'une autre partie du Canada » (article 92A(2)) alors que la potasse était exportée aux États-Unis. La question de savoir si cet élargissement – quant à l'exportation interprovinciale bien entendu – de même que l'élargissement de la compétence provinciale en matière d'« exploitation, conservation et gestion des ressources » (article 92A(1)(b)), notamment forestières, légitimeraient des mesures du type de celle contestée dans *Smylie c. The Queen*, précité, note 9 est complexe et en traiter déborderait le cadre de mon présent propos.

13. L.R.C. (1985), c. N-7.

14. Voir par exemple : *Grand Conseil des Cris du Québec c. Procureur général du Canada*, [1994] 1 R.C.S. 159.

15. *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Procureur général du Canada*, [1934] A.C. 203.

sienne, cette prééminence du *dominium* provincial est écartée. Et il me semble, pour les raisons exposées plus bas, que cette logique est en règle générale réversible : si c'est le gouvernement fédéral qui agit comme propriétaire et qui excède ses compétences, une loi provinciale par ailleurs valide devrait pouvoir mettre fin à cette prééminence.

Autre nuance d'importance : l'État propriétaire n'est pas à tous égards comme un particulier, et cela au simple motif que la Constitution, au premier chef à ses articles 91(1A) et 92(5)¹⁶, a fait de la propriété publique, fédérale et provinciale, une compétence législative. Je me contenterai ici de ne tirer de cette jonction que deux conséquences. Il n'est pas rare de voir à la campagne, apposée à une barrière ou à une clôture, une affiche indiquant la présence d'une propriété privée et prévoyant le montant de l'amende qu'auraient à payer les intrus. Tant mieux si cet avertissement est dissuasif mais l'amende, à la différence de la clause pénale stipulée contractuellement, découle de la seule puissance publique et ce n'est assurément pas le fermier ou le villégiateur qui peut l'imposer. Or l'État aurait été, quant à ses nombreuses propriétés et ressources, dans cette même impossibilité si bien que c'est fort sagement que la Constitution a mis dans le *dominium* une part d'*imperium*¹⁷. Voilà pour la première conséquence. La seconde a trait à la prépondérance fédérale, notion évoquée plus haut et qu'on entendra ici comme signifiant que les compétences fédérales, nous dit l'alinéa introductif de l'article 91 de la Constitution, l'emportent et s'exercent « nonobstant toute disposition contraire » de celle-ci. Cela explique pourquoi on estime généralement qu'une province ne peut exproprier une propriété publique fédérale, la solution contraire ayant pour conséquence que la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils l'emporterait sur la compétence fédérale sur la propriété publique alors que c'est l'inverse que dicte le passage précité de l'article 91. Mais il n'en résulte aucunement, à mon avis, que les lois provinciales soient toujours inapplicables au gouvernement fédéral, même quand celui-ci n'agit que comme propriétaire. Elles ne lui

16. L'article 91(1A) établit une compétence fédérale sur « [l]a dette et la propriété publiques » alors que l'article 92(5) établit une compétence provinciale sur « [l']administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent ». Ce ne sont pas les deux seuls articles pertinents et sur l'ensemble de la question de la propriété publique et des ressources on consultera l'ouvrage fondamental de Gérard Vincent LA FOREST, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.

17. Par exemple, la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q., c. 61.1 (Québec) et la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. (1990), c. G.1 (Ontario), deux lois qui trouvent largement appui sur la propriété publique provinciale, auraient été pratiquement dépourvues de sanctions.

sont inapplicables que si elles sont, comme l'expropriation, relatives à la propriété publique fédérale, ce qui est évidemment loin d'être toujours le cas¹⁸.

Les quelques réflexions qui précèdent ont pu créer l'impression que *dominium* et *imperium* sont deux notions toujours clairement distinctes et qu'aucune confusion n'est possible à leur sujet. Or ce n'est certes pas le cas et les quelques exemples qui suivent l'illustreront. Comme on l'a vu, le Parlement fédéral a compétence législative exclusive sur les pêcheries alors que ce sont les provinces qui en sont généralement propriétaires. Les baux de pêche, les saisons de pêche, les droits et permis, les quotas, les techniques de prise sont-ils affaires de compétence ou de propriété¹⁹? Et si l'on revient à l'arrêt *Smylie c. The Queen*²⁰, on peut se demander si le fait que c'était une loi qui prévoyait l'insertion automatique de la clause précédemment résumée dans tout bail d'exploitation forestière ne faisait pas en sorte que cette clause ressortissait à la puissance publique plutôt qu'à la propriété²¹.

Rappelons enfin qu'à la suite de la crise du pétrole et de l'augmentation vertigineuse des prix de celui-ci, la Saskatchewan avait adopté, en 1973, des mesures législatives et réglementaires pour s'approprier la différence entre le prix du pétrole et du gaz avant la pénurie et après. À cette fin, la province avait exproprié presque tout le pétrole et le gaz des régions productives, si bien que, propriétaire de la ressource, elle prétendait qu'en faisant sienne l'augmentation des prix elle agissait en cette qualité et qu'on était, par conséquent, en présence non pas d'un impôt mais plutôt d'une redevance imposée par la province comme locateur ou bailleur à ses locataires exploitants. La redevance, concluait la province, n'étant

18. Supposons que le gouvernement fédéral agisse comme assureur, étant entendu que l'assurance est de compétence provinciale. On aurait du mal à démontrer que les lois provinciales sur l'assurance lui sont inapplicables au motif qu'elles sont relatives à la propriété publique fédérale. Cela dit, il paraît clair que la jurisprudence a généralement opté pour le principe de l'inapplicabilité des lois provinciales au gouvernement fédéral (F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 7, p. 228-234), et cela me paraît fâcheux.

19. Toutes ces questions furent résolues par la jurisprudence, parfois fort laborieusement. Voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 7, p. 1114 et 1115.

20. Précité, note 9.

21. Je suis personnellement d'avis que l'obligation d'insertion de la loi n'était qu'une commodité puisque le gouvernement ontarien aurait pu, de son propre chef, l'opérer systématiquement et matériellement dans tous ses baux sans nécessité d'habilitation législative. La présence de cette dernière n'ajoutant rien au-delà de la commodité, c'est à juste titre, selon moi, que la Cour d'appel a qualifié l'insertion d'acte de propriétaire.

pas un impôt, elle n'était pas assujettie à l'article 92(2) de la Constitution qui limite le champ fiscal des provinces à l'impôt direct.

On voit à quelle utilisation insoupçonnée se prête la distinction entre le *dominium* et l'*imperium* ! À raison selon moi, la Cour suprême a rejeté cette argumentation²². La redevance est une part de la production, contractuellement négociée et fournie au locateur par ses locataires. En l'espèce, la Saskatchewan n'avait rien négocié et avait exercé l'*imperium* doublement, comme puissance expropriatrice et comme puissance fiscale.

Telle est en gros la relation juridique qui s'établit, au sein du régime fédéral canadien, entre la propriété publique et la puissance publique. Cette relation est moins riche et moins complexe sous la Charte puisqu'il ne s'agit en fin de compte que de savoir si le *dominium* et l'*imperium* sont, chacun à leur façon, des indicateurs utiles d'action gouvernementale.

II. DES INDICATEURS D'ACTION GOUVERNEMENTALE SOUS LA CHARTE?

Un peu à l'image du partage des compétences, la Charte ne limite pas l'action privée et il faut, pour enclencher son application, la présence d'un élément d'action ou d'intervention gouvernementale. Voilà ce que la Cour suprême, tirant argument en particulier de son article 32(1)²³, a assez tôt établi²⁴. La Charte est donc, sur ce point, comme le *Bill of Rights* de la Constitution des États-Unis, dont l'application requiert une action étatique. Or cette théorie américaine de la « *state action* » a engendré un corpus jurisprudentiel colossal, que le professeur Charles Black a qualifié de « *conceptual disaster area* »²⁵. Vu le fait que la Charte n'a qu'un peu plus de vingt ans d'existence, la jurisprudence canadienne n'en est sans

22. *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. c. Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545. Les autres aspects de cette importante affaire ne sont pas analysés ici.
23. Le premier paragraphe de l'article 32 se lit comme suit : « La présente charte s'applique : (a) au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest; (b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. »
24. *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580 [SDGMR] c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 [ci-après cité : « *Dolphin Delivery* »].
25. C. L. BLACK, « The Supreme Court, 1966 Term – Foreword: "State Action", Equal Protection and California's Proposition 14 », (1967) 81 *Harv. L. Rev.* 69, 95.

doute pas encore là. Mais la complexité de la notion d'action ou d'intervention étatique ou gouvernementale fait que le risque plane et mon intention est d'examiner ici très brièvement si, à ce chapitre, le *dominium* et l'*imperium* pourraient être de quelque utilité.

Laissons de côté pour l'instant – on y reviendra à la fin de ce développement – l'hypothèse où c'est une loi ou un règlement qui porte atteinte à la Charte. En pareil contexte normatif, l'action gouvernementale, à tout le moins en première analyse et sous réserve des nuances qu'on verra plus loin, semble évidente, et la Charte s'applique. Mais il s'en faut de beaucoup que l'action gouvernementale se limite à l'intervention législative ou réglementaire²⁶, et c'est quand elle se distingue de cette dernière qu'elle peut parfois être fort difficile à définir.

Le droit canadien étant sur ce point encore relativement embryonnaire, un appel au droit comparé peut se révéler précieux. Me limitant au droit des États-Unis et de la France²⁷, j'en retire l'impression très nette que le concept d'action étatique ou gouvernementale s'appréhende essentiellement de deux façons, l'une organique l'autre fonctionnelle. Le critère organique invite à se demander si l'*acteur* est le gouvernement alors que le critère fonctionnel est centré sur la question de savoir si l'*action* ou la fonction est de caractère étatique ou gouvernemental. Cela étant posé, le *dominium* et l'*imperium* peuvent, comme on le verra, s'avérer utiles, le premier pour qualifier l'*acteur* et le second pour qualifier l'*action*, étant entendu que le critère de l'*acteur* et celui de l'*action* peuvent l'un et l'autre, disjonctivement et non cumulativement, enclencher l'application de la Charte. Mais avoir recours en tout début d'analyse à la distinction entre le *dominium* et l'*imperium* comporte le risque de limiter l'application de la Charte au second et, tout comme en matière de fédéralisme, d'associer l'État propriétaire aux particuliers et de le soustraire ainsi à l'emprise de la Charte. Or s'il y a des raisons pratiques et fonctionnelles pour ne pas confiner l'État propriétaire à ses compétences législa-

26. On le constate aisément à l'examen de l'intéressant ouvrage de Pierre ISSA-LYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.
27. Sur la théorie américaine de la « *state action* », voir en particulier L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola, Foundation Press, 1988, p. 1688-1720. Sur le droit administratif français, qui se trouve devant la nécessité de distinguer l'action gouvernementale de l'action privée aux fins de déterminer si une affaire relève de la juridiction administrative ou de la juridiction civile, voir l'étude de Daniel MOCKLE, « Les enjeux et les difficultés d'une conception essentialiste de l'État et de l'Administration en droit français », (1990) 24 *R.J.T.* 291.

tives²⁸, rien ne justifie que l'État propriétaire, même dans l'exercice de ses activités commerciales, ne soit pas assujéti à la Charte.

Ce qui vient d'être dit au sujet du domaine d'application de la Charte n'a rien d'original car tel est, fort heureusement d'ailleurs, l'état exact du droit canadien. Le critère organique et le critère fonctionnel y trouvent l'un et l'autre application, de façon disjonctive et non cumulative, et si l'acteur est étatique, tout ce qu'il fait est assujéti à la Charte, alors que si c'est l'action qui l'est c'est elle seule qui lui est soumise, son auteur pouvant le cas échéant mener d'autres activités soustraites à son emprise²⁹.

Cela dit, qu'en est-il du critère organique ou critère de l'acteur? Quand c'est l'État lui-même ou ses agents ou mandataires au sens du droit administratif classique qui sont en cause, la question est facilement résolue : la Charte s'applique. Par exemple, deux institutions d'enseignement possédant cette dernière qualité, la convention collective qui les liait au syndicat de leurs employés fut assujéti à la Charte³⁰. Il n'est pas douteux non plus que les municipalités sont des organismes étatiques, quoique décentralisés, et qu'elles sont à tous égards sous l'emprise de la Charte³¹. Si par ailleurs l'organisme, hôpital ou université par exemple, n'est pas l'État, le critère organique en devient un de contrôle, régulier et habituel, de ce dernier sur l'organisme en question. Le fait que cet organisme bénéficie d'un très large financement étatique, qu'il fournisse un service public et qu'il soit créé par la loi ne suffit pas. On a donc conclu

28. Il serait absurde que les compétences fédérales sur le commerce international (article 91(2)) et sur les affaires extérieures (alinéa introductif de l'article 91) empêchent les provinces d'entretenir des relations commerciales avec l'étranger et d'y avoir des délégations. Il serait absurde aussi que le gouvernement fédéral ne puisse se porter garant des prêts aux étudiants et ne puisse aider financièrement les villes à cause des compétences provinciales sur l'éducation (article 93) et sur les municipalités (article 92(8)). Mais cela conduit tout droit à la question du pouvoir fédéral de dépenser, qu'il n'est pas de mon propos d'aborder ici. On verra en particulier à ce sujet : Andrew PÉTTER, « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power », (1989) 68 R. du B. Can. 448.
29. Tout cela est bien énoncé dans quelques arrêts de la Cour suprême d'importance majeure : *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.
30. *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, *id.* et *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *id.*
31. *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844.

qu'une université et un hôpital n'étaient en général pas soumis à la Charte, faute d'un contrôle étatique suffisant³².

Dans ce tableau très rapidement brossé, comment le *dominium* peut-il trouver place? Sur ce point, il me semble que l'on doit se garder de toute transposition hâtive de ce qu'on retrouve en contexte de fédéralisme et de partage des compétences à ce qui règle les droits et libertés. Quand il s'agit de partage de compétences, le critère de la propriété est peu déterminant. Ainsi par exemple un hôtel appartenant à une entreprise aussi nettement de compétence fédérale qu'une compagnie ferroviaire n'en devient pas pour autant de compétence fédérale et les lois provinciales sur la protection des travailleurs lui demeurent applicables³³, tout comme leur application ne se trouve pas automatiquement écartée du seul fait d'avoir lieu sur le domaine public fédéral³⁴. Ce qui compte est donc la nature fonctionnelle de l'activité plutôt que qui l'exerce et où³⁵. Mais ce souci d'équilibrer et d'harmoniser les compétences fédérales et provinciales et d'éviter autant les dédoublements que les vides législatifs, souci inhérent au fédéralisme lui-même, a peu à voir avec l'application de la Charte. Du moment qu'on est en présence d'une propriété étatique, qu'il s'agisse d'une corporation, d'une entreprise, d'un domaine ou territoire, il me semble que la Charte devrait toujours trouver application, même auprès des particuliers pouvant œuvrer sur le domaine public. Le simple fait que ces derniers s'y trouvent devrait faire présumer que l'État sait et approuve ce qu'ils font, et la nécessité d'un contrôle régulier paraît ici superflue. La jurisprudence n'est probablement pas encore allée aussi

32. *McKinney c. Université de Guelph*, précité, note 29; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, précité, note 29.
33. *Le Canadien Pacifique c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1950] A.C. 122.
34. *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, où les normes québécoises de salaire minimum furent jugées applicables à une entreprise construisant des pistes d'atterrissage, conformément à un contrat avec le gouvernement fédéral, sur la propriété de ce dernier. Voir aussi *Canada (Conseil canadien des relations du travail) c. Canadian National Railway Co.*, [1975] 1 R.C.S. 786, où un hôtel propriété du Canadien National fut considéré comme régi par le droit provincial en matière de reconnaissance syndicale. On n'a accordé aucune importance au fait que cet hôtel était situé dans un parc national fédéral.
35. Dans *Canada (Conseil canadien des relations du travail) c. La ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729, le juge Pigeon écrivait que la compétence en matière de travail « relève du pouvoir législatif sur l'exploitation et non sur la personne de l'employeur » (p. 736). On y a décidé que l'accréditation des employés de la ville de Yellowknife était du ressort fédéral en raison de la compétence législative fédérale sur les territoires, là où la ville en question est située.

loin, mais le principe de l'applicabilité de la Charte à la propriété publique paraît établi et il reste à s'entendre sur le point de savoir s'il comporte des limites inhérentes ou si ces limites doivent dans chaque cas être justifiées en vertu de la disposition limitative de l'article premier³⁶. La part de subjectivisme que le concept de limite inhérente peut comporter me font préférer la deuxième solution.

Il reste à se demander en quoi l'*imperium* peut servir à préciser le sens du critère fonctionnel ou critère de l'action gouvernementale. À ce sujet, je me limiterai à deux observations, la première relative à la fonction judiciaire et la seconde à la fonction législative.

Je crois qu'on serait justifié d'appliquer l'expression précitée du professeur Charles Black à la question de l'assujettissement de la Charte au pouvoir judiciaire : il s'agit jusqu'à maintenant d'un « *conceptual disaster area* ». Tout a commencé avec l'arrêt *Dolphin Delivery*³⁷ qui a établi que le pouvoir judiciaire ne faisait pas partie du gouvernement au sens du premier alinéa de l'article 32 de la Charte³⁸ et qu'il n'était pas, non plus que ce droit judiciaire qu'est la common law, assujetti à la Charte, sauf si quelques acteurs ou action gouvernementale étaient aussi présents dans le décor³⁹. Obnubilée par ce prétendu principe de non-soumission du pouvoir judiciaire à la Charte et par le seul critère organique de la présence étatique, la jurisprudence, contre tout bon sens et malgré la clarté

36. Voir en particulier : *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, où la Charte, en l'espèce son article 2(b) sur la liberté d'expression, fut jugée applicable aux aéroports publics fédéraux, la nature de ces lieux ne faisant pas obstacle à ce qu'on y tienne des manifestations politiques pacifiques. Les quatre juges ayant rédigé des notes dans cet arrêt s'entendent sur le fait évident qu'il n'en va pas de même pour toute propriété publique, la bibliothèque du Parlement ou la salle d'audience de la Cour suprême, pour me limiter à ces deux exemples, n'étant pas à cet égard de même nature qu'un aéroport. Mais chacun des quatre conçoit le mode de limitation à sa façon. Toujours sur cette question, voir aussi *Ramsden c. Ville de Peterborough*, [1993] 2 R.C.S. 1084, sur l'invalidité d'un règlement municipal interdisant tout affichage sur la propriété publique et *Weisfeld c. Canada*, [1995] 1 C.F. 68 (C.A.), sur la possibilité d'interdire un camping de protestation antinucléaire sur la colline parlementaire.

37. Précité, note 24.

38. Précitée, note 23.

39. Ce qui est le cas pour toute question de droit public, common law de droit public inclus. La common law de droit privé a fait par la suite l'objet d'une forme d'assujettissement à la Charte dont je ne traiterai pas ici. Voir *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

de l'article 14 de la Charte qui garantit le droit à l'interprète⁴⁰, a décidé que ce droit ne s'appliquait en matière civile que si l'État était partie au litige⁴¹; restriction qui relève, en tout respect, de la pure aberration.

Or l'approche correcte en la matière consiste, à mon humble avis, à se demander pourquoi le pouvoir judiciaire doit, dans certains cas, échapper à l'emprise de la Charte, la réponse étant que c'est pour éviter que l'action purement privée lui devienne soumise. En effet, tout rapport entre particuliers étant susceptible de donner lieu à un litige, soumettre dans tout litige le juge aux exigences de la Charte mettrait en pièces le principe de l'inapplication de celle-ci aux rapports privés au simple motif que le juge ne pourrait, par exemple, ordonner l'exécution d'un contrat entre particuliers contraire à la Charte et que ce dernier lui deviendrait en pratique assujetti⁴². Quand donc le jugement ou l'ordonnance judiciaire, ce qui est très souvent le cas, fait davantage que simplement refléter et sanctionner la ou les volontés individuelles et qu'elle modifie unilatéralement et valablement la situation juridique d'une ou de plusieurs personnes – pour reprendre la définition de la puissance publique suggérée au tout début de la présente étude – on devrait considérer qu'il y a action ou fonction gouvernementale et que la Charte s'applique. Seraient ainsi évités des tâtonnements jurisprudentiels manquant parfois d'élé-gance⁴³. Et le fait que l'application de la Charte au pouvoir judiciaire soit

40. Cet article se lit ainsi : « La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète. »

41. *Roy c. Hackett*, (1988) 45 D.L.R. (4th) 415 (C.A. Ont.).

42. C'est exactement ce qui rend si surprenant, à tout le moins en première analyse, le fameux arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Shelley c. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). On y a décidé que le fait pour une cour de justice d'ordonner l'exécution d'un contrat discriminatoire était une forme de « *state action* » déclenchant l'application du *Bill of Rights*. De cette façon, les stipulations contractuelles, alors fort répandues dans certains États américains et par lesquelles le vendeur d'un immeuble interdisait à l'acheteur de le revendre à des personnes de couleur, stipulations participant normalement de l'action privée, sont devenues en pratique inconstitutionnelles parce que contraires au 14^e amendement.

43. Par exemple, dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, l'ordonnance judiciaire confiait la garde des enfants à l'un des parents et donnait à l'autre, témoin de Jéhovah, le droit de les visiter à condition de ne pas les entretenir de questions religieuses. On voit tout de suite ici la forte pertinence de la Charte, plus précisément de son article 2(a) sur la liberté de conscience et de religion. La preuve en est que la juge L'Heureux-Dubé (avec l'appui de deux autres juges), après avoir opiné que la Charte n'était pas applicable en l'espèce (p. 91), s'est quand même demandé si cette ordonnance lui était

de règle n'aurait rien de choquant car n'est-il pas, après tout, bien normal que les commandements judiciaires ne soient soustraits de l'emprise de la Charte que très exceptionnellement⁴⁴?

Peu développée en jurisprudence, cette façon de concevoir le critère fonctionnel ou critère de l'action gouvernementale que je viens de mettre de l'avant, de façon fort brève il est vrai, s'y retrouve néanmoins. Ce qui m'amène à formuler une dernière remarque, relative cette fois au pouvoir législatif.

Comme je l'ai rappelé précédemment, la présence d'une loi ou d'une disposition législative entraîne généralement l'application de la Charte, mais pas toujours. Ainsi l'on a déjà décidé qu'une disposition législative permettant de faire ce que le droit commun aurait de toute façon permis de faire sans elle n'était pas une action gouvernementale de nature à rendre la Charte applicable. Il s'agissait plus précisément de deux dispositions législatives provinciales, l'une, de l'Ontario, permettant à l'employeur et au syndicat d'insérer dans la convention collective une clause de retenue obligatoire de cotisations (formule Rand)⁴⁵ et l'autre, de la Colombie-Britannique, leur permettant d'y inscrire une clause dite d'« atelier fer-

conforme (p. 93). Les juges Sopinka et McLachlin ont jugé la Charte applicable (p. 107 et 120) et les juges Cory et Iacobucci, après avoir conclu, comme tous les autres juges, que l'ordonnance ne la violait pas, n'ont pas voulu « formuler d'opinion sur la question [...] de savoir si la Charte s'applique à des ordonnances judiciaires rendues dans des procédures de garde ou d'accès » (p. 109). Voir aussi *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 et *S.(L.) c. S.(C.)*, [1997] 3 R.C.S. 1003.

44. Selon l'approche suggérée ici, l'ordonnance judiciaire contestée dans l'affaire *Dolphin Delivery* et qui interdisait le piquetage aurait probablement été assujettie à la Charte; ce qui surprendra d'autant moins que, dans ce qui est sans doute le plus long *obiter dictum* de la jurisprudence constitutionnelle canadienne, la Cour suprême l'a assujettie à celle-ci dans un premier temps (et l'a validée en vertu de son article premier) tout en ajoutant un long développement visant à établir qu'à cette ordonnance la Charte n'était pas applicable. Sur l'ensemble de la question de l'application de la Charte au pouvoir judiciaire, voir en particulier l'ouvrage de Christian BEAULIEU, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés au pouvoir judiciaire*, Montréal, Éditions Thémis, 1995. On notera qu'en recourant à l'approche que j'ai évoquée (*supra*, note 39), la Cour suprême a accepté de modifier, à la lumière des valeurs de la Charte, la common law de droit privé relative au piquetage secondaire. Voir *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156.
45. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, précité, note 29. Comme on l'a déjà dit, la Charte s'est appliquée par un autre biais, soit le fait que l'employeur était mandataire du gouvernement de l'Ontario.

mée» obligeant tout employé à adhérer au syndicat⁴⁶. La décision de soustraire ces deux dispositions de l'emprise de la Charte reflète parfaitement, par la négative, le concept d'« action » ou de « fonction gouvernementale » que j'ai mis de l'avant plus haut⁴⁷.

On notera que ce raisonnement n'est pas applicable à toute disposition législative du seul fait qu'elle est de caractère permissif. Ainsi par exemple le *Code des droits de la personne* de l'Ontario⁴⁸, loi qui interdit de discriminer, entre autres, dans l'emploi sur la base de l'âge tout en le permettant dans le cas des personnes de moins de 18 ans et de 65 ans et plus, et qui interdit aussi la discrimination sur la base du sexe mais l'autorisait au sein des associations sportives, a enclenché l'application de la Charte, même dans ses dispositions permissives⁴⁹. Il aurait été difficile de soutenir ici que ces dernières ne faisaient qu'autoriser ce qu'on était de toute façon autorisé à faire puisque, sans elles justement, la discrimination aurait été prohibée par d'autres articles de formulation générale de la même loi. Il en allait différemment dans le cas des dispositions législatives dont il vient tout juste d'être question et qui permettaient d'avoir recours à la formule Rand et à la clause d'atelier fermée.

CONCLUSION

On a probablement tort de faire ce que j'ai fait ici et d'avoir recours à une distinction aussi riche et chargée historiquement que celle entre *dominium et imperium* comme simple commodité de présentation de problèmes constitutionnels contemporains. Une distinction historique n'appelle-t-elle pas un traitement historique? On ne parle pas latin pour le simple plaisir de parler latin!

46. *Re Bhindi and British Columbia Projectionists local 348 of international alliance of picture machine operators of the United States & Canada*, (1986) 29 D.L.R. (4d) 47 (C.A. C.B.).
47. Notons que dans *Eldridge c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624, on a décidé, adoptant une conception plus large de la fonction gouvernementale, que la fourniture des services de santé en était une. Dans l'accomplissement de cette fonction, même les organismes privés sont soumis à la Charte.
48. L.R.O. (1990), c. H.19.
49. Celle sur le sexe fut invalidée : *Re Blainey and Ontario Hockey Association*, (1986) 26 D.L.R. (4th) 728 (C.A. Ont.), autorisation d'appeler refusée : [1986] 1 R.C.S. xii. Quant à la retraite obligatoire à 65 ans, elle fut sauvegardée par l'article premier de la Charte : *McKinney c. Université de Guelph*, précité, note 29.

Mais mon repentir est si tardif que je n'ai d'autre choix que de tenter de l'atténuer en évoquant, en guise de conclusion – ce qui sera dire bien peu sur de vastes et importants sujets – le fait que la distinction entre *dominium* et *imperium* et la prééminence de l'un ou de l'autre dont il fut question plus haut sont probablement au cœur de l'histoire du droit public et de l'histoire de la pensée politique. Difficile à établir à Rome en raison de l'absence d'une claire différenciation entre les deux concepts, la prééminence de l'*imperium*, dont le *dominium* paraît découler, domine chez les glossateurs encore que le Moyen-Âge ne manque pas d'exemples d'une sorte de *dominium* prédominant, comme quand on confère l'appellation de *Dominus* à l'empereur germanique. Et quel équilibre délicat et complexe entre la souveraineté et la propriété ne retrouve-t-on pas chez Locke, chez Rousseau, chez les auteurs de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 et chez les rédacteurs du Code civil français de 1804⁵⁰!

50. On verra, outre l'étude de J. GAUDEMET, *loc. cit.*, note 2, les articles publiés dans la même livraison de la revue *Droits* : Guillaume LEYTE, « *Imperium et Dominium* chez les glossateurs » (19); Jean-Fabien SPITZ, « *Imperium et Dominium* chez Locke » (27); Catherine LARRÈRE, « Propriété et souveraineté chez Rousseau » (39) et Jean-Louis HALPÉRIN, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 » (67).