

# L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé

---

Didier LUELLES \*

Pierre TRUDEL \*\*

<b>INTRODUCTION</b> .....	221
<b>A – LA PROBLÉMATIQUE GÉNÉRALE DE L'APPLICABILITÉ DE LA CHARTE CANADIENNE AUX RAPPORTS DE DROIT PRIVÉ</b> .....	224
<b>I. La question de l'applicabilité directe</b> .....	224
1. <i>Les écoles doctrinales canadiennes</i> .....	224
2. <i>Aperçu du droit comparé</i> .....	227
3. <i>Tentative de bilan</i> .....	232
<b>II. La question de l'applicabilité indirecte</b> .....	241
<b>B – LA CHARTE ET LES ACTES JURIDIQUES</b> .....	241
<b>I. Hypothèse de l'application directe</b> .....	241
<b>II. Hypothèse de l'application indirecte</b> .....	244
<b>C – LA CHARTE ET LES FAITS JURIDIQUES</b> .....	245
<b>I. Hypothèse de l'application directe</b> .....	245
<b>II. Hypothèse de l'application indirecte</b> .....	246
<b>CONCLUSION</b> .....	251

---

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

\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et membre du Centre de recherche en droit public.

[1] *Il n'y a pas place, dans une société, pour deux conceptions opposées de l'homme, valables l'une dans les rapports publics, l'autre dans les relations privées.*

Jean RIVERO \*

## INTRODUCTION

Le sujet de cette étude pourra étonner plus d'un juriste. Quand on pense en effet aux secteurs du droit positif susceptibles d'être affectés par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup>, on songe tout naturellement au droit constitutionnel, au droit administratif et au droit pénal, rarement — sinon jamais — au droit privé.

Nous nous proposons précisément de sensibiliser les juristes et notamment les privatistes aux virtualités d'influence de ce texte constitutionnel sur le droit privé québécois.

Cette étude ne porte pas sur les effets de la Charte constitutionnelle sur la législation de droit privé : ainsi nous ne nous interrogerons pas sur la conformité à cette Charte des diverses pièces de législation civile et commerciale, exercice de la compétence des constitutionnalistes<sup>2</sup>. Nous essaierons plutôt d'apprécier l'impact probable de la constitutionnalisation de certains droits fondamentaux directement sur les rapports obligationnels entre particuliers, personnes physiques ou personnes morales, sur les plans contractuel et extra-contractuel ; nous ne nous attacherons pas, par ailleurs, compte tenu de la modestie de nos objectifs, au statut des personnes, de la famille ou des biens, quoiqu'il y ait là matière à réflexion.

Avant d'aborder le sujet de cette étude — qui, loin d'être exhaustive, se veut un effort de réflexion générale sur une problématique complexe — il importe de disposer d'une objection que l'on pourrait lui opposer : celle de son opportunité.

---

\* « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, III, Paris, Pedone, 1971, 311, 315.

1. *Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, Partie I, 1982 (R.U.), c.11, ci-après abrégée « Charte canadienne ». Sauf contexte dérogatoire, la mention, dans la présente étude, d'un article sans plus de précision est un renvoi à un article de la Charte canadienne.
2. Pour un modèle de problématique en matière de conformité des textes législatifs de droit privé à la Constitution, on pourra consulter François LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », (1983) *R.T.D.C.* 245. Dans la même perspective les constitutionnalistes pourraient s'interroger sur la conformité au principe d'égalité devant la loi de l'article 15 de la Charte — quand il entrera en vigueur — des lois d'intérêt privé (les « bills privés ») qui dérogent, au bénéfice de personnes individualisées, au droit commun des contrats, des successions ou des biens ; pour la solution apportée à cette délicate question par le droit américain, voir : Michel DISTEL, « La législation particulière en Grande-Bretagne et aux États-Unis », (1979) *31 Rev. int. dr. comp.* 339, 349-350.

Il est légitime, en effet, de se demander l'intérêt qu'il y a de recourir à la *Charte canadienne des droits et libertés* au chapitre des relations entre particuliers quand on sait que la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>3</sup> du Québec protège déjà — et largement — sur le plan des relations privées les citoyens contre des atteintes aux droits et libertés reconnus par ce texte provincial. Ainsi, la Charte québécoise prévoit-elle des obligations en matière de respect des droits fondamentaux autant à la charge des particuliers que des pouvoirs publics<sup>4</sup>. Elle prévoit, en outre, des sanctions contre le particulier responsable d'une atteinte à un droit fondamental reconnu, comme la nullité d'un acte juridique de toute clause discriminatoire au regard de l'article 10<sup>5</sup>, l'injonction de cesser toute atteinte illicite à un tel droit<sup>6</sup> et l'octroi de dommages, réparateurs<sup>7</sup> ou même exemplaires<sup>8</sup>, à raison du préjudice moral ou matériel en résultant, sans compter l'appui logistique possible de la Commission des droits de la personne au niveau des enquêtes<sup>9</sup> et des poursuites judiciaires<sup>10</sup>. Enfin, la Charte québécoise offre une gamme de droits et de libertés sensiblement plus étendue que celle offerte par le texte constitutionnel<sup>11</sup>.

À cette préoccupation toute légitime, on peut opposer un premier argument, classique, banal et prévisible: la Charte québécoise, malgré sa prééminence de principe — du reste renforcée depuis peu<sup>12</sup> — sur les autres textes québécois, est une simple loi de l'Assemblée nationale; rien ne s'opposerait par conséquent à ce que cette chambre législative, s'autorisant du principe de la souveraineté du parlement, sinon abroge du moins réduise quant à sa portée ce texte protecteur des droits fondamentaux. Certes, il est peu vraisemblable qu'une telle hypothèse puisse se réaliser, compte tenu de la lourde responsabilité politique qu'un gouvernement encourrait alors en arrachant une telle initiative, mais cette possibilité demeure tout de même sur un strict plan théorique<sup>13</sup>.

3. L.R.Q., c. C-12, ci-après abrégée «Charte québécoise».

4. Charte québécoise, art. 2, 8, 9, 10.1, 12, 13, al.1, notamment.

5. *Id.*, art. 13, al.2.

6. *Id.*, art. 49, al.1.

7. *Idid.*

8. *Id.*, art. 49, al.2.

9. *Id.*, art. 69-182.

10. *Id.*, art. 83-84.

11. Pour une étude de l'influence de la Charte québécoise sur le droit québécois des obligations, voir: Louis PERRET, «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec», (1981) 12 R.G.D. 121.

12. Voir la nouvelle version de l'article 52 de la Charte québécoise résultant de l'article 16 — entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1983 — du chapitre 61 des lois de 1982.

13. Il est cependant possible que des modifications à la Charte québécoise, nullement motivées par une volonté de réduire la protection des droits fondamentaux, soient susceptibles, de par l'imprécision des termes, de donner lieu à des interprétations judiciaires que n'aurait pas souhaitées le législateur. Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1983 (L.Q. 1982, c. 61, art. 2), une nouvelle disposition de la Charte québécoise, l'art. 9.1,

À cette même question de l'opportunité de l'étude, fondée sur l'existence de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, on peut apporter une autre réponse : la Charte québécoise, en dépit de la large protection qu'elle accorde aux droits fondamentaux, ne comporte pas moins certaines lacunes. Ainsi l'article 10 de la Charte québécoise n'inclut pas, parmi les causes de discrimination prohibée, la résidence provinciale ; un refus de louer à un citoyen ontarien fondé exclusivement sur sa résidence d'origine, abstraction faite de son origine ethnique ou nationale notamment, ne constituerait pas un comportement illégal au regard de la Charte provinciale ; or une « distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle » est spécifiquement prohibée par la Charte constitutionnelle<sup>14</sup>. De plus, même si l'on se trouve en présence d'une cause de discrimination prévue à l'article 10 du texte québécois, il est possible que la discrimination elle-même ne soit pas prohibée par ce même texte : ainsi la prohibition de refuser de conclure un acte juridique pour des motifs discriminatoires reconnus ne joue que dans le cadre des « biens ou des services ordinairement offerts au public »<sup>15</sup> ; dès lors, dans l'hypothèse où un citoyen refuse à un autre citoyen, en public, de lui vendre sa propriété pour des motifs de discrimination raciale<sup>15a</sup>, le citoyen éconduit ne pourra invoquer la Charte québécoise dans le cadre d'une action en dommages-intérêts ; certes, il lui serait possible de fonder son action sur une infraction à l'ordre public du droit commun<sup>16</sup>, mais en ce cas il courrait le risque de voir un magistrat refuser de considérer qu'une telle discrimination choque l'ordre public, faisant ainsi prévaloir le principe de la liberté contractuelle comme cela a été traditionnellement jugé<sup>17</sup> et même assez récemment décidé<sup>18</sup>, malgré une certaine évolution libérale de la mentalité judiciaire<sup>19</sup> ; d'où l'intérêt de

---

précise à son premier alinéa : « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens ». Cette précision, qui ne concerne que les droits garantis pour les articles 1 à 9, sûrement pas prévue pour limiter la protection de l'individu — surtout quand on considère qu'elle fait partie d'une loi modificatrice qui a eu pour effet d'étendre le champ de la protection —, contient un élément qui pourrait créer un problème : nous voulons souligner le renvoi à la notion d'ordre public qui conditionne désormais l'exercice des libertés et droits fondamentaux ; en effet, au niveau de la discrimination dans le domaine des actes juridiques, il y a un risque que la discrimination fondée sur un des motifs prévus à l'article 10 perde son caractère de présomption *juris et de jure* de contravention à l'ordre public du droit commun pour devenir une présomption *juris tantum* ; la « codification non limitative de l'ordre public et des bonnes mœurs », jusqu'alors clairement réalisée par la Charte québécoise (L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 160), pourrait perdre de sa fermeté, avec la possibilité donnée aux magistrats d'apprécier l'infraction à la lumière d'une notion de droit commun essentiellement floue et variable.

14. Charte canadienne, art. 6.

15. Charte québécoise, art. 12.

15a. Voir aussi la « lacune » signalée à la note 141, *infra*.

16. Voir l'article 50 de la Charte québécoise ; L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 152.

17. *Loew's Montreal Theatres Ltd. c. Reynolds*, (1921) 30 B.R. 459 ; *Christie c. York Corp.*, [1940] R.C.S. 139.

18. *Cf. St-Pierre c. Fernais Inc.*, [1976] C.S. 717 ; L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 127-128 : « [...] Le principe de la liberté contractuelle est demeuré tenace dans les esprits [...] »

19. Voir notamment : *Gooding c. Edlow Investment Corp.*, [1966] C.S. 436.

recourir à la Charte constitutionnelle qui, si elle s'applique aux rapports de droit privé, aurait l'avantage, dans cette situation, de mettre le justiciable victime de discrimination à l'abri de l'incertitude jurisprudentielle, en raison du phénomène de « cristallisation » de la notion d'ordre public qu'impliquerait nécessairement l'application directe de la Charte canadienne aux rapports entre particuliers.

## LA PROBLÉMATIQUE GÉNÉRALE DE L'APPLICABILITÉ DE LA CHARTE CANADIENNE AUX RAPPORTS DE DROIT PRIVÉ

### La question de l'applicabilité directe

L'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la Charte constitutionnelle s'attache-t-elle uniquement aux pouvoirs publics ou lie-t-elle également les particuliers ? En d'autres termes, la théorie de la « *Drittwirkung* »<sup>20</sup> est-elle ou non droit de cité au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?

#### *Les écoles doctrinales canadiennes*

##### a) *Les arguments défavorables à l'applicabilité directe*

L'école opposée à l'applicabilité directe de principe de la Charte constitutionnelle aux rapports de droit privé apparaît plutôt majoritaire jusqu'à jour. Son chef de file est indiscutablement Katherine Swinton<sup>21</sup>.

Parmi les motifs invoqués contre l'applicabilité directe de la Charte canadienne figurent d'abord des arguments de texte et d'histoire législative. On insiste-t-on sur l'évolution de la rédaction de l'article 32, relatif au champ d'application de la Charte : alors que, dans sa version initiale, le projet d'article précisait que la Charte s'appliquait au Parlement et au gouvernement du Canada et à tous les domaines relevant du Parlement de même qu'à la législature et au gouvernement de chaque province et à tous les domaines des

20. La théorie des « effets relatifs aux tiers » est une théorie développée particulièrement par les juristes d'expression allemande. Pour une liste des auteurs germanophones favorables et défavorables à cette théorie générale, on pourra consulter Marc-André EISSEN, « The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual », dans *Acta Scandinavica Juris Gentium*, 1962, 230, note 6 et « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », dans *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, III, Paris, Pedone, 1971, 151, note 8. Lorsque nous citerons cet auteur, c'est à sa seconde étude que nous référerons.

21. Katherine SWINTON, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur/SOREJ, 1982, 51. Cette publication collective sera désormais citée : *Charte canadienne des droits et libertés* (1982).

législatures provinciales, le texte finalement adopté prévoit que la Charte s'applique « au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement [...] »<sup>22</sup> et « à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature »<sup>23</sup> : la substitution de l'expression « pour tous les domaines [...] » aux mots « et à tous les domaines » apparaît clairement, aux yeux de cette école, comme un abandon par le Constituant de l'applicabilité directe de ce texte constitutionnel aux simples rapports de droit privé<sup>24</sup>. Dans cette perspective, l'opinion d'hommes politiques, qui ont participé aux négociations antérieures à l'adoption de la Charte, sur l'intention des Constituants de limiter l'application de la Charte aux seuls pouvoirs publics est également invoquée<sup>25</sup>.

La nature des obligations mises à la charge des pouvoirs législatifs et exécutifs par la Charte est un autre argument avancé pour nier son applicabilité aux simples particuliers : ainsi, pour écarter la pertinence du recours à certaines décisions de la Cour européenne de justice ayant imposé aux particuliers le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs des deux sexes pour un même travail<sup>26</sup>, prévu par le Traité de Rome<sup>27</sup>, Katherine Swinton observe qu'au contraire du texte conventionnel européen en cause la Charte canadienne ne prévoit, en principe, aucune « obligation positive » pour les pouvoirs publics « de prendre des mesures afin de protéger les particuliers », le seul objet de la Charte étant de « limiter l'action gouvernementale »<sup>28</sup>.

Finalement des arguments d'opportunité sont utilisés contre l'applicabilité de principe de la Charte aux rapports de droit privé ; à la réflexion, du reste, ces arguments semblent le fil conducteur de tous les autres. De manière générale, les tenants de la non-applicabilité voient plus d'inconvénients que d'avantages dans la thèse contraire : ainsi craint-on que cette dernière n'aboutisse à une réécriture du droit privé des obligations et des biens<sup>29</sup> ; de même appréhendait-on que cette thèse ne génère un « contentieux important » imposé « à un forum judiciaire mal adapté au problème »<sup>30</sup>, le droit commun, aussi bien général que celui des droits de la personne, apparaissant mieux armé qu'une Charte constitutionnelle, moins « détaillée et ne fournissant aucune directive quant à son application »<sup>31</sup>. Ces arguments d'opportunité semblent, à notre avis,

22. Charte canadienne, art. 31 (1)(a).

23. *Id.*, art. 32 (1)(b).

24. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 55-56.

25. *Id.*, 55, à la note 13, en ce qui concerne le ministre fédéral Jean Chrétien ; Julian PORTER, « Rights Redefined », (1982) *Canadian Lawyer* 10, en ce qui concerne le Procureur général de l'Ontario, M. Roy McMurtry.

26. *Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne (SABENA)*, [1976] 2 C.M.L.R. 98 ; *Macarthy's Limited c. Smith*, [1980] 2 C.M.L.R. 205 ; *Worringham and Humphreys c. Lloyds Bank Limited*, [1981] 2 C.M.L.R. 1 ; voir aussi, de manière générale : *Costa c. Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL)*, [1964] C.M.L.R. (part 12), 425.

27. *Traité instituant la Communauté économique européenne*, art. 119.

28. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 56-58.

29. Opinion de M. Ron Atkey relatée par J. PORTER, *loc. cit.*, note 25, 10.

30. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 60.

31. *Id.*, 58-59.

expliquer le caractère *a priori* péremptoire de l'affirmation maintes fois exprimée selon laquelle l'objet d'une charte des droits est exclusivement de « régir les rapports entre un particulier et le gouvernement (*sic*) en rendant invalides les lois et les mesures gouvernementales [empiétant] sur les droits garantis [...] »<sup>32</sup>.

### b) *Les arguments favorables à l'applicabilité directe*

S'appuyant comme les tenants de l'école précédente en grande partie sur une méthode exégétique, Dale Gibson aboutit à une conclusion opposée, celle de l'applicabilité de principe de la Charte constitutionnelle aux rapports de droit privé ; c'est d'ailleurs le seul auteur qui, à notre connaissance, favorise cette thèse<sup>33</sup>.

Peu sensible à l'argument fondé sur l'évolution phraséologique de l'article 32, Gibson croit au contraire que cette disposition de la Charte ne condamne pas la thèse de l'applicabilité de principe : ainsi la précision de cet article selon laquelle le texte constitutionnel s'applique aux Parlements et gouvernements du Canada et aux législatures et gouvernements des provinces, et ce, dans les matières dévolues respectivement aux deux sphères étatiques, peut très bien signifier la nécessité d'affirmer que, contrairement à la *Déclaration canadienne des droits*<sup>34</sup> — qui n'est qu'une loi du Parlement fédéral —, la *Charte canadienne des droits et libertés*, en tant que texte constitutionnel, vise non seulement le secteur fédéral mais aussi le secteur des États membres de la fédération ; cela ne signifie pas forcément, pour l'auteur, que l'on exclut l'application de la Charte aux rapports de droit privé<sup>35</sup> ; par ailleurs, selon Gibson, si le Constituant avait vraiment voulu atteindre ce résultat au moyen de l'article 32, il l'aurait dit sans ambage en précisant, par exemple, que la Charte s'applique *qu'aux* parlements et gouvernements, fédéraux et provinciaux<sup>36</sup>.

En second lieu, la phraséologie large de plusieurs dispositions de la Charte est perçue comme un indice que les droits qu'elles consacrent ne envisagent pas dans la seule perspective des rapports entre les citoyens et le secteur public<sup>37</sup> ; ainsi en est-il de l'article 2 qui dispose que « [c]hacun a les libertés fondamentales suivantes : [...] » et de plusieurs autres dispositions<sup>38</sup>. Cette médaille a toutefois son revers : c'est ainsi que, de l'aveu même de Gibson, le langage de l'article 15 n'envisage les droits à l'égalité que dans la seule perspective de la législation<sup>39</sup> : « La loi ne fait acception de personne [...] »<sup>40</sup>. La

32. *Id.*, 55.

33. Dale GIBSON, « The Charter of Rights and the Private Sector », (1982) 12 *Man. L.J.* 213.

34. S.R.C. 1970, App. III.

35. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 215.

36. *Id.*, 213.

37. *Id.*, 216.

38. Comme les articles 7 (« Chacun a droit à la vie [...] ») et 12 (« Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités »), notamment.

39. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 217.

40. Charte canadienne, art. 15(1).

personne qui ne se plaindrait que d'une discrimination prévue à l'article 15, due à une autre personne, et non d'une loi discriminatoire, ne pourrait vraisemblablement, selon Gibson, invoquer que le droit ordinaire, fédéral ou provincial, normalement applicable<sup>41</sup>.

Il est finalement une disposition capitale de la Charte susceptible de conforter sérieusement la thèse de l'applicabilité au secteur privé. Il s'agit de l'article 24 qui, à son premier paragraphe, donne à « toute personne victime de violation ou de négation des droits et libertés [...] garantis » le droit d'obtenir une réparation judiciaire. Assez curieusement, le principal partisan de la thèse de l'applicabilité, M. Gibson, n'y fait pas allusion dans son étude publiée au *Manitoba Law Journal*, tandis que deux tenants de la thèse opposée reconnaissent qu'à première vue, tout au moins, cette disposition, de par la généralité de ses termes, semble favoriser l'applicabilité de la Charte au droit privé<sup>42</sup>.

Cette disposition, en effet, accorde un droit à réparation à toute victime d'une violation de la Charte sans préciser qu'il doit s'agir d'une violation due aux pouvoirs publics ou à l'un de leurs agents. Elle ne contient même pas la moindre référence à l'activité d'un corps public, au contraire de l'article 13 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* qui dispose :

*Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la [...] Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.*<sup>43</sup>  
(Soulignés nôtres).

## 2. Aperçu du droit comparé

Avant d'apporter une appréciation des divers arguments mis de l'avant, en doctrine canadienne, à l'encontre et en faveur de la thèse de l'applicabilité directe de la protection des droits fondamentaux au secteur privé, un bref aperçu des solutions apportées à ce problème dans certaines démocraties

41. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 217.

42. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 56 ; voir aussi J. PORTER, relatant l'impression de M. McMurtry, *loc. cit.*, note 25, 10.

43. Il est intéressant de constater qu'en dépit de la précision finale de cet article européen — qui semble avoir inspiré la rédaction de l'article 24(1) de la Charte canadienne — qui fait implicitement référence aux pouvoirs publics, un éminent auteur européen estime que cette disposition ne fait pas obstacle à l'application de la Convention aux rapports de droit privé : en effet, la mention finale de cette disposition conventionnelle pourrait, selon lui, être interprétée comme signifiant que, dans l'hypothèse où la violation est due à un fonctionnaire, peu importe que ce dernier ait agi ou non à l'intérieur de ses fonctions : Marc-André EISSEN, « La Convention et les devoirs de l'individu », dans *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, Dalloz, 1961, 166, 177-178.



occidentales nous apparaît opportun, dans la mesure où dans ces dernières la protection des droits fondamentaux est imposée aux États soit par un texte constitutionnel soit, dans le cadre d'une communauté d'États, par un texte conventionnel.

#### a) La France

Il convient en tout premier lieu de souligner que les privatistes de ce pays ont longtemps été assez peu sensibles au phénomène constitutionnel<sup>44</sup>. Cela se ressent au niveau de la doctrine de droit privé, à peu près silencieuse sur le problème qui nous préoccupe ; cela se ressent aussi au niveau de la pratique puisqu'il est rare que les plaideurs invoquent devant les juridictions judiciaires la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 ou le préambule de la Constitution de 1946, auxquels réfère le préambule de la Constitution de la V<sup>e</sup> République de 1958, préférant utiliser des outils proprement civilistes comme la cause illicite ou la faute, en cas d'infraction à un droit constitutionnellement reconnu<sup>45</sup>.

Le fait, par conséquent, qu'extrêmement peu de décisions des Cours d'appel ou de la Cour de cassation<sup>46</sup> se soient situées, dans l'hypothèse d'une atteinte par un particulier à un droit reconnu par un texte constitutionnel, sur le terrain de la Constitution ne saurait être interprété comme un rejet par la jurisprudence judiciaire de France de l'applicabilité directe des obligations constitutionnelles relatives aux droits de la personne aux rapports de droit privé<sup>47</sup>.

44. Telle est l'opinion de Raymond Legeais relatée par Xavier BLANC-JOUVAN : « L'influence de la Constitution sur le droit positif », (1982) 34 *Rev. int. dr. comp.* 241, 253.

45. Georges LEVASSEUR et Jean-Paul DOUCET, « La portée juridique des déclarations des droits de l'homme et des autres protections contenues dans les constitutions », dans *Travaux du cinquième colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1968, 149, 163.

46. En matière de liberté syndicale, voir, par exemple : Cass. 20 nov. 1959, *Bull. Civ.*, IV, n° 1162 : la Cour ne s'est pas fondée sur le préambule de 1946, mais plutôt sur la législation applicable en matière de relations de travail pour disposer du litige ; comp. avec : Cass. 27 mars 1952, *infra*, note 47.

47. Parmi les rares décisions s'étant situées, en matière de droit privé, sur le terrain constitutionnel, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation de 1952 et un jugement du Tribunal civil de la Seine de 1947. Dans son arrêt du 27 mars 1952, la section sociale de la chambre civile de la Cour de cassation s'est fondée sur la reconnaissance du droit de grève par la Constitution de la IV<sup>e</sup> République pour juger illégale une rupture patronale d'un contrat de travail entraînée par l'exercice de ce droit (Soc. 27 mars 1952, *D.* 1952, 548). Quant au Tribunal civil de la Seine, il avait, peu de temps auparavant, pour annuler une disposition testamentaire assujettissant un legs à la condition que son bénéficiaire n'épouse pas un Juif, recouru à la Constitution de 1946 qui proclamait que « tout être humain, sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » et ce, sans prendre en considération, contrairement à ce que le droit commun suggérait, le mobile ayant inspiré le testateur (Trib. civ. Seine, 22 janvier 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, 67).

Quant à la doctrine relative aux libertés publiques, elle semble à peu près également partagée<sup>48</sup>.

### b) L'Allemagne fédérale

À part un *obiter dictum* de la Cour fédérale du travail de 1954 concernant le renvoi sans avis d'un employé à qui il était fait grief d'avoir, durant les heures de travail, distribué de la documentation électorale favorable au Parti communiste allemand<sup>49</sup>, la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence des autres juridictions n'adhère pas à la théorie de l'applicabilité directe aux rapports de droit privé de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux<sup>50</sup>.

Il est en effet admis qu'entre particuliers la liberté et l'autonomie de la volonté doivent être considérés comme des principes, alors qu'il est jugé normal que l'État ait une liberté de manœuvre moins grande que les individus<sup>51</sup>.

La protection des droits fondamentaux au niveau privé passerait plutôt par le canal des institutions de droit civil comme l'ordre public et la bonne foi<sup>52</sup>, ces institutions ne pouvant cependant compromettre « l'intimité des rapports de droit privé » qu'en cas d'atteinte assez sérieuse aux droits en question<sup>53</sup>.

48. Parmi les auteurs favorables à l'applicabilité directe, citons Jean RIVERO, pour qui la tyrannie des individus peut être autant nuisible que celle des pouvoirs publics : *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., 1973, p. 166 et « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, III, Paris, Pedone, 1971, 311, 315 ; parmi les auteurs défavorables, il faut mentionner Philippe BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 73 ; sur l'ensemble de la question, voir : T. KOOPMANS, « Comparative Analysis and Evaluation », dans *Constitutional Protection of Equality*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1975, 213, 229-230.

49. Malgré l'opinion de la Cour selon laquelle la prohibition de la discrimination par la Constitution fédérale accordait à l'individu un statut juridique particulier y compris dans ses relations directes avec d'autres particuliers, le congédiement fut néanmoins jugé légal en raison des dangers sérieux causés à la paix de l'entreprise par son agitation politique continue : Eckart KLEIN, « The Principle of Equality and its Protection in the Federal Republic of Germany », dans *Constitutional Protection of Equality*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1975, 69, 91.

50. E. KLEIN, *id.*, 91, 108-109.

51. *Id.*, 92 ; T. KOOPMANS, *loc. cit.*, note 48, 228.

52. E. KLEIN, *loc. cit.*, note 49, 91 et 108-109.

53. Ainsi une clause contractuelle interdisant la revente à une personne de couleur pourrait vraisemblablement heurter l'ordre public alors qu'il ne serait pas nécessairement contraire à l'ordre public qu'un père déshérite son fils en raison de ses opinions politiques : E. KLEIN, *loc. cit.*, note 49, 92 ; cf. T. KOOPMANS, *loc. cit.*, note 48, 228.

### c) L'Europe des traités

#### i) Le Conseil de l'Europe

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, une *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*<sup>54</sup> était signée à Rome le 4 novembre 1950 et entré en vigueur trois ans plus tard. Complétée par la suite par plusieurs protocoles, la Convention de Rome n'est pas sans rappeler la Charte constitutionnelle du Canada, non seulement « par sa facture, par la nature des droits qu'elle garantit [...] et par les recours qu'elle prévoit »<sup>55</sup> mais aussi par le fait que son effet direct sur les particuliers n'est pas davantage évident à la lecture du texte.

Ce texte conventionnel a suscité des études exégétiques quant à son applicabilité directe aux rapports de droit privé qui, comme au Canada, ne sont pas sans laisser les juristes insatisfaits tant les arguments favorables et défavorables semblent se neutraliser mutuellement<sup>56</sup>.

Toutefois, en dépit des controverses doctrinales<sup>57</sup>, la thèse de la « Drittwirkung » semble faire des progrès au niveau des juridictions des États<sup>58</sup>.

#### ii) La Communauté économique européenne

Fondé non seulement sur la nécessité de créer en Europe un espace économique d'où devaient être supprimées « les restrictions aux échanges internationaux »<sup>59</sup> et où devait être développée « la loyauté dans la concurrence »<sup>60</sup>, mais aussi sur la nécessité de promouvoir « l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi [de ses] peuples »<sup>61</sup>, le Traité de Rome contient plusieurs dispositions garantissant des droits susceptibles d'être invoqués par des particuliers.

Toutefois, les obligations ainsi créées semblent, de par la phraséologie utilisée, ne lier que les seuls États contractants : ainsi en est-il de la liberté d'établissement de leurs ressortissants, protégée par la prohibition de principe

54. Ce texte est communément désigné sous le vocable « Convention européenne des droits de l'homme ».

55. André MOREL, *Code des droits et libertés*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 1 de la présentation ; cf. Guy TREMBLAY, « La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme », (1982) 23 C. de D. 795.

56. Marc-André EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *loc. cit.*, note 20, 162.

57. *Supra*, note 20.

58. M.-A. EISSEN, *loc. cit.*, note 56, 159-162.

59. *Traité instituant la Communauté économique européenne*, préambule, 6<sup>e</sup> considérant.

60. *Id.*, 4<sup>e</sup> considérant.

61. *Id.*, 3<sup>e</sup> considérant.

faite aux États d'introduire de nouvelles restrictions à cette dernière<sup>62</sup>; ainsi en est-il à plus forte raison du principe de l'égalité des traitements entre hommes et femmes, puisque les États se voient imposer une obligation positive, cette fois, d'assurer et de maintenir l'application de ce principe<sup>63</sup>.

Pourtant cette phraséologie, en apparence très peu propice à la thèse de la «Drittwirkung», n'a pas empêché la Cour de justice de la Communauté économique européenne de voir dans l'une<sup>64</sup> et l'autre<sup>65</sup> de ces dispositions des obligations s'imposant non seulement aux États membres mais aussi, au nom de l'effectivité des protections garanties, à leurs ressortissants; la Cour s'est aussi appuyée, pour arriver à cette conclusion, sur le caractère «complet en lui-même», dans le premier cas<sup>66</sup>, ou «impératif», dans le second<sup>67</sup>, de l'obligation créée.

#### d) Les États-Unis

La Constitution américaine a été l'une des premières — sinon la première — à protéger des droits fondamentaux comme la liberté d'expression et d'association<sup>68</sup> ou le droit à l'égalité de protection de la loi<sup>69</sup>.

Comme pour ce qui est des autres textes — constitutionnels ou conventionnels — protecteurs de droits fondamentaux dont nous venons de faire un survol, les prescriptions constitutionnelles américaines ont un libellé peu favorable à leur application de principe aux particuliers.

Contrairement — réserve faite du cas du Traité de Rome — à l'impression de flou et d'incertitude qui se dégage du bref aperçu des droits européens ci-dessus, la position américaine, du moins jurisprudentielle, est relativement claire: les obligations constitutionnelles visant au respect des droits et libertés ne sauraient concerner que la sphère étatique: seule, en effet, l'activité étatique — le «State Action» — doit se conformer aux obligations en question<sup>70</sup>.

L'activité des particuliers n'est pas visée par les prescriptions constitutionnelles des droits de la personne, si ce n'est — comme nous le verrons un peu

---

62. *Id.*, art. 53.

63. *Id.*, art. 119.

64. *Costa c. Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL)*, précité, note 26, 458.

65. *Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne (SABENA)*, précité, note 26, 140; *Macarthy Limited c. Smith*, précité, note 26, 214-215; *Worringham and Humphreys c. Lloyds Bank Limited*, précité, note 26, 21.

66. *Supra*, note 64.

67. *Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne (SABENA)*, précité, note 26, 140-141.

68. 1<sup>er</sup> amendement (1791).

69. XIV<sup>e</sup> amendement (1868), art. 1.

70. Thomas P. LEWIS, «The Meaning of State Action», (1960) 60 *Col. L. Rev.* 1083, 1085; T. KOOPMANS, *loc. cit.*, note 48, 230.

us loin <sup>70a</sup> — dans les cas exceptionnels où elle s'inscrit, d'après des critères ont le fil conducteur n'est pas toujours aisé à saisir, dans le cadre d'une action atique <sup>71</sup>.

### Tentative de bilan

#### a) Impasse de l'exégèse et des arguments d'opportunité

##### i) Constat de cette double impasse

##### 1) Quant à l'exégèse

Le recours à la méthode exégétique pour deviner l'intention du Constituant quant à l'applicabilité de principe de la Charte canadienne aux rapports droit privé n'est pas sans créer une désagréable impression d'insatisfaction, et l'exercice se révèle stérile <sup>72</sup>.

Parmi les causes de cette impression, il faut citer en premier lieu l'ambivalence des arguments. Ainsi — on l'a vu — Katherine Swinton voit dans l'évolution du libellé de l'article 32 une indication claire de la volonté de voir la Charte ne s'appliquer qu'à l'activité législative et gouvernementale de l'État, qu'il soit fédéral ou provincial <sup>73</sup>; pour Dale Gibson, au contraire, en l'absence d'une précision d'exclusion de l'application au secteur privé, ce même article signifie seulement que la Charte, lorsqu'il est question du secteur public, lie non seulement l'État fédéral mais aussi les États provinciaux <sup>74</sup>. De même, les partisans de l'applicabilité de principe pourraient invoquer le fait que le premier paragraphe de l'article 24, relatif aux recours des personnes lésées par violation de la Charte, ne contient pas d'éléments de référence à l'activité législative <sup>75</sup>, alors que l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme en contient un lorsqu'il précise que l'octroi d'un recours a lieu, « alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles » <sup>76</sup>; par contre, les adversaires de la *Wittwirkung* pourraient tout aussi logiquement soutenir que l'omission de

<sup>70</sup> *Infra*, paragraphe A-1-3-b)ii.

<sup>71</sup> T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1096-1123; Louis LUSKY et Michael BOTEIN, « The Law of Equality in the United States », dans *Constitutional Protection of Equality*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1975, 11, 24-25; Frederick F. SCHAUER, « *Hudgens v. NLRB and the Problem of State Action in First Amendment Adjudication* », (1977) 61 *Minnesota L. Rev.* 433.

Un auteur aura pu, à propos de la Convention européenne des droits de l'homme, ironiquement parler des « délices stériles de l'exégèse » : M.-A. EISSEN, *loc. cit.*, note 56, 162.

K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 55-56.

D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 213 et 215.

Cf. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 56.

Voir, *supra*, la citation précédant l'appel de note 43.

cette précision ne plaide pas nécessairement pour l'applicabilité de la Charte canadienne au secteur privé, dans la mesure où la précision de l'article 13 du texte européen aurait été inutile dans le contexte du droit public canadien relatif à la responsabilité des officiers publics<sup>77</sup>.

L'insatisfaction d'ensemble que procure le recours à la méthode de l'exégèse tient aussi à l'in vraisemblance de certains arguments. Dale Gibson, rappelons-le, s'attachant à la phraséologie des diverses dispositions qui garantissent des droits et libertés, conclut que la plupart d'entre elles s'appliquent au domaine privé, alors que celle relative au principe de l'égalité de tous — l'article 15 — ne peut viser que la sphère étatique puisqu'elle réfère à la « loi »<sup>78</sup>. Or si, comme le propose cet auteur, la règle est celle de l'applicabilité de principe de la Charte aux rapports de droit privé, peut-on concevoir que le Constituant ait entendu imposer aux particuliers l'obligation de respecter la liberté de réunion pacifique, par exemple, mais ait jugé que l'obligation de ne pas exercer de discrimination fondée sur des motifs de race, notamment, ne viserait pas ces mêmes particuliers<sup>79</sup>? Par ailleurs, en admettant que la Charte ne s'applique en principe jamais à la sphère des rapports entre particuliers, si l'on devait être obnubilé par le fait que l'article 15 réfère en apparence à la seule loi, il faudrait logiquement en déduire que le particulier victime d'une discrimination visée par cet article qu'aurait commise à son égard un fonctionnaire ou une agence gouvernementale, en dehors de toute mesure législative discriminatoire, ne disposerait contre ce fonctionnaire ou cette agence d'aucun recours en vertu de l'article 24, paragraphe 1 : l'article 15 ainsi compris ne permettrait que de s'attaquer à la constitutionnalité d'une loi qui enfreindrait le principe de l'égalité : est-il vraisemblable que le Constituant ait envisagé une telle dichotomie, dans le cadre de la sphère publique, entre l'activité législative et l'activité purement administrative? Il est permis d'en douter<sup>80</sup>.

Enfin un dernier motif d'insatisfaction — qui, à la réflexion, résume les autres — est à signaler : l'artificialité de certains raisonnements. Nous avons mentionné que, pour écarter l'opportunité de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, favorable à la « *Drittwirkung* »<sup>81</sup>, un auteur a remarqué une différence fondamentale dans la nature des droits garantis entre la Charte canadienne et le Traité de Rome : à savoir qu'à part le cas de l'article 23, relatif à la langue d'enseignement des minorités, le

77. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 ; Gilles PEPIN et Yves OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1982, pp. 522-523.

78. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 216-217.

79. L'opinion selon laquelle l'article 15 ne vise que la loi n'est du reste pas partagée par tous : certains voient dans l'article en question des éléments phraséologiques de pondération, comme la précision selon laquelle « tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi » : Peter W. HOGG, « La Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits : comparaison », dans *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 1, 23-24.

80. Cf. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 60-74.

81. *Supra*, notes 26, 64 et 67.

texte canadien n'impose pas aux pouvoirs publics d'obligations positives de lutte contre les atteintes aux droits et libertés reconnus<sup>81a</sup>, au contraire du texte européen; il est donc normal, selon cet auteur, que la Cour européenne ait opté pour la «Drittwirkung» par crainte que l'inaction des États signataires ou de quelques-uns «ne mine un principe fondamental de la Communauté»<sup>82</sup>, crainte qui ne se justifierait pas dans le contexte canadien. Mais, en supposant que l'on ne trouve pas d'obligations positives ailleurs qu'à l'article 23 — ce qui est loin d'être évident si l'on songe à l'article 15 —<sup>83</sup>, le raisonnement nous apparaît artificiel puisqu'une législation compromettant une liberté ou un droit protégé constitutionnellement minerait autant sinon plus les principes fondamentaux de la Charte qu'une absence de législation prohibant une telle atteinte, et ce d'autant plus, en ce qui concerne la victime, qu'une telle législation, dont se serait autorisé un autre particulier, bénéficie de la présomption de constitutionnalité des lois.

## 2) Quant aux arguments d'opportunité

Les arguments d'opportunité, quant à eux, ne créent pas une impression plus satisfaisante que la méthode de l'exégèse, du moins au premier coup d'œil. Ils semblent, en effet, se neutraliser mutuellement, tant ils véhiculent, dans chaque école, des valeurs idéologiques en apparence irréconciliables<sup>84</sup>.

Ainsi privilégie-t-on, d'un côté, le respect de «l'intimité» des rapports entre particuliers qui doivent «continuer» de recevoir l'empreinte de la liberté, notamment contractuelle<sup>85</sup> et, de l'autre, la nécessité de mettre les individus à l'abri de la «tyrannie» non seulement des pouvoirs publics mais aussi des autres individus<sup>86</sup>.

81a. En ce sens, voir l'*obiter dictum* du juge Pratte dans l'affaire *Operation Dismantle*, *infra*, note 87, 368.

82. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 57.

83. Mme Swinton ne croit pas qu'il soit possible de voir dans l'article 15 de la Charte une obligation positive faite aux législateurs de veiller au respect du principe de l'égalité devant la loi; pourtant, le ton ferme de cette disposition («La loi ne fait acception de personne [...]») et le délai prévu pour son entrée en vigueur nous apparaissent au contraire comme des éléments plaidant pour l'obligation implicite faite au Parlement et aux législatures d'harmoniser leurs législations avec l'impératif d'égalité.

84. T. KOOPMANS, *loc. cit.*, note 48, 228; J.D.B. MITCHELL, «Some Aspects of the Protection of Individuals against Private Power in the United Kingdom», dans René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, III, Paris, Pedone, 1971, 235, 237.

85. Cette école de pensée estime qu'il n'y a rien d'anormal d'exiger des pouvoirs publics un degré de moralité plus élevé que celui des particuliers: cf. en Allemagne fédérale: E. KLEIN, *loc. cit.*, note 49, 92; au Canada: K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 60.

86. Pour cette autre école, la thèse de l'intimité est soit incohérente (D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 214; M.-A. EISSEN, «La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: une mise à jour», *loc. cit.*, note 20, 170) soit même hypocrite (J. RIVERO, «La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées», *loc. cit.*, note 48, 322).

Dans ces conditions, opter pour l'un ou l'autre des arguments d'opportunité semble pour le juriste une opération délicate, voire impossible puisque cela suppose un choix essentiellement politique.

Toutefois, il n'est peut-être pas dit que les deux types d'arguments soient nécessairement irréconciliables sur le terrain proprement juridique : comme nous allons tenter de le démontrer au prochain paragraphe, les arguments d'opportunité ne mènent peut-être pas, en fin de compte, à une impasse aussi grande que la méthode de l'exégèse.

## ii) Conclusion

La phraséologie ambivalente de la Charte canadienne quant à la « *Drittwirkung* » n'est peut-être pas fortuite. Il n'est pas invraisemblable que les Constituants aient souhaité que la question soit tranchée par le pouvoir judiciaire<sup>87</sup>.

La porte de l'applicabilité directe de la Charte aux rapports de droit privé n'étant pas verrouillée, quels arguments le moins raisonnablement raisonnables peut-on proposer aux juges pour les convaincre de la justesse de la thèse ?

Nous croyons d'abord que l'applicabilité de la Charte canadienne au secteur privé doit être retenue au nom du bien commun que cette « idée généreuse »<sup>88</sup> est susceptible de faire progresser. Les conseillers de cette idée, rappelons-le, insistent sur la nécessité de respecter l'« intimité » des particuliers qui peuvent, par exemple, « exercer des discriminations contre [d']autre[s] aussi longtemps qu'un code des droits de la personne n'entre pas en jeu »<sup>89</sup>. Mais le fait que le droit privé classique permette cette liberté — qui n'est certes pas totale — justifie-t-il que l'on se désintéresse des abus qu'une telle liberté a pu entraîner et qui, s'ils devaient continuer à être admis malgré l'adoption d'un texte qui fait partie de la loi suprême du pays<sup>90</sup>, risqueraient de compromettre les idéaux élevés de société juste que ce texte est censé promouvoir ? Ensuite, il y a lieu de réagir contre l'idée que le droit privé traditionnel admet une liberté absolue de compromettre les droits fondamentaux : dès son adoption le Code civil du Bas-Canada a trouvé nécessaire de contenir la liberté des particuliers ;

87. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 213. Dans un *obiter dictum*, deux juges de la Cour d'appel fédérale du Canada ont émis l'opinion que la Charte constitutionnelle ne s'applique pas au secteur privé : *Operation Dismantle Inc. c. Le Gouvernement, le Premier ministre, le Procureur général, le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures et le Ministre de la Défense du Canada*, (1983) 49 N.R. 363, 368 (J. Pratte) et 400 (J. Hugessen). L'opinion du juge Hugessen est fondée sur le libellé de l'article 32 de la Charte.

88. M.-A. EISSEN, « La Convention européenne... », *loc. cit.*, note 20, 162.

89. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 58.

90. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1). Cf. Henri BRUN, « Quelques notes sur les articles, 1, 2, 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés », (1982) 23 C. de D. 781, 782 : « [Étant donné que l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982] "rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit" [,] il devient difficile de soutenir que cette "loi suprême du Canada" ne s'applique pas par exemple aux [...] clauses des conventions collectives [...] » (italiques nôtres).



ainsi la notion d'ordre public<sup>91</sup> a-t-elle pu jouer sur le terrain même du droit commun un rôle de protection des droits et libertés fondamentaux<sup>92</sup>; il est vrai que la notion d'ordre public s'est dans bien des cas révélée insatisfaisante pour assurer le respect par des particuliers de certains droits de la personne<sup>93</sup>; cela s'explique cependant par le caractère très général de cette notion et par la grande latitude donnée à la magistrature quant à son contenu. Il n'est donc pas déraisonnable de voir dans la Charte constitutionnelle un instrument de cristallisation de l'ordre public mettant l'individu à l'abri des incertitudes et des fluctuations toujours possibles quant à son contenu au chapitre des droits de la personne.

Outre l'argument de générosité, il y a lieu d'invoquer l'argument de cohérence. En effet, il est quelque peu étrange qu'un particulier victime de la violation ou de la négation d'un droit garanti par la Charte constitutionnelle puisse ou ne puisse pas tenter un recours sur la base du premier paragraphe de l'article 24 selon que le responsable de cette situation est un organe de l'État ou un simple particulier<sup>93a</sup>. Certes, comme un juge fédéral l'a récemment souligné dans un *dictum*<sup>94</sup>, l'absence de recours sur la base de la Charte canadienne ne signifie pas l'absence d'un recours fondé sur un autre instrument juridique: cet instrument peut être la législation ordinaire des droits de la personne, comme la Charte québécoise; mais un tel outil peut — nous l'avons vu en introduction — comporter certaines lacunes; bien sûr ces lacunes peuvent être comblées grâce au droit commun et notamment à la notion d'ordre public; cependant, le recours d'un particulier victime de la part d'un autre particulier de la violation d'un droit reconnu par la Charte canadienne, recours fondé sur l'ordre public, peut s'avérer un échec si le juge saisi refuse de voir dans l'infraction à la Charte canadienne un manquement à l'ordre public; et ce danger n'a rien d'académique, même en 1984<sup>95</sup>.

Cette remarque permet, à notre avis, de disposer de l'argument d'opportunité fondé sur la crainte que l'utilisation entre particuliers de la Charte

91. C.c., art. 13, 545, 760, al.2, 831, 990.

92. *Gooding c. Edlow Investment Corp.*, [1966] C.S. 436; *Morris c. Les projets Bellevue Ltée*, (1969) 15 *McGill L.J.* 112 (C.P.); cf. en droit ontarien, la controversée décision *Re Drummond Wren*, [1945] 4 D.L.R. 674 (H.C. of O.), relative à la notion de *Public Policy*; sur l'ensemble de la question, voir: Madeleine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne? », (1978) 56 *R. du B. Can.* 197.

93. *Loew's Montreal Theaters Ltd. c. Reynolds*, précité note 17; *Christie c. York Corp.*, précité, note 17; *St-Pierre c. Fernais*, précité, note 18; L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 127-128; pour des exemples d'échec de la notion de *Public Policy* en matière de discrimination en droit canadien anglais, voir: *Re Noble and Wolf*, [1948] 4 D.L.R. 123 (H.C. of O.); plus récemment: *Bureau des gouverneurs du Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, 190, où il est dit qu'il se dégage de la jurisprudence ontarienne en matière de discrimination raciale entre particuliers « une politique stricte de laisser faire ».

93a. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 214; voir aussi, *supra*, la note 86.

94. *Operation Dismantle Inc. c. Gouvernement du Canada*, précité, note 87, 400 (J. Hugessen).

95. L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 127-128.

canadienne n'aboutisse à une superposition inutile de contentieux<sup>96</sup>, dans la mesure où il existe des outils dans la législation ordinaire. Nous ne pensons pas qu'il y ait, dans cette hypothèse, véritablement superposition de contentieux ou de double emploi, si l'on considère que la Charte constitutionnelle pourrait servir au niveau des particuliers uniquement dans les quelques cas où la législation ordinaire de droit commun ou des droits de la personne, serait défaillante; en d'autres termes, en matières privées — comme, du reste, en matières publiques — la *Charte canadienne des droits et libertés* pourrait jouer un rôle de droit supplétif commun de protection minimale des droits fondamentaux<sup>97</sup>.

b) *Nuance de l'impact de la thèse opposée à l'applicabilité directe de la Charte canadienne aux rapports de droit privé*

Si la thèse opposée à la «*Drittwirkung*» devait triompher en jurisprudence — ce qu'il est permis de craindre, compte tenu de la faveur dont elle jouit, au Canada, auprès d'une grande partie de la doctrine<sup>98</sup>, et d'*obiter dicta* bienveillants<sup>99</sup> — il serait alors clair que les prescriptions de la Charte constitutionnelle ne s'imposeraient pas directement aux individus, en principe.

Il faudrait toutefois se garder de voir alors entre la Charte canadienne et le droit privé une cloison rigoureusement étanche.

i) *Possibilité d'un rôle indirect*

Comme nous tenterons de le démontrer dans des paragraphes ultérieurs<sup>100</sup>, la *Charte canadienne des droits et libertés* peut jouer un rôle indirect en droit privé, notamment par la définition du contenu de certaines institutions générales de ce secteur du droit. Les tenants de la thèse opposée à la «*Drittwirkung*» ne nient d'ailleurs pas cette possibilité<sup>101</sup>.

ii) *Possibilité d'une application directe exceptionnelle*

Il n'est pas déraisonnable d'envisager la possibilité que, dans l'hypothèse d'un rejet de principe par la jurisprudence canadienne de la théorie de la

96. Voir K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 59.

97. Il est intéressant, dans cette perspective, de méditer sur l'article 26 de la Charte canadienne qui, en termes généraux, dispose: «Le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada».

98. *Supra*, notes 21 et 29.

99. *Supra*, note 87.

100. *Infra*, paragraphes A-II, B-II et C-II.

101. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 71.

Drittwirkung», la Charte constitutionnelle puisse exceptionnellement lier certaines personnes privées, physiques ou morales.

L'exemple de la jurisprudence américaine peut à cet égard nous fournir des éléments de réflexion. Non pas que les décisions judiciaires des États-Unis doivent nécessairement faire autorité auprès des magistrats canadiens ; il est en effet hasardeux de tirer sans réserve des enseignements du droit comparé, sans tenir compte du contexte entourant les solutions.

Mais nous croyons que les constructions jurisprudentielles américaines auxquelles nous pensons présentement ne sont pas sans pertinence au regard de la Charte canadienne. Comme cette dernière, en effet, les dispositions constitutionnelles américaines protectrices des droits et libertés de la personne ne prévoient pas expressément qu'elles s'appliquent aux particuliers. Du reste, ce principe est fermement établi en jurisprudence que de telles dispositions, comme le XIV<sup>e</sup> amendement, ne lient que l'État<sup>102</sup>.

Il ne faudrait pas toutefois conclure que, pour les Cours américaines, l'*American Bill of Rights* ne vise l'État que dans une perspective législative ; certes le législateur a-t-il l'obligation, dans son œuvre législative, de ne pas violer les prescriptions de la Constitution en matière de droits fondamentaux ; mais cette obligation s'impose aussi à l'activité administrative des pouvoirs publics<sup>103</sup> ; la Cour suprême a pu dire à cet égard :

[E]very state official, high and low, is bound by the Fourteenth and Fifteenth Amendments.<sup>104</sup>

De là à ce que les tribunaux, organes étatiques, puissent en certains cas être tenus à cette obligation dans les litiges entre particuliers, il n'y avait peut-être qu'un pas<sup>105</sup> ; de là à ce que certains particuliers, dans le cadre d'activités liées assez intimement à l'activité gouvernementale, doivent également respecter les droits protégés par la Constitution, il n'y avait peut-être aussi qu'un pas<sup>106</sup>.

### 1) Le « State Action » de certains particuliers

La jurisprudence américaine a fini par dégager l'idée qu'un particulier peut exceptionnellement être tenu à respecter les prescriptions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux dans la mesure où il exerce une activité ayant un certain degré de parenté avec les attributs de la puissance publique.

Parmi les causes de ce lien de parenté avec l'activité « gouvernementale », convient de citer la concession par l'État d'un service public. Ainsi l'entreprise

1. T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1085 ; T. KOOPMANS, *loc. cit.*, note 48, 230.

2. T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1086-1089.

3. *United States c. Raines*, 362 U.S. 17,25 (1960).

4. *Infra*, par. 2, ci-après.

5. *Infra*, par. 1, ci-après.

privée, locataire d'un espace de palais de justice aux fins d'exploiter une cafétéria devant desservir les justiciables et les employés du tribunal, ne peut refuser de servir les membres d'ethnies minoritaires, faute de quoi elle violerait les dispositions du XIV<sup>e</sup> amendement<sup>107</sup>. Toutefois, on le devine, la coloration étatique ne peut jouer que si la concession est motivée par le service au public que, dans le cadre de ses activités normales, l'État pourrait offrir lui-même. C'est pourquoi l'entreprise privée ne sera pas assujettie aux prescriptions constitutionnelles, même si elle exploite un commerce dans un local appartenant aux pouvoirs publics; si ces derniers lui ont loué ce local non pour des fins publiques mais pour s'assurer un supplément de revenus par la location d'un surplus d'espace<sup>108</sup>.

Outre le cas des concessions de service public qui ont fait l'objet des *Leasing Cases*, il convient de citer celui de l'aide exceptionnelle qu'une entreprise privée recevrait des pouvoirs publics : en ce cas, en effet, le caractère privé de son activité peut disparaître au profit de son caractère public : c'est ce que l'on a décidé à propos d'une bibliothèque appartenant à des intérêts privés mais dont 99% du budget était fourni par la municipalité<sup>109</sup>. Il est toutefois malaisé de déterminer quantitativement le caractère exceptionnel d'une telle assistance ; de plus dans l'hypothèse d'une aide financière moins importante que l'octroi de 99% d'un budget, la question demeure s'il n'est pas possible de pallier à une assistance financière non exceptionnelle par un degré de contrôle gouvernemental significatif<sup>110</sup>.

Rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que l'on assiste au Canada à une extension de la notion de « State Action » à certains particuliers étant donné que, comme c'est le cas en droit américain, la Charte canadienne ne vise pas la seule activité législative de la puissance publique mais est susceptible de s'appliquer à l'activité administrative des agents de l'État<sup>111</sup>. Il n'y aurait donc rien d'anormal de soumettre à la Charte constitutionnelle l'activité de certaines personnes privées agissant sous le manteau de l'État. Cependant, dans le cadre du principe de la non-applicabilité directe de la Charte aux rapports de droit privé, il y aura lieu d'être prudent dans l'extension du « State Action », à l'instar, du reste, de la jurisprudence américaine qui a procédé à cette extension de façon plutôt modérée<sup>112</sup>, si l'on veut conserver au principe sa primauté<sup>113</sup>.

107. *Derrington c. Plummer*, 240 F. 2d 922 (5<sup>e</sup> Cir. 1922).

108. *Wilmington Parking Authority c. Burton*, 157 A. 2d 894 (Del. 1960) : il s'agissait d'un restaurant situé sur le terrain d'un parking appartenant à un organisme public et dont l'entrée ne donnait pas sur le parking ; il n'est du reste pas impossible que l'on aurait pu conclure au « State Action » de l'entreprise privée si une telle entrée s'était située sur le terrain de stationnement, car alors il ne serait pas invraisemblable que la motivation de la concession aurait pu être le service aux usagers du parking que l'organisme public était censé desservir : T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1102.

109. *Kerr c. Enoch Pratt Free Library of Baltimore City*, 149 F. 2d 212 (4<sup>e</sup> Cir.).

110. T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1104-1108.

111. Cf. K. SWINTON, *loc. cit.*, note 21, 60-74.

112. T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1121 ; T. KOOPMANS, *loc. cit.*, note 48, 230.

113. C'est ainsi qu'on ne devrait pas voir de « State Action » dans l'activité d'une personne

## 2) Le « Judicial Action »

Considérant que les tribunaux sont des organes de l'État, la jurisprudence américaine établit que ces derniers ne doivent pas se faire complices de violations entre particuliers des garanties constitutionnelles : « Judicial Action is State Action »<sup>114</sup>. Ainsi la Cour suprême des États-Unis a-t-elle nié, à l'occasion des *Restrictive Covenant Cases*, le droit à un tribunal de prononcer l'expulsion de personnes de race noire d'un terrain acheté en contravention à une clause contractuelle interdisant au premier acquéreur la revente du fonds à des gens de couleur, une telle ordonnance ne pouvant que violer le XIV<sup>e</sup> amendement<sup>115</sup>.

Pour importante que soit cette ouverture à l'application des prescriptions constitutionnelles au secteur privé par l'intermédiaire du mécanisme judiciaire, elle n'est toutefois pas d'une portée illimitée. S'il est vrai, en effet, que le tribunal ne peut prêter son concours à un simple particulier qui exige le respect d'une clause qui viole les droits fondamentaux d'un individu, il n'est pas assuré qu'un tribunal doive donner gain de cause à la victime d'une telle violation et qui aurait pris l'initiative de la poursuite en demandant, par exemple, des dommages-intérêts<sup>116</sup>.

Cette solution, qui n'applique la notion de « Judicial Action » qu'au cas où c'est l'auteur de la violation d'un droit fondamental qui est demandeur, est critiquée par plusieurs — dont certains juges dissidents<sup>117</sup> — comme artificielle parce que la protection effective des droits fondamentaux passe nécessairement pas l'appareil judiciaire :

*Courts must act when parties apply to them — even refusal to act is a positive declaration of law — and hence there seems to be a fundamental inconsistency in speaking of the right of an individual who cannot have judicial recognition of his rights.*<sup>118</sup>

Nous admettons que la distinction fondée sur la personne du demandeur a quelque chose de byzantin<sup>119</sup> ; si l'on croit, cependant, que la non-applicabilité

---

morale du fait qu'elle doit son existence à l'État et pour cette seule raison. La seule incorporation ne pourrait à notre avis suffire à colorer les activités d'une compagnie d'une teinte étatique.

114. T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1108-1109.

115. *Shelley c. Kraemer et McGhee c. Sipes*, 334 U.S. 1 (1948) ; *Hurd c. Hodge et Uricolo c. Hodge*, 334 U.S. 24 (1948).

116. *Rice c. Sioux City Memorial Park Cemetery*, 245 Iowa 147 (1953) ; 348 U.S. 880 (1954) ; 349 U.S. 70 (1955) ; *Black c. Cutter Laboratories*, 351 U.S. 292 (1956) ; T. LEWIS, *loc. cit.*, note 70, 1111-1112.

117. Ainsi les juges Warren, Black et Douglas, dissidents dans *Black c. Cutter Laboratories*, précité, note 116, 304, estiment que refuser le recours demandé par la victime d'un congédiement dû à ses opinions politiques revient à avaliser une violation flagrante du 1<sup>er</sup> amendement.

118. T. LEWIS, *loc. cit.*, 70, 1113-1114 (soulignés nôtres).

119. En dehors des États-Unis, certains auteurs rejettent implicitement cette distinction : D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 218 ; J. RIVERO, *loc. cit.*, note 48, 320 : « [Si le juge] refuse la protection qui lui est demandée, il y a carence d'un organe de l'État dans la garantie d'une liberté qu'il s'est engagé à promouvoir ».

de la Charte canadienne aux rapports de droit privé doit — comme c'est le cas pour l'*American Bill of Rights* — être la règle<sup>120</sup>, il y a lieu de retenir cette distinction : ne pas la retenir reviendrait alors à anéantir la règle de la non-applicabilité, puisque permettre à un tribunal de sanctionner dans tous les cas la violation d'un droit fondamental garanti par la Constitution reviendrait à admettre, sur le plan pratique, l'applicabilité de cette dernière aux rapports de droit privé.

## II. La question de l'applicabilité indirecte

Dans l'hypothèse où les particuliers ne seraient pas en principe débiteurs des obligations constitutionnelles relatives aux droits et libertés garantis, il n'est pas exclu que la Charte canadienne puisse jouer un rôle d'inspiration en droit privé, à l'exemple des juridictions qui ne reconnaissent pas clairement l'idée de la « *Drittwirkung* »<sup>121</sup>.

L'application indirecte — la « *Mittelbare Drittwirkung* » — signifie que la Constitution peut éclairer certaines notions du droit privé dont la formulation générale appelle nécessairement l'activité jurisprudentielle : ainsi en est-il des notions d'ordre public et de faute<sup>122</sup>.

Nous aurons l'occasion de développer ce point aux paragraphes respectivement consacrés aux actes juridiques<sup>123</sup> et aux faits juridiques<sup>124</sup>.

## B. LA CHARTE CANADIENNE ET LES ACTES JURIDIQUES

### I. Hypothèse de l'application directe

L'application directe de la Charte canadienne aux rapports de droit privé signifie que les particuliers sont créanciers de l'obligation de respect des droits

120. Le lecteur aura sans doute compris que telle n'est pas précisément la préférence des auteurs du présent article...

121. Il s'agit surtout de l'exemple allemand (E. KLEIN, *loc. cit.*, note 49, 91, 108-109) et, à un moindre degré, de l'exemple français (X. BLANC-JOUVAN, *loc. cit.*, note 44, 241-242).

122. Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX dans leur *Traité de droit civil — Introduction générale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1983, n° 425 écrivent : « Le législateur emploie parfois des notions générales au contenu indéterminé qui pratiquement ne peuvent donner lieu à des définitions précises. Les bonnes mœurs, l'ordre public, le bon père de famille, la faute, l'urgence, la bonne foi, l'équité, en sont des illustrations classiques. C'est l'ensemble des solutions données aux cas d'espèces par le juge qui permet, graduellement, d'élaborer une définition, ou tout au moins de délimiter positivement et négativement la notion [...] ».

123. *Infra*, paragraphe B-II.

124. *Infra*, paragraphe C-II.

et libertés garantis par ce texte non seulement à l'égard des pouvoirs publics mais également à l'égard des autres particuliers. Cette application directe s'envisage soit dans l'hypothèse de la réception de la «Drittwirkung» selon laquelle la Charte s'appliquerait en principe — et donc universellement — au secteur privé soit dans l'hypothèse même du rejet de la «Drittwirkung», dans la mesure où l'on se trouverait exceptionnellement dans l'un des cas d'extension du «State Action»<sup>125</sup>, à la condition, bien entendu, que la jurisprudence canadienne suive à cet égard le modèle américain.

Nous nous proposons d'étudier succinctement les principaux effets de l'existence d'une telle obligation sur le droit des actes juridiques.

### I. Au niveau du contenu de l'ordre public

Si, en violation flagrante de la Charte, une clause contractuelle compromet sérieusement un droit ou une liberté garanti par le texte constitutionnel, le magistrat n'aura pas d'autre choix que de frapper cette clause d'invalidité.

L'application directe de la Charte canadienne aux rapports de droit privé entraîne en effet comme conséquence majeure la cristallisation de la notion classique d'ordre public, en ce sens qu'elle crée à propos d'une atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale reconnu par cette Charte une présomption absolue qu'il y a eu manquement à l'ordre public; la victime de la violation est donc à l'abri de l'incertitude jurisprudentielle<sup>126</sup> due au caractère essentiellement variable<sup>127</sup> de la notion d'ordre public du droit privé classique<sup>128</sup>.

### II. Au niveau de la méthode d'interprétation

Si la Charte constitutionnelle s'applique par hypothèse autant au secteur privé qu'au législateur, pas plus qu'une loi ne doit être interprétée comme violant les droits et libertés garantis<sup>129</sup>, pas plus une clause contractuelle ne devrait l'être en cas d'incertitude quant à la volonté des parties, même si, ce

25. Nous faisons ici référence au «State Action» proprement dit et non au «Judicial Action», puisque ce dernier implique, comme la jurisprudence américaine l'a logiquement précisé, une obligation faite aux tribunaux de respecter, y compris dans les litiges mêlés entre particuliers, les prescriptions constitutionnelles mais n'entraîne pas nécessairement qu'une telle obligation s'impose aux particuliers eux-mêmes.

26. Voir, *supra*, les notes 17, 18 et 19.

27. M. CARON, *loc. cit.*, note 92, 124.

28. C'est d'ailleurs tout ce que signifierait l'effet de cristallisation : rien, en effet, n'empêcherait (*cf.* Charte canadienne, art. 26) qu'à l'instar de ce que permet la Charte provinciale (*cf.* Charte québécoise, art. 50; L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 152), une violation non prévue par la Charte canadienne — et non prévue par celle du Québec — soit considérée par la jurisprudence comme contraire à l'ordre public de l'article 13 du Code civil.

29. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 413.

faisant, on se trouve à écarter certaines règles classiques d'interprétation des contrats, comme la règle de la globalité, par exemple<sup>130</sup>.

### 3. Au niveau des sanctions

L'article 24 de la Charte canadienne prévoit, à son premier paragraphe, que toute personne — physique et, vraisemblablement, morale<sup>131</sup> — peut obtenir d'un tribunal compétent<sup>132</sup> une « réparation » appropriée, en cas de violation ou de négation d'un droit garanti par la Charte.

Cette disposition, au contraire de l'article 49 de la Charte québécoise, ne précise pas si la violation du texte constitutionnel doit être, pour donner lieu à la réparation judiciaire prévue, une violation illicite. Le bon sens commande, selon nous, qu'il devrait en être ainsi : le texte suggère aussi cette solution, puisqu'il ne parle pas d'une *infraction* à la Charte en tant que telle mais d'une *violation de droits* ou libertés qu'elle garantit : par conséquent, il ne saurait être question d'assigner utilement en justice un particulier qui aurait contractuellement affecté un droit ou une liberté reconnu par la Constitution s'il l'a fait en conformité avec un texte de loi autorisant une telle pratique, loi dont la constitutionnalité reposerait soit sur une clause « nonobstant »<sup>133</sup> soit sur le critère général des « limites raisonnables »<sup>134</sup>.

Dans l'hypothèse de l'applicabilité directe — de principe ou exceptionnelle — de la Charte canadienne aux rapports de droit privé, la victime d'une infraction illicite à une disposition de ce texte, dans le cadre d'un acte juridique, pourra exercer un recours contre l'auteur de la violation. Ce recours sera-t-il toutefois limité à une action en dommages ? La version française de l'article 24, paragraphe 1, justifie cette question puisqu'elle emploie le terme « réparation », alors que la version anglaise utilise un terme plus large, le mot « remedy ». Si l'on doit retenir la présomption de *Common Law* favorisant une interprétation large et libérale<sup>135</sup>, les « réparations » devraient, à la lumière de la notion de « remedy », comprendre d'autres sanctions que les dommages<sup>136</sup>.

130. C.c. art. 1018 ; cf. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, n° 379, pp. 231-232.

131. *Re Edmonton Journal and Attorney General of Alberta*, (1983) 4 C.R.R. 296 (Alta Q.B.)

132. Sur la notion de tribunal compétent, voir : *Lambert c. Procureur général du Québec*, (1983) 3 C.R.R. 41 (C.S.Q.) ; Dale GIBSON, « La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés », dans *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 619, 631-634.

133. Charte canadienne, art. 33 ; cf. Herbert MARX, « L'enchâssement, la clause limitative et le pouvoir de déroger », dans *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 77.

134. Charte canadienne, art. 1 ; cf. André MOREL, « La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », (1983) 61 *R. du B. Can.* 81.

135. Dale GIBSON, « L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : considérations générales », dans *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 32, 41-42.

136. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 132, 635.



Ainsi la victime pourrait-elle obtenir l'annulation de tout le contrat ou celle d'une de ses clauses, selon que c'est le contrat dans son ensemble ou la clause litigieuse seule qui viole ou nie un de ses droits fondamentaux ; de même pourrait-elle, par la voie de l'injonction, obtenir la cessation d'un acte appliquant une violation prévue dans le contrat.

S'il est clair que la victime doit respecter le droit normalement applicable en matière de procédure<sup>137</sup> — le recours à la notion de « tribunal compétent » constitue un indice en ce sens —, il est moins évident que ce respect s'impose sur le plan du droit substantif. En effet, le texte en question accorde au tribunal à discrétion d'ordonner une réparation qu'il « estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Le tribunal pourrait-il s'autoriser de cette précision pour accorder des dommages ni prévus ni prévisibles si l'inexécution fondée sur une violation de la Charte n'est pas dolosive<sup>138</sup> ? Pourrait-il octroyer des dommages exemplaires<sup>139</sup> ? Pourrait-il ordonner l'exécution d'une obligation le faire en dehors des « cas qui le permettent »<sup>140</sup> ? La réponse à cette question est fort mal aisée tant est obscure la portée exacte de l'expression « réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances »<sup>140a</sup>.

## I. Hypothèse de l'application indirecte

Nous envisageons ici le cas de la violation par un particulier d'un droit fondamental garanti par la Charte constitutionnelle mais à propos de laquelle la Charte québécoise ne peut être d'aucun secours, comme nous l'avons signalé en introduction<sup>141</sup>, et dans l'hypothèse de la non-applicabilité directe de la Charte canadienne aux rapports de droit privé. Le sort de la clause litigieuse dépendra donc exclusivement du droit privé classique.

Le juge chargé d'étudier la validité de cette clause se demandera s'il y a violation d'une norme d'ordre public ; il pourra, à cet égard, se référer aux

37. C'est ainsi qu'il ne pourrait être question d'obtenir une injonction d'un tribunal autre que la Cour supérieure : C.p.c., art. 751.

38. Cf. C.c., art. 1074 ; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 130, n° 733.

39. Nous reviendrons sur la question des dommages punitifs dans les développements relatifs aux faits juridiques : *infra*, paragraphe C-1.

40. Cf. C.c., art. 1065 et C.p.c., art. 751 ; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 130, nos 700-712.

10a. Sur les multiples sens que l'expression peut revêtir, voir : D. GIBSON, *loc. cit.*, note 132, 642.

41. La Charte québécoise peut n'être d'aucun secours au niveau de la validité d'une clause, non seulement si un acte juridique brime un droit qu'elle ne garantit pas, comme la liberté de s'établir en toute province, mais aussi dans le cas où la violation ne constitue pas une discrimination : en effet, l'article 13 ne prohibe pas la violation, en tant que telle, d'un droit reconnu par la Charte, mais une discrimination au sens de l'article 10 ; une clause violant, en dehors de toute discrimination, un droit reconnu par la Charte québécoise ne peut donc être annulée sous l'empire de cette dernière, d'autant plus que l'article 49 de cette Charte ne prévoit, par ailleurs, que la cessation de l'atteinte ou l'octroi de dommages-intérêts.

prescriptions de la Charte canadienne qui, même si elles ne lient pas, par hypothèse, directement les particuliers, est susceptible de lui fournir un guide précieux dans la détermination du contenu de l'ordre public<sup>142</sup>; cette référence serait d'autant plus légitime que la Charte canadienne fait partie de la Constitution et qu'à ce titre elle est censée représenter les valeurs de la société canadienne; or, on le sait, la notion d'ordre public est essentiellement une question de valeurs<sup>143</sup>.

Il ne pourra s'agir, toutefois, que d'une « quasi-fixation » de l'ordre public, car le juge conserverait, dans le cadre exclusif du droit privé, la latitude — que suppose la généralité des termes de l'article 13 du Code civil — de considérer qu'une violation d'un droit constitutionnel est ou non contraire, selon sa perception des valeurs, à l'ordre public.

## C. LA CHARTE CANADIENNE ET LES FAITS JURIDIQUES

### I. Hypothèse de l'application directe

Dans l'hypothèse où la Charte constitutionnelle s'applique directement aux particuliers, soit de façon universelle, soit dans le cadre exceptionnel d'une extension de la notion de « State Action » à l'activité de certains d'entre eux, le non respect illicite — en dehors de tout acte juridique — d'un droit ou d'une liberté garanti par ce texte devrait-il entraîner la responsabilité civile de l'auteur du dommage en résultant<sup>144</sup>?

Si la Charte canadienne ne contenait aucune disposition en matière de sanctions civiles, la réponse à la question ne serait pas nécessairement positive : en effet, il n'est pas unanimement admis que la violation d'un texte législatif équivaille automatiquement à une faute civile tant au chapitre du droit privé général<sup>145</sup> qu'à celui des droits de la personne<sup>146</sup>.

142. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 33, 218, à la note 21.

143. M. CARON, *loc. cit.*, note 92, 214.

144. Nous ne référons ici qu'aux cas où la Charte québécoise (art. 49) ne pourrait présenter aucune utilité.

145. Pierre-Gabriel JOBIN, « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile ? », (1984) 44 R. du B. 222.

146. Cf. *Bureau des gouverneurs du Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhaduria*, précité, note 93 : dans cette affaire, la Cour suprême du Canada, renversant un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario [(1979) 105 D.L.R. (3d) 707], a estimé en 1981 qu'une discrimination raciale au niveau de l'embauche ne pouvait, du seul fait qu'elle était prohibée par *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318 et mod., équivaloir à un tort au sens de la *Common Law*, principalement pour la raison que le texte législatif en cause contenait un appareil précis de sanctions et d'enquêtes administratives. Il ne fait aucun doute, à notre avis, qu'une telle motivation — déjà fragile en soi — ne pourrait être utilisée à l'égard de la Charte canadienne qui précisément ne prévoit pas de dispositif administratif au niveau du respect des droits garantis.

Étant donné, cependant, que le premier paragraphe de l'article 24 de la Charte prévoit la possibilité d'une réparation en cas de violation ou de négation d'un droit ou d'une liberté garanti par ce texte constitutionnel, il ne fait à notre avis aucun doute qu'un tel comportement équivaut nécessairement à une faute obligeant à indemnisation.

Une question se pose toutefois : si en plus d'être illicite<sup>147</sup>, l'atteinte portée à un tel droit ou à une telle liberté a été faite de manière intentionnelle, le juge pourrait-il condamner le particulier fautif à des dommages exemplaires, comme il le pourrait dans le cadre de la Charte québécoise<sup>148</sup> ? Si l'on songe à l'emploi par l'article 24 du terme « réparation », on pourrait conclure que le Constituant n'a pas jugé possible un tel octroi, qui ne constitue pas une réparation à proprement parler mais s'apparente plutôt à une peine privée. Si l'on songe, par ailleurs, à l'emploi du terme « remedy » dans la version anglaise du même texte, on pourrait déduire tout autant que le Constituant, loin de se prononcer sur le sujet, a laissé au droit ordinairement applicable le soin de répondre à la question : considérant alors qu'en droit privé commun québécois, le juge ne peut octroyer que des dommages réparateurs<sup>149</sup>, la réponse devrait être négative, cependant que, dans le cas d'une affaire soumise à la *Common Law* canadienne, la réponse pourrait être positive<sup>150</sup>.

Dans le cadre de l'applicabilité directe de la Charte canadienne aux rapports de droit privé, la violation illicite d'un droit ou d'une liberté garanti par ce texte peut entraîner la responsabilité civile de son auteur ; dans le cadre de la thèse contraire, la Charte canadienne pourra jouer un rôle, indirect mais essentiel, celui de la mesure de la faute, comme nous allons le voir au paragraphe qui suit<sup>151</sup>.

## II. Hypothèse de l'application indirecte

L'hypothèse de l'application indirecte de la Charte constitutionnelle aux faits juridiques résulte de l'observation du raisonnement judiciaire conduisant à

147. Rappelons qu'une atteinte à un droit fondamental est illicite si elle ne se fonde pas sur un texte de loi constitutionnellement valide (*supra*, notes 133 et 134) qui l'autoriserait.

148. Charte québécoise, art. 49, al.2

149. J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 130, n° 734, p. 412 ; L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 133.

150. D. GIBSON, *loc. cit.*, note 132, 635-636. Il est toutefois possible que les juges du Québec accordent des dommages exemplaires en s'appuyant sur la précision « réparation que le tribunal estime convenable et juste en égard aux circonstances », dans la mesure où le caractère large du libellé de cette expression peut être interprété comme un indice « permet[tant] la création illimitée de recours [...] pour remédier aux violations de la Charte » (D. GIBSON, *id.*, 636). Cette solution aurait l'avantage d'offrir un traitement unique à toute victime, partout au Canada, d'une violation d'un droit garanti par un texte canadien et constitutionnel.

151. Précisons cependant que, même si les prescriptions de la Charte constitutionnelle ne s'imposent pas, par hypothèse, aux particuliers, la violation d'un des droits et libertés qu'elle garantit pourrait, sur le terrain exclusif du droit privé, constituer une faute au sens de l'art. 1053 C.c. si cette violation passe avec succès le test jurisprudentiel de la non-conformité à l'ordre public : cf. L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 132.

la reconnaissance, en des contextes spécifiques, d'un acte fautif causé par une personne à autrui. Le principe général selon lequel celui qui, par sa faute, cause un dommage à autrui doit réparation a constitué depuis longtemps l'instrument privilégié de défense de certains droits fondamentaux<sup>152</sup> comme la vie privée<sup>153</sup> ou le respect de la réputation<sup>154</sup>.

On peut vérifier l'hypothèse de l'application indirecte de la Charte constitutionnelle aux faits juridiques en explorant les liens entre le processus de reconnaissance de la faute civile et les droits et libertés fondamentaux désormais garantis par la Constitution et, par conséquent, situés à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes.

S'il faut convenir avec Caron et Perret que le principe général selon lequel celui qui, par sa faute, cause un dommage à autrui doit le réparer, a constitué, depuis longtemps, l'instrument privilégié de défense des droits fondamentaux, il faut aussi reconnaître que c'est dans le champ de la responsabilité civile délictuelle que l'on identifie l'un des lieux majeurs de confrontation et d'articulation des droits et libertés venant en conflit.

Cette articulation entre des droits, libertés et prérogatives dont l'exercice a causé un conflit résulte de la structuration que les tribunaux ont élaborée de la notion de faute. C'est en dégageant, au fil des cas qui leur sont soumis, les gestes qui, en certaines circonstances, sont fautifs que les tribunaux construisent cette fine dentelle caractérisant la frontière entre les gestes licites et les gestes fautifs.

S'agissant de la faute, l'on admet sans peine qu'elle peut résulter du manquement à un devoir ou de la violation d'une norme de conduite<sup>155</sup>, il n'en demeure pas moins que la détermination de ce qui constitue un manquement à un devoir ou la violation d'une norme de conduite suppose une analyse soignée des circonstances concrètes dans lesquelles se trouvent les protagonistes. C'est pourquoi il ne suffit pas d'invoquer un simple manquement à un devoir ou la seule violation d'une norme de conduite pour qu'on puisse qualifier des gestes de fautifs, il importe, en plus, que le manquement résulte d'un geste que n'aurait pas commis une personne raisonnable<sup>156</sup>.

152. Voir L. PERRET, *loc. cit.*, note 11, 123; M. CARON, *loc. cit.*, note 92, 198.

153. *Robbins c. Canadian Broadcasting Corporation*, [1958] C.S. 152; *Auger c. Equity Account Buyers Ltd.*, [1976] C.S. 279; *Mc Ilwaine c. Equity Account Buyers Ltd.*, [1974] R.L. 115 (C.P.); *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389.

154. Voir Pierre TRUDEL, *Droit de l'information et de la communication, notes et documents*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 59.

155. Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P.U.M., 1973, n° 48; Louis PERRET, *Précis de responsabilité civile*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, p. 26; André NADEAU et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, n° 59; Jean PINEAU et Monique OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1980, p. 42; Geneviève VINEY, *Traité de droit civil — les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 440 et ss.

156. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 155, n° 48.

La définition de la faute proposée par Josserand apporte un éclairage d'une pertinence toute particulière pour quiconque s'intéresse à la faute comme moyen de sanctionner les atteintes aux droits ou aux intérêts juridiquement protégés d'une personne.

Josserand reconnaît, plus explicitement que les autres auteurs, que la responsabilité civile se détermine dans le cadre d'une hiérarchie des droits. Ainsi, la victime d'un dommage ne peut s'en plaindre que dans la mesure où les intérêts qui ont été lésés sont juridiquement protégés ; il ajoute :

*La prétendue victime doit se réclamer de la lésion d'un droit, en prenant ce dernier mot dans son sens le plus compréhensif, en l'appliquant, non seulement aux droits nommés et définis, mais aussi aux droits les plus vagues et les plus génériques, qui sont d'ailleurs souvent les plus impérieux : droit à l'intégrité physique, à la considération, à la liberté, à l'honneur.*<sup>157</sup>

Il arrive cependant que le droit lésé soit d'un ordre inférieur à celui au nom duquel il fut « écarté ». Josserand donne comme exemple que « le droit de la personne à la considération est puissant ; cependant, il cède devant les exigences de la publication des décisions judiciaires ou de la vérité historique »<sup>158</sup>.

La détermination du caractère fautif d'un geste passe donc par une certaine hiérarchisation des droits respectivement invoqués par celui qui se prétend lésé, d'une part, et par celui auquel est adressé le reproche, d'autre part. Josserand veut sans doute marquer l'insistance sur ce phénomène lorsqu'il définit la faute comme étant le fait de « léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent »<sup>159</sup>.

Les droits et libertés garantis par la Constitution peuvent très certainement figurer parmi ceux qui sont d'un niveau supérieur ou au moins équivalent à un bon nombre de droits ou d'intérêts juridiquement protégés dont la reconnaissance et la sanction sont susceptibles d'emprunter le vecteur de la responsabilité civile. Ce constat conduit inévitablement à la conclusion que l'exercice des droits et libertés garantis par la Constitution ne saurait être constitutif de faute.

L'on admet avec aisance que l'exercice des droits et libertés fondamentaux ne saurait être constitutif de faute, mais l'approche traditionnelle des tribunaux semblait procéder d'une démarche dont le résultat net était de faire des droits et libertés fondamentaux une sorte de résidu de ce qu'il demeure licite de faire lorsqu'on n'a pas commis de faute.

La démarche classique est bien illustrée dans la décision *L. c. Les Éditions de la cité*<sup>160</sup> où le juge écrit dans un contexte d'action en responsabilité civile pour atteinte à la réputation que :

157. Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939, n° 423, p. 241.

158. *Id.*, n° 425, p. 243.

159. *Id.*, n° 426, p. 244.

160. [1960] C.S. 485.

[...] liberté de presse et liberté d'information sont, comme toutes les libertés individuelles, limitées dans leur exercice par les principes de la responsabilité civile.<sup>161</sup>

La démarche du juge, dans cette affaire, mais aussi dans plusieurs autres du même type, se présente ainsi : l'on procède d'abord à l'évaluation des gestes de celui dont le comportement dommageable est prétendu fautif ; dès lors que l'on a conclu que son comportement s'éloigne de celui qu'aurait eu, en pareilles circonstances, une personne prudente et diligente, l'on conclut à l'existence d'une faute. Évidemment, s'il y a faute, il ne saurait être question de liberté. C'est une telle démarche qui est susceptible de connaître des modifications avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il serait paradoxal que la délimitation du contenu des droits et libertés garantis par la Constitution soit tributaire du principe de la responsabilité civile. En continuant d'affirmer que les droits et libertés constitutionnalisés sont, par leur nature même, limités par les principes de la responsabilité civile, l'on élèverait celle-ci au rang d'une véritable règle constitutionnelle, ce que n'ont manifestement pas voulu les Constituants.

Voilà pourquoi la constitutionnalisation de certains droits et de certaines libertés emporte une modification et une cristallisation des paramètres à l'intérieur desquels se déroule la délimitation de la faute. Désormais, la détermination du caractère fautif d'un geste faisant partie du champ d'une liberté ou d'un droit garanti ne pourra avoir lieu qu'une fois dégagés les éléments essentiels qui font partie du champ de cette liberté ou de ce droit. Raisonner autrement reviendrait à faire prévaloir un principe de droit d'un ordre inférieur sur des principes constitutionnels.

La relation existant entre les faits juridiques et les règles constitutionnelles a été examinée dans d'autres systèmes juridiques. Aux États-Unis, le Premier Amendement à la Constitution garantit la liberté d'expression<sup>162</sup>. C'est à la lumière des exigences découlant de cette liberté que la Cour suprême a déterminé le domaine d'application du tort de diffamation. Dans l'arrêt *New York Times c. Sullivan*<sup>163</sup>, la cour reconnaît d'abord la suprématie de la liberté d'expression. Le juge Brennan écrit à ce propos :

*The general proposition that freedom of expression upon public questions is secured by the First Amendment has long been settled by our decisions. The constitutional safeguard, we have said, « was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people ». « The maintenance of the*

161. *Id.*, 489.

162. Le Premier Amendement à la Constitution américaine se lit ainsi : « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof ; of abridging the freedom of speech, or of the press [...] »

Voir *Les Grands textes de l'histoire américaine*, Service américain d'information, s.d., p. 22.

163. 376 U.S. 254 (1964).

*opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means, an opportunity essential to the security of the Republic, is a fundamental principle of our constitutional system.* » « [I]t is a prized American privilege to speak one's mind, although not always with perfect good taste, on all public institutions, » and this opportunity is to be afforded for « vigorous advocacy » no less than « abstract discussion. » The First Amendment, said Judge Learned Hand, « presupposes that right conclusions are more likely to be gathered out of a multitude of tongues, than through any kind of authoritative selection. To many this is, and always will be, folly ; but we have staked upon it our all. »<sup>164</sup>

Après avoir posé le principe de la suprématie de la liberté d'expression, pour s'interroger sur l'impact qu'est susceptible de produire, à l'égard de la liberté garantie par la Constitution, un régime de responsabilité imposant auendeur le fardeau d'établir la véracité des faits rapportés à l'égard de estions d'intérêt public. Rappelant que la liberté d'expression n'a jamais été itée aux messages conformes à la vérité, la cour fait prévaloir une conception octueuse de la finalité de la liberté d'expression, soit la libre discussion des ires publiques, afin de dégager les bornes à l'intérieur desquelles doivent a contenues les règles de droit en matière de diffamation.

Ainsi, pour le plus haut tribunal américain, il n'est pas conforme à la nstitution de considérer comme un acte fautif, susceptible d'emporter une idamnation à des dommages-intérêts, des commentaires ou la relation de s ayant trait à la conduite d'une personne prenant part aux affaires publiques s que la preuve soit apportée de la malice de l'auteur, c'est-à-dire de la innaissance qu'il avait de la fausseté de ses avancés ou de l'insouciance qu'il a avoir à l'égard de leur véracité. C'est donc à une véritable reformulation du permettant de conclure au caractère fautif d'un geste que mène en droit éricain la confrontation du droit commun de la responsabilité civile et des gences d'une liberté constitutionnellement garantie.

En Louisiane, où le droit civil est codifié selon le modèle du Code oléon, l'article 2315 du Code civil<sup>165</sup> concernant l'obligation de réparer les nmages causés par sa faute à autrui est appliqué à la lumière des garanties titutionnelles. Ainsi, dans l'arrêt *Baston c. Time Inc.*<sup>166</sup>, la Cour d'appel de isiane n'a eu aucune hésitation à reconnaître le caractère subordonné des les du droit civil en matière de diffamation à l'égard de la Constitution<sup>167</sup>.

Au Canada, l'opinion selon laquelle l'avènement de la *Charte canadienne droits et libertés* est susceptible d'amener des modifications au droit de la

---

*Id.*, 269.

*Louisiana Civil Code, 1984 Edition*, ed. by A.N. YIANNPOULOS, St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1983.

298 So 2d., 100 (1975).

*Id.*, 103.

diffamation a été soutenue par Michael R. Doody<sup>168</sup>. Cet auteur prend à témoin l'arrêt *New York Times c. Sullivan* dans le cadre d'une démonstration tendant à établir l'existence d'une nouvelle catégorie d'immunité relative. Cette immunité émanerait de l'existence de la garantie constitutionnelle de la liberté de la presse et du *public policy* qui en découlerait. Pourtant, sans même qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un *public policy*, il est aisé de soutenir qu'une règle constitutionnelle devrait imposer un cadre limitant la portée des principes juridiques ordinaires. Cela résulte de l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>169</sup>.

Ainsi, dès lors que l'on prend conscience du caractère supra-légal de la Charte constitutionnelle, il devient malaisé de soutenir, à la manière d'un *a priori*, qu'elle ne saurait trouver application à tout le moins dans des domaines où les tribunaux sont appelés à dégager les comportements susceptibles de faire naître ou d'éteindre des obligations.

La Constitution détermine, au minimum, le cadre à l'intérieur duquel s'exerce la discrétion du juge ainsi que son pouvoir d'appréciation. C'est en ce sens qu'il est possible de vérifier l'hypothèse de l'application indirecte de la Charte constitutionnelle aux rapports de droit privé, au chapitre des faits juridiques.

## CONCLUSION

Un constat découle de cet examen de l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux rapports de droit privé : celui du caractère éminemment perceptible des effets qu'engendre le document constitutionnel sur un bon nombre de rapports de droit privé. Par-delà les arguments fondés sur des considérations de pure opportunité, en faveur de l'application ou de la non-application de la Charte aux rapports de droit privé, mais sans aller jusqu'à l'affirmation catégorique d'une application générale directe et automatique, il faut constater que la Charte constitutionnelle est susceptible d'entraîner des modifications au sein de plusieurs des institutions les plus centrales du droit civil québécois. Il n'est donc pas possible d'affirmer que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a rien à voir avec les rapports de droit privé. Sans doute est-il plausible de prévoir que les tribunaux adhéreront au principe de la non-applicabilité de la Charte au secteur privé ; il n'en résulte pas nécessairement qu'il faille écarter l'hypothèse d'une application indirecte.

Le caractère supra-légal de la *Charte canadienne des droits et libertés* implique nécessairement qu'il puisse en résulter des limites à la portée qu'avaient traditionnellement, ou qu'étaient susceptibles d'avoir, les principes du droit privé.

---

168. Michael R. DOODY, «Freedom of the press, the Canadian Charter of rights and freedoms, and a new category of qualified privilege», (1983) 61 *R. du B. Can.* 124.

169. Cette disposition se lit ainsi : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».



Le contenu des notions floues que comporte le droit civil, telles que l'ordre public et la faute, ne saurait désormais être défini de manière à brimer ou à empêcher l'exercice de droits garantis par la Constitution. Au contraire, la Constitution, en raison de sa nature supra-légale, impose désormais des cadres à l'intérieur desquels devra être défini le contenu des notions floues essentielles à l'application des principes du droit civil<sup>170</sup>.

Aussi n'est-il pas inopportun de s'interroger sur les relations entre le droit privé et les principes constitutionnels protégeant les libertés et les droits fondamentaux<sup>171</sup>, à moins de se résoudre à croire que le droit privé est si étranger à ces valeurs fondamentales qu'il puisse se développer en marge de celles-ci.

---

170. Voir, sur l'utilité et l'inévitabilité des notions floues en droit, Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 12<sup>e</sup> année, n° 53, mars 1979, 33.

171. Cf. Pierre LEGRAND, « Des hauts et des bas du droit des obligations qui s'écrit », (1984) 15 *R.G.D.* 181, 189 : « L'on peut, avec confiance, prédire que l'interaction de ce nouveau droit statutaire fondamental [soit les Chartes, québécoise, mais aussi canadienne] avec le droit commun des obligations suscitera, dans un avenir prévisible, bon nombre de questions inédites. Aussi importe-t-il que la communauté juridique y soit dès maintenant sensibilisée. »