
**La Charte et la modification des programmes
gouvernementaux : l'exemple de l'injonction structurelle
en droit américain**

Ghislain Otis*

Plusieurs tribunaux canadiens ont récemment conclu que des programmes et services offerts par le gouvernement étaient incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* tout en soulevant la question du rôle du pouvoir judiciaire dans le processus de réorganisation de ces programmes. L'auteur aborde ce problème sous un angle comparatif et examine la technique de l'injonction « structurelle », forme d'ordonnance mandatoire qui fut développée aux États-Unis dans ce contexte. Après avoir retracé les origines de l'injonction structurelle, l'auteur s'attarde à en expliciter le fondement et les limites. Il démontre qu'en plus des difficultés techniques que suscitent ces ordonnances, la mise en oeuvre des réformes qu'elles imposent se heurte parfois à une résistance ouverte de la part des structures administratives en place. Il conclut enfin avec un parallèle entre l'état actuel du droit canadien sur la question des ordonnances de portée structurelle et l'évolution qu'a connue la jurisprudence américaine en la matière.

In recent cases, the courts have been asked to remedy breaches of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by ordering substantial changes in the scope and nature of governmental programmes. Such a remedial approach raises the issue of the proper role of the judiciary in reforming public services to conform to the *Charter*. The author looks at the experience of the American courts who have long been involved in reshaping governmental institutions through the « structural injunction ». The author traces the origins of the structural injunction and explains its foundations and constraints. He examines the technical difficulties involved in designing structural decrees and supervising their implementation and describes how American judges contend with governmental resistance to such decrees. Lastly, he compares the evolution of the structural injunction in the United States to the present state of the law with regard to equivalent remedies in Canada.

* Professeur adjoint, Université Laval.

*Sommaire***Introduction**

- I. Les origines de l'injonction structurelle
- II. Le fondement et les limites de l'injonction structurelle
- III. Les problèmes d'efficacité et de légitimité
- IV. L'élaboration de l'ordonnance
- V. La mise en oeuvre de l'ordonnance

Conclusion

* * *

Introduction

La *Charte canadienne des droits et libertés*¹ ne se limite pas à baliser le pouvoir de l'État. Les garanties constitutionnelles qui y sont énoncées exigent parfois, directement ou indirectement, la réorganisation des programmes gouvernementaux ou la transformation des services publics. Ainsi, la récente affaire *R. c. Askov*² a mis en lumière la nécessité pour le gouvernement de mettre en place des réformes administratives importantes lorsque des carences chroniques dans le financement et l'organisation de la justice pénale créent des retards systémiques attentatoires au droit, reconnu au paragraphe 11(b), de tout inculpé de subir son procès dans un délai raisonnable. De même, l'affaire *Mahé c. Alberta*³ a démontré que les dispositions de l'article 23 octroyant aux minorités de langue officielle des droits scolaires commandent la restructuration des systèmes scolaires existants ou la mise en place de services comportant des structures inédites⁴. La Cour suprême du Canada a également laissé entendre que la discrimination systémique constitue l'une des cibles particulières de l'article 15 qui

¹Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

²[1990] 2 R.C.S. 1199, 74 D.L.R. (4th) 355 [ci-après *Askov*].

³[1990] 1 R.C.S. 342, 68 D.L.R. (4th) 69, 3 W.W.R. 97 [ci-après *Mahé* cité aux R.C.S.].

⁴Voir P. Foucher, « L'article 23 de la *Charte* : Bilan de sept années d'interprétation judiciaire » dans G.-A. Beaudoin, éd., *Ainsi évolue la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, 161.

protège les droits à l'égalité⁵. En fait, par delà la dichotomie parfois trompeuse entre les droits positifs et les droits négatifs⁶, plusieurs dispositions de la *Charte* sont potentiellement porteuses de mutations dans le fonctionnement et l'organisation des programmes gouvernementaux⁷.

Par ailleurs, le rôle privilégié des tribunaux dans le processus de mise en oeuvre des devoirs découlant de la *Charte* a été clairement reconnu à l'article 24⁸. La Cour suprême du Canada semble, à ce jour, avoir généralement accordé à cette mission judiciaire toute l'importance qu'elle mérite⁹. Les tribunaux ont déployé toute une batterie de techniques compensatoires ou restitutoires en vue de redresser les atteintes de l'État aux droits découlant de la *Charte*¹⁰. Ils ont aussi à l'occasion adopté une démarche prospective fondée sur la prévention¹¹ et la dissuasion¹². Mais jusqu'où les juges peuvent-ils aller en vue d'amener le

⁵*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 aux pp. 172-75, 56 D.L.R. (4th) 69 [ci-après *Andrews* cité aux R.C.S.]

⁶Pour une étude détaillée de cette distinction qui est d'abord apparue aux États-Unis, on pourra consulter D.P. Currie, « Positive and Negative Constitutional Rights » (1986) 53 U. Chi. L. Rev. 864.

⁷Il semble, par exemple, que la Cour suprême n'ait pas rejeté catégoriquement la possibilité que l'article 7 soit, dans certains cas, le fondement d'une obligation pour le gouvernement de mettre en place les services et ressources essentiels à la vie et la sécurité des personnes : *Irwin Toy Ltée c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927 aux pp. 1003-04, 58 D.L.R. (4th) 577. Les tribunaux ontariens auront d'ailleurs à aborder une question semblable dans l'affaire *Jane Doe c. Metro Toronto Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396, 48 C.C.L.T. 105 (Ont. H.C.). Par ailleurs, le droit de vote énoncé à l'article 3 comporte l'obligation d'établir ou de maintenir des structures électorales appropriées : *Hoogbruin c. P.G. Colombie-Britannique* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718, 2 W.W.R. 700 (C.A.), 70 B.C.L.R. 1 ; *Re Lukes and Badger* (1986), 21 C.R.R. 379 (C.A. Man.) ; *Lévesque c. P.G. Canada* (1985), [1986] 2 C.F. 287, 25 D.L.R. (4th) 184 (1re inst.).

⁸Le paragraphe 24(1) se lit comme suit :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente *charte*, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

⁹Voir notamment *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 598, 39 D.L.R. (4th) 481 ; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, 45 C.C.C. (3d) 204 ; *B.C.G.E.U. c. P.G. Colombie-Britannique*, [1988] 2 R.C.S. 214, 53 D.L.R. (4th) 1 ; *Askov, supra*, note 2. Dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 à la p. 196, 60 D.L.R. (4th) 609, M. le juge Lamer déclarait que la mission des tribunaux d'accorder une réparation convenable et juste constitue « leur fonction la plus importante sous le régime de la *Charte* ».

¹⁰P. Béliveau, « L'octroi d'une réparation en vertu de l'article 24 de la *Charte* des droits et libertés » (1988) 67 R. du B. can. 622 ; A. Morel, « Le droit d'obtenir réparation en cas de violation de droits constitutionnels » (1984) 18 R.J.T. 253.

¹¹La Cour suprême admet que l'on puisse se fonder sur le paragraphe 24(1) en vue d'empêcher une violation anticipée des droits ; *Operation Dismantle Inc. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441 aux pp. 450 et 486, 18 D.L.R. (4th) 481 ; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985 aux pp. 991-92, 41 C.C.C. (3d) 523.

¹²Les tribunaux ont à l'occasion octroyé des dommages exemplaires : *Crossman c. R.*, [1984] 1 C.F. 681, 9 D.L.R. (4th) 588 (1re inst.) ; *Lord c. Allison* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 300 (C.S.) ; *Freeman c. West Vancouver* (1991), 24 A.C.W.S. (3d) 936 (C.S.C.-B.) ; *Rollison c. Canada* (1991), 25 A.C.W.S. (3d) 258 (C.F. 1re inst.).

gouvernement à se plier aux diktats de la *Charte* ? Dans quelle mesure les changements parfois rendus nécessaires par les garanties constitutionnelles peuvent-ils être enclenchés, et même encadrés, par le pouvoir judiciaire¹³ ? La controverse entourant l'ordonnance émise par la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Schachter c. R.*¹⁴ met bien en relief la question des limites au rôle que le pouvoir judiciaire peut être légitimement appelé à jouer dans la réalisation des transformations nécessaires à la protection des droits. La majorité de la Cour dans *Schachter* a estimé qu'il était convenable et juste, aux fins du paragraphe 24(1), d'ordonner l'élargissement d'un programme fédéral d'allocations familiales de manière à satisfaire à l'impératif constitutionnel de l'égalité de protection de la loi¹⁵. La Cour venait donc pallier les insuffisances législatives par la mise en application positive et prospective de la norme constitutionnelle.

Comme plusieurs autres problèmes de mise en oeuvre de la *Charte*, la question du rôle du pouvoir judiciaire dans la restructuration des programmes et des services gouvernementaux incompatibles avec la constitution a suscité la réflexion et la controverse depuis des décennies aux États-Unis. C'est autour du phénomène de l'« injonction structurelle », un type particulier d'ordonnance mandatoire pouvant faire du juge le maître d'oeuvre de réformes institutionnelles, que s'est cristallisé le débat¹⁶. Cette expérience américaine dont traiteront les pages qui suivent pourrait être riche en enseignements pour les tribunaux canadiens. Ces derniers sont en effet de plus en plus appelés à user du large mandat découlant de l'article 24 de la *Charte* pour donner leur pleine efficacité pratique à des droits et libertés dont l'effet, direct ou indirect, est de contraindre les gouvernements à revoir leur façon d'organiser et d'administrer les services publics¹⁷.

Après avoir rappelé brièvement les origines de l'injonction structurelle, nous définirons son fondement juridique de même que ses limites de principe. Nous évoquerons aussi les principaux obstacles à l'efficacité et la légitimité de

¹³Madame la juge McLachlin de la Cour suprême du Canada aborde ces questions dans « The Role of the Court in the Post-Charter Era : Policy-Maker or Adjudicator ? » (1990) 39 U.N.B.L.J. 43, notamment aux pp. 56-63.

¹⁴[1990] 2 C.F. 129, 66 D.L.R. (4th) 635, 108 N.R. 123 (C.A.) [ci-après *Schachter* cité aux C.F.].

¹⁵La majorité rejeta les objections voulant que ce type de redressement amenait les juges à réécrire la loi et à empiéter sur le pouvoir du Parlement d'affecter des fonds publics, *ibid.* aux pp. 148-52. Les problèmes soulevés par l'affaire *Schachter* sont étudiés dans N. Duclos et K. Roach, « Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": A Comment on *R. v. Schachter* » (1991) 36 R.D. McGill 1 ; G. Bugeaud, « Extension as a Charter Remedy » (1991) 55 Sask. L. Rev. 143.

¹⁶L'expression « injonction structurelle » s'est répandue aux États-Unis principalement en raison de l'influence de l'important ouvrage du professeur O. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

¹⁷Le rôle possible de l'injonction structurelle dans la mise en oeuvre de la *Charte* fait l'objet d'analyses dans N. Gillespie, « Charter Remedies : The Structural Injunction » (1990) 11 Advocates Q. 190 et R.J. Sharpe, « Injunctions and the Charter » (1984) 22 Osgoode Hall L.J. 473.

ce type d'ordonnance pour ensuite en expliquer le processus d'élaboration et d'application.

I. Les origines de l'injonction structurelle

À la faveur d'une interprétation de plus en plus généreuse du *Bill of Rights*¹⁸, notamment des droits à l'égalité et du « due process »¹⁹, les tribunaux américains ont été amenés, dans la foulée de la deuxième guerre mondiale, à se pencher sur le sort réservé par les corps publics à divers groupes défavorisés tels les noirs, les détenus et les personnes internées dans des établissements psychiatriques. Ils ont découvert des situations graves de discrimination raciale dans le fonctionnement et l'organisation même de certaines institutions gouvernementales de divers niveaux. Dans la célèbre affaire *Brown c. Board of Education (Brown 2)*²⁰, la Cour suprême des États-Unis a établi la responsabilité des tribunaux fédéraux de mettre tout en oeuvre, dans les limites du pouvoir judiciaire, pour éliminer les structures et pratiques discriminatoires.

Devant l'incapacité des institutions à se renouveler dans le sens prescrit par la jurisprudence constitutionnelle, les tribunaux entreprirent de contraindre les autorités à enrayer la ségrégation raciale dans les établissements publics d'enseignement ainsi que dans les politiques résidentielles. Pour ce faire, ils eurent recours à des ordonnances mandatoires complexes et de portée considérable. On qualifie de « structurelles » ces injonctions souvent très interventionnistes par lesquelles les juges obligent l'administration à réorganiser ses programmes afin de les rendre conformes à la constitution²¹. D'abord élaborée dans le contexte des droits à l'égalité, l'injonction structurelle devint par la suite un moyen d'assurer le respect d'autres garanties telles la protection contre les peines cruelles

¹⁸U.S. Const. amend. I-XXVI.

¹⁹Ces droits sont reconnus par le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis dont les passages pertinents se lisent comme suit :

[...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ; or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws [...].

²⁰349 U.S. 294 (1955) [ci-après *Brown 2*].

²¹Le professeur P.H. Schuck a bien résumé les principales caractéristiques de ce genre d'ordonnance :

The remedy's purpose is to alter broad social conditions by reforming the internal structural relationships of government agencies or public institutions. Instrumentally, it operates through the forward-looking, mandatory injunction but assumes a relatively intrusive form, a more or less detailed order whose prescriptions displace significant areas of defendants' discretion. It relies upon a rather fluid, group-oriented party structure and often demands an active, administrative role for the judge (*Suing Government : Citizen Remedies for Official Wrong*, New Haven, Yale University Press, 1983 à la p. 151).

et inusitées²² et le *due process*. Les tribunaux en vinrent parfois à ordonner la fermeture pure et simple ou la réforme en profondeur de diverses institutions, notamment des prisons²³ et des hôpitaux psychiatriques²⁴, lorsque les conditions qui y prévalaient portaient atteinte à la sécurité et la dignité des personnes.

L'ampleur de certaines de ces ordonnances s'explique principalement par la conception qu'ont les tribunaux de leur rôle de gardiens de la constitution, et par la nature particulière des violations en cause. La Cour suprême a souvent réaffirmé le sens de la mission dévolue au pouvoir judiciaire dans l'application de la loi fondamentale. Cette mission ne se limite pas à réparer de manière rétrospective le préjudice subi par la victime d'un acte inconstitutionnel. Il incombe en plus aux tribunaux de faire le nécessaire pour mettre fin prospectivement aux situations d'inconstitutionnalité²⁵. Une injonction prohibitive traditionnelle interdisant toute nouvelle contravention aux droits peut suffire lorsqu'une atteinte est imputable à une disposition législative spécifique, à une politique administrative particulière, ou encore à un type précis d'acte matériel attribuable à des individus identifiables au sein d'une organisation bureaucratique. Mais les juges ont réalisé que la violation systémique et institutionnelle des droits peut rarement être enrayerée par le biais de simples injonctions prohibant ou ordonnant l'exécution de gestes précis et limités. Lorsque les manifestations d'inconstitutionnalité sont structurelles, multiples et changeantes, elles peuvent nécessiter des mesures positives complexes.

C'est toutefois le caractère persistant et souvent délibéré de la violation des garanties constitutionnelles qui conduit les tribunaux à adopter une attitude interventionniste à l'égard des pouvoirs publics²⁶. La jurisprudence indique que,

²²Le huitième amendement stipule que : « Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted ».

²³La saga des prisons de l'Arkansas constitue encore aujourd'hui l'épisode le plus marquant du contentieux « structurel » relatif aux droits des détenus. Voir notamment la longue série de décisions impliquant un dénommé Holt résumées dans T. Eisenberg et S.C. Yeazell, « The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation » (1979-80) 93 Harv. L. Rev. 465 aux pp. 470-73.

²⁴*Wyatt c. Stickney*, 344 F. Supp. 373 (1972) est le cas le plus célèbre de réforme judiciaire d'établissements psychiatriques. Voir Note, « The Wyatt Case : Implementation of a Judicial Decree Ordering Institutional Change » (1974-75) 84 Yale L.J. 1338.

²⁵Dans l'affaire *Louisiana c. United States*, 380 U.S. 145 (1965), la Cour affirmait à la p. 154 : « [T]he court has not merely the power but the duty to render a decree which will so far as possible eliminate the discriminatory effects of the past as well as bar like discrimination in the future ». Voir aussi *Columbus Board of Education c. Penick*, 443 U.S. 449 (1979) aux pp. 459-61 ; *Swann c. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971) aux pp. 15-16 [ci-après *Swann*].

²⁶L'impact qu'a eu la résistance politique et bureaucratique sur l'évolution de l'injonction structurelle a fait l'objet d'une étude magistrale : P. Gewirtz, « Remedies and Resistance » (1983) 92 Yale L.J. 585. L'auteur y note, à la p. 588 :

It was the relentless refusal of citizens and public officials to accept the meaning of *Brown* — their persistent failure to accept change and to act in good faith to implement the law — that required the courts to intrude with such coercion, with such detail, with

de façon générale, l'injonction structurelle est loin d'être une technique vers laquelle on se tourne allègrement ; il s'agit en réalité d'une solution de dernier recours²⁷. Les tribunaux sont conscients de leur compétence technique limitée en matière d'administration publique, ils connaissent de plus les contraintes inhérentes au processus de décision judiciaire et la menace que représente pour leur autorité toute contestation sérieuse de la légitimité de leur intervention. Ils doivent ainsi naviguer entre deux écueils puisque tout en se souciant de préserver l'autonomie des corps publics, ils veulent éviter de trahir leur mission de sauvegarde de la constitution. Il convient cependant, avant d'examiner en détail ces problèmes d'efficacité et de légitimité, d'identifier le fondement et les limites du pouvoir qu'ont les tribunaux d'élaborer et d'appliquer des ordonnances structurelles.

II. Le fondement et les limites de l'injonction structurelle

C'est d'une préoccupation pour la sanction effective des droits que découle le phénomène de l'injonction structurelle. Dans *Brown 2*, la Cour suprême des États-Unis a mis de l'avant une interprétation large des pouvoirs traditionnels des tribunaux en *equity* pour justifier l'émission d'ordonnances mandatoires complexes visant à réorganiser ou à transformer les services publics. La Cour expliqua que « [t]raditionally, equity has been characterized by a practical flexibility in shaping its remedies and by its facility for adjusting and reconciling public and private needs »²⁸. La Cour faisait valoir quelques années plus tard que « the scope of a district court's equitable powers to remedy past wrongs is broad, for breadth and flexibility are inherent in equitable remedies »²⁹. Grâce à cette large discrétion, les tribunaux sont en mesure d'adapter la portée du redressement qu'ils octroient à l'ampleur de la violation constitutionnelle qu'ils constatent³⁰. Une violation systémique de la constitution peut dès lors donner lieu à un remède de portée systémique³¹.

such stubborn patience and courage, and with strategic and managerial preoccupations that strained the boundaries of the traditional judicial function.

²⁷*Supra*, note 21 aux pp. 189-96.

²⁸*Supra*, note 20 à la p. 300.

²⁹*Swann, supra*, note 25 à la p. 15. Voir aussi *Spallone c. United States*, 110 S. Ct. 625 (1990) à la p. 639 [ci-après *Spallone*].

³⁰La Cour suprême des États-Unis a affirmé à cet égard que « the scope of the remedy is determined by the nature and extent of the violation » (*Milliken c. Bradley*, 433 U.S. 267 (1977) à la p. 270 [ci-après *Milliken*]).

³¹Special Project, « The Remedial Process in Institutional Reform Litigation » (1978) 78 Colum. L. Rev. 784 à la p. 855 :

After the finding of a system-wide pattern of violation, however, the remedial powers of the district courts are sufficiently broad to permit the thorough reform of the defendant institution if necessary to alleviate those violations. These reforms may include changes both in the structure and in the procedures of the defendant.

La discrétion judiciaire en matière d'ordonnances mandatoires n'est toutefois pas sans borne³². Elle ne va pas jusqu'à permettre l'adoption de mesures qui excéderaient le degré d'interventionnisme requis pour mettre un terme à la situation d'inconstitutionnalité. Ce principe de proportionnalité exige une intervention adaptée aux exigences de la constitution et non à ce que le tribunal estime par ailleurs souhaitable d'un point de vue social³³. Les tribunaux doivent de plus, en élaborant et en appliquant une injonction structurelle, tenir compte du mandat qu'ont les élus d'administrer eux-mêmes les affaires publiques dans les limites de la constitution. La Cour suprême a récemment rappelé aux juges qu'ils ne doivent pas, par excès de zèle réformateur, entraver inutilement l'autonomie décisionnelle et opérationnelle des corps publics.³⁴

Les juridictions d'appel, particulièrement la Cour suprême, se montrent d'ailleurs prêtes à réviser des ordonnances qui constituent un abus de la discrétion judiciaire. Deux décisions récentes illustrent bien cette notion d'abus de discrétion. Dans l'affaire *Jenkins*³⁵, le juge de première instance, après avoir fait un constat de ségrégation raciale dans un réseau d'écoles publiques, avait ordonné une réforme dont le coût total s'élevait à 260 millions de dollars. Comme la législation de l'État en cause empêchait les autorités scolaires d'augmenter les taxes afin de financer la réforme, le juge décréta lui-même une augmentation des taxes en vue d'assurer la disponibilité des fonds nécessaires³⁶. La Cour suprême estima que le juge avait commis un abus de discrétion en tentant ainsi de pallier les carences de la législation fiscale par l'exercice direct d'un pouvoir judiciaire de taxation. Il s'agissait là, aux yeux de la plus haute juridiction américaine, d'une ingérence injustifiée dans les fonctions traditionnelles des gouvernements locaux, étant donné que le tribunal disposait d'autres moyens pour exiger le financement de la réforme scolaire qu'il avait imposée³⁷.

Dans *Spallone*³⁸ la Cour de district tenta à de nombreuses reprises, mais en vain, d'amener la ville défenderesse à prendre des mesures spécifiques pour mettre fin à sa politique bien établie de discrimination raciale dans la localisa-

³²Comme la Cour suprême des États-Unis le soulignait récemment : « [...]while remedial powers of an equity court must be adequate to the task ... they are not unlimited » (*Spallone, supra*, note 29 à la p. 632) ; voir aussi *Missouri c. Jenkins*, 110 S. Ct. 1651 (1990) à la p. 1663 [ci-après *Jenkins*] ; *Whitcomb c. Chavis*, 403 U.S. 124 (1971) à la p. 161.

³³*Supra*, note 30 à la p. 280.

³⁴*Jenkins, supra*, note 32 à la p. 1663, où la Cour écrit que « one of the most important considerations governing the exercise of equitable power is a proper respect for the integrity and function of local government institutions ». Voir aussi *Spallone, supra*, note 29, où la Cour suprême rappelle, à la p. 632, que « [T]he federal courts in devising a remedy must take into account the interests of states and local authorities in managing their own affairs, consistent with the Constitution ». La Cour ne faisait que réitérer les propos tenus dans *Milliken, supra*, note 30 aux pp. 280-81.

³⁵*Supra*, note 32.

³⁶*Jenkins c. Missouri*, 672 F. Supp. 400 (W.D.Mo. 1987).

³⁷*Supra*, note 32 à la p. 1663.

³⁸*Supra*, note 29.

tion et l'attribution d'unités de logement à loyer modique. Le juge en vint à ordonner à la ville et à ses conseillers, sous peine d'amende et d'emprisonnement, d'adopter à l'intérieur d'un délai précis un règlement au contenu déterminé³⁹. Les conseillers et la ville furent par la suite frappés de condamnations pour outrage au tribunal après avoir refusé d'adopter le règlement requis⁴⁰. La Cour suprême statua que le juge avait abusé de sa discrétion en imposant de lourdes peines aux conseillers. Selon la Cour, pareille sanction était de nature à fausser le processus législatif normal en incitant les conseillers à voter non pas en fonction de l'intérêt des contribuables mais strictement en vue de sauvegarder leurs intérêts privés. Cette atteinte au processus législatif n'était pas nécessaire puisque des sanctions portées contre la ville auraient suffi pour la contraindre à adopter le règlement modifiant ses programmes discriminatoires⁴¹. Tout comme dans *Jenkins*, le tribunal avait donné à son intervention une portée disproportionnée par rapport à ce qui était requis par les circonstances⁴².

La reconnaissance d'un devoir de modération ne signifie nullement en pratique que les ordonnances interventionnistes sont très rares. Lorsqu'elle estime que la suprématie même de la constitution est en cause, la Cour suprême n'hésite pas à donner son aval à des mesures lourdement contraignantes. Dans *Spallone*, par exemple, la Cour, après avoir évoqué le besoin de retenue, entérina l'imposition à la ville d'une amende allant jusqu'à un million de dollars par jour afin de la forcer à adopter une réglementation complexe imposée par le juge de première instance. L'audace de la Cour devient peut-être plus compréhensible lorsque l'on sait que la ville défiait ouvertement l'autorité du tribunal depuis des années, obéissant ainsi à la volonté fortement majoritaire des contribuables. La ville n'accepta de se conformer à l'ordonnance que lorsqu'elle fut littéralement acculée à la ruine financière. Après deux semaines de résistance, les autorités avaient dû mettre en place des mesures d'urgence comportant, entre autres, des restrictions à la collecte des ordures, la fermeture de toutes les bibliothèques et de tous les parcs municipaux, ainsi que la mise à pied de 447 employés. Ce n'est que parce qu'il craignait devoir renvoyer un autre groupe de 1 100 fonctionnaires que le conseil municipal se résigna à voter en faveur du règlement de déségrégation⁴³. L'affaire *Jenkins* offre un autre exemple d'interventionnisme. Même si elle nie au juge la possibilité d'imposer directement une hausse de taxe, la Cour lui reconnaît le pouvoir de contraindre les autorités scolaires à lever une taxe foncière en marge du cadre législatif établi⁴⁴. En réponse aux

³⁹Pour un résumé de cette véritable saga judiciaire voir *ibid.* aux pp. 628-31.

⁴⁰*United States c. City of Yonkers*, 356 F.2d. 444 (2nd. Cir. 1988).

⁴¹*Spallone*, *supra*, note 29 aux pp. 634-35.

⁴²Selon la Cour, le tribunal avait outrepassé le niveau de contrainte requise pour réaliser la fin poursuivie : « a court must exercise « [t]he least possible power adequate to the end proposed » (*ibid.* à la p. 635).

⁴³*Ibid.* à la p. 633.

⁴⁴*Supra*, note 32 aux pp. 1665-66.

objections voulant que l'attribution d'un pouvoir *ad hoc* de taxation outrepassé le cadre de la fonction judiciaire, la Cour répond : « a court order directing a local government body to levy its own taxes is plainly a judicial act within the power of a federal court »⁴⁵. S'exprimant au nom de la majorité, le juge White est d'avis que le législateur ne peut empêcher les conseils scolaires de se conformer à la constitution en les privant de pouvoirs fiscaux adéquats⁴⁶. Pour les juges dissidents, par contre, la décision de la majorité vient instituer un régime de taxation sans représentation au mépris des principes qui fondent le système américain de gouvernement⁴⁷.

Ces deux jugements récents illustrent le dilemme qui se trouve au coeur de la problématique de l'injonction structurelle. La Cour suprême des États-Unis, pour des raisons d'efficacité et de légitimité, préfère en principe laisser aux pouvoirs législatif et exécutif la tâche d'adapter les institutions aux exigences de la constitution. C'est ainsi qu'elle veille à ce que les juridictions inférieures n'abusent pas de leur discrétion en matière de redressement. En même temps, sa recherche d'une sanction efficace des droits peut la conduire, par défaut, à se substituer à ces pouvoirs d'une manière dont la légitimité est elle-même contestée. La section qui suit aborde les principaux aspects de ce dilemme.

III. Les problèmes d'efficacité et de légitimité

L'injonction structurelle vise une transformation durable des politiques, des pratiques et des structures qui caractérisent un programme ou un service donné. Une transformation de ce genre représente une entreprise problématique, même lorsque c'est le pouvoir législatif ou exécutif qui en est le maître d'oeuvre, puisque la complexité des grandes organisations bureaucratiques constitue en soi un obstacle au changement aussi important que l'incompétence ou la résistance des agents publics⁴⁸. La difficulté de la tâche se trouve accentuée lorsque ce sont les juges qui s'y attaquent. La compétence technique des juges est peu contestable tant qu'ils s'acquittent de leurs fonctions traditionnelles de définition et d'interprétation des droits. Leur expertise est certes moins évidente, toutefois, quand il s'agit de déterminer le genre de mesure susceptible d'aboutir à une réforme institutionnelle efficace. Le succès d'une telle démarche

⁴⁵*Ibid.* à la p. 1665.

⁴⁶*Ibid.* à la p. 1666 :

Even though a particular remedy may not be required in every case to vindicate constitutional guarantees, where (as here) it has been found that a particular remedy is required, the State cannot hinder the process by preventing a local government from implementing that remedy.

⁴⁷Le juge Kennedy a rédigé les motifs des juges dissidents. Il déplore d'entrée de jeu que « Today's casual embrace of taxation imposed by the unelected, life-tenured federal judiciary disregards fundamental precepts for the democratic control of public institutions » (*ibid.* à la p. 1667).

⁴⁸Note, « Implementation Problems in Institutional Reform Litigation » (1977) 91 Harv. L. Rev. 428 aux pp. 432-35.

exige une connaissance approfondie des contextes bureaucratique, budgétaire, social et politique dans lesquels s'insère le programme ou le service que l'on s'attache à modifier. Il dépend également d'une aptitude particulière à arbitrer une pluralité d'intérêts concurrents et à régler des problèmes difficiles de répartition des ressources publiques. De par leur formation et leur expérience les juges ne remplissent pas d'emblée ces conditions. Ils sont rarement appelés, dans le cours normal de leurs fonctions, à traduire de grandes valeurs abstraites en termes financiers et opérationnels⁴⁹.

Au manque d'expertise technique du juge s'ajoutent les contraintes inhérentes au modèle adversatif d'adjudication judiciaire. Le tribunal ne dispose pas normalement de mécanismes lui permettant de recueillir et d'analyser toutes les données issues des sciences sociales qui sont souvent essentielles à l'élaboration d'un plan de réforme éclairé. Il est largement à la remorque des parties qui présentent la preuve et l'argumentation la plus favorable à leurs intérêts respectifs. L'information ainsi fournie est donc susceptible de passer sous silence les intérêts légitimes de groupes et d'individus affectés par une ordonnance mais qui ne sont pas représentés devant le tribunal. Par exemple, une ordonnance de déségrégation des écoles publiques pourra avoir un impact, entre autres, sur les autorités scolaires, les élèves, les parents, les employés des établissements visés, les membres de la communauté dans les districts où sont situées les écoles, les contribuables en général et les autorités de l'État. La collaboration de ces groupes au processus de réforme sera cruciale au succès de ce dernier. Cette collaboration sera évidemment plus facile à obtenir si l'ordonnance tient compte autant que possible de leurs intérêts légitimes. Or cela ne peut se faire efficacement que s'il y a représentation suffisante des intéressés, ce que permet difficilement la structure traditionnelle de participation aux litiges⁵⁰. Même si, par ailleurs, les données dont dispose le tribunal sont suffisantes, leur complexité peut être telle que le juge n'est pas en mesure de les interpréter et les utiliser à bon escient.

Une fois le contenu de l'ordonnance arrêté, le tribunal risque de trouver de nouvelles embûches sur son chemin. Les juges sont en effet relativement démunis lorsque vient le moment de s'assurer que les autorités vont se soumettre à l'ordre de mettre fin à la violation des droits. Les moyens normaux de communication entre le tribunal et la bureaucratie sont formels et limités⁵¹, ce qui augmente le risque d'interférences imputables aux relations de pouvoir au sein d'une institution ou aux méthodes informelles de fonctionnement qui y ont

⁴⁹*Supra*, note 21 à la p. 158.

⁵⁰On trouvera une analyse des problèmes soulevés dans le cadre de l'injonction structurelle par le processus traditionnel de participation aux litiges dans Note, « Institutional Reform Litigation: Representation in the Remedial Process » (1982) 91 Yale L.J. 1474.

⁵¹*Supra*, note 21 aux pp. 161-63.

cours⁵². L'absence de contrôle hiérarchique direct empêche évidemment le juge d'user de la gamme habituelle des techniques de gestion du personnel qui permettraient d'infléchir le comportement des fonctionnaires visés. En présence de l'inexécution d'une ordonnance, le tribunal ne possède qu'un instrument rudimentaire de coercition, soit l'outrage au tribunal. Il s'agit d'un incitatif négatif dont le déploiement peut être long et coûteux sans assurer pour autant une véritable mobilisation positive des forces réformatrices. La répression judiciaire de la résistance ne produit en règle générale qu'une obéissance récalcitrante et minimale. Elle n'emporte pas l'adhésion morale essentielle au changement réel d'attitude sur lequel peut s'édifier une réforme durable⁵³.

C'est ici que convergent les problèmes d'efficacité et de légitimité. Pour être pleinement efficace, l'action judiciaire devrait générer un minimum de soutien au sein de l'institution et de la communauté à qui l'on demande de redéfinir ses priorités sociales et budgétaires⁵⁴. Mise à part la puissance idéologique et « incantatoire » de la primauté du droit, le magistrat n'a pour seul outil non coercitif de persuasion que son autorité morale et la considération dont la justice jouit dans la société. Le juge ne peut s'engager ouvertement sur la voie de la négociation et du compromis politiques sans risquer de perdre son atout le plus précieux, c'est-à-dire son image de neutralité et la transcendance morale qui s'y rattache aux yeux des citoyens. Or les tribunaux américains doivent fréquemment composer avec des forces bureaucratiques, politiques et économiques fortement attachées au *statu quo*⁵⁵. Il arrive que celles-ci contestent la légitimité d'une ordonnance et adoptent des stratégies de résistance lourdes de dangers pour l'autorité du pouvoir judiciaire⁵⁶.

En pratique, les problèmes les plus aigus de légitimité ne concernent pas les limites constitutionnelles de la fonction judiciaire dans un régime de séparation marquée des pouvoirs⁵⁷. C'est de l'opposition bureaucratique, et surtout politique, à l'intervention judiciaire que provient la remise en cause la plus sérieuse de la légitimité de l'injonction structurelle. Lorsque les destinataires de

⁵²Note, « Judicial Intervention and Organisation Theory : Changing Bureaucratic Behaviour and Policy » (1980) 89 Yale L.J. 513.

⁵³*Supra*, note 21 à la p. 165.

⁵⁴Ce besoin de légitimation de l'intervention judiciaire est analysé notamment dans R.E. Easton, « The Dual Role of the Structural Injunction » (1990) 99 Yale L.J. 1983 ; W.A. Fletcher, « The Discretionary Constitution : Institutional Remedies and Judicial Legitimacy » (1982) 91 Yale L.J. 635.

⁵⁵Voir *supra*, note 26.

⁵⁶L'affaire *Spallone*, *supra*, note 29, offre un exemple très récent de résistance politique ouverte et soutenue susceptible d'entraîner le tribunal dans une confrontation potentiellement dommageable.

⁵⁷Sur la question de la légitimité de l'injonction structurelle en regard de la séparation des pouvoirs, on lira entre autres R.F. Nagel, « Controlling the Structural Injunction » (1984) 7 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 395 ; R.A. Schapiro, « The Legislative Injunction : A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction » (1989) 99 Yale L.J. 231.

l'injonction, pour différents motifs, n'en reconnaissent pas le bien-fondé, ils possèdent souvent la capacité d'y résister de manière à en atténuer et même en neutraliser l'impact. Le tribunal se trouve alors dans une position de vulnérabilité relative qui met en danger la crédibilité de son action. Les instruments formels qu'il possède pour susciter la coopération étant modestes, il doit enclencher une dynamique capable de légitimer les finalités constitutionnelles dont il se fait le promoteur⁵⁸. C'est donc en évitant la confrontation à l'aide de diverses méthodes de formulation et d'application de l'ordonnance que le tribunal tente de renforcer son autorité et l'efficacité de son action. Ces méthodes font l'objet des sections qui suivent.

IV. L'élaboration de l'ordonnance

En décidant des mesures à prendre pour mettre fin à la violation des droits, le tribunal doit à la fois rechercher un redressement véritablement utile et respecter le principe de l'intervention proportionnée. Cette double préoccupation impose au juge une démarche « étapistes » dans l'élaboration de l'ordonnance. Il lui incombe de faire l'effort constant de minimiser son rôle direct dans la formulation du plan de réforme, de maximiser l'apport des autorités publiques dans la définition des changements et de favoriser la participation de divers groupes affectés par les modifications envisagées⁵⁹. Ce sont en effet les bureaucrates eux-mêmes, lorsqu'ils sont prêts à collaborer, qui sont les plus aptes à transformer efficacement leur cadre ou leur mode de fonctionnement, sans trop de délai et à un coût moindre. Leur expertise leur permet souvent de faire un choix plus éclairé entre les diverses façons de réaliser concrètement les objectifs découlant de la constitution. Ils seront aussi moins portés à contester la légitimité de l'intervention judiciaire si celle-ci respecte leur autonomie et leur expérience.

Après avoir dressé un constat d'inconstitutionnalité, le juge peut s'abstenir d'émettre toute ordonnance et simplement déclarer l'obligation pour la partie défenderesse de procéder avec célérité aux changements qui s'imposent dans les circonstances. Le tribunal prévoira alors la faculté pour les victimes de revenir devant lui pour obtenir une ordonnance mandatoire en cas d'échec de l'approche abstentionniste⁶⁰. Mais les garanties de succès de cette approche sont parfois insuffisantes, et le juge doit alors recourir à la contrainte⁶¹. Les tribunaux ont, pour ce faire, conçu plusieurs techniques d'élaboration des ordonnances qui per-

⁵⁸*Supra*, note 21 aux pp. 178-81.

⁵⁹Le processus par lequel les tribunaux tentent de réaliser ces fins a fait l'objet d'une étude détaillée dans Special Project, *supra*, note 31.

⁶⁰C'est essentiellement ce que fit la Cour suprême des États-Unis dans *Brown c. Board of Education (Brown I)* (1954), 347 U.S. 483 [ci-après *Brown I*].

⁶¹On trouve une illustration bien connue des lacunes de l'approche abstentionniste dans l'affaire *Swann*, *supra*, note 25, où le juge de première instance avait attendu vainement pendant six ans que les autorités proposent une réforme acceptable.

mettent de doser l'intervention judiciaire selon la nature des obstacles à la réalisation de la réforme et selon la gravité de la violation des droits.

On peut d'abord ordonner aux défenseurs de préparer leur propre plan de réforme et de le soumettre à l'examen de la partie adverse ainsi qu'à l'approbation du tribunal qui, dans ce contexte, devrait accorder une marge de manoeuvre aux autorités. Le plan peut être accepté intégralement par le tribunal qui peut par ailleurs juger opportun d'y apporter des modifications⁶². Une fois intégré à l'ordonnance, le plan doit être mis en oeuvre par les autorités sous peine d'outrage au tribunal. Une méthode plus interventionniste s'impose toutefois lorsque le plan est jugé inacceptable ou lorsqu'il n'y est pas donné suite. Les parties peuvent dans ce cas être amenées à négocier et à s'entendre sur un projet de réforme devant recevoir l'aval du tribunal qui en ordonnera l'exécution le cas échéant. Les règles de procédure permettent d'ailleurs la nomination d'un expert ou d'un *special master*⁶³ appelé à aider les parties à trouver un terrain d'entente. Il est aussi possible que le juge s'implique activement pour jouer un rôle de conciliateur et compenser pour le déséquilibre des forces en présence si nécessaire. Une contribution essentielle du juge sera de faire en sorte que les intérêts légitimes des tiers soient sauvegardés dans les cas où la réforme en cause touche un programme d'une grande importance sociale et politique⁶⁴. Une ordonnance qui reprend le contenu d'une entente conclue entre les parties présente habituellement de bonnes chances de succès. L'expérience démontre toutefois qu'un accord qui suscite une opposition importante dans la population risque de ne pas être honoré par les élus⁶⁵.

Dans le cas où les négociations n'aboutissent pas ou ne sont tout simplement pas entreprises, le juge invitera les intéressés à lui faire des propositions concernant les mesures à prendre pour mettre fin à la violation constitutionnelle. Afin de disposer de l'éclairage le plus complet possible quant aux enjeux de l'ordonnance et sur les diverses options à considérer, le tribunal favorisera la participation de plusieurs intervenants⁶⁶. Cette méthode permet en outre au tribunal d'avoir accès à d'abondantes données et à une expertise technique qui seraient autrement difficilement accessibles. Souvent aidé d'un *special master*, le juge peut opter pour un plan particulier ou une version modifiée de celui-ci. Il peut aussi élaborer sa propre solution à partir d'éléments tirés des différentes propositions mises de l'avant. Lorsque plusieurs plans sont acceptables, celui

⁶²*Supra*, note 31 aux pp. 797-800.

⁶³*Federal Rules of Civil Procedure*, USCS Court Rules (Law Co-op. 1990), rule 53(a).

⁶⁴*Supra*, note 31 à la p. 812.

⁶⁵Dans *Spallone*, *supra*, note 29, par exemple, les autorités ont refusé de respecter un accord entériné par le tribunal parce qu'elles craignaient les conséquences politiques de cette entente. Voir à ce sujet les notes de M. le juge Brennan de la Cour suprême.

⁶⁶*Supra*, note 31 aux pp. 907-09.

des autorités défenderesses devrait être retenu afin de préserver leur autonomie et augmenter les chances d'application efficace de l'ordonnance⁶⁷.

En l'absence de proposition ou d'entente satisfaisante, le juge n'a d'autre choix que d'imposer son propre plan de réforme. Il s'entoure souvent, à cette fin, d'un ou plusieurs conseillers techniques⁶⁸. Parmi ces conseillers se trouve généralement le *special master* qui est un expert impartial chargé de représenter le tribunal et d'enquêter sur tous les aspects pertinents du programme à réformer⁶⁹. C'est souvent le *special master* qui formule l'ordonnance après avoir établi des contacts formels⁷⁰ et informels avec les parties de même qu'avec les tiers sur lesquels la réforme est susceptible d'avoir un impact⁷¹. Ses rapports ou ses recommandations ne lient pas le tribunal mais jouissent d'une autorité certaine en raison de sa compétence technique et de sa connaissance privilégiée de la bureaucratie en cause. Les parties doivent bien sûr avoir la possibilité de contester le rapport du *special master* et d'offrir des solutions de rechange⁷².

La préparation d'un programme de réforme réaliste et efficace représente un défi de taille pour le juge. Il doit avoir une très bonne idée de la situation réelle qui prévaut au sein de l'institution et des mécanismes internes susceptibles de favoriser ou de nuire au changement. Une analyse des difficultés éventuelles dans l'application de l'ordonnance est essentielle non seulement pour assurer la sanction efficace des droits mais aussi pour sauvegarder l'autorité et la légitimité de l'intervention judiciaire⁷³. Ainsi, en plus d'évaluer les obstacles pratiques, les tribunaux jaugent le degré de résistance pouvant entraver leur action et en tiennent compte dans la détermination des modalités de la réforme. C'est dire qu'un certain pragmatisme incitera souvent le juge à opter pour un redressement qui se situe bien en deça de la solution optimale mais dont les chances de succès sont plus grandes en raison du degré moindre d'opposition gouvernementale qu'il est susceptible de susciter⁷⁴. Le principe de proportionnalité impose de plus le devoir d'éviter toute ingérence dans le fonctionnement des corps publics qui ne soit pas requise pour réaliser les objectifs de la constitution⁷⁵.

⁶⁷*Ibid.* aux pp. 803-04.

⁶⁸Le pouvoir de nommer des experts chargés d'assister le tribunal est bien établi. On trouvera un exposé complet de ses fondements et modalités dans *Hart c. Community School Board of Brooklyn*, 383 F. Supp. 699 aux pp. 762-67 (D. N.Y. 1974).

⁶⁹E. Montgomery, « Force and Will : An Exploration of the Use of Special Masters to Implement Judicial Decrees » (1980) 52 U. Colo. L. Rev. 105.

⁷⁰Le *special master* se voit souvent conférer le pouvoir de tenir des audiences, d'assigner et d'assermenter des témoins.

⁷¹Voir par exemple C.J. Berger, « Away from the Court House and into the Field : the Odyssey of a Special Master » (1978) 78 Colum. L. Rev. 707.

⁷²*Supra*, note 31 à la p. 809.

⁷³*Supra*, note 21 aux pp. 188-89.

⁷⁴Voir *supra*, note 26, en particulier aux pp. 608 et s.

⁷⁵*Supra*, note 42.

Le contenu d'une injonction structurelle varie au gré des circonstances de chaque affaire. L'importance des changements requis est fonction de l'ampleur et de la nature de la violation des droits. Lorsque la possibilité de procrastination ou d'obstruction gouvernementale est faible, on se contente d'énoncer les grands objectifs de la réforme à moins que les autorités ne souhaitent obtenir des directives plus spécifiques. Si toutefois la coopération des défendeurs n'est pas assurée, ou s'il y a résistance ouverte à l'autorité de la cour, l'injonction peut atteindre un très grand degré de précision⁷⁶. Dans la célèbre affaire *Wyatt c. Stickney*⁷⁷, par exemple, le juge Johnson s'est attaché à régir les moindres aspects de l'organisation et du fonctionnement d'hôpitaux psychiatriques, allant jusqu'à prévoir une température de 110 degrés fahrenheit pour l'eau destinée à l'hygiène des patients et de 180 degrés fahrenheit pour l'eau de la lessive⁷⁸.

On s'est demandé si le pouvoir judiciaire, en déterminant le contenu d'un redressement structurel, peut aller jusqu'à en régir les modalités financières. La Cour suprême admet d'emblée que le fait d'ordonner le réaménagement d'un service public peut avoir des incidences financières et fiscales importantes⁷⁹. Cependant, l'insuffisance de ressources pécuniaires ne constitue pas, en principe, un motif permettant de justifier la violation des droits constitutionnels des citoyens⁸⁰. Le refus ou l'incapacité des autorités de dégager les fonds nécessaires a posé le problème de l'intrusion judiciaire dans le domaine très délicat de la mobilisation des deniers publics⁸¹. Dans *Milliken*⁸², la Cour suprême a statué qu'un État peut être contraint de contribuer au financement de la déségrégation des écoles publiques. L'obligation de financer un redressement peut avoir pour corollaire l'appropriation de fonds ou l'imposition de taxes supplémentaires. Or peu de législateurs envisagent avec enthousiasme la perspective d'alourdir le fardeau fiscal des contribuables pour mener à bien un projet auquel ils n'adhèrent pas nécessairement.

Devant l'inaction persistante des gouvernements, ou l'insuffisance de leur action, des juges ont ordonné à des élus locaux d'imposer des taxes supplémentaires afin de rendre possibles les changements exigés par la constitution⁸³. La Cour suprême, dans l'affaire *Jenkins*, a confirmé le pouvoir des tribunaux d'émettre, en dernier recours, ce type d'injonction fiscale même lorsque la législation pertinente n'autorise pas le niveau d'imposition qui en résulte. Des juges

⁷⁶*Supra*, note 26 aux pp. 596-98.

⁷⁷344 F. Supp. 373 (D. Ala. 1972).

⁷⁸*Ibid.* à la p. 382.

⁷⁹*Griffin c. County School Board of Prince Edward County*, 377 U.S. 218 (1964).

⁸⁰*Bounds c. Smith* (1977), 97 U.S. 1491 à la p. 1496.

⁸¹G.R. Wolohojian, « Judicial Taxation in Desegregation Cases » (1989) 89 Colum. L. Rev. 332 ; Schapiro, *supra*, note 57.

⁸²*Supra*, note 30.

⁸³Voir *supra*, note 81.

sont allés jusqu'à imposer eux-mêmes des « taxes judiciaires »⁸⁴, une initiative que la Cour suprême a jugée abusive dans *Jenkins*, du moins dans les cas où il existe d'autres moyens de forcer la contribution financière du gouvernement⁸⁵. Aucune injonction fiscale n'a, à ce jour, été émise à l'encontre de la législature d'un État bien que certains analystes laissent entendre que rien dans la constitution n'empêcherait pareille mesure⁸⁶. Il est fort probable, cependant, qu'une contrainte de ce genre serait inopposable au Congrès en raison du principe de la séparation des pouvoirs⁸⁷.

Le processus de formulation de l'ordonnance offre des exemples remarquables de l'audace et de la créativité du pouvoir judiciaire américain. C'est toutefois le rôle actif du tribunal dans la phase ultérieure de mise en oeuvre du redressement qui fait de l'injonction structurelle une particularité si unique du contentieux constitutionnel aux États-Unis.

V. La mise en oeuvre de l'ordonnance

L'implication continue du tribunal au-delà de l'élaboration du redressement constitue une caractéristique fondamentale de l'injonction structurelle. En réalité, sans la reconnaissance d'une responsabilité particulière du tribunal au stade de la mise en oeuvre, l'octroi d'une ordonnance mandatoire de portée structurelle ne demeurerait bien souvent qu'une victoire symbolique pour les victimes. Le rôle précis du juge dépendra de la nature des mesures prescrites, des difficultés rencontrées par les autorités pour y donner suite et de leur volonté de coopérer. Tout comme à l'étape de l'élaboration de l'ordonnance, le juge devra moduler son intervention afin d'éviter une ingérence disproportionnée dans le fonctionnement du service public faisant l'objet de l'injonction.

Pour effectuer une surveillance continue de l'application du redressement, le tribunal demeure saisi du litige et permet aux parties de revenir devant lui pour faire régler tout problème d'application sans qu'elles n'aient besoin d'intenter un nouveau recours⁸⁸. En conservant son pouvoir d'agir dans le dossier, le juge se réserve aussi la possibilité de modifier les termes de l'ordonnance et d'en surveiller le respect par la mise en place de mécanismes administratifs particuliers. Au moment de réaliser les changements exigés, il se peut que l'on se

⁸⁴Voir notamment *Liddell c. Missouri* (1984), 731 F.2d 1294 (8th Cir.); *Jenkins c. Missouri*, *supra*, note 36; *United States c. Missouri* (1975), 515 F.2d 1365 (8th Cir.); D.P. Shaver, « *Liddell c. Missouri* : Financing the Ancillary Costs of Public School Desegregation Through a Court-Ordered Tax Increase » (1985) 42 Wash. & Lee L. Rev. 269.

⁸⁵*Supra*, note 32 à la p. 1663.

⁸⁶Schapiro, *supra*, note 57 aux pp. 236-38.

⁸⁷G.E. Frug, « The Judicial Power of the Purse » (1978) 126 U. Pa. L.R. 715 à la p. 750; K. Stith, « Congress' Power of the Purse » (1988) 97 Yale L.J. 1343 à la p. 1351.

⁸⁸*Supra*, note 31 aux pp. 816-17.

heurte à des ambiguïtés relativement à la portée réelle de l'ordonnance ou à un désaccord entre les parties quant au sens à lui donner. De plus, la situation au sein du service en cause peut changer rapidement de manière à nécessiter une adaptation du redressement aux conditions nouvelles. Le besoin de faire des ajustements peut aussi découler de l'évolution du droit substantif ou du besoin d'étendre l'ordonnance à des personnes dont la coopération est indispensable⁸⁹. Il est même possible que l'application intégrale de l'ordonnance ne soit pas parvenue à éliminer la violation des droits. Dans ce cas, le tribunal a le pouvoir d'imposer de nouvelles mesures afin de remédier complètement à la situation⁹⁰.

La surveillance du respect des injonctions mandatoires devrait normalement relever des demandeurs. Pour ce qui est des ordonnances à l'étude cependant, le tribunal intervient souvent activement lorsque les changements à réaliser sont considérables et s'insèrent dans un processus de longue durée, ou lorsqu'il y a résistance de la part des autorités. Ainsi, les demandeurs n'ont parfois ni la compétence ni les ressources financières pour mesurer adéquatement l'obéissance à l'ordonnance. Le juge peut leur venir en aide en forçant les autorités à présenter des rapports périodiques indiquant les progrès réalisés dans la mise en place de la réforme. Les rapports font l'objet d'un examen formel lors d'audiences auxquelles toutes les parties sont convoquées⁹¹. Comme ces rapports sont souvent insuffisants, d'autres méthodes de contrôle plus interventionnistes ont dû être élaborées.

C'est ainsi que la tâche de surveiller et même d'encadrer le déroulement de la réforme peut être confiée à divers experts chargés de représenter le tribunal. La nature des fonctions dévolues à ces experts varie selon les besoins de chaque affaire⁹². On leur demande simplement dans certains cas de surveiller la conduite des autorités et de recueillir des renseignements concernant l'évolution de la situation au sein de l'institution⁹³. À cette fonction peut s'ajouter celle d'arbitrer les différends survenant entre les parties relativement à l'interprétation et à l'application de l'ordonnance. Une initiative encore plus interventionniste consiste à désigner une ou plusieurs personnes chargées non seulement de surveiller la mise en application de l'ordonnance, mais aussi de recommander et même d'ordonner des actions précises⁹⁴. Il existe toujours une forme quel-

⁸⁹*Ibid.* aux pp. 816-20.

⁹⁰*Ibid.* à la p. 821.

⁹¹*Ibid.* à la p. 824.

⁹²Pour une description de la tâche des différents types d'experts, voir *supra*, note 69 aux pp. 105-09.

⁹³On parlera alors d'une fonction de *monitor* ; Note : « Monitors : A New Equitable Remedy ? » (1960) 70 Yale L.J. 103.

⁹⁴Ces tâches seront confiées au *special master* ou à un (ou plusieurs) « administrator » (Special project, *supra*, note 31 aux pp. 831-35) ; voir aussi J.B. Harris, « The Title VII Administrator : A Case Study in Judicial Flexibility » (1974) 60 Cornell L. Rev. 53.

conque de recours auprès du tribunal pour contester les décisions prises par ses représentants⁹⁵.

Les efforts déployés dans le choix des techniques de mise en oeuvre ne suffisent pas toujours pour obtenir l'exécution de l'ordonnance. Le tribunal peut réagir de différentes manières au défaut de se conformer à ses ordres. Il peut modifier les termes de l'ordonnance afin de la rendre plus contraignante ou resserrer son contrôle administratif sur l'institution fautive en passant, dans les cas qui le permettent, à une technique plus interventionniste. Il peut encore menacer les autorités récalcitrantes d'une condamnation pour outrage au tribunal.

Dans une situation extrême où il y a refus systématique de se conformer aux obligations découlant d'une injonction, les tribunaux ont parfois recours, lorsque toutes les autres stratégies se sont soldées par un échec, à la mise en tutelle de l'entité gouvernementale. Cette dernière se trouve alors assujettie à l'administration judiciaire directe en ce sens que les représentants du tribunal prennent littéralement en charge l'administration du service public et entreprennent de réaliser eux-mêmes les changements requis pour établir la légalité constitutionnelle⁹⁶. La tutelle cesse lorsque les objectifs de la réforme sont atteints. Il s'agit sans conteste de la méthode la plus draconienne puisqu'elle fait du juge un directeur de prison ou d'école. Par conséquent, il n'est guère surprenant de constater que son utilisation est très exceptionnelle et de courte durée⁹⁷.

Ce n'est qu'avec beaucoup d'hésitation, et en dernier recours, qu'un juge se résignera à faire appel à l'arme répressive de la citation pour outrage au tribunal⁹⁸. Cette mesure comporte certaines faiblesses tant au plan de son efficacité que de son opportunité. Une citation pour outrage au tribunal peut exacerber l'opposition bureaucratique ou politique à la réforme et ainsi augmenter les tensions dans la communauté⁹⁹. De plus, l'inexécution de l'ordonnance peut en pratique être attribuable à une foule de facteurs, surtout dans le cas de structures administratives complexes, de sorte que les personnes visées sont fréquemment en mesure de faire valoir des défenses valables. Il y a toutefois des cas où le non-respect de l'injonction peut clairement être imputable à la résistance ouverte de certains individus identifiables. Dans pareille situation, et généralement après une longue période de médiation infructueuse, le tribunal peut estimer qu'il n'a d'autre choix que de sévir. La récente affaire *Spallone*¹⁰⁰ constitue un exemple du scénario où un corps public se voit imposer de lourdes amendes

⁹⁵*Supra*, note 31 aux pp. 834-35.

⁹⁶Note, « Receivership as a Remedy in Civil Rights Cases » (1969) 24 Rutgers L. Rev. 115 ; J.Z. Johnson, « Equitable Remedies : An Analysis of Judicial Utilization of Neoreceiverships to Implement Large Scale Institutional Change » (1976) Wis. L. Rev. 1161.

⁹⁷*Supra*, note 31 aux pp. 835-37.

⁹⁸*Ibid.* aux pp. 841-42.

⁹⁹*Supra*, note 21 à la p. 164.

¹⁰⁰*Supra*, note 29.

pour avoir refusé d'obtempérer à l'ordre du tribunal. Cette affaire démontre qu'une peine suffisamment onéreuse peut amener les gouvernants à s'acquitter de leurs obligations, ne serait-ce que pour éviter la ruine financière.

L'implication du juge dans la mise en oeuvre d'une injonction structurelle est susceptible de l'entraîner dans un processus s'échelonnant sur plusieurs mois et même plusieurs années, à moins qu'il ne fixe un terme à son action. En général, le juge ne se retire définitivement du dossier qu'au moment où les objectifs qu'il avait fixés lui paraissent substantiellement atteints.

Conclusion

On met rarement en doute aux États-Unis le pouvoir des tribunaux d'ordonner aux autorités gouvernementales de modifier leurs programmes afin de les rendre conformes aux droits et libertés constitutionnels. Seule la difficulté de circonscrire ce pouvoir suscite la controverse. On se préoccupe bien davantage de proposer des méthodes susceptibles d'augmenter l'efficacité pratique de l'intervention judiciaire¹⁰¹ et d'assurer sa légitimité aux yeux de ceux dont les intérêts ou priorités sont affectés par une ordonnance¹⁰².

Les glossateurs ont souligné à juste titre que le pouvoir conféré aux tribunaux canadiens par le paragraphe 24(1) de la *Charte* est suffisamment large pour donner lieu à des ordonnances de portée structurelle¹⁰³. Quelques décisions rendues à ce jour en matière de droits linguistiques comportent d'ailleurs certaines des caractéristiques de base de l'injonction structurelle¹⁰⁴. De même, on peut établir un parallèle entre la position adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mahé*¹⁰⁵ et la solution retenue dans la première étape de l'affaire *Brown I*¹⁰⁶ aux États-Unis. Dans les deux cas la plus haute Cour s'est contentée de dresser un constat d'atteinte aux garanties constitutionnelles tout en indiquant aux autorités leur devoir de remédier avec célérité à la situation¹⁰⁷. Même si elle a admis d'emblée les limites de sa compétence technique en matière de restructuration scolaire, la Cour dans *Mahé* n'a pas fermé la porte à un redressement plus interventionniste en cas de refus des autorités de réaliser

¹⁰¹Voir notamment *supra*, note 48 ; Easton, *supra*, note 54.

¹⁰²Voir notamment *supra*, note 21 aux pp. 169-81 et 188-96.

¹⁰³Gillespie, *supra*, note 17 aux pp. 197-200 ; Sharpe, *supra*, note 17 aux pp. 479-85.

¹⁰⁴*Revoir relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 19 D.L.R. (4th) 1 ; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 55 O.R. (2d) 638, 29 D.L.R. (4th) 596 (H.C.) ; *Marchand c. Simcoe County Board of Education (No 2)* (1987), 61 O.R. (2d) 651, 44 D.L.R. (4th) 171 (H.C.) ; *Association française des conseils scolaires de l'Ontario c. P.G. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599 (C.A.).

¹⁰⁵*Supra*, note 3.

¹⁰⁶*Supra*, note 60.

¹⁰⁷*Supra*, note 3 aux pp. 392-93.

les changements exigés par la *Charte*¹⁰⁸. Il est certes possible de déceler dans cette attitude une volonté « d'étapisme » semblable à ce que l'on connaît en droit américain.

Pour certains, le contexte socio-juridique canadien, notamment le respect dont a toujours joui le pouvoir judiciaire au Canada, devrait minimiser la possibilité de confrontation entre les tribunaux et les autres branches de l'État¹⁰⁹. Quoi qu'il en soit, les tribunaux, dans leur rôle de protecteurs de la constitution¹¹⁰, ne pourront pas permettre à l'État d'apporter des modifications *de facto* à cette constitution en défiant les ordonnances judiciaires. Tout comme leurs collègues américains, les juges canadiens pourraient donc être confrontés au dilemme qui leur impose un arbitrage complexe des valeurs essentielles que sont l'autonomie gouvernementale et la primauté de la constitution.

¹⁰⁸Le juge Dickson écrit dans *Mahé, supra*, note 3 à la p. 393 :

Comme l'a observé le procureur général de l'Ontario, le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, *sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel* (nos italiques).

¹⁰⁹*Supra*, note 13 à la p. 61.

¹¹⁰*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 169, 11 D.L.R. (4th) 641 ; *R. c. Beau-regard*, [1986] 2 R.C.S. 56 à la p. 70, 30 D.L.R. (4th) 481.