

Quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois

Patrice Garant

Volume 40, numéro 2, 1999

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043546ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043546ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Garant, P. (1999). Quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois. *Les Cahiers de droit*, 40(2), 367–380. <https://doi.org/10.7202/043546ar>

Résumé de l'article

La notion d'ordre public appliquée au droit processuel a pris une dimension qui l'a peut-être dénaturée ; elle est largement devenue un ordre public de protection. Certes, plusieurs principes et règles ont un fondement constitutionnel ou législatif certain, mais le justiciable pourra fréquemment renoncer à la protection visée, et le juge en suspendre l'application. L'article 2 du *Code de procédure civile* énonce même que les dispositions d'ordre public dans ce code sont l'exception. En procédure administrative contentieuse, on trouve sensiblement la même idée : la jurisprudence invite à un dosage qui tient compte de la gravité de l'atteinte au droit, du statut du décideur et du contexte d'intervention. L'ordre public de direction comprend donc un ensemble limité de principes et règles intangibles, alors que l'ordre public de protection englobe un ensemble plus vaste de règles flexibles.

Quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois

Patrice GARANT*

La notion d'ordre public appliquée au droit processuel a pris une dimension qui l'a peut-être dénaturée ; elle est largement devenue un ordre public de protection. Certes, plusieurs principes et règles ont un fondement constitutionnel ou législatif certain, mais le justiciable pourra fréquemment renoncer à la protection visée, et le juge en suspendre l'application. L'article 2 du Code de procédure civile énonce même que les dispositions d'ordre public dans ce code sont l'exception. En procédure administrative contentieuse, on trouve sensiblement la même idée : la jurisprudence invite à un dosage qui tient compte de la gravité de l'atteinte au droit, du statut du décideur et du contexte d'intervention. L'ordre public de direction comprend donc un ensemble limité de principes et règles intangibles, alors que l'ordre public de protection englobe un ensemble plus vaste de règles flexibles.

The concept of public order as applied to processoral law has taken on a dimension that has perhaps denatured it ; it has largely become a protectionist type of public order. Granted, many principals and rules have a set constitutional or legislative basis, but citizen may frequently waive the intended protection, and the judge may suspend its application. Section 2 of the Code of Civil procedure even states that provisions dealing with public order in the code are an exception. In litigious administrative procedure, the same idea may be found : jurisprudence tends to recommend a mixture taking into account the seriousness of a violated right,

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

the status of the decision-maker, and the context in which action is taken. Managerial public order therefore covers a limited set of intangible principles and rules, while public order of a protectionist type encompasses a larger set of flexible rules.

	<i>Pages</i>
1. En matière de procédure civile	371
1.1 Certains principes	372
1.1.1 Le principe du contradictoire	372
1.1.2 Le principe de l' <i>ultra petita</i>	373
1.2 Certaines autres dispositions	373
1.2.1 Dispositions concernant la compétence	373
1.2.2 Dispositions concernant les voies de recours	373
1.2.3 Autres dispositions	374
2. En matière de procédure pénale	374
3. En matière de procédure administrative	376
3.1 Les dispositions législatives	377
3.2 Les principes ou règles jurisprudentiels	378
Conclusion	379

La notion d'ordre public est incontestablement l'une des notions que semble chérir le législateur québécois puisqu'il la situe au cœur de certaines des dispositions de base de notre droit civil et de notre droit judiciaire. Pourtant, il n'en donne aucune définition et la jurisprudence a rarement cherché à la définir ou à en préciser les traits essentiels. La Cour d'appel, dans un arrêt de 1967, énonçait ceci :

La notion d'ordre public étant essentiellement relative et variable, il est impossible, en l'absence d'une manifestation expresse de la volonté du législateur, de poser des règles précises qui permettraient de dire quelles sont, parmi les dispositions du Code de procédure, celles qui sont d'ordre public. Il semble que le mieux que l'on puisse faire à cet égard soit de mesurer la portée de la disposition envisagée et de chercher à déceler le motif qui aurait poussé le législateur à l'édicter. Si l'on peut conclure que la disposition est motivée par le souci de protéger quelque intérêt général et supérieur de l'administration de la justice, on dira qu'elle est d'ordre public¹.

1. *Mongrain c. Auger*, [1967] B.R. 332, 334.

Cette notion d'ordre public n'est pas immuable : « The notion of public order is not an immutable concept. Nor does it involve the same requirements in every context². »

Il appartient aux tribunaux de déterminer ce qu'est l'ordre public en tenant compte des valeurs et de l'évolution de la société. Selon la Cour d'appel,

[l']ordre public québécois ne se résume pas seulement aux valeurs protégées par les chartes ou par la législation ordinaire. En d'autres termes, cette notion n'est pas uniquement constituée d'un corpus législatif et ce n'est donc pas au seul législateur qu'il revient d'en définir le contenu.

L'ordre public est aussi judiciaire dans sa détermination. Les tribunaux ont le devoir de le sanctionner et de le modeler en prenant en compte les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution³.

La Cour supérieure exprime bien cette réalité fluide et quelque peu imprécise :

L'ordre public, c'est d'abord et avant tout l'intérêt social et général ; toutefois, cette notion d'intérêt social n'est pas statique, elle est appelée à changer dans le temps et l'espace.

Quelquefois, il est aisé pour les tribunaux de discerner que telle disposition ou telle loi est d'ordre public. En effet, lorsque le législateur édicte une disposition prohibitive, ce dernier impose sa « conception de l'ordre public qui doit prévaloir ou qui prévaut dans la société qu'il régleme. » Dans ces cas, le Tribunal discerne sans même avoir à réfléchir à son contenu, à sa définition⁴.

La jurisprudence et la doctrine contemporaines ont assoupli la rigueur de la conception classique de l'ordre public, en distinguant l'ordre public politique et l'ordre public économique, l'ordre public de direction et l'ordre public de protection⁵. Il en résulte que ce qui constituait une caractéristique essentielle de la théorie de l'ordre public classique, soit la nullité absolue qui s'imposait lors de la violation, n'est plus présent lorsque le justiciable peut renoncer à une disposition protectrice ou que le juge, à sa discrétion, peut en suspendre l'application ou encore que la conséquence de la violation n'est qu'une nullité relative⁶.

2. *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Construction Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, 2789 (C.A.).

3. *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, 2570 (C.A.); aussi *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73, 79 (C.A.).

4. *Sumner Sports Inc. c. Pavillon chasse et pêche (440) inc.*, [1987] R.J.Q. 2467, 2475 (C.S.); *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, [1992] R.J.Q. 987 (C.S.).

5. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 79 et suiv. *Belgo-Fisher (Canada) Inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.).

6. *Garcia Transport ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 529.

À notre avis, cette extension du concept d'ordre public l'a en quelque sorte dénaturé. Cela se vérifie amplement sur le plan du droit processuel. À partir du moment où un justiciable peut renoncer à invoquer une disposition de la loi, ou être présumé y avoir renoncé faute de l'avoir invoqué en temps utile, il est difficile, croyons-nous, de parler de disposition impérative d'ordre public. De la même façon, si le juge a le pouvoir de dispenser le justiciable de l'application rigoureuse d'une disposition, il est difficile de parler d'une disposition d'ordre public dont l'inobservance devrait même être soulevée d'office par le tribunal. Cette dénaturation de l'ordre public classique n'est peut-être pas aussi dramatique que l'on pourrait l'appréhender.

Signalons qu'au Canada et au Québec il y a eu constitutionnalisation dans les chartes des droits de certains principes et règles qui, de ce fait, sont effectivement considérés comme étant d'ordre public. Mentionnons notamment l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ qui dispose ceci : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

Au Québec, les articles 23 et 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ énoncent :

Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal.

Ces dispositions sont de portée générale et s'appliquent au contentieux civil, au contentieux pénal et au contentieux administratif. Il en va de même de l'article 9 de cette charte qui constitutionnalise en ces termes le secret professionnel :

Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils

7. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 24 (ci-après citée : « Charte canadienne »).

8. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée : « Charte québécoise »).

n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

Le droit d'invoquer le secret professionnel devant les tribunaux est d'ordre public, même si celui qui l'invoque doit démontrer à la satisfaction du juge qu'il est question de révélations de nature confidentielle obtenues par un professionnel dans l'exercice de sa profession⁹.

1. En matière de procédure civile

Le champ d'application de la notion d'ordre public est en apparence très vaste. La doctrine et même la jurisprudence énoncent certes que sont d'ordre public l'ensemble des lois portant sur l'administration de la justice¹⁰. Toutefois, un tel énoncé est trompeur, car l'article 2 du *Code de procédure civile*¹¹ dispose ceci :

Les règles de procédures édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction ; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. Ces dispositions doivent s'interpréter les unes par les autres et, autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément.

Les dispositions qui sont d'ordre public dans le Code font donc figure d'exception. Suivant la jurisprudence, en vertu de l'article 2, il est permis de remédier à l'inobservation des règles procédurales, à l'exception de celles qui sont d'ordre public, impératives ou fondamentales au point de ne souffrir aucune exception. Cette jurisprudence rejette le formalisme ou la théorie de la nullité pour informalité¹² : « La pensée dominante qui en inspire tout le nouveau Code c'est le désir d'enterrer le vieil adage que « la forme emporte le fond¹³ ». »

9. *Poulin c. Prat*, [1994] R.D.J. 301, 307 (C.S.); *Tempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571.

10. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 5, n° 102, p. 79; *MacEachern c. Margaritis*, [1969] B.R. 481; *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144.

11. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

12. *Vachon c. Québec (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 555, 561; *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147, 153; voir aussi F. CHARRETTE, « Du formalisme procédural : une critique de l'article 2 du *Code de procédure civile* », (1994) 39 R.D. McGill 263.

13. *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé*, [1992] 1 R.C.S. 426, 434; *Duquet c. Ste-Agathe-des-Monts (Ville de)*, [1977] 2 R.C.S. 1132, 1140.

La difficulté, dans ce contexte, réside dans la qualification des dispositions qui seront ou ne seront pas considérées comme étant d'ordre public. La Cour suprême rappelait récemment que « [t]out formalisme indu écarté, les dispositions impératives du Code [...] doivent être respectées, la procédure judicieusement observée demeurant une garantie additionnelle du respect des droits du justiciable¹⁴ ».

La Cour d'appel n'hésitait pas à affirmer que les arrêts de la Cour suprême ont mis en garde « contre une interprétation étroite ou rigoureuse du Code [...] qui serait de nature à retarder ou à mettre fin prématurément à la marche normale des procès¹⁵ ».

Nous tenterons, d'un côté, de saisir certains principes énoncés dans le Code qui ont été considérés comme étant d'ordre public. Dans un second temps, nous essaierons de repérer des irrégularités ou plus exactement des dispositions ayant donné lieu à des situations que certains tenaient pour irrégulières ou irrespectueuses du Code, mais qui, à la vérité, n'ont pas été jugées d'ordre public.

1.1 Certains principes

1.1.1 Le principe du contradictoire

Ce principe est consacré à l'article 5 du Code qui dispose ainsi : « Il ne peut être prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n'ait été entendue ou dûment appelée. »

Ce principe exige qu'une demande ait été formée, le terme « demande » ayant été considéré comme un terme générique. Toutefois, il ne donne pas nécessairement le droit à une audition orale, mais il exige qu'il y ait eu signification régulière de l'action ou du recours intenté. Ce principe protège non seulement la partie défenderesse immédiatement poursuivie, mais les tiers dont on sait que les droits peuvent être directement touchés par la décision sollicitée. Ce défaut de mettre en cause une partie intéressée est fondamental et peut être soulevé même en appel seulement.

Le principe du contradictoire exige que le tribunal entende équitablement les parties au litige et leur donne la possibilité de rectifier ou contredire toute déclaration pertinente préjudiciable à leur point de vue.

Contrairement à ce que certains semblent laisser entendre, l'article 5 du Code n'énonce un principe d'application que devant les cours de justice auxquelles s'applique le Code ; il ne s'agit pas de la règle *audi alteram*

14. *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé*, précité, note 13.

15. *Crawford c. Fitch*, [1980] C.A. 583, 586.

partem applicable à tout tribunal administratif ou quasi judiciaire, davantage consacré dans l'article 23 de la Charte québécoise.

1.1.2 Le principe de l'*ultra petita*

C'est un principe considéré comme étant d'ordre public que le tribunal ne doit pas se prononcer au-delà des conclusions recherchées par le demandeur ou requérant. Suivant la Cour d'appel, «l'ordre public exige, d'ailleurs, que le débat soit limité à ce qui est demandé¹⁶».

1.2 Certaines autres dispositions

1.2.1 Dispositions concernant la compétence

Les dispositions du Code concernant la compétence, ou ce que l'on appelle au Québec la «juridiction» d'un tribunal ont toujours été considérées comme étant d'ordre public¹⁷. C'est le cas de la compétence inhérente des cours supérieures, protégée d'ailleurs par l'article 96 de la Constitution¹⁸, de même que des «compétences d'attribution¹⁹». Ce principe vaut également à l'égard des tribunaux administratifs et quasi judiciaires²⁰. Le consentement des parties ne peut en aucune façon donner compétence à un tribunal²¹. Cela ne vaut toutefois pas pour la compétence *ratione personae* à laquelle la partie défenderesse peut renoncer.

1.2.2 Dispositions concernant les voies de recours

Au Québec, les controverses relatives au choix du recours approprié ont donné lieu à des prises de position jurisprudentielles assez souples. L'article 2 du Code a amené la Cour suprême et la Cour d'appel à déclarer qu'une demande ne doit pas être rejetée pour une simple question de forme quand le recours utilisé conduit au même résultat, à moins qu'il n'en résulte un préjudice réel et non un simple préjudice de droit. Ainsi ont été considérés comme acceptables et non contraires à l'ordre public les choix suivants :

16. *Boulais c. Hamel*, [1968] B.R. 561, 567 ; *Doyle c. Sparling*, [1987] R.D.J. 307 (C.A.).

17. *Corporation de Ste-Angèle de Monnoir c. Bérubé*, [1986] R.D.J. 590 (C.A.).

18. *Vachon c. Québec (Procureur général)*, précité, note 12 ; *Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220.

19. *International Image Services Inc. c. Ellipse Fiction/Ellipse Programme*, [1997] R.J.Q. 2808 (C.S.).

20. P. GARANT, *Droit administratif*, 4^e éd., t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, pp. 45-48.

21. *Corporation de Ste-Angèle de Monnoir c. Bérubé*, précité, note 17.

- l'action directe en nullité plutôt que la requête en rétractation de jugement ;
- l'action directe en nullité plutôt que la requête en évocation ;
- la requête en jugement déclaratoire plutôt que l'action en nullité ou des recours spéciaux en cassation ;
- la requête en jugement déclaratoire plutôt que l'action en nullité de clause contractuelle ;
- la requête d'injonction plutôt que la plainte (une des formes de l'action possessoire).

La jurisprudence estime que la distinction entre le fait de procéder par requête ou par action n'est pas en soi d'ordre public.

1.2.3 Autres dispositions

À l'occasion, la jurisprudence a eu à se prononcer sur certaines dispositions du Code. Ainsi, les dispositions concernant les moyens de non-recevabilité d'une demande ne sont pas d'ordre public²². Il en va de même des dispositions concernant la modification des actes de procédure²³, et cela, même en appel²⁴.

En revanche, certaines dispositions relatives à l'exécution des jugements ont un caractère d'ordre public : c'est le cas de celles qui concernent le décret d'adjudication en justice, notamment l'observation rigoureuse des formalités des articles 698, 699 et 700 relatifs à la vente en justice²⁵. Les dispositions relatives aux saisies avant jugement ayant un caractère exceptionnel doivent être appliquées avec rigueur, ce qui leur confère un caractère d'ordre public²⁶.

2. En matière de procédure pénale

Au Canada et au Québec, la doctrine énonce que les lois pénales ont un caractère d'ordre public²⁷. Sur le plan de la procédure pénale, il est toutefois difficile de mesurer la portée d'un tel énoncé. D'un côté,

22. D. FERLAND et B. ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 2^e éd., t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 217 et suiv. ; t. 2, p. 35.

23. *Paré c. Lachance*, [1976] R.P. 277 (C.S.) ; *Cogeco Design & Construction ltée c. Commission de la construction du Québec*, J.E. 89-330 (C.A.).

24. *Hamel c. Brunelle*, précité, note 12 ; *O'Neil c. Canadian International Paper Co.*, [1973] R.C.S. 802.

25. D. FERLAND et B. ÉMERY, *op. cit.*, note 22, t. 2, p. 257 et suiv.

26. *Id.*, p. 284.

27. J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 5, p. 80.

l'expression « ordre public » n'est pas employée dans le *Code criminel*²⁸ sinon pour signifier le bon ordre ou l'ordre dans la rue. De l'autre, sur le plan strictement procédural, le *Code criminel* contient certes des dispositions ayant un caractère impératif, mais un plus grand nombre se réfèrent à la volonté ou au choix des parties, notamment de l'accusé.

Ce qui est beaucoup plus important, chez nous, ce sont les principes constitutionnels consacrés par la Charte canadienne de 1982 au moyen des articles 7 à 15 qui inspirent depuis lors la jurisprudence. Ces principes sont appelés dans l'article 7 les « principes de justice fondamentale ». Ils sont expressément articulés dans les articles 8 à 15 ou ont été formulés par la Cour suprême dans quelques grands arrêts. On peut énoncer ainsi ces principes :

- le principe de la protection contre toute fouille, perquisition ou saisie abusive ;
- le principe de la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire ;
- le droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs d'une arrestation ou détention ;
- le droit d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise reprochée ;
- le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ;
- la protection contre l'auto-incrimination et le droit au silence ;
- le droit à la présomption d'innocence ;
- le droit à la divulgation de la preuve ;
- le droit à la mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable ;
- le droit au procès par jury dans le cas d'une infraction passible d'un emprisonnement de cinq ans ;
- la non-rétroactivité des peines ;
- le principe du « autrefois acquit autre fois convict » ou *non bis in idem* ;
- le bénéfice de la peine la moins sévère ;
- le droit à l'interprète ;
- le droit à l'égalité.

L'ensemble de la procédure pénale doit donc respecter ces principes de sorte que les dispositions mêmes du *Code pénal*²⁹ peuvent être invalidées

28. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, modifié par L.R.C. (1985), c. 2 (1^{er} supp.).

29. *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1.

pour inconstitutionnalité. Par ailleurs, la violation de ces principes entraîne soit l'arrêt des procédures, soit un verdict d'acquiescement.

Certains principes considérés comme étant d'ordre public en matière de procédure civile, par exemple l'autorité de la chose jugée, sont des principes constitutionnels dans le domaine du droit pénal.

En dehors de ces principes de justice fondamentale, il y en a certes certains autres qui peuvent être considérés comme étant d'ordre public, en ce qui concerne notamment les rapports entre la procédure civile et la procédure pénale.

Dans le droit québécois et canadien, le juge civil et le tribunal répressif peuvent être saisis simultanément ou consécutivement dans n'importe quel ordre. Il n'y a pas de chose jugée entre le jugement civil et le jugement pénal ni de litispendance. De plus, le juge civil n'est jamais tenu de surseoir à statuer parce que le tribunal répressif est saisi d'une affaire reposant sur les mêmes faits³⁰.

Il y a cependant une règle d'ordre public concernant les rapports entre justice civile et justice pénale. Elle est exprimée dans l'article 309 du Code qui confère le droit au témoin de refuser de témoigner s'il craint d'être incriminé ou exposé à une poursuite pénale en vertu des lois pénales du Québec ; sa réponse ne peut alors servir contre lui dans une telle poursuite pénale. Pour ce qui est des poursuites pénales en vertu des lois fédérales ou du Code criminel, c'est l'article 13 de la Charte canadienne qui offre la même protection. Quant à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*³¹, il s'applique aux poursuites civiles en vertu des lois fédérales devant les cours de justice du Québec.

3. En matière de procédure administrative

La doctrine enseigne que les lois administratives et fiscales sont d'ordre public, de même que les lois professionnelles que l'on considère comme rattachées au droit administratif³². Cela vaut-il pour la procédure administrative ?

Mentionnons tout d'abord que la procédure administrative rattachée à la justice administrative ou au contentieux administratif n'a pas la même portée ou ampleur dans un système d'unité juridictionnelle comme le nôtre. Il n'existe pas au Québec et au Canada un ordre complet de tribunaux

30. *Bélanger c. Lippé*, [1988] R.D.J. 39 (C.A.) ; *Kolomeir c. Forget & Co.*, [1972] C.A. 422.

31. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5.

32. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 5, p. 80.

administratifs comme en France ou dans les pays européens. Les tribunaux administratifs sont des juridictions inférieures spécialisées assujetties à des normes de procédure rarement codifiées et dispersées dans quelques lois particulières. Ces dispositions sont d'ailleurs peu nombreuses et complétées par les principes jurisprudentiels du droit administratif. Au-dessus de tout cela, on trouve certaines normes constitutionnelles contenues notamment dans les chartes des droits qui ont évidemment valeur d'ordre public.

Rares sont les dispositions procédurales des lois administratives qui peuvent être considérées comme étant d'ordre public au sens strict du terme, à moins qu'il ne s'agisse d'un ordre public de protection. Nous présumons, par ailleurs, que les dispositions qui ont valeur constitutionnelle, tels l'article 7 de la Charte canadienne et l'article 23 de la Charte québécoise, sont d'ordre public.

Nous dénombrerons deux catégories de dispositions procédurales contenues soit dans les lois ordinaires, soit dans les principes ou règles jurisprudentiels hérités de la common law de droit public.

3.1 Les dispositions législatives

La principale des lois québécoises digne de mention à ce titre est la récente *Loi sur la justice administrative*³³. Cette loi contient des dispositions procédurales impératives s'appliquant au Tribunal administratif du Québec ainsi qu'à tout autre organisme de l'ordre administratif chargé de trancher des litiges opposant un administré à une autorité administrative de niveau gouvernemental ou décentralisé. Voici quelques-unes de ces dispositions :

9. Les procédures [...] sont conduites de manière à permettre un débat loyal, dans le respect du devoir d'agir de façon impartiale.

10. L'organisme est tenu de donner aux parties l'occasion d'être entendues.

Les audiences sont publiques. Toutefois, le huis clos peut être ordonné, même d'office, lorsque cela est nécessaire pour préserver l'ordre public.

11. L'organisme est maître, dans le cadre de la loi, de la conduite de l'audience. Il doit mener les débats avec souplesse et de façon à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction.

Il décide de la recevabilité des éléments et des moyens de preuve et il peut, à cette fin, suivre les règles ordinaires de la preuve en matière civile. Il doit toutefois,

33. *Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1996, c. 54 : voir P. GARANT, « La réforme de la justice administrative au Québec », (1998) 13 *Revue française de droit administratif* 39, 43-55.

même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'utilisation d'une preuve obtenue par la violation du droit au respect du secret professionnel est réputée déconsidérer l'administration de la justice.

12. L'organisme est tenu :

1. de prendre des mesures pour délimiter le débat et, s'il y a lieu, pour favoriser le rapprochement des parties ;
2. de donner aux parties l'occasion de prouver les faits au soutien de leurs prétentions et d'en débattre ;
3. si nécessaire, d'apporter à chacune des parties, lors de l'audience, un secours équitable et impartial ;
4. de permettre à chacune des parties d'être assistée ou représentée par les personnes habilitées par la loi à cet effet ;

13. Toute décision rendue par l'organisme doit être communiquée en termes clairs et concis aux parties et aux autres personnes indiquées dans la loi.

La décision terminant une affaire doit être écrite et motivée, même si elle a été portée oralement à la connaissance des parties.

Cette même loi contient par ailleurs quelque 60 autres dispositions applicables au Tribunal administratif du Québec dont plusieurs ont un caractère impératif et peuvent dès lors être considérées comme étant d'ordre public.

Une autre loi de portée générale, le *Code des professions*³⁴, applicable notamment aux tribunaux disciplinaires des ordres professionnels et au Tribunal des professions (tribunal d'appel) contient également des dispositions sur la procédure contentieuse dont plusieurs sont impératives.

La jurisprudence n'a vraiment pas eu à se prononcer sur la qualification de ces dispositions comme étant d'ordre public ou non.

3.2 Les principes ou règles jurisprudentiels

La procédure administrative contentieuse, c'est-à-dire celle qui s'applique devant les tribunaux administratifs ou quasi judiciaires, a, surtout au Québec et au Canada, été élaborée par la jurisprudence comme partie de la common law de droit public. Dans le flot de cette jurisprudence évolutive et nuancée, il n'est pas facile de démêler ce qui est d'ordre public et ce qui ne l'est pas. En effet, cette jurisprudence vise à définir et à préciser ce que l'on appelle les « principes de justice fondamentale » ou « de justice naturelle » (*rules of natural justice*), en tenant compte du contexte,

34. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26.

de la nature des droits touchés, de la gravité de l'atteinte à ces droits, de la qualité du décideur, de la situation du justiciable, etc.³⁵.

De nos jours, ces principes de justice fondamentale ont donné lieu à des consécration constitutionnelles et législatives qui se superposent à la jurisprudence. Toutefois, cette dernière conserve une importance non négligeable. Elle considère que la violation des principes de justice fondamentale ou naturelle constitue un manquement assimilable à un excès de compétence qui rend invalide la décision rendue.

Ces principes fondamentaux qualifiés souvent de sacrés, vénérables, n'ont toutefois pas un caractère absolu dans la mesure où l'administré peut y renoncer, soit expressément, soit implicitement, ou encore dans la mesure où ils doivent être explicitement invoqués ; en effet, la Cour supérieure ne pourra pas d'office soulever un manquement, comme elle pourrait le faire s'il s'agissait d'un excès de compétence *ratione materiae*. Ainsi la Cour suprême a-t-elle refusé de qualifier d'ordre public ces principes, ou du moins hésite-t-elle à le faire, et la nullité qui sera judiciairement déclarée n'est pas une nullité absolue mais une nullité relative³⁶.

Conclusion

Nous avons avancé que la notion classique d'ordre public a été à certains égards dénaturée à partir du moment où on l'a étendue à ce que l'on a appelé l'« ordre public de protection ». Il s'agit certes dès lors d'un ordre public diminué dans la mesure où les dispositions visées n'ont pas un caractère absolu ou absolument impératif. Ce sont des dispositions de protection procédurale à laquelle le justiciable peut renoncer ou des dispositions dont le juge peut suspendre l'application ou qu'il peut refuser de sanctionner.

Même lorsque ces dispositions ont un caractère constitutionnel parce qu'elles sont contenues dans les chartes des droits, l'idée d'un ordre public de protection n'est toutefois pas inutile. Ce qui peut être considéré comme étant d'ordre public, c'est le droit pour le justiciable d'invoquer une disposition protectrice ; ce droit doit alors être sanctionné par le tribunal. Toutefois, il est concevable d'admettre que le justiciable puisse ne pas invoquer ce droit ou y renoncer. De la même façon, on peut concevoir que le non-respect d'une disposition protectrice ne puisse être invoqué s'il ne cause aucun préjudice.

35. Voir P. GARANT, *op. cit.*, note 20, t. 2, chap. XV et XVI.

36. *Id.*, pp. 224-226 ; *Harelkin c. University de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 585.

Sur le plan du droit processuel, il nous faut distinguer deux régimes juridiques de l'ordre public. Le régime de l'ordre public de direction concerne des dispositions qui ont un caractère absolu, intangible ; cela vaut également pour certains principes généraux du droit, tels le principe du contradictoire et le principe de l'*ultra petita*. Par ailleurs, le régime de l'ordre public de protection, qui concerne un ensemble beaucoup plus vaste, englobe des dispositions ou des principes ou règles à caractère plus flexible.

On peut se demander en terminant s'il est vraiment utile de qualifier d'ordre public des dispositions procédurales qui n'ont pas un caractère absolu. Certains répondront que l'utilité se situe davantage sur le plan psychologique, sur le plan des symboles. Le fait d'affirmer qu'une disposition ou qu'une règle est d'ordre public manifeste son importance comme élément de protection du justiciable dans le dédale souvent complexe de la procédure contentieuse, aussi bien civile que pénale, constitutionnelle ou administrative.