

LES EFFETS DES CLAUSES PRIVATIVES EN MATIÈRE PROVINCIALE

par Gilles PÉPIN*

L'auteur expose et commente l'état du droit jurisprudentiel relatif aux effets des dispositions législatives provinciales qui ont pour objet de supprimer ou de restreindre le pouvoir de contrôle que les cours supérieures exercent sur les décisions prises par les cours inférieures et les organismes administratifs. Bien que la délimitation de la portée de ces textes législatifs, dénommés "clauses privatives", entraîne le juriste intéressé dans le labyrinthe de la distinction entre les erreurs juridictionnelles et intrajuridictionnelles, l'auteur s'efforce d'identifier un certain nombre de difficultés qu'une intervention législative ou jurisprudentielle pourrait assez facilement solutionner.

The author outlines and comments the present state of case law concerning the effect, at the provincial level, of statutory provisions aiming to limit or eliminate the control or supervisory function of Superior Courts over administrative and lower judicial instances. The description of the effect of these provisions (called "privative clauses") entails a complex discussion of the distinction between "jurisdictional" and "internal" error. The author attempts, in this context, to identify a certain number of problems that could easily be solved through future legislative or judicial intervention.

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

SOMMAIRE

INTRODUCTION	714
Paragraphe 1- Mise en veilleuse, en principe, de la juridiction d'appel des cours supérieures	715
Paragraphe 2- Exclusion de la juridiction de contrôle des cours supérieures sur la constitutionnalité des lois et de leurs mesures d'application	716
Paragraphe 3- Le cas particulier des clauses privatives édictées par le Parlement du Canada	720
 SECTION 1: LA NOTION DE CLAUSE PRIVATIVE	725
Paragraphe 1- Observations générales	725
Paragraphe 2- Les problèmes de la juridiction exclusive et de la clause quasi privative	731
A) L'octroi d'une juridiction exclusive	731
B) L'émergence de la notion de clause quasi privative	734
 SECTION 2: L'INEFFICACITÉ RELATIVE DES CLAUSES PRIVATIVES	735
Paragraphe 1- Les justifications jurisprudentielles de l'interprétation restrictive	738
Paragraphe 2- L'absence d'effet en cas d'erreur juridictionnelle du décideur	741
A) L'erreur "classique"	742
B) L'erreur "moderne"	746
Paragraphe 3- L'effet privatif en cas d'erreur de droit intrajuridictionnelle du décideur	749
A) Le principe du contrôle de l'erreur de droit intrajuridictionnelle, en <i>common law</i>	749
B) L'obstacle de la clause privative	751
C) La portée de la clause quasi privative	752
D) Le problème particulier, au Québec, du contrôle de l'erreur de droit intrajuridictionnelle	755
 SECTION 3: L'INCONSTITUTIONNALITÉ DES CLAUSES PRIVATIVES	767
Paragraphe 1- L'arrêt <i>Crevier</i>	767
Paragraphe 2- La notion de clause "étanche"	769

(1986) 16 R.D.U.S.	<i>Les effets des clauses privatives en matière provinciale</i>	713
Paragraphe 3-	Les effets d'un jugement d'inconstitutionnalité	772
Paragraphe 4-	Le problème de l'application littérale des clauses partielles	773
CONCLUSION		774

INTRODUCTION

Le principe de légalité (*Rule of Law*), également dénommé principe de la primauté du droit, est un postulat de notre structure constitutionnelle¹. Le contrôle judiciaire exercé par les cours supérieures sur les décisions unilatérales des tribunaux dits inférieurs et des autorités administratives est généralement perçu comme une composante de ce principe ou encore comme sa sanction ultime quoique non exclusive. Le juge Estey, de la Cour suprême du Canada, dissident en partie dans l'arrêt *Douglas Aircraft*, observait à cette occasion:

"L'interrelation entre les tribunaux administratifs et les cours supérieures croîtra et évoluera parallèlement puisque, quelle que soit la forme des tribunaux ou organismes administratifs, l'intérêt de la collectivité exigera toujours une surveillance qui assure le respect de la règle première de toute collectivité organisée, soit que toutes les personnes qui la composent, morales ou physiques, doivent participer aux activités dans les limites de leur compétence. Comme le dit le professeur Wade dans '*Administrative Law*' [...]: Si les tribunaux et les organismes administratifs pouvaient déborder sans aucun contrôle du domaine qui leur est assigné, il n'y aurait plus aucun ordre dans le système juridique. On ne peut préserver cet ordre que si les différends sur la délimitation de la compétence peuvent être référés aux tribunaux de droit commun et soumis ainsi à une autorité hiérarchique unique"².

Les jugements rédigés par le juge Estey, au cours des dernières années, tendent à démontrer qu'il apparaît particulièrement disposé à limiter le contrôle des cours supérieures; en conséquence, on peut prendre pour acquis que la reconnaissance du principe de la nécessité de ce contrôle, ici proclamée, ferait certes l'unanimité en Cour suprême.

Les juges attachent donc une grande importance à l'existence du contrôle judiciaire qu'ils exercent sur l'activité des tribunaux

1. *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. "La primauté du droit a toujours été considérée comme le fondement même de la Constitution anglaise [...]. Elle devient un postulat de notre propre structure constitutionnelle en raison du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de son inclusion implicite dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en vertu des mots 'avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni' " (p. 750, *per curiam*). Pour notre opinion sur l'importance actuellement attachée au principe de légalité, voir G. PÉPIN, "L'administration publique et le principe de légalité", (1984) 44 *R. du B.* 137.

2. *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnel*, [1980] 1 R.C.S. 245, 278.

inférieurs et des organismes administratifs. C'est avec cette prédisposition qu'ils ont délimité les effets des textes législatifs qui veulent faire obstacle à ce contrôle ou en restreindre la portée. La présente étude a pour objectif de tenter de faire le point — un point de droit administratif, c'est-à-dire rarement final, souvent d'interrogation et parfois d'exclamation — sur la jurisprudence consacrée à cette importante question.

Il convient dans cette introduction d'expliquer pourquoi notre attention se portera sur les arrêts relatifs aux dispositions législatives visant à minimiser l'importance du pouvoir de surveillance des cours supérieures, par opposition à leur juridiction d'appel (paragraphe 1). Nous éliminerons ensuite de nos préoccupations la question du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et de leurs mesures d'application (paragraphe 2). Nous signalerons enfin les motifs qui nous ont conduit à exclure de notre étude les clauses privatives inscrites dans la législation fédérale (paragraphe 3).

Paragraphe 1- Mise en veilleuse, en principe, de la juridiction d'appel des cours supérieures

Le contrôle judiciaire de l'activité décisionnelle des tribunaux inférieurs et des organismes administratifs emprunte principalement deux grandes avenues: les justiciables intéressés peuvent solliciter la mise en oeuvre soit du pouvoir de surveillance des juges (*supervisory jurisdiction*) soit de leur juridiction d'appel (*appeal*). Si ces deux grandes voies offrent en certaines circonstances des intersections susceptibles de faire naître dans l'esprit des usagers un sentiment d'incertitude quant à la route qu'il convient de suivre³, c'est néanmoins du pouvoir de surveillance dont il sera principalement question dans la présente étude. L'appel, en effet, n'a pas les mêmes assises que la surveillance.

Cette dernière doit fondamentalement son existence et sa portée essentielle à des règles de *common law* qui en font un attribut inhérent aux responsabilités des cours supérieures; on ne bouscule pas facilement la *common law* devant les cours supérieures, puisqu'elle est leur oeuvre, surtout lorsque ses règles de droit public

3. Le législateur se préoccupe parfois, pour le meilleur ou pour le pire, de la coexistence de ces deux artères; voir l'article 846 du *Code de procédure civile* et l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2e supp.). Pour un arrêt important sur cette coexistence, consulter *Harelkin c. Université de Régina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

visent à assurer le maintien de l'ordre dont le juge Estey fait état (*supra*) de même d'ailleurs que le respect de la liberté, de l'égalité et de la sécurité des membres de la société.

Par contre, l'appel aux cours supérieures des décisions prises par les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs doit son existence et sa portée au bon plaisir, capricieux et changeant, des parlements⁴. L'avenue de l'appel n'est ouverte aux justiciables intéressés que si une loi le prévoit. Compte tenu de l'importance quantitative de l'activité décisionnelle des tribunaux inférieurs et des autorités administratives, l'appel à *une cour supérieure* est actuellement une mesure exceptionnelle, davantage d'ailleurs en droit québécois qu'en droit fédéral ce qui s'explique peut-être par la présence de la Cour fédérale.

En conséquence, évoquer le problème de la suppression ou de la limitation de la juridiction de contrôle des cours supérieures, c'est essentiellement discuter de la suppression ou de la limitation de leur pouvoir de surveillance; leur juridiction d'appel (celle dont il est ici question) peut être non seulement limitée mais supprimée en tout temps. Elle est d'ailleurs inexistante, "au départ", alors que la surveillance est inhérente à l'existence même des cours supérieures provinciales, tribunaux de droit commun.

Paragraphe 2- Exclusion, en principe, de la juridiction de contrôle des cours supérieures sur la constitutionnalité des lois et de leurs mesures d'application

La jurisprudence a reconnu depuis longtemps que, nonobstant le silence de la Constitution sur le sujet, les cours supérieures provinciales ont la mission, non exclusive, d'exercer un pouvoir de contrôle sur les lois votées par les parlements fédéral et provinciaux de façon à assurer, dans notre régime fédéral, le respect des règles relatives au partage des compétences législatives. Une loi ne peut faire obstacle à cette intervention des juges. Par la force des choses, cette surveillance englobe dans son champ d'action le contrôle de la constitutionnalité des décisions prises par les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs, dotés de responsabilités d'attribution, déléguées par les parlements; les mandataires ne peu-

4. Voir notamment H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 5e éd., 1982, pp. 34-36; J.M. EVANS, H.N. JANISCH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, 2e éd., 1984, pp. 873-875; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., 1982, pp. 448-460.

vent recevoir plus d'égards que leurs mandants⁵. L'existence et l'objet même de ce contrôle ont été en quelque sorte consolidés lorsque le "Constituant" a édicté l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

"La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada: elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit"⁶.

La Cour fédérale, dotée d'une juridiction uniquement d'attribution (*statutory jurisdiction*) mais qui possède néanmoins un statut particulier de "cour supérieure"⁷, ne devrait pas, à première vue, être autorisée à se prononcer sur des questions constitutionnelles; cette Cour n'est habilitée qu'à trancher des litiges régis (*governed*) par du droit fédéral existant⁸ et la Constitution n'est évidemment pas du droit fédéral. Cependant, dans un arrêt de 1983, le juge Estey a fait sienne la proposition suivante, avec sur ce point l'appui de ses collègues de la Cour suprême:

"La Cour d'appel fédérale est compétente pour se prononcer sur une question de droit, fut-elle de nature constitutionnelle, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, cette question est soulevée à l'occasion d'un litige ou d'une demande principale fondée sur l'application du droit fédéral"⁹.

Dans deux jugements antérieurs, le Tribunal suprême avait cependant insisté sur le fait que le Parlement du Canada n'a pas la compétence d'enlever aux cours provinciales, et notamment aux cours supérieures, leur titre de gardiennes de la Constitution pour le

5. Sur le contrôle de la constitutionnalité des lois et des mesures d'application, voir notamment B. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 2e éd., 1983, pp. 35-104; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., 1985, pp. 93-101, 162-163; F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, 1982, pp. 185-191. L'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576 fait spécialement autorité sur ce sujet. Voir aussi *Thorson c. P.G. du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, 151.

6. La Cour suprême l'a confirmé dans le *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

7. Article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2e supp.). Le juge Pigeon a écrit avec l'accord de la majorité de ses collègues: "[...] il me paraît que la Cour fédérale est une 'cour supérieure' au sens d'une cour ayant un pouvoir de surveillance". (*Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, 233).

8. *Rhine c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 442. Consulter notamment P.W. HOGG, *op. cit.*, note 5, 142-148.

9. *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communications du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, 745.

confier de façon exclusive à la Cour fédérale¹⁰. En d'autres termes, la juridiction de cette Cour, établie sous l'autorité de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne peut toujours être que concurrente, quoique disent les textes de loi, lorsqu'il s'agit de questions constitutionnelles; cette juridiction en matière constitutionnelle ne peut tout au plus, par ailleurs, être qu'accessoire à l'exercice de fonctions qui lui sont valablement confiées par le Parlement du Canada^{10a}. Pour d'évidentes raisons de commodité, la Cour suprême a donc mis en veilleuse l'article 101 de la *Loi de 1867* et cela pourrait aussi la conduire à se montrer plus tolérante quant à la définition de l'expression "droit fédéral existant".

Ce partage de responsabilités soulèvera sans doute des difficultés, d'autant plus qu'il faut désormais considérer comme des questions constitutionnelles les différends relatifs à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisque ce texte fait partie de la Constitution¹¹. L'identification de l'institution apte à assurer en première instance le respect de cette Charte, ou de tout autre texte constitutionnel, fera particulièrement problème, qu'il s'agisse de la Cour fédérale, des cours supérieures et inférieures provinciales ou encore des tribunaux administratifs fédéraux et provinciaux.

10. *P.G. du Canada c. Law Society of Upper Canada et Jabour*, (1982) 2 R.C.S. 307; *Conseil canadien des relations de travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147. Les cours supérieures provinciales peuvent émettre alors des injonctions pour assurer l'efficacité de leurs jugements même si, considérées isolément dans les litiges en cause, ces ordonnances seraient du ressort exclusif de la Cour fédérale.

10a. Consulter notamment les notes du juge B. Strayer, de la Cour fédérale, dans l'affaire *Re Brink's Canada Ltd. and Canada Labour Relations Board*, (1985) 17 D.L.R. (4th) 331.

11. Article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. "The Constitution Act, 1982 also broadened the scope of judicial review by adding a Charter of Rights to the Constitution of Canada. A Charter of Rights is not essential to a federal system, of course, but when it exists it adds an additional set of provisions limiting the powers of legislative bodies. Those additional limits then give rise to judicial review in the same way as the limits created by the distribution — of — powers provisions". (P.W. HOGG, *op. cit.*, note 5, 95). Voir spécialement G. REMILLARD, *Les conditions d'application d'un recours selon la Charte canadienne des droits et libertés*, Barreau du Québec, Cour de formation permanente, 15 octobre 1985.

Consulter aussi, par exemple, *Re Lavers and Minister of Finance*, (1985) 18 D.L.R. (4th) 477 (C.B., C.S.) et les commentaires du juge en chef McEachern.

Si l'existence du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et de leurs mesures d'application a donc acquis depuis longtemps ses lettres de noblesse, il n'en a pas été ainsi du contrôle judiciaire de la validité des mesures d'application lorsque les litiges ne soulèvent pas de questions constitutionnelles. On s'est sérieusement demandé¹², en effet, si les parlements souverains possèdent alors la compétence d'exclure ce contrôle, assuré essentiellement mais non uniquement par le mécanisme du pouvoir de surveillance. Nous rappellerons plus loin que les juges ont décidé que leur contrôle ne peut être exclu lorsque des "questions juridictionnelles" leur sont soumises par les justiciables. Compte tenu de la traditionnelle garantie de contrôle assurée aux questions constitutionnelles (*supra*), il apparaît possible d'avancer que les questions de ce genre sont toujours assimilables à des questions juridictionnelles. En ces matières, les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs ne peuvent prétendre à un droit à l'erreur^{12a}.

Au cours des dernières années, la Cour suprême a semblé vouloir confier un statut d'égalité au contrôle exercé sur l'un et l'autre genre de questions (constitutionnel et juridictionnel) même si des distinctions sont possibles. Ainsi, l'honorable juge Beetz écrivait récemment (*per curiam*) que:

"Le pouvoir de contrôle des cours de justice a *dans les deux cas* le même fondement historique, et dans les deux cas il se rattache aux mêmes principes, *la suprématie de la Constitution ou de la loi dont les cours de justice sont les gardiennes*"¹³ (les italiques sont de nous).

Pourtant, comme nous le verrons, le contrôle judiciaire des questions juridictionnelles autres que constitutionnelles n'a trouvé que récemment une assise dans l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (arrêt *Crevier*, *infra*), un article qui n'a pas été invoqué

12. Voir notamment P.W. HOGG, "Is Judicial Reviewed of Administrative Action Guaranteed by the British North America Act", (1976) 54 *R. du B. Can.* 716.

12a. Voir, par exemple, *British Airways Board c. Workers' Compensation Board*, (1985) 17 D.L.R. (4th) 36 (C.-B., C.A.).

13. *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, 444. Voir aussi, dans le même sens, les notes du juge Laskin, *per curiam*, dans l'arrêt *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 236. Il observe, à propos du contrôle exercé sur les erreurs juridictionnelles des tribunaux inférieurs provinciaux, que cette limitation "qui découle de l'article 96, repose sur le même fondement que la limitation reconnue du pouvoir des tribunaux créés par des lois provinciales de rendre des décisions sans appel [unreviewable] sur des questions constitutionnelles".

dans le passé pour justifier le contrôle des questions constitutionnelles. Par ailleurs, comme le fait voir le juge Beetz dans le jugement dont est extrait le passage précité, le principe qui veut que les cours soient les gardiennes de *la loi* n'est pas sans exception puisque les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs peuvent dans certaines circonstances commettre impunément des erreurs de droit intrajuridictionnelles (*infra*).

Paragraphe 3- Le cas particulier des clauses privatives édictées par le Parlement du Canada

L'étude des effets des clauses privatives prévues par la législation fédérale soulève certains problèmes particuliers. Comme il est difficile de dissenter sur le principal de ces problèmes — l'applicabilité de l'article 96 en matière fédérale — nous préférons écarter ici les textes fédéraux du champ de nos préoccupations. Cette décision appelle évidemment quelques explications qui nous permettront d'ailleurs de traiter quelque peu du sujet...

Lors de l'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, le Parlement du Canada a décidé de retirer aux cours supérieures provinciales, pour la transférer à la Cour fédérale, la majeure partie du traditionnel pouvoir de surveillance qu'elles exerçaient jusque-là, en vertu de la *common law*¹⁴, sur les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs fédéraux. La validité de ce transfert semble acquise; le juge Estey a écrit, avec l'appui de la Cour suprême, sur ce point:

"Il est certain que, dans notre droit, le Parlement fédéral peut autoriser la Cour fédérale à réviser les actes d'un office fédéral"¹⁵.

L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹⁶ est considéré comme la disposition clef de l'entreprise de dessaisissement des cours supérieures provinciales. Son contenu témoigne du fait que toutes les

14. *Three Rivers Boatmen Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607.

15. *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communications du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, 743. Voir aussi *Conseil canadien des relations de travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, 154.

16. "La Division de première instance a compétence exclusive en première instance: a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; [...]". Pour une définition de l'expression "office [...]", voir l'article 2 de la Loi.

institutions fédérales ne sont pas nécessairement soumises au pouvoir de surveillance de la Cour fédérale; il en va ainsi seulement de celles qui ont statut d' "office, commission ou autre tribunal fédéral", au sens donné à cette expression par la Loi elle-même. Le libellé très laconique de cet article 18 fait ressortir en outre que la *common law* occupe dans son application un rôle de première importance¹⁷.

La Division de première instance de la Cour, chargée en principe par l'article 18 de cette importante mission de surveillance, possède sur le sujet une juridiction exclusive (que réduit considérablement l'article 28, *infra*). On sait que la Cour suprême a décidé qu'il en va en réalité autrement lorsque les justiciables veulent activer le pouvoir de surveillance afin de faire valoir des prétentions d'ordre constitutionnel; les cours supérieures provinciales demeurent comme autrefois principalement compétentes dans ce genre de litige tandis que la Cour fédérale ne peut tout au plus prétendre qu'à une juridiction concurrente et accessoire¹⁸, ce qui accentue le fait qu'elle n'est pas une "cour supérieure" comme les autres¹⁹.

L'article 18 doit se lire avec l'article 28 de la même Loi; la coexistence de ces deux articles a suscité et engendre encore bien des difficultés. On sait que l'article 28 porte création d'un recours nouveau en annulation, du ressort de la Division d'appel; sa portée est très étendue puisqu'elle englobe non seulement les erreurs juridictionnelles mais aussi les simples erreurs de droit (intrajuridictionnelles), qu'elles apparaissent ou non à la lecture du dossier; le législateur oblige la Cour d'appel à statuer rapidement sur les demandes présentées et il l'autorise non seulement à annuler une décision, mais aussi à donner des directives à son auteur. Cependant, le recours sous l'article 28 C.F. n'est possible qu'à l'encontre d'un certain genre de décision et lorsque ce recours est recevable, le législateur désaisit la Division de première instance de toute compétence "pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance". L'article 28 débute en outre par les mots suivants: "Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence [...]".

Le pouvoir de surveillance de la Cour fédérale, à l'instar de ses autres responsabilités, possède donc un *caractère statutaire* et

17. Rappelons ici l'exigence d'un "droit fédéral existant" pour que la Cour soit apte à trancher un litige; voir *supra*, note 8.

18. Voir *supra*, notes 9, 10 et 10a.

19. Voir *supra*, note 7.

l'article 28 donne au recours qu'il crée une "*autorité nonobstante*" spéciale par rapport à l'ensemble de la législation fédérale. Ces deux considérations entraînent déjà certaines conséquences particulières quant aux effets des clauses privatives fédérales sur la juridiction de surveillance de la Cour fédérale. Les juges de cette Cour sont moins bien "armés"... que les membres des cours supérieures provinciales, titulaires d'une compétence inhérente reconnue par la *common law*, pour assurer la survie de leur juridiction. Cela est vrai davantage pour les membres de la Division de première instance²⁰ que pour ceux de la Division d'appel (recours sous 28 C.F.) qui peuvent au moins faire état de leur "autorité nonobstante"²¹. Mais, en toute circonstance, la présence de clauses privatives visant la juridiction de surveillance de la Cour fédérale soulève uniquement une question d'interprétation des lois; il s'agit de mesurer les effets d'un texte législatif fédéral (la clause privative) sur une juridiction fédérale d'origine statutaire (les articles 18 et 28 C.F.). Et il n'est certes pas déraisonnable de se demander si l'adoption éventuelle d'une clause privative qui serait destinée à empêcher totale-

20. Les juges de la Division de première instance, dont la juridiction est déjà restreinte par l'article 28, ont refusé d'appliquer une clause privative (ancien article 122 du *Code canadien du travail*) qui voulait priver les justiciables de la faculté de s'adresser à eux; ils ont utilisé pour ce faire la règle de l'interprétation restrictive des clauses privatives (*infra*). Mais ils ont dû baisser pavillon lorsque le Parlement a décrété noir sur blanc que leur intervention était interdite même lorsque le décideur commettait une erreur juridictionnelle (nouvel article 122). Voir *B.C. Parkers Ltd. c. Conseil canadien des relations de travail*, [1974] 2 C.F. 913; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Conseil canadien des relations de travail*, [1976] 2 C.F. 343; *C.J.M.S. Radio Montréal (Québec) Ltée c. Conseil canadien des relations de travail*, [1979] 1 C.F. 501; *Banque provinciale du Canada c. Syndicat national des employés de commerce*, [1979] 2 C.F. 439 (C.A.); *Re Crosbie Offshore Services Ltd. and Canada Labour Relations Board*, (1984) 3 D.L.R. (4th) 694; *Re Brink's Canada Ltd. and Canada Labour Relations Board*, (1985) 17 D.L.R. (4th) 331.

21. *P.G. du Canada c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663; *P.G. du Canada c. Gauthier*, [1980] 2 C.F. 393; *Pioneer Grain Co Ltd. c. Krauss*, [1981] 2 C.F. 815. Il résulte de ces arrêts de la Cour d'appel que le recours sous l'article 28 ne peut être éliminé, certes par des clauses privatives antérieures à l'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, mais aussi par des clauses postérieures qu'à la condition qu'il soit fait mention explicite de l'article 28 dans les clauses. Dans l'arrêt *Pioneer Grain*, la Cour a même exprimé l'avis que lorsqu'une clause privative ne restreint pas expressément l'usage du recours sous l'article 28, une telle clause ne fait pas obstacle à la mise en oeuvre de tous les alinéas du paragraphe 1 de l'article 28, c'est-à-dire qu'elle n'empêche pas le contrôle des erreurs de droit intrajuridictionnelles.

ment les justiciables de se prévaloir du pouvoir de surveillance de la Cour fédérale n'aurait pas pour effet de ressusciter dans toute sa plénitude la traditionnelle juridiction de contrôle des cours supérieures provinciales sur les institutions fédérales.

À notre connaissance, les juges de la Cour suprême n'ont pas eu l'occasion de s'intéresser à la question des effets des clauses privatives sur la juridiction de la Cour fédérale²². Les membres de la Haute Juridiction ont cependant eu sous les yeux les dispositions de ce qui semble être la plus importante clause privative en droit fédéral: l'article 122 du *Code canadien du travail*²³, qui restreint le contrôle de la Cour fédérale au cadre de l'article 28(1)a) C.F. Les juges de la Cour suprême se sont contentés d'appliquer cette clause aux cas d'espèce qui leur étaient soumis, en dissertant, comme en droit provincial (*infra*), sur les notions d'erreur juridictionnelle et d'erreur intrajuridictionnelle²⁴. Ils n'ont pas eu l'opportunité de donner leur avis sur le fait que l'article 122 du Code empêche la Cour fédérale d'émettre, sous l'autorité de l'article 18, des injonctions et des *certiorari* contre le Conseil canadien et qu'il rend impossible le contrôle de ses décisions "administratives" qui échappent à l'emprise de l'article 28 C.F.

Mais une troisième considération explique le particularisme de l'étude des effets des clauses privatives en droit fédéral. Si le Parlement du Canada, à l'instar des législatures, ne possède certes pas la compétence de supprimer le contrôle judiciaire de la constitutionnalité de ses lois et de leurs mesures d'application (*supra*), on se demande encore s'il jouit de la faculté d'interdire tout pouvoir

22. Le juge Pigeon s'est interrogé brièvement sur la question dans l'arrêt *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228. On sait que la Cour s'est toutefois penchée sur le problème de l'exclusivité de la juridiction de la Cour fédérale en matière constitutionnelle: *supra*, notes 9 et 10.

23. S.R.C. 1970, c. L-1.

24. *Syndicat des camionneurs c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, 713: "Le nouvel article 122 renforce une clause privative applicable à la liste des pouvoirs du Conseil en restreignant la révision par la Cour fédérale non pas à toute la gamme des sujets énoncés à l'article 28 [...] mais seulement aux sujets énoncés à l'alinéa 28(1)a). Cette disposition restreint la révision au manquement à la justice naturelle et aux questions de compétence" (le juge en chef Laskin, *per curiam*). Voir aussi *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, 419-420 (le juge Beetz, *per curiam*); *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269.

de surveillance, par la Cour fédérale et par les cours supérieures provinciales, sur les autres questions juridictionnelles soulevées par l'activité des tribunaux inférieurs et des organismes administratifs oeuvrant en matière fédérale. Certes, l'arrêt *Crevier*²⁵ interdit aux législatures d'édicter des lois accordant une pareille "protection" à leurs institutions, en matière provinciale (*infra*); mais le juge en chef Laskin a pris bien soin, dans cet arrêt, de ne pas préciser si cette restriction apportée à la compétence des législatures par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique aussi au Parlement du Canada.

Deux ans environ après l'arrêt *Crevier*, la Cour suprême a "commis" son opinion *Mc Evoy c. P.G. du Nouveau-Brunswick*²⁶, qui soulève plus de questions qu'elle n'en règle, mais dans laquelle on trouve néanmoins des phrases comme celles-ci:

"[...] l'article 96 interdit aussi bien au Parlement qu'aux provinces de modifier le régime envisagé par les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire. [...] Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales"²⁷.

Les spéculations vont bon train sur la portée des affaires *Crevier* et *Mc Evoy* quant aux restrictions qu'elles pourraient apporter à la compétence du Parlement de supprimer, en matière fédérale, le contrôle des erreurs juridictionnelles commises par les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs, compétence que, semble-t-il, les professeurs P. Hogg et B. Strayer tiennent pour établie²⁸.

25. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Il s'agit du jugement relatif à l'inconstitutionnalité du Tribunal des professions du Québec.

26. [1983] 1 R.C.S. 704.

27. *Id.*, 720 (*per curiam*).

28. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 5, 149, 164 et 423-424. B. STRAYER écrit que: "In summary, it may be said that Parliament and Legislatures may not exclude judicial review of administrative decisions where review is necessary to prevent a colourable overstepping of constitutional limitations. Further, provincial Legislatures may not exclude judicial review of provincial tribunals on any question of jurisdiction, constitutional or otherwise". (*The Canadian Constitution and the Courts*, 1983, p. 86). Pour notre analyse sommaire de l'affaire *Mc Evoy*, voir G. PEPIN, "Le problème de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867", dans le volume 58 des études publiées par la Commission (Macdonald) sur l'Union économique et les perspectives de développement au Canada (à paraître). Consulter aussi R. ELLIOTT, "Constitutional Law — Judicature — Is Section 96 Binding on Parliament?", (1982) 16 *U.B.C.L.R.* 314; R. ELLIOTT, "New Brunswick Unified Criminal Court Reference", (1984) 18 *U.B.C.L.R.* 127; D.J. MULLAN, "The

On s'interroge aussi sur la portée des *obiter* de la Cour suprême, signalés plus haut, selon lesquels le contrôle des erreurs juridictionnelles commises par les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs repose sur le même fondement que la limitation reconnue du pouvoir de ces institutions de rendre des décisions non révisables sur des questions constitutionnelles²⁹; si le pouvoir de contrôle des erreurs sur des questions constitutionnelles et celui sur les autres erreurs juridictionnelles ont le même fondement, ne doit-on pas conclure que le Parlement du Canada, tout comme les législatures, ne peut supprimer ni l'un ni l'autre?

Au terme de cette introduction, il y a lieu de passer à l'étude de notre sujet: les effets des clauses privatives en matière provinciale. Nous signalerons dans un premier temps que la notion même de clause privative peut soulever quelques difficultés (Section 1). Nous rappellerons ensuite que tout en évitant de porter le débat sur le plan constitutionnel, les juges des cours supérieures n'ont reconnu qu'une efficacité restreinte aux clauses privatives (Section 2). Nous constaterons enfin que la Cour suprême a décidé il y a quelques années de donner une assise constitutionnelle à l'interprétation jusque-là retenue par les juges des cours supérieures (Section 3). L'étude de ces trois thèmes nous permettra de nous arrêter en outre à quelques problèmes connexes et controversés.

SECTION 1: LA NOTION DE CLAUSE PRIVATIVE

Après avoir formulé certaines observations générales sur les clauses privatives de juridiction (paragraphe 1) dont nous aurons à mesurer plus loin les effets pratiques, nous évoquerons deux problèmes particuliers (paragraphe 2) de façon à démontrer que la simple identification des clauses privatives n'est pas sans soulever des difficultés. L'octroi à une autorité d'une juridiction exclusive doit-il être assimilé à une telle clause? En quoi consiste la nouvelle notion de clause quasi privative?

Paragraphe 1- Observations générales

Si le pouvoir de surveillance exercé sur les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs constitue la sanction ultime

Constitutional Position of Canada's Administrative Appeal Tribunals", (1982) 14 *O.L.R.* 239.

29. Voir *supra*, note 13.

du principe de légalité, il faut néanmoins constater, fait paradoxal, que l'accès au prétoire est loin d'être une démarche facile, même abstraction faite de son coût élevé. Les règles qui président à la mise en oeuvre de ce contrôle judiciaire sont fort complexes et certaines d'entre elles sont en conséquence qualifiées parfois de dispositions privant "indirectement" les justiciables de leur droit de solliciter l'intervention des juges; elles prennent souvent leur source dans la *common law*, fruit de l'activité législative des juges eux-mêmes. Ces "clauses privatives indirectes" concernent soit les recours permettant la mise en oeuvre du pouvoir de surveillance, soit l'étendue même de ce pouvoir. Signalons sans plus, par exemple:

- le caractère discrétionnaire des recours (y compris l'action directe en nullité?), dans ce sens que le juge qui en est saisi possède la faculté de les juger irrecevables même si le justiciable n'est pas sans droit;
- la coexistence de ces recours avec divers autres procédés de contrôle, notamment l'appel à une cour de justice, supérieure ou non, ou à une autre institution (v.g. le Cabinet, un tribunal administratif);
- l'impossibilité pour les juges d'émettre de véritables injonctions contre la Couronne, c'est-à-dire contre le Gouvernement (une règle en perte de vitesse?);
- la fluidité du contenu des règles de justice naturelle ou d'équité procédurale ("*fairness*") que les juges imposent à des décideurs, dans certaines circonstances;
- la portée mystérieuse de l'article 846 du *Code de procédure civile* et le jeu démoniaque des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*;
- l'application de la règle de l'immunité d'intérêt public, autrefois dénommée "*Crown Privilege*", encore que cette règle de preuve ne soit pas propre aux litiges relatifs à l'exercice du pouvoir de surveillance;
- la distinction à la limite insaisissable entre les erreurs juridictionnelles et intrajuridictionnelles, nonobstant l'importance de la distinction;
- etc.

Les "clauses privatives indirectes", qui freinent l'exercice du pouvoir de surveillance, ne sont pas ici l'objet de nos préoccupations exception faite de la distinction entre les types d'erreur (*infra*); il en va autrement des "clauses privatives directes".

On place généralement sous ce dernier vocable les dispositions législatives (*statutory restrictions*) édictées par les parlements dans le but de supprimer le pouvoir de surveillance ou certaines de ses voies de mise en oeuvre: l'évocation (prohibition et *certiorari*), le *mandamus*, l'injonction, etc. Lorsque le libellé du texte législatif porte que, ou laisse à entendre que, l'activité décisionnelle du tribunal inférieur ou de l'organisme administratif est soustraite à la surveillance des cours supérieures, la clause est dite "totale". Cependant, suite à l'arrêt *Crevier* (*infra*), il y a lieu d'ajouter que la clause totale sera parfois qualifiée "d'étanche" ou, quelle ironie, de "parfaite"; des conséquences d'ordre constitutionnel en découleront (*infra*): ce qui est "parfait" est invalide... Si l'intervention législative n'a pour objet que d'enlever aux justiciables le droit de se prévaloir de certains des recours en surveillance, la clause sera dite "partielle" puisque le contrôle judiciaire demeure possible. Une clause peut donc être plus ou moins privative.

Par ailleurs, les clauses privatives directes sont parfois placées par le législateur dans des lois générales comme le *Code de procédure civile*³⁰ ou la *Loi sur les commissions d'enquête*³¹ mais on les rencontre le plus souvent dans la Loi constitutive du tribunal inférieur ou de l'organisme administratif "protégé".

Il existe différentes façons de fabriquer des clauses privatives et la diversité des textes a suscité à travers les âges une jurisprudence bigarrée³². Certes, si les clauses privatives directes ne produisaient jamais d'effet, il serait oiseux de spéculer sur leur identification; mais nous rappellerons plus loin que leur présence ne laisse pas toujours indifférent le juge de surveillance. Énumérons les trois techniques d'élaboration les plus fréquemment utilisées³³; le législateur utilise parfois simultanément la première et la troisième.

— La mention que l'activité décisionnelle d'une autorité ne peut faire l'objet de quelque examen judiciaire que ce soit

30. L.R.Q., c. C-25, articles 94.2, 100 et 997.

31. L.R.Q., c. C-37, article 17.

32. "The decisions are diffuse, and it may seem to be futile to relate them to one another". (J.M. EVANS, *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., 1980, p. 357.)

33. Sur les genres de clauses privatives, voir notamment H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 598-618; J.M. EVANS, *op. cit.*, note 32, 364-376; R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, vol. 2, pp. 1159-1168; P. GARANT, *Droit administratif*, 2e éd., 1985, pp. 602-607. Dans son ouvrage, P.W. HOGG (*op. cit.*, note 5) place toutes les clauses privatives sur le même pied, sans se préoccuper de leur libellé (p. 162).

(clause "totale" mais pas nécessairement "étanche" au sens de l'arrêt *Crevier*);

- la mention que cette activité ne peut être contrôlée par aucune des voies de recours en surveillance, chacune étant expressément énumérée dans la loi (clause "totale" et possiblement "étanche");
- la mention que certains de ces recours seulement sont accessibles au justiciable intéressé (clause "partielle").

Cela dit, d'autres observations générales s'imposent.

On s'accorde généralement à reconnaître que le fait de préciser qu'une décision est "finale" ou "finale et sans appel" n'est pas révélateur de clause privative; le législateur proclame simplement que les justiciables concernés ne peuvent bénéficier d'un droit d'appel ou d'une révision administrative³⁴. On trouve le passage suivant dans l'arrêt *Labrecque*, rédigé par le juge Beetz (*per curiam*):

"Il importe [...] de rappeler que l'article 997 du Code de procédure civile contient une *clause privative* qui soustrait au pouvoir d'évocation de la Cour supérieure les affaires relatives au recouvrement des petites créances. L'article 980 de ce Code porte *au surplus* que le jugement rendu dans ces affaires est final et sans appel"³⁵ (les italiques sont de nous).

Rappelons qu'une conclusion contraire obligerait les juges à attacher à la mention "décision finale et sans appel" les effets qu'ils reconnaissent dans certaines circonstances aux clauses privatives directes (*infra*).

Il ne semble pas approprié d'assimiler à une clause privative une disposition législative qui ne supprime pas le pouvoir de surveillance mais qui l'assujettit seulement à un délai d'exercice³⁶. Selon les professeurs Evans, Janisch, Mullan et Risk:

34. Voir les auteurs cités *supra*, à la note 33, et la jurisprudence qu'ils invoquent sur ce point. Consulter notamment: *Uncle Ben's Tartan Breweries of Alberta c. Industrial Relations Board*, (1974) 44 D.L.R. (3d) 614 (Alta, C.A.); *Atlantic Shopping Centres Ltd. c. Provincial Planning Appeal Board*, (1983) 1 Adm. L.R. 139 (N.-E., C.S.); *Ministre du revenu national c. Macdonald*, [1977] 2 C.F. 189 (C.F.A.). L'arrêt *Commission municipale de Québec c. Ville de Lévis*, [1979] C.A. 28 ne nous semble pas conforme, sur ce point (p. 34), à la jurisprudence dominante.

35. *P.G. du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, 1062. L'article 997 C.p.c. est un exemple de clause privative "partielle".

36. H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 609-618; J.M. EVANS, *op. cit.*, note 32, 372-375; P.P. CRAIG, *Administrative Law*, 1983, pp. 522-526.

"both English and Canadian courts have interpreted provisions which allow judicial review within a prescribed period, but preclude it thereafter, as having precisely that effect, even where jurisdictional errors are alleged"³⁷.

Le rapprochement avec les règles relatives à la prescription des recours, bien connues dans les autres secteurs du droit, s'impose évidemment à l'esprit. On se demande cependant si les juges de surveillance seraient disposés à respecter un délai qu'ils estimeraient déraisonnablement court. La Cour suprême du Canada n'a pas exprimé de commentaires défavorables — elle n'était pas contrainte en l'espèce d'étudier la question — lorsque, dans une affaire *Yellow Cab Ltd.*, elle a été mise en présence d'une clause privative partielle qui n'accordait au justiciable en cause que la faculté de se prévaloir des recours en *certiorari* ou en *mandamus*, et cela dans un délai de 30 jours du dépôt d'une décision de l'organisme protégé³⁸. La Cour d'appel du Québec a refusé de donner effet à un article de la Charte de la ville de Québec qui limitait à 8 jours le délai de présentation d'une requête en évocation contre un jugement de la Cour municipale³⁹; la Cour a pris pour acquis que l'imposition d'un délai équivalait à une clause privative; elle n'a pas souligné sa brièveté. Notons au passage que le recours sous l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont la recevabilité rend impossible toute procédure sous l'article 18 C.F., doit être intenté dans les 10 jours de la communication de la décision contestée; cette contrainte ne semble pas avoir été perçue de façon défavorable mais il est vrai que l'article 28 précise lui-même que la Cour d'appel peut accorder un délai supplémentaire⁴⁰.

Il est possible que l'on soit justifié de refuser le titre de clause privative à des dispositions législatives supprimant le pouvoir de surveillance ou l'usage d'un de ses recours, pour le remplacer par

37. J.M. EVANS, H.N. JANISH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 4, 535.

38. *Yellow Cab Ltd. c. Board of Industrial Relations*, [1980] 2 R.C.S. 761. En l'espèce, il faut le noter, le justiciable avait intenté un recours en *certiorari* dans le délai imparti. Voir aussi *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923.

39. *Jolicoeur c. Cité de Québec*, [1974] C.A. 293. Voir aussi *Club de Courses Jacques-Cartier Inc. c. Cossette*, [1975] C.S. 913.

40. Selon la Cour d'appel, pour obtenir un délai supérieur à 10 jours, le requérant doit démontrer qu'il a des motifs valables de solliciter une prorogation et que son recours est sérieux (*arguable case*): *Association des consommateurs du Canada c. Commission d'énergie Hydro-électrique de l'Ontario*, [1974] I.C.F. 460.

un droit d'appel à une *cour supérieure*, offrant aux justiciables une protection sensiblement équivalente sinon meilleure. Ce genre de textes législatifs ne prétend donc pas éliminer le contrôle des cours supérieures mais lui offre plutôt un autre cadre d'exercice⁴¹. Ainsi pourrait s'expliquer l'opinion formulée par le juge Laskin, pour la Cour suprême, dans l'arrêt *Pringle*, relatif à une situation semblable:

"L'effet de la législation applicable en l'espèce ne peut être déterminé par des principes tirés d'affaires basées sur l'interprétation de clauses privatives [...]"⁴².

De même comprendrait-on mieux l'opinion formulée par le même juge (*per curiam*) dans la célèbre affaire *Crevier*, il y signale que l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit aux cours supérieures, en matière provinciale, leur pouvoir de contrôle sur les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs et que ce contrôle s'exerce soit par le pouvoir de surveillance, soit par l'appel. Il écrit notamment:

"[...] je ne puis trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni autre révision"⁴³.

Le juge Laskin est préoccupé dans cet arrêt par les décisions "unreviewable" par les cours supérieures ou encore "immunized" contre les interventions de ces cours.

41. *Sanders c. La Reine*, [1970] R.C.S. 109: une décision tout juste majoritaire (5 à 4) autorisant le remplacement du *certiorari*, en matière criminelle, par un appel à une cour supérieure. *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821: un arrêt de la Cour suprême rédigé par le juge Laskin (*per curiam*), à une époque où il était probablement convaincu que l'article 96 de la Loi de 1867 ne s'appliquait pas en matière fédérale, et autorisant la suppression du droit de surveillance des cours supérieures provinciales au profit d'un "code" d'appel fédéral permettant l'entrée en scène de la Cour suprême, à tout le moins pour des motifs d'absence ou d'excès de pouvoir. *Re Robertson and British Columbia Securities Commission*, (1974) 42 D.L.R. (3d) 135, une décision unanime de la Cour d'appel de la Colombie Britannique, confirmée par la Cour suprême du Canada ([1975] R.C.S. vi), concluant à l'irrecevabilité de droit (et non discrétionnaire) d'un recours en *certiorari* contre une décision d'une commission des valeurs mobilières, le législateur ayant non seulement exclu ce recours mais l'ayant remplacé par un appel, encore plus avantageux, à la Cour d'appel de la province.

42. *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, 827. Voir *supra*, note 41.

43. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 237; voir aussi pp. 234 et 236. Rappelons que l'attribution d'un droit d'appel à une institution autre qu'une cour supérieure est susceptible de soulever des difficultés constitutionnelles: J.-F. JOBIN, *L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et les organismes inférieurs d'appel*, 1984.

Dans le même esprit, il faudrait refuser à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* le statut de véritable clause privative, c'est-à-dire de disposition législative ayant pour effet de supprimer ou de limiter le pouvoir de surveillance des cours supérieures. Cet article, on le sait, a pour objet de confier à cette Cour la majeure partie du pouvoir de surveillance exercé antérieurement par les cours supérieures provinciales sur les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs fédéraux. Mais il s'agit, en somme, d'un transfert de juridiction entre cours supérieures, même s'il faut reconnaître que la Cour fédérale n'est pas une cour supérieure comme les autres⁴⁴.

Enfin, il n'est certes pas approprié de qualifier de clause privative un article de loi ayant pour objet de valider spécialement et rétroactivement une décision jugée nulle par les cours supérieures ou en danger de l'être, les questions constitutionnelles étant toujours exceptées. On sait que certains juristes n'ont rien vu de plus que la confirmation de cet indiscutable principe de droit, dans le célèbre arrêt *Woodward*⁴⁵.

Paragraphe 2- Les problèmes de la juridiction exclusive et de la clause quasi privative

Ces deux sujets particuliers de controverses retiendront tour à tour notre attention.

A) L'octroi d'une juridiction exclusive

Lorsque le législateur délègue à un tribunal inférieur ou à un organisme administratif une juridiction "exclusive" sur un domaine donné, édicte-t-il par le fait même une clause privative directe, c'est-à-dire une disposition législative ayant pour effet de restreindre le pouvoir de surveillance?

Une première réflexion vient rapidement à l'esprit. L'octroi d'une juridiction exclusive à une institution autre qu'une cour supérieure n'a rien à voir avec l'exercice du pouvoir de surveillance (*supervisory jurisdiction*). Une telle disposition signale que la juridiction de droit commun des cours supérieures de première instance (*original jurisdiction*) est mise en échec, et non pas de façon

44. Voir *supra*, notes 7 et 19.

45. *Exécuteurs testamentaires de la succession de P.A. Woodward c. Ministre des finances*, [1973] R.C.S. 120. Voir J.-F. JOBIN, *op. cit.*, note 43, 59, 66-68.

concurrente mais exclusive; la relation avec le pouvoir de surveillance ne saute pas aux yeux. La Cour suprême a évidemment reconnu que des litiges peuvent échapper à la juridiction de première instance des cours supérieures provinciales, tribunaux de droit commun⁴⁶. En somme, le juriste québécois est porté à penser qu'il s'agit simplement de la mise en oeuvre d'un principe énoncé à l'article 31 du *Code de procédure civile*:

"La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal".

Lorsque l'article 34 du même Code reconnaît à la Cour provinciale une juridiction exclusive dans certaines matières, faut-il conclure que le législateur entend du même coup soustraire ce tribunal dit inférieur au pouvoir de surveillance de la Cour supérieure ou limiter de quelque façon cette surveillance?

Seul un examen minutieux de l'ensemble de la jurisprudence, qu'il nous faudrait relire avec cette unique préoccupation à l'esprit, pourrait nous permettre de nous prononcer adéquatement sur la question de savoir si l'octroi d'une juridiction exclusive équivaut à l'adoption d'une clause privative directe. Rares sont probablement les cas où les cours supérieures se sont sérieusement interrogées sur ce sujet car, au meilleur de notre connaissance, leurs juges ont été régulièrement saisis de dispositions législatives qui attribuaient à une autorité donnée une juridiction exclusive sur une matière, en *ajoutant* que les décisions de cette autorité ne pouvaient faire l'objet d'un examen par une cour de justice, ou n'étaient pas sujettes à *certiorari*, etc. À telle enseigne que P.W. Hogg définit comme suit la "clause privative" qu'il dénomme "*exclusive jurisdiction clause*":

"[it] declares that the tribunal's jurisdiction to decide issues before it is exclusive and unreviewable"⁴⁷ (les italiques sont de nous).

On le constate, cette définition correspond à quelque chose de distinct de la notion "*d'exclusive jurisdiction clause*"; c'est la mention du fait que les décisions du tribunal ne peuvent faire l'objet d'un examen qui confère indéniablement à ce genre de clause un carac-

46. Voir notamment *Mack Trucks Manufacturing Co. of Canada c. Forget*, [1974] R.C.S. 788; *Quebec Telephone c. Compagnie de téléphone Bell du Canada*, [1972] R.C.S. 182; *Compagnie de téléphone Bell du Canada c. Harding Communications Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 395.

47. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 5, 162.

tère privatif^{47a}. Dans le même ordre d'idée, rappelons que dans l'affaire *Farrah*, relative à l'inconstitutionnalité du Tribunal des Transports du Québec, la Cour suprême du Canada a pris grand soin de ne pas juger inconstitutionnelle la juridiction de cet organisme pour l'unique motif qu'il l'exerçait de façon exclusive; les membres de la Haute Juridiction ont insisté sur l'effet combiné d'articles de loi qui confiaient certes au Tribunal en cause une compétence exclusive d'appel mais qui, expressément, prétendaient en outre empêcher les justiciables d'utiliser les recours en surveillance pour contester la validité des décisions du Tribunal⁴⁸.

Par ailleurs, dans un arrêt *Olds College*⁴⁹, le juge en chef Laskin, au nom d'une majorité de ses collègues, n'a pas assimilé automatiquement à une clause privative un texte législatif qui reconnaissait à un tribunal inférieur une juridiction exclusive sur certaines matières; faisant appel en outre à d'autres restrictions apportées par la loi à l'exercice du pouvoir de surveillance des cours supérieures, le juge en chef a jugé à propos d'inventer à cette occasion la notion de "clause quasi privative" (*infra*).

Toutefois, l'article 33 du *Code de procédure civile du Québec* semble bien décréter que l'octroi à un tribunal inférieur d'une juridiction exclusive est un moyen, comme les clauses privatives dont nous avons fait état plus haut, d'exclure le pouvoir de surveillance des cours supérieures; il porte, en effet, que le pouvoir de surveillance est exclu lorsqu'une loi déclare qu'une matière est du "ressort exclusif" d'un tribunal inférieur⁵⁰.

Nous rappellerons plus loin que les clauses privatives directes ont uniquement pour effet d'empêcher les cours supérieures d'exer-

47a. Voir, à titre d'exemple l'arrêt dans lequel les juges discutent à la fois de juridiction exclusive et de clause privative, *British Airways Board c. Workers' Compensation Board*, (1985) 17 D.L.R. (4th) 36 (C.B., C.A.).

48. *P.G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638.

49. *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923.

50. Ce passage plutôt méconnu de l'article 33 C.p.c. a été signalé par J.-F. JOBIN, *op. cit.*, note 43, 86 et 199. L'article 33 se lit comme suit: "À l'exception de la Cour d'appel, les tribunaux relevant de la compétence de la Législature du Québec, ainsi que les corps politiques et les corporations au Québec, sont soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, en la manière et dans la forme prescrites par la loi, sauf dans les matières que la loi déclare du ressort exclusif de ces tribunaux, ou de l'un quelconque de ceux-ci, et sauf dans les cas où la juridiction découlant du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière". Voir aussi *infra*, note 117.

cer leur pouvoir de surveillance sur les simples erreurs de droit intrajuridictionnelles commises par les institutions protégées. Dans cette perspective, il semble approprié de reconnaître un caractère privatif à une disposition législative qui confère une juridiction exclusive sur une matière donnée à un tribunal inférieur ou à un organisme administratif. La volonté du législateur d'exclure les cours supérieures du secteur en cause apparaît assez manifeste; au Québec, l'article 33 C.p.c. appuie certes cette prétention. On trouve aussi dans un arrêt *Noranda Mines*, rendu par la Cour suprême en 1969, un passage qui pourrait à la rigueur signifier que l'octroi d'une juridiction exclusive est constitutif de clause privative directe⁵¹. Par ailleurs, deux juges de la Cour d'appel de l'Alberta exprimaient l'opinion, en 1983, que:

"[] once a question is expressly confided to a tribunal it attracts the protection of a privative clause"⁵².

Toutefois, l'affirmation surprend en l'espèce étant donné qu'elle est formulée en regard d'un texte législatif qui porte simplement que la "décision est finale et sans appel". Mais les juges s'en remettent surtout à la notion de clause quasi privative, notion dont il faut ici signaler l'origine.

B) L'émergence de la notion de clause quasi privative

Tel que nous l'avons déjà indiqué, ce nouveau concept est apparu dans un arrêt *Olds College* de la Cour suprême, arrêt rédigé par le juge en chef Laskin, pour la majorité⁵³.

Une loi de l'Alberta reconnaissait notamment à un organisme la compétence "exclusive" de décider si un différend pouvait faire l'objet d'un arbitrage et sa décision était "définitive et péremptoire à toutes fins" (arts 9 et 11). Le législateur avait aussi prévu que les décisions de l'organisme ne pouvaient en somme faire l'objet d'un

51. *Noranda Mines c. The Queen*, [1969] R.C.S. 898. Une véritable clause privative (pas d'examen judiciaire possible), *mais sans mention de juridiction exclusive*, protégeait les décisions de la Commission des relations de travail de la Saskatchewan (art. 20 de la Loi). Le juge Martland écrit (*per curiam*): "By virtue of s. 20, the jurisdiction of the Board in this matter is made exclusive. Therefore, as is pointed out in the judgment of the Court of Appeal, if the order in question here is within that jurisdiction, it is not open to judicial review because of error, whether of law or fact" (p. 903, les italiques sont de nous).

52. *United Nurses of Alberta c. Misericordia Hospital*, (1984) 3 Adm. L.R. 12, 19 (le juge Stevenson, avec l'appui du juge Haddad).

53. *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923.

examen judiciaire (art. 89(1)) pour ajouter aussitôt que lesdites décisions étaient susceptibles d'être révisées par voie de requête en *mandamus* et en *certiorari*, dans un délai de trente jours (art. 89(2)). Un justiciable contesta une décision, dans le délai prescrit, par une procédure en *certiorari*. Conformément à une jurisprudence bien établie par la Cour suprême elle-même⁵⁴, la Cour était autorisée, en présence d'un texte législatif laissant la voie libre au recours en *certiorari*, à exercer son contrôle sur les erreurs de droit intrajuridictionnelles apparaissant à la lecture du dossier. Mais le juge Laskin, sans faire état des jugements antérieurs de la Cour, trouva opportun de réduire le champ d'action du *certiorari* en mettant de l'avant l'idée suivante: l'ensemble des articles adoptés par le législateur fait apparaître une clause quasi privative (*near privative clause*) et les articles 9 et 11 ont pour effet de déterminer la mesure (*to cast a gloss on the extent to which*) dans laquelle une cour supérieure peut intervenir⁵⁵; il avait commencé ses réflexions par la remarque suivante: "Quel que soit l'effet privatif que les articles 9 et 11 peuvent avoir en soi"⁵⁶. La Cour décide majoritairement d'attacher à cette soi-disant clause quasi privative l'effet reconnu aux véritables clauses privatives directes: empêcher sur un recours en *certiorari* le contrôle des erreurs de droit intrajuridictionnelles.

Nous aurons l'occasion de revenir plus loin sur ce jugement qu'il faut situer dans l'ensemble jurisprudentiel. Chose certaine, l'arrêt *Olds College* ne simplifie pas l'état du droit relatif aux clauses privatives: il porte création d'un concept à la fois nouveau et obscur tout en conservant un curieux et remarquable silence sur l'existence d'arrêts antérieurs bien connus et que l'on a peine à concilier avec la mise sur le marché du nouveau produit jurisprudentiel.

SECTION 2: L'INEFFICACITÉ RELATIVE DES CLAUSES PRIVATIVES

Les tribunaux se sont efforcés dans un premier temps de régler les difficultés suscitées par la présence de clauses privatives

54. *Board of Industrial Relations of Alberta c. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] R.C.S. 137; *P. G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Yellow Cab Ltd. c. Board of Industrial Relations*, [1980] 2 R.C.S. 761.

55. *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923, 927. Voir p. 931 pour l'expression "clause quasi privative".

56. *Id.*, p. 926. Au Québec, voir *Ghio c. Bernier et Office de la construction*, [1982] C.S. 986.

directes en évitant de porter la controverse sur le plan constitutionnel. Ce premier temps fut aussi le plus long... Il commença peut-être vers 1670 en Angleterre⁵⁷; ce pays en est d'ailleurs toujours à son premier temps. La Cour suprême du Canada a toutefois élevé le débat à l'automne 1981. À l'occasion de l'arrêt *Crevier*, une protection constitutionnelle fondée sur l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été officiellement octroyée au Canada à l'existence et à l'essentiel du champ d'action du pouvoir de contrôle des cours supérieures; une législature provinciale ne possède pas la compétence d'y faire obstacle (*infra*, section 3).

Il convient dans la présente section de faire le point sur le sort que les cours supérieures ont réservé et réservent encore aux clauses privatives directes, totales ou partielles, abstraction faite de l'entrée en scène de l'article 96 advenant "l'étanchéité" de ces clauses.

Le juge Beetz a récemment signalé en deux phrases, au nom de la Cour suprême, que les clauses privatives directes n'ont qu'un effet relatif sur l'exercice du pouvoir de contrôle des cours supérieures.

"Il faut rappeler qu'en vertu de la clause privative que l'on trouve à l'article 139 du *Code du travail*, L.R.Q. chap. C-27, la simple erreur de droit échappe à la révision judiciaire. Seule l'erreur juridictionnelle y donne ouverture, ou encore l'erreur résultant d'une interprétation déraisonnable qui est assimilée à une erreur juridictionnelle"⁵⁸.

C'est un discours semblable, exception faite de la mention explicite de l'interprétation déraisonnable, que tenait le juge Pratte, pour la majorité de ses collègues de la Cour suprême, dans l'arrêt *Farrah*:

"Les tribunaux canadiens et anglais ont souvent étudié des clauses privatives de ce genre; ils ont jugé qu'elles ne peuvent être invoquées pour écarter le pouvoir de surveillance des cours supérieures dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction des tribunaux inférieurs, mais qu'elles empêchent les cours d'intervenir dans les cas 'd'illégalités' commises par les tribunaux dans l'exercice de leur juridiction lorsque, n'eût été la clause privative, ces illégalités donneraient ouverture au bref de *certiorari*. L'état du droit à ce sujet est le même au Québec et dans les provinces de *common law*"⁵⁹.

57. Voir H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 600.

58. *Syndicat des professeurs du Collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596, 602.

59. *P.G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, 654-655. De même le juge Martland écrivait (*per curiam*) dans l'arrêt *Exécuteurs testamentaires de la succession de P.A. Woodward c. Ministre des finances*, [1973] R.C.S. 120, 127: "L'effet qui a été donné à une disposition de ce genre [la clause privative] est que même si elle empêche une cour supérieure de réviser, par

Le message est clair dans son imprécision... Les clauses privatives directes ne font pas obstacle à l'exercice du pouvoir de contrôle lorsque les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs commettent des erreurs juridictionnelles, c'est-à-dire prennent des décisions qu'ils n'ont pas la compétence (absence ou excès) d'adopter ou refusent d'adopter les décisions qu'ils ont l'obligation de prendre. Toutefois, les clauses privatives (appropriées) empêchent les cours supérieures d'exercer leur contrôle sur les erreurs de droit, commises par ces tribunaux ou organismes, dans l'exercice de leur compétence (erreur intrajuridictionnelle); on sait que les cours supérieures, minimisant l'importance de la distinction entre leur pouvoir de surveillance et l'appel, se sont arrogées depuis longtemps en *common law* le pouvoir de censurer ce type d'erreurs à la condition qu'elles apparaissent à la lecture du dossier du décideur et que les justiciables présentent leurs doléances aux juges dans le cadre d'un recours en *certiorari*, ce qui suppose que les erreurs sont le fait d'institutions contre qui le *certiorari* est recevable⁶⁰. Toutefois, les erreurs intrajuridictionnelles manifestement déraisonnables ne peuvent être "couvertes" par une clause privative parce qu'elles se métamorphosent en erreurs juridictionnelles; elles n'échappent pas à l'emprise du pouvoir de surveillance activé par un *certiorari* ou tout autre recours.

Les clauses privatives directes sont donc sans effet en cas d'erreur juridictionnelle de la part de l'organisme protégé (paragraphe 2) mais elles empêchent le contrôle des juges des cours supérieures en cas d'erreur de droit intrajuridictionnelle (paragraphe 3). Avant de formuler quelques commentaires sur ces deux thèmes, il est opportun de rappeler les motifs que les juges ont invoqués, avant l'arrêt *Crevier*, pour ne pas se préoccuper outre mesure des volon-

voie de *certiorari*, la décision d'un tribunal inférieur pour erreur de droit manifeste à la lecture du dossier, si pareille erreur est commise dans l'exercice approprié de la compétence de ce dernier tribunal, elle n'empêche pas cette révision si le tribunal inférieur a outrepassé les limites de sa compétence définie [*defined jurisdiction*]".

60. H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 272-287; J.M. EVANS, *op. cit.*, note 32, 400-408; J.M. EVANS, H.N. JANISCH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 4, 351-357. Le législateur fédéral a officiellement donné au recours sous l'article 28 C.F. une certaine allure d'appel en prévoyant que les erreurs de droit sont un cas d'ouverture à ce recours, ajoutant même qu'il n'est pas nécessaire qu'elles apparaissent à la lecture du dossier. Par ailleurs, si ce recours n'autorise pas la Cour d'appel à substituer sa propre décision à celle de l'organisme en cause, la loi fédérale permet néanmoins à la Cour d'appel non seulement d'annuler une décision mais aussi de donner des directives à son auteur (article 52 C.F.).

tés consciemment ou inconsciemment exprimées par les élus du peuple (paragraphe 1).

Paragraphe I — Les justifications jurisprudentielles de l'interprétation restrictive

Les tribunaux, canadiens ou britanniques, ont fait appel à divers motifs pour justifier leur réaction aux clauses privatives directes édictées par les parlements.

Ils ont fait état, en premier lieu, de la présomption (une de leurs créations) voulant que le législateur n'ait pas l'intention de supprimer le droit d'accès aux cours de justice à moins de faire connaître clairement sa volonté⁶¹. On s'accorde à reconnaître que le libellé de certaines clauses privatives était assez explicite pour renverser cette présomption; mais les juges savent faire semblant qu'ils sont incapables de lire lorsqu'ils l'estiment nécessaire⁶². La Cour suprême a cependant reconnu, dans un jugement unanime (*Farrell*), que cette présomption n'était rien d'autre qu'une présomption... et non une garantie d'existence du pouvoir de contrôle des cours supérieures⁶³.

Une deuxième justification, plus fondamentale, a aussi été invoquée. Toute délégation de pouvoir à des tribunaux inférieurs ou à des organismes administratifs porte en elle-même le principe de sa propre limitation (sinon ce serait de l'abdication de pouvoir) et il faut présumer que les parlements n'entendent pas autoriser leurs délégataires à outrepasser le cadre, si vaste soit-il, de leur compétence limitée. Le juge Martland, de la Cour suprême du Canada, a bien résumé ce point de vue (*per curiam*) dans l'arrêt *Woodward*:

"Le fondement de ces arrêts est que si le tribunal a excédé sa compétence dans une décision, cette dernière n'est pas une décision du tout, selon la loi qui définit les pouvoirs du tribunal, parce que le Parlement ne pouvait pas

61. J.M. EVANS, *op. cit.*, note 32, 357-358.

62. Des juges ont occasionnellement respecté les clauses privatives au nom du principe énoncé par le Comité judiciaire du Conseil privé: "A Court of Law has nothing to do with [an] Act of Parliament, lawfully passed, except to give it effect according to its tenor". (*A.G. for Ontario c. A.G. for Canada*, [1912] A.C. 571, 583).

63. *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, [1962] R.C.S. 48. "If an argument based upon s.96 of the British North America Act is untenable, the other argument based upon right of access to the courts falls with it". (Le juge Judson, *per curiam*, p. 52).

avoir l'intention de conférer à pareil tribunal le pouvoir d'étendre sa compétence légale au moyen d'une décision erronée quant à l'étendue de ses propres pouvoirs. En cette Cour, le principe a été énoncé par le juge Kerwin [...] dans l'affaire *Toronto Newspaper Guild* [...]: 'Nous partons du principe selon lequel lorsqu'un tribunal administratif est constitué par un organisme législatif suprême, l'intention est que ce tribunal reste dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés' ⁶⁴.

Il ne faut donc pas prêter au législateur l'intention contradictoire de confier à une institution une compétence à la fois limitée et illimitée. Encore ici, il ne s'agit que d'une règle d'interprétation; mais seuls des mots très "forts" pourront la mettre en échec. Le juge Rand observait dans l'arrêt *Toronto Newspaper Guild*:

"In the absence of a clear expression to the contrary, we are bound by the principle that *ultra vires* action is a matter for the superior courts: the statute is enacted on that assumption" ⁶⁵.

On passe à un tout autre ordre de justification lorsque l'on constate que des juges n'ont pas hésité à signaler que les parlements souscrivaient implicitement à l'interprétation que la jurisprudence donnait aux clauses privatives directes. Ainsi, par exemple, le juge Rand notait dans le même arrêt *Toronto Newspaper Guild*:

"The acquiescence of the legislatures, particularly during the past fifty years, in the rejection by the courts of such a view confirms the interpretation which has consistently been given to the privative clauses" ⁶⁶.

Cette remarque a été formulée en 1953. Elle ignore donc les efforts postérieurs des législatures visant à étoffer les clauses privatives dans le but de mettre en échec la jurisprudence des cours supérieures, sans aller toutefois jusqu'à décréter en toutes lettres que les organismes protégés étaient libres d'adopter des décisions qu'ils n'avaient pas l'autorité de prendre... Rappelons, par exemple, que c'est en 1957, quelques années après l'arrêt *Toronto Newspaper*, que l'Assemblée nationale du Québec décréta, à l'article 33 (l'article 50 à cette époque) du *Code de procédure civile*, que le

64. *Exécuteurs testamentaires de la succession de P.A. Woodward c. Ministre des finances*, [1973] R.C.S. 120, 127. De même le juge Dickson, dissident avec quelques collègues, écrit dans l'arrêt *Jacmain c. P.G. du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15, 29: "La grande difficulté est la suivante: il est difficile de concevoir que le législateur puisse créer un tribunal à compétence limitée et qu'en même temps, il lui accorde un pouvoir illimité pour fixer l'étendue de sa compétence".

65. *Toronto Newspaper Guild c. Globe Printing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18, 28.

66. *Id.*, p. 28.

pouvoir de surveillance de la Cour supérieure peut être exclu par une disposition législative⁶⁷. On sait que les juges répliquèrent en quelque sorte que le libellé de l'article 33 n'avait pas beaucoup d'importance puisque le pouvoir de surveillance prenait sa source dans la *common law*⁶⁸. Par ailleurs, l'Assemblée nationale n'a pas fait sienne en 1965, lors de l'adoption du Code actuel, une recommandation de la Commission de révision suggérant de rayer de l'article 33 les dispositions relatives à la suppression du pouvoir de surveillance⁶⁹.

En définitive, il est possible que les juges aient donné une "interprétation restrictive" aux clauses privatives directes parce qu'ils étaient d'avis que les parlements n'avaient tout simplement pas la compétence d'empêcher la mise en oeuvre de leur pouvoir de contrôle. Mais le débat est alors porté à un autre niveau: il n'est plus question d'une recherche d'intention législative mais de compétence législative. Avant que le problème de la constitutionnalité des clauses privatives ne sorte de sa clandestinité dans l'arrêt *Crevier* (*infra*), quelques juges ont semblé mettre en cause, sans s'expliquer, la validité de ces textes législatifs. Ainsi, par exemple, sans appui de ses collègues, le juge Rand écrivait dans l'arrêt *Toronto Newspaper* que l'interprétation restrictive s'imposait car:

"Any other view would mean that the legislature intended to authorize the tribunal to act as it pleased, subject only to legislative supervision: but that is within neither our theory of legislation nor the provisions of our constitution"⁷⁰ (les italiques sont de nous).

Puis la Cour suprême fit savoir que si les justiciables entendaient soulever la question constitutionnelle, le célèbre article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pourrait leur venir en aide. En 1961, le juge Judson opinait, en effet, au nom de la Cour, dans un arrêt *Farrell*, que:

"The restrictions on the legislative power of the province to confer jurisdiction on boards must be derived by implications from the provision of s. 96

67. L.Q. 1956-57, c. 15, art. 1.

68. R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, pp. 1103-1112.

69. *Id.*, p. 1100, note 97.

70. *Toronto Newspaper Guild c. Globe Printing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18, 28. De même le juge Rinfret exprimait le même jour, dans une autre affaire, l'opinion suivante sans appui de ses collègues: "Il y aurait beaucoup à dire sur la constitutionnalité de ces articles des statuts qui se généralisent [...]". (*Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140, 155-156).

of the British North America Act. Short of an infringement of this section, if the legislation is otherwise within the provincial power, there is no constitutional rule against the enactment of s. 76 [la clause privative en cause dans cette affaire]⁷¹.

Il n'y a pas d'article 96 dans la constitution de la Grande-Bretagne... Il n'empêche que le professeur Wade se croit justifié d'observer à la lecture de la jurisprudence britannique, qui ressemble à la canadienne et dont nos juges se sont d'ailleurs fortement inspirés:

"In order to preserve this vital policy [la préséance du pouvoir de surveillance sur les clauses privatives] the courts have been forced to rebel against Parliament [...] This is tantamount to saying that judicial control is a constitutional fundamental which even the sovereign Parliament cannot abolish, at least without some special and exceptional form of words [...] Encouraged perhaps by these successes, the courts have now gone to the length of making ouster clauses meaningless, inconsistent though this is with the constitutional position of the judiciary. There can surely be no more striking illustration of the potentialities of judicial review"⁷².

Tout comme au Canada, cette jurisprudence n'est pas sans susciter outre-Atlantique des réactions de la part de ceux qui sont un peu ou beaucoup moins partisans du contrôle judiciaire⁷³. Il semble toutefois que les juges canadiens soient aujourd'hui généralement plus sensibles que leurs homologues britanniques à la question de l'équilibre qu'il faut s'efforcer de maintenir entre leur nécessaire pouvoir de contrôle et la liberté d'action qu'il convient de reconnaître aux tribunaux inférieurs et aux organismes administratifs à qui les parlements délèguent certains pouvoirs décisionnels.

Paragraphe 2 — L'absence d'effet en cas d'erreur juridictionnelle de la part du décideur

Ainsi que l'a rappelé le juge Beetz, *per curiam*, dans l'arrêt *Collège de Lévis-Lauzon*⁷⁴, les clauses privatives provinciales directes ne font pas obstacle à l'exercice du pouvoir de surveillance lorsque les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs se rendent coupables d'erreurs juridictionnelles; ces textes législatifs sont alors pratiquement inopérants.

71. *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, [1962] R.C.S. 48, 52.

72. H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 605-606.

73. Voir par exemple les remarques nuancées de P.P. CRAIG, *op. cit.*, note 36, 524-526. Au Canada, voir le texte enflammé de H. ARTHURS, "Protection Against Judicial Review", (1983) 43 *R. du B.* 277.

74. *Supra*, note 58.

La présente étude sur l'effet des clauses privatives ne saurait se transformer, sous peine de confondre le "principal" et "l'accessoire", en une réflexion circonstanciée sur la notion "rubicisante" d'erreur juridictionnelle, même si le contenu variable que les juges ont pu donner au concept de "juridiction", et la jurisprudence kaléidoscopique qui en est résultée, s'expliquent en partie par la présence de clauses privatives directes dans les textes législatifs portant délégation de pouvoirs à l'endroit des tribunaux inférieurs et des organismes administratifs⁷⁵. Plus les juges donnent au concept de "juridiction" une portée extensible (et vague), plus la notion d'erreur juridictionnelle se prête à toutes sortes d'utilisation et plus il leur devient évidemment possible d'éclipser des clauses privatives lorsqu'ils l'estiment opportun, en colorant si nécessaire une erreur intrajuridictionnelle en erreur juridictionnelle.

Il existe, si l'on veut bien nous passer l'expression peut-être utile à des fins d'enseignements⁷⁶, deux types d'erreur juridictionnelle: la "classique" (A) et la "moderne" (B), qui n'a rien d'une "légère"... Observons immédiatement que lorsqu'un décideur commet une erreur juridictionnelle (quelle que soit la sorte), le pouvoir de surveillance, toujours disponible (sauf appel adéquat à une cour supérieure, *supra*), peut s'exercer dans le cadre de tout recours en surveillance approprié aux circonstances.

A) L'erreur "classique"

La notion "classique" d'erreur juridictionnelle recouvre depuis longtemps une réalité extrêmement fluide et maléable. La jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître qu'il est parfois fort difficile de déterminer si une erreur porte sur une question circonscrivant le cadre de compétence d'un décideur (erreur juridictionnelle) ou entrant dans ce cadre (erreur intrajuridictionnelle)⁷⁷.

L'existence de clauses privatives a certes ajouté aux difficultés de l'élaboration d'une théorie rationnelle de l'erreur juridiction-

75. Voir, à ce propos, l'analyse présentée lors de ce colloque de Sherbrooke par Y.-M. MORISSETTE, "Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse antithèse et synthèse", (1986) 16 R.D.U.S. 591.

76. L'exposé de Y.-M. MORISSETTE, *op. cit.*, note 75, montre bien cependant que ces deux types d'erreur sont intimement reliés à une seule préoccupation: la délimitation de la portée du concept clef de "juridiction".

77. Voir par exemple les notes du juge Beetz, rendant le jugement de la Cour suprême, dans l'affaire *Syndicat des Employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412.

nelle. Par ailleurs, l'activisme notoire dont ont fait preuve en cette matière des juges britanniques a nécessairement eu des échos en terre canadienne. Le célèbre arrêt *Anisminic*⁷⁸ a fait autorité durant plusieurs années en Cour suprême du Canada⁷⁹ et ailleurs; on a fait dire à cet arrêt que *toute erreur de droit* commise par un décideur inférieur possédait désormais un caractère juridictionnel, c'est-à-dire équivalait à un excès de pouvoir. La compétence de statuer sur une question, expressément déléguée par le législateur, se volatilisait en quelque sorte à partir du moment où son titulaire errait en droit, de l'avis de juges de surveillance décidés à se transformer en juges d'appel. La Cour suprême du Canada a récemment pris ses distances à l'endroit de cette théorie qui ignore la distinction historique entre l'appel et le pouvoir de surveillance⁸⁰.

Mais l'élimination de cette conception trop tentaculaire n'entraîne pas qu'il soit pour autant devenu facile de définir les notions jurisprudentielles de "juridiction" et "d'erreur juridictionnelle". Comme le signalent les professeurs Evans, Janisch, Mullan et Risk:

"The difficulty is to distinguish those matters that form part of the definition of the legal limits of the tribunal's decision-making power, from those matters that fall within that area and are for the tribunal to decide"⁸¹.

Les nombreux juges de surveillance ont émis des opinions divergentes sur ces questions complexes. Ils l'ont fait à différentes époques (l'omniprésence de l'administration publique est allée s'accroissant et la spécialisation de multiples institutions administratives n'a pas toujours été aussi marquée); ils l'ont fait en fonction des cas d'espèce qui leur étaient soumis, chacun exigeant généralement l'analyse d'un texte législatif différent et présentant ses faits propres auxquels les juges ne pouvaient toujours rester insensibles; ils l'ont fait en tenant compte à l'occasion de la nature du secteur

78. *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 1 All E.R. 208 (H.L.). Sur cet arrêt et ses séquences en Grande-Bretagne, consulter notamment H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 602-606.

79. Voir *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers*, [1970] R.C.S. 425; *Union internationale des employés des services c. Nipawin District Staff Nurses*, [1975] 1 R.C.S. 382.

80. Voir, par exemple, les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 492-493. L'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, pour ne citer qu'un autre arrêt, est au même effet.

81. J.M. EVANS, H.N. JANISCH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 4, 469.

d'activité concernée (l'immigration, le régime carcéral, les affaires universitaires, les relations de travail, etc...); ils l'ont fait en n'ignorant pas toujours la nature spécifique des multiples organismes de tous genres soumis à leur contrôle (cours inférieures, tribunaux administratifs plus ou moins spécialisés, gouvernements, etc), ou la nature de leurs décisions (réglementaires, quasi judiciaires, administratives, ministérielles), etc. S'il est possible de trouver presque naturellement des causes à ces divergences d'opinions, il n'en reste pas moins qu'il est pratiquement impossible de définir les concepts fondamentaux dont il est ici question⁸².

À telle enseigne que le juge en chef Laskin, rédigeant le jugement de la Cour suprême, fera en quelque sorte aveu d'impuissance à préciser la notion d'erreur juridictionnelle au moment où la Haute Juridiction décidera de l'enchaîner d'une certaine façon dans la Constitution du pays. Il écrira, en effet, dans l'arrêt *Crevier*.

"Il peut y avoir des divergences de vues sur ce que sont des questions de compétence [questions of jurisdiction], mais, dans mon vocabulaire, elles dépassent les erreurs de droit, dont elles diffèrent, que celles-ci tiennent à l'interprétation des lois, à des questions de preuve ou à d'autres questions"⁸³.

Il suffit à notre propos de citer ici un extrait d'un arrêt de la Cour suprême du Canada, souvent présenté comme une sorte de *dictum* sur la notion d'erreur juridictionnelle. L'arrêt a été rédigé par le juge Dickson (*per curiam*), dans une affaire *Nipawin Nurses Association*⁸⁴. L'extrait fait voir que *les cas* d'erreur juridictionnelle sont multiples et peuvent se produire soit au moment où le décideur se saisit d'une question, soit au cours de son processus décisionnel, soit à l'étape où il fixe le contenu de sa décision. La notion d'erreur juridictionnelle ne se limite donc pas à l'erreur que le tribunal inférieur ou l'organisme administratif peut commettre en appréciant les limites que le législateur a fixées dans la loi à sa faculté de se saisir d'une question et d'en décider⁸⁵. Avant de lire

82. Voir l'étude de Y.-M. MORISSETTE, *op. cit.*, note 75.

83. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 236.

84. *Union internationale des employés des services c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382.

85. Au cours de son exposé, le juge Dickson cite à titre d'autorités les arrêts *Anisminic et Metropolitan Life Insurance*, deux jugements guère prisés notamment par le juge en chef Laskin; voir les arrêts postérieurs *Volvo Canada Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis*, [1980] 1 R.C.S. 178, 193-194; *Syndicat des camionneurs c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, 724. Les affaires *Anisminic* (Grande-Bretagne) et *Metropolitan Life*

l'extrait en cause, il faut savoir que l'organisme, dont une décision était soumise à l'examen de la Cour, était protégé par une clause privative totale. Par ailleurs, l'extrait est également intéressant parce qu'on y trouve un passage — nous le soulignons pour ce motif — qui pourrait laisser à penser, hors contexte, qu'il y a lieu de distinguer les erreurs juridictionnelles raisonnables de celles qui ne le sont pas du tout, théorie que rejettera le juge Beetz, *per curiam*, dans l'affaire postérieure *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*⁸⁶. Le juge Dickson écrit:

"Il ne peut y avoir de doute qu'un tribunal "statutaire" ne peut, impunément, faire abstraction des conditions requises par la loi qui l'a créé, et trancher les questions à sa guise. S'il le fait, il déborde le cadre de ses pouvoirs, manque de remplir son devoir envers le public et s'écarte d'une façon d'agir légalement permise. Une intervention judiciaire est alors non seulement admissible, mais l'intérêt public l'exige. *Mais si la Commission agit de bonne foi et si sa décision peut rationnellement s'appuyer sur une interprétation qu'on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation pertinente, alors la Cour n'interviendra pas.* Un tribunal peut, d'une part avoir compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête mais, au cours de cette enquête, faire quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la sauvegarde de la clause privative ou limitative de recours. Des exemples de ce genre d'erreur seraient le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de justice naturelle ou d'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n'est pas saisi. Si, d'autre part, une question appropriée est soumise à ce tribunal, c'est-à-dire, une question relevant de sa compétence, et s'il répond à cette question sans faire d'erreurs de la nature de celles dont j'ai parlé, il peut alors répondre à la question correctement ou incorrectement et sa décision ne sera pas sujette à révision"⁸⁷ (les italiques sont de nous).

Certains cas d'erreur juridictionnelle font appel à de la haute voltige juridique: v.g., par son interprétation erronée d'un texte, le décideur s'est approprié une compétence qu'il ne possède pas ou a refusé d'exercer un pouvoir qui lui a été confié⁸⁸.

Insurance (Canada) ont permis à des juges de mettre de l'avant une conception fort large de l'erreur juridictionnelle.

86. *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, 441-442. Les erreurs juridictionnelles ne sont pas selon les juges une affaire d'expertise mais d'interprétation de la loi.

87. *Union internationale des employés des services c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, 388-389.

88. *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827; *Jarvis c. Associated Medical Services Inc.*, [1964] R.C.S. 497.

B) L'erreur "moderne"

Il est désormais assuré — c'est déjà un acquis important... — que les erreurs *intrajuridictionnelles*, c'est-à-dire portant par hypothèse sur des sujets relevant de l'appréciation du décideur, peuvent faire l'objet de la surveillance des cours supérieures, même en présence d'une clause privative directe, lorsqu'elles revêtent un caractère manifestement déraisonnable. Comme nous l'avons déjà signalé, ces erreurs *intrajuridictionnelles* se métamorphosent en erreurs *juridictionnelles* (c'est-à-dire qu'elles leur deviennent assimilables) et leur déraisonnabilité manifeste sert de catalyseur à cette réaction juridique effectuée par les juges. La gravité de l'erreur commise fait perdre au décideur la compétence d'agir qu'il possédait au départ; le pouvoir de décider n'autorise pas son titulaire à faire preuve d'irrationalité. L'arrêt relativement récent prononcé par la Cour suprême en 1979, dans une affaire *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (le juge Dickson, *per curiam*), représente en quelque sorte l'acte de naissance officielle⁸⁹ de cet ajout (*moderne*) au champ d'action de la notion d'erreur *juridictionnelle*.

On trouve dans un jugement postérieur de la Cour suprême, sous la plume du juge Beetz (*per curiam*), une définition de cette forme d'erreur, définition qui indique bien que la "nouvelle venue" ne devrait pas avoir ses entrées partout...

"La simple erreur de droit [*intrajuridictionnelle*] se distingue de celle qui résulte d'une interprétation manifestement déraisonnable d'une disposition qu'un tribunal administratif est chargé d'appliquer dans les cadres de sa compétence. Cette sorte d'erreur équivaut à une fraude à la loi ou à un refus délibéré d'y obéir. Comme l'a décrite le juge Dickson [...] parlant pour toute la Cour dans [...] *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* [...] elle est "déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire". Une erreur de cette nature est assimilée à un acte arbitraire ou posé de mauvaise foi et contraire à la justice naturelle.

[...]

Lorsque [...] les cours chargées d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux administratifs, décident qu'une interprétation donnée par ceux-ci à une disposition n'est pas manifestement déraisonnable, elles décident que cette interprétation peut se défendre. Mais elles ne décident pas si cette interprétation est effectivement correcte ou erronée et n'expriment généralement pas d'opinion sur la question"⁹⁰.

89. *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

90. *Société des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, 420 et 441.

Il serait intéressant de relever le nombre de jugements dans lesquels les juges ont exprimé leur opinion avant de conclure que le sujet ne relevait pas de leur juridiction de contrôle...

Jugeant déraisonnable le contenu d'une sentence arbitrale, l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, de la Cour d'appel, observait récemment que la retenue dont devait faire preuve les juges en cette circonstance n'entraînait pas en réalité la disparition de leur pouvoir de surveillance; il leur fallait cependant éviter de verser dans le subjectivisme. Selon le juge L'Heureux-Dubé:

"La réserve judiciaire demeure certes toujours la règle, mais le pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux [supérieurs] n'a pas été pour autant aboli.

Ce pouvoir est fondamental, peut-être le plus fondamental dans notre système judiciaire. En l'absence de droit d'appel et en présence de clauses privatives, le contrôle de la compétence des tribunaux inférieurs demeure la seule garantie du citoyen d'assurer le respect des règles fondamentales de la primauté du droit. Le citoyen qui s'adresse à une instance, soit-elle administrative, quasi judiciaire ou judiciaire, a le droit à ce que justice soit rendue suivant les règles de droit et non de façon capricieuse, arbitraire ou incompatible.

Si le législateur a confié à des instances administratives le soin de juger certaines matières spécialisées, par souci d'efficacité, cette volonté doit être respectée. Si, par ailleurs, le pouvoir de surveillance et de contrôle de ces instances existe, il assurera une meilleure mesure de justice dans le cas où l'on serait tenté de s'écarter des règles fondamentales de notre système judiciaire. Ce 'check and balance' est sain pour toutes les parties en cause.

Dans le cas qui nous intéresse, soit celui de l'interprétation du texte d'une convention collective, le pouvoir judiciaire interviendra si l'interprétation est manifestement déraisonnable et constitue de ce fait un excès de juridiction. La raisonnable en cette matière ne saurait être subjective, ce qui équivaldrait à substituer l'opinion d'une cour de justice à celle de l'arbitre, dont c'est précisément la fonction d'interpréter ces textes. Il y a plutôt lieu de déterminer si l'interprétation qu'on en a faite peut logiquement découler du texte à l'étude. Si non, l'interprétation sera manifestement déraisonnable"^{90a}.

Nous éprouvons de la difficulté à distinguer l'interprétation manifestement déraisonnable d'un texte de "l'abus de discrétion" (ou abus de pouvoir), un cas d'ouverture au pouvoir de surveillance qui connaît depuis longtemps la décision déraisonnable pour cause d'arbitraire ou d'irrationalité, du moins en matière régle-

90a. *Alliance des infirmières de Sherbrooke c. Hôpital d'Youville*, J.E. 85-1037, pp. 11 et 12 du jugement.

mentaire⁹¹. Et le législateur québécois accentue notre malaise puisqu'il a décrété dès 1965 que le recours en évocation (prohibition-*certiorari*) est possible non seulement en cas "de défaut ou d'excès de juridiction" (erreur "classique") mais aussi "lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante"⁹². Deux arrêts récents de la Cour suprême font voir la majorité sinon l'unanimité de ses juges trancher des litiges en provenance du Québec en opinant que l'interprétation déraisonnable reprochée au décideur peut témoigner d'un abus de pouvoir au sens de l'article 846 C.p.c.⁹³. Le juge Chouinard écrit (*per curiam*) dans l'affaire *Fraternité des policiers de la C.U.M.*, sur un recours en évocation:

"Ce n'est que dans le cas où la décision de l'arbitre constitue un abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante qu'il y a lieu à intervention judiciaire dans une affaire telle la présente"⁹⁴.

Les notes rédigées par le juge Lamer dans l'arrêt *Control Data*, et auxquelles souscrit son collègue Mc Intyre, témoignent, à notre avis, de l'affinité qui existe entre l'abus de pouvoir ou de discrétion, facette elle-même multiforme de l'erreur "classique", et l'erreur manifestement déraisonnable, que nous avons qualifiée de "moderne"⁹⁵.

Que l'erreur intrajuridictionnelle manifestement déraisonnable constitue ou non une erreur "classique" ou "moderne", il n'en

91. Sur l'abus de discrétion, voir notamment H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 347-409; J.M. EVANS, *op. cit.*, note 32, 278-279, 320-343; J.M. EVANS, H.N. JANISCH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 4, 573-578, 606-620, 632-645; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 4, 260-267.

92. Article 846 C.p.c.

93. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 479-481 (le juge Beetz, pour la majorité); *Fraternité des policiers de la C.U.M. Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74 (le juge Chouinard, *per curiam*). Voir aussi *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal c. CEGEP du Vieux-Montréal*, [1977] 2 R.C.S. 568 (le juge Pigeon, *per curiam*).

94. *Fraternité des policiers de la C.U.M. Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74, 81.

95. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 494-495. Sur la quasi-impossibilité d'établir une distinction tranchée entre les questions de fait et les questions de droit, voir notamment H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 816-817. Le juge Dickson, dissident dans l'arrêt *Jacmain c. P.G. du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15, écrivait à la p. 30: "Il est souvent difficile de déterminer si une question particulière est une question de fait ou de droit. La question, en l'espèce, comme dans la plupart des cas, est une question mixte de fait ou de droit".

demeure pas moins qu'elle est assimilée par la jurisprudence à une erreur juridictionnelle et qu'une clause privative directe n'a point de prise sur elle. Et lorsque le juge Beetz préfère, dans l'arrêt *Control Data*, qualifier une éventuelle erreur manifestement déraisonnable d'abus de pouvoir, sur un recours en évocation, il n'en écrit pas moins, au nom de la majorité de ses collègues:

"Quelle que soit la juridiction de l'arbitre au sens strict, un abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante lui ferait perdre juridiction et donnerait ouverture à la révision judiciaire par voie d'évocation, nonobstant toute clause privative"⁹⁶.

Paragraphe 3 — L'effet privatif en cas d'erreur de droit intrajuridictionnelle du décideur

Selon la *common law*, la simple erreur de droit (c'est-à-dire celle qui n'est pas manifestement déraisonnable) est néanmoins révisable dans certaines circonstances par le juge de surveillance (A). Mais la présence d'une clause privative directe, libellée de façon appropriée, empêche cette intervention du juge (B). Il en va de même, selon certains, si l'ombre des textes législatifs permet d'entrevoir une clause quasi privative... (C). Au Québec, il convient de se demander en premier lieu s'il existe un recours judiciaire autorisant le justiciable intéressé à solliciter l'intervention du juge pour cause de simple erreur de droit du décideur (D); dans la négative, il ne sera point besoin de clause privative directe pour nier au juge, dans la belle Province, son pouvoir de contrôle sur ce genre d'erreur.

A) Le principe du contrôle de l'erreur de droit intrajuridictionnelle, en *common law*

Il est de *common law* bien établi⁹⁷ que les cours supérieures peuvent annuler les décisions prises par les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs lorsqu'elles sont entachées d'une "simple" erreur (intrajuridictionnelle) de droit, et cela, à certaines conditions sur lesquelles nous ne nous arrêterons pas mais qui nous rappellent qu'il existe en contentieux administratif des clauses privatives indirectes: il doit s'agir d'une erreur de droit manifeste; l'erreur doit apparaître à la lecture du dossier; le *certiorari* doit pouvoir être utilisé comme voie de recours ce qui peut faire pro-

96. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 480.

97. Voir *supra*, note 60.

blème par rapport à l'auteur de la décision et à la nature de celle-ci.

Des arrêts de la Cour suprême⁹⁸, et il faut insister sur ce point, ont clairement indiqué qu'en l'absence d'une clause privative directe supprimant le droit d'utiliser le recours approprié, c'est-à-dire le *certiorari*, le contrôle du juge de surveillance peut s'étendre à toute erreur de droit manifeste, sauf sans doute celle que le juge peut refuser de censurer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, parce qu'il la trouve bénigne. Le juge Lamer résume bien ce que nous croyons être l'état du droit positif lorsqu'il observe dans l'arrêt *Control Data*, avec l'appui de son collègue Mc Intyre:

"[...] la distinction entre l'erreur de droit et celle de fait conserve par ailleurs toute son utilité lorsque le tribunal n'est pas à l'abri d'une clause privative. En effet, quoique *toutes les erreurs de droit sont dès lors sujettes à révision*, seules les erreurs de fait déraisonnables le sont, mais pas les autres"⁹⁹ (les italiques sont de nous).

Le professeur Louis-Philippe Pigeon enseigne, au terme d'un long et fructueux séjour à la Cour suprême, que:

"Si tant d'erreurs de droit portent atteinte à la juridiction et, d'un autre côté, les interprétations discutables mais dont le texte est susceptible échappent au contrôle judiciaire, dans quels cas y aura-t-il lieu à ce contrôle pour erreur de droit, par opposition au défaut de juridiction? J'incline à croire que cela ne peut se présenter qu'en l'absence d'une clause privative. Je pense qu'alors, comme au cas d'appel, toute erreur de droit est un motif suffisant. C'est ce que je crois pouvoir déduire de la décision rendue dans l'affaire de *Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd*"¹⁰⁰.

Dans l'arrêt *Yellow Cab Ltd.*, le juge Martland a fait le point (*per curiam*) sur la portée du *certiorari*, en l'absence d'une clause supprimant son usage; il a rappelé que la Cour a décidé dans l'affaire *Stedelbauer* "qu'on peut [alors] exercer [le] pouvoir de révision, non seulement sur une question de compétence, mais aussi à l'égard d'une erreur de droit apparente à la lecture du dossier"¹⁰¹.

98. *Board of Industrial Relations of Alberta c. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] R.C.S. 137; *Yellow Cab Ltd. c. Board of Industrial Relations*, [1980] 2 R.C.S. 761; *P.G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638.

99. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 495.

100. "Pourquoi un contrôle judiciaire des organismes administratifs", (1983) 43 *R. du B.* 129, 136.

101. *Yellow Cab Ltd. c. Board of Industrial Relations*, [1980] 2 R.C.S. 761, 767.

B) L'obstacle de la clause privative

Il est également acquis que le contrôle de l'erreur de droit intrajuridictionnelle, qui permet depuis longtemps au juge de surveillance de venir scruter, comme un juge d'appel, le bien fondé en droit d'une décision, peut être exclu par une clause privative directe. Le juge en chef Laskin l'a reconnu très explicitement (*per curiam*) dans l'arrêt *Crevier*:

"Il est maintenant incontestable que des clauses privatives bien formulées peuvent efficacement écarter le contrôle judiciaire sur des questions de droit et, bien sûr, sur d'autres questions étrangères à la compétence"¹⁰².

Il arrive toutefois qu'avant de se reconnaître inhabiles dans cette circonstance à censurer une décision entachée d'une erreur de droit intrajuridictionnelle, les juges de surveillance font savoir au décideur qu'il a erré en droit; cela n'est pas sans produire quelque effet sur le tribunal inférieur ou l'organisme administratif¹⁰³.

Il va de soi que les juges peuvent trouver opportun de colorer plutôt l'erreur de droit intrajuridictionnelle en erreur juridictionnelle¹⁰⁴, en utilisant l'éventail des couleurs "classiques" ou la teinte "moderne", l'impressionisme étant assez populaire en cette matière.

Le moyen législatif approprié pour exclure le contrôle de l'erreur de droit "simple" consiste sans doute dans l'adoption d'un texte enlevant aux justiciables la faculté de se prévaloir du recours autorisant exceptionnellement cette intervention du juge de surveillance. Il pourra s'agir d'une clause privative "totale" (mais si elle est "étanche", gare à l'article 96, *infra*); le même effet sera atteint (sans danger constitutionnel) par l'adoption d'une clause "partielle" supprimant le recours au certiorari.

L'octroi à un organisme d'une juridiction exclusive (*supra*) aura-t-il aussi cet effet? On se rappelle que ce genre de disposition, joint à d'autres articles d'une nature certes privative, a été tout au plus qualifié de clause quasi privative par la Cour suprême du

102. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 236-237.

103. Voir, par exemple, *P.G. du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057.

104. Certains juristes considèrent par exemple que l'honorable juge Beetz a réussi un tour de force en qualifiant (*per curiam*) de juridictionnelle l'erreur commise par un régisseur dans l'affaire *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827. La Cour suprême infirmait alors l'opinion contraire sur ce point de trois juges de la Cour d'appel: voir *Paxmill Corporation c. Blanco*, [1978] C.A. 204. Le juge Beetz a en quelque sorte confirmé son arrêt *Blanco* dans l'arrêt (*per curiam*) *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, [1984] 2 R.C.S. 412, 442.

Canada dans l'arrêt *Olds College*¹⁰⁵. Il apparaît raisonnable d'avancer sans détour que l'octroi à une institution de la compétence exclusive de trancher certaines questions l'autorise à se prononcer de façon finale sur les points de droit intrajuridictionnels que soulève l'exercice de cette compétence, à moins que le législateur n'en dispose autrement en créant par exemple un droit d'appel à une cour supérieure.

C) La portée de la clause quasi privative

Certains jugements de la Cour suprême du Canada donnent désormais à penser que le juge de surveillance n'a plus la faculté d'annuler une décision entachée d'une simple erreur de droit, même en l'absence d'une véritable clause privative directe, bien que les arrêts *Stedelbauer*, *Yellow Cab* et *Farrah* ainsi que les notes du juge Lamer dans *Control Data*, enseignent le contraire¹⁰⁶.

L'imbroglio juridique semble prendre principalement sa source dans l'arrêt *Olds College*¹⁰⁷, oeuvre du juge en chef Laskin (pour la majorité). Le justiciable s'était prévalu d'un recours en *certiorari* pour s'attaquer à une décision d'un organisme spécialisé; le législateur autorisait expressément l'usage de ce recours dans le texte législatif en cause. Mais à cause de la présence de quelques articles qui restreignaient à d'autres égards l'intervention des cours supérieures, le juge en chef découvrit dans le reflet de ces articles une clause quasi privative (*near privative clause*) qui l'amena à la conclusion suivante:

"Le *certiorari*, dans le contexte du paragraphe 9(1) et de l'article 11 [...] est assujéti à des restrictions conformément à une série d'arrêts de cette Cour qui, de façon générale, empêchent les cours de modifier les interprétations données par la Commission qui ne sont pas manifestement déraisonnables"¹⁰⁸ (les italiques sont de nous).

105. *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923.

106. *Supra*, note 98.

107. *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923. Voir sur ce sujet J.M. EVANS, H.N. JANISCH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 4, 493-499.

108. *Id.*, p. 927. Voir aussi p. 921. À notre avis, le seul octroi d'une juridiction exclusive à l'organisme en cause aurait normalement suffi à empêcher le contrôle de ses erreurs de droit intrajuridictionnelles dites aussi "simples". Il s'agit là d'une précision législative suffisamment explicite pour écarter l'espèce de responsabilité d'appel, sur des questions de droit intrajuridic-

Les arrêts *Stedelbauer*, *Yellow Cab* et *Farrah* qui appuient la thèse contraire ne sont pas cités par le juge en chef. Les deux juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta avaient fait grand état notamment de l'affaire *Stedelbauer* pour arriver à la conclusion que le contrôle de la simple erreur de droit était possible en l'espèce¹⁰⁹; cependant, ils n'avaient pu invoquer les arrêts *Yellow Cab* et *Farrah*, postérieurs à leur décision. En Cour suprême, les juges dissidents (Beetz et Martland) souscrivent sans plus aux propos des deux juges de la Cour d'appel.

Par ailleurs, le juge Laskin (pour la majorité) n'identifie pas clairement les arrêts qui, à son avis, restreignent le pouvoir de surveillance en pareille circonstance. On peut deviner qu'il a songé notamment à l'affaire *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*¹¹⁰ et à quelques autres décisions du même genre puisqu'il y fait allusion plus loin dans ses notes. Il écrit alors:

"[...] la Commission [des relations de travail] agit, pour ainsi dire, dans les limites de sa compétence. Elle était saisie de l'interprétation et de l'application de dispositions que sa loi constitutive lui confie de façon exclusive, en précisant que ses décisions sont définitives et péremptoires. Dans de telles circonstances, l'attitude appropriée que doit adopter une cour de révision ne consiste pas à substituer carrément son avis judiciaire à celui de la Commission, mais est plutôt celle que définit le juge Dickson dans l'arrêt [...] *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* [...] quand il énonce la question de la portée de la révision en ces termes: "... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?" "¹¹¹

Nous souscrivons volontiers à ces observations du juge Laskin s'il avait trouvé dans le texte de loi en cause, à l'instar de celui analysé

tionnelles, que le juge de surveillance s'est reconnu sur un recours en *certiorari*. Mais, dans cette affaire *Olds College*, le législateur lui-même, après avoir octroyé une juridiction exclusive au décideur, avait expressément consenti au justiciable le droit de se prévaloir du *certiorari*, dans un délai de 30 jours. Il devenait pour le moins délicat d'accorder un effet privatif direct à l'octroi d'une juridiction exclusive, quant à l'usage du *certiorari*. Mais il faut surtout retenir que ce n'est pas l'octroi d'une juridiction exclusive qui conduit le juge Laskin à penser que la décision de l'organisme n'est pas révisable parce que non déraisonnable; c'est tout le contexte législatif qui explique la non-intervention.

109. *Re Board of Governors of Olds College*, (1981) 115 D.L.R. (3d) 575.

110. *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

111. *Alberta Union of Provincial Employees c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923, 931.

dans l'arrêt *Société des alcools*, une clause indubitablement privative. Mais à partir du moment où le juge Laskin préfère opter pour une vague notion de clause quasi privative puisée dans un contexte législatif qui précise clairement cependant que le *certiorari* est recevable, il n'est plus autorisé selon nous à invoquer l'autorité de l'arrêt *Société des Alcools* sans, à tout le moins, s'expliquer sur la portée des arrêts *Stedelbauer*, *Yellow Cab* et *Farrah*; en outre, il introduit dans le droit relatif aux clauses privatives une théorie du contexte institutionnel qui évoque les méandres de "l'institutional setting" propre à la jurisprudence sur la portée de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Probablement conscient du caractère non orthodoxe de sa motivation, le juge Laskin ajoute finalement à ses propos une phrase mystérieuse que nous préférons citer dans le texte original, en laissant à chacun le soin de la méditer:

"Needless to say, however the scope of review is limited according to the reach of near-privative clauses, there is no complete ouster of review, even on errors of law unless a privative clause clearly enjoins interference on this ground"^{111a}.

De même dans un arrêt *Skogman*, le juge Estey (pour la majorité) a passé récemment le message que le *certiorari* n'autorise plus le contrôle de la "simple" erreur de droit; l'honorable juge n'a même pas pris la peine de relier cette amputation à la présence à tout le moins d'une clause quasi privative.

"En définitive, le *certiorari* [...] permet dans une large mesure d'obtenir qu'une cour supérieure contrôle la façon dont les tribunaux établis en vertu d'une loi exercent leur compétence; dans ce contexte, il s'agit de "compétence" au sens restreint ou strict. En l'absence d'une clause privative, la Cour peut également procéder à la révision lorsqu'il y a erreur de droit manifeste à la lecture du dossier. Toutefois, la jurisprudence la plus récente établit que, même dans ce cas, il doit s'agir d'une erreur qui touche à la compétence [must assume a jurisdictional dimension]"¹¹² (les italiques sont de nous).

Il nous semble que la Cour suprême devra faire le point à la première occasion. Le contrôle de surveillance de la "simple" erreur de droit manifeste, sur un recours en *certiorari*, est-il encore possible? Après avoir vu les juges interpréter des clauses privatives fort explicites de façon à les vider de l'essentiel de leur substance, doit-on comprendre qu'ils ont décidé qu'un certain contexte législatif

^{111a}. *Id.*, p. 931.

¹¹². *Skogman c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 93, 99-100. Voir aussi les propos semblables du même juge dans *Douglas Aircraft c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, 274-276.

permet maintenant d'entrevoir des clauses quasi privatives qui modifient plus ou moins fermement une règle de *common law* consacrée par au moins trois arrêts de la Cour suprême? Le critère de l'erreur manifestement déraisonnable est utilisé pour *permettre le contrôle* judiciaire d'une erreur intrajuridictionnelle *protégée* par une véritable clause privative; ce même critère serait aussi employé pour *empêcher le contrôle* judiciaire d'une erreur de droit intrajuridictionnelle *non protégée* par une telle clause. Le juge Estey a-t-il raison d'avancer que le juge de surveillance ne se préoccupe plus de l'erreur de droit qui n'a pas une "dimension" juridictionnelle?

Certes, l'invention de la soi-disant clause quasi privative illustre, à sa façon, la tendance jurisprudentielle qui se veut plus respectueuse qu'autrefois de l'existence d'institutions mises en place par les parlements, avec mission de régler des litiges de façon rapide, moins coûteuse et souvent en meilleure connaissance de cause. En somme, les cours supérieures deviennent plus sensibles au principe de la spécialisation des tâches¹¹³. Mais éprouver des difficultés à définir la notion d'erreur juridictionnelle est une chose relativement normale; ne plus savoir si le *certiorari* permet le contrôle de la "simple" erreur de droit manifeste *en l'absence d'une véritable clause privative*, cela apparaît inadmissible. Si la règle de *common law*, véritable déformation du pouvoir de surveillance, ne tient plus parce que les juges ne veulent désormais censurer les erreurs intrajuridictionnelles que lorsqu'elles sont manifestement déraisonnables, il serait bon que tous en soient avertis.

D) Le problème particulier, au Québec, du contrôle de l'erreur de droit intrajuridictionnelle

L'exercice du pouvoir de surveillance est historiquement assumé en matière provinciale aux règles de la *common law*. Ainsi que l'a noté le juge Beetz (*per curiam*):

"Au Québec, est-il besoin de le rappeler, le droit administratif est d'origine anglaise"¹¹⁴.

Évidemment, dans l'exercice de sa compétence législative, l'Assemblée nationale peut abroger ou modifier les règles de la

113. Voir les notes des juges de la Cour suprême notamment dans les arrêts *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476 et *Syndicat des professeurs du Collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596.

114. *Senez c. Chambre d'immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555, 562.

common law. Mais, comme l'a aussi indiqué le juge Beetz (*per curiam*):

"les principes [de la *common law*] ne sont pas écartés par des lois qui n'en parlent pas [...]. Lorsque le législateur veut modifier la *common law*, il le fait par des dispositions explicites"¹¹⁵.

Au Québec, le recours en *certiorari* a été en quelque sorte fondu dans l'évocation lorsque l'Assemblée nationale a adopté en 1965 l'article 846 du *Code de procédure civile*. Ce recours n'est donc pas de droit nouveau, comme le signalait le juge en chef Fauteux, *per curiam*, dans l'arrêt *Three Rivers Boatman*:

"En fait et ainsi que le notent les rédacteurs de nouveau Code, l'article 846 réunit les dispositions des articles 1003 et 1292 du Code précédent, concernant respectivement la prohibition et le *certiorari*. Et les rédacteurs précisent que ces recours, à cause de la connexité qui existe entre eux, au point que bien souvent la distinction était difficile à établir, ont été fusionnés pour n'en former qu'un seul. Ainsi donc, et nonobstant sa double fonction, le recours mentionné à l'article 846 n'est pas nouveau. Différent dans sa forme et non dans son essence, ce recours ne diffère pas substantiellement des recours jusqu'alors utilisés pour se pourvoir, de façon sommaire et efficace, contre les excès de juridiction des tribunaux administratifs"¹¹⁶.

Les cas d'ouverture à l'évocation sont les suivants, selon l'article 846:

- " 1. dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction;
2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;
3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;
4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude de nature à entraîner une injustice flagrante.

115. *Société Radio-Canada c. Cordeau*, [1979] 2 R.C.S. 618, 644. Voir aussi *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. Dans son article classique sur "The Supervisory Jurisdiction in Quebec", (1957) 35 *R. du B. Can.* 788, le professeur Le DAIN écrivait: "[...] there is a *common law* of judicial control in Quebec which continues to be an important source of principles and rules. The supervisory jurisdiction of the Superior Court is part of the public law of Quebec, and as Quebec judges have often pointed out, in the absence of a statutory provision governing a particular point, or a settled Quebec jurisprudence to which the courts may conveniently turn, it is proper to apply *common law* principles [...]" (pp. 796-797).

116. *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607, 619. Voir aussi *Commissions des relations de travail c. Cimon*, [1971] R.C.S. 981, 985-986.

Toutefois ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal ne sont pas susceptibles d'appel".

Ce ne fut certes pas la "trouvaille du siècle" de la part de l'Assemblée nationale!

Tous les cas d'erreurs juridictionnelles selon la *common law* sont évidemment susceptibles d'être visés par l'alinéa 1: l'absence de juridiction (pouvoir), l'excès de juridiction et l'erreur intrajuridictionnelle manifestement déraisonnable, *laquelle est assimilée par la Cour suprême à une absence de juridiction*.

Reste, entre autres difficultés, une question fondamentale. À l'instar du *certiorari* de *common law*, qu'il intègre avec la prohibition, le recours en évocation autorise-t-il, en l'absence d'une clause privative, le contrôle de la "simple" erreur (intrajuridictionnelle) de droit apparaissant à la lecture du dossier? Dans l'affirmative, si l'Assemblée nationale désire retirer aux juges de surveillance le loisir(?) de réviser ce type d'erreur, elle doit faire le nécessaire pour interdire aux justiciables la faculté de se prévaloir de l'évocation¹¹⁷. Dans la négative, le législateur québécois n'a pas à ce titre à se préoccuper de l'évocation même si un réflexe de prudence le conduira sans doute à s'en soucier; mais une réponse négative l'oblige certes à vérifier si un autre recours en surveillance ne permettrait pas, au Québec, la censure de cette erreur intrajuridictionnelle manifeste mais "simple" (i.e. non déraisonnable), censure que les justiciables des provinces de *common law* obtiennent dans certaines circonstances par le biais du *certiorari*. (Faut-il croire plutôt que cette possibilité n'existe plus, ailleurs, au Canada? *Supra*, C).

Dans une leçon magistrale sur le recours en évocation, le professeur Pierre Lemieux a récemment étudié cette très difficile question¹¹⁸. Il est d'avis que l'évocation ne permet pas le contrôle de

117. Rappelons qu'il apparaît encore plus évident, en droit québécois, que l'octroi d'une juridiction exclusive est assimilable à une clause privative directe; voir l'article 33 C.p.c. Telle était semble-t-il l'avis du professeur Gerald E. Le DAIN, en 1957; "In so far as these words [save in the matters declared by law to be of the exclusive competency of such courts] purport to remove the supervisory jurisdiction over inferior courts in matter of their regular, original jurisdiction, it is obviously open to the superior courts to adopt an approach similar to that which they have adopted towards privative clauses generally". (*Loc. cit.*, note 115, 815).

118. *Le recours en évocation*, Cours de formation permanente, Barreau du Québec, octobre 1985.

l'erreur de droit apparaissant à la lecture du dossier mais qu'il en va différemment de l'action directe en nullité et de la requête en jugement déclaratoire.

La thèse voulant que la requête en jugement déclaratoire (art. 453 C.p.c.) autorise le contrôle de la "simple" erreur de droit, dans certaines circonstances, surprend le lecteur car, comme le reconnaît d'ailleurs le professeur Lemieux, l'action déclaratoire de la *common law* ne semble pas recevable pour ce motif¹¹⁹. Mais l'opinion de Me Lemieux tient au fait central que l'action directe en nullité permet à son avis la surveillance judiciaire pour ce genre d'erreur.

Telle n'est pas notre opinion.

Dans son enseignement de contentieux administratif donné dans le cadre de la formation professionnelle, le professeur Denis Ferland s'appuie sur une imposante jurisprudence lorsqu'il écrit:

"L'action directe en nullité vise généralement à sanctionner une décision entachée d'un abus de pouvoir, ou résultant d'une violation de la loi équivalente à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante"¹²⁰.

Le jugement prononcé par la Cour suprême dans l'affaire *Roberval Express Ltée* va dans le même sens puisque le juge Chouinard y soutient (*per curiam*) que:

"Tandis par ailleurs qu'il n'y a d'action en nullité en vertu de l'article 33 C.p.c. que dans le cas d'excès de juridiction ou d'injustice équivalente à fraude, l'article 846 C.p.c. prévoit, lui, d'autres cas d'évocation"¹²¹.

119. *Id.*, pp. 49 et 50. Voir aussi J.M. EVANS, H.N. JANISCH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 4, 776-779. La *common law* a toujours été un peu incertaine sur ce point; voir J.M. EVANS, *op. cit.*, note 32, 520. En Angleterre, une réforme a remédié à cette difficulté comme le note le professeur WADE: "The difficulty has been eliminated in two stages. First, the introduction of the 'application for judicial review' [la règle 53] has made the declaration and *certiorari* interchangeable, so that *certiorari* can be sought in the same proceedings as a declaration. Secondly, the new doctrine that every error of law by a tribunal amounts to excess of jurisdiction will necessarily mean that an erroneous determination can no longer be *intra vires*; it must be *ultra vires*, and a declaration to that effect will, as usual, invalidate it". (*Administrative Law*, 5e ed., 1982, p. 529). Mais Wade lui-même fait remarquer que la tendance à octroyer un caractère juridictionnel à toutes les erreurs de droit, ne fait pas l'unanimité (pp. 264-267).

120. *Droit administratif*, Cours de formation professionnelle, vol. 6, 1984-1985, p. 5.

121. *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camion*, [1982] 2 R.C.S. 888, 898.

Nous ne voyons pas comment la "simple" erreur de droit pourrait trouver place dans ces cas d'ouverture à l'action directe, nonobstant certains passages d'un arrêt *Majestic Neckwear*¹²².

Il convient d'ajouter quelques observations sur l'objet de l'action directe en nullité. Les cas d'ouverture à ce recours proprement québécois sont plus nombreux que ne le laisse à penser l'opinion du professeur Ferland. Déjà le juge Chouinard (précité) ouvre des horizons plus vastes en faisant état de "l'excès de juridiction". L'histoire de l'action directe en nullité enseigne que le juge Pigeon a raison d'écrire, *per curiam*, dans une affaire *Duquet*:

"depuis longtemps, [on] admet l'action en nullité à l'encontre des règlements municipaux *ultra vires*"¹²³;

Ce qui est vrai des règlements l'est aussi des autres genres de décision des tribunaux inférieurs et des organismes administratifs. L'action en nullité a pour champ d'action, en contentieux administratif, l'activité *ultra vires*, un concept qui déborde le domaine de l'abus de pouvoir et de la fraude évoqué par le professeur Ferland. Tel était aussi le sentiment, semble-t-il, du professeur Gerald E. Le Dain lorsqu'il a écrit son article bien connu sur le pouvoir de surveillance au Québec¹²⁴. À notre avis, le juge Rivard, de la Cour d'appel du Québec, présentait bien en 1926 (*per curiam*) la question complexe de la portée de l'action directe; son opinion a été souvent citée.

"On discute encore sur la détermination des cas où la Cour supérieure peut exercer sur les corporations municipales le droit de surveillance, de réforme et de contrôle que lui donne cet article 50 [aujourd'hui l'article 33]. On discutera sans doute longtemps parce qu'il paraît difficile de formuler la règle d'une manière exacte et précise; trop d'éléments concourent à faire varier la solution suivant les circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Il est

122. *Majestic Neckwear Ltd. c. Ville de Montréal*, [1979] 1 R.C.S. 823. Cependant, le professeur Ferland, après avoir décrit de façon restrictive les cas d'ouverture à l'action directe en nullité, exprime une opinion semblable à celle du professeur Lemieux quant à la recevabilité de ce recours pour cause d'erreur de droit. Il ajoute, en effet: "L'action directe en nullité pourrait aussi, en l'absence d'une clause privative, permettre de contrôler la légalité d'une décision entachée d'erreur de droit à la lecture du dossier. Il semble bien que la jurisprudence récente, dans un tel cas d'absence de clause privative, laisse la porte ouverte à cette possibilité". (*Droit administratif*, Cours de formation professionnelle, vol. 6, 1984-85, pp. 5 et 6).

123. *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132, 1143. Voir aussi *Trudeau c. Devost*, [1942] R.C.S. 257.

124. *Loc. cit.*, note 115, 799-800 et 802.

certain que le recours existe en principe, dans les cas où un Conseil municipal a agi dans une matière *qui n'était pas de sa compétence*, lorsqu'il a *outrépassé ses pouvoirs* ou empiété sur une juridiction qui n'était pas la sienne. Mais quand il faut juger si un *abus de pouvoir* doit être assimilé à un excès de pouvoir, la solution est moins certaine, parce que des circonstances diverses doivent être prises en considération, et il en est de même lorsqu'on allègue une *injustice flagrante*, voisine de la *fraude* et indice de *mauvaise foi*. En somme, le plus loin, semble-t-il, que l'on puisse aller, ce serait de dire que le recours de l'article 50 doit être accueilli, lorsque, à cause d'un défaut de compétence, d'une fraude, d'un vice flagrant équivalent à un excès de pouvoir, ou d'une violation évidente de la loi, l'acte attaqué doit être frappé d'une nullité radicale¹²⁵ (les italiques sont de nous).

Ces observations du juge Rivard comportent au moins deux enseignements. Les cas d'ouverture qu'il énumère recouvrent une réalité que l'on dénomme aujourd'hui l'*ultra vires*. Par ailleurs, l'abus de pouvoir a toujours donné beaucoup de mal à nombre de juges québécois, portés à être plus cartésiens que leurs homologues de Grande-Bretagne ou des autres provinces du Canada. Comment soutenir, sans hésiter quelque peu, qu'un décideur agit sans compétence ou outrepassé celle-ci lorsqu'il abuse d'un pouvoir qu'il possède par hypothèse... De là la tradition, à notre avis, d'entourer la notion d'abus de pouvoir de toutes sortes d'expressions additionnelles: "équivalent à fraude", "indice de mauvaise foi", "entraînant une injustice flagrante" (comme s'il y avait deux sortes d'injustice...), etc. Et c'est dans ce contexte qu'est apparue parfois la notion de "violation évidente de la loi" qui, selon nous, n'a rien à voir avec l'erreur de droit (intrajuridictionnelle) apparaissant à la lecture du dossier, du ressort du *certiorari* de *common law*.

Dans cette perspective, les débats sur la présence en droit québécois d'un recours autorisant le contrôle de ce genre d'erreur, doivent être axés sur le champ d'action de l'évocation (art. 846 C.p.c.). Rien de plus normal puisque ce recours a succédé au *certiorari* (*supra*) lequel, selon la *common law*, permet l'intervention du juge pour ce motif, en l'absence d'une clause privative. C'est d'ailleurs tout naturellement vers le *certiorari* prévu par l'ancien *Code de procédure civile* que se tournait le juge Pratte lorsque, au nom de la majorité de ses collègues de la Cour suprême, il observait dans l'arrêt *Farrah* que certaines erreurs de droit intrajuridictionnelles pouvaient certainement être invoquées en 1867 au Québec:

125. *Corporation de la Paroisse de St-Joseph-de-Maskinongé c. Boucher*, [1926] 41 B.R. 359, 361-362. Voir aussi, par exemple, les notes du juge Lamothe dans une affaire *Ville de La Tuque c. Desbiens*, [1921] 30 B.R. 20, 21-22.

“Il n'est pas nécessaire pour les besoins de cette cause de déterminer avec précision si, à l'époque de la Confédération, les motifs de *certiorari* étaient les mêmes au Québec, en Angleterre et dans les provinces de *common law*. Il suffit de savoir que partout le *certiorari* n'était pas limité aux questions de juridiction, mais pouvait également servir à corriger certains types d'illégalités qui n'affectent pas la juridiction, mais qui ont été commises par les tribunaux inférieurs dans les limites de leur juridiction. En outre, le texte des paragraphes 2 et 3 de l'article 1221 du premier Code de procédure civile était assez large pour englober au moins quelques-unes des 'illégalités' qui seraient reconnues, en *common law*, comme des "erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier"¹²⁶.

Avant de formuler quelques commentaires sur la présence (explicite ou implicite) ou sur l'absence de l'erreur de droit intrajuridictionnelle dans la liste des cas d'ouverture à l'évocation, il faut rappeler que l'Assemblée nationale peut évidemment abroger ou modifier la *common law* si sa législation porte sur un sujet de son ressort. Or, le juge en chef Laskin a reconnu, *per curiam*, dans l'arrêt *Crevier*¹²⁷, qu'une législature possède l'autorité d'exclure, par une clause privative, le contrôle des cours supérieures sur les erreurs de droit intrajuridictionnelles; ce qui peut être accompli par une clause privative spéciale peut certes l'être tout autant par un article d'une portée générale, à la condition que cet article soit suffisamment explicite pour signaler le changement apporté à la *common law*. En conséquence, si la "simple" erreur de droit est exclue du rayon d'action de l'article 846, il faudra en prendre son parti et se dire que l'Assemblée nationale a décidé en 1965, et il n'y a pas matière à scandale, qu'il ne faut pas confondre le pouvoir de surveillance avec l'appel.

Le professeur Pierre Lemieux soutient que la Cour suprême du Canada a jugé qu'il n'est pas possible d'invoquer sur une procédure en évocation l'erreur de droit (intrajuridictionnelle) apparaissant à la lecture du dossier¹²⁸; l'arrêt *Hôpital Saint-Luc*¹²⁹ serait à cet égard déterminant.

126. *P.G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, 654. L'article 1221 du premier Code se lisait comme suit: "Ce recours néanmoins n'a lieu que dans les cas suivants: 1 - Lorsqu'il y a défaut ou excès de juridiction; 2 - Lorsque les règlements sur lesquels la plainte est portée ou le jugement rendu sont nuls ou sans effet; 3 - Lorsque la procédure contient de graves informalités et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne sera pas rendue".

127. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 236-237.

128. P. LEMIEUX, *Le recours en évocation*, Cours de formation permanente, Barreau du Québec, octobre 1985, pp. 37-39.

129. *Hôpital Saint-Luc c. Lafrance*, [1982] 1 R.C.S. 974.

Mis en présence d'une clause privative partielle qui laissait la voie entièrement libre à l'évocation, l'honorable juge Chouinard a rejeté (*per curiam*) dans cette affaire un recours fondé sur l'article 846 C.p.c. et dans lequel le requérant alléguait une erreur de droit apparente à la lecture du dossier et invoquait à ce titre l'autorité de l'alinéa 4 dudit article. Or, le juge Chouinard, en rejetant le recours, opina que l'évocation n'était recevable pour cause d'erreur que si cette dernière était manifestement déraisonnable. Il écrit:

"L'appelante plaide que l'erreur dite apparente à la lecture du dossier entre dans le champ de l'alinéa 4. Ce moyen est reconnu en droit québécois depuis fort longtemps (voir *Procureur général du Québec c. Farrah*) [...] Il convient d'ajouter qu'il doit s'agir d'une interprétation 'déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire' suivant l'expression du juge Dickson, parlant au nom de la Cour, dans *Syndicat canadien de la fonction publique [...] c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick* [...] À tout le moins, avec égard, l'interprétation suggérée par l'intimé Lafrance et retenue par la Commission des affaires sociales et la majorité de la Cour d'appel ne constitue pas, à mon avis, une interprétation "déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire"¹³⁰.

Il va de soi que cet arrêt est aussi signalé par ceux qui prétendent que la Cour suprême a peut-être décidé que le *certiorari* n'est plus recevable, ailleurs au Canada, pour contrôler l'erreur de droit (intrajuridictionnelle) manifeste à la lecture du dossier¹³¹.

On aurait évidemment apprécié que le juge Chouinard en écrive plus long sur le sujet, particulièrement pour les motifs suivants.

Il fonde son exigence de déraisonnabilité manifeste non pas sur l'alinéa 4 de l'article 846, ou tout autre passage dudit article,

130. *Id.*, pp. 984 et 987. Observons au passage que le juge Chouinard signale aussi la définition de l'expression "erreur de droit à la lecture du dossier" que l'on trouve à la page 223 de la première édition (1979) de l'ouvrage PÉPIN-OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*. En insistant sur le fait que ce type d'erreur de droit devait revêtir une certaine gravité pour autoriser l'intervention judiciaire, les auteurs n'entendaient pas relier leur définition au concept d'erreur intrajuridictionnelle manifestement déraisonnable et assimilable en conséquence à une erreur juridictionnelle; ils voulaient seulement signaler que, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire sur un recours en *certiorari*, des juges avaient tendance à ne pas intervenir lorsque l'erreur de droit invoquée n'était pas suffisamment importante.

131. J.M. EVANS, H.N. JANISCH, D.J. MULLAN, R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 4, 497.

mais sur l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, lequel a été prononcé dans le cadre d'un recours en *certiorari* à l'encontre d'une décision protégée par une clause privative directe interdisant l'usage de ce recours. La relation entre les textes législatifs en cause dans les affaires *Société des alcools* et *Hôpital Saint-Luc* ne saute donc pas aux yeux!

Par ailleurs, la Cour suprême ne s'interroge aucunement sur la portée de certains passages de l'arrêt *Farrah*; nous ignorons si le requérant a voulu faire usage en l'espèce de cet arrêt antérieur. On trouve en effet dans l'arrêt *Farrah* quelques "déclarations" qui expliquent peut-être que l'honorable juge Chouinard n'hésitait pas à écrire (*per curiam*) dans l'arrêt *Roberval Express*, en comparant les cas d'ouverture de l'action directe en nullité à ceux de l'évocation:

"[...] l'article 846 C.p.c. prévoit, lui, d'autres cas d'évocation"¹³².

L'idée selon laquelle l'article 846 peut offrir aux justiciables un recours plus prometteur en matière de surveillance judiciaire a en effet été exprimée dans l'affaire *Farrah* par le juge Pratte (avec l'appui de la majorité) de même que par le juge en chef Laskin (avec l'accord de 3 collègues).

Le juge Pratte: "[En 1867] le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure portait *non seulement sur les questions de compétence, mais également sur les illégalités commises par les tribunaux inférieurs dans l'exercice ou dans les limites de leur juridiction*. Il suffit de citer l'article 1221 du premier Code de procédure civile, en vigueur à l'époque de la Confédération, qui traite du *certiorari* en ces termes [...]"¹³³. L'article 1293 du second Code de procédure civile en vigueur de 1897 à 1965 avait essentiellement le même effet; l'article 846 du Code actuel [...] *a une portée encore plus étendue [...]*"¹³⁴ (les italiques sont de nous).

Le juge Laskin: "Il est manifeste qu'en vertu de l'article 846, article clé du Code de procédure civile, le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure du Québec *s'étend à de multiples sujets dont les questions de juridiction et les questions de droit*"¹³⁵ (les italiques sont de nous).

Le fait que les cas d'ouverture à l'évocation débordent en principe le cadre de l'*ultra vires*, ou si l'on préfère, de l'erreur juri-

132. *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camion*, [1982] 2 R.C.S. 888, 898.

133. Voir *supra*, note 126.

134. *P.G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, 653.

135. *Id.*, p. 644.

dictionnelle, a donc été reconnu par la Cour suprême du Canada. Mais quelle est l'étendue de ce débordement et qu'en est-il plus particulièrement de l'erreur de droit à la lecture du dossier? Voilà la question! Et la réponse qu'elle exige est rendue encore plus complexe par suite de la présence dans l'article 846 (*in fine*) de dispositions relatives à la coexistence de certains de ses alinéas avec "l'appel", sans plus de précision sur cette voie de recours (v.g. appel à la Cour d'appel, à la Commission des affaires sociales, au Cabinet, etc).

Voici notre sentiment sur le sujet.

Tous les cas d'ouverture au pouvoir de surveillance que la *common law* canadienne réunit dans la notion d'erreur juridictionnelle entrent dans le champ d'action de l'alinéa 1 de l'article 846 (*défaut ou excès de juridiction*). Certes, on pourrait prétendre que le manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale (*fairness*) relève plutôt, en toute logique, de l'alinéa 3 (irrégularité de procédure); mais la logique et le droit jurisprudentiel ne vont pas toujours de pair. Compte tenu de la présence des dispositions relatives à l'appel (art. 846, *in fine*) et vu surtout la jurisprudence qui prive d'effets les clauses privatives directes en cas d'absence ou d'excès de pouvoir, nous sommes d'avis que la justice naturelle et l'équité procédurale sont visées par l'alinéa 1¹³⁶. Un problème semblable se pose à propos de l'erreur de droit intrajuridictionnelle manifestement déraisonnable que la Cour suprême assimile à un cas d'absence de juridiction. Ce genre d'erreur ne relève-t-il pas plutôt de l'alinéa 4? Pour les motifs invoqués dans le cas d'infraction à la justice naturelle, nous croyons qu'il s'agit là d'une question du ressort de l'alinéa 1. Mais, nous observerons plus loin que la Cour suprême semble placer sur le même pied l'alinéa 4 et l'alinéa 1 (*infra*).

L'alinéa 2 de l'article 846 n'apparaît pas pertinent au sujet dont nous discutons.

136. Des arrêts de la Cour d'appel du Québec vont dans ce sens. Voir, par exemple, *Lalonde Automobile Ltée c. Naylor*, [1974] C.A. 489; *Quebec Labour Relations Board c. J. Pascal Hardware Co. Ltd.*, [1965] B.R. 791; *Tremblay c. Themens*, [1979] C.A. 26; *Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert Giffard c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Québec*, [1979] C.A. 323. Sur les effets de la présence d'une clause privative sur la portée des alinéas de l'article 846, voir *Soccio et le Béret Bleu Inc. c. Régie des alcools du Québec*, [1972] C.A. 283.

L'alinéa 4, qui a ajouté en 1965 aux cas officiels d'ouverture à l'ancien *certiorari*¹³⁷, fait évidemment problème (violation de la loi ou abus de pouvoir). Nous y retrouvons, à notre avis, une phraséologie puisée dans la jurisprudence relative à l'action directe en nullité et qui évoque dans son ensemble la notion d'abus de pouvoir. Il appert que l'on a beaucoup hésité, au Québec, à reconnaître qu'un abus de pouvoir représentait un cas d'*ultra vires*, d'erreur juridictionnelle. Nous reconnaissons volontiers que notre façon de concevoir la portée de l'alinéa 4 se concilie difficilement avec les dernières lignes de l'article 846, relatives à la coexistence de l'évocation et de l'appel. Si, en somme, l'alinéa 4 n'est qu'un sous-produit de l'alinéa 1, comment expliquer que le législateur n'ait pas placé ces deux alinéas sur le même pied lorsqu'il s'est (pour le meilleur ou pour le pire...) préoccupé du droit d'appel? Il faudrait le lui demander... Mais nous constatons que le juge Beetz, s'exprimant au nom d'une majorité de ses collègues, n'a pas hésité, dans l'affaire *Control Data Ltée*, à relier, du moins indirectement, l'alinéa 4 à l'alinéa 1. Il écrit, à propos de l'alinéa 4:

"Quelle que soit la juridiction de l'arbitre, au sens strict, un abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante *lui ferait perdre juridiction* et donnerait ouverture à la révision judiciaire par voie d'évocation, *nonobstant toute clause privative*"¹³⁸ (les italiques sont de nous).

Nous ne voyons donc pas comment la notion de "simple" erreur de droit (intrajuridictionnelle) manifeste à la lecture du dossier pourrait être intégrée à cet alinéa. Comment concilier le voisinage, dans un même alinéa où l'on ne trouve aucune virgule, de "l'abus de pouvoir" qui fait perdre sa juridiction au décideur et enlève tout effet à une clause privative, avec la "violation de la loi" qui équivaldrait à la "simple" erreur de droit (intrajuridictionnelle) et dont une clause privative empêcherait le contrôle?

Reste l'alinéa 3 (irrégularités de procédure). Il semble bien autoriser en principe le contrôle des vices de procédure qui ne sont pas visés par l'alinéa 1. On comprend les juges de la Cour suprême

137. Il faut noter que l'Assemblée nationale a abrogé en 1965 l'article 1307 du Code précédent. L'article 1293 de ce Code stipulait que le *certiorari* n'avait lieu "que dans les cas suivants"; on retrouvait alors à cet article l'équivalent des alinéas 1, 2 et 3 de l'actuel article 846. Par ailleurs, l'article 1307 portait que "La procédure réglée dans ce chapitre [sur le *certiorari*] s'applique également dans tous les autres cas où il y a lieu au bref de *certiorari*, et à tout tribunal inférieur qui n'est pas visé par l'article 1292 [...]".

138. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 480.

d'avoir opiné, dans l'arrêt *Farrah*, que l'article 846 C.p.c. a une portée qui dépasse les frontières de l'erreur juridictionnelle. Mais ne s'agirait-il pas là de réactions quelque peu rapides? En effet, l'alinéa 3 pose lui-même des exigences. Le requérant doit prouver que "l'irrégularité" est "grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été [...] rendue". S'il est possible d'avancer que l'alinéa 3 donne prise à un contrôle de surveillance d'un certain genre d'erreur de droit intrajuridictionnelle (d'ordre procédural), on constate que l'Assemblée nationale a elle-même restreint, jusqu'à un certain point, le pouvoir d'appréciation du juge. Ce faisant, elle a même utilisé une phraséologie qui n'est pas sans évoquer l'erreur parfois *juridictionnelle*, bien que très imprécise, que l'on dénomme parfois en *common law* le "procedural *ultra vires*"¹³⁹.

En conclusion, nous sommes d'avis que le libellé de l'article 846 C.p.c. n'autorise le contrôle de l'erreur de droit intrajuridictionnelle que dans la mesure restreinte prévue à l'alinéa 3 dudit article. Nous croyons aussi qu'en codifiant de la sorte les cas d'ouverture à l'évocation, en abrogeant l'article 1307 du Code précédent¹⁴⁰, en ajoutant un nouvel alinéa à l'article 846, l'Assemblée nationale a fait le nécessaire en 1965 pour empêcher les justiciables de prétendre que l'on peut recourir à titre supplétif à la *common law* pour ajouter en quelque sorte à l'article 846: "5. lorsqu'il y a eu erreur de droit à la lecture du dossier". *A fortiori* si la *common law* canadienne a abrogé ce cas d'ouverture (*supra*)...¹⁴¹.

Cependant, nous n'entendons nullement avancer que la *common law* ne peut en aucun temps jouer un rôle supplétif lorsqu'il s'agit de trouver une solution à d'autres difficultés engendrées par le libellé de l'article 846 ou par celui d'autres dispositions du *Code de procédure civile*¹⁴².

139. J.M. EVANS, *op. cit.*, note 32, 142-146.

140. *Supra*, note 137.

141. Pour une opinion apparemment semblable mais non identique, voir *Commission de la fonction publique c. Marchand*, [1985] C.A. 47, 52-54 (le juge Le Bel, avec l'appui de ses deux collègues).

142. Voir J. DUGAS, "Réflexions sur les brefs de prérogative", (1983) 43 *R. du B.* 503, 507-513; *Taverne de la rue Desormeaux Inc. c. Ville de Montréal*, [1981] C.S. 324. On sait, par exemple, que la Cour suprême a récemment fait appel à la *common law* pour assimiler à un tribunal statuaire, sujet à évocation, un conseil d'arbitrage créé par la volonté des parties mais auquel un texte législatif reconnaissait des pouvoirs: *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camion*, [1982] 2 R.C.S. 888.

SECTION 3: L'INCONSTITUTIONNALITÉ DES CLAUSES PRIVATIVES

Après avoir rappelé le contenu de l'arrêt *Crevier* (paragraphe 1), il faudra s'arrêter à la notion de clause privative "étanche" puisque seul ce genre de clause soulève une difficulté constitutionnelle (paragraphe 2). Nous attirerons ensuite l'attention sur les effets considérables d'un jugement déclarant l'inconstitutionnalité d'une telle clause (paragraphe 3). Nous nous demanderons enfin si les clauses privatives partielles doivent être respectées à la lettre, depuis l'arrêt *Crevier* (paragraphe 4).

Paragraphe 1 — L'arrêt *Crevier*

Nous avons déjà signalé que l'arrêt *Crevier*¹⁴³ a fourni l'occasion à la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge en chef Laskin, de jeter l'anathème sur les clauses privatives provinciales ayant pour objet clair de supprimer le pouvoir de surveillance des cours supérieures sur les erreurs juridictionnelles commises par les tribunaux inférieurs, à moins que les législatures ne substituent à la surveillance un contrôle d'appel adéquat. À la surprise de plusieurs juristes, la Cour a refusé en l'espèce de faire sienne l'attitude adoptée par la Cour d'appel du Québec qui avait donné l'interprétation restrictive d'usage à la forte clause privative protégeant le Tribunal des professions. Le libellé en était le suivant:

"194. Aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre les personnes visées à l'article 193 [les membres du Tribunal des professions] agissant en leur qualité officielle.

195. Les dispositions de l'article 33 du Code de procédure civile ne s'appliquent pas aux personnes visées à l'article 193 agissant en leur qualité officielle".

L'article 175 du *Code des professions* précisait aussi que la décision du Tribunal était sans appel.

Mentionnons immédiatement que des dispositions *identiques* n'avaient pas fait sursauter le juge Beetz appelé à rendre le juge-

143. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Voir notamment J.-F. JOBIN, *op. cit.*, note 43, 60-89; D.J. MULLAN, "The Uncertain Constitutional Position of Canada's Administrative Appeal Tribunals", (1982) 14 *Ottawa L.R.* 239; R.A. MACDONALD, "Constitutional Law — Validity of Legislation — Private Clauses Ousting Judicial Review — *Crevier v. A.G. for Québec*", (1983) 17 *U.B.C. L.R.* 10; G. PÉPIN, "L'absence de pouvoir des organismes administratifs pour des motifs d'ordre constitutionnel [...]", (1983) 43 *R. du B.* 353.

ment de la Cour suprême, un an auparavant, dans l'affaire *Blanco*¹⁴⁴. La même Haute Juridiction, confrontée à une clause tout aussi "forte", avait eu une attitude toute aussi traditionnelle dans un arrêt *Burlington Mills*¹⁴⁵. Le juge Judson (*per curiam*) avait écrit en 1961 que seule une mise en question de la constitutionnalité des clauses privatives fondée sur l'article 96 serait susceptible de retenir l'attention¹⁴⁶; des justiciables avaient alors invoqué cet article dans la célèbre affaire *Woodward* mais pour se faire dire par le juge Martland, au nom de la Cour suprême:

"Nous étions tous d'avis, après avoir entendu la plaidoirie présentée pour le compte des appelants relativement à cette prétention, que celle-ci n'est pas valable et, par conséquent, qu'il était inutile d'entendre les plaidoiries pour le compte de l'intimé ou des intervenants relativement à cette question"¹⁴⁷.

Mais, saisie de l'affaire *Crevier*, la Cour suprême a jugé opportun de proclamer que la Constitution interdit aux législatures d'adopter des mesures ayant pour objet (elles n'avaient pas en pratique cet effet) de protéger totalement les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs contre le contrôle des cours supérieures, pour cause d'erreurs juridictionnelles. La Cour a tenu essentiellement le discours suivant: en édictant de semblables dispositions, les législatures se trouvent à confier indirectement aux institutions ainsi protégées le pouvoir judiciaire de déterminer elles-mêmes l'étendue de leur compétence; or, il s'agit là d'une fonction qui fait historiquement partie du "bloc" de responsabilités que seuls des "juges de 96" peuvent exercer.

Après s'être plus ou moins élégamment débarrassé de l'affaire *Woodward* en laissant entendre qu'on n'y avait point fait état de prétentions fondées sur la constitution, le juge Laskin fait (*per curiam*) l'importante déclaration suivante:

"À mon avis, chaque fois que le législateur provincial prétend soustraire l'un des tribunaux créé par la loi à toute révision judiciaire de sa fonction d'adjudger, et que la soustraction englobe la compétence, la loi provinciale doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'article 96 [...]"

144. *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827.

145. *Commission des relations ouvrières c. Burlington Mills Hosiery Co. of Canada Ltd.*, [1964] R.C.S. 342.

146. *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, [1962] R.C.S. 48, 52.

147. *Exécuteurs testamentaires de la succession de P.A. Woodward c. Ministre des finances*, [1973] R.C.S. 120, 126.

C'est la première fois, il est vrai, que cette Cour déclare sans équivoque qu'un tribunal créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence. À mon avis, cette limitation, qui découle de l'article 96, repose sur le même fondement que la limitation reconnue du pouvoir des tribunaux créés par des lois provinciales de rendre des décisions sans appel sur des questions constitutionnelles. Il peut y avoir des divergences de vues sur ce que sont des questions de compétence, mais, dans mon vocabulaire, elles dépassent les erreurs de droit, dont elles diffèrent [...] Il est maintenant incontestable que des clauses privatives bien formulées peuvent efficacement écarter le contrôle judiciaire sur des questions de droit et, bien sûr, sur d'autres questions étrangères à la compétence. Toutefois, comme l'article 96 fait partie de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et que ce serait le tourner en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée, je ne puis trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni autre révision"¹⁴⁸.

Le contrôle par les cours supérieures des erreurs juridictionnelles, élevé en Angleterre par le professeur Wade au rang de règle quasi constitutionnelle¹⁴⁹, devient donc, avec l'arrêt *Crevier*, l'objet d'une règle canadienne de droit constitutionnel, en matière provinciale.

Reste à savoir à quels signes l'on peut reconnaître qu'une clause privative provinciale est "étanche" et, en conséquence, inconstitutionnelle.

Paragraphe 2 — La notion de clause "étanche"

La question de l'identification des clauses privatives qui, à cause de leur libellé, doivent être considérées comme faisant entiè-

148. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 234, 236-237. Le juge Laskin avait aussi annoncé ses couleurs, à propos de la constitutionnalité des clauses privatives, dans l'arrêt antérieur *P.G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638 (Tribunal des transports du Québec). On est bien loin de l'opinion contraire exprimée, en 1952, par le professeur Bora LASKIN: "Certiorari to Labour Board: The Apparent Futility of Privative Clauses", (1952) 30 R. du B. Can. 986, 989-991.

149. H.W.R. WADE, *op. cit.*, note 4, 605-606. Mais J.F. GARNER écrit dans son ouvrage *Administrative Law*, 5e éd., 1979, p. 175: "Statutory provisions which exclude all possibility of judicial review are categorized by some judges and writers as being contrary to the general principles of justice and therefore undesirable. This argument, reasonable as it undoubtedly is, is not supported by legal considerations, because there is no principle by which the validity of a statutory provision may be called into question" (p. 175).

rement obstacle au pouvoir de contrôle des cours supérieures, suscite quelques difficultés étant donné que, par le passé, des dispositions du même genre, ou tout-à-fait identiques à celles rencontrées dans l'arrêt *Crevier*, n'ont guère préoccupé la Cour suprême.

Il est possible que ce soit l'exclusion explicite de l'article 33 du C.p.c. (mais ce n'était pas une première) qui ait indisposé le juge en chef Laskin. Mais rappelons qu'il était de jurisprudence acquise que l'article 33 n'est pas, au Québec, la source du pouvoir de surveillance des cours supérieures!

À notre connaissance, depuis l'arrêt *Crevier*, aucune autre clause privative n'a été jugée inconstitutionnelle. Certes, dès que le législateur reconnaît un droit d'appel à une cour supérieure des décisions prises par l'organisme en cause, il résulte de l'arrêt *Crevier* que des dispositions privatives du pouvoir de surveillance ne peuvent être jugées inconstitutionnelles. Mais s'il n'existe pas un tel droit d'appel, quand dira-t-on qu'une clause est "étanche"? Que penser d'un texte législatif qui porte que l'activité d'un organisme "ne peut faire l'objet de quelque examen judiciaire que ce soit"?

Certes, une clause privative partielle ne peut être qualifiée d'étanche. Ainsi, le texte restrictif que l'on trouve dans la *Loi sur le logement* a été jugée valide par le juge Chouinard, s'exprimant au nom de la Cour suprême, dans l'arrêt *Grondin*. L'honorable juge a avancé à l'appui de sa décision quelques motifs dont le suivant nous apparaît le plus précis:

"Dans l'arrêt *Crevier* relatif au Tribunal des professions, outre la clause privative de l'article 194 du Code des professions [*supra*] qui était au même effet que l'article 18 en l'espèce, il y avait l'article 195 excluant le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure en vertu de l'article 33 C.p.c. Il n'y a pas de clause semblable dans le cas de la Régie du logement et la Cour supérieure conserve donc son traditionnel pouvoir de surveillance et de contrôle pour défaut et excès de juridiction, qui peut s'exercer par action directe ou encore par requête pour jugement déclaratoire"¹⁵⁰.

Le juge Chouinard ajoute toutefois à sa motivation des raisons d'un genre différent lorsqu'il écrit, en signalant qu'il peut être

150. *P.G. du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364, 386. On observe que le juge est d'avis que la non-exclusion de l'article 33 C.p.c. a pour effet d'autoriser le recours à l'action directe en nullité, traditionnellement rattachée à cet article, mais aussi à la requête en jugement déclaratoire sous l'article 453 C.p.c. Voir aussi, dans le même sens que cet arrêt de la Cour suprême, *Théroux c. Brosseau*, [1983] C.A. 350 et *Commission de la fonction publique c. Marchand*, [1985] C.A. 47.

interjeté appel à la Cour provinciale de certaines décisions de la Régie du logement:

“Dans les cas où il y a appel à la Cour provinciale des décisions de la Régie du logement, il est vrai que les jugements de la Cour provinciale sont sans appel. Mais cette dernière cour n'est aucunement à l'abri des recours extraordinaires. Il n'existe dans son cas aucune clause privative”¹⁵¹.

Faut-il comprendre qu'un droit d'appel (de plein droit, sur permission?) à une cour qui n'est pas une “cour de 96”, mais qui est elle-même sujette au pouvoir de surveillance, sauvegarde la constitutionnalité d'une mesure législative supprimant tout pouvoir de surveillance sur le décideur de première instance¹⁵²? La réponse à cette question est-elle différente si cette cour inférieure d'appel est non pas assujettie au pouvoir de surveillance des cours supérieures, mais à un contrôle d'appel? En somme, jusqu'à quel point l'entrée en scène possible, mais indirecte, des cours supérieures suffit-elle à empêcher une clause privative totale d'être qualifiée “d'étanche”?

Les observations formulées par le juge en chef Laskin (*per curiam*), dans un arrêt *Concerned Citizens*, sont susceptibles de laisser croire qu'il n'est pas facile d'éviter qu'une clause privative totale ne devienne “étanche”. Voici ce que l'honorable juge écrit à propos d'un texte législatif qui protégeait des décisions prises par le Gouvernement de la Colombie Britannique, en matière d'environnement:

“Rien en l'espèce ne dépend de l'article 24 de la *Pollution Control Act* qui comporte la clause privative suivante:

‘Sauf dans la mesure prévue par la présente loi, aucune audition, enquête, investigation, procédure, ordonnance ou décision [...] du lieutenant gouverneur en conseil [...] ne peut être contestée, révisée ou écartée par injonction, prohibition ou tout autre recours ou procédure dans quelque cour que ce soit, ou être évoqué par *certiorari* ou autrement devant un autre tribunal, sauf pour excès ou absence de pouvoir’.

Puisque cet article sauvegarde le contrôle judiciaire sur tout excès ou défaut allégué de compétence, il n'entre pas en conflit avec la décision de cette Cour dans l'affaire *Crevier* [...] En soi, l'article 24 ne contrevient donc pas à l'article 96 [...]”¹⁵³.

151. *Id.*, p. 386.

152. Il faut prendre pour acquis que ce droit d'appel à une cour inférieure ne serait pas en lui-même inconstitutionnel, pour cause de violation de l'article 96 de l'Acte de 1867.

153. *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 842, 852-853.

Faut-il comprendre que n'eut été de la sauvegarde *explicite* du contrôle des cours supérieures sur les erreurs juridictionnelles, cette clause privative totale aurait contrevenu à l'article 96 de la *Loi de 1867*? On sait qu'au Québec, suite à l'arrêt *Crevier*, des modifications ont été apportées au texte des clauses privatives totales apparaissant dans le *Code du travail* et le *Code des professions*, de façon à prévoir explicitement qu'elles n'ont point d'effet sur les questions de compétence¹⁵⁴.

On constate que la notion "d'étanchéité" sera peut-être à l'origine de litiges étant donné que l'on trouve dans les diverses lois provinciales (au Canada) toutes sortes de libellés de clauses privatives. Comment distinguer, s'il y a lieu, le "total" de "l'étanche"? Quelle importance faut-il attacher à la possibilité d'interventions indirectes des cours supérieures?

Il ne faudrait pas oublier, cependant, que le fait de conclure qu'une clause privative n'est pas étanche, et partant n'est pas inconstitutionnelle, n'implique pas qu'elle doit être respectée; mais les effets désastreux d'un jugement d'inconstitutionnalité sont alors évités (*infra*). Jointe à la présomption de validité des lois, cette considération devrait à tout le moins conduire les juges à se montrer très prudents avant d'invalidier des clauses privatives. N'est-il pas plus simple de les vider presque entièrement de leur contenu par le biais de l'interprétation restrictive?

Paragraphe 3 — Les effets d'un jugement d'inconstitutionnalité

L'arrêt *Crevier* n'a pas fini d'étonner, car la Cour suprême y a fait une application particulière de la jurisprudence relative au

154. *Loi modifiant le Code des professions et le Code du travail*, L.Q. 1982, c. 16. Les "fortes" clauses privatives sont rendues moins fortes... par l'ajout: "Sauf sur une question de compétence". Me J.-F. Jobin note que: "La nouvelle loi abrogea aussi les dispositions de ces deux codes qui prévoyaient que les décisions du Tribunal en cause étaient sans appel. Ces anciennes dispositions étaient d'ailleurs superflues car il est bien établi qu'un droit d'appel n'existe que si le législateur le prévoit expressément. Par contre, ces dispositions accentuaient le caractère exclusif de la juridiction conférée à ces deux organismes. Dans un tel contexte, leur abolition révèle à n'en pas douter, un souci de précaution". (*L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et les organismes inférieurs d'appel*, 1984, p. 171). Sur l'effet déclaratoire de cette loi de 1982, voir p. 84 ainsi que *Asselin c. Construction Abex Ltée*, J.-E. 85-204 (C.A.). On lira certes avec intérêt les conseils que Me Jobin donne au législateur sur la rédaction des clauses privatives (pp. 198-199).

célèbre article 96 de la *Loi de 1867*. Le non assujettissement au contrôle des cours supérieures, pour cause d'erreurs juridictionnelles, a été assimilé à un transfert d'une juridiction protégée par l'article 96: le pouvoir de déterminer l'étendue de la compétence d'un organisme inférieur. Mais au lieu d'annuler les deux ou trois articles litigieux du *Code des professions*, la Cour suprême a décidé que:

"la loi provinciale doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'article 96"¹⁵⁵.

Si l'organisme protégé est devenu une cour supérieure, il se trouve à être illégalement constitué puisque non formé de "juges de 96"; il n'est donc plus en mesure d'exercer quelque pouvoir que ce soit, judiciaire ou non. Il est juridiquement paralysé à moins qu'il ne prenne plaisir à adopter des décisions entachées d'erreur juridictionnelle. La clause privative étanche destinée à le mieux protéger constitue en somme son acte de sépulture!

Trop préoccupée peut-être par sa volonté de laisser tomber la traditionnelle règle d'interprétation restrictive des clauses privatives directes, la Cour n'a pas essayé de séparer les quelques articles en cause du reste des dispositions relatives au Tribunal des professions. La théorie du "reading down" s'est également volatilisée. Il importait semble-t-il d'enchâsser avant tout dans la Constitution le contrôle des erreurs juridictionnelles, tout en admettant dans le même souffle "qu'il peut y avoir des divergences de vues" sur le sens de cette expression...

Paragraphe 4 — Le problème de l'application littérale des clauses partielles

Nous avons jugé opportun d'évoquer ici un problème engendré probablement par une mauvaise compréhension de l'arrêt *Crevier*.

Une clause privative partielle n'est certes pas inconstitutionnelle et ne fait pas de l'organisme protégé une cour supérieure. Faut-il en conclure que parce qu'elle n'est pas inconstitutionnelle, cette clause doit être respectée à la lettre en cas d'erreur juridictionnelle de la part de l'organisme protégé? Par exemple, si une clause privative supprime les voies de mise en oeuvre du pouvoir

155. *Crevier c. P.G. du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 234.

de surveillance, exception faite de l'action directe en nullité, doit-on en déduire que seul ce recours sera accessible au justiciable qui s'estime lésé par une décision qu'il prétend juridictionnellement erronée?

Si tous les recours en surveillance sont éliminés, pour être remplacés par un appel adéquat à une cour supérieure, il est possible que l'appel soit jugé l'unique porte d'accès au prétoire. Le même raisonnement tient-il si le seul recours accessible au justiciable est, par exemple, l'action directe en nullité? L'évocation lui est-elle interdite? Est-ce à dire qu'il ne peut obtenir de la Cour supérieure une ordonnance enjoignant à l'organisme protégé de remplir ses obligations?

Soutenir que les clauses partielles doivent être respectées en cas d'erreurs juridictionnelles serait faire régresser le Droit. Avant l'arrêt *Crevier*, lorsqu'une disposition législative supprimait expressément ou implicitement le droit au *certiorari* et à d'autres recours, cette disposition demeurait lettre morte et ne produisait ses effets qu'advenant la preuve d'une erreur intrajuridictionnelle. Il ne faut pas confondre la nouvelle question de la constitutionnalité des clauses privatives (étanches) avec le vieux problème des effets des clauses privatives (non étanches) et de leur interprétation restrictive. D'ailleurs, si dans l'affaire *Grondin* la Cour suprême a jugé que la clause privative inscrite dans la *Loi sur le logement* n'était pas inconstitutionnelle étant donné, notamment, qu'elle n'excluait pas l'action directe en nullité et la requête en jugement déclaratoire, elle n'a pas pour autant avancé que les autres recours en surveillance étaient inutilisables. Elle aurait d'ailleurs été mal placée pour ce faire; en effet, elle était appelée, en l'espèce, à examiner la validité d'une décision de la Régie dans le cadre d'une procédure en évocation...¹⁵⁶.

CONCLUSION

Le contrôle des cours supérieures sur les erreurs juridictionnelles commises par les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs, en matière provinciale, est désormais garanti par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette garantie n'implique pas que ce

156. *Grondin c. P.G. du Québec*, [1983] 2 R.C.S. 364. Consulter, à ce propos, *Les propriétés Place McGregor Inc. c. Régie du logement*, [1984] C.S. 239.

contrôle puisse être mis en oeuvre par l'une des voies d'exercice du traditionnel pouvoir de surveillance; l'appel peut constituer une alternative valable. Une clause privative directe qui a pour objet d'interdire manifestement (prétentieusement?) ce contrôle sera jugée inconstitutionnelle et, à titre d'une certaine façon de pénalité exemplaire, l'institution protégée sera inhabile à exercer quelque pouvoir que ce soit, ses membres s'étant métamorphosés en juges de cours supérieures sans en avoir le statut.

Par contre, si le libellé de la clause privative n'est pas suffisamment provocant, les juges des cours supérieures se contenteront, et c'est généralement l'usage, de l'interpréter de façon dite restrictive. Cela signifie qu'ils ne s'arrêteront pas à la lettre du texte législatif mais s'en rapporteront plutôt à la tradition jurisprudentielle qui présume qu'un législateur intelligent ne saurait, à moins de le proclamer en toutes lettres, confier à un organisme une compétence d'attribution tout en l'autorisant à étendre de lui-même sa compétence (ses pouvoirs, sa juridiction).

Ce n'est qu'en octobre 1981 que la Cour suprême du Canada a donné une assise constitutionnelle au contrôle judiciaire exercé par les cours supérieures dans l'éventualité d'erreurs juridictionnelles de toutes sortes commises par les tribunaux inférieurs et les institutions administratives; auparavant, la Constitution ne garantissait, implicitement, que le contrôle des erreurs de nature constitutionnelle. La Haute Juridiction a peut-être voulu mettre un terme aux sérieux débats relatifs à la légitimité d'une jurisprudence qui, au nom d'une règle d'interprétation des lois, enlevait presque toute portée à des dispositions législatives, votées par des législatures soi-disant souveraines, et visant clairement à faire obstacle à l'intervention des juges des cours supérieures. En présence de semblables dispositions, jusqu'où devait s'étendre le contrôle des cours supérieures et comment le structurer de façon à ce qu'il soit le moins possible un instrument livré au pouvoir discrétionnaire des juges? À partir du moment où la Cour suprême "cimentait" dans l'article 96 le contrôle de toutes les erreurs juridictionnelles, tout en reconnaissant cependant dans le même souffle que ce genre d'erreur était plutôt mal défini, la primauté du contrôle judiciaire sur des textes législatifs hostiles à sa manifestation n'était plus une affaire de préférence politico-sociojuridique, mais une question de respect de la Constitution, du ressort incontestable des juges.

Il serait évidemment indécent que, lorsque l'occasion se présentera, la Cour suprême ne fasse pas subir à la souveraineté du Parlement du Canada une semblable *capetis diminutio*. Il lui fau-

dra peut-être, pour ce faire, réaliser un heureux brassage de son brumeux arrêt *Mc Evoy*, du préambule et de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que de ses *obiter* voulant que le contrôle des erreurs constitutionnelles et des autres erreurs juridictionnelles possède le même fondement et se rattache aux mêmes principes.

Depuis 1981, la controverse relative à la nécessité et à l'objet du contrôle des cours supérieures se trouve donc à faire rage (?) sur le champ de la délimitation des notions d'erreur juridictionnelle (la clause privative est inopérante même si elle n'est pas inconstitutionnelle) et d'erreur intrajuridictionnelle (la clause privative valide est susceptible de produire certains effets).

La Cour suprême du Canada ne semble pas vouloir actuellement abuser du contrôle qu'elle a elle-même enchâssé dans la Constitution, nonobstant l'imprécision de son objet relié aux concepts d'erreur juridictionnelle et intrajuridictionnelle. Il est cependant difficile de connaître sa position exacte, dans les grandes lignes, si l'on s'en remet à l'ensemble des arrêts qu'elle a rendus depuis les dernières années et, *a fortiori*, depuis les années cinquante. Des arrêts très récents témoignent cependant d'un effort remarquable de clarification.

Un esprit nouveau anime sa jurisprudence, que l'on sent plus respectueuse de la souveraineté des législatures et du principe de la spécialisation des tâches. La seule phrase suivante, rédigée par le juge Beetz (*per curiam*) dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec*, témoigne d'une évolution importante:

"Certes, comme on l'a déjà dit, il est souvent difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence et il faut généralement donner le bénéfice du doute aux tribunaux administratifs comme le Conseil"¹⁵⁷.

Il en va de même des commentaires suivants formulés par le juge Lamer, dans l'affaire *Control Data*. Bien qu'en l'espèce ces propos n'aient recueilli l'appui que de son collègue Mac Intyre, d'autres jugements récents nous permettent de croire qu'ils expriment une opinion partagée par l'ensemble de ses collègues.

"Cette disposition [la clause privative] indique clairement l'intention du législateur de laisser à l'arbitre le soin de décider de façon complète et définitive les questions qui lui sont soumises par la Loi. Cette déférence repose, on ne peut en douter, tant sur le respect du législateur pour l'expertise de l'arbitre que sur l'importance de la célérité du règlement des litiges en

157. *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, 441.

matière du droit du travail. [...] Les cours doivent respecter ce choix du législateur et être extrêmement prudentes dans l'exercice de leur pouvoir de révision. Elles ne doivent intervenir que si elles trouvent un véritable excès de juridiction de la part de l'arbitre et non simplement si elles se trouvent en désaccord avec ses conclusions.

Le contrôle judiciaire ne peut s'exercer que sur des questions de compétence.

[...]

En effet, faut-il encore le rappeler, les tribunaux administratifs répondent au besoin d'apporter des solutions à des conflits qui se prêtent mieux à un procédé décisionnel autre que celui qu'offrent les tribunaux judiciaires. Souvent, aussi, le "juge" administratif est mieux formé et mieux renseigné sur le milieu où s'exerce sa compétence, et a accès à des renseignements qui ne se retrouvent pas, plus souvent qu'autrement, au dossier soumis à la cour. À cela s'ajoute le fait que l'arbitre a vu et entendu les parties"¹⁵⁸.

Nous ne voyons pas pourquoi ce genre de propos ne vaudrait que pour la seule expertise des organismes oeuvrant dans les relations de travail.

Si la distinction entre les erreurs juridictionnelles et intrajuridictionnelles soulèvera sans doute encore bien des difficultés et se prêtera à de savantes manipulations, que l'on tente ou non d'en faire une codification, il reste que certaines améliorations, d'ordre non cosmique, devraient dans le meilleur délai être apportées au droit relatif aux effets des clauses privatives en matière provinciale.

- Un législateur avisé pourrait certes éliminer nombre de contestations judiciaires en soignant son style législatif, c'est-à-dire, en l'espèce, en prenant soin de mieux distinguer dans les lois ce qui encadre la compétence d'un décideur de ce qui en relève. Ce faisant, s'il désire consciemment restreindre l'intervention des cours supérieures, le législateur aurait beaucoup plus de chances d'atteindre son objectif.
- L'octroi d'une juridiction exclusive à une institution constituée à lui seul, à notre avis, une clause privative de juridiction. Il serait évidemment important que les cours supérieures prennent clairement position sur ce point, vu les effets attachés à la présence d'une clause privative valide, en matière intrajuridictionnelle.

158. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 488-489 et 499. Voir aussi *Syndicat des professeurs du Collège de Lévis-Lauzon c. CÉGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596.

- Le concept sibyllin de clause quasi privative ne fait qu'ajouter inutilement à la difficulté du droit positif. À notre avis, les cours supérieures devraient en prononcer la radiation.
- Compte tenu des effets considérables résultant de la présence d'une clause privative jugée inconstitutionnelle, il importe que les cours supérieures précisent les critères qu'elles entendent utiliser, depuis l'arrêt *Crevier*, pour distinguer les clauses privatives "étanches" et donc inconstitutionnelles, de celles qui ne sont que "totales" et partant constitutionnelles, ce qui ne signifie pas qu'elles seront pour autant respectées en cas d'erreur juridictionnelle.
- La *common law* enseigne depuis longtemps que le contrôle de l'erreur de droit intrajuridictionnelle (non manifestement déraisonnable) est possible sur un recours en *certiorari*, lorsqu'elle se manifeste à la lecture du dossier du décideur et qu'une clause privative (valide) ne fait pas obstacle à cette intervention qui ressemble alors à un appel à une cour supérieure. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada, sur ce point, nous en fait voir de toutes les couleurs et si la Cour entend abolir cette règle de *common law*, qu'elle a elle-même proclamée au moins à trois reprises, il serait bon que tous en soient informés. Les justiciables ne savent que faire des propos sibyllins glissés de-ci de-là dans les arrêts de la Cour.
- Au Québec, l'évocation, encadrée dans le texte de l'article 846 du *Code de procédure civile*, est la source de plusieurs difficultés. Ce recours, qui a succédé au *certiorari*, autorise-t-il, par exemple, le contrôle des erreurs de droit intrajuridictionnelles manifestes à la lecture du dossier, en l'absence d'une clause privative? L'Assemblée nationale ou les juges des cours supérieures possèdent certes l'autorité de régler cette question; une intervention du législateur serait évidemment plus rapide et moins coûteuse, d'autant plus que la Cour suprême semble être en train de s'enliser sur la question de la portée de cet article 846. À notre avis, l'évocation n'autorise actuellement le contrôle de l'erreur intrajuridictionnelle "simple", en l'absence d'une clause privative appropriée, que dans les circonstances très limitées énoncées à l'alinéa 3 de l'article 846 C.p.c. En somme, la règle de *common law* a été modifiée par l'Assemblée nationale, en 1965, et cette modification est certes valide.

Inutile de signaler que le droit actuel soulève par ailleurs des questions d'une ampleur plus considérable. À quelles institutions convient-il de reconnaître un caractère spécialisé, susceptible d'activer l'attitude de réserve des juges des cours supérieures? Quelles sont les lois qu'il convient de considérer comme relevant du *home territory* du décideur spécialisé? Comment faire en sorte que le traitement particulier accordé à certains organismes ne soit pas la source d'une magistrale confusion lorsque l'on demande aux juges des cours supérieures d'exercer leur contrôle sur des organismes non spécialisés? Comment maintenir l'unité dans la diversité? Encore un autre problème canadien!