



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

L'État québécois et la Couronne canadienne :
conception de la puissance publique à la lumière
du droit de la responsabilité de la Couronne

Marie-France Fortin

Poursuivre le Directeur de la protection de la jeunesse?
Une analyse des recours pécuniaires à la lumière
des chartes et du droit international

Sophie Papillon

LES PAGES DU CDACI

L'intérêt de la victime dans l'accord de réparation
obtenu par SNC-Lavalin : analyse critique à la
lumière du droit français

Amissi M. Manirabona
Béatrice Lapérou-Schneider



L'État québécois et la Couronne canadienne : conception de la puissance publique à la lumière du droit de la responsabilité de la Couronne

*Marie-France FORTIN**

**The State and the Crown in Quebec and Canada:
Conceiving of Public Power in light of Crown Liability**

**El Estado de Quebec y la Corona canadiense: concepción del poder público
a la luz del derecho de la responsabilidad de la Corona**

**O Estado quebequense e a Coroa canadense: concepção do poder público
à luz do direito da responsabilidade da Coroa**

魁北克政府与加拿大政府：基于国家责任法的公权力概念

Résumé

Cet article propose un survol de l'évolution du droit et de la pensée juridique relatifs à la responsabilité extracontractuelle de l'État, afin de mettre en lumière les différences de conception que présente le droit fédéral et le droit québécois quant à leur administration gouvernementale

Abstract

This article provides an overview of the evolution of law and legal thought relating to the extracontractual liability of the State, in order to highlight how federal law and Quebec law conceptualize differently their respective governmental administration. English law and its historical

* Professeure adjointe, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. L'auteure remercie très sincèrement les évaluateurs pour leurs excellents commentaires et judicieuses observations, de même que ceux de Paul Daly, Mistral Goudreau, Ghislain Otis, Mariève Lacroix et Terry Skolnik. Remerciements à la Fondation du Barreau du Québec pour sa subvention de recherche et à Lilian Mai Potvin et Florence Robert pour leur excellent travail de recherche et de mise en forme.

respective. Le droit anglais et son évolution historique sont mis en lumière afin de mieux détailler les détournements de sens relatifs à la notion de « Couronne » qui ont eu cours au 19^e siècle en matière de responsabilité de l'État. L'analyse porte ensuite, dans un premier temps, sur la manière dont ces développements et leur déconnexion des fondements constitutionnels ont été reproduits dans la jurisprudence canadienne et, dans un deuxième temps, sur le caractère distinct du droit québécois en la matière. La tradition *dicéyanne* de responsabilité du fonctionnaire individuel et de la responsabilité indirecte de la Couronne du droit fédéral et de la *common law* d'origine anglaise est comparée à la responsabilité directe de l'État québécois. La comparaison et les observations qu'elle permet quant au concept d'« État » est mise en lumière grâce à l'étude de décisions récentes des cours d'appel.

Resumen

Este artículo ofrece un vistazo de la evolución del derecho y del pensamiento jurídico en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, con el fin de resaltar las diferentes maneras en que el derecho federal y el de Quebec conciben su respectiva administración gubernamental. El derecho inglés y su evolución histórica son puestos bajo la lupa para detallar mejor las tergiversaciones relativas a la noción de « Corona » que se produjeron en el siglo XIX con respecto a la responsabilidad del Estado. A continuación, el estudio se centra, en primer lugar, en la forma en que estos análisis y su desconexión de los fundamentos constitucionales han sido reproducidos en la jurisprudencia canadiense

evolution are brought to light in order to better detail the misuse of meaning relating to the notion of the « Crown » that took place in the 19th century in the realm of State liability. The analysis then focuses, first, on the manner in which these developments and their disconnection from constitutional foundations have been reproduced in Canadian jurisprudence and, second, on the distinct nature of Quebec law in this area. The *dicéyan* tradition of liability of the individual public servant and the indirect liability of the Crown in Canadian federal law and *common law* of English origin is compared to the direct liability of the State in Quebec law. The comparison and the observations it allows for with respect to the concept of the « State » is brought to light through the study of recent decisions of the courts of appeal.

Resumo

Este artigo propõe um panorama da evolução do direito e do pensamento jurídico relativos à responsabilidade extracontractual do Estado, a fim de lançar luz sobre as diferenças de concepção que apresentam o direito federal e o direito quebequense quanto à sua administração governamental respectiva. O direito inglês e sua evolução histórica são trazidos a exame a fim de melhor detalhar os desvios de sentido relativos à noção de « Coroa » que ocorreram no século 19 em matéria de responsabilidade do Estado. A análise contínua, em um primeiro momento, sobre a maneira pela qual estes desenvolvimentos e sua desconexão dos fundamentos constitucionais foram reproduzidos na jurisprudência canadense

y, segundo, en el carácter distintivo del derecho de Quebec en la materia. La tradición diceyana de la responsabilidad de cada funcionario público y de la responsabilidad indirecta de la Corona en el derecho federal y en el *common law* de origen inglés se compara con la responsabilidad directa del Estado en el derecho de Quebec. La comparación y las observaciones que permite con respecto al concepto de «Estado» se ponen de manifiesto gracias al estudio de decisiones recientes de los tribunales de apelación.

e, num segundo tempo, sobre o carácter distinto do direito quebequense na matéria. A tradição diceyana de responsabilidade do funcionário individual e a responsabilidade indireta da Coroa do direito federal e da *common law* de origem inglesa é comparada à responsabilidade direta do Estado quebequense. A comparação e as observações que ela permite quanto ao conceito de «Estado» são trazidas à luz graças ao estudo de decisões recentes das cortes de apelação.

摘要

本文概述了关于国家侵权责任的法律和法律思想的变迁，阐释了联邦法律和魁北克法律各自对于行政管理不同概念。本文先对英国法律及其历史变迁进行了阐释，以便更详细地说明发生于19世纪的关于国家责任的“皇家政府”（*Couronne*）概念的误用。然后，先后分析了这一概念在加拿大判例中的发展及其如何与宪政基础脱节，以及魁北克法律关于这一概念的特征。最后，对源自英国的基于戴西理论的公务员个人责任制和联邦法律及普通法上的政府间接责任制，与魁北克政府的直接责任制进行了比较。通过对上诉法院近期判例进行研究，作者对“国家”概念进行了阐释。

Plan de l'article

Introduction	385
I. Fondements du droit public anglais : immunité de poursuite du roi et arrangement constitutionnel du 17^e siècle	387
II. La Couronne : mutations anglaises inconstitutionnelles au 19^e siècle	390
A. Renaissance de la pétition de droit et naissance de l'appareil gouvernemental	391
B. (Ir)responsabilité des « serviteurs » de la Couronne	397
III. Répercussions outre-Atlantique : reflets canadiens	403
A. Précédents britanniques et jurisprudence canadienne des 19 ^e et 20 ^e siècles	404
B. Adoptions législatives : le rôle de modèle du <i>Crown Proceedings Act 1947</i>	409
IV. Une distinction québécoise continentale	412
A. L'État, c'est moi	412
B. Divergences entre la responsabilité de la Couronne fédérale et celle de l'État québécois	416
V. Illustrations récentes	424
A. <i>Kosoian</i> : étude de cas de la responsabilité de la puissance publique québécoise	424
B. <i>Hinse</i> : étude de cas de la responsabilité de la Couronne fédérale	431
C. <i>Grand Boisé de la Prairie</i> : étude de cas de la responsabilité de la ministre et du gouverneur en conseil selon le droit fédéral	438

D. <i>Spieser</i> : étude de cas des régimes de responsabilité de la Couronne fédérale et de la difficile transposition de cette responsabilité en droit civil québécois.....	443
---	-----

Conclusion : la Couronne, erreur sur la personne	447
---	------------

When these ghosts of the past stand in the path of justice clanking their medieval chains the proper course for the judge is to pass through them undeterred.

– *United Australia Ltd v. Barclays Bank Ltd*, [1941] A.C. 1 (H.L.), p. 29 (Lord Atkin)

La « Couronne », comme l'écrivait le célèbre historien anglais F. W. Maitland, est une « couverture commode pour l'ignorance », « qui nous évite de poser des questions difficiles » (notre traduction)¹. L'attribution d'actions à la Couronne était, selon Maitland qui écrivait au début du 20^e siècle, beaucoup plus moderne qu'on avait alors tendance à le croire². Selon lui, lorsque son contemporain Anson écrivait « Couronne », Blackstone écrivait plutôt, plus d'un siècle auparavant, « le Roi »³. Maitland était sans équivoque : la Couronne n'était pas une personne que reconnaissait le droit si le terme était utilisé pour signifier autre chose que la personne de Sa Majesté⁴. En ce sens, la Couronne n'est qu'« un morceau de couvre-chef bijouté sous garde à la Tour de Londres » (notre traduction)⁵.

La Couronne est également synonyme de dualité dans l'histoire de la pensée juridique anglaise. Du duo formé de la Couronne et du roi au Moyen Âge, aux deux corps du Roi nés pendant la période élisabéthaine, à la confusion entre la Couronne conçue à la fois comme une corporation *sole* et une corporation *aggregate* depuis le 19^e siècle anglais⁶, le droit canadien

¹ Frederic W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1908, p. 418.

² Frederic W. MAITLAND, « The Crown as Corporation », (1901) 17 *Law Q. Rev.* 131, 139.

³ *Id.*

⁴ *Id.*

⁵ « [A] piece of jewelled headgear under guard at the Tower of London », *Town Investments Ltd v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359, 397 (Lord Simon); voir au même effet F. W. MAITLAND, préc., note 1, p. 418.

⁶ Marie-France FORTIN, « The king's two bodies and the Crown a corporation sole: historical dualities in English legal thinking », (2021) *Hist. Eur. Ideas* 1. Sur l'évolution de la notion de Couronne dans la pensée anglaise, voir aussi John W. F. ALLISON, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Sur la notion de Couronne, plus généralement, voir Pitt COBBETT, « "The Crown" as representing "The State" », (1903) 1 *Commonw. L.Rev.* 23; F. W. MAITLAND, préc., note 2; W. Harrison MOORE, « The Crown as Corporation », (1904) 20 *Law Q. Rev.* 351; George GARNETT, « The Origins of the Crown », dans John HUDSON (dir.), *The History of English Law: Centenary Essays on Pollock and*

présente aussi une dualité liée à la notion de Couronne. En effet, outre la confusion propre au caractère indivisible de la Couronne impériale et à la divisibilité de la Couronne dans un contexte fédéral⁷, le droit fédéral canadien qui se réclame de la notion de « Couronne » présente des divergences importantes avec le droit québécois, qui lui préfère la notion d'« État »⁸.

Un survol de l'évolution du droit et de la pensée juridique relatifs à la responsabilité extracontractuelle de l'État est tout d'abord effectué, afin de mettre en lumière les différences de conception que présentent le droit fédéral et le droit québécois quant à leur administration gouvernementale respective. Cet article adopte donc, d'une part, une approche traditionnelle de common law en mettant l'accent sur la procédure, soit les recours disponibles ou non à l'encontre de la Couronne. Toutefois, l'objectif s'apparente aussi à la tradition « continentale », puisque l'analyse vise à tirer des conclusions quant à l'existence d'une notion d'État en droit civil québécois et son absence en droit anglo-canadien.

Après avoir rappelé en première partie les fondements du droit public anglais, dont l'immunité de poursuite du roi et l'arrangement constitutionnel du 17^e siècle anglais, la seconde partie propose une analyse des dérives jurisprudentielles anglaises du 19^e siècle. Cette analyse prend pour assise les recours intentés contre Sa Majesté elle-même grâce à la pétition de droit, qui connut alors un regain d'intérêt. La troisième partie démontre

Maitland, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 171 ; Maurice SUNKIN et Sebastian PAYNE (dir.), *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Voir aussi Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 ; Janet McLEAN, *Searching for the State in British Legal Thought: Competing Conceptions of the Public Sphere*, coll. « Cambridge Studies in Constitutional Law », Cambridge, Cambridge University Press, 2012. L'œuvre incontournable sur les deux corps du roi est celle de Ernst H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957 ; voir aussi Marie AXTON, *The Queen's Two Bodies: Drama and the Elizabethan Succession*, Londres, Royal Historical Society, 1977.

⁷ Nick SEDDON, « The Crown », (2000) 28-2 *Federal Law Review* 245 ; Jason ALLEN, « The Office of the Crown », (2018) 77-2 *Cambridge L.J.* 298 ; W.E. CUPPAIDGE, « The Divisibility of the Crown », (1954) 27 *A.L.J.* 594.

⁸ Sur la divergence qu'offrent les versions anglaise et française de différentes dispositions législatives, voir Marie-France FORTIN, « The Crown – L'État (v.f.) : Une traduction canadienne », dans François LAROCQUE, Stéphanie CHOUINARD et François CHARBONNEAU (dir.), *L'œuvre de Pierre Foucher: Quarante ans d'engagement pour la justice et les minorités linguistiques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2022.

que la jurisprudence canadienne de common law a largement suivi les dérives de la jurisprudence anglaise, alors que la quatrième partie met l'accent sur le caractère distinct du droit civil québécois en matière de recours en responsabilité civile contre l'État. La cinquième partie propose une analyse de deux décisions de la Cour suprême, *Kosoian*⁹ et *Hinse*¹⁰, d'une décision de la Cour d'appel fédérale, *Grand Boisé de la Prairie*¹¹, ainsi qu'une décision de la Cour d'appel du Québec, *Spieser*¹², afin de mettre en lumière les différences entre, d'une part, la common law et la législation fédérale et, d'autre part, le droit civil québécois en matière de responsabilité civile de l'État et comment ces différences connotent des conceptions distinctes de l'État.

I. Fondements du droit public anglais: immunité de poursuite du roi et arrangement constitutionnel du 17^e siècle

Selon les experts en droit des *torts* de common law au Canada, l'immunité de souveraineté (*sovereign immunity*) qu'est celle de l'immunité de poursuite de la Couronne relèverait de *the King can do no wrong*¹³. Or, *the King can do no wrong*, compris dans son contexte constitutionnel et historique, notamment à la suite des modifications constitutionnelles ayant eu cours en Angleterre lors du 17^e siècle, signifie que seule la personne du monarque bénéficie d'une immunité de poursuite¹⁴. La « prérogative » du roi comprise comme une immunité de poursuite, ou encore comme l'absence de reconnaissance de responsabilité concernant la personne du monarque, ne concerne que la personne de Sa Majesté¹⁵. Que seul le monarque

⁹ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59.

¹⁰ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35.

¹¹ 9255-2504 *Québec Inc. c. Canada*, 2022 CAF 43 (ci-après « *Grand Boisé de la Prairie* »).

¹² *Spieser c. Procureur général du Canada*, 2020 QCCA 42.

¹³ Allen LINDEN et Bruce FELDTHUSEN, *Canadian Tort Law*, Markham, LexisNexis Canada, 2011, p. 662-665; Bruce FELDTHUSEN, « Public Authority Immunity from Negligence Liability: Uncertain, Unnecessary, And Unjustified », (2014) 92-2 *Can. Bar Rev.* 211, 227.

¹⁴ Marie-France FORTIN, *A Historical Constitutional Approach to the King Can Do No Wrong: Revisiting Crown Liability*, thèse de doctorat, Cambridge, University of Cambridge, 2019.

¹⁵ « [R]oyal immunities, both substantive and procedural, originated in a feudal background as prerogatives personal to the King »: Harry STREET, *Governmental Liability: A Comparative Study*, coll. « Cambridge Studies in International and Comparative Law », n°4, Cambridge, Cambridge University Press, 1953, p. 185.

soit exempté de rendre des comptes, mais que tout autre ministre ou serviteur de la Couronne soit responsable en échange, est un principe constitutionnel de première importance en droit public d'origine britannique, une loi de la constitution (*a law of the constitution*) selon Dicey¹⁶. Il constitue l'un des fondements de la monarchie parlementaire depuis les soulèvements du 17^e siècle anglais et le pacte constitutionnel conclu au moment de la Glorieuse Révolution¹⁷.

The King can do no wrong dans son acceptation constitutionnelle du 17^e siècle est dès lors semblable à celle attribuée au juriste anglais Bracton. Dans le texte *De Leges Anglorum*, datant du 13^e siècle, ce juriste anglais exprimait en effet l'idée que le roi est sous le droit, parce que le droit fait le roi ; le roi, ajoutait-il, n'est donc pas autorisé à commettre un tort, puisque le droit ne lui accorde pas ce pouvoir¹⁸. Le roi ne peut agir que conformément au droit¹⁹. Après les bouleversements du 17^e siècle (régicide de Charles I, guerre civile et protectorat de Cromwell, Restauration de la monarchie puis réveil du spectre des guerres religieuses avec l'accession au trône de Jacques II), *the King can do no wrong* ne signifiait pas, dans la pensée juridique qui devint dominante, que le roi était incapable de commettre un tort ou une faute. Les événements récents de l'époque le démentaient. Toutefois, en échange de la stabilité que procurait le retour de la monarchie, jumelée à la reconnaissance de la souveraineté du Parlement par les monarques protestants Guillaume et Marie et le *Bill of Rights* anglais de 1689²⁰, on accorda aux monarques une immunité. Ils ne pouvaient être tenus responsables des agissements de leurs ministres, officiers et autres serviteurs. Quant à leurs propres comportements fautifs, une fiction fut développée afin de leur éviter l'attribution d'une quelconque responsabilité : si le monarque agissait mal, c'était que ses vils ministres l'avaient

¹⁶ Albert Venn DICEY, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution: The Oxford Edition of Dicey*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 21.

¹⁷ Marie-France FORTIN, « Rule of Law, Parliamentary Sovereignty and Executive Accountability in English Legal Thinking: The Recent Revival of The King Can Do No Wrong », (2022) 44-2 *Journal of Constitutional History* 43.

¹⁸ Henry de BRACTON, *Bracton on the Laws and Customs of England*, traduit par George E. WOODBINE et Samuel E. THORNE, vol. 3, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1968, p. 33 et 169 ; Henry de BRACTON, *Bracton on the Laws and Customs of England*, traduit par George E. WOODBINE et Samuel E. THORNE, vol. 3, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1977, p. 43.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Bill of Rights 1688*, 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2.

trompé²¹. *The King can do no wrong* dans son acception constitutionnelle a donc ses racines dans un long courant de pensée en droit public anglais et prit forme en tant que maxime au tournant du 17^e siècle²².

The King can do no wrong, principe fondamental en droit anglais selon lequel le roi est sujet au droit et n'a pas le pouvoir de faire de tort, mais ne peut, en contrepartie, être tenu responsable depuis le 17^e siècle, diffère par conséquent de l'immunité de poursuite fondée au Moyen Âge sur celle du seigneur féodal, qui ne pouvait être poursuivi devant sa propre cour²³. Cette immunité de poursuite « procédurale », commune au roi et à ses vassaux devant leurs propres cours²⁴, est d'un autre ordre²⁵. L'effet de cette immunité de poursuite aux origines féodales et de celui du principe que *the King can do no wrong* sont cependant largement concomitants : la personne de Sa Majesté ne peut être tenue responsable devant les tribunaux de justice²⁶. *The King can do no wrong* signifie cependant également que la personne de Sa Majesté ne peut non plus être tenue responsable envers le Parlement, une conséquence récemment illustrée au Royaume-Uni dans l'affaire *Miller II*²⁷. L'avis donné par le premier ministre Johnson à Sa Majesté, à savoir que le Parlement devrait être prorogé, fut jugé déraisonnable et illégal. La prorogation ordonnée par Sa Majesté fut donc annulée. Cependant, la Cour suprême du Royaume-Uni prit soin de noter que cette conclusion ne permettait en aucune façon de tirer une inférence quelconque quant à la décision de la Reine Élisabeth II d'accepter l'avis de son premier ministre²⁸.

²¹ Des propos que l'on retrouve dans l'œuvre de Blackstone : William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, facsimilé de la 1^{re} éd. de 1765-1769, Chicago, University of Chicago Press, 1979, 238-239 ; M.-F. FORTIN, préc., note 14.

²² La popularisation de la maxime, en anglais, est due à Edward Coke : M.-F. FORTIN, *id.*, p. 73-75.

²³ *Id.*, p. 12-18.

²⁴ Frederic W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963, p. 100.

²⁵ M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 76.

²⁶ Les juristes américains et québécois font allusion à une telle distinction entre les deux concepts : Louis L. JAFFE, « Suits Against Governments and Officers: Sovereign Immunity », (1963) 77-1 *H.L. R.* 1 ; Jean-Denis ARCHAMBAULT, « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public », (1992) 52-3 *R. du B.* 515 ; Louis-Philippe PIGEON, « Le texte législatif source de la responsabilité extra-contractuelle de l'État », (1985) 16-1 *R.G.D.* 17, 18-19.

²⁷ *R(on the application of Miller and another) v. Prime Minister*, [2019] UKSC 41, [2019] 4 All E.R. 299 (ci-après *Miller II*) ; M.-F. FORTIN, préc., note 17.

²⁸ *Miller II*, p. 373 (Lady Hale et Lord Reed).

Quant à la responsabilité individuelle des ministres, officiers et serviteurs du monarque devant les tribunaux, elle sera confirmée graduellement par suite du nouvel arrangement constitutionnel du 17^e siècle dans les célèbres arrêts *Bankers Case*²⁹, *Ashby v. White*³⁰, *Entick v. Carrington*³¹ et *Money v. Leach*³². La responsabilité ministérielle « politique » fut également conceptualisée de manière plus élargie que les seules fautes personnelles du ministre : le principe de *Carltona* est maintenant bien établi, selon lequel un ministre est responsable des agissements posés par les fonctionnaires de son ministère, même s'ils ne sont pas en droit ses employés, et que leurs décisions sont en droit les décisions du ministre³³.

II. La Couronne : mutations anglaises inconstitutionnelles au 19^e siècle

Tel que l'écrivait le constitutionnaliste Matthew Hale à l'époque cruciale en droit public anglais qu'est le 17^e siècle, tous les « instruments » du roi et ses ministres sont sujets au pouvoir coercitif du droit et sont responsables de leurs agissements³⁴. Ils ne peuvent invoquer en défense qu'ils ne faisaient qu'obéir aux commandes du roi. Dicey ajoutera plus tard, au tournant du 20^e siècle, que tous les officiers publics, du premier ministre au plus humble fonctionnaire, sont assujettis au droit commun et peuvent être poursuivis, lorsqu'ils engagent leur responsabilité civile par leur comportement fautif, devant les tribunaux de droit commun³⁵. Cette égalité devant la loi constitue l'un des fondements de la conception dicéyenne de la primauté du droit. Cet assujettissement des ministres, officiers et agents du roi au droit commun, comme nous l'avons vu, n'était pas de droit nouveau

²⁹ *Bankers' Case*, ou *The King v. Hornby*, (1700) 14 S.T. 1, (1700) 5 Mod. 30; 87 E.R. 500.

³⁰ *Ashby v. White*, (1703) 92 E.R. 126.

³¹ *Entick v. Carrington*, (1765) 95 E.R. 807, 19 St. Tr. 1030, (C.P. 1765).

³² *Money v. Leach*, (1765) 3 Burr. 1742, 97 Eng. Rep. 1075, 1088 K.B. 1765, où Lord Mansfield expliqua que la commande du roi ne constitue pas un moyen de défense valide pour son fonctionnaire; voir aussi *Mostyn v. Fabrigas*, (1774) 1 Cowp. 161 (Lord Mansfield); *Glynn v. Houston* (1841) 2 Man. & G. 337.

³³ *Carltona Ltd v. Commissioners of Work*, [1943] 2 All E.R. 560, arrêt dont les conclusions furent reprises au Canada dans *Ahmad c. Commission de la fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644 (C.A.F.); *La Reine c. Harrison*, [1977] 2 R.C.S. 238; Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 224-225.

³⁴ Matthew HALE, *Prerogatives of the King*, éd. D.E.C. Yale, vol. 92, London, Selden Society, 1976, p. 15; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 112.

³⁵ A. V. DICEY, préc., note 16, p. 100-101.

et se trouvait déjà établi dans de grands arrêts des 17^e et 18^e siècles³⁶. L'accent que mettait Dicey sur la responsabilité des ministres, officiers et autres fonctionnaires masque cependant l'absence de traitement chez ce juriste de la responsabilité des organismes publics et du gouvernement lui-même³⁷. L'influence de la pensée de Dicey se jumela aux développements jurisprudentiels du 19^e siècle relatifs à la pétition de droit et à la notion très peu définie de « Couronne » pour ajouter à la confusion entourant cette notion. Des dérives, du point de vue du droit constitutionnel et du principe de *the King can do no wrong*, survinrent ainsi dans la jurisprudence anglaise du 19^e et du début du 20^e siècle. Elles font l'objet de l'étude qui suit³⁸.

A. Renaissance de la pétition de droit et naissance de l'appareil gouvernemental

Au 19^e siècle, l'appareil étatique anglais tel que nous le connaissons aujourd'hui prenait naissance³⁹. Si, en 1750, une distinction claire existait entre le roi anglais et ses officiers, des changements à la structure gouvernementale eurent lieu vers le milieu du 19^e siècle et eurent par la suite d'importantes répercussions. D'une poignée d'officiers publics régionaux (shérifs, huissiers, géôliers, juges de paix, gendarmes, etc.) qui achetaient leur charge et qui relevaient directement du roi dans une administration encore essentiellement royale et au sein de laquelle ces officiers agissaient au nom du roi, l'on passa à une bureaucratie où les fonctionnaires, salariés, travaillaient désormais à Westminster au sein de ministères, dans un système hiérarchique relevant non plus du roi, mais du Cabinet⁴⁰.

³⁶ *Bankers' Case*, ou *The King v. Hornby*, préc., note 29; *Entick v. Carrington*, préc., note 31; *Money v. Leach*, préc., note 32.

³⁷ J. McLEAN, préc., note 6, p. 44-51; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 158-164.

³⁸ L'analyse dans cette première partie reprend en partie, résumés et traduits en français, des éléments portant sur la notion de Couronne étudiés plus en détail dans le contexte britannique dans M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 145-173.

³⁹ Pour une analyse de la relation entre l'État providence au 20^e siècle et le citoyen dans une perspective historique, voir par exemple Pierre ISSALYS, « La justice administrative dans l'État providence. Quelques leçons de l'histoire de l'assurance-chômage », (2015) 10-1 *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail* 8.

⁴⁰ Bradley SELWAY, « Of Kings and Officers – The Judicial Development of Public Law », (2005) 33-2 *Fed. Law Rev.* 187, 187, 189-190, 195 et 208-213; Stuart ANDERSON, « Central Executive: The Legal Structure of State Institutions », dans William CORNISH et al. (dir.), *The Oxford History of the Laws of England*, vol. 11, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 342.

L'importance de la figure centrale du monarque (la reine Victoria) alors que l'appareil gouvernemental commençait à prendre forme de façon concomitante au cours du 19^e siècle donna lieu à d'importants développements jurisprudentiels. Ceux-ci furent occasionnés par un intérêt renouvelé pour la pétition de droit, qui permet qu'un recours direct soit institué contre Sa Majesté⁴¹. Les changements majeurs qui eurent lieu au courant du 19^e siècle dans le champ de la responsabilité de la Couronne furent ainsi causés par un intérêt renouvelé pour ce recours de common law qui était tombé en désuétude. La pétition de droit puise en effet ses origines au Moyen Âge et pouvait à diverses époques être présentée en Parlement ou au chancelier⁴². Elle avait été élaborée afin de donner effet au serment prêté par le roi à son couronnement d'administrer la justice et de permettre que réparation soit accordée par le roi pour les fautes commises par ses officiers et autres fonctionnaires, tout en contournant l'impossibilité de poursuivre le roi devant ses propres cours par un bref (*writ*) ordinaire⁴³.

Lorsqu'un intérêt renouvelé envers la pétition de droit eut lieu au 19^e siècle, on refusa d'admettre que le monarque lui-même puisse être poursuivi pour la négligence de ses employés dans *Viscount Canterbury*⁴⁴. Dans cette affaire, les fonctionnaires fautifs avaient laissé brûler en trop grande quantité et sans surveillance des matériaux de bois dans les foyers. L'incendie du Palais de Westminster qui en résulta affecta les biens du président de la Chambre, qui y résidait. Il intenta une pétition de droit à l'encontre de Sa Majesté, en fin de compte sans succès. La rupture avec la conception de la pétition de droit du Moyen Âge fut donc confirmée : alors que le roi prenait la responsabilité de répondre des fautes de ses serviteurs et officiers au Haut Moyen Âge⁴⁵, les conséquences du nouvel arrangement constitution-

⁴¹ Lorsque la pétition de droit était utilisée, les termes *to sue to the King* étaient utilisés, plutôt que *to sue the King*, moins déférentiels et moins indicateurs de la procédure particulière rattachée à la pétition de droit.

⁴² Ludwik EHRlich, « Proceedings Against the Crown (1216-1377) », dans Paul VINOGRADOFF (dir.), *Oxford Studies in Social and Legal History*, vol. 6, n° 12, Oxford, Clarendon Press, 1921 ; Ludwik EHRlich, « Petitions of Right », (1929) 45-1 *Law Q. Rev.* 60 ; W.S. HOLDSWORTH, « The History of Remedies Against the Crown I », (1922) 38-2 *Law Q. Rev.* 141.

⁴³ M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 58-63.

⁴⁴ *Viscount Canterbury v. The Attorney General*, (1843) 1 P.h. 306.

⁴⁵ Ludwik EHRlich, préc., note 42, p. 128-129. En 1341, la proclamation du roi Édouard III énonçait que la pétition de droit pouvait être présentée à son attention : M.-F. FORTIN, préc., note 14.

nel du 17^e siècle firent en sorte qu'on mit le roi à l'abri de toute imputation de responsabilité. Blackstone, au 18^e siècle, et Clode, dans un traité du 19^e siècle⁴⁶, firent ainsi, peut-être à leur insu, une distinction anachronique entre la pétition de droit et la pétition de grâce, expliquant que cette dernière relevait de la bonne volonté du monarque et ne l'obligeait en rien à accorder réparation à son sujet lésé⁴⁷. Cette requalification de la pétition de droit comme un recours *ex gratia* permit à ces juristes anglais de réconcilier l'existence de la pétition de droit avec le principe constitutionnel du 17^e siècle que *the King can do no wrong* compris comme l'immunité de poursuite du roi seul, mais aussi comme son inhabilité à commettre ou commander un acte illégal⁴⁸.

Dans *Tobin et Feather*, deux autres affaires célèbres mettant en cause une pétition de droit intentée contre la reine Victoria, la notion très ambiguë de Couronne s'ajouta à l'équation. Dans *Tobin*⁴⁹, le navire des demandeurs avait été confisqué par un capitaine Douglas dans l'exercice de ses fonctions et avait été détruit sur les ordres de ce dernier au motif, qui s'avéra infondé, que ce navire était impliqué dans la traite des esclaves. Le juge en chef Erle rejeta la pétition de droit des demandeurs, estimant qu'il n'y avait pas de lien de préposé et de commettant entre le capitaine et Sa Majesté. Selon le juge en chef, le capitaine remplissait plutôt un mandat qui lui avait été octroyé par le Parlement et il ne suivait donc pas les commandes de Sa Majesté. Selon le magistrat, même si l'on devait concevoir que le capitaine agissait sous les ordres de la reine, ses actions fautives étaient de ce fait illégales et il n'agissait donc plus en tant qu'officier de Sa Majesté lorsqu'il ordonna à tort de détruire le navire des demandeurs⁵⁰. Il appert donc des

⁴⁶ Walter CLODE, *The Law and Practice of Petition of Right under the Petitions of Right Act, 1860*, Londres, William Clowes and Sons Ltd., 1887.

⁴⁷ M.-F. FORTIN, , préc., note 14, p. 142-143.

⁴⁸ Mais cette réinterprétation de la nature de la pétition de droit ne fut pas retenue par tous : dans *Feather*, le juge en chef Cockburn a maintenu la notion de pétition de droit comme un recours fondé dans la violation d'un droit : « [L]a pétition de droit, contrairement à une pétition adressée à la grâce et à la faveur du Souverain, est fondée sur la violation d'un droit à l'égard duquel, sans l'immunité de tout processus dont la loi entoure la personne du Souverain, une action en justice ou en équité pourrait être maintenue » (notre traduction) (*Feather v. The Queen*, (1865) 6 B & S 257, 122 E.R. 1191, p. 295).

⁴⁹ *Tobin v. The Queen*, (1864), 16 C. B. (N.S.) 310. Cette affaire est aussi abordée dans M.-F. Fortin, préc., note 14, p. 146.

⁵⁰ *Id.*, p. 347-350.

motifs du juge en chef dans *Tobin* que la notion de Couronne au sens de «gouvernement» n'était pas encore répandue. Le célèbre historien Maitland écrivait en effet au début du 20^e siècle que le terme «Couronne» devint répandu au tournant du siècle et lui-même n'y voyait qu'un synonyme pour référer à la personne du monarque⁵¹. De même, dans *Tobin*, la Couronne était perçue comme une corporation singulière, ou *corporation sole*, synonyme de Sa Majesté. C'est en effet la conclusion que l'on peut tirer du raisonnement du juge en chef Erle⁵².

Dans *Feather*⁵³, cependant, les conséquences de l'ambiguïté relative à la notion de Couronne en matière de responsabilité étatique commencèrent à prendre forme. La Couronne reçue en effet une acception singulière (*corporation sole*) et une acception de pluralité (*corporation aggregate*)⁵⁴. La pétition de droit dans cette affaire avait été adressée à Sa Majesté par un inventeur ayant vu son brevet de processus de fabrication navale usurpé par le gouvernement dans la construction de ses navires. Le juge en chef Cockburn estima que la «fonction publique» pouvait utiliser le brevet de l'inventeur parce qu'elle est la «Couronne» et qu'en l'absence de langage clair à l'effet contraire, la Couronne est exemptée du monopole du brevet qu'elle avait elle-même octroyé en vertu de sa prérogative⁵⁵. Les motifs du juge en chef démontrent une conception naissante de l'appareil gouvernemental et de son association avec une conception plus large de la notion de Couronne. Pourtant, le juge en chef Cockburn reconnaissait également la position selon laquelle les serviteurs de la Couronne peuvent être poursuivis pour un acte délictuel, même si l'acte est commis suivant les ordres de la Couronne. Cette position, ajoutait-il, repose sur «des principes qui sont trop bien établis pour admettre la question»⁵⁶. L'état du droit à la suite de *Feather* était donc paradoxal : les fonctionnaires sont à la fois la Couronne prise dans le sens de fonction publique habilitée à utiliser un brevet, mais sont aussi les individus qui peuvent être poursuivis pour leurs actes fautifs personnels et qui ne font alors pas partie de la Couronne, entité singulière qui leur a donné des ordres. La Couronne est à la fois l'appareil gouvernemental dans son entièreté, mais rétrécit de façon à ne correspondre

⁵¹ F. W. MAITLAND, préc., note 2.

⁵² B. SELWAY, préc., note 40, 215-218.

⁵³ *Feather v. The Queen*, préc., note 48.

⁵⁴ M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 155-156 ; B. SELWAY, préc., note 40, 188, 205 et 217-218.

⁵⁵ *Feather v. The Queen*, préc., note 48, p. 297.

⁵⁶ *Id.*

qu'à la personne du Souverain lorsqu'il est question de poursuivre les fonctionnaires fautifs eux-mêmes⁵⁷. *Feather* démontre la confusion qui règne lorsque le mot « Couronne » est employé, particulièrement dans le champ de la responsabilité : la Couronne est à la fois une corporation ne comprenant qu'une seule personne, Sa Majesté, mais est aussi une corporation agrégée de plusieurs, l'appareil gouvernemental et la fonction publique⁵⁸.

Feather fut citée avec approbation une décennie plus tard dans *Dixon v. London Small Arms*⁵⁹, une affaire semblable où les intimés avaient conclu un contrat avec la Couronne pour fabriquer des armes à feu pour son compte. Ce faisant, ils violèrent le brevet de l'appelant. Lord Penzance eut ces mots révélateurs quant à la signification entourant la notion de Couronne, capable de faire référence à la reine Victoria personnellement, mais aussi à l'appareil gouvernemental étendu :

We all know that the Crown is an abstraction, and that the Queen individually could not use the invention. Therefore, if there has been a use of the invention by the Crown it could only be by the Crown's agents.⁶⁰

Cette notion étendue de Couronne, non plus seulement celle limitée à la « Reine » comme cette dernière se retrouvait dans *Vicomte Canterbury et Tobin*, gagna en importance. La confusion qui était naissante dans *Feather* prit toute son ampleur au tournant du siècle. L'identité de la « Couronne » qui bénéficie d'une immunité en vertu de *the King can do no wrong* mena à une erreur sur la personne et à un éloignement des principes constitutionnels propres au pacte constitutionnel du 17^e siècle. D'un point de vue du droit constitutionnel, l'immunité du monarque ne lui est accordée qu'en considération d'une reconnaissance de la responsabilité de ses agents, officiers et ministres. Or, la jurisprudence subséquente du 20^e siècle utilisa le concept de « Couronne » comme signifiant une corporation agrégée de plusieurs (*corporation aggregate*) et lui associa l'immunité de poursuite qui ne s'attachait pourtant qu'à la personne du monarque depuis le 17^e siècle. Le

⁵⁷ M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 207.

⁵⁸ Le paradoxe de la Couronne à la fois *sole* et *aggregate* n'échappa pas à d'autres auteurs : B. SELWAY, préc., note 40, 217-218 ; H. STREET, préc., note 15, p. 185. Voir aussi, en matière contractuelle : Janet McLEAN, « The Crown in Contract and Administrative Law », (2004) 24-1 *Oxf. J. Leg. Stud.* 129.

⁵⁹ *Dixon v. London Small Arms Co*, [1876] 1 A.C. 632.

⁶⁰ *Id.*, p. 652.

transfert de l'immunité du souverain a été facilité par un syllogisme inadéquat⁶¹ : le roi était la Couronne et l'appareil gouvernemental était également la Couronne. Si la Couronne bénéficie d'une immunité de poursuite et que l'appareil gouvernemental est la Couronne, alors l'appareil gouvernemental bénéficie d'une immunité. L'immunité du monarque passa donc à l'appareil gouvernemental (ministères et départements)⁶². Cette déduction était cependant infondée, puisque le terme moyen de ce syllogisme, la « Couronne », ne revêtait pas la même signification dans les deux propositions.

Cette transition de l'immunité personnelle du roi (la Couronne, *corporation sole*) à l'appareil gouvernemental (la Couronne, *corporation aggregate*) est évidente à la lecture des *English Reports*, compilés au début du 20^e siècle, et qui ajoutent une annotation aux affaires qui y sont colligées⁶³. Ainsi, dans *The Attorney General v. Lindegren*, une décision datant de 1819 mais rapportée dans le 146^e volume des *English Reports* publiés en 1914⁶⁴, soit près d'un siècle plus tard, on retrouve dans la note d'en-tête que les ministères (*Government departments*) sont les « organes constitutionnels » (*constitutional organs*) du « Gouvernement » et que leurs actions lient la « Couronne ». Au contraire, les motifs dans cette décision du début du 19^e siècle prévoient que les « organismes ministériels » (*ministerial body*), sont des « agents constitutionnels du public » (*constitutional agents of the public*) et lient le « Gouvernement », non pas la « Couronne »⁶⁵. De sorte que la confusion entre la notion de Couronne et celle de Gouvernement, résultant des développements jurisprudentiels du 19^e siècle, est illustrée par l'ajout des rapporteurs du 20^e siècle. La notion de Couronne afin de signifier le Gouvernement ne peut être trouvée dans la décision elle-même. Il y a un flou quant au voca-

⁶¹ M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 194-195.

⁶² À titre d'exemple, on retrouve dans la littérature des amalgames entre le monarque et l'État : « Les situations où la responsabilité du Monarque, c'est-à-dire de l'État et de son administration, ont été soulevées sont évidemment légion » : André BRAËN, « La responsabilité du Monarque : du nid de poule à Walkerton », (2002) 32-3 R.G.D. 617, 617.

⁶³ Les *English Reports* répertorient, en 178 volumes, les décisions de différentes instances judiciaires anglaises depuis le Moyen Âge jusqu'au 19^e siècle. Ils regroupent des décisions qui n'ont souvent été rapportées que par différents juristes individuels avant que ne soient institués les rapports judiciaires plus officiels. L'index en a été publié : *Index chart issued for the English reports, vols. 1-176*, Londres ; Edinburgh, Stevens & Sons ; W. Green & Son, 1930.

⁶⁴ *The Attorney General v. Lindegren*, (1819) 6 Price 287, 146 E.R. 811 (Court of Exchequer et Exchequer Chamber).

⁶⁵ *Id.*, p. 308.

bulaire relatif aux concepts de Gouvernement, de public et de Couronne, qui sont interchangeables : des ministères qui sont les organes constitutionnels du *public* et qui lient le *Gouvernement* dans la décision du 19^e siècle, les ministères sont conçus par les rapporteurs du 20^e siècle comme des organes constitutionnels du *Gouvernement* qui lient la *Couronne*⁶⁶.

B. (Ir)responsabilité des « serviteurs » de la Couronne

La pensée contemporaine de common law a pour point de départ que « les individus ne peuvent revendiquer des droits directement contre l'État lui-même » (notre traduction)⁶⁷. Cela tient autant en Angleterre que dans plusieurs des anciennes colonies ayant fait partie de l'empire britannique, dont le Canada, comme nous le verrons ci-dessous. La common law ne reconnaît des droits aux individus qu'à l'encontre de fonctionnaires individuels, et non à l'encontre de l'État lui-même, puisque cette tradition juridique « a été réticente à permettre un recours en responsabilité directe ou à reconnaître une volonté institutionnelle de commettre une faute ou de causer préjudice par le gouvernement dans son ensemble, même par voie de recours indirect [pour le fait d'autrui] »⁶⁸ (notre traduction). La responsabilité directe qui est niée eu égard à la Couronne correspond à la responsabilité personnelle du droit civil : la common law n'attribue pas à la Couronne une telle responsabilité personnelle. La common law n'attribue pas non plus à la Couronne de responsabilité indirecte (*vicarious liability*), c'est-à-dire, en termes civilistes, que la common law ne tient pas la Couronne responsable pour le fait d'autrui, soit la faute de ses fonctionnaires et serviteurs. Les développements à cet égard ont été de nature législative, comme nous le verrons plus en détail dans la prochaine partie.

La responsabilité individuelle du fonctionnaire (*Crown servant*) est quant à elle admise en common law, où elle constitue l'un des fondements de la primauté du droit selon Dicey⁶⁹ :

En Angleterre, l'idée de l'égalité devant la loi, ou de la soumission universelle de toutes les classes, à une loi administrée par les tribunaux ordinaires, a été

⁶⁶ La même confusion est facilement reconnaissable de la célèbre affaire *Mersey Docks Trustees v. Gibbs*, (1866) L.R. 1 H.L. 93, p. 111.

⁶⁷ J. McLEAN, préc., note 6, p. 204.

⁶⁸ *Id.*, p. 205.

⁶⁹ A. V. DICEY, préc., note 16, p. 100 (notre traduction). Voir aussi *id.*, p. 233.

poussée à sa plus grande limite. Chez nous, le premier ministre jusqu'à un agent ou un percepteur d'impôts est sous la même responsabilité pour chaque acte commis sans justification légale que tout autre citoyen.

L'affirmation de Dicey voulant que les cas abondent dans les recueils de décisions où les fonctionnaires sont poursuivis devant les cours de justice ordinaires pour répondre de leurs agissements fautifs commis dans le cadre de leurs fonctions est exacte et se vérifie aisément. Les affaires *Mostyn v. Fabrigas* et *Entick v. Carrington*, auxquelles réfèrent notamment Dicey⁷⁰, sont en effet de célèbres exemples où les fonctionnaires et ministres furent poursuivis, non sans succès, devant les tribunaux.

Or, si les fonctionnaires ordinaires peuvent être poursuivis individuellement pour leurs actes fautifs personnels, tel n'était pas le cas des plus hauts placés d'entre eux, ni dans toutes les circonstances. Il fut déterminé en effet qu'un serviteur de la Couronne ne peut être tenu responsable des actes d'un autre serviteur de la Couronne. Les tribunaux anglais procédèrent en cela par analogie avec les règles de common law relatives à la relation *master-servant*. En common law, un employé ne pouvait être tenu responsable de la faute commise par un autre employé de leur employeur commun. De la même façon, les tribunaux jugèrent que tout serviteur de la Couronne (*Crown servant*) ne pouvait être tenu responsable des actes commis par un autre serviteur de la Couronne⁷¹. Mais l'application des règles ordinaires de la common law à l'appareil gouvernemental contribua également aux défauts conceptuels de la « Couronne » au début du 20^e siècle. En effet, les tribunaux assimilèrent les ministères et autres départements gouvernementaux à des serviteurs de la Couronne. Un ministère donné étant un « serviteur de la Couronne », il ne pouvait donc être tenu responsable de la faute des « serviteurs de la Couronne » que sont les fonctionnaires qui œuvrent en son sein.

Mais les tribunaux anglais développèrent aussi, comme nous l'avons vu avec l'affaire *Feather*, une autre avenue d'analyse, par laquelle les ministères et départements centraux étaient assimilés à la « Couronne ». La confusion entre la « Couronne » et la personne du roi fit en sorte que l'immunité de poursuite personnelle de ce dernier put bénéficier aux ministères et autres départements du gouvernement central. Le résultat entre en

⁷⁰ A. V. DICEY, préc., note 16, p. 100, notes de bas de page 9 et 10.

⁷¹ Sur la fiction de la Couronne en tant qu'employeur des serviteurs de la Couronne, voir M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 162-163.

flagrante contradiction avec le pacte constitutionnel du 17^e siècle symbolisé par *the King can do no wrong*, selon lequel le roi ne puisse être tenu responsable, mais que tout ministre, officier ou instrument du roi soient quant à eux responsables de leurs fautes⁷². L'étude des précédents ci-dessous met en lumière ces détournements de sens de la jurisprudence anglaise.

Dans *Lane v. Cotton*⁷³, par exemple, les défendeurs étaient maîtres généraux des postes (*Post-Master General*), nommés par lettres patentes du roi, par lesquelles ils avaient le pouvoir de nommer des officiers subalternes au nom et à l'usage du roi. Le roi avait également accordé dans son brevet aux maîtres généraux des postes qu'ils ne devraient pas être tenus responsables de la faute de leurs officiers inférieurs. La cour décida à la majorité que les défendeurs n'étaient pas en conséquence responsables de la conduite fautive des officiers inférieurs de la poste, raisonnant que ces officiers subalternes étaient des serviteurs du roi, et non pas des serviteurs des maîtres des postes eux-mêmes. Les officiers inférieurs étaient payés à partir des fonds de la poste et la cour conclut que la charge (*office*) de maître général des postes trouvait sa source dans le roi et était fondée sur le gouvernement («*founded in Government and reposed in the King*»)⁷⁴. La charge de maître général des postes émanant ainsi du roi, elle ne pouvait donc pas être tenue responsable des fautes commises par les officiers subalternes⁷⁵.

Dans *Whitfield v. Lord Le Despencer*⁷⁶, la cour, sous la plume de Lord Mansfield, conclut à nouveau que les règles de common law relatives au commettant et son agent (*principal and agent*) ne s'appliquaient pas à l'officier supérieur qu'est le maître général des postes (*Post-Master General*), et que ce dernier est responsable uniquement pour ses propres fautes et non celles des officiers inférieurs. Cette irresponsabilité était aussi vraie, selon Lord Mansfield, dans le cas des Lords commissaires du Trésor, des commissaires des douanes et accises, des vérificateurs de l'Échiquier, entre autres :

⁷² M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 168-171.

⁷³ *Lane v. Cotton*, (1701) 1 L.D. Raym 646.

⁷⁴ *Id.*, p. 648.

⁷⁵ *Id.* Le Parlement avait également prévu des sanctions dans la loi, une indication selon la cour qu'il n'avait pas l'intention que le maître général des postes soit tenu responsable en responsabilité délictuelle (*tort* de common law). Le juge Holt était dissident : il aurait conclu en faveur du demandeur et aurait tenu le maître des postes responsables du *tort* de son serviteur.

⁷⁶ *Whitfield v. Lord Le Despencer*, (1778) 2 Cowp. 754.

[T]he Post-Master General, like the Lords Commissioners of the Treasury, the Commissioners of the Customs and Excise, the Auditors of the Exchequer, etc., are not liable for any negligence or misconduct of the inferior officers in their departments.⁷⁷

Notons que cette irresponsabilité n'était toutefois pas admise en ce qui concernait les shérifs, qui étaient quant à eux responsables des agissements des huissiers, sous-huissiers et sous-shérifs, mais cela sur la base de lois établissant une responsabilité indirecte (pour le fait d'autrui) spéciale, remontant alors déjà à plusieurs décennies⁷⁸.

Dans la même veine que *Lane v. Coton* et *Whitfield v. Lord Le Despencer*, en 1897, dans *Raleigh v. Goschen*⁷⁹, le juge Romer de la Cour de la Chancellerie décida qu'aucun ministre, chef de département ou haut fonctionnaire ne peut être tenu responsable indirectement (*vicariously liable*) de la faute d'un subordonné, à moins qu'il ne l'ait personnellement ordonnée ou autorisée. Pour le juge Romer, l'employeur du fonctionnaire n'est ni le ministre, ni le chef de service, ni un haut fonctionnaire : l'employeur est la Couronne. Comme la Couronne ne peut être poursuivie, le magistrat raisonna que les officiers publics (*public officials*) ne peuvent donc pas être poursuivis en tant que représentants de la Couronne, l'employeur. Si un officier public doit être poursuivi, c'est à titre personnel et non en sa qualité officielle de représentant d'un organisme officiel. Le ministre, chef de département ou haut fonctionnaire doit avoir été directement impliqué dans la commission du préjudice pour être jugé individuellement responsable. Ils peuvent être poursuivis individuellement, malgré leur fonction officielle, s'ils ont directement ordonné que le mal soit fait ou s'ils ont été directement impliqués dans sa commission : en somme, si l'acte fautif était essentiellement le leur⁸⁰. Mais les officiers publics ne peuvent pas être poursuivis simplement en leur qualité officielle ou en tant qu'organisme officiel.

Dans *MacGregor*, la déformation de sens du principe que *the King can do no wrong* atteignit son apogée⁸¹. Le ministère de la Guerre, poursuivi

⁷⁷ *Id.*, p. 765-766 (Lord Mansfield).

⁷⁸ Stuart ANDERSON, « Public Law », dans William CORNISH et al. (dir.), préc., note 36, p. 370 ; B. SELWAY, préc., note 40, 197 et 215.

⁷⁹ *Raleigh v. Goschen*, [1898] 1 Ch. 73.

⁸⁰ *Id.*, 79.

⁸¹ *Macgregor v. Lord Advocate*, 1921 S.C. 847. Cette analyse est tirée de M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 166-167.

pour la conduite fautive d'un fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions et ayant causé un accident d'automobile avec un véhicule appartenant au ministère, plaida que tout département d'État est une branche du gouvernement et que ce dernier, constitutionnellement, est le Souverain; et le Souverain ne peut faire aucun mal, personnellement ou par l'un de ses ministres, qui puisse être justiciable dans une cour de justice⁸². Spectaculairement, le demandeur concéda ce point, se croyant lié notamment par les affaires *Feather, Tobin* et *Viscount Canterbury*⁸³. Cette concession démontre à quel point la jurisprudence et la pensée juridique anglaises s'étaient enfoncées dans leur erreur de raisonnement. Le Lord Juge-Greffier Scott Dickson abonda dans le même sens, énonçant que bien qu'un sujet puisse poursuivre un fonctionnaire individuellement, il ne peut pas poursuivre le gouvernement, ni aucun ministère public du gouvernement de Sa Majesté, parce qu'ils représentent la reine⁸⁴. Il cita à l'appui de son raisonnement un autre contemporain, *Glegg on Reparation*, ayant lui aussi subi les détournements de sens anglais du 19^e siècle dans son traité sur le droit écossais :

La maxime *the King can do no wrong* enlève le fondement d'une action en dommages et intérêts et laisse la partie lésée sans recours devant une cour de justice. [...] Cette protection s'étend aux ministères publics, aux officiers des ministères publics lorsque leur action a été ordonnée par l'État, et aux sujets britanniques exécutant les ordres d'un souverain étranger sur son territoire. (notre traduction)⁸⁵

Les plaidoiries des parties dans *MacGregor*, de même que les motifs de la décision eux-mêmes, concoururent à une interprétation de la responsabilité de l'appareil gouvernemental qui est gravement déconnectée des fondements constitutionnels anglais nés de l'arrangement constitutionnel du 17^e siècle. *The King can do no wrong* est utilisé, à tort, pour protéger les ministres et les départements gouvernementaux de toute responsabilité, alors que cette maxime a été comprise depuis la dernière partie du 17^e siècle comme garantissant au contraire que les ministres et les serviteurs du roi soient tenus responsables précisément parce que le roi, lui, ne l'était pas. Voilà pourquoi les tribunaux revisitèrent leur conception de la portée de la pétition de droit intentée contre le monarque lui-même au cours du

⁸² *Id.*, 847 (Lord Anderson).

⁸³ *Id.*, 847-848 (Lord Anderson).

⁸⁴ *Id.*, 851 (Lord Juge-Greffier Scott-Dickson).

⁸⁵ *Id.*, 852 (Lord Juge-Greffier Scott-Dickson), citant Arthur Thomson GLEGG, *A Practical Treatise on the Law of Reparation*, 2^e éd., Edinburgh, W. Green & Sons, 1905, p. 92.

19^e siècle dans les affaires *Viscount Canterbury, Tobin et Feather*. Dans *MacGregor*, les parties impliquées, tout comme les magistrats, omirent de prendre en compte la différence importante entre le litige qui les occupait et cette trilogie de décisions. Dans le cadre de ces dernières, en effet, c'était la reine elle-même qui était poursuivie par le biais de la pétition de droit, pas un ministère. Dans *MacGregor*, au contraire, c'était le ministère qui était poursuivi, et ce, par voie d'action ordinaire, non pas par voie de pétition de droit adressée au monarque⁸⁶. L'objectif, lors du pacte constitutionnel du 17^e siècle qui consacra la souveraineté parlementaire, était de protéger le monarque en lui conférant une immunité de poursuite personnelle. C'est donc cette considération liée à la préservation du monarque dans l'ordre constitutionnel qui était sous-jacente aux décisions impliquant des recours institués par pétition de droit. La protection de la personne du monarque n'était pas pertinente dans *MacGregor*, où le recours intenté par voie de recours ordinaire concernait plutôt le ministère.

En conclusion, le défaut des tribunaux anglais aux 19^e et 20^e siècles de réexaminer les concepts de common law relatifs à la relation employeur-servant, concepts qu'ils ont réutilisés dans le contexte de la nouvelle structure gouvernementale qui émergeait alors, a eu pour conséquence « que la common law n'a pas réussi à développer une compréhension cohérente de la nature de "l'État" ou de la relation de l'État avec le citoyen » (notre traduction)⁸⁷. La jurisprudence a usé des règles de common law afin de nier que les ministères, ministres et hauts fonctionnaires étaient les employeurs des fonctionnaires fautifs. Seule la Couronne était l'employeur. Il faut en conclure alors que la Couronne n'est pas dans ce contexte synonyme de gouvernement, ni de ministères, de ministres ou d'officiers publics. Pourtant, paradoxalement, ces mêmes ministères, ministres et officiers publics sont aussi assimilés à la Couronne dans les décisions du 19^e et du début du 20^e siècles : ils ne peuvent être poursuivis dans leur capacité officielle pour les fautes des fonctionnaires, pour la raison qu'ils représentent la Couronne et que la Couronne ne peut être poursuivie. Nous verrons que cette pensée, déracinée des fondements constitutionnels, sera ultimement rejete-

⁸⁶ M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 166-167. Lord Salvesen concourut avec l'opinion du Lord Juge-Greffier dans *MacGregor*, mais critiqua l'état du droit en ajoutant qu'il ne devrait pas être laissé aux ministères et départements de choisir d'accepter la responsabilité quand bon leur semble pour la conduite fautive des fonctionnaires : *Macgregor v. Lord Advocate*, préc., note 81, 852 ; voir M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 167.

⁸⁷ B. SELWAY, préc., note 40, 188.

tée avec force par la Chambre des Lords dans la célèbre affaire *M. v. Home Office*, où un ministre avait refusé d'obéir à l'ordonnance de la cour sous prétexte qu'il faisait partie de la Couronne et n'était pas, par conséquent, obligé de se plier à l'ordonnance de ne pas déporter un demandeur d'asile. Lord Templeman et Lord Woolf rejetèrent cette idée avec véhémence, Lord Templeman expliquant que la Couronne en tant que monarque (une *corporation sole*) est à l'abri des tribunaux, mais que la Couronne en tant qu'exécutif (une *corporation aggregate*) est sujette aux pouvoirs de contrôle des tribunaux :

The judges cannot enforce the law against the Crown as monarch because the Crown as monarch can do no wrong but judges enforce the law against the Crown as executive and against the individuals who from time to time represent the Crown.⁸⁸

Lord Templeman ajouta que les ministres, même en leur qualité officielle, sont sujets à une injonction et une procédure pour outrage au tribunal, et que conclure autrement serait un renversement du résultat de la Guerre civile anglaise ayant précédé la Révolution Glorieuse et l'avènement de la monarchie parlementaire au 17^e siècle⁸⁹. Si les fondements constitutionnels ont été rétablis en droit administratif et en contrôle judiciaire dans les juridictions de common law, y compris au Canada, nous verrons cependant que ces fondements font toujours cruellement défaut en matière de responsabilité civile de la Couronne.

III. Répercussions outre-atlantique : reflets canadiens

La confusion datant de la seconde moitié du 19^e siècle dans la jurisprudence anglaise quant à l'assimilation des ministères et départements avec la « Couronne » a encore aujourd'hui d'importantes ramifications. La mutation inconstitutionnelle de *the King can do no wrong*, traduisant l'immunité de poursuite personnelle au souverain, vers *the Crown can do no wrong*, englobant l'appareil gouvernemental en entier, prit également forme au Canada, quoique de façon inconstante.

⁸⁸ *M. v. Home Office*, [1994] 1 A.C. 377 (H.L.), 395 (Lord Templeman).

⁸⁹ *Id.*

A. Précédents britanniques et jurisprudence canadienne des 19^e et 20^e siècles

Les remous bourbeux de la jurisprudence britannique ont créé des vagues outre-Atlantique et ont troublé également la jurisprudence canadienne. *The Queen v. McFarlane*⁹⁰, *The Queen v. MacLeod*⁹¹, et *Windsor and Annapolis Co. v. The Queen*⁹² sont toutes des décisions canadiennes de la fin du 19^e siècle portant sur la pétition de droit. Dans ces trois décisions, les tribunaux canadiens adoptèrent le même raisonnement que la jurisprudence anglaise dérivée de la trilogie *Canterbury, Tobin et Feather*, soit que la pétition de droit ne pouvait être utilisée afin de poursuivre le roi et la Couronne pour une faute (*a wrong*). D'ailleurs, la première loi fédérale portant sur le recours en pétition de droit à l'encontre de la Couronne, datant de 1875⁹³, reprenait les termes de la loi anglaise, *The Petition of Right Act 1860*⁹⁴.

Dans *Literary Recreations Ltd. v. Sauve*⁹⁵, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique opérait une distinction inexpliquée entre la Couronne et le Souverain : « The Crown can do no wrong, and the Sovereign cannot be sued in tort, but the person who did the act is liable in damages, as any private person would be. » La Cour d'appel jugea cependant correctement, d'un point de vue constitutionnel, que même un ministre, y compris le maître général des postes (*Postmaster General*), ne pouvait invoquer l'approbation de l'État pour s'exonérer de toute responsabilité⁹⁶.

Dans *Peccin v. Lonagan*⁹⁷, la Cour suprême de l'Ontario en 1934 se fonda aussi sur la jurisprudence anglaise afin de déterminer si la Commission des chemins de fer de Temiskaming et du Nord de l'Ontario, un orga-

⁹⁰ *The Queen v. McFarlane*, [1882] 7 R.C.S 218, 234, 236 et 240.

⁹¹ *The Queen v. MacLeod*, [1882] 8 R.C.S 1, 28 et suiv.

⁹² *Windsor and Annapolis Co. v. The Queen*, (1886) 11 A.C. 607, 613-614.

⁹³ *Acte pourvoyant à l'institution des poursuites contre la Couronne par pétition de droit et relatif à la procédure dans les poursuites où la Couronne est concernée*, (1875) 38 Vict., c. 12; voir J.-D. ARCHAMBAULT, préc., note 26, 524; L.-P. PIGEON, préc., note 26, 19.

⁹⁴ *The Petition of Right Act 1860*, 23 & 24 Vict., c. 34. Voir Jean-Denis ARCHAMBAULT, préc., note 26, 524.

[1932] 3 W.W.R. 123.

⁹⁶ *Id.*, par. 39. Notons que cette application constitutionnellement correcte de *the King can do no wrong* avait aussi été rappelée par le tribunal dans *Raleigh v. Goschen*, préc., note 79, 77 (j. Romer).

⁹⁷ *Peccin v. Lonagan*, [1934] 4 D.L.R. 776.

nisme nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil afin d'administrer une entreprise publique de la Couronne provinciale, pouvait se réclamer de l'immunité de la Couronne à l'égard des actes délictueux de ses fonctionnaires ou agents. La Cour suprême ontarienne fonda son raisonnement sur l'arrêt anglais *Mackenzie-Kennedy v. Air Council*⁹⁸, où il fut déterminé que les dispositions législatives incorporant les ministères ou départements ou leur accordant la capacité d'ester en justice étaient néanmoins insuffisantes pour asseoir leur capacité d'être poursuivis en responsabilité⁹⁹. La Cour suprême de l'Ontario accorda l'immunité de la Couronne à la Commission et conclut qu'aucun jugement ne pouvait être rendu contre la Commission pour dommages-intérêts à l'égard de la négligence des personnes employées par celle-ci¹⁰⁰. La Cour explique :

The Crown can do no wrong, and the immunity of the Crown for the tortious acts of its servants and agents is well established as a constitutional rule of law. It is, like other Royal prerogatives, not to be treated as personal to the Sovereign, but as a constitutional right conferred on the Sovereign upon principles of public policy for the benefit of the people.

[...]

The principle is that the privileges enjoyed by departments of State and by the officials thereof are so enjoyed by virtue of the Crown's prerogative, such departments and their officers being, as it were, representatives of the Crown and deriving their powers therefrom.¹⁰¹

Les dérives jurisprudentielles anglaises se retrouvent donc dans *Peccin*. On nie dans ce jugement que l'immunité du monarque lui est personnelle, et bien qu'on invoque de vagues principes de politique publique (*principles of public policy*), on ignore les raisons historiques et politiques pour lesquelles cette immunité a été accordée au souverain au 17^e siècle. À la lecture des motifs de la Cour dans *Peccin*, on voit bien comment les tribunaux

⁹⁸ *Mackenzie-Kennedy v. Air Council*, (1927) 2 K.B. 517.

⁹⁹ Voir aussi *Graham v. Commissioners of Works*, (1901) 2 K.B. 781 ; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 163 ; Glanville Llewelyn WILLIAMS, *Crown Proceedings: An Account of Civil Proceedings by and Against the Crown as Affected by the Crown Proceedings Act*, Londres, Stevens & Sons, 1948, p. 4-5 et 20-21 ; George Stuart ROBERTSON, *The Law and Practice of Civil Proceedings By and Against the Crown and Departments of Government*, Londres, Stevens & Sons, 1908, p. 21-108.

¹⁰⁰ La Cour appuya son raisonnement sur l'arrêt *McLeod (The Queen v. McLeod)*, (1883) 8 S.C.R. 1).

¹⁰¹ *Peccin v. Lonagan*, préc., note 97, 780-781.

canadiens ont aussi étendu aux ministères et organismes publics la fiction du 19^e siècle voulant que la Couronne ne commette pas de tort, qu'elle en est incapable, et qu'elle ne peut donc être poursuivie: *the Crown can do no wrong* a remplacé *the King can do no wrong*. On amalgame aussi dans *Peccin* l'immunité de poursuite du monarque avec la prérogative royale. Puisque ce sont les ministres et ministères qui exercent la prérogative royale, y raisonne-t-on, ils bénéficient donc également de l'immunité de poursuite du monarque.

Les conséquences de la confusion de la prérogative et du principe que *the King can do no wrong* sont graves: tous les serviteurs du roi, des ministres aux plus humbles fonctionnaires, sont responsables de leurs actes, même en ce qui a trait à l'exercice de la prérogative au nom du roi. C'est là le fondement de *the King can do no wrong* en tant que principe constitutionnel, principe perverti par le raisonnement défaillant, mais caractéristique, des tribunaux canadiens et anglais. Alors que les derniers commencèrent à errer du point de vue de la logique et de celui des fondements constitutionnels au cours du 19^e siècle, *Peccin* démontre que les dérives se poursuivirent bien après cette période.

D'autres affaires démontrent l'adoption par la jurisprudence canadienne de la jurisprudence anglaise relative à l'(ir)responsabilité de la Couronne prise dans le sens d'appareil gouvernemental dans la première moitié du 20^e siècle. Dans *Anthony c. R*¹⁰², un sergent avait omis de mettre fin aux tirs de ses subalternes, qui visaient ainsi pour s'amuser la grange du demandeur, bâtiment qui prit ensuite feu par leur faute. La Cour suprême jugea, non sans rappeler l'affaire anglaise *MacGregor*, que le sergent poursuivi avait manqué à son devoir envers son employeur, l'État, mais pas envers le demandeur. La Cour en est arrivée à cette conclusion malgré la disposition, maintenant l'article 37 de la *Loi sur les cours fédérales*¹⁰³, qui prévoyait que les membres de l'armée sont des employés pour les fins de réclamations en dommages à leur rencontre¹⁰⁴.

¹⁰² [1946] R.C.S. 569.

¹⁰³ *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 37: «Aux fins de déterminer la responsabilité dans toute action ou autre procédure engagée par ou contre la Couronne, une personne qui, à un moment quelconque, était membre des Forces canadiennes ou de la Gendarmerie royale du Canada est censée avoir été à ce moment un préposé de la Couronne.»

¹⁰⁴ La décision est également relatée dans L.-P. PIGEON, préc., note 26, 21.

La Cour suprême adopta aussi le même développement subséquent malheureux que celui du droit anglais, selon lequel un fonctionnaire ne peut être poursuivi que lorsqu'il excède les pouvoirs qui lui sont conférés. La Cour suprême, sous la plume du juge Dickson, énonça un raisonnement semblable dans *Eldorado*¹⁰⁵, s'appuyant, tout en le distinguant, sur le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R v. Stradiotto*¹⁰⁶. La Cour suprême jugea importante la distinction entre les actes accomplis par un fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions, mais qui ne visent pas à rencontrer les fins de l'État, et ceux qui ont un tel objectif. Selon la Cour, seuls ces derniers gestes sont protégés par l'immunité : le comportement fautif n'obéissant pas à l'objectif de rencontrer des fins gouvernementales outre-passe les fins de l'État et ne peut être couvert par « l'immunité de l'État »¹⁰⁷. Notons ici la traduction française des motifs de la Cour dans *Eldorado* et l'emploi du mot « État », alors qu'elle écrit plutôt « Crown immunity » dans la version anglaise de l'arrêt. Soulignons également le choix des termes « immunité de l'État », qui connotent une conception d'irresponsabilité plus large que l'immunité de poursuite.

Une telle faute commise *ultra vires* des pouvoirs du fonctionnaire, ou commise alors que ses fonctions ne le requéraient pas, n'était donc pas commise dans le cadre de ses fonctions et n'était pas commise dans sa capacité « publique », reléguant alors le demandeur à une poursuite personnelle contre le fonctionnaire dans sa capacité « privée ». Des désavantages découlent, du point de vue de la compensation qui peut être obtenue pour une partie demanderesse, de l'attribution d'une faute au seul préposé de l'État sans possibilité de poursuivre l'État lui-même. En effet, en common law, la Couronne, comme n'importe quel employeur privé, ne peut être tenue responsable indirectement (*vicariously*, soit pour le fait d'autrui) pour

¹⁰⁵ *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*; *R. c. Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, 568.

¹⁰⁶ *Regina v. Stradiotto*, 11 C.C.C. (2d) 257, [1973] 2 O.R. 375. La Cour d'appel de l'Ontario, sous la plume du juge Evans, avait également ajouté en *obiter* que « Sa Majesté, agissant par l'intermédiaire des officiers de ses forces armées, a le droit de commander l'accomplissement d'actes qui sont contraires à une loi provinciale, et son droit de le faire ne peut être affecté par cette loi » (notre traduction). Une telle reconnaissance d'un pouvoir de causer un tort à Sa Majesté est diamétralement opposée à la longue reconnaissance dans la pensée juridique anglaise du principe selon lequel le roi est sujet au droit et ne peut agir contrairement à celui-ci. Sur l'assujettissement du roi au droit dans l'évolution de la pensée juridique anglaise, voir M.-F. FORTIN, préc., note 14.

¹⁰⁷ *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, préc., note 105, 568.

le délit de son préposé que s'il a été commis dans le cadre de ses fonctions¹⁰⁸. La distinction entre la capacité publique et personnelle des serviteurs de la Couronne ajoute une difficulté supplémentaire, sur le plan conceptuel, d'attribution de la faute au département ou ministère lui-même.

Dans *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier*, la Cour suprême résume l'état de la common law d'origine anglaise relative à la responsabilité de la Couronne et de ses serviteurs en quatre propositions, qu'elle ne remet pas en question :

La première est la proposition selon laquelle la Couronne elle-même ne peut pas être poursuivie en responsabilité délictuelle.

Deuxièmement, il y a la proposition selon laquelle les biens de la Couronne ne peuvent pas être saisis, indirectement, en intentant une poursuite délictuelle contre un ministère du gouvernement ou un fonctionnaire de la Couronne. En ce qui concerne un ministère, il y a un obstacle supplémentaire du fait que, n'étant pas une entité juridique, il ne peut pas être poursuivi.

Troisièmement, il y a la proposition selon laquelle un agent de la Couronne ne peut être tenu responsable du fait d'autrui d'un délit commis par un subordonné. Le subordonné n'est pas son serviteur mais est, comme lui, un serviteur de la Couronne qui, elle-même, ne peut être rendue responsable.

Quatrièmement, il y a la proposition selon laquelle un serviteur de la Couronne, qui commet une faute, est personnellement responsable envers la personne lésée. En outre, si l'acte fautif est commis par un subordonné, à sa demande, il est également responsable, non pas parce que le subordonné est son serviteur, mais parce que l'acte du subordonné, dans un tel cas, est son propre acte. C'est ce qui est dit dans le passage de *Raleigh v. Goschen*, cité précédemment. (notre traduction)¹⁰⁹

On retrouve donc en droit canadien les mêmes déviations inconstitutionnelles propres à la jurisprudence anglaise du début du 20^e siècle. La jurisprudence canadienne n'embrassa cependant pas entièrement l'approche anglaise. La Cour suprême dans l'arrêt *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier*¹¹⁰, par exemple, critiquait le raisonnement selon lequel une émanation de la Couronne jouit des mêmes immunités que cette dernière :

¹⁰⁸ Peter W. HOGG, Patrick MONAHAN et Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, Toronto, Carswell, 2011, p. 171-172.

¹⁰⁹ *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] S.C.R. 60, 71-72.

¹¹⁰ *Id.*

There are some authorities which have stated, in terms which I consider to be too broad, the proposition that an instrumentality of the Crown enjoys the same immunity, from an action in tort, as does the Crown itself. Thus, as an example, in *Peccin v. Lonegan*.

La Cour suprême, dans *Langelier*, rejeta « la théorie voulant qu'une corporation ne puisse être tenue responsable en *tort* parce que ses pouvoirs en tant que corporation ne l'autorise pas à commettre une faute » (notre traduction)¹¹¹. Selon la Cour, une corporation qui commet une faute dans le cadre de sa mission corporative est dès lors responsable et elle ne peut esquiver sa responsabilité en alléguant que tout acte commis hors de ses pouvoirs corporatifs échappe au droit de la responsabilité, qu'elle soit un mandataire de la Couronne ou non¹¹².

La Cour suprême crée donc une situation à deux vitesses, où un mandataire de la Couronne, même s'il s'agit d'une corporation, engage sa responsabilité personnelle, directement, pour les fautes commises ou qu'il a ordonnées¹¹³. Nous verrons ci-dessous que tel n'est pas le cas des ministères et organismes publics qui font partie de la Couronne fédérale.

B. Adoptions législatives : le rôle de modèle du *Crown Proceedings Act 1947*

L'adoption en 1953 par le Parlement canadien de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*¹¹⁴, maintenant la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (LRCE)¹¹⁵, et de la responsabilité indirecte pour la faute d'un fonctionnaire qu'elle prévoit constitue une continuation des conséquences de la jurisprudence anglaise du 19^e et du début du 20^e siècles. Cette loi fédérale est en effet le reflet de la législation britannique d'après-guerre, qui lui servit de modèle¹¹⁶.

¹¹¹ *Id.*, 72 : « Otherwise the statement subscribes to the theory that a corporation cannot be made liable in tort because its corporate powers do not authorize it to commit a wrong. »

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*, 70 (j. Martland).

¹¹⁴ *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C., 1952-53, c. 30.

¹¹⁵ *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50 (ci-après « LRCE »).

¹¹⁶ P. W. HOGG, P. MONAHAN et W. K. WRIGHT, préc., note 108, p. 8-9.

Il faudra en effet attendre 1947 au Royaume-Uni pour que soit adopté le *Crown Proceedings Act 1947* dans la foulée des arrêts d'après-guerre *Adams v. Naylor* et *Royster v. Cavey*¹¹⁷. Dans ces affaires, la technique du défendeur assigné (*nominee defendant*) avait été employée par le gouvernement afin que les demandeurs, tragiques victimes dans *Adams v. Naylor* de l'entretien négligent d'un ancien champ de mines sur les côtes anglaises ensablées, puissent intenter un recours. Un employé avait donc été désigné à cette fin puisque le droit anglais, à la suite des errances de la jurisprudence du 19^e siècle et du début du 20^e siècle, ne permettait pas qu'un département ou ministère fut poursuivi. La solution qu'avait empruntée le gouvernement de désigner à sa place en tant que défendeur un employé fictivement fautif fut rejetée par les tribunaux anglais. Ceux-ci rappelèrent les exigences du droit des *torts* de common law et insistèrent que le Parlement intervienne s'il souhaitait modifier le droit en vigueur.

Toutefois, même avec l'adoption en 1947 du *Crown Proceedings Act* (CPA), les recours contre la Couronne britannique demeurent encore aujourd'hui indirects, c'est-à-dire, en termes de droit civil, pour le fait d'autrui seulement : la responsabilité des organismes publics (ministères, départements et autres institutions publiques) elle-même n'est pas reconnue¹¹⁸. Au contraire, une liste prévoit contre quels départements désignés les recours peuvent être intentés pour la faute commise par les préposés d'autres organismes ou départements. Encore faut-il, par ailleurs, que ces préposés répondent aux critères prévus au CPA, notamment que leur traitement salarial provienne du fonds consolidé du revenu et que la faute ait été commise dans le cadre de leurs fonctions.

En somme, si la responsabilité directe des fonctionnaires pris individuellement est bien établie en droit anglais, la responsabilité directe de la puissance publique n'existe pas, même avec l'adoption du *Crown Proceedings Act 1947*. Seuls les départements et ministères identifiés en annexe du *Crown Proceedings Act 1947* peuvent être sujets, comme s'ils étaient une personne ordinaire, à un recours en responsabilité indirecte, (*vicarious liability*, soit responsabilité pour autrui), en vertu de cette loi¹¹⁹. Comme nous le verrons

¹¹⁷ *Adams v. Naylor*, [1946] 2 All E.R. 241 (House of Lords); suivie dans *Royster v. Cavey*, [1947] K.B. 204.

¹¹⁸ *Crown Proceedings Act 1947*, 10 & 11 Geo. VI, c. 44, art. 17 (ci-après « CPA »); M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 214.

¹¹⁹ CPA, art. 2; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 213-215.

plus en détail ci-dessous, hors du cadre du CPA 1947 au Royaume-Uni et de son pendant canadien, la LRCE¹²⁰, aucune responsabilité n'existe pour l'appareil gouvernemental. À preuve, la Chambre des lords a jugé en 1985 dans *Trawnik* que le ministère de la Défense britannique, qui ne jouit pas de la personnalité juridique, ne pouvait faire l'objet d'une poursuite en réparation du préjudice subi par les propriétaires voisins d'une base militaire, puisque le recours intenté ne tombait pas sous le coup du CPA et qu'en dehors de cette loi, la Couronne ne peut être tenue responsable¹²¹. Quant aux sociétés d'État, ces « émanations de la Couronne » ou « mandataires de la Couronne », l'étendue des privilèges dont elles peuvent se réclamer est un sujet débattu des deux côtés de l'Atlantique¹²².

Quant à l'immunité de poursuite de Sa Majesté personnellement, elle est confirmée autant dans la législation britannique que canadienne. Le CPA 1947 utilise en effet à son article premier les termes « Couronne » et « Sa Majesté » afin de signifier deux notions distinctes, le roi personnellement et une autre entité non définie, et précise que les termes « His Majesty in His private capacity » incluent Sa Majesté en tant que duc du Lancastre et duc de Cornouailles¹²³. L'immunité de poursuite dont bénéficie la personne de Sa Majesté se retrouve reflétée, au Canada, dans la LRCE¹²⁴. On y précise que pour les fins des articles 3 à 5 assujettissant l'État au droit de la responsabilité civile extracontractuelle comme si ce dernier était une personne, le mot « personne » « s'entend d'une *personne physique* majeure et

¹²⁰ Préc., note 115.

¹²¹ *Trawnik v. Gordon*, [1985] 1 W.L.R. 532; [1985] 2 All E.R. 368; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 189.

¹²² J.A.G. GRIFFITH, « Public Corporations as Crown Servants », (1952) 9-2 *U.T.L.J.* 169; J.A.G. GRIFFITH, « The Extent of Crown Privilege », (1952) 15-3 *Mod. L. Rev.* 355; Denis LEMIEUX, « Les immunités de la Couronne : Esquisse d'un bilan critique », dans *Cahiers de la Cinquième Conférence des avocats et notaires de la Fonction publique*, Québec, Ministère de la Justice, 1983; Denis LEMIEUX, « Privilèges et immunités des entreprises publiques en droit québécois », dans *Mélanges Péquignot*, Montpellier, 1984, p. 419-434; Geoffrey MARSHALL, *Constitutional Theory*, coll. « Clarendon Law Series », Oxford, Oxford University Press, 1980 (première impression 1971), p. 22; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le statut juridique de l'administration fédérale*, document de travail n° 40, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985, p. 19-20.

¹²³ CPA, art. 38(3): « Any reference in this Act to His Majesty in His private capacity shall be construed as including a reference to His Majesty in right of His Duchy of Lancaster and to the Duke of Cornwall. »

¹²⁴ Préc., note 115.

capable *autre que Sa Majesté* du chef du Canada ou d'une province » (nos italiques)¹²⁵.

IV. Une distinction québécoise continentale¹²⁶

The King can do no wrong dans son acception « moderne » datant du 17^e siècle anglais ne signifie pas que le monarque est au-dessus du droit ; l'assujettissement du roi au droit est un aspect fondamental du droit anglais et est souvent associé avec l'assentiment du roi Jean à la Grande Charte de 1215¹²⁷. C'est dans ce contexte historique et constitutionnel plus large que s'inscrit le droit québécois de la responsabilité de la puissance publique. En effet, en assujettissant l'État québécois au droit commun contenu dans le *Code civil du Québec*, notamment à l'article 1376¹²⁸, le législateur québécois répétait en quelque sorte l'histoire.

A. L'État, c'est moi

Selon le juriste Louis-Philippe Pigeon, l'« axiome » qu'est *the King can do no wrong*, comprendrait la confusion de la personne du Souverain et l'administration gouvernementale, qu'il qualifie aussi d'« État »¹²⁹. L'adéquation née de la confusion entre la personne du Souverain et l'administration gouvernementale, constituée, comme il est discuté ci-dessus, une erreur fondamentale de la pensée britannique du milieu du 19^e et du tournant du 20^e siècles, erreur facilitée par le recours alors récent à la notion vaste et évasive de Couronne. Pigeon reprenait donc la confusion propre à la jurisprudence anglaise du 19^e siècle qui confondit le monarque et l'appareil

¹²⁵ LRCE, art. 2.1.

¹²⁶ Clin d'œil à l'étude de la divergence entre la conception de la division droit public-droit privé de tradition civiliste et son absence en common law faite par J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, éd. révisée, Oxford, Oxford University Press, 2000.

¹²⁷ Dans la même veine, « l'immunité » de la Couronne face à l'application des lois votées en Parlement est également historiquement et conceptuellement mal fondée en droit constitutionnel : Marie-France FORTIN, « Revisiting the Application of Statutes to the Crown: A Historical Constitutional Approach », (2021) 3-1 *The Journal of Commonwealth Law* 271.

¹²⁸ *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 1376 (ci-après « C.c.Q. »).

¹²⁹ L.-P. PIGEON, préc., note 26, 19.

gouvernemental, et qui est illustrée par un glissement de *the King can do no wrong* vers *the Crown can do no wrong*.

Cependant, l'auteur démontre également un trait typiquement québécois de la pensée juridique: il appelle l'administration gouvernementale l'« État »¹³⁰. Cette dernière équation entre l'administration gouvernementale et le concept plus large d'État est aussi présente chez Issalys et Lemieux dans leur célèbre ouvrage, *L'action gouvernementale*: « Par 'Gouvernement', il faut entendre d'abord ici l'État », les deux termes faisant référence à « l'ensemble des organes du Pouvoir exécutif »¹³¹. L'appareil étatique correspond cependant à « l'État » dans son acception la plus simple: les ministères, fonctionnaires et divers organismes publics et parapublics ne sont pas à eux seuls l'État dans le sens fondamental du terme¹³². L'État, « notion abstraite »¹³³, est une entité à part entière et un fondement de la tradition constitutionnelle continentale européenne, mais est remarquablement absent de la pensée constitutionnelle d'origine britannique¹³⁴. Cette dernière lui préfère la notion plus concrète de « Gouvernement », matérialisée à travers les ministères, départements et autres organismes publics et parapublics, ainsi que les fonctionnaires qui y œuvrent.

¹³⁰ Sur la divergence linguistique entre la législation fédérale et la législation québécoise, voir aussi M.-F. FORTIN, préc., note 8.

¹³¹ Pierre ISSALYS, *L'action gouvernementale: précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 1.

¹³² D'autre part, voir aussi la critique de Dicey et de la réduction de l'administration fédérale aux simples fonctionnaires dans l'oeuvre de Daniel Mockle: Daniel MOCKLE, « La réforme du statut juridique de l'Administration fédérale: observations critiques sur les causes du blocage actuel », (1986) 29 *Can. Pub. Adm./Adm. Pub. Ca.* 282; Daniel MOCKLE, « La Couronne et l'Administration fédérale: une mise au point », (1989) 26 *Osgoode Hall L.J.* 133; voir aussi David COHEN, « Suing the State », (1990) 40 *U. of T. L.J.* 630. La critique classique de la pensée légaliste de Dicey et de son omission de l'appareil gouvernemental est celle de Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959.

¹³³ P. ISSALYS, préc., note 131, p. 1.

¹³⁴ J. McLEAN, préc., note 6, p. 206-207. Par ailleurs, Sa Majesté n'est pas à elle seule l'État dans la pensée constitutionnelle d'origine britannique: le concept de « King-in-Parliament » démontre bien à cet égard l'évolution constitutionnelle britannique d'une simple monarchie à une monarchie parlementaire, où la volonté démocratique incarnée au sein du Parlement est une composante essentielle du pacte constitutionnel issu du 17^e siècle. Pour un exemple de l'application du souverain en Parlement, voir l'arrêt *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374, p. 399 (Lord Tullybelton).

L'idée d'État est donc mieux implantée au Québec que dans le reste du Canada. En témoigne le Code civil, qui utilise le mot « État » à l'article 1376, notamment¹³⁵. Cette particularité québécoise est reconnue dans diverses lois fédérales, où le mot « Couronne » est traduit par le terme « État » dans leur version française. Au premier chef de ces lois se trouvent la LRCE, qui définit « État » comme « Sa Majesté du chef du Canada (*Crown*) » et qui prévoit qu'« [e]n matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne »¹³⁶.

La législature québécoise permet les recours en responsabilité à l'encontre de la Couronne du chef du Québec par le biais d'une pétition de droit dès 1883¹³⁷. Une interprétation encore plus large de cette disposition fut adoptée par la Cour suprême en 1935 dans la célèbre affaire *R. c. Cliche*, qui reconnut que le droit d'action y énoncé permettait un recours en dommages contre la Couronne autant pour les délits que les quasi-délits de ses employés¹³⁸. Cette ouverture à un recours direct contre la Couronne en

¹³⁵ Voir aussi, notamment, l'article 76, al. 2 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (ci-après « C.p.c. ») : « l'État, de l'un de ses organismes ou d'une personne morale de droit public »; et l'article 42 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16 : « Nulle loi n'a d'effet sur les droits de l'État, à moins qu'ils n'y soient expressément compris. » Par comparaison, le pendant fédéral prévoit : « Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives. » (nous soulignons) (*Loi d'interprétation*, L.R.C.1985, c. I-21, art. 17, al. 1).

¹³⁶ LRCE, art. 2 et 3.

¹³⁷ *L'acte des pétitions de droit, de Québec*, (1883) 46 Vict., c. 27. Cette loi prévoyait ce qui suit à son article 2 : « Toute personne ayant un recours à exercer contre le gouvernement de cette province, que ce soit la revendication de biens mobiliers ou immobiliers, ou une réclamation en paiement de deniers à raison d'un contrat allégué, ou pour dommages ou autrement, peut adresser une pétition de droit à Sa Majesté. »

Cet article fut repris au *Code de procédure civile* de l'époque, à l'article 886a, disposition ensuite reprise à l'article 1011, puis à l'article 94 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (1966). L'article 96 du *Code de procédure* maintenant en vigueur prévoit que « [l]a demande qui porte sur les droits et obligations du gouvernement est dirigée contre le procureur général du Québec » tandis que « [c]elle qui porte sur les droits et obligations d'un organisme public ou d'un officier public ou d'un titulaire d'une charge, auxquels il est demandé d'agir pour modifier un acte ou un registre, doit être dirigée directement contre eux ». L'article 96 C.p.c. a été interprété comme incluant les spécifications de l'ancien article 94.1, qui prévoyait qu'un recours pouvant être intenté contre un organisme public ne pouvait l'être à l'encontre de l'État : *Metellus c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 4626, par. 48-55.

¹³⁸ *R. c. Cliche*, [1935] R.C.S. 561. La Cour s'était appuyée sur le Rapport des codificateurs de 1896 pour asseoir son raisonnement : le rapport est cité dans Ed Fabre SURVEYER, *Quebec Code of Civil Procedure*, Montreal, John Lovell & Son Limited, 1912, p. 93, en

dommages était à la fois très ancienne, puisqu'elle se retrouvait au Moyen Âge, et à la fois innovante et inédite à la lumière de la période plus courte qu'est le 19^e siècle anglo-canadien.

De par son évolution législative calquée sur la législation britannique et son attachement aux errances de la jurisprudence anglaise datant du milieu du 19^e siècle, le droit fédéral relatif à la responsabilité de la couronne fédérale a donc emprunté une voie différente de celle du droit québécois. Alors que ce dernier s'inscrit, peut-être paradoxalement, dans une continuité du principe *the King can do no wrong* qui découle de l'arrangement constitutionnel du 17^e siècle et qui puise ses origines dans la pensée juridique anglaise du Moyen Âge, le droit fédéral, notamment la LRCE, s'en est éloigné. Il en résulte que le droit québécois sur la responsabilité de la puissance publique, d'une perspective constitutionnelle historique, fait partie d'une longue continuité de la pensée juridique anglaise, alors que le droit fédéral, à l'instar du droit anglais lui-même, en dévie depuis le 19^e siècle.

Ce sont d'ailleurs des arrêts mettant en cause la responsabilité extra-contractuelle de l'administration fédérale, poursuivie par des administrés et organismes québécois, qui l'illustrent le mieux. Déjà dans *The City of Quebec c. The Queen*¹³⁹, les limites des réclamations qui pouvaient être adjudgées par pétition de droit devant la Cour de l'échiquier, en vertu de la loi fédérale, étaient mises en lumière¹⁴⁰. La demande de la Ville de Québec, fondée sur l'entretien négligent par l'administration fédérale d'un drain faisant partie de la structure de la Citadelle de Québec et ayant mené à des dommages sur la rue Champlain tout en bas, fut jugée inadmissible. Au contraire, comme le relatait Pigeon¹⁴¹, le pendant québécois de la loi fédérale, *L'acte des pétitions de droit, de Québec*, de 1883¹⁴², reçut une interprétation beaucoup plus libérale. En effet, dans *R. c. Cliche*¹⁴³, la Cour suprême interpréta ce qui allait devenir par la suite en 1966 l'article 94 du *Code de*

ligne: <babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=osu.32437122585868&view=1up&seq=105> (consulté le 9 octobre 2022).

¹³⁹ [1894] 24 R.C.S. 420.

¹⁴⁰ *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, (1887) 50-51 Vict., c. 16, art. 16.

¹⁴¹ L.-P. PIGEON, préc., note 26, 19-20.

¹⁴² (1883) 46 Vict. c. 27.

¹⁴³ [1935] R.C.S. 561.

*procédure civile*¹⁴⁴ comme donnant ouverture aux réclamations en dommages par voie de pétition de droit contre l'administration gouvernementale québécoise. Après *R. c. Cliche*, si l'entretien négligent de la Citadelle de Québec avait été le fait de la Couronne québécoise, la pétition de droit de la Ville de Québec aurait été jugée recevable.

B. Divergences entre la responsabilité de la Couronne fédérale et celle de l'État québécois

La pensée de common law est caractérisée par une absence de définition claire de ce qu'est l'État. Plusieurs causes contribuent probablement à cette incapacité de concevoir l'État autrement que par le truchement de la notion floue de Couronne, notion aux contours mal définis qui peut faire référence à la fois à Sa Majesté elle-même, au gouvernement pris dans le sens des ministres de la Couronne et du Cabinet, ou encore à l'appareil gouvernemental élargi comprenant l'ensemble des ministères, départements et fonctionnaires¹⁴⁵. Du fait que les Anglais ont historiquement préféré que leur roi et leur droit soit plus réel que métaphysique¹⁴⁶; au traumatisme qui suivit le régicide de Charles I (causé en partie par la séparation du corps naturel du roi de son corps politique dans le discours du début du 17^e siècle)¹⁴⁷; à l'attribution de la souveraineté au « roi en Parlement » (*King in Parliament*)¹⁴⁸; à l'omission des tribunaux et juristes du 19^e siècle de procéder à une reconception des règles de common law relatives à la relation *master-servant* devant l'émergence d'une véritable fonction publique, omission causée par la figure politique encore prévalente de la reine et

¹⁴⁴ *Code de procédure civile*, S.Q. 1965 (1^{re} sess.), c. 80, art. 94. Voir aussi Vincent RANGER, *La notion de bonne foi dans les immunités législatives au Québec: entre imprécision et redondance*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 12-13.

¹⁴⁵ Une polysémie apparente dans le CPA 1947 lui-même, notamment quant à la distinction entre Sa Majesté personnellement et la Couronne en tant qu'appareil gouvernemental, voir notamment CPA, art. 1, 31(1), 32 (M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 202-205).

¹⁴⁶ F. W. MAITLAND, préc., note 3, 132; Frederick POLLOCK et Frederic W. MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2^e éd., vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1968, p. 518; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 1^{re} éd., vol. 5, Londres, Methuen, 1924, p. 459 et 465; E. H. KANTOROWICZ, préc., note 6, p. 147.

¹⁴⁷ Janelle GREENBERG, « Our Grand Maxim of State: "The King Can Do No Wrong" », (1991) 12-2 *History of Political Thought* 209; Joyce Lee MALCOLM, « Doing No Wrong: Law, Liberty, and the Constraint of Kings », (1999) 38-2 *J. Br. Stud.* 161.

¹⁴⁸ William WADE et Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, 11^e éd., Oxford, Oxford University Press 2014, p. 19.

l'utilisation moderne du terme « Couronne » ; les raisons pour lesquelles il y a absence d'une définition claire de « l'État », et même de la « Couronne », dans la pensée de common law d'origine britannique sont nombreuses.

Ces observations se vérifient aussi au Canada : l'article 2 de la LRCE, offrant la définition du mot « personne » qui se retrouve à l'article 3 de cette loi établissant les paramètres de la responsabilité de la Couronne, précise que cette « personne » est une personne physique majeure et capable mais *n'est pas* Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province¹⁴⁹. La LRCE opère donc également une distinction entre Sa Majesté et « l'État » qui est poursuivi en vertu de cette loi. Paradoxalement, pourtant, « l'État » est défini à l'article 2 de la LRCE comme étant « Sa Majesté du chef du Canada »... En résumé : l'État est assimilé à une personne physique et majeure qui n'est pas Sa Majesté du chef du Canada, mais l'État est Sa Majesté du chef du Canada. *Uneasy lies the head that wears a crown*, écrivait Shakespeare¹⁵⁰, mais bien mal à la tête ont aussi les juristes qui se penchent sur cette Couronne !

En l'absence d'une notion claire « d'État », la pensée de common law n'a pas, non plus, réussi à attribuer à l'État une faute institutionnelle (*public wrongdoing*), ni à lui reconnaître une volonté gouvernementale de commettre une faute¹⁵¹. La possibilité de poursuivre la Couronne par le truchement de l'attribution à celle-ci de la personnalité dans le *Crown Proceedings Act* de 1947, de même que dans les lois adoptées dans son sillage au Canada, a renforcé cet aspect¹⁵². En effet, mis à part entre autres la responsabilité pour la faute des biens¹⁵³, ces lois ne prévoient à l'égard de la Couronne en tant que personne qu'une responsabilité indirecte pour les fautes

¹⁴⁹ LRCE, art. 2.

¹⁵⁰ William SHAKESPEARE, *King Henry IV*, Partie II, Acte 3, Scène 1.

¹⁵¹ J. McLEAN, préc., note 6, p. 204-209 ; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 202.

¹⁵² Pour ce qui est de la notion de personnalité de l'État dans la pensée politique anglaise, voir notamment Joshua GETZLER, « Personality and Capacity: Lessons from Legal History », dans Tim BONYHADY (dir.), *Finn's Law: An Australian Justice*, Annandale, The Federation Press, 2016, p. 147-178 ; Janet McLEAN, « Personality and Public Law Doctrine Review Article », (1999) 49-3 *U.T.L.J.* 123 ; David RUNCIMAN, *Pluralism and the Personality of the State*, coll. « Ideas in Context », vol. 47, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

¹⁵³ CPA, art 2(1)(c) ; voir aussi l'article 2(1)(b), qui reconnaît la responsabilité de la Couronne en tant qu'employeur pour les réclamations que peuvent lui faire ses employés ; LRCE, art. 3(a)(ii) et (b)(ii), art. 4 (responsabilité pour les dommages causés par les véhicules).

commises par les fonctionnaires¹⁵⁴, même en ce qui concerne le Québec¹⁵⁵. Voici ce qu'énonce à cet égard la LRCE :

Responsabilité

3 En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

- a) dans la province de Québec :
 - (i) le dommage causé par la faute de ses préposés,
 - (ii) le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres;
- b) dans les autres provinces :
 - (i) les délits civils commis par ses préposés,
 - (ii) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

Donc, selon la LRCE, la Couronne fédérale est, dans les provinces de common law, indirectement responsable pour les fautes de son préposé (*vicarious liability*) et la faute de la Couronne elle-même (donc du ministère ou de l'organisme public en cause) n'est pas établie. À preuve, la faute de la Couronne n'existe pas séparément de celle de son préposé, unique fondement d'un recours contre la Couronne en vertu de la LRCE :

10. L'État ne peut être poursuivi, sur le fondement des sous-alinéas 3a)(i) ou b)(i), pour les actes ou omissions de ses préposés que lorsqu'il y a lieu en l'occurrence, compte non tenu de la présente loi, à une action en responsabilité contre leur auteur, ses représentants personnels ou sa succession. (nous soulignons)¹⁵⁶

Cette absence d'une imputabilité envers l'entité gouvernementale elle-même pour sa propre faute se vérifie aussi du fait que la demande est présentée non pas au ministère directement concerné par la commission de la

¹⁵⁴ LRCE, art. 2 (1)(a) ; art. 3. (a)(i) et (b)(i), 17 (interception d'une communication privée par un préposé de la Couronne dans le cadre de ses fonctions).

¹⁵⁵ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, préc., note 10, par. 58 ; *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11, par. 55 : « Il ressort de ce texte que la responsabilité civile extracontractuelle de l'État est indirecte (*vicarious*) dans le sens que l'État n'est responsable que pour les fautes de ses préposés. » Voir aussi *Isle-Principia (USA) inc. c. Guimond*, [2013] J.Q. no 9030, par. 566 : « En somme, l'État ne peut être poursuivi que lorsque l'employé agissant pour son compte peut lui-même l'être pour avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions. *A contrario*, si tel n'est pas le cas, l'État fédéral ne peut être l'objet de poursuite en responsabilité civile au Québec. »

¹⁵⁶ LRCE, art. 10.

faute, mais bien au procureur général du Canada¹⁵⁷. Le même renvoi général est présent du côté du CPA 1947, où on prévoit que l'action doit être intentée contre le procureur général ou un ministère autorisé à cette fin, et non pas nécessairement l'entité gouvernementale directement concernée par la commission de la faute¹⁵⁸.

Comme l'explique Hogg, la doctrine de common law quant à la responsabilité du maître pour son serviteur (*master-servant*) rejette la fiction d'un ordre implicite donné par le maître et sur lequel on pourrait fonder la responsabilité du maître pour la faute commise par son préposé¹⁵⁹. Donc, selon la LRCE, la Couronne fédérale est responsable pour les fautes de son préposé (*vicarious liability*) et la faute de la Couronne elle-même (donc du ministère ou de l'organisme public en cause) n'est pas établie.

L'éminent professeur du droit des *torts* de common law, Bruce Feldthusen, notait que la distinction entre la responsabilité indirecte de la Couronne pour la faute de son préposé et l'absence de responsabilité directe (personnelle) s'est atténuée avec le temps :

Comme l'a fait observer un juge, l'importance de la distinction entre responsabilité du fait d'autrui et responsabilité directe inscrite dans la loi semble avoir progressivement et inexplicablement disparu. (notre traduction)¹⁶⁰

Cette observation est démentie par la jurisprudence récente, qui connaît un nouveau tournant. La jurisprudence canadienne sous la LRCE fédérale ne peut se rendre à attribuer à la Couronne elle-même une faute institutionnelle, comme nous le verrons ci-dessous de notre étude de l'arrêt *Hinse*. Il

¹⁵⁷ *Id.*, art. 23(1) : « Les poursuites visant l'État peuvent être exercées contre le procureur général du Canada ou, lorsqu'elles visent un organisme mandataire de l'État, contre cet organisme si la législation fédérale le permet. »

¹⁵⁸ CPA, art. 17 ; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 201.

¹⁵⁹ P. W. HOGG, P. MONAHAN et W. K. WRIGHT, préc., note 108, p. 159. Le fondement de la responsabilité du commettant en droit civil, historiquement, reposait plutôt sur le mauvais choix de serviteur effectué par le maître ; de nos jours, des notions de faute, risque, représentation et garantie comme fondements juridiques de la responsabilité du commettant, aucune n'est jugée suffisante, du moins à elle seule, pour asseoir les bases théoriques de la responsabilité pour autrui du commettant, qui ne peut s'exonérer en faisant la preuve de l'absence de faute de sa part : Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 9^e éd., vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 1-813-1-838.

¹⁶⁰ Bruce FELDTHUSEN, préc., note 13, 228, faisant référence à *Williams v. Canada (Attorney General)*, [2005] O.J. No. 3508, 76 O.R. (3d) 763, par. 42 (S.C.).

y a donc problème lorsque la faute ne peut être imputée à un préposé ou à une personne ou un groupe de personnes définies. Ce fut d'ailleurs le cas dans *Hinse*, où la Cour refusa de reconnaître l'existence d'une faute systématique. Lorsqu'il est impossible de pointer du doigt un individu ou un groupe d'individus fautifs, ou lorsque la faute a été commise par plusieurs sur une longue période de temps, la responsabilité indirecte de l'autorité publique pour la faute de son préposé tombe. Il n'est pas par ailleurs possible, comme nous l'avons vu précédemment, de poursuivre la Couronne en responsabilité civile directe en common law¹⁶¹.

Au contraire, une telle avenue est possible en droit civil québécois : dans la décision *Kosoian* de la Cour suprême, analysée ci-dessous, la juge Côté a discuté, bien que brièvement, de la responsabilité civile personnelle de la Société de transport de Montréal (STM) dans cette affaire (soit une responsabilité « directe » d'une perspective de common law). En effet, depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994¹⁶², l'État québécois est assujéti au Livre 5 sur les obligations, incluant les règles de droit commun relatives à la responsabilité civile :

1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à tout autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.¹⁶³

L'État québécois est également responsable pour le fait d'autrui en tant que commettant des fonctionnaires, ses « préposés », par application des articles 1457 et 1463 du *Code civil du Québec*. L'article 1457, en plus de prévoir les règles relatives à la responsabilité extracontractuelle au premier alinéa, énonce aussi au troisième alinéa qu'une personne peut être tenue responsable des faits ou des fautes d'une autre personne :

¹⁶¹ À l'exception de la province de la Colombie-Britannique, où une telle avenue est possible : P. W. HOGG, P. MONAHAN et W. K. WRIGHT, préc., note 108, p. 177-178. La Cour supérieure du Québec a d'ailleurs récemment rejeté une demande intentée contre le procureur général du Canada, « [b]ecause the originating application does not identify an individual public servant whose fault would give rise to the damages that [the plaintiff] claims » : *Chetty c. Attorney General of Canada*, 2022 QCCS 1167, par. 13.

¹⁶² Rappelons que le Conseil privé avait déterminé dès la fin du 19^e siècle que le *Code civil du Bas Canada*, une loi d'application générale, liait la Couronne : *Exchange Bank of Canada v. R.*, (1886) 11 A.C. 157.

¹⁶³ Art. 1376 C.c.Q.

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.¹⁶⁴

Parmi les responsabilités du fait ou de la faute d'autrui que reconnaît le *Code civil du Québec*, notons les suivantes : celle du gardien (art. 1460), celle du commettant (art. 1463) et celle relative au fait des biens (art. 1465 à 1469). Le Code civil prévoit par ailleurs expressément à l'article 1464 C.c.Q. que « [l]e préposé de l'État ou d'une personne morale de droit public ne cesse pas d'agir dans l'exécution de ses fonctions du seul fait qu'il commet un acte illégal, hors de sa compétence ou non autorisé ». Le droit civil québécois traite donc la question de la responsabilité de l'État pour la faute de son fonctionnaire de manière différente de celle de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Stradiotto* ou de la Cour suprême dans *R. c. Eldorado Nucléaire*, affaires étudiées ci-dessus¹⁶⁵. Que l'acte fautif commis par le fonctionnaire soit ou non légal ou nécessaire à l'exercice de ses fonctions, il demeure dans le cadre de l'exécution de ses fonctions en droit québécois et l'État québécois demeure responsable de la faute de son préposé. Le droit civil québécois évite donc aux justiciables un écueil de taille propre à la responsabilité de la Couronne en common law¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Art. 1457 C.c.Q.

¹⁶⁵ *Regina v. Stradiotto*, préc., note 106 ; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée* ; *R. c. Uranium Canada Ltée*, préc., note 105.

¹⁶⁶ Cette intention était manifeste à la lecture des Commentaires de l'ORCC sur le projet de Code de 1977 :

ORCC, Livre 1 :

DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

[...]

295. Cet article précise la notion de préposé de la Couronne, mettant ainsi fin à une difficulté d'interprétation.

[...]

297. Cet article est en partie nouveau. Il veut corriger une lacune du droit actuel, en complétant le Livre Des obligations quant à la responsabilité de la Couronne, notamment en ce qui concerne l'acte dommageable d'un membre des corps policiers

L'article 1464 C.c.Q. revêt une importance particulière pour les fins de notre étude de l'arrêt *Kosoian* ci-dessous¹⁶⁷, puisqu'un policier ne cesse pas d'agir « hors de ses fonctions » lorsqu'il commet un acte dommageable : il reste le préposé de l'organisme public¹⁶⁸.

Cette responsabilité du fait ou de la faute d'autrui qui s'applique à l'État québécois en vertu du troisième alinéa de l'article 1457 C.c.Q. s'apparente par conséquent au mécanisme mis en place dans le monde de common law, où la LRCE crée une responsabilité indirecte (*vicarious*) pour la faute des préposés, notamment à l'article 3b)(i) : « En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour (...) b) dans les autres provinces : (i) les délits civils commis par ses préposés. »

Dans le champ de la responsabilité pour le fait des biens, la LRCE crée une divergence entre les provinces de common law et le Québec. La LRCE crée une responsabilité « directe » pour la Couronne fédérale en tant que propriétaire de biens dans les provinces de common law, où elle est responsable pour « les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens »¹⁶⁹. La situation est différente en ce qui concerne l'application de la LRCE en lien avec la province de Québec pour ce qui est du fait des biens. L'article 2 LRCE prévoit bien que la « responsabilité » dont il est question pour l'application de la partie 1 de la loi signifie « dans la province de Québec, la responsabilité civile

agissant comme agent de la paix. Les tribunaux ont, en effet, décidé que l'agent de la paix, dans l'exécution de ses fonctions, cesse d'agir comme préposé de la municipalité qui l'emploie, même s'il demeure généralement sous le contrôle de cette dernière. (nous soulignons)

Pour les commentaires de l'Office de révision du Code civil, voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 2 « Commentaires », Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, en ligne : <https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Rapport_ORCC_v2t1_commentaires_livres_1-4.pdf> (consulté le 9 octobre 2022). Pour le projet de Code lui-même, voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 1 « Projet de Code Civil », Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, en ligne : <https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Rapport_ORCC_v1_Projet_de_code.pdf> (consulté le 9 octobre 2022).

¹⁶⁷ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, préc., note 9, par. 40, 104, 124 et 127.

¹⁶⁸ La responsabilité des policiers en droit public d'origine anglaise est plus complexe et repose sur l'existence d'une obligation de diligence (*duty of care*) de common law ou d'origine législative : Lewis KLAR, *Tort Law*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2012, p. 220-222. Pour l'arrêt faisant maintenant autorité au Royaume-Uni, voir *Robinson c. Chief Constable of West Yorkshire Police*, [2018] UKSC 4.

¹⁶⁹ LRCE, art. 3(b)ii).

extracontractuelle »¹⁷⁰. Or, la responsabilité que crée l'article 3 LRCE pour la Couronne fédérale dans la province de Québec pour « le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres », est une responsabilité pour le fait des biens (une responsabilité « indirecte », d'une perspective de common law). En bref, dans les provinces de common law, l'article 3(b)(ii) reconnaît une responsabilité directe pour la Couronne fédérale en tant que propriétaire ou gardienne, où la faute n'est pas une condition pertinente aux divers *torts* de responsabilité stricte qui s'y rattachent¹⁷¹. Cependant, le pendant au Québec, soit l'article 3(a)(ii), crée une responsabilité indirecte, pour la faute des biens, du fait du régime instauré par le *Code civil du Québec* à l'article 1457, al. 3 et aux articles 1465 à 1469. Si la distinction n'est pas matérielle en ce qui concerne les deux sous-paragraphes (ii) de l'article 3 LRCE, il en va autrement pour les sous-paragraphes (i) des paragraphes (a) et (b) de cette même disposition.

En effet, l'article 3(a)(i) LRCE crée le même mécanisme de responsabilité indirecte pour la faute des préposés qu'instaure dans les provinces de common law l'article 3(b)(i) de cette même loi. Cela correspond, en droit québécois, à la responsabilité pour l'État du fait de son préposé en vertu des articles 1457, al. 3, 1463 et 1464 C.c.Q. Pour que l'État soit tenu responsable, en tant que commettant, des fautes de son préposé en vertu de ces dispositions du Code civil, trois conditions doivent être rencontrées : la commission d'une faute civile par le préposé, l'existence d'un lien de préposition véritable unissant le préposé au commettant et que le préjudice ait été causé dans le cadre de l'exécution de ses fonctions (et nous avons vu les particularités de l'article 1464 C.c.Q. à cet égard)¹⁷². Or, le Code civil prévoit aussi la faute « directe » de toute personne au premier alinéa de l'article 1457 C.c.Q., qui s'applique à l'État en vertu de l'article 1376. Une telle responsabilité personnelle « directe » de l'État ne se retrouve pas dans la LRCE.

¹⁷⁰ *Id.*, art. 2(a), « responsabilité ».

¹⁷¹ Dont *nuisance*, *Rylands v. Fletcher*, [1868] UKHL 1 ; le *tort de trespass* est un tort intentionnel, mais l'intention requise est conçue largement et n'équivaut pas à faute.

¹⁷² J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 159, par. 1-839.

V. Illustrations récentes

L'étude de décisions récentes de la Cour suprême, de la Cour d'appel fédérale et de la Cour d'appel du Québec dans la section qui suit mettra en lumière les conséquences que peut entraîner l'omission de prendre en compte les particularités propres au droit québécois, de même que les failles conceptuelles liées à la notion de Couronne dans la tradition de common law, notamment l'absence d'une notion d'État comme entité distincte. Les décisions abordées ci-dessous illustrent donc les particularités du droit québécois de la responsabilité civile de l'État. L'affaire *Kosoian* de la Cour suprême met en lumière la responsabilité individuelle personnelle de l'État en droit québécois sans qu'il soit nécessaire de démontrer la faute d'un préposé de l'État. Cet arrêt permet également une comparaison avec la situation qui prévaut ailleurs au Canada. L'affaire *Hinse* permet quant à elle d'aborder la notion de « préposé » en droit fédéral sous la LRCE et la question de l'intégration ou non des ministres à cette notion, de même que la distinction entre les décisions de politique et celles de nature opérationnelle pour les fins de l'immunité de poursuite de la Couronne fédérale. L'affaire *Grand Boisé de la Prairie*, dans laquelle la Cour d'appel fédérale a considéré que le gouverneur en conseil n'est pas un « préposé » en droit fédéral, permet un regard critique sur la notion et met en exergue les conséquences de l'absence de notion d'« État » en common law. Enfin, l'affaire *Spieser* de la Cour d'appel du Québec illustre la possibilité que la faute institutionnelle du ministre puisse être retenue au Québec sans que la faute individuelle de ses préposés soit prouvée, ouvrant la voie à une responsabilité de l'« État » dans le cadre de la LRCE. Elle soulève aussi la question de l'arrimage des sous-paragraphes pertinents de l'article 3(a) de la LRCE avec les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec*.

A. *Kosoian* : étude de cas de la responsabilité de la puissance publique québécoise

Dans *Kosoian*¹⁷³, l'appelante, ayant refusé d'accéder à la demande d'un policier de tenir la main courante d'un escalier mécanique d'une station de métro et de s'identifier, avait été arrêtée et fouillée par celui-ci. Deux constats d'infraction lui furent émis : l'un pour avoir désobéi à une directive ou à un pictogramme affiché par la STM en vertu de l'article 4e) du

¹⁷³ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, préc., note 9.

Règlement R-036¹⁷⁴; et l'autre pour entrave au travail d'un inspecteur dans l'exercice de ses fonctions à l'encontre de l'article 143 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*¹⁷⁵. Le fait de ne pas tenir la main courante s'est avéré ne pas être une infraction qui existe en droit. L'appelante, fondant son recours sur l'article 1457 C.c.Q., poursuit le policier, son employeur (la Ville de Laval) et la société de transport en commun pour laquelle le policier agissait à titre d'inspecteur (la Société de transport de Montréal, « STM », une personne morale de droit public), pour sa faute directe, ainsi qu'à titre de mandante du policier (art. 2130, al. 1; 2164 C.c.Q.)¹⁷⁶.

Autant le policier individuellement que la STM furent jugés responsables par la Cour suprême, sous la plume de la juge Côté, du préjudice subi par l'appelante du fait de son arrestation et de la fouille illégales¹⁷⁷. L'analyse de la faute commise par le policier individuellement ne diverge pas du droit applicable en common law, qui s'attarde aussi à la faute individuelle du préposé. La Cour conclut à la faute du policier, qui selon elle n'a pas agi en policier prudent, diligent et raisonnable en croyant à l'existence de l'infraction de ne pas tenir la main courante¹⁷⁸. La Cour fit également une analyse, bien que brève, de la responsabilité directe de la personne morale de droit public qu'est la STM en plus de celle de l'agent fautif. La Cour conclut à la responsabilité de la STM, dont la faute directe fut d'avoir enseigné aux policiers que le pictogramme en cause imposait l'obligation de tenir la main courante, faute qui, selon la Cour, a contribué à la conduite fautive du policier¹⁷⁹. Elle conclut aussi à sa responsabilité à titre de mandante¹⁸⁰.

¹⁷⁴ *Règlement concernant les normes de sécurité et de comportement des personnes dans le matériel roulant et les immeubles exploités par ou pour la Société de transport de Montréal*, r. R-036, préambule, art. 4e), 17 [maintenant art. 26], adopté en vertu de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01, art. 144.

¹⁷⁵ *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01; *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, préc., note 9, par. 20. Notons que l'article 39 de cette loi confère aux membres du conseil d'administration une immunité de poursuite législative pour leurs actes officiels accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions, immunité qui n'était cependant pas en cause dans l'affaire *Kosoian*.

¹⁷⁶ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, préc., note 9, par. 5, 6 et 36.

¹⁷⁷ Préjudice physique et moral causé par l'arrestation et la détention: *id.*, par. 21.

¹⁷⁸ Sur le droit applicable à la responsabilité civile des policiers, voir Mariève LACROIX, « Responsabilité civile des forces policières », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Responsabilité professionnelle*, fasc. 13, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2015.

¹⁷⁹ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, préc., note 9, par. 5, 111-117.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 118-127.

Le raisonnement de la Cour quant à la faute du policier et la norme du policier prudent, diligent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances sont sujets à critique. Cette critique est toutefois offerte ici non pas dans le but d'en faire un commentaire d'arrêt, mais plutôt afin d'illustrer les difficultés qui se seraient posées du point de vue de la compensation du préjudice, en common law, si le policier avait été jugé non fautif.

L'énoncé de la Cour selon lequel on ne peut s'appuyer sur la présomption de validité d'un règlement pour déterminer l'existence d'une croyance raisonnable en l'existence d'une infraction¹⁸¹ a pour conséquence que l'obligation « de moyens » imposée par la Cour au policier dans *Kosoian* est très lourde¹⁸² : le policier doit non seulement avoir une connaissance des lois et règlements qu'il est appelé à faire respecter¹⁸³, mais il doit aussi remettre en question la formation juridique qui lui est dispensée¹⁸⁴, le symbolisme des pictogrammes utilisés¹⁸⁵ et il ne peut présumer que le règlement qu'il est chargé de faire respecter est valide¹⁸⁶. Bien que la Cour reconnaisse que « le policier n'est pas un avocat et n'est pas assujéti aux mêmes normes que ce dernier » et qu'il « n'est pas tenu, par exemple, d'entreprendre lui-même des recherches approfondies et une réflexion poussée sur les subtilités d'une jurisprudence contradictoire »¹⁸⁷, ce qu'elle exige de lui en vérité s'approche pourtant du travail d'analyse avancée du juriste. D'autant plus que les jugements divergents des instances supérieures et de la Cour suprême elle-même dans *Kosoian* s'apparentent dans les faits à la « jurisprudence contradictoire » que le policier n'est pas requis de maîtriser.

Rappelons aussi que l'invalidité de droit administratif – ici, la conclusion que la disposition réglementaire ne créait pas une infraction valide – n'équivaut pas automatiquement à faute en responsabilité civile, une distinction importante soulignée par la Cour d'appel fédérale dans *Grand Boisé de la Prairie*, étudiée plus amplement ci-dessous¹⁸⁸. La conclusion du policier quant à l'existence d'une infraction réglementaire relève aussi de l'analyse

¹⁸¹ *Id.*, par. 4 et 88.

¹⁸² La Cour écrit de fait plus loin que « les attentes envers les policiers demeurent élevées » : *id.*, par. 63.

¹⁸³ *Id.*, par. 6.

¹⁸⁴ *Id.*, par. 60-61.

¹⁸⁵ *Id.*, par. 86.

¹⁸⁶ *Id.*, par. 4 et 88.

¹⁸⁷ *Id.*, par. 62.

¹⁸⁸ *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11.

de droit public, en contrôle judiciaire, de la validité de la disposition réglementaire et de la question de savoir si la révision de la conclusion du policier relevait de la norme de la décision correcte ou de la raisonabilité. La Cour suprême ne soulève pas la question de la relation entre le droit administratif et la responsabilité civile extracontractuelle dans *Kosoian*, alors que cette question est centrale à l'analyse de la Cour d'appel fédérale dans *Grand Boisé de la Prairie*, abordée ci-dessous¹⁸⁹. Dans *Kosoian*, l'illégalité du droit administratif et la déraisonabilité du droit administratif semblent, dans l'esprit des magistrats, correspondre à la déraisonabilité de la faute civile en responsabilité extracontractuelle :

Tout exercice par un agent de police de son pouvoir discrétionnaire doit reposer sur une justification juridique valable (*Dedman*, p. 28-29). Puisque l'infraction reprochée en l'espèce était inexistante et que la croyance de l'agent Camacho en l'existence d'une telle infraction était déraisonnable, tout exercice par ce dernier de son pouvoir discrétionnaire sur la base de cette infraction inexistante était non seulement illégal, mais en outre nécessairement déraisonnable. (nous soulignons)

Quant à l'analyse de la faute en droit civil, « [l]a faute civile du policier doit s'apprécier *in abstracto*, par référence au standard abstrait du policier normalement diligent »¹⁹⁰. Un policier prudent, diligent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait lui aussi reçu la formation susmentionnée de la STM, qui « enseigne notamment aux policiers que le fait de tenir la main courante constitue une obligation réglementaire »¹⁹¹. Ce policier prudent, diligent et raisonnable n'aurait par ailleurs pas plus que l'intimé les connaissances d'un juriste. De plus, les dispositions pertinentes du Règlement R-036 qui était en cause dans l'affaire *Kosoian*, les articles 3 et 4, se rapportent à des comportements pouvant mettre en danger les autres usagers des transports en commun et du matériel roulant. Le règlement avait donc une considération sous-jacente de sécurité publique importante¹⁹². En somme, il est possible d'argumenter qu'un tel policier en arriverait à la

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ M. LACROIX, préc., note 178, par. 14.

¹⁹¹ *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, préc., note 9, par. 11 et 97.

¹⁹² Les accidents graves et mortels dans les escaliers mécaniques du métro de Montréal ne sont malheureusement pas inusités; quelques-uns ont été rapportés dans l'article suivant: Karl RETTINO-PARAZELLI, « Fin tragique dans le métro de Montréal », *Le Devoir*, 31 janvier 2014, en ligne: <<https://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/398730/fin-tragique-dans-le-metro-de-montreal>> (consulté le 9 octobre 2022).

même conclusion que l'intimé, par exemple en raisonnant que le pictogramme et la règle qu'il énonce (tenir la main courante) vise non seulement la sécurité physique personnelle de l'utilisateur qui la tient, mais aussi celle des autres usagers qui le suivent, qui pourraient être gravement blessés du fait de la chute du premier. La conclusion de la Cour qu'il y avait « croyance déraisonnable en l'existence d'une infraction inexistante en droit » de la part du policier aurait fort bien pu être tout autre¹⁹³.

Cette conclusion alternative n'aurait pas pour autant placé la Cour dans une situation délicate d'un point de vue du droit québécois de la responsabilité de l'État. L'absolution du policier n'aurait pas non plus automatiquement compromis la compensation du préjudice subi par l'appelante. En effet, si la Ville de Laval était responsable du fait d'autrui, soit des agissements fautifs de son policier en vertu des articles 1457, al. 3, 1463 et 1464 C.c.Q., et si la STM était quant à elle responsable indirectement, à titre de mandante du policier, cette dernière l'est aussi directement, de par sa formation fautive, en vertu de l'article 1457, al. 1 C.c.Q.¹⁹⁴. L'absence de faute du policier aurait fait tomber le recours de l'appelante contre la Ville de Laval et la STM à titre de mandante, mais n'aurait pas empêché la Cour de conclure à la faute directe de la personne morale de droit public qu'est la STM, du fait de ses formations fautives, en vertu de l'article 1457, al. 1 C.c.Q.¹⁹⁵. Comme la Cour l'énonce, « [o]n pourrait difficilement lui reprocher d'avoir appliqué une disposition présumée valide, applicable et opérante à l'époque pertinente », et si le policier ne peut s'exonérer en invoquant qu'il ne faisait que suivre les ordres¹⁹⁶, le corollaire est que quelqu'un d'autre émet ces ordres (ou ces formations) illégaux et que cette personne, physique ou morale, peut être tenue responsable indépendamment de l'acte de son préposé ou mandataire.

¹⁹³ *Kosioian c. Société de transport de Montréal*, préc., note 9, par. 104.

¹⁹⁴ *Id.*, par. 108.

¹⁹⁵ Outre, dans les faits de cette affaire, le fait que l'action aurait été prescrite à l'encontre de la STM, ajoutée comme défenderesse plus de 3 ans après les événements: *id.*, par. 117. La Cour n'a cependant pas pris en considération que les faits doivent être connus par la victime pour que la prescription puisse commencer à courir.

¹⁹⁶ *Id.*, par. 61.

Or, une telle conclusion n'aurait pas été possible en droit fédéral, l'article 3 (a)(i) LRCE étant non équivoque à cet égard :

3. En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

a) dans la province de Québec :

(i) le dommage causé par la faute de ses préposés

L'absence de notion d'État et de la reconnaissance, dans la tradition de common law, de la faute institutionnelle prend ici toute sa mesure lorsque comparée au droit civil québécois. Dans *Kosoian*, la Cour reconnaît la faute directe de la STM dans la dispensation de ses formations erronées et ayant mené à l'arrestation de l'appelante. Cette faute directe d'une personne morale de droit public, une entité quasi gouvernementale, permet une compensation sans qu'il soit nécessaire de reconnaître aussi la faute du préposé de l'État. Une telle conclusion est impossible en common law : la faute du préposé est la condition *sine qua none* du succès de l'action en justice contre la puissance publique d'un justiciable lésé. On avance souvent que cette condition ne pose pas problème, puisque « l'État » ne peut agir qu'à travers ses fonctionnaires et agents¹⁹⁷. Malgré la tendance dicéyenne à insister sur la faute d'un fonctionnaire individuel dans *Kosoian*, l'on voit pourtant à la lumière de cet arrêt que la faute directe que permet le droit civil offre un avantage certain : en l'absence de faute d'un fonctionnaire ou agent de l'État, le justiciable peut tout de même voir son préjudice réparé pour la faute directe commise par l'institution elle-même. Nous verrons aussi que le droit québécois offre une solution plus satisfaisante que ne le fait la LRCE à la lumière de l'arrêt *Hinse*, étudié dans la prochaine section.

Notons par ailleurs que la Cour, dans *Kosoian*¹⁹⁸, fonde son évaluation de la conduite d'un policier prudent diligent et raisonnable sur la norme

¹⁹⁷ « L'État, en effet, n'agit que par l'intermédiaire de personnes physiques, les fonctionnaires, qui sont de plus en plus nombreux et dont l'activité est tellement étendue qu'elle ne peut pas ne pas causer de dommages aux citoyens » : Yves OUELLETTE, « La responsabilité civile personnelle du fonctionnaire », (1975) 18 *Admin. Pub. Can.* 1, cité par René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 3, Québec, P.U.L., 1989, p. 875 et J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, préc., note 159, par. 1-134. Pour une analyse des problèmes, d'un point de vue des principes constitutionnels, d'une responsabilité uniquement indirecte ainsi qu'une critique de l'absence de responsabilité directe en common law, voir P. W. HOGG, P. MONAHAN et W. K. WRIGHT, préc., note 108, p. 175-176 et 182-187.

¹⁹⁸ *Id.*, par. 57-58.

de conduite exigeante offerte par le *Code de déontologie des policiers du Québec*¹⁹⁹, permettant ainsi une adéquation entre un manquement à une obligation réglementaire, une « faute statutaire » (ici exigeante) et la faute civile (qui n'impose qu'une obligation de moyens), adéquation qui avait été niée dans la jurisprudence précédente, du moins en l'absence de préjudice²⁰⁰. En effet, la Cour suprême énonçait dans *Ciment St-Laurent*: « En droit civil québécois, la violation d'une norme législative ne constitue pas en soi une faute civile. »²⁰¹

Cette dimension de l'affaire *Kosoian* nous permet donc de conclure à la possible existence d'une responsabilité civile pour violation d'une obligation statutaire dont l'équivalent, le *tort of breach of statutory duty*, n'existe pas en common law canadienne²⁰². Cette reconnaissance possible de la part de la Cour suprême dans *Kosoian* de l'existence en droit québécois d'un pendant du *tort of breach of statutory duty*, soit l'équivalence entre la faute civile et la faute statutaire, est cependant contraire à la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Grand Boisé*, discutée plus en détail ci-dessous²⁰³. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a en effet incorporé en droit québécois de la responsabilité civile extracontractuelle la notion de l'absence de *tort of breach of statutory duty* qui est propre à la common law canadienne et qui avait été énoncée par la Cour suprême dans *Holland c. Saskatchewan*²⁰⁴.

¹⁹⁹ RLRQ, c. P-13.1, r. 1. Le manquement à la norme de conduite énoncée dans ce Code peut donner ouverture à des sanctions en vertu de la *Loi sur la police*, RLRQ, c. P-13.1 : voir M. LACROIX, préc., note 178, par. 10.

²⁰⁰ *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, 579-580 (j. Beetz) : « La simple contravention à une disposition réglementaire n'engage pas la responsabilité civile du délinquant si elle ne cause de préjudice à personne. Mais un bon nombre de ces dispositions concernant la circulation expriment, tout en les réglementant, des normes élémentaires de prudence. Y contrevenir est une faute civile. Lorsque, cette faute est immédiatement suivie d'un accident dommageable que la norme avait justement pour but de prévenir, il est raisonnable de présumer [...] qu'il y a un rapport de causalité entre la faute et l'accident. » Voir aussi *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 34. Remerciements à Mariève Lacroix pour ses observations sur le sujet dans le cadre de la Conférence *L'inconduite policière : perspectives du droit public et du droit privé*, 16 mars 2022, Centre de droit public de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, l'Observatoire pluridisciplinaire sur le devenir du droit privé, et le Laboratoire de recherche vulnérabilité, trauma et culture et la Clinique juridique de Saint-Michel, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=07YkV9XMk3U>>.

²⁰¹ *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, *id.*, par. 34.

²⁰² *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551.

²⁰³ *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11.

²⁰⁴ *Holland c. Saskatchewan*, préc., note 202.

Il y a donc non seulement divergence entre le droit québécois et la common law sur ce point de la faute pouvant découler d'un manquement à une obligation statutaire, mais aussi divergence entre la jurisprudence de la Cour suprême et celle de la Cour d'appel fédérale quant à l'importation de principes de *torts* de common law en droit civil québécois.

B. *Hinse*: étude de cas de la responsabilité de la Couronne fédérale

Nous relations plus haut que le Parlement du Royaume-Uni a promulgué en 1947 le *Crown Proceedings Act 1947*, abolissant en partie l'immunité de la Couronne contre les poursuites. Le Parlement canadien a emboîté le pas dans les années 1950²⁰⁵. Il est généralement considéré que ces interventions législatives ont marqué la fin de l'immunité de la Couronne contre les poursuites, une immunité qui en fait ne date que du 19^e siècle. On omet toutefois fréquemment de mentionner que ces lois pourraient être abolies par le Parlement. Or, l'immunité de poursuite du roi est fréquemment assimilée à la prérogative. Une prérogative abolie par une loi est pleinement rétablie si cette loi est abrogée. Il est en effet établi depuis longtemps que la prérogative, qui fait partie de la common law, n'est mise en suspens que tant que la loi demeure en vigueur²⁰⁶. La Cour suprême du Canada y a d'ailleurs récemment fait allusion, en lien avec la LRCE, dans l'affaire *Thouin*: «Aujourd'hui, en matière de procédure civile, l'immunité de l'État demeure au fédéral, mais uniquement dans les limites prévues à la LRCE et à la Loi sur les Cours fédérales, dont le législateur reste libre de modifier la portée (références omises).»²⁰⁷

La LRCE, tout comme le CPA au Royaume-Uni, n'établit à l'égard de la Couronne fédérale qu'une responsabilité pour la faute d'autrui, soit une responsabilité extracontractuelle pour les actes de ses préposés. La Couronne ne peut être déclarée directement responsable. S'il est vrai que la Couronne ne peut pratiquement agir que par l'intermédiaire de ses agents, la Cour suprême du Canada l'a souligné par inadvertance récemment

²⁰⁵ Maintenant la LRCE.

²⁰⁶ *A.-G. v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508.

²⁰⁷ *Canada (Procureur général) c. Thouin*, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 23. Notons que la Cour d'appel de l'Alberta, quant à elle, ne croyait pas que l'immunité de la Couronne en lien avec les interrogatoires était due à la prérogative, mais plutôt à un accident de l'histoire: *Canada Deposit Insurance Corp. v. Code*, (1988) 49 D.L.R. (4th) 57, p. 61 (C.A.).

dans *Hinse c. Canada (Procureur général)*²⁰⁸. Cette affaire met en lumière le problème créé par l'absence d'une remise en question depuis le 19^e siècle de ce qu'est la Couronne, et en conséquence de l'absence d'une responsabilité pour les fautes institutionnelles²⁰⁹.

Dans cet arrêt *Hinse* de 2015, la Cour suprême a rejeté le recours en dommages-intérêts de M. Hinse, recours intenté par suite du défaut des ministres de la Justice fédéraux de ne pas avoir exercé leur pouvoir discrétionnaire de clémence à la suite des demandes répétées en ce sens de M. Hinse, faussement reconnu coupable de vol à main armée²¹⁰. L'une des raisons invoquées par la Cour suprême pour rejeter le recours en dommages-intérêts de M. Hinse contre la Couronne fédérale, par le biais du procureur général du Canada, était que, même si les événements s'étaient produits sur une longue période de temps, la faute ne pouvait être attribuée à l'inertie institutionnelle prise dans son ensemble. La juge de première instance, comme le relate la Cour suprême, avait reconnu une telle faute d'« inertie institutionnelle »²¹¹ ou d'« indifférence institutionnelle »²¹², « comme s'il s'agissait d'une faute continue subsumant les comportements individuels des Ministres successifs »²¹³. Au contraire, énonce la Cour suprême, c'est la conduite de chaque ministre successif impliqué sur une période de plusieurs années qui aurait dû être examinée de près, puisque la LRCE ne reconnaît pas l'existence d'une responsabilité directe de l'État fédéral :

Qualifier ainsi la faute d'« inertie » ou d'« indifférence institutionnelle » équivaut à reprocher une faute à l'État fédéral lui-même. Or, la L.R.C.É. ne permet pas de retenir la responsabilité directe de l'État fédéral, mais uniquement sa responsabilité pour la faute de ses préposés (en l'occurrence, le Ministre) [...]. La première juge devait plutôt analyser la conduite individuelle de chacun des Ministres qui se sont succédé et qui agissaient en tant que préposés de l'État fédéral.²¹⁴ (nous soulignons)

²⁰⁸ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, préc., note 10.

²⁰⁹ Voir aussi Margaret Isabel HALL et Aliya CHOUINARD, « Systemic Wrongdoing and the Liability of Public Authorities in Tort Law: Two Case Studies », dans Margaret Isabel HALL (dir.), *The Canadian Law of Obligations: Private Law for the 21st Century and Beyond*, Toronto, LexisNexis Canada, 2018.

²¹⁰ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, préc., note 10.

²¹¹ *Hinse c. Québec (Procureur général)*, 2011 QCCS 1780, par. 75, 209.

²¹² *Id.*, par. 55, 89, 149 et 203.

²¹³ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, préc., note 10, par. 91.

²¹⁴ *Id.*, par. 92.

Cependant, étonnamment, la Cour affirmait plus tôt dans la même affaire que les ministres *ne sont pas* de simples fonctionnaires : « [I]l convient de reconnaître que le Ministre, lorsqu'il prend ces décisions de politique générale, n'agit pas en qualité de simple fonctionnaire exerçant des fonctions administratives ou opérationnelles. »²¹⁵

Le rôle des ministres dans la définition des décisions de « politique » protège en quelque sorte les actions de fonctionnaires individuels qui faisaient partie intégrante du processus de révision de la condamnation de M. Hinse, d'un point de vue opérationnel. En effet, selon la Cour, le traitement des demandes par les fonctionnaires et la décision du ministre constituent une seule opération, soit de réviser une condamnation, et elle ne peut être découpée. La nécessité d'un travail administratif préalable ne permet pas à elle seule « de diviser le processus en compartiments distincts, à savoir les décisions de politique générale et les décisions de nature opérationnelle »²¹⁶.

Plus hétérodoxe encore, l'affaire *Hinse* est contraire à des postulats constitutionnels bien ancrés en droit public d'origine britannique selon lesquels les ministres de la Couronne ne sont pas des fonctionnaires²¹⁷. Pourtant, la Cour concluait que « la L.R.C.É. ne permet pas de retenir la responsabilité directe de l'État fédéral, mais uniquement sa responsabilité pour la faute de ses préposés (en l'occurrence, le Ministre) [...] en tant que préposés de l'État fédéral »²¹⁸. Cet énoncé est surprenant, puisque les ministres ne sont pas considérés comme des fonctionnaires, ni comme faisant partie de la Couronne en matière de contrôle judiciaire, de sorte qu'ils ne bénéficient d'aucune de ses immunités, comme la Chambre des Lords le rappelaient dans *M. v. Home Office*²¹⁹. Les syndicats de la fonction publique, autant fédérale que provinciale, ont sûrement été bien étonnés d'apprendre à la

²¹⁵ *Id.*, par. 35.

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ William WADE et Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, 10^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 39-40.

²¹⁸ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, préc., note 10, par. 92. L'article. 3 a)(i) LRCE, cité dans ce passage, ne fait pas mention des ministres mais bien seulement des préposés :

3. En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

a) dans la province de Québec :

(i) le dommage causé par la faute de ses préposés (...) » (nous soulignons)

²¹⁹ *M. v. Home Office*, préc., note 88.

lecture des motifs de la Cour suprême dans *Hinse* que ces ministres fédéraux de la Justice faisaient partie de leurs membres depuis tout ce temps.

L'assimilation des ministres à des serviteurs de la Couronne (les préposés ou fonctionnaires de la Couronne) dans *Hinse* fait cependant écho à la confusion qui est née de la jurisprudence anglaise du 19^e et du début du 20^e siècles en matière de responsabilité civile, où, comme nous l'avons vu, les failles de logique étaient telles que les ministres et hauts fonctionnaires (*public officers*) étaient à la fois considérés comme étant la Couronne et ne pouvaient être poursuivis en leur simple capacité de représentants de celle-ci en l'absence d'une faute personnelle²²⁰, et à la fois comme des serviteurs de la Couronne (*fellow Crown servants*) qui ne pouvaient être tenus responsables des agissements d'autres serviteurs de la Couronne²²¹. À cet égard, si la LRCE ne donne pas une définition très utile du terme « préposé »²²², le CPA 1947 sur lequel elle est modelée précise quant à lui que les ministres sont des « officiers » (*officers*) de la Couronne, terme distinct des concepts de « serviteurs » (*servants*) et « agents » (*agents*) pour lequel la Couronne est responsable indirectement en vertu de l'article 2 du CPA 1947²²³, mais qui inclut la notion de serviteur : « "Officer," in relation to the Crown, includes any servant of His Majesty, and accordingly (but without prejudice to the generality of the foregoing provision) includes a Minister of the Crown. »²²⁴

Puisque la Couronne ne peut pas autrement être reconnue responsable directement en vertu de la LRCE en cas de faute institutionnelle, les

²²⁰ *Raleigh v. Goschen*, préc., note 79.

²²¹ M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 156, 162-164, 174-175, 206-207.

²²² LRCE, art. 2 : « **préposés** Sont assimilés aux préposés les mandataires. La présente définition exclut les personnes nommées ou engagées sous le régime d'une loi de la Législature du Yukon, de la Législature des Territoires du Nord-Ouest ou de la Législature du Nunavut. (*servant*) »

²²³ CPA, art. 2 :

2. Liability of the Crown in tort.

(1) Subject to the provisions of this Act, the Crown shall be subject to all those liabilities in tort to which, if it were a private person of full age and capacity, it would be subject:—

(a) in respect of torts committed by its servants or agents; [...]

²²⁴ CPA, art. 38(2) :

"Officer," in relation to the Crown, includes any servant of His Majesty, and accordingly (but without prejudice to the generality of the foregoing provision) includes a Minister of the Crown [F57and a member of the Scottish Executive]; [...]

personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de M. Hinse se retrouveront ainsi sans recours. Ces cas ne seront pas rares : les ministres ne peuvent accomplir seuls toutes les tâches qui leur sont assignées par le Parlement, et ils doivent déléguer leurs fonctions. C'est là le cœur du droit administratif et de l'appareil gouvernemental²²⁵. Les tribunaux peuvent-ils utiliser le fait de l'implication limitée d'un ministre dans un processus réglementaire, administratif ou décisionnel comme un atout pour mettre à l'abri du regard des tribunaux toute action gouvernementale et toute négligence institutionnelle ?

L'état confus du droit en ce qui concerne les prérogatives de la Couronne – et l'absence de théorie à leur égard – subvertit également la LRCE d'une autre manière. Bien que cette loi établisse clairement un recours en matière délictuelle contre l'État, quoique seulement indirectement, les tribunaux ont néanmoins procédé à l'élaboration d'une jurisprudence en ce qui concerne les décisions gouvernementales politiques et opérationnelles, protégeant les premières de l'examen judiciaire. Cette situation est problématique : la portée croissante des décisions dites « politiques » au détriment des décisions « opérationnelles » a culminé avec la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltd*²²⁶. Cette tendance a suscité la critique chez les auteurs de common law, qui voient dans ces développements jurisprudentiels une violation de la volonté du Parlement d'assujettir l'État au droit de la responsabilité délictuelle à travers la LRCE²²⁷.

²²⁵ Un fait par ailleurs reconnu autant dans la doctrine que la jurisprudence anglaise et canadienne. Voir *Carltona Ltd v. Commissioners of Work*, préc., note 33; *Ahmad c. Commission de la fonction publique*, préc., note 33; *La Reine c. Harrison*, préc., note 33; P. GARANT, préc., note 33, p. 224-225.

²²⁶ *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltd*, 2011 CSC 42.

²²⁷ Bruce FELDTHUSEN, « Failure to Confer Discretionary Public Benefits: The Case for Complete Negligence Immunity », (1997) 5 *Tort Law Review* 17; B. FELDTHUSEN, préc., note 13; Bruce FELDTHUSEN, « Simplifying Canadian Negligence Actions Against Public Authorities – Or Maybe Not », (2012) 20 *Tort Law Review* 176; Bruce FELDTHUSEN, « Unique Public Duties of Care: Judicial Activism in the Supreme Court of Canada », (2016) 53-4 *Alta. L. Rev.* 955; Lewis N. KLAR, « R. v. Imperial Tobacco Ltd.: More Restrictions on Public Authority Tort Liability », (2012) 50 *Alta. L. Rev.* 157; Lewis N. KLAR, « Establishing Proximity in the Context of Public Authority Liability », dans Margaret Isabell Hall (dir.), *The Canadian Law of Obligations: Private Law for the 21st Century and Beyond*, Toronto, LexisNexis, 2018, p. 3. Voir aussi la critique de la distinction politique-opérationnel d'une perspective de droit administratif: Paul DALY, « The

D'autre part, les décisions des ministres concernés dans *Hinse* de ne pas octroyer un pardon à la suite de plusieurs demandes présentées par M. Hinse, faussement accusé d'un crime, ont été qualifiées de décisions de politique générale fondamentale par la Cour suprême, notamment en vertu du fait que ce pouvoir d'octroyer un pardon relevait alors de la prérogative. M. Hinse avait présenté ces trois premières demandes de clémence au ministre de la Justice de 1967 à 1981, soit avant que n'aient lieu les modifications législatives au *Code criminel*, qui encadre maintenant plus en détails les conditions d'octroi d'un pardon²²⁸. En 1990, il présentait sa quatrième demande, mais la ministre lui répondit alors de se présenter en Cour d'appel, un processus qui résulta finalement avec un acquittement prononcé par la Cour suprême. Or, l'exercice de la prérogative est soumis à un examen par les tribunaux. Protéger cet exercice de la prérogative de clémence en l'associant avec un acte de politique générale va donc à contre-courant de la jurisprudence constitutionnelle récente de la Cour, selon laquelle même les prérogatives « absolues » de la Couronne sont assujetties à un examen par les tribunaux à la lumière de la Charte canadienne²²⁹. La jurisprudence s'est donc écartée au fil du temps de l'exemption de révision judiciaire des prérogatives de haute politique qui avaient été identifiées par Lord Roskill dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (« *GCHQ* »)²³⁰. Lord Roskill y énonçait que certaines prérogatives devraient demeurer à l'abri du contrôle judiciaire vu leur nature et le sujet sur lequel elles portent, dont la conclusion de traités, la défense du pays, la prérogative de clémence, l'attribution de titres

Policy/Operational Distinction: A View from Administrative Law», (2015) 69 *S.C. Law Rev.* (2d) 17 (Lad/QL).

²²⁸ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 696.1 et suiv. et 748.

²²⁹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]. Voir *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3; Yves DE MONTIGNY, « La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les questions politiques », (1984) 44 *R. du B.* 156; Marc DUFOUR, « L'attitude restrictive des tribunaux en matière de reconnaissance de privilèges et d'immunités aux agents de la Couronne », (1986) 46 *R. du B.* 381. Il a été soulevé que la Cour s'appuyait également à tort sur la source du pouvoir plutôt que sa nature et son objet afin d'asseoir son raisonnement dans *Khadr*: Paul DALY, « Royal Treatment: The Crown's Special Status in Administrative Law Special Issue: The Crown in the 21st Century », (2017) 22-1 *Rev. Const. Stud.* 81, 98-100.

²³⁰ P. DALY, préc., note 227, note 69, citant Rebecca MOOSAVIAN, « Judges and High Pre-rogative: the Enduring Influence of Expertise and Legal Purity », (2012) *P.L.* 724, 731.

honorifiques, la dissolution du Parlement et la nomination de ministres²³¹. Dans les juridictions de common law aujourd'hui, cette réserve est tombée. D'ailleurs, bien que la prérogative de clémence (*mercy*) faisait partie des catégories exclues de prérogatives énumérées par Lord Roskill dans *GCHQ*²³², Lord Diplock, dans cette même décision, la qualifiait pourtant de « relativement mineure » dans sa gradation de l'importance des divers pouvoirs de prérogative²³³. Même Lord Roskill expliquait dans cette affaire que si certaines catégories d'actions de l'exécutif se trouvent hors de portée de la révision judiciaire, c'est à cause de leur « nature » (ici, relative à la sécurité nationale), et non pas de leur « source » (issue de la prérogative)²³⁴. La source d'un pouvoir, qu'elle provienne de la prérogative ou de la loi, n'est pas pertinente afin de déterminer du degré de déférence due par les tribunaux²³⁵.

²³¹ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374, 418. Sur l'évolution de la jurisprudence anglaise sur ce point, voir *R. (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] UKHL 61, par. 35 et 71, 105; *Miller II*, préc., note 27; P. DALY, préc., note 229; Caroline NEENAN, « Reviewing Prerogative Powers: Roskill's List Revisited », (1998) 3:1 *Judicial Review* 36; R. MOOSAVIAN, préc., note 230; George WINTERTON, « The prerogative in novel situations », (1983) 99 *Law Q. Rev.* 407.

²³² *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, *id.*, 418, (Lord Roskill). Voir P. DALY, préc., note 227, par. 54; C. NEENAN, préc., note 231. Dans *GCHQ*, la Chambre des Lords a refusé de donner raison au syndicat ouvrier, qui reprochait à la ministre de la fonction publique (Margaret Thatcher, également première ministre britannique), de ne pas l'avoir consulté avant de prendre la décision, en vertu de la prérogative en matière de sécurité nationale, d'interdire aux fonctionnaires des Quartiers généraux des communication du gouvernement (*Government Communications Headquarters* (« GCHQ »)) de faire partie d'un syndicat. Les fonctions principales du GCHQ étaient d'assurer la sécurité des communications militaires et officielles et de fournir au gouvernement des renseignements. La Chambre des Lords a accepté que la décision de la ministre de ne pas consulter le syndicat était raisonnablement fondée sur des considérations de sécurité nationale: *id.*, 404 (Lord Scarman).

²³³ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, *id.*, 410 (Lord Diplock).

²³⁴ *Id.*, 417 (Lord Roskill); P. DALY, préc., note 229, 92.

²³⁵ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, préc., note 231, 400 (Lord Tullybelton), 407 (Lord Scarman), 410 (Lord Diplock). Voir aussi *R. (Bancoult) v. Secret of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 2)*, [2008] UKHL 61, par. 35, (Lord Hoffmann): « [There is] no reason why prerogative legislation should not be subject to judicial review on ordinary principles of legality, rationality and procedural impropriety in the same way as with any other executive action. »

En somme, la décision de la Cour suprême dans *Hinse* de ne pas reconnaître la possibilité pour un individu lésé par l'appareil gouvernemental de poursuivre celui-ci pour une faute systémique est donc curieuse lorsque comparée aux tendances lourdes en droit constitutionnel canadien. Mais peut-être l'affaire *Hinse* marque-t-elle un infortuné retour à la distinction entre le fonctionnaire fautif et la responsabilité de son ministère, organisme faisant partie de la « Couronne », entité mal définie à laquelle on ne peut attribuer en common law de responsabilité directe personnelle.

L'affaire *Hinse* pose cependant problème à un autre niveau, soit celui du manque de responsabilité du ministre pour les décisions de ses fonctionnaires et de son ministère au sens légal du principe de *Carltona*²³⁶. L'analyse de ce principe dans les motifs de la Cour suprême y fait cruellement défaut.

C. *Grand Boisé de la Prairie*: étude de cas de la responsabilité de la ministre et du gouverneur en conseil selon le droit fédéral

Dans *Grand Boisé de la Prairie*²³⁷, les appelantes, des compagnies de développement immobilier, ont reçu toutes les autorisations nécessaires à la complétion de leur projet de construction immobilière résidentielle auprès de la municipalité de la Prairie et du gouvernement du Québec, en vertu notamment de la *Loi sur la qualité de l'environnement*²³⁸. Les quatre premières phases du projet ayant été complétées, les appelantes allaient procéder aux deux dernières phases lorsque le gouverneur en conseil a émis un décret d'urgence²³⁹ en vertu de la *Loi sur les espèces en péril*²⁴⁰ le 17 juin 2016, afin de protéger l'habitat de la rainette faux-grillon de l'Ouest, ce qui

²³⁶ Un principe qui n'est cependant pas étranger à celui du principe constitutionnel de responsabilité des ministres devant le Parlement (*Parliamentary accountability*), principe récemment expressément reconnu comme tel par la Cour suprême du Royaume-Uni dans *Miller II*, préc., note 27, 381-382 ; notons que le juge dissident dans *Miller I* en soulignait aussi l'existence : *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, par. 249 (Lord Carnwath) (*Miller I*).

²³⁷ *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11.

²³⁸ RLRQ, c. Q-2.

²³⁹ *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs/Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*, DORS/2016-211 (ci-après le « Décret »).

²⁴⁰ L.C. 2002, c. 29 (ci-après la « Loi »).

mit fin au projet de construction. Les pertes ainsi causées sont évaluées à 22 millions de dollars²⁴¹. L'émission du Décret faisait suite à l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement)*²⁴², où la Cour fédérale rejetait l'interprétation de la ministre fédérale de l'Environnement, qui avait refusé de considérer l'émission d'un tel décret, évaluant la menace imminente posée sur une échelle nationale plutôt que de se baser sur le danger localisé à une espèce donnée. La Cour fédérale lui avait renvoyé le dossier pour réévaluation et la ministre procéda finalement à enclencher le processus d'émission du Décret. À la suite de l'adoption du Décret, la Loi fut jugée constitutionnelle et validement ancrée dans le chef de compétence du Parlement en matière de droit criminel²⁴³.

La ministre s'était auparavant défendue de ne pas avoir indemnisé les appelantes en vertu du paragraphe 64(1) de la Loi, qui lui donne le pouvoir discrétionnaire de le faire selon les critères énoncés au règlement qui devait être adopté par le gouverneur en conseil selon le paragraphe 64(2), sur la base que ce règlement n'avait pas encore été adopté par le gouverneur en conseil. Les cours fédérales ont rejeté cette prétention de la ministre dans l'affaire *Groupe Maison Candiac*²⁴⁴. Les cours fédérales avaient refusé d'accepter l'autre argument des appelantes dans cette affaire, argument voulant que le Décret était inconstitutionnel puisque le règlement prévoyant l'indemnisation n'avait pas été adopté par le gouverneur en conseil²⁴⁵.

L'enjeu dans *Grand Boisé de la Prairie* portait non pas sur la constitutionnalité ou la validité du Décret, mais plutôt sur le recours en responsabilité civile extracontractuelle intenté par les appelantes en vertu de la LRCE à l'encontre du Canada, sur la base de la faute du gouverneur en conseil de ne pas avoir adopté de règlement selon le paragraphe 64(2) de la Loi et la décision de la ministre de ne pas les indemniser par suite des pertes occasionnées par l'émission du Décret. Les appelantes ont aussi allégué une deuxième faute, soit l'expropriation déguisée de leur terrain.

²⁴¹ *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11, par. 1.

²⁴² *Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement)*, 2015 CF 773.

²⁴³ *Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 88 (ci-après « *Groupe Maison Candiac* »).

²⁴⁴ *Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 643, conf. dans *id.*, *Groupe Maison Candiac*.

²⁴⁵ *Id.*, par. 74 (j. de Montigny).

La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Pelletier, a rejeté les arguments des appelantes, estimant que le gouverneur en conseil n'est pas un « préposé » de l'État au sens du paragraphe 3(a)(i) LRCE²⁴⁶ et que puisque la LRCE ne crée qu'un recours indirect pour la faute commise par un préposé²⁴⁷, le recours des appelantes ne pouvait tenir.

La Cour d'appel fédérale, s'appuyant sur l'arrêt *Hinse*, énonce que les ministres sont des préposés au sens de la LRCE, mais ajoute que le statut du gouverneur en conseil n'a pas été établi²⁴⁸. Les dérives, du point de vue du droit constitutionnel, de la qualification des ministres en tant que « préposés » de l'administration gouvernementale se poursuivent donc. Il s'agit là d'un exercice d'interprétation statutaire de la part de la Cour d'appel fédérale, qui est effectuée de manière déconnectée du droit constitutionnel. Alors que le droit administratif a été remis sur le chemin de l'interprétation conforme aux principes fondamentaux du droit constitutionnel, comme ce fut le cas dans *M. v. Home Office*²⁴⁹, le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle continue sa trajectoire hors de l'orbite de ces principes. Cela pose problème, notamment parce que les ministres ne sont pas en lien de préposition avec Sa Majesté (ils sont plutôt redevables au Parlement) et parce que la ministre n'est pas une simple préposée lorsqu'elle prend des décisions dites de politique générale et qu'elle bénéficie par conséquent de l'immunité dite « de l'État » qui s'y attache²⁵⁰.

La Cour d'appel fédérale tranche également dans *Grand Boisé* que puisque le gouverneur général est au sommet de l'administration fédérale et est ainsi au-dessus de tous, il ne peut être un « préposé », puisque ce terme implique une notion de sujétion à un supérieur hiérarchique²⁵¹. Le raisonnement de la Cour d'appel fédérale n'est pas ici sans rappeler le raisonnement qui s'appliquait au roi anglais du Moyen Âge qui, parce qu'il trônait au sommet de la pyramide féodale, ne pouvait fortuitement être

²⁴⁶ *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11, par. 60.

²⁴⁷ *Id.*, par. 43, 51 et 55.

²⁴⁸ *Id.*, par. 43.

²⁴⁹ *M. v. Home Office*, préc., note 88.

²⁵⁰ La ministre serait « dans l'antichambre [...] de la décision de politique générale, étant appelée à décider si elle peut assumer seule cette responsabilité par ailleurs protégée par l'immunité de l'État » : *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11, par. 201.

²⁵¹ *Grand Boisé de la Prairie*, *id.*, par. 58.

traduit devant aucune cour de justice²⁵². Or, premièrement, l'adoption du CPA 1947 et de la LRCE visaient justement à mettre fin à l'impossibilité « technique » de poursuivre la Couronne et, deuxièmement, cette immunité de poursuite a toujours été personnelle à la personne de Sa Majesté, surtout après le pacte constitutionnel du 17^e siècle. Selon cet arrangement constitutionnel fondamental, qui a eu cours à la suite de la Révolution Glorieuse, la souveraineté parlementaire a été consacrée et une immunité de poursuite a été accordée au souverain personnellement et exclusivement, en échange de la responsabilité de tous ses ministres et serviteurs. Voilà le sens de *the King can do no wrong* que Dicey qualifiait de *law of the constitution*. Le fait d'étendre l'immunité constitutionnelle personnelle de Sa Majesté à ses représentants royaux soulève déjà divers problèmes, adressés en partie au Canada en ce qui concerne les lieutenants-gouverneurs dans l'affaire *Trudel Thibault*: l'immunité est diluée lorsqu'un représentant royal est poursuivi personnellement et ne s'applique plus lorsque celui-ci a agi hors du cadre de ses fonctions²⁵³.

Or, considérer le gouverneur en conseil comme étant la gouverneure générale elle-même est également douteux si l'on considère, par analogie, le concept constitutionnel britannique de *King in Parliament* ou de *King in Council*; ces expressions consacrées ne réfèrent pas à Sa Majesté prise individuellement, mais bien à une entité qui exerce le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans l'ordre constitutionnel. Par conséquent, accorder à la gouverneure générale une immunité qui est celle de Sa Majesté, et qui s'étendrait par la bande aux décisions ou inactions du gouverneur en conseil, a pour résultat que cette immunité d'origine judiciaire met à l'abri de l'examen par les tribunaux des agissements du pouvoir exécutif qui sont préjudiciables aux justiciables. Même si l'on devait admettre, pour fins de discussion, que des considérations liées à la déférence des tribunaux devant l'exécutif élu sont pertinentes, elles le sont difficilement dans le contexte de l'affaire *Grand Boisé*, puisque l'intention du Parlement est on ne peut plus claire. Cette volonté du législateur, manifeste au paragraphe 64(2) de la Loi, est frustrée par l'inaction de l'exécutif, sous la forme du gouverneur en conseil. Or, de l'autre côté de l'Atlantique, la Cour suprême du

²⁵² F. POLLOCK et F. C. W. MAITLAND, préc., note 146, p. 518; M.-F. FORTIN, préc., note 14, p. 59.

²⁵³ *Trudel Thibault c. R.*, 2012 QCCA 2212, par. 9.

Royaume-Uni est intervenue pour restaurer le respect de la souveraineté parlementaire dans les célèbres affaires *Miller I* et *Miller II*²⁵⁴.

Le résultat est d'autant plus douteux que la Cour d'appel fédérale reconnaît indirectement que le gouverneur en conseil n'est pas la gouverneure générale en tant que Sa Majesté, puisqu'elle souligne le fait que « le gouverneur peut être appelé à rendre des comptes au Parlement »²⁵⁵ : il ne peut donc s'agir que des ministres élus. La gouverneure générale elle-même n'est pas redevable politiquement devant le Parlement, même lorsqu'elle agit à titre de gouverneur en conseil. La Cour d'appel fédérale se prend elle-même au jeu de l'entité composée de plusieurs (le gouverneur en conseil) et des membres individualisés qui en font partie. C'est « l'État » fédéral qui cause le préjudice subi par les appelantes, mais ces justiciables ne peuvent être compensées sous la LRCE parce que le « gouverneur en conseil » n'est pas un « préposé » de l'État. L'absence d'une conception claire de ce qu'est l'État en common law et en droit fédéral et les graves manquements conceptuels que cela entraîne prend ici tout son sens.

La Cour d'appel fédérale écarte de plus, à tort croyons-nous, la responsabilité de la ministre pour les gestes posés conjointement par le gouverneur en conseil et elle-même²⁵⁶. Il est difficile de voir en quoi le fait que la faute d'une partie ne puisse donner lieu à un recours en justice (en supposant qu'elle ne puisse le faire) empêche par ailleurs la conclusion qu'il y ait faute de la part d'une autre personne. Selon la Cour d'appel fédérale, il n'y a pas de faute dans le refus d'indemniser car la ministre n'a pas la guidance du règlement, qui n'a pas été adopté par le gouverneur en conseil, une inaction qui ne constitue elle-même pas une faute car le gouverneur en conseil n'est pas un « préposé » de l'État²⁵⁷. La situation dans laquelle se trouve le justiciable est quelque peu kafkaïenne. Il semblerait que la Cour d'appel fédérale ait conclu que le gouverneur en conseil s'apparente aussi à l'État lui-même, qui n'est pas poursuivi directement mais seulement pour la faute de ses préposés. Si le gouverneur en conseil n'est pas un préposé, le

²⁵⁴ Préc., note 27. De plus, l'inaction du gouverneur en conseil et, en l'absence de critères réglementaires, le refus d'indemniser de la ministre privent la Loi de son effet, ayant pour conséquence de court-circuiter une demande d'indemnisation en vertu du droit commun québécois enchâssé à l'article 952 C.c.Q., demande qui aurait pu avoir cours n'eût été l'intervention du Parlement.

²⁵⁵ *Grand Boisé de la Prairie*, préc., note 11, par. 59.

²⁵⁶ *Id.*, par. 60.

²⁵⁷ *Id.*, par. 72.

raisonnement de la Cour d'appel fédérale semble mener à la conclusion qu'il est soit la gouverneure générale elle-même (avec les problèmes identifiés ci-dessus que cela comporterait, notamment en lien avec la responsabilité ministérielle devant le Parlement), soit la Couronne elle-même (avec le problème évident que le gouverneur en conseil comporte des ministres qui ne font pas partie de la Couronne: *M. v. Home Office*²⁵⁸). L'absence de notion d'« État » en common law n'est donc pas sans conséquence.

D. *Spieser*: étude de cas des régimes de responsabilité de la Couronne fédérale et de la difficile transposition en droit civil québécois

Dans *Spieser*, deux fautes étaient reprochées par des justiciables québécois dans le cadre d'un recours collectif à l'encontre du procureur général du Canada, au nom de la Couronne fédérale, ainsi que d'autres corporations privées: le déversement pendant des décennies de produits toxiques cancérigènes (du TCE) dans la nappe phréatique de la municipalité de Shannon et le défaut d'entretien des installations de la base militaire et de celles connexes à celle-ci, de même que le défaut d'avoir alerté la population avoisinante de cette contamination en temps opportun²⁵⁹. Dans un jugement par ailleurs fort bien étoffé, dont la Cour suprême a refusé de permettre l'appel, la Cour d'appel a toutefois omis d'analyser quelles dispositions de la LRCE étaient applicables au litige en l'espèce et comment elles s'arriment aux dispositions pertinentes du *Code civil du Québec*²⁶⁰. Cette étape est importante puisque, comme nous l'avons vu, le régime de « responsabilité » pour la Couronne fédérale qu'établit la LRCE pour la province de Québec est celui de la « responsabilité extracontractuelle »²⁶¹, soit

²⁵⁸ *M. v. Home Office*, préc., note 88.

²⁵⁹ *Spieser c. Procureur général du Canada*, préc., note 12, par. 439.

²⁶⁰ *Procureur général du Canada au nom de Sa Majesté du Chef du Canada c. General Dynamics Produits de défense et Systèmes tactiques-Canada inc., et al.*, 2020 QCCA 42 (demande pour permission d'appeler rejetée, C.S.C., 2020-12-23, 39097), en ligne: <<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-l-csc-a/fr/item/18614/index.do>>. La Cour d'appel ne discute pas non plus de l'article 13(1)(b) LRCE qui nécessite l'occupation par la Couronne fédérale des installations. Il aurait été intéressant d'avoir une discussion de cette notion, à la lumière de la vente des installations par la Couronne fédérale aux autres intimés, y compris de l'usine de munitions; voir *Spieser c. Procureur général du Canada*, *id.*, par. 15, 117.

²⁶¹ LRCE, art. 2 (« responsabilité »).

les articles 1457 et suivants C.c.Q. Or, les troubles de voisinage dont la Cour d'appel a traité se trouvent à l'article 976 C.c.Q. et ne constituent pas une cause d'action fondée sur la faute de la responsabilité extracontractuelle. La Cour suprême, dans *Ciment St-Laurent*, énonçait plutôt le caractère de responsabilité sans faute de cette disposition²⁶². La LRCE, en matière de responsabilité pour le fait des biens dans la province de Québec (art. 3(a)(ii)) établit que l'État fédéral est responsable pour «le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres». Ces termes renvoient certes aux articles 1465 (responsabilité autonome du fait du bien), 1466 (préjudice causé par un animal), 1467 (ruine de l'immeuble), 1468 et 1469 (défaut de sécurité d'un bien)²⁶³, mais pas, semble-t-il, à la responsabilité «sans faute» de l'État fédéral en tant que «voisin» tel que le prévoit l'article 976 C.c.Q. L'article 976 et la réparation pour les inconvénients anormaux qu'il prévoit sont distincts de la faute et la réparation du préjudice intégral en vertu des articles 1457 et suivants (l'article 976 ne permettant pas par ailleurs les comportements fautifs)²⁶⁴. En somme, la question de l'arrimage des article 976 et 1465 et suivants aux sous-paragraphes (i) et (ii) de l'article 3(a) LRCE dans la province de Québec demeure, à la lumière de la dichotomie de la responsabilité de la Couronne fédérale que créent ces sous-paragraphes²⁶⁵. La Cour aurait ainsi pu indiquer si les situations régies par l'article 976 s'inscrivent sous l'article 3(a)(ii) LRCE, qui porte sur le fait autonome du bien et la faute à titre de gardien et de propriétaire, ou si le fait personnel fautif du préposé impliquant un bien doit plutôt être considéré sous l'article 3(a)(i) LRCE.

La question de savoir si la Couronne fédérale était aussi responsable d'un point de vue contractuel n'a pas non plus été soulevée par la Cour d'appel. Cette dimension contractuelle et la question des vices cachés est néanmoins soulevée ici puisque, lors de la vente en 1999 par la Couronne

²⁶² *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, préc., note 200, par. 31.

²⁶³ La Cour d'appel ne traite pas des articles 1465 à 1467 C.c.Q., puisqu'elle conclut à faute sous l'article 1457: *Spieser c. Procureur général du Canada*, préc., note 12, par. 550-551.

²⁶⁴ *Id.*, par. 448-451.

²⁶⁵ Les auteurs de doctrine considèrent cependant que la présomption de faute qu'établit l'article 1465 C.c.Q. est maintenant comprise par le libellé de l'article 3(a)(ii) LRCE: J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, préc., note 159172, par. 1-133-1-134. Pour la jurisprudence relative à cette présomption, voir *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*, [1920] A.C. 662 (UK JCPC); *Ouimette c. Canada (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1228 (CA), par. 69-72.

fédérale de ses réseaux d'aqueduc reliés à la base militaire de Valcartier à la Ville de Shannon, il n'a pas été révélé à cette dernière que des TCE avait été décelés deux ans plus tôt, en 1997, mais aussi en 1995²⁶⁶. *Spieser* laisse cependant transparaître une forte inclination dans la pensée juridique québécoise de présumer de l'assujettissement de la puissance publique au droit commun.

Notons que la question de non-rétroactivité de la LRCE ne se posait pas dans cette affaire, puisque cette loi dans sa forme originale a été adoptée en 1953, avant que ne se produisent les faits reprochés dans *Spieser*. En effet, la création de la fosse dite « Lagon bleu », l'un des premiers sites de contamination dans cette affaire, date du début des années 1950, et la connaissance du fait que la fosse, creusée dans le sable et qui baignait de surcroît dans la nappe phréatique, n'était pas adéquate et présentait un danger pour la santé humaine avait été confirmée dans le Rapport Belleville datant de 1958 ; ces faits sont donc postérieurs à l'adoption de la loi maintenant appelée la LRCE²⁶⁷.

La Cour d'appel dans *Spieser* n'a pas non plus départagé entre les diverses entités corporatives privées impliquées, ni distingué les comportements fautifs précis commis par des préposés identifiés individuellement²⁶⁸. La faute des préposés est importante puisqu'en vertu de la LRCE, si l'employé n'est pas fautif, la Couronne ne peut être tenue responsable²⁶⁹. Quant au laxisme des entités corporatives intimées²⁷⁰, il est non applicable à la Couronne fédérale, dont la responsabilité est liée uniquement aux fautes commises par ses préposés ou agents. La Cour d'appel conclut à leur faute même si plusieurs d'entre eux sont demeurés dans l'anonymat et que leurs fautes individuelles se sont échelonnées sur des décennies²⁷¹. Elle note que « les dernières recommandations contenues dans le Mémoire de 1958 ne

²⁶⁶ *Spieser c. Procureur général du Canada*, préc., note 12, par. 548-549, 589.

²⁶⁷ *Id.*, par. 89, 96, 97, 518, 520, 522. La contamination s'est échelonnée sur des décennies : le déversement à l'usine de munitions, par exemple, a pris fin en 1985 : *id.*, par. 69.

²⁶⁸ *Id.*, par. 439, 540. L'article 1476 C.c.Q. n'est pas non plus abordé.

²⁶⁹ LRCE, art. 10 : « L'État ne peut être poursuivi, sur le fondement des sous-alinéas 3a)(i) ou b)(i), pour les actes ou omissions de ses préposés que lorsqu'il y a lieu en l'occurrence, compte non tenu de la présente loi, à une action en responsabilité contre leur auteur, ses représentants personnels ou sa succession. »

²⁷⁰ *Spieser c. Procureur général du Canada*, préc., note 12, par. 540.

²⁷¹ La Cour d'appel met cependant en lumière l'importance du barème de la personne raisonnable en matière de responsabilité professionnelle : *id.*, par. 461, 523.

font l'objet d'aucun suivi de la part du Ministère au regard de leur mise en œuvre»²⁷² et ajoute :

Ces fautes du CRDV et du Conseil de recherches pour la défense qui ont contaminé l'aqueduc de la Base de Valcartier et les puits individuels de Shannon et celle du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social qui a fait défaut d'exercer ses devoirs de surveillance et de protection de la santé publique engageant la responsabilité du procureur général du Canada.²⁷³ (nous soulignons)

Bref, la conclusion de la Cour d'appel dans *Spieser* quant à la « faute civile »²⁷⁴ du gouvernement fédéral de ne pas avoir avisé la population de la contamination équivaut à reconnaître une faute institutionnelle et systémique, précisément le type de faute dont l'existence a été niée en droit par la Cour suprême dans *Hinse*. Il s'agissait pourtant, dans les deux cas, de particuliers québécois ayant subi un préjudice à la suite des agissements et omissions de la Couronne fédérale. Dans *Hinse*, la Cour suprême insiste sur la nécessité de trouver une faute individuelle et déterminée du fonctionnaire à la *Dicey*, alors que dans *Spieser*, la Cour d'appel adopte une approche québécoise qui reconnaît l'existence de l'État en tant qu'entité qui peut commettre une faute institutionnelle directe.

La Cour d'appel dans *Spieser* va plus loin : non seulement reconnaît-elle l'existence d'une faute systémique institutionnelle, elle la qualifie d'atteinte illicite intentionnelle et octroie des dommages intérêts punitifs en vertu de la Charte québécoise²⁷⁵. La Cour d'appel exclut la volonté illicite et intentionnelle des individus ayant travaillé au sein des divers sites concernés de la base militaire d'avoir voulu causer le préjudice (empoisonnement et cancer), mais conclut, au deuxième volet du test de *St-Ferdinand*, à une insouciance de la part des autorités gouvernementales responsables elles-mêmes, dont le ministère de la Défense, qui connaissaient la situation de contamination de la nappe phréatique. Remarquons ici que la Cour ne fait pas une analyse détaillée de l'imputabilité de la faute intentionnelle du commettant (ici, la Couronne fédérale) sous le régime de la responsabilité

²⁷² *Id.*, par. 526.

²⁷³ *Id.*, par. 527.

²⁷⁴ *Id.*, par. 549.

²⁷⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12; *id.*, par. 552-592. La Cour d'appel s'est appuyée en cela sur les enseignements de la Cour suprême dans *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

du fait d'autrui en vertu de l'article 1463 C.c.Q. et selon les enseignements de la Cour suprême dans *Gauthier c. Beaumont*²⁷⁶. De cette dernière affaire, en effet, le critère d'imputabilité de l'atteinte illicite et intentionnelle au commettant, qui doit avoir voulu les conséquences illicites ou dont la volonté en ce sens peut être présumée²⁷⁷, s'approche de la faute directe et personnelle de l'officier public supérieur que la common law anglaise mettait de l'avant dans *Raleigh v. Goschen*²⁷⁸.

En somme, l'approche de la Cour d'appel du Québec dans *Spieser*, bien qu'il s'agissait dans cette affaire de la responsabilité de la Couronne fédérale, laisse transparaître une tendance toute québécoise à considérer l'État lui-même responsable et assujetti au droit commun, que les gestes posés soient attribuables ou non individuellement à des préposés identifiés, sur une période de temps plus ou moins longue.

*
* * *

Dans *Just*, la Cour suprême énonçait que «la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle»²⁷⁹. Pourtant la Couronne est justement assimilée à une personne dans la LRCE (art. 3: «En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne»), comme elle l'est d'ailleurs dans le *Crown Proceedings Act 1947* au Royaume-Uni, loi britannique sur laquelle elle est d'ailleurs modelée.

L'assimilation de la Couronne à une personne physique est donc le mécanisme juridique qui sert de fondement à la responsabilité civile de la Couronne dans les lois canadienne et britannique. La Couronne est donc à la fois une personne, ce qui permet que des recours puissent être intentés à son encontre, mais elle « n'est pas une personne » car elle doit être libre de gouverner et bénéficie corrélativement d'une immunité relative de poursuite. La Couronne est une personne, mais la Couronne n'est pas une personne. Voilà la contradiction qui résume la confusion de la pensée juridique

²⁷⁶ *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3.

²⁷⁷ *Id.*, par. 111-112; M. LACROIX, préc., note 178, par. 20.

²⁷⁸ *Raleigh v. Goschen*, préc., note 79.

²⁷⁹ *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, 1239; citation reprise dans R. c. *Imperial Tobacco Canada Ltd*, préc., note 226, par. 76.

à l'égard de la notion d'État à travers la perspective de la responsabilité civile de la puissance publique depuis le 20^e siècle.

Se pose également alors le problème de constance dans l'évolution historique des immunités de la Couronne. Alors que ces immunités sont en réalité propres à la seule personne du monarque, un glissement sémantique au 19^e siècle causé par la confusion entourant le mot « Couronne » eut pour effet de transposer au gouvernement « central » ces immunités. Déconnectés de l'histoire et des origines de ces immunités, les tribunaux, autant britanniques que canadiens, ont par la suite élargi la conception de ces entités pouvant bénéficier de l'immunité attribuée au gouvernement.

Un tel élargissement de la notion de « gouvernement », il est vrai, est également perceptible à l'égard de l'article 32 de la Charte canadienne, où la notion de « gouvernement » est interprétée largement de manière à inclure, notamment, les municipalités²⁸⁰. En droit constitutionnel canadien, la responsabilité de l'appareil gouvernemental lui-même est désormais bien établie²⁸¹. Or, l'objectif de l'élargissement de l'étendue de la notion de gouvernement à l'article 32 de la Charte diffère de celui de l'élargissement du nombre d'entités pouvant se réclamer des immunités de la Couronne : le premier a pour but de permettre les recours contre le gouvernement en matière constitutionnelle alors que le second a précisément l'effet inverse dans le domaine de la responsabilité civile et pénale. La Cour suprême dans *Ville de Nelson*, invoquant cette fois la séparation des pouvoirs, n'a d'ailleurs pas distingué la municipalité du gouvernement provincial en lui prêtant une affiliation à la branche politique pouvant se réclamer des règles particulières en matière de *tort of negligence*²⁸². Loin de la conception limitée de Couronne synonyme du monarque lui-même, et par la suite du « gouvernement central » exerçant les tâches historiquement assumées par le roi et son administration restreinte, la jurisprudence récente, sans ancrage

²⁸⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

²⁸¹ Voir Ghislain OTIS, « La Charte canadienne et le nécessaire dépassement du modèle diceyen de la responsabilité publique », (1993) 3 *N.J.C.L.* 243 ; Ghislain OTIS, « Personal Liability of Public Officials for Constitutional Wrongdoings: A Neglected Issue of Charter Application », (1996-1997) 24-1 *Man. L.J.* 23 ; Ghislain OTIS, « La Charte canadienne des droits et l'émergence d'un régime nouveau de responsabilité publique », dans *La Responsabilité extra-contractuelle de l'administration publique*, Bulletin de la société de droit administratif du Québec, 1991, p. 83, à la p. 97.

²⁸² *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, par. 43

ou repère de jalons historiques, augmente le nombre d'entités pouvant se réclamer d'immunités privant les individus de recours contre elles. Ces développements jurisprudentiels s'inscrivent également en faux avec un principe constitutionnel fondamental en droit anglais, cette «law of the Constitution»²⁸³ qu'est la responsabilité politique et légale des ministres et du gouvernement. Tel est en effet le sens que revêt *the King can do no wrong* en droit public anglais depuis ce moment charnière qu'est le 17^e siècle anglais.

Comme le disait Lord Templeman dans une célèbre affaire anglaise, la proposition que l'exécutif obéit à la loi sur la seule base de sa grâce et de sa bonne volonté et non parce que cela est nécessaire est une proposition qui, si elle était établie, renverserait le résultat de la Guerre civile anglaise du 17^e siècle²⁸⁴. Accorder à l'exécutif le choix de s'assujettir au droit commun selon son bon vouloir constitue par conséquent un ébranlement des fondements mêmes de la Constitution canadienne, qui, faut-il le rappeler, repose «sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni»²⁸⁵.

Maitland écrivait à Dicey en 1896: «La seule utilité directe de l'histoire du droit (je ne dis rien de son intérêt passionnant) réside dans la leçon que chaque génération a un énorme pouvoir de façonner son propre droit» (notre traduction)²⁸⁶. Lord Roskill, citant ce passage de la lettre du célèbre Maitland à son éminent confrère, ajoutait dans *GCHQ* que c'est en effet l'histoire du droit qui a permis à sa génération de façonner le développement du droit administratif en le construisant sur les fondements de l'histoire du droit mais sans être entravée par celle-ci²⁸⁷. En ce qui concerne la notion de Couronne et la responsabilité civile de l'État en common law, c'est l'étude de l'histoire récente du droit qui nous démontre que les fondements constitutionnels et historiques de ce champ du droit sont bien fragiles, voire absents, et reposent difficilement sur une quelconque logique. Le législateur québécois a façonné son propre droit en 1991 quant à la res-

²⁸³ A. V. DICEY, préc., note 16.

²⁸⁴ *M. v. Home Office*, préc., note 88, p. 395 (Lord Templeman).

²⁸⁵ Préambule, *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

²⁸⁶ Richard A. COSGROVE, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980, p. 177: «The only direct utility of legal history (I say nothing of its thrilling interest) lies in the lesson that each generation has an enormous power of shaping its own law».

²⁸⁷ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, préc., note 231, 417 (Lord Roskill).

ponsabilité de l'État québécois, largement au bénéfice des justiciables; peut-être est-il temps que les tribunaux et les législateurs de common law en fassent autant avec la Couronne en se libérant de chaînes victoriennes qui sont en réalité des chimères.