

## **Section 5 : Considérations d'ordre constitutionnel**

Au cours des conversations que j'ai eues avec des gens des quatre coins de l'Ontario, et à la lecture des lettres que j'ai reçues personnellement ou dans le cadre de l'étude, j'ai été impressionnée et touchée par le fait qu'un grand nombre de personnes se fiaient à leur compréhension de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte*») et au rôle que celle-ci remplit lorsqu'il s'agit de protéger les droits des Canadiens<sup>176</sup>. Les participants à l'étude, autant ceux qui ont une formation juridique formelle que les autres, et indépendamment de leur opinion quant au recours à l'arbitrage en vue de régler des affaires juridiques personnelles, acceptaient clairement les valeurs exprimées dans la *Charte* et estimaient que celle-ci était leur point de vue sur les questions en jeu. À part quelques exceptions notables, peu de monde  onnaissait que l'applicabilité de la *Charte* comportait des limites et que, sauf dans les cas où celle-ci s'applique, aucune de ces dispositions ne pouvait être mise à contribution. Il peut donc être utile de rappeler les situations dans lesquelles la *Charte* s'applique. J'examinerai ensuite quelques-uns des arguments avancés par les participants à l'égard du paragraphe 15(1), de l'alinéa 2a) et des articles 27 et 28 de la *Charte*. Enfin, je traiterai des incidences stratégiques de l'applicabilité de la *Charte* et des dispositions susmentionnées.

### Application de la *Charte*

Pour pouvoir déterminer si une ligne de conduite a violé un droit ou une liberté protégé par la *Charte*, il faut au préalable répondre par l'affirmative à la question suivante : la *Charte* s'applique-t-elle?

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* se lit comme suit :

- 32. (1)** La présente charte s'applique :
- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
  - b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.<sup>177</sup>

Ainsi, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux sont liés par la *Charte*. Le Parlement et les législatures [Traduction] « ont perdu le pouvoir d'édicter des lois qui sont incompatibles avec la *Charte des droits*. »<sup>178</sup> De même, tout ce qui constitue une action gouvernementale, y compris l'adoption des lois et des règlements, est assujéti à la *Charte*. Les actes posés en vertu de la common law sont donc également visés<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

<sup>177</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 32, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

<sup>178</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2003 aux pp. 752 -3.

<sup>179</sup> *RWDSU c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 530, à la p. 573; *Dagenais c. CBC*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Church of Scientology*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

## Considérations d'ordre constitutionnel

On a par ailleurs interprété le fait qu'aucun gouvernement ne peut autoriser des actes contraires à la *Charte* comme signifiant que celle-ci liait tout décideur qui appliquait la loi, étant donné qu'il devait nécessairement y avoir une loi qui autorisait ce dernier à agir. Ainsi, les actes que l'État pose en vertu d'une loi ou de la common law ou par l'intermédiaire de tiers sont assujettis à la *Charte*.

La Cour suprême du Canada a adopté un critère permettant de déterminer si un gouvernement exerce un degré de contrôle suffisamment élevé sur un organisme public pour que les actions de celui-ci soient assimilées à une action gouvernementale. Selon ce critère, il doit exister à la fois un lien institutionnel et un lien structurel entre l'organisme public et le gouvernement pour que la *Charte* puisse s'appliquer. Lorsque l'organisme public fournit un service à l'égard duquel le gouvernement n'exerce aucun contrôle, le lien requis est absent, de sorte que la *Charte* ne s'appliquera pas<sup>180</sup>.

Un tel lien existe lorsque le gouvernement délègue un pouvoir à un acteur ou un organisme non gouvernemental. La *Charte* s'appliquera à ce délégué lorsque le gouvernement exerce un contrôle sur lui. Par exemple, dans l'affaire *Slaight Communications c. Davidson*, la Cour suprême a déterminé que la décision d'un arbitre était assujettie à la *Charte*, étant donné que l'arbitre avait été nommé par le ministre du Travail<sup>181</sup>. Un autre facteur essentiel pour que la *Charte* puisse s'appliquer est que l'organisme exerçant le pouvoir délégué par le gouvernement doit mettre en œuvre des politiques gouvernementales déterminées<sup>182</sup>.

Inversement, les institutions telles que les hôpitaux, les universités ou les personnes morales, qui sont créées et habilitées par une loi, sont malgré tout réputées ne pas être sous le contrôle du gouvernement lorsque les décisions qui orientent leurs activités quotidiennes ne sont pas prises par le gouvernement. Par conséquent, bien qu'il s'agisse d'institutions publiques – dans le cas des hôpitaux et des universités – ou simplement d'institutions régies par une loi – dans le cas des personnes morales –, ces entités ne sont pas liées par la *Charte*<sup>183</sup>. D'autre part, comme je l'ai mentionné ci-dessus, si l'organisme met en œuvre une politique gouvernementale déterminée, ses actions peuvent faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*<sup>184</sup>.

Les omissions d'un gouvernement peuvent également être assujetties à la *Charte*. La Cour suprême s'est prononcée sur ce point. Dans l'affaire *Vriend c. Alberta*, Delwin Vriend, un homosexuel vivant en Alberta qui travaillait comme enseignant, avait été congédié en raison de son orientation sexuelle. Il avait déposé une plainte devant la Commission des droits de la personne de l'Alberta, mais on l'avait informé que l'orientation sexuelle ne figurait pas parmi les motifs pour lesquels une plainte pouvait

---

<sup>180</sup> *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

<sup>181</sup> *Slaight Communications c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1077; Joseph Eliot Magnet, *Constitutional Law of Canada: Cases, notes and materials*, vol. 2, 8<sup>e</sup> éd., Juriliber, 2001, à la p. 20.

<sup>182</sup> *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

<sup>183</sup> *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Lavigne c. OPSEU*, [1991] 2 R.C.S. 211.

<sup>184</sup> *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

être déposée aux termes du code des droits de la personne de cette province et qu'il n'avait donc aucun recours contre son employeur aux termes de cette loi. La Cour suprême a déclaré qu'une telle omission, dans le contexte d'une action gouvernementale, pouvait être considérée comme un choix délibéré d'exclure ce motif et que ce choix correspondait à une action. La *Charte* s'appliquait donc à la situation créée par cette omission dans la loi; à titre de mesure corrective, la Cour a ordonné que les mots « orientation sexuelle » soient tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par l'art.15<sup>185</sup>.

L'article 32 de la *Charte* prévoit à la fois l'étendue et les limites de l'application de la *Charte*. Celle-ci ne régit pas les relations entre particuliers. Au cours de l'étude, on a avancé l'argument selon lequel la *Charte* devait s'appliquer dès lors que le gouvernement réglementait une question, c'est-à-dire que l'adoption de mesures législatives constituait en soi une participation gouvernementale suffisante pour donner automatiquement un caractère public aux actions exercées en vertu des lois. Il est certain que le gouvernement prend des mesures législatives qui régissent beaucoup d'actes que les particuliers posent à titre privé dans le cadre de leurs relations avec des parties non-gouvernementales telles que les personnes ou les sociétés. Les mesures législatives prises par le gouvernement doivent au premier abord respecter la *Charte*; toutefois, celle-ci ne s'appliquera pas à l'action accomplie en vertu de la loi à moins qu'elle ne constitue une action gouvernementale.

Selon certains intervenants le gouvernement accomplit une action publique lorsqu'un tribunal met à exécution une sentence arbitrale rendue par un arbitre nommé par les parties. Cet argument introduirait un élément d'ambiguïté  ce qui a trait à l'application de la *Charte* aux arbitrages effectués en Ontario. Les tribunaux ne se sont pas prononcés sur cette question, et il est difficile de savoir si un tribunal conclurait à l'existence du lien requis entre le gouvernement et un arbitre nommé par les parties. En outre, bien qu'il soit concevable qu'un tribunal statue que l'arbitre désigné par les parties pour régler un différend entre elles a ainsi mis en œuvre une action gouvernementale, aucun tribunal n'a à ce jour tiré une telle conclusion.

Certains participants ont également affirmé que le paragraphe 15(1) de la *Charte* s'appliquait à l'arbitrage des différends familiaux et successoraux en raison de l'objet de l'arbitrage. Le paragraphe 15(1) se lit comme suit :

**15. (1)** La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.<sup>186</sup>

<sup>185</sup> *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

<sup>186</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2(a), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

## Considérations d'ordre constitutionnel

D'autres commentateurs ont laissé entendre que l'alinéa 2a) de la *Charte*, qui protège la liberté de religion, s'appliquait à l'arbitrage des différends familiaux et successoraux en vertu des principes religieux. D'après certains participants, cet alinéa sert à garantir le droit de procéder à un arbitrage selon les principes religieux que les parties au différend auront choisis. Inversement, d'autres participants entrevoyaient une limitation possible quant à la liberté de religion des particuliers cherchant à recourir à l'arbitrage dans les cas où la loi religieuse particulière sur laquelle l'arbitre se fonde comprend des restrictions que les parties jugent inacceptables.

Plusieurs participants s'appuyaient sur l'article 27 pour soutenir que l'obligation non seulement de permettre mais encore d'« améliorer » la capacité des collectivités multiculturelles exige qu'on permette aux collectivités de recourir à leur propre forme de loi personnelle en vue de régler des différends. Certains autres estimaient que l'article 28 prévoyait la nécessité absolue de protéger les droits à l'égalité des femmes lorsqu'il s'agissait de trancher des différends familiaux et successoraux.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la *Charte* s'applique à un nombre restreint de catégories d'actions. Premièrement, il y a les actions gouvernementales découlant des lois. Deuxièmement, il y a les actions gouvernementales exercées en vertu de la common law. Troisièmement, il y a les actions gouvernementales accomplies par l'intermédiaire de tiers auquel le gouvernement accorde les moyens d'agir. Quatrièmement, il y a les omissions gouvernementales commises dans le cadre des actions gouvernementales.

Accepter d'être lié par la décision d'un arbitre tombe dans la catégorie des actions exercées à titre privé et elle n'est de ce fait pas, à mon avis, assujettie à un examen fondé sur la *Charte*. Cette action est exercée à titre privé parce qu'elle est le reflet de la relation entre les parties et parce que le pouvoir de l'arbitre découle directement de l'accord des parties d'être liées par la décision. Ce n'est donc pas le gouvernement qui octroie des pouvoirs aux arbitres en application de la *Loi sur l'arbitrage*.

Si l'arbitrage est une action exercée à titre privé, c'est également parce que l'État n'oblige pas les parties à y avoir recours. Ce n'est pas parce que la *Loi sur l'arbitrage* existe que les gens sont obligés d'avoir recours à l'arbitrage. D'après ce que j'ai entendu au cours de l'étude, en ce qui concerne l'arbitrage des différends familiaux et successoraux, beaucoup de gens entretiennent la fausse idée que l'existence de l'IJC, ou de tout autre tribunal d'arbitrage dont les sentences sont fondées sur la religion islamique, oblige automatiquement tous les musulmans de l'Ontario d'avoir recours à ses services. Il est possible que cette interprétation erronée découle de la façon dont l'IJC a présenté la fourniture de ces services. Toutefois, les musulmans de l'Ontario ont toujours, comme tous les autres Ontariens, le droit de choisir entre le système de

---

Comme je l'ai déjà indiqué, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*<sup>186</sup> rendu en 1988, jugé que l'orientation sexuelle devait être tenue pour incluse dans les motifs visés à l'art. 15 en tant que motif analogue. Selon cet article, les lois que les gouvernements édictent doivent s'appliquer également à tous les citoyens, indépendamment de la race, de l'origine nationale ou ethnique, de la couleur, de la religion, du sexe, de l'âge, des déficiences mentales ou physiques ou de l'orientation sexuelle.

justice traditionnel et tout autre mode de résolution des différends. Les gens peuvent décider de ne pas avoir recours aux services d'un arbitre qui applique les principes juridiques islamiques, puisque la loi ne les y oblige pas. L'arbitre doit ses pouvoirs uniquement au fait que les parties ont consenti à les lui accorder, et il n'exerce donc pas des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi<sup>187</sup>. En outre, l'existence des lois n'implique pas l'exercice d'une action gouvernementale suffisante pour justifier l'application de la *Charte*.

La question est de déterminer où se situe la démarcation entre le caractère « public » et « privé » des actions. Je reconnais que le discours sur la distinction entre « public » et « privé » revêt une importance particulière pour les juristes féministes. Cependant, lorsque les gens établissent des liens juridiques entre eux de leur propre chef, en tant que particuliers ayant la capacité juridique de le faire, il semble que cela donne lieu à une relation juridique privée. Bien que le gouvernement remplisse un rôle en veillant à ce que la loi qui s'applique à la rupture de cette relation privée ne perpétue pas les rôles et les stéréotypes sexuels, lorsque les participants choisissent de ne pas suivre cette loi et qu'ils décident plutôt de trouver un arrangement entre eux, le gouvernement n'est pas tenu d'intervenir. Il en résulte selon moi que les arbitrages en matière de droit de la famille et de succession ne tombent dans aucune des catégories d'actions gouvernementales susceptibles d'entraîner l'application de la *Charte*.

Certains ont soutenu que la *Loi sur l'arbitrage* portait atteinte à la *Charte* en ne protégeant pas expressément les femmes en particulier, ainsi que d'autres catégories de personnes vulnérables. Cet argument est fondé sur l'opinion que la *Charte* exige que les lois visent à une égalité de résultat et non à une égalité quant à l'application de la loi elle-même. Selon ce point de vue, le fait que les lois ne prévoient pas les mêmes protections que celles qui sont offertes par la *Charte* constitue une omission de la part du gouvernement. Cependant, la *Loi sur l'arbitrage* n'établit pas une distinction fondée sur un motif interdit; elle n'établit en fait aucune distinction fondée sur quelque motif que ce soit, si ce n'est l'incapacité juridique<sup>188</sup>. Par conséquent, il n'y a aucune omission permettant d'avancer qu'un groupe particulier de personnes n'a pas droit au même bénéfice de la loi. La *Loi sur l'arbitrage* ne nomme personne en particulier, et tous jouissent des mêmes droits et protections.

Des personnes qui ont des vulnérabilités de toutes sortes conviennent d'arrangements contractuels privés, avec ou sans l'aide d'un arbitre, qui ne sont pas assujettis à un examen fondé sur la *Charte*. Même s'il est possible que l'arbitrage des différends familiaux et successoraux ait une incidence particulière sur les droits des femmes, il n'en demeure pas moins que l'arbitrage découle d'une entente privée au sujet de différends personnels.

Il est vrai que les tribunaux peuvent exercer le pouvoir de l'État en rendant des ordonnances mettant à exécution des décisions arbitrales et que le pouvoir de l'État doit être exercé en conformité avec les règles établies dans la *Charte*. Un tribunal pourrait

---

<sup>187</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thompson Carswell, 2003 à la p. 754.

<sup>188</sup> *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.R.O. 1991, c. 17, art. 10

## Considérations d'ordre constitutionnel

décider qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour faire exécuter une sentence qui enfreindrait les droits que la *Charte* accorde à l'une des parties.

Cet argument présente toutefois un certain nombre de difficultés. La *Charte* n'oblige aucunement les parties à un différend à partager leurs biens à parts égales ni à conclure une entente privée qui prévoit une égalité de résultat pour les deux parties. La *Charte* n'exige pas que les négociations que les parties mènent à titre privé donnent une égalité de résultat. Les parties peuvent choisir un résultat qui semble inégal pour plusieurs raisons et peuvent estimer juste une entente qui semblerait injuste aux autres. Des décisions récentes de la Cour suprême du Canada appuient ce point de vue<sup>189</sup>. La *Charte* exige que l'État assure à tous le même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif interdit<sup>190</sup> et exige une égalité de garantie des droits pour les deux sexes<sup>191</sup>. À l'heure actuelle, la loi accorde aux parties qui recourent à l'arbitrage, autant les femmes que les hommes, les mêmes droits au titre de l'exécution des sentences arbitrales. La *Charte* ne prévoit aucun motif évident invalidant cette règle.

Comme je l'ai déjà mentionné, la *Charte* protège également la liberté de religion<sup>192</sup> et doit être interprétée de manière à valoriser le patrimoine multiculturel des Canadiens<sup>193</sup>. Cela laisse entendre qu'il convient de respecter les choix des gens dans la mesure où ces choix, ou les résultats obtenus, ne sont pas illégaux.

Si le gouvernement devait interdire aux musulmans, ou à tout autre groupe de personnes identifiables en Ontario, le recours à l'arbitrage pour régler des différends familiaux et successoraux, tout en continuant à permettre aux autres de recourir à cette procédure selon les principes qu'ils ont choisis, comme certains commentateurs l'ont proposé, il se poserait alors la question de savoir si le gouvernement enfreindrait ainsi la *Charte*. Étant donné que la *Loi sur l'arbitrage* prévoit un cadre d'arbitrage applicable à tous les Ontariens, le gouvernement ne devrait pas exclure un groupe particulier de personnes en se fondant sur un motif interdit.

La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* relativement à la fermeture des magasins le dimanche. Dans *R. c. Big M Drug Mart*, la Cour a défini la liberté de religion comme suit :

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer

---

<sup>189</sup> *N.S. c. Walsh (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 325; *Miglin c. Miglin* [2003] 1 R.C.S. 303; *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.

<sup>190</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

<sup>191</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 28 partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

<sup>192</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2(a) partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

<sup>193</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 27 partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

## Considérations d'ordre constitutionnel

ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.<sup>194</sup>

Bien que cette interprétation constitue un point de départ, l'alinéa 2a) requiert une analyse juridique complexe, qui doit tenir compte de droits opposés, et pour en arriver à un juste milieu une étude plus approfondie serait nécessaire. De plus, les tribunaux d'instance supérieure se sont rarement penchés sur la question de la liberté de religion. L'état du droit, tel qu'il s'appliquerait aux arbitrages fondés sur des principes religieux, demeure donc à tout le moins incertain. Il est impossible de se prononcer de manière définitive sur l'état du droit dans ce domaine, puisqu'il n'a pas encore été établi. Il en va de même des articles 27 et 28 de la *Charte*, qui sont des dispositions de nature interprétative. Il y a peu de jurisprudence sur laquelle on pourrait s'appuyer pour formuler des déclarations non équivoques quant au sens exact de ces dispositions, et leur définition en droit reste à être déterminée de façon définitive par les tribunaux.

Dans le cadre de mon étude, j'ai entendu les commentaires de nombreuses personnes oeuvrant dans le domaine de l'arbitrage, qui étaient grandement préoccupées par l'éventualité de perdre la possibilité d'arbitrer des différends touchant le droit de la famille. Nombreux sont les Ontariens qui ont recours à l'arbitrage et à la médiation pour régler des différends familiaux. Ils procèdent ainsi afin d'éviter les coûts élevés qui sont associés aux instances judiciaires. Mais ils ont également recours à ces procédures en vue de conclure des ententes auxquelles ils se rattachent grâce à leur implication personnelle plutôt que de se voir imposer un règlement par un tribunal. Certains indices nous portent à croire que ce type d'ententes est davantage susceptible d'être respecté par les parties que les règlements imposés par les tribunaux.

Pour bien saisir les enjeux de ce débat, il est essentiel de comprendre que tous les gens ne choisiront pas de régler leurs différends juridiques de la même manière. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la *Loi sur l'arbitrage* offre à tous les citoyens la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler un différend sans l'intervention des tribunaux. Ce n'est pas simplement parce que nous ne sommes pas d'accord sur la manière dont certaines personnes emploient ce mode de règlement subsidiaire que nous devons les priver de leur droit d'y avoir recours, dans la mesure où elles utilisent convenablement cette procédure. Par conséquent, si les deux parties consentent véritablement à l'arbitrage, chaque personne devrait avoir le droit de prendre ses propres décisions, même s'il ne s'agit pas de décisions que la majorité des gens prendrait.

Les personnes qui s'opposent à l'arbitrage des différends familiaux affirment souvent qu'il est impossible de vérifier si les deux parties ont véritablement consenti à l'arbitrage et que l'État devrait par conséquent prendre des mesures pour s'assurer que les personnes plus vulnérables jouissent de protections convenables. Cet argument est fondé sur un certain nombre d'hypothèses. Premièrement, on présume qu'il existe certaines catégories de personnes qui, bien qu'elles aient la capacité juridique, sont

---

<sup>194</sup> *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336.

## Considérations d'ordre constitutionnel

néanmoins automatiquement vulnérables et qu'elles sont donc incapables de comprendre comment faire leurs propres choix et, en particulier, comment faire les bons choix pour elles-mêmes. Selon ce point de vue, il existe un choix correct particulier. Deuxièmement, on présume qu'il est impossible qu'une personne bien informée de ses droits et obligations puisse faire certains choix, par exemple consentir à l'arbitrage fondé sur des principes religieux.

Les gens ont le droit de faire des choix que les autres peuvent estimer ne pas être de bons choix, dans la mesure où ils ont la capacité juridique d'exercer de tels choix et où ceux-ci ne sont pas interdits par la loi. Dans les domaines dans lesquels il a décidé de permettre aux gens d'organiser leur vie en fonction de leurs propres valeurs, l'État n'a pas à imposer des séries de valeurs particulières, qu'elles soient d'ordre religieux ou non. En ce qui a trait à la distinction entre le caractère privé et public des actions, dont il a précédemment été question, il importe peu à certains égards où se situe la ligne de démarcation entre les deux. Il suffit de savoir que cette ligne existe et de comprendre que, lorsqu'une telle limite sera établie à un moment donné, elle permettra de déterminer les domaines dans lesquels l'État imposera ses valeurs et ceux dans lesquels il n'en fera rien.

J'estime que les arbitrages visés dans la *Loi sur l'arbitrage* représentent un domaine dans lequel l'État devrait éviter d'empêcher les parties de convenir d'arrangements contractuels sur diverses questions contestées entre elles, notamment en matière de droit de la famille et de succession. Il n'y a aucun doute que les personnes jugées vulnérables soulèvent de graves préoccupations et que des mesures législatives, réglementaires ou autres devraient être prises pour renforcer les protections qui leur sont accordées. L'objet essentiel de la *Charte* est d'influer sur la relation entre l'État et les particuliers<sup>195</sup>. Lorsque les intérêts de l'État et du particulier sont en jeu, l'existence de la *Charte* devrait se faire sentir. Il est ainsi parce qu'aucune institution autre que l'État ne jouit de la vaste gamme de moyens de coercition et de persuasion qu'il possède. L'État peut faire exécuter ses lois par l'intermédiaire des corps de police, lesquels peuvent dans des cas extrêmes priver de leur liberté les particuliers qui ont enfreint les lois ou les règlements de l'État. Toutefois, les actions de l'État – de l'adoption des lois jusqu'à l'exécution policière – s'appuient sur une autorisation législative.

La relation entre l'État et le particulier se différencie de la relation juridique consensuelle entre deux personnes. Aucun particulier n'a le droit d'exiger à lui seul qu'une personne fasse quelque chose qu'elle ne veut pas faire ni peut-il empêcher cette dernière parce qu'elle a omis de faire ce qu'elle ne souhaitait pas faire. Nul ne peut légalement contraindre une autre personne à faire quelque chose qu'elle n'accepte pas de faire, sans engager le pouvoir de l'État. L'État exerce un monopole quant à l'usage légal de la coercition, et il peut exercer ce pouvoir lorsque la loi l'y autorise, en vue de faire appliquer la loi. Par conséquent, les restrictions prévues dans les dispositions de la *Charte* représentent les limites applicables aux actes de l'État que nous avons convenu, en tant que société, d'imposer aux actions du gouvernement et de ses institutions. Le particulier qui est

---

<sup>195</sup> Patrick Monahan, *Constitutional Law*, 2<sup>e</sup> éd., Irwin Law Inc., 2002, à la p. 409.

opposé au gouvernement est en état d'infériorité. C'est la puissance de l'État qui justifie l'existence de restrictions sous la forme d'un examen des actions de ce dernier fondé sur la *Charte*.

Certains observateurs font valoir que la distinction qui permet de dissocier entre les actions « privées » et les actions « publiques » aux fins de l'application de la *Charte* est artificielle. Ils soutiennent que cette distinction renforce un parti pris contre les membres les plus vulnérables de la société, qui ne peuvent se défendre eux-mêmes dans le cadre d'une relation individuelle caractérisée par un déséquilibre du pouvoir qui n'est pas contrôlé. Lorsque les tribunaux aggravent ce déséquilibre en confirmant la validité des contrats conclus par des parties inégales, un grave problème surgit.

Bien qu'il s'agisse d'une difficulté qui doit être traitée, nous ne devons pas oublier que les pressions exercées par la collectivité ne peuvent être assimilées à la coercition exercée par l'État. Lorsque la collectivité exerce une pression sur ses membres pour qu'ils prennent certaines décisions mais que l'État n'intervient pas, cela ne signifie pas que ce dernier a violé un droit garanti par la *Charte*. Celle-ci prévoit des limites quant au type de conduite que l'État peut adopter. La *Charte* devrait également limiter l'étendue des actions gouvernementales. La *Charte* n'est pas une loi facultative qui permet à l'État d'intervenir chaque fois qu'une personne a contrevenu à l'une de ses dispositions, peu importe qui est l'auteur de la violation.

Il ne me paraît pas évident que nous devions viser un niveau d'intrusion dans nos vies tel que celui qu'implique l'application de la *Charte* aux relations établies à titre privé. Il demeure entendu que, dans un domaine donné, le gouvernement peut décider qu'il est souhaitable d'adopter des mesures législatives afin d'assurer la conformité des comportements à une série de principes déterminés. Toutefois, cela n'enlève rien au fait que nous reconnaissons qu'il existe des domaines privés dans lesquels les gens devraient être libres de faire leurs propres choix sans qu'on les oblige à souscrire aux valeurs de l'État. La ligne de démarcation se déplace constamment; l'endroit où elle se situe est le résultat d'un dialogue constant entre le gouvernement, le public et les tribunaux.

Cela ne veut pas dire qu'il n'existe aucune autre forme de coercition. Cependant, le droit criminel prévoit des restrictions quant aux actes de coercition que les particuliers peuvent exercer. Le droit des contrats constitue la seule exception. Ainsi les particuliers, les personnes morales et les autres institutions du secteur privé peuvent établir des relations juridiques privées. Si une telle forme de relation n'était pas légalement acceptable, toutes les opérations seraient alors d'une façon ou d'une autre assujetties à la surveillance du gouvernement. L'acceptation de cette forme d'entente repose sur l'idée que les parties qui concluent une telle entente sont capables de prendre de telles décisions pour elles-mêmes. Suggérer que l'État devrait exercer une surveillance sur chacune des relations établies à titre privé serait présumer que personne n'est capable de prendre des décisions pour son propre compte. Cela dénote un degré de paternalisme que j'estime non approprié et qui constituerait une forme d'intrusion inacceptable.

## Considérations d'ordre constitutionnel

Ayant cela à l'esprit, il peut être utile de se demander si toutes les personnes qui concluent des ententes privées à l'égard de leurs affaires personnelles connaissent réellement suffisamment bien les droits qu'elles peuvent faire valoir ainsi que les obligations dont elles doivent s'acquitter, en conformité avec les lois de l'Ontario et les lois fédérales, pour être en mesure de prendre des décisions qui tiennent réellement compte de leurs besoins. Toutefois, il convient non pas de répondre à cette question en se fondant sur le droit constitutionnel mais plutôt de laisser le soin d'y répondre à la collectivité telle qu'elle est représentée par le législateur. De fait, le législateur pourrait bien décider que des groupes particuliers devraient être protégés contre des risques particuliers, comme il l'a fait par exemple en édictant une loi sur les normes d'emploi et une loi sur la protection du consommateur. La *Loi sur l'arbitrage* prévoit de fait un certain nombre de protections et, au terme de l'étude, je recommanderai l'adoption de protections supplémentaires qui reconnaissent les valeurs inhérentes à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Néanmoins, je ne crois pas que la Constitution interdise le recours à l'arbitrage pour régler des différends familiaux et successoraux.