

La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne fédérale et l'exercice des fonctions discrétionnaires

Yves Ouellette

Volume 16, numéro 1, 1985

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059310ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059310ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Ouellette, Y. (1985). La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne fédérale et l'exercice des fonctions discrétionnaires. *Revue générale de droit*, 16(1), 49–67. <https://doi.org/10.7202/1059310ar>

Résumé de l'article

L'auteur constate que règles de droit privé et règles de droit public se heurtent en matière de responsabilité de la Couronne. Pour régler les problèmes que pose cette responsabilité du fait des fonctions discrétionnaires attribuées par la loi, les juges ont créé le concept de *public policy* et ont emprunté au droit anglais qui l'a lui-même empruntée au droit américain la dichotomie exécution/planification. Les textes législatifs imposent cependant aux juges des contraintes. Le paragraphe 3(6) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* serait toutefois plus une règle d'interprétation qu'une exception au principe de l'immunité de la Couronne. L'auteur souligne par ailleurs le caractère légal et subsidiaire de la responsabilité de la Couronne; il analyse en particulier l'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, qui ne vise que des situations ayant leur contrepartie dans le secteur privé. La loi de 1953 est ainsi devenue désuète.

La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne fédérale et l'exercice des fonctions discrétionnaires

YVES OUELLETTE

professeur, Faculté de Droit, Université de Montréal

RÉSUMÉ

L'auteur constate que règles de droit privé et règles de droit public se heurtent en matière de responsabilité de la Couronne. Pour régler les problèmes que pose cette responsabilité du fait des fonctions discrétionnaires attribuées par la loi, les juges ont créé le concept de public policy et ont emprunté au droit anglais qui l'a lui-même empruntée au droit américain la dichotomie exécution/planification. Les textes législatifs imposent cependant aux juges des contraintes. Le paragraphe 3(6) de la Loi sur la responsabilité de la Couronne serait toutefois plus une règle d'interprétation qu'une exception au principe de l'immunité de la Couronne. L'auteur souligne par ailleurs le caractère légal et subsidiaire de la responsabilité de la Couronne; il analyse en particulier l'alinéa 3(1)a) de la Loi sur la responsabilité de la Couronne, qui ne vise que des situations ayant leur contrepartie dans le secteur privé. La loi de 1953 est ainsi devenue désuète.

ABSTRACT

The author notes a conflict between private and public law in the area of Crown liability. In order to solve problems created in this area by the existence of legally conferred discretionary functions, judges have formulated the concept of public policy and borrowed from English law the operational/ planning distinction (a distinction first evolved by American law). Legislative texts, however, do impose certain restraints on judicial action. Subsection 3(6) of the Crown liability Act appears to be a rule of construction rather than an exception to the principle of Crown immunity. The author emphasizes the statutory and subsidiary character of Crown liability: he analyzes paragraph 3(1)(a) of the Crown liability Act which deals only with situations having a counterpart in the private sector. The 1953 act has become obsolete.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	50
I. LES INNOVATIONS JUDICIAIRES — L'ÉMERGENCE DU DROIT PUBLIC	51
A. Le concept de <i>public policy</i>	52
B. La dichotomie planification/exécution	54
II. LES CONTRAINTES LÉGISLATIVES — L'EMPRISE DU DROIT PRIVÉ	56
A. Le caractère légal de la responsabilité de la Couronne et l'interprétation de l'alinéa 3(1)a)	58
B. Le caractère subsidiaire de la responsabilité de la Couronne en vertu de l'alinéa 3(1)a)	63
CONCLUSION	65

INTRODUCTION

La réparation des dommages pouvant résulter de l'exercice par l'État et ses agents d'une multitude de fonctions et de pouvoirs discrétionnaires s'avère un bon exemple d'une situation où s'affrontent les valeurs traditionnelles du 19^e siècle, véhiculées par la *common law* et le droit civil et celles du droit administratif moderne qui, selon une idée à la mode aux États-Unis, reproduit sous forme de normes juridiques, avec quelques décades de retard, les théories politiques¹.

L'État, comme le simple particulier, agit en propriétaire et pose des gestes de gestion privée : il dirige son personnel, administre ses biens, construit et entretient ses immeubles. Mais il exerce aussi des fonctions de puissance publique ou proprement gouvernementales, législatives, juridictionnelles et administratives, suivant les trois fonctions traditionnelles de l'État, dont on ne trouve pas d'équivalent ou de contrepartie chez les particuliers ou dans le secteur privé : les particuliers ne voient pas à l'application des lois, n'administrent pas les prisons, ne délivrent pas d'autorisation ou de permis, etc.

1. Martin SHAPIRO, "On Predicting the Future of Administrative Law", (1982) *AEI Journal on Government and Society* 18.

Les services publics fonctionnent sous l'autorité des lois qui permettent et souvent même exigent que des inconvénients ou des dommages soient causés aux particuliers et aux entreprises : par exemple, les pouvoirs d'inspection, de perquisition et de saisie accordés par la loi portent atteinte à la liberté et à l'intimité des administrés et leur exercice, même régulier et raisonnable, peut être source de préjudice. La nature et l'étendue des dommages que les services publics peuvent causer dans l'application des textes et des programmes gouvernementaux sont insoupçonnées : on distingue traditionnellement les situations où les services publics ont mal fonctionné, ont fonctionné tardivement ou n'ont pas fonctionné du tout².

L'exercice des activités privées les plus courantes est assujéti à des contrôles et mécanismes de régulation : permis de conduire un véhicule à moteur, permis de construction, exploitation d'une entreprise. À l'ère de l'État gardien de nuit, les mécanismes de protection des investisseurs, des voyageurs, des consommateurs, des travailleurs multiplient les occasions d'actions ou d'inactions des services publics et, en conséquence, de préjudices. Mais la réparation de ces préjudices demeure le plus souvent assujéti à des règles conçues pour régler les rapports entre particuliers et à une époque où la fonction publique n'était constituée que des serviteurs de la maison royale.

L'émergence des pouvoirs discrétionnaires de l'administration a poussé les juges canadiens à rechercher des modes de réparation nouveaux, adaptés à des situations nouvelles, à s'affranchir timidement du droit privé et à aborder les problèmes « dans un contexte de droit public »³. Un tel exercice est de toute évidence plus facile dans les juridictions de droit non écrit et entraîne des solutions pouvant s'avérer incompatibles avec les contraintes imposées par les textes actuels et notamment par la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*⁴, construite à partir de concepts de droit privé. Il en est résulté un système de responsabilité qui souffre d'incohérences et qui ne se préoccupe pas d'harmoniser le régime de responsabilité des agents publics avec celui de la puissance publique.

I. LES INNOVATIONS JUDICIAIRES — L'ÉMERGENCE DU DROIT PUBLIC

Les juges des juridictions de *common law* sont mieux placés que leurs collègues des juridictions de droit civil pour faire œuvre créatrice ; ils ont profité de leur marge de manœuvre pour développer deux approches,

2. Voir L.N. BROWN et D. LEMIEUX, « La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale », (1979) 20 *C. de D.* 783.

3. *Baird c. The Queen*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 1, p. 9 (C.F.A., M. le juge Le Dain).

4. S.C. 1952-53, chap. 30; S.R.C. chap. C-38.

d'ailleurs intimement liées, pour adapter les règles du droit privé à la réparation des dommages résultant de l'exercice par les services publics de leurs pouvoirs discrétionnaires : le concept de *public policy* et la dichotomie planification/exécution empruntée au droit américain.

A. LE CONCEPT DE *PUBLIC POLICY*

Ce concept est bien connu des juges qui l'utilisent dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire comme un moyen commode pour introduire des éléments de pragmatisme et de dynamisme dans l'évolution de la jurisprudence et dans la solution de problèmes concrets. Il joue un rôle important en matière de surveillance judiciaire et de qualification des pouvoirs de l'administration⁵; il a servi de base à la théorie du secret policier d'intérêt public⁶; en matière d'outrage au tribunal, il a permis aux juges d'équilibrer les intérêts de la liberté de la presse avec ceux de l'efficacité de l'administration de la justice⁷; en matière de responsabilité publique, il a aussi permis aux juges de prendre leurs distances par rapport aux règles traditionnelles de responsabilité privée.

On peut faire remonter à *Donoghue c. Stevenson*⁸ cette attitude qui consiste à aborder cas par cas les problèmes inédits ou inhabituels de responsabilité, sans se laisser retenir par l'absence de précédents et en privilégiant le pragmatisme et l'élémentaire bon sens plutôt qu'une soumission servile à une logique abstraite formulée dans des propositions inutilement générales. C'est l'attitude d'un pouvoir judiciaire qui a atteint sa maturité juridique et qui est capable de faire preuve de *judicial statemanship*.

Cette approche de *public policy* a amené les juges anglais, mis en présence de situations inédites de responsabilité, à se demander quel patrimoine devrait supporter le fardeau de la réparation. Elle a donné lieu à une extension considérable de la responsabilité publique. Ainsi, dans l'affaire *Dorset Yacht Co. Ltd c. Home Office*⁹, la Chambre des Lords a décidé de répartir sur l'ensemble de la communauté, plutôt que d'imposer à la seule victime du dommage, le prix à payer pour les expériences gouvernementales de réhabilitation de jeunes délinquants. Cette attitude a probablement atteint son point culminant dans l'arrêt de la Cour d'appel, *Dutton c. Bognor Regis Urban District Council*¹⁰, où il fut décidé qu'une

5. *Re Harvie and Calgary Regional Planning Commission*, (1979) 94 D.L.R. (3d) 49, p. 66.

6. *Rogers c. Secretary of State*, [1972] 2 All E.R. 1057 (H. of L.); *Bisaillon c. Keable*, (1984) 51 N.R. 81.

7. *Attorney-General c. B.B.C.*, [1980] 3 W.L.R. 109 (H. of L.).

8. [1932] A.C. 562.

9. [1970] A.C. 1004.

10. [1972] 1 Q.B. 373.

administration municipale était responsable des dommages subis par l'acheteur d'une maison dont les fondations avaient été négligemment vérifiées par l'inspecteur municipal.

Lord Denning écrit alors :

Never before has an action of this kind been brought before our courts. Nor, so far as we can discover before the courts of any other countries which follow the common law . . . In the end it will be found to be a question of policy, which we, as judges, have to decide.¹¹

Au Canada, certains des grands arrêts rendus par la Cour suprême en matière de responsabilité publique se sont inspirés de cette philosophie judiciaire novatrice. Le cas le plus clair est certainement l'affaire *O'Rourke c. Schaatch*¹², concernant la responsabilité personnelle des policiers. M. le juge Spence, au nom de la majorité, livre, à l'intention des cours inférieures, des indications méthodologiques claires : décider cas par cas en s'inspirant de la trilogie *Donoghue c. Stevenson*, *Dorset Yacht* et *Dutton*¹³. Dans le cas d'affaires originant du Québec, les grands arrêts *Roncarelli c. Duplessis*¹⁴ et *Chartier c. Procureur général du Québec*¹⁵ semblent bien aussi s'inspirer de cette ligne de pensée, bien que le concept ne soit pas nommément utilisé. Ils révèlent notamment que le *Code civil du Bas-Canada* offre suffisamment de flexibilité pour permettre à des cours d'appel d'exercer pleinement leur rôle de régulateur du droit, dans le respect des textes, et de faire prévaloir le bon sens, dans une perspective de droit public, sur les technicalités. Ainsi, lorsque la discrétion s'exerce de façon nettement abusive et déraisonnable, par opposition à une simple erreur de jugement, ou que l'abus de pouvoir est flagrant, les allégations de bonne foi des agents publics ne sont pas retenues et il y a faute au sens du *Code civil du Bas-Canada*. Mais ne peut-on pas suggérer qu'avec *Roncarelli* et *Chartier*, le droit québécois de la responsabilité publique a adopté, sous l'égide de la Cour suprême du Canada, peut-être intuitivement mais dans un contexte de droit public, le concept de *misfeasance in public office* de la *common law*¹⁶?

En droit fédéral, c'est également cette approche de *public policy* qu'a retenue la Cour fédérale du Canada, division d'appel, dans l'affaire récente *Baird c. The Queen*¹⁷, où des investisseurs tentèrent de recouvrer leurs pertes économiques qu'ils imputaient à la négligence du ministère

11. *Id.*, p. 390.

12. [1976] 1 R.C.S. 53.

13. *Id.*, p. 64 et suiv.

14. [1959] 1 R.C.S. 121.

15. [1979] 2 R.C.S. 474. Voir aussi *The Queen in Right of Canada and Saskatchewan Wheat Board*, (1983) 143 D.L.R. (3d) 23 (C.S.C.).

16. Voir H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 5^e éd., 1982, p. 669 et suiv. ; *Dunlop c. Woollahra Municipal Council*, [1981] 2 W.L.R. 693.

17. (1983) 148 D.L.R. (3d) 1.

des Finances et du surintendant des assurances dans l'exercice de leurs pouvoirs de régulation et d'inspection, en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*¹⁸.

B. LA DICHOTOMIE PLANIFICATION/EXÉCUTION

Cette théorie, qui semble maintenant appliquée partout au Canada, sauf au Québec, constitue à vrai dire un emprunt au droit américain qui a fait un détour par le Royaume-Uni avant de retraverser l'Atlantique.

Aux États-Unis, la signification de la *discretionary function exception*, qui repose sur une disposition expresse du *Federal Tort Claims Act*¹⁹ a suscité une jurisprudence abondante, qui révèle que sa portée est moins large qu'on peut le croire. Tout d'abord, l'immunité ne s'applique qu'à la discrétion proprement gouvernementale, par opposition aux actes de gestion privée ou à la discrétion professionnelle au sens large. La règle repose sur l'idée qu'il faut empêcher le pouvoir judiciaire de censurer, via des recours en dommages, les décisions prises par les détenteurs des deux autres fonctions de l'État et de juger de la qualité de la gestion des services publics : une décision erronée au niveau de l'élaboration ou de la planification d'une politique ne donne généralement pas ouverture à réclamation, mais la négligence au niveau de l'exécution de la politique peut engager la responsabilité de l'administration²⁰. La classification des décisions s'avère cependant difficile à effectuer et on semble maintenant reconnaître que l'immunité se limite aux décisions résultant d'un jugement d'opportunité sociale, économique ou politique, de même qu'à l'exécution fidèle et non négligente des politiques gouvernementales : ce n'est pas une faute pour le gouvernement de gouverner, ni pour les fonctionnaires d'appliquer consciencieusement les politiques gouvernementales.

Au Royaume-Uni, cette dichotomie est apparue dans la jurisprudence avec l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*²¹ à propos de la responsabilité d'une administration locale, découlant de la négligence dans l'application d'un règlement sur la construction des immeubles. Plus la décision se rapproche du niveau de l'exécution, plus il sera facile de déceler un *duty of care* au sens du droit privé.

Cette approche à l'américaine des problèmes de la responsabilité du fait de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration muni-

18. S.R.C. 1970, chap. T-16.

19. 28 U.S. C. 2680.

20. *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953); Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, Boston, Little Brown, 1976, p. 565-566.

21. [1978] A.C. 728. Voir aussi P.P. CRAIG, « Negligence in the Exercise of a Statutory DuPower », (1978) 94 *L.Q.R.* 428, par. 438.

cipale fut retenue dans des arrêts récents de la Cour suprême du Canada²². La dichotomie fut aussi étendue à des cas de responsabilité d'agents publics²³ de l'administration provinciale²⁴ et elle vient de faire des percées en Cour fédérale en matière de responsabilité de la Couronne du chef du Canada²⁵.

Le *Code civil du Bas-Canada* ne contient évidemment aucune mention expresse de cette règle, qui n'est donc pas reçue dans la jurisprudence du Québec, laquelle a plutôt tendance à considérer le Code comme un texte complet et auto-suffisant et à traiter les problèmes de responsabilité publique, y compris dans des situations nouvelles et inédites, dans une perspective de droit civil et non de droit administratif²⁶.

Les théories de droit public développées par la jurisprudence des juridictions de *common law* sont fort séduisantes. L'établissement des priorités gouvernementales, l'affectation des ressources financières disponibles, la détermination du niveau de qualité des services à fournir à la population se situent à un niveau élevé de l'opportunité politique. L'immunité des administrations dans l'exercice de leur discrétion en matière de planification des politiques équivaut à reconnaître que le pouvoir judiciaire n'est pas le mieux placé pour censurer ou approuver des choix d'opportunité sociale ou économique. La discrétion administrative au plan de l'exécution des politiques ou des programmes est fort différente; elle comporte une plus grande mesure d'analogie avec le secteur privé, tout en se caractérisant par un niveau variable d'autoritarisme. On comprend que l'extension du domaine de la responsabilité publique à cette catégorie de situations soit désirable et peut-être est-elle réalisable dans une juridiction où le cadre législatif le permet. Mais, étant donné qu'il s'agit de la responsabilité de la Couronne fédérale, il reste à voir si cette approche généreuse de droit public est compatible avec les contraintes imposées par les textes.

22. *Barrat c. The Corporation of the District of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; *City of Kamloops c. Nielsen*, C.S.C. 26 juillet 1984, J.E. 84-603.

23. *Toews c. MacKenzie*, (1980) 109 D.L.R. (3d) 473 (B.C.C.A.); *Inland Feeders c. Viridi*, (1982) 129 D.L.R. (3d) 685 (B.C.C.A.); *Richman c. McMurtry*, (1982) 147 D.L.R. (3d) 748; voir aussi *Roman Corp. c. Hudson's Bay Oil and Gas Co.*, [1973] R.C.S. 820; *Central Potash Co. c. Gouvernement de Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42.

24. *Diversified Holdings Ltd c. The Queen in Right of B.C.*, (1982) 133 D.L.R. (3d) 712 (B.C.S.C.).

25. *Rivard c. R.*, [1979] 2 C.F. 345; *Baird c. The Queen in Right of Canada*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 1 (C.F.A.).

26. *Procureur-général du Québec c. Lapierre*, [1983] C.A. 631, infirmant [1979] C.S. 907; voir cependant *Cité de Québec c. Mahoney*, (1901) 10 B.R. 378; *Marcoux c. Ville de Plessisville*, [1973] R.P. 385 (C.A.).

II. LES CONTRAINTES LÉGISLATIVES — L'EMPRISE DU DROIT PRIVÉ

Le paragraphe 3(6) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*²⁷ semble vouloir consacrer le principe de l'immunité de la Couronne résultant de l'exercice de fonctions discrétionnaires soit en vertu de la prérogative, soit en vertu de la loi.

Ce texte n'a pas fait l'objet de nombreuses interprétations judiciaires et l'on pourrait croire que, tout comme la *discretionary function exception* du droit américain, l'immunité de la Couronne pouvant en résulter n'est ni absolue ni universelle; elle pourrait peut-être s'articuler à la lumière de la dichotomie planification/exécution, mais à la condition que les autres conditions d'engagement de la responsabilité fixées par la loi soient réunies. La Couronne n'engage probablement pas sa responsabilité du fait des *acts of state*²⁸ ou de l'élaboration ou de l'absence de grandes politiques²⁹, mais comme l'écrivait récemment un juge de la Cour fédérale « l'immunité décrétée par cet article ne joue que dans la mesure où le pouvoir exercé l'est de façon normale et raisonnable »³⁰. L'agent fédéral qui abuse du pouvoir discrétionnaire que la loi lui accorde engage sa responsabilité personnelle³¹, mais l'exercice régulier et raisonnable de ce pouvoir par l'agent n'engage pas sa responsabilité, ni celle de la Couronne³², peu importe, semble-t-il, que la loi soit impérative ou permissive. Mais qu'en est-il de la responsabilité de la Couronne en cas d'abus sur le plan de l'application des textes?

On aura noté que le paragraphe 3(6) est rédigé sous forme de règle d'interprétation plutôt que de règle de droit positif : il peut s'interpréter comme confirmant le caractère essentiellement « statutaire » de la responsabilité de la Couronne et la survie du principe de l'immunité issu

27. « 3.(6) Rien dans le présent article ne rend la Couronne responsable à l'égard d'un acte ou d'une omission résultant de l'exercice d'un pouvoir ou d'une autorité qui, sans l'adoption du présent article, aurait pu être exercé en vertu de la prérogative de la Couronne ou d'une loi. En particulier, mais sans restreindre la généralité de ce qui précède, rien dans le présent article ne rend la Couronne responsable à l'égard d'un acte ou d'une omission résultant de l'exercice d'un pouvoir ou d'une autorité que la Couronne peut exercer, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'entraînement des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité. »

28. E. GORDON, « La théorie du "acts of state" en droit anglais », (1936) *Revue de droit public* 5.

29. Voir *Kwong c. La Reine du chef de la province d'Alberta*, [1979] 2 R.C.S. 1010.

30. *Robitaille c. R.*, [1981] 1 C.F. 90, pp. 93-94. Voir aussi *Formea Chemicals Ltd c. Polymer Corporation*, (1967) 61 D.L.R. (3d) 475 (Ont. C.A.), confirmé sur un autre motif par [1968] R.C.S. 754; *Baird c. R.*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 2.

31. *Boyd and Co. c. Smith*, (1894) 4 R.C. de l'É. 116; *McGillivray c. Kimber* (1915) 52 R.C.S. 146.

32. *Lake Champlain and St-Lawrence Ship Canada c. R.*, (1916) 54 R.C.S. 461; *Brodie c. R.*, [1946] R.C. de l'É. 283; Allen M. LINDEN, « Legislative Authority as a Defense to Tort Liability », (1962) 5 C. de D. 40.

de la prérogative. En effet et contrairement à ce qui peut apparaître, en tout respect, comme une idée reçue³³, l'immunité *in tort* de la Couronne n'a jamais été abolie par le Parlement. La *Loi sur la responsabilité de la Couronne* n'a fait qu'apporter des dérogations au principe de l'immunité : elle y superpose un régime de responsabilité essentiellement légal qui, traditionnellement, a été interprété restrictivement et en faveur de la Couronne³⁴. L'immunité subsiste toujours dans l'environnement juridique non couvert par le régime de responsabilité concédé par la loi de 1953 et c'est en ce sens que le paragraphe 3(6) s'analyse comme une règle d'interprétation, et même un luxe de précaution, plutôt que comme une exception.

Outre ce paragraphe 3(6), la loi de 1953 impose d'autres restrictions à la mise en œuvre de la responsabilité du fait de fonctions discrétionnaires.

L'article 3 établit trois chefs distincts de responsabilité : le fait des préposés, la responsabilité comme propriétaire de véhicules automobiles et la responsabilité comme propriétaire ou possesseur de biens. Dans les deux derniers cas, c'est à titre de propriétaire ou de gestionnaire, par opposition à ses fonctions gouvernementales, que la Couronne est visée, selon une distinction classique, souvent contestée, mais déjà retenue par la jurisprudence³⁵. Quant au chef de responsabilité du fait des préposés, le plus fréquemment invoqué en cas d'exercice de fonctions discrétionnaires, il s'avère que les textes imposent d'autres contraintes découlant de son caractère étroitement légal et subsidiaire.

Les toutes premières décisions rendues en vertu de la loi de 1953 ont bien fait ressortir ce caractère légal et indirect de la responsabilité, découlant de la conjonction du paragraphe 4(2) et de l'alinéa 3(1)a). On se rappellera que déjà sous le régime de l'article 19 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *The King c. Anthony*³⁶, avait proclamé le caractère strictement indirect et subsidiaire de la responsabilité de la Couronne; cette responsabilité découle du principe *respondeat superior*, elle n'est ni indépendante ni originale mais est à la mesure de celle du préposé, la Couronne ne faisant que prendre à sa charge la réparation des dommages causés par son préposé fautif; d'où le

33. *Baird c. The Queen in Right of Canada*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 1, p. 19.

34. "The Crown having relaxed its traditional immunity from claims against it and assumed liability under statute, then said statute must be strictly interpreted in favour of the Crown", M. le juge Dubé, *Stuckles c. The Queen*, (1976) 63 D.L.R. (3d) 345, p. 346. Voir aussi *R. c. Murray*, [1967] R.C.S. 262; *R. c. Breton*, [1967] R.C.S. 503; *R. c. Ville de Montréal*, [1972] C.F. 382; *Shpur c. R.*, [1954] R.C. de l'É. 662.

35. *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 968 (M. le juge Laskin); *Berardinelli c. Ontario Housing Corporation*, [1979] 1 R.C.S. 275.

36. [1946] R.C.S. 569.

paragraphe 4(2), portant que pour avoir un recours contre la Couronne en vertu de l'alinéa 3(1)a), l'administré doit d'abord avoir un recours *in tort* contre « le préposé en question ». Or la Cour suprême du Canada a considéré³⁷ que le paragraphe 4(2) ne faisait que codifier le principe formulé dans l'arrêt *The King c. Anthony*. À cet égard, le nouveau régime de responsabilité n'est pas différent de celui découlant de l'ancien article 19 de la *Loi de la Cour de l'Échiquier* : la responsabilité de la Couronne demeure subsidiaire et « statutaire », *i.e.* limitée aux termes et conditions fixés par la loi³⁸. Pour que la Couronne soit tenue responsable, l'administré doit démontrer qu'il pourrait obtenir jugement contre le préposé fautif et satisfaire aux autres conditions de la loi, ce qui pose au moins deux problèmes liés au caractère légal et subsidiaire de la responsabilité de la Couronne.

A. LE CARACTÈRE LÉGAL DE LA RESPONSABILITÉ DE LA COURONNE ET L'INTERPRÉTATION DE L'ALINÉA 3(1)a)

L'alinéa 3(1)a) est rédigé avec des termes et des concepts empruntés au droit privé : la Couronne est responsable *in tort* des dommages dont elle serait responsable *si elle était un particulier* en état de majorité et de capacité, à l'égard d'un acte préjudiciable commis par *un préposé de la Couronne*.

Bien évidemment, les particuliers n'exercent pas de pouvoirs ni de « discrétion » en vertu de la loi : ils ne sont pas dans les conditions voulues pour commettre ce que l'on pourrait appeler des fautes de droit public. Puisque la responsabilité de la Couronne est non seulement subsidiaire mais limitée aux conditions fixées par la loi, on peut penser que la Couronne n'est responsable qu'à l'égard des actes ou omissions qui équivalent à ceux ou celles des particuliers, *i.e.* des fautes matérielles de droit privé et non des activités administratives qui n'ont pas leur contrepartie dans le secteur privé comme l'exercice d'une fonction discrétionnaire sous l'autorité de la loi.

Dans l'affaire *Baird c. The Queen*³⁹, ce moyen de défense fut effectivement soulevé par la Couronne, mais il fut écarté sommairement par un *dictum* de M. le juge Le Dain, celui-ci ayant jugé que l'objet des mots « s'il était un particulier en état de majorité et de capacité » était d'imposer à la Couronne la même plénitude de responsabilité que celle d'un particulier et de lever son immunité et non pas de limiter sa respon-

37. *The Cleveland-Cliffs Steamship Co. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 810.

38. *Burton c. The Queen*, [1954] R.C. de l'É. 715; *Gaetz c. The Queen*, [1955] R.C. de l'É. 133; *Maclean c. The Queen*, [1973] R.C.S. 2.

39. (1983) 148 D.L.R. (3d) 1, pp. 18-19.

sabilité à des situations particulières, à savoir des situations de droit privé. À vrai dire cependant, l'interprétation suggérée par le procureur du gouvernement n'était pas dépourvue de mérite. L'histoire législative révèle, en effet, que les textes ont systématiquement aménagé puis élargi graduellement la responsabilité de la Couronne en visant des catégories particulières de situations, celles de gestion privée.

Sous le régime du Bureau des arbitres officiels constitué en 1846⁴⁰ et aboli en 1887, la Couronne n'assumait aucune responsabilité *in tort*, mais le Bureau était chargé d'entendre les réclamations contre la Couronne en matière d'expropriation, celles qui étaient fondées sur un contrat et celles concernant « tous dommages directs ou provenant de la construction ou de l'exécution de tous travaux publics dans toutes les parties de cette province ou de l'une ou de l'autre des ci-devant provinces du Haut ou du Bas-Canada »⁴¹. Le Bureau, après enquête, faisait des recommandations au gouvernement qui pouvait effectuer des paiements *ex gratia*. On aura évidemment remarqué que le mécanisme d'indemnisation ne visait qu'une catégorie particulière de dommages, ceux liés à la construction ou à l'exécution de travaux publics.

La Cour de l'Échiquier du Canada fut constituée en 1875⁴² et c'est en 1887⁴³ que le Parlement lui attribua juridiction pour entendre certaines réclamations contre la Couronne, mais à l'égard d'une catégorie particulière de dommages, *i.e.* ceux liés à la construction de travaux publics. À vrai dire, la loi de 1887 transférait à la Cour de l'Échiquier les attributions antérieures des arbitres officiels. L'alinéa 16e) portait que la Cour de l'Échiquier avait juridiction exclusive pour entendre en première instance « toute réclamation contre la Couronne provenant de la mort de quelqu'un ou de blessures à la personne ou des dommages à la propriété sur un ouvrage public, résultant de la négligence de quelque employé ou serviteur de la Couronne pendant qu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions ou de son emploi ». On aura remarqué que ce texte est l'ancêtre de l'actuel alinéa 3(1)a) et qu'il ne visait que les « négligences » et les dommages reliés à un ouvrage public. Dans l'esprit du gouvernement de l'époque, ce projet de loi ne visait que la procédure et la juridiction de la Cour de l'Échiquier, et non à affirmer la responsabilité de la Couronne, tel qu'il appert clairement des propos du ministre de la Justice Thompson⁴⁴. Dans

40. *Acte pour amender la Loi qui établit le Bureau des travaux publics*, 9 Vict., Statuts provinciaux du Canada 1846, chap. 37.

41. Art. 25.

42. *Acte pour établir une Cour suprême et une Cour de l'Échiquier pour le Canada*, 38 Vict., S. C. 1875, chap. 11.

43. *Acte à l'effet de modifier l'Acte des Cours suprême et de l'Échiquier et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, 50-51 Vict., S. C. 1887, chap. 16.

44. Canada, Débats de la Chambre des communes, session 1887, vol. II, 10 juin, p. 885.

une décision historique⁴⁵ et qui fut plus tard qualifiée de *most luminous and comprehensive* par M. le juge Idington⁴⁶, la Cour suprême du Canada, favorisant une interprétation large et favorable aux administrés, décida que le texte n'était pas simplement attributif de juridiction, mais aussi créateur de droit.

La responsabilité de la Couronne en vertu de l'alinéa 16c) était encore bien restreinte : elle était limitée au *tort* de *negligence* et conditionnée par le lieu de survenance du dommage, qui devait être un ouvrage public. La Couronne n'était responsable que pour des actes de gestion privée et conservait son immunité dans l'exercice de pouvoirs ou de devoirs en vertu de la loi.

Retournant à une interprétation restrictive, la Cour suprême confirma qu'un requérant devait prouver que le dommage dont il se plaignait avait été subi sur un ouvrage public⁴⁷, alors que la Cour de l'Échiquier avait d'abord accepté l'idée qu'il suffisait, pour répondre aux exigences de la loi, que l'acte dommageable soit survenu sur un ouvrage public, sans qu'il soit nécessaire que le dommage ait eu lieu, lui aussi, sur l'ouvrage public⁴⁸.

En faisant ainsi dépendre le droit d'action de l'administré contre la Couronne du lieu de survenance de l'accident ou du dommage, la jurisprudence le plaçait dans une situation bien défavorable. Cette interprétation stricte fut critiquée en des termes inhabituellement vigoureux par un juge de la Cour suprême du Canada⁴⁹ et le texte corrigé par une loi de 1917⁵⁰, de façon à ce que la Couronne soit tenue responsable de tout dommage ou de toute blessure résultant de la « négligence » d'un préposé de la Couronne dans le cours de son travail sur un chantier public ; ainsi le recours contre la Couronne n'était plus limité aux cas d'accidents survenus sur le site même d'un chantier public⁵¹.

On s'est alors demandé si l'expression « ouvrage public » pouvait avoir le sens de « service public » ou s'il fallait prouver la présence physique du préposé fautif sur un ouvrage public.

45. *City of Québec c. R.*, (1894) 24 R.C.S. 420.

46. *Ryder c. R.*, (1905) 36 R.C.S. 462, p. 467.

47. *Paul c. R.*, (1906) R.C.S. 126.

48. *Filion c. R.*, (1894) 4 R.C. de l'É. 134, p. 144; *Paul c. R.*, (1904) 9 R.C. de l'É. 245, p. 270; *Price c. R.*, (1906) 10 R.C. de l'É. 105, p. 137.

49. "This case illustrates how absurd and barbarous the law is... I respectfully submit that the sooner the probably misplaced words "on any public work" are stricken and of subsection (4) the better": M. le juge Idington, *Pigott c. R.*, (1916) 53 R.C.S. 626, pp. 631-632.

50. *Loi portant modification de la Loi de la Cour suprême et de la Loi de la Cour de l'Échiquier*, 7-8 Geo V, S. C. 1917, chap. 23.

51. *Schrobounst c. R.*, [1925] R.C. de l'É. 167, [1925] R.C.S. 458; *The Wolf Co. c. R.*, (1921) 20 R.C. de l'É. 306, p. 309.

Dans un arrêt de 1935, *R. c. Dubois*⁵², la Cour suprême du Canada, se fondant principalement sur l'histoire législative, et fidèle à l'interprétation restrictive et favorable à la Couronne, jugeait que l'expression avait une signification géographique et désignait un territoire défini.

En 1938 et de toute évidence à la suite de l'arrêt *Dubois*⁵³, les mots « chantier public » furent biffés⁵⁴.

En abolissant cette embarrassante restriction, la modification de 1938 élargissait considérablement le domaine de la responsabilité de la Couronne et lui appliquait le principe de la responsabilité du maître pour les dommages causés par la « négligence » de ses serviteurs agissant dans l'exercice de leurs fonctions. Pour la première fois, la Couronne pouvait être tenue responsable des dommages causés par ses préposés au volant de véhicules automobiles, que ces dommages soient ou non reliés à un chantier public. Le but de la loi était clair : rendre caduc l'arrêt *Dubois* et accorder un recours aux victimes d'accidents d'automobiles impliquant un véhicule de la Couronne. On aura remarqué que la catégorie de situations visées par cette modification était toujours celle ayant des contreparties dans le domaine privé, à savoir des actes matériels et non l'exercice de pouvoirs ou de devoirs sous l'autorité de la loi. Avant 1953, la Couronne n'assumait aucune responsabilité du fait de l'exercice abusif, déraisonnable ou illégal par un agent fédéral de pouvoirs discrétionnaires. Ainsi, dans un recours en dommages par un pilote du St-Laurent, suite à la suspension sommaire et illégale de son permis par un agent fédéral, la Cour de l'Échiquier jugea que la Couronne ne pouvait être tenue responsable, sa responsabilité étant légale et limitée aux cas particuliers prévus par la loi⁵⁵.

Le 14 mai 1953 fut sanctionnée la *Loi sur la responsabilité de la Couronne en matières d'actes préjudiciables et de sauvetage civil*⁵⁶. Ce texte peut-il s'interpréter comme modifiant radicalement le droit antérieur et rendant la Couronne responsable des abus de discrétion de ses agents?

Pas plus que les textes antérieurs, la loi de 1953 n'écarte le principe de l'immunité de la Couronne; elle apporte seulement à cette irresponsabilité de principe des exceptions et la responsabilité de la Couronne demeure « statutaire ». Sous l'empire de l'alinéa 19(1)c) de la *Loi de la Cour de l'Échiquier*, la Couronne n'était responsable qu'à l'égard des délits de « négligence », mais à l'exclusion des autres délits civils⁵⁷ connus en

52. [1935] R.C.S. 378.

53. Canada, Débats de la Chambre des communes, session 1938, vol. III, 30 mai, p. 3432.

54. *Loi modifiant la Loi de la Cour de l'Échiquier*, 2 Geo. VI, S. C. 1938, chap. 28.

55. *Gariépy c. R.*, [1939] R.C. de l'É. 32.

56. 1-2 Éliz. II, 1952-53, chap. 30.

57. *Bouillon c. R.*, (1916) 31 D.L.R. 1, pp. 10-11; *Hopwood c. R.*, (1917) 16 R.C. de l'É. 419; *R. c. Dubois*, [1935] R.C.S. 378, p. 394.

common law. Ce concept était inconnu en droit civil, encore qu'il fut souvent confondu avec la notion de faute⁵⁸, qui couvre un domaine plus vaste. S'agissant de la responsabilité du fait des préposés, la nouvelle loi a eu essentiellement pour effet d'établir un régime de responsabilité générale *in tort*, non limité au délit de *negligence* ou à la faute selon le système juridique considéré. La responsabilité de la Couronne demeure légale et limitée aux cas prévus par la loi qui traditionnellement s'interprète restrictivement et en faveur de la Couronne. Sans doute est-il difficile, dans ces conditions, de déceler une intention du législateur de viser des catégories de situations autres que celles où se retrouve un particulier majeur et capable, *i.e.* des actes matériels de gestion privée, plutôt que l'exercice de « discrétion » en vertu de la loi. L'objet de la loi était d'étendre la responsabilité à tous les délits civils et d'introduire la notion de délit en cas de recours prenant naissance au Québec, rien de plus, et l'on pourrait suggérer qu'il faudrait un texte plus précis pour modifier aussi radicalement le droit antérieur et rendre la Couronne responsable des actes posés par les agents fédéraux sous l'autorité de la loi.

L'expression « préposé de la Couronne » peut aussi faire problème. C'est un emprunt à la terminologie du droit privé et, dans cette tradition privatiste, on ne peut ignorer que la jurisprudence a établi une distinction entre le préposé de la Couronne et le préposé de la législature.

On peut faire remonter cette distinction à l'affaire *Tobin c. R.*⁵⁹ datant de 1864. La Couronne britannique y était recherchée en dommages suite à la saisie et la destruction, sur l'ordre d'un officier de la Royal Navy, d'un bâtiment que l'officier croyait à tort engagé dans le commerce des esclaves. Le recours fut rejeté au motif, *inter alia*, qu'en saisissant le navire, l'officier avait présument accompli un devoir imposé par le Parlement et n'avait pas agi sur l'ordre de la Couronne. On retrouve la même distinction dans d'autres arrêts anglais⁶⁰ et australiens⁶¹. Au Canada, la jurisprudence a aussi retenu cette distinction⁶², notamment à l'égard des ministres. Ainsi, dans un arrêt de 1935, la Cour suprême du Canada, se fondant sur des arrêts britanniques, affirmait qu'il fallait faire la distinction

58. *Cantin c. R.*, (1915) 18 R.C. de l'É. 95, p. 102; *Thiboutot c. R.*, [1932] R.C. de l'É. 189, p. 194.

59. (1864) 143 E.R. 1148.

60. *R. c. The Lords Commissioners of The Treasury*, [1982] L.R. 7 Q.B. 387, p. 389, 394; *R. c. Commissioners for Special Purposes of Income Tax*, [1920] L.R. 1 K.B. 26, p. 40; *Enever c. R.*, (1906) 3 C.L.R. 969, p. 975.

61. *R. c. The Governor of the State of South Australia*, (1907) 4 (2) C.L.R. 1497, p. 1512.

62. *In re Motor Vehicle Act*, (1940) 3 W.W.R. 39; *R. c. Leong Ba Chai*, [1954] R.C.S. 10, pp. 14-15; *B.C. Power Corp. c. A.-G. for B.C.*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 25, p. 29; *Taal et al. c. Saskatchewan Medical Care Insurance Commission*, (1963) 36 D.L.R. (2d) 568, p. 573.

entre un ministre agissant comme préposé de la Couronne ou comme agent de la législature pour poser un acte particulier sous l'autorité de la loi⁶³.

Cette distinction, étonnante de nos jours, témoigne de l'emprise du droit privé sur le raisonnement juridique à la mode au temps de l'adoption des premiers textes fédéraux qui ont reconnu et graduellement étendu le domaine de la responsabilité de la Couronne.

Ainsi, la rédaction de l'alinéa 3(1)a), l'histoire législative et jurisprudentielle, de même que l'interprétation restrictive et favorable à la Couronne, obligent à douter fortement qu'il ait été dans l'intention du Parlement de rendre la Couronne responsable des dommages découlant de l'exercice abusif, par les agents fédéraux, de leurs pouvoirs discrétionnaires. Tout indique, au contraire, que l'alinéa 3(1)a) ne vise que des situations qui ont leur contrepartie dans le secteur privé, tout comme le paragraphe 3(2) et l'alinéa 3(1)b), et que le paragraphe 3(6) s'analyse comme une règle d'interprétation ajoutée par luxe de précaution.

En 1946, dans l'arrêt *The King c. Anthony*⁶⁴, M. le juge Rand a bien expliqué que la responsabilité de la Couronne en vertu de l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* était non seulement légale et subsidiaire, mais que cette disposition n'imposait à la Couronne aucune obligation en faveur des sujets : la responsabilité de la Couronne n'était pas plus étendue que celle d'un simple particulier. C'est ce principe qui a été consacré législativement à l'alinéa 3(1)a), qu'il faut lire en conjonction avec le paragraphe 4(2), lequel consacre le principe de la responsabilité subsidiaire.

B. LE CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DE LA RESPONSABILITÉ DE LA COURONNE EN VERTU DE L'ALINÉA 3(1)a)

La faute administrative peut se présenter sous plusieurs formes : elle peut consister en une faute individuelle imputable à un agent identifié ou en une faute anonyme imputable à un agent inconnu ; c'est dans ce dernier cas le service dans son ensemble qui a mal fonctionné. Pour rendre compte de ces deux situations, le droit administratif français distingue donc la faute de service, à caractère individuel, et la faute de service public, à caractère anonyme⁶⁵.

Le droit canadien n'a pas utilisé cette terminologie, mais il n'ignore pas la réalité qu'elle recouvre. Il résulte ainsi de l'arrêt *Anthony*

63. *R. c. Minister of Finance*, [1935] R.C.S. 278, pp. 285-286; au même effet : *Lake Champlain and St.-Lawrence Ship Canada c. R.*, (1917) 35 D.L.R. 670, pp. 677-678 (C.S.C., M. le juge Duff); *Duplain c. Cameron*, (1961) 26 D.L.R. (2d) 340, p. 346.

64. [1946] R.C.S. 569, p. 571.

65. A. DELAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 9^e éd., p. 747.

que la responsabilité de la Couronne selon l'alinéa 19(1)c) de la *Loi de la Cour de l'Échiquier* était subsidiaire et fondée sur la maxime *respondeat superior*, conditionnée par la preuve qu'un préposé de la Couronne est personnellement responsable des dommages à l'égard d'un tiers⁶⁶. C'est ce principe qui se trouve consacré législativement au paragraphe 4(2) de la loi de 1953⁶⁷. La responsabilité de la Couronne est donc à la mesure de celle de son préposé; pour l'engager, il faut établir que la faute est imputable à un préposé susceptible d'être tenu personnellement responsable des dommages, *i.e.* à un préposé identifié. La Couronne prend à sa charge le coût de la réparation et devient en quelque sorte l'assureur de la victime en lui garantissant le paiement de l'indemnité.

Imposer à la Couronne une responsabilité directe pour faute de service public implique que le tribunal doive présumer de la régularité de la nomination des agents publics anonymes et que ces personnes agissent dans l'exercice de certaines fonctions publiques; c'est alléger considérablement le fardeau de la preuve. La faute consistant en une mauvaise organisation ou en un fonctionnement défectueux de l'administration, le tribunal doit alors tenter d'apprécier la performance du service par rapport à ce que doit être le comportement normal d'une administration moderne⁶⁸. C'est là un choix politique qui peut être lourd de conséquences pour le trésor public mais que le Parlement n'a pas retenu.

Il demeure que le principe de la responsabilité indirecte consacrée par le paragraphe 4(2) constitue souvent un obstacle insurmontable à la réparation des dommages découlant de fautes administratives et notamment de celles pouvant résulter de l'exercice de fonctions discrétionnaires. Dans les années cinquante, plusieurs recours furent rejetés en application de cette règle⁶⁹. De nos jours, avec l'expansion et la dépersonnalisation des services publics et les progrès de la technologie, imposer au simple particulier une telle contrainte peut apparaître irréaliste; si une certaine jurisprudence s'en est accommodée assez cavalièrement⁷⁰, on note que la Cour fédérale, dans des arrêts plus récents, semble redécouvrir les exigences

66. "It is a vicarious liability based upon a tortious act of negligence committed by a servant while acting within the scope of his employment; and its condition is that the servant shall have drawn upon himself a personal liability to the third person. », [1946] R.C.S. 569, p. 571.

67. « 4.(2) Il ne peut être ouvert de procédures contre la Couronne, en vertu de l'alinéa a) du paragraphe (1) de l'article 3, relativement à quelque acte ou omission d'un préposé de la Couronne, à moins que l'acte ou omission, indépendamment des dispositions de la présente loi, n'eût entraîné une cause d'action *in tort* contre le préposé en question ou son représentant personnel. »

68. A. DELAUBADÈRE, *op. cit.*, *supra*, note 65, p. 747.

69. *Cleveland-Cliffs Steamships Co. c. R.*, [1957] R.C.S. 810; *Ginn c. R.*, [1950] R.C. de l'É. 208.

70. Henriette IMMARIGEON, *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*, Montréal. Wilson et Lafleur, 1965, p. 108.

de la responsabilité indirecte, tel qu'il appert de l'affaire *Warwick Shipping Ltd c. R.*⁷¹.

La Couronne y était recherchée en dommages suite à l'échouement d'un navire-citerne dans un chenal conduisant au port de Dalhousie, au Nouveau-Brunswick; la demanderesse plaidait la mise en place incorrecte des bouées, les informations erronées ou fausses dans une carte marine publiée par la Couronne, le non dragage du chenal, etc. et fondait son recours sur les alinéas 3(1)a) et 3(1)b); seul le recours fondé sur l'alinéa 3(1)a) fut retenu par le tribunal. Rappelant que la responsabilité de la Couronne est légale au sens étroit du terme, le tribunal rejeta l'action, en raison notamment du paragraphe 4(2), car à son avis, aucun des préposés ayant effectué des sondages, préparé les levées ou rédigé les avis à la navigation, n'avait, dans l'exercice de ses fonctions, à traiter avec le public d'une façon ou d'une autre. Le tribunal cita alors l'énoncé de droit du juge Rand dans l'arrêt *The Cleveland-Cliffs Steamship Co. c. La Reine*⁷² (traduction) :

[...] pour qu'un préposé de la Couronne puisse être tenu personnellement responsable envers un tiers d'un manquement à ses devoirs envers la Couronne, les fautes doivent permettre de conclure à l'intention de créer une relation directe entre le préposé et le tiers. Le premier devoir des préposés de la Couronne est envers celle-ci et les circonstances dans lesquelles le préposé peut, en même temps, être tenu d'une obligation envers un tiers, sont extrêmement rares.

Le jugement fut confirmé par la division d'appel⁷³, le juge en chef affirmant alors

The learned trial judge found that the chart and notices were indeed misleading in failing to show that the shore extended some 25 feet to the southward of the range line but he held that there was no servant of the Crown identified by name or by reference to his function who owed a duty of care to individual mariners in preparing and issuing the chart and notices and that the Crown was not liable. I agree with the reasoning and conclusion of the learned trial judge on this point.

CONCLUSION

Malgré les efforts que l'on décèle dans des arrêts récents de la Cour fédérale⁷⁴ pour aborder les problèmes de la responsabilité de la Couronne du fait des fonctions discrétionnaires dans une perspective de

71. [1982] 2 C.F. 147.

72. [1957] R.C.S. 810, p. 814.

73. (1983) 48 N.R. 378.

74. *Baird c. The Queen*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 1 (C.F.A.); *Horwath c. The Queen*, 4 mai 1984, n° T-9662-82; *Damme c. The Queen*, 4 mai 1984, n° T-49-83.

droit public, le caractère étroitement légal et indirect de la responsabilité en vertu de l'alinéa 3(1)a) et le texte même du paragraphe 3(6), interprété à la lumière de l'histoire législative, font apparaître des obstacles considérables à la juste indemnisation des administrés, obstacles qui ne pourront sans doute être levés que par voie législative. L'État y est considéré comme un citoyen ordinaire et, en pratique, il semble bien qu'il n'est responsable que des délits ou des *torts* imputables aux agents qui sont au niveau le plus bas de la hiérarchie administrative et n'exercent à peu près aucune fonction discrétionnaire.

La désuétude de la loi de 1953 apparaît d'autant plus clairement qu'il sera difficile de l'harmoniser avec la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, à son paragraphe 24(1), accorde aux victimes de violation ou de négation des droits et libertés garantis par la Charte la possibilité d'obtenir réparation devant un tribunal compétent. On songe à des irrégularités à l'occasion d'arrestations, perquisitions et saisies par des agents fédéraux, par exemple des membres de la Gendarmerie Royale du Canada; il s'agit de gestes éminemment discrétionnaires, très généralement posés sous l'autorité de la loi. À titre d'exemple, un agent de la G.R.C. commet-il une faute rendant la Couronne responsable de dommages punitifs, s'il commence à interroger une personne qu'il vient d'arrêter sans attendre l'arrivée de son avocat⁷⁵? Le paragraphe 3(6) de la loi de 1953, ainsi que l'alinéa 3(1)a) seraient-ils alors inopérants dans la mesure où ils seraient incompatibles avec le paragraphe 24(1) de la Charte? Faut-il plutôt interpréter ces textes à l'aide de la dichotomie planification/exécution empruntée au droit américain et cesser enfin d'interpréter la loi de 1953 de façon restrictive et systématiquement favorable à la Couronne?

Faut-il même penser que le paragraphe 24(1) de la Charte doit s'interpréter comme conférant un recours en responsabilité direct contre le procureur général représentant la Couronne et sans égard aux conditions prévues par la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, en cas de violation de la Charte par un agent public ou même par un juge de nomination fédérale⁷⁶?

À vrai dire, le temps est sans doute venu de procéder à une réflexion approfondie sur le fondement de la responsabilité de l'administration, et d'élaborer un régime complet et cohérent de responsabilité publique, affranchi de l'emprise du droit privé, dans une perspective de justice sociale, et offrant des solutions nuancées et équilibrées aux problèmes de la responsabilité de la Couronne et de la responsabilité personnelle des agents publics. Un auteur américain⁷⁷ a déjà recommandé aux anglais de

75. Alinéa 10b) de la Charte; voir *Crossman c. R.*, 10 avril 1984, n° T-2805-83.

76. Voir *Maharaj c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1978] 2 All E.R. 670; *Germain c. The Queen*, Queen's Bench of Alberta, 6 avril 1984, n° 8403-0183. *Visjoli c. The Queen*, C.F.A., n° 979-83, 30 août 1984.

77. K. C. DAVIS, "The Future of Judge Made Public Law in England: A Problem of Practical Jurisprudence", (1961) 61 *Col. L.R.* 201, p. 204.

jeter dans la Tamise tous les brefs de prérogative bien ficelés à un plomb afin d'empêcher qu'ils remontent à la surface. Souhaitons que la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* se retrouve au plus tôt au fond du Canal Rideau. Le Canada a mis un siècle pour passer du principe de l'immunité totale de la Couronne en matière extra-contractuelle à un régime où l'État n'est responsable que lorsqu'il agit comme personne privée; faudra-t-il un autre siècle pour que sa responsabilité soit plus facile à mettre en cause que celle des particuliers?