

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

VOL. XLVIII

DECEMBER 1970 DECEMBRE

NO. 4

LE CONTROLE JUDICIAIRE SUR L'UNIVERSITE

YVES OUELLETTE*

Montréal

Sans doute parce que l'Université est antérieure à l'Etat moderne, qu'elle bénéficie d'une longue tradition d'autonomie administrative et intellectuelle, qu'elle a ses coutumes et souvent ses propres mécanismes d'arbitrage de ses disputes, les juges ont toujours manifesté la plus grande réticence à intervenir dans l'exercice de ses fonctions académiques et à renverser ses décisions.

L'agitation étudiante, l'activisme professoral et la contestation systématique qui déferlent depuis quelque temps sur les campus, la revendication des "droits étudiants", comme le droit d'être admis à l'université et le droit au diplôme, les répressions administratives, sont des phénomènes sociaux dont les implications juridiques risquent de prendre de l'importance, bien qu'elles soient souvent discutées avec plus d'émotivité que de rigueur scientifique. Malgré leur actualité, ces problèmes ne sont pas nouveaux et ont même suscité au cours des siècles plusieurs litiges qui ont enrichi la jurisprudence d'un véritable droit universitaire dont l'intérêt, dans la conjoncture actuelle, n'est pas uniquement académique.

La société universitaire a comme toutes les autres ses grandeurs et ses misères, mais plus peut-être que toute autre, elle a aussi ses coquetteries, ses susceptibilités, ses intrigues et ses conflits. Dans un effort louable pour adapter la justice aux justiciables et respecter l'autonomie universitaire, le droit anglais a considéré que le contentieux universitaire devait se régler à l'université et non dans les cours de justice. Il a donc reconnu à l'université ancienne une immunité de juridiction et institué un régime de justice privée par l'introduction de la fonction de visiteur, sorte

*Yves Ouellette, professeur à la Faculté de droit et attaché à l'Institut de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

de grand justicier dont la juridiction limitée aux disputes proprement universitaires, comme le contentieux de l'admission, de la notation, de la promotion et de la répression des étudiants, excluait celle des tribunaux de droit commun.

Mais l'université moderne, qu'elle soit de fondation plus ou moins récente, à caractère public ou privé, ne ressemble plus à l'université du XVIII^e siècle et ne peut plus se définir ni se comporter comme club privé ou comme la créature de quelque fondateur philanthrope; elle détient des prérogatives de puissance publique, pouvoir de décerner des grades, pouvoir réglementaire, pouvoir d'expropriation, elle est largement financée à même les fonds publics, elle a une fonction sociale importante, et malgré une jurisprudence unanime à lui refuser le statut de mandataire de la Couronne,¹ elle tend à devenir en fait et bientôt en droit un prolongement de l'Etat. Si de plus on considère que par suite des exigences du marché du travail au Canada et au Québec, ses décisions affectent de façon souvent dramatique l'orientation et la carrière de ses membres et de toute une jeunesse dont elle peut faire des Mozarts assassinés, il y a lieu de s'interroger sur le fondement et l'étendue de cette immunité de juridiction.

I. *Le fondement de l'immunité universitaire.*

Le mot "université" n'est pas un terme technique et l'on a déjà décidé que bien que les caractéristiques d'une université soient de réunir des étudiants et des professeurs et de pouvoir décerner des grades, la seule possession par une institution de ces attributs ne suffisait pas à en faire une université en l'absence d'une désignation expresse par la puissance publique.² Ce terme vient semble-t-il du mot latin "universitas", ensemble de plusieurs individus, qui désignait anciennement toute corporation, mais qui ne fut ensuite utilisé que pour désigner les institutions de haut savoir.³ C'est en effet dans le droit corporatif anglais, qui lui-même a conservé l'institution du visiteur empruntée au droit canonique, qu'on trouve le fondement de l'immunité universitaire.

Selon l'ancienne classification de Blackstone, les sociétés sont religieuses ou laïques, ces dernières étant à leur tour divisées en deux catégories; les sociétés civiles, et les "eleemosynary corporations", c'est-à-dire les sociétés charitables ou scientifiques, comme

¹ *Scott v. Governors of University of Toronto* (1913), 10 D.L.R. 154 (Ont. S.C.); *Powlett v. University of Alberta*, [1934] 2 W.W.R. 209 (Alta S.C.A.D.); *Re Taxation of University of Manitoba Lands*, [1940] 1 D.L.R. 579 (Man. C.A.); *Governors of University of Toronto v. M.N.R.*, [1950] 2 D.L.R. 732 (C. de l'E.).

² *St. David's College, Lampeter v. Ministry of Education*, [1951] 1 All E.R. 559, (Ch. D.).

³ Pollock and Maitland, *History of English Law* (2e éd., 1959), vol. 1, p. 495.

les hôpitaux, les collèges et les universités.⁴

Blackstone explique ensuite que les sociétés étant composées de personnes faillibles et susceptibles de les faire dévier de leurs fins, la loi prévoit leur inspection et leur surveillance par un "visiteur" chargé de déceler les irrégularités et de veiller à l'application des règlements. Dans le cas des sociétés religieuses, c'est l'Ordinaire qui exerce la fonction de visiteur; dans le cas des sociétés civiles, c'est Sa Majesté en sa qualité de fondateur qui agirait comme visiteur dans sa "Court of King's Bench".⁵ Quant aux "eleemosynary corporations", la fonction de visiteur revient de droit au fondateur et à ses successeurs ou à la personne désignée par le fondateur pour agir comme visiteur.⁶

Une jurisprudence assez abondante d'ailleurs précise le statut et les attributions du visiteur dans l'université. Ainsi on a établi que la création de la fonction de visiteur n'était soumise à aucune exigence formelle et qu'en cas de silence des textes ou en l'absence de fondateur et de ses successeurs, le droit de visite appartient à Sa Majesté pour être exercé par le "Chancellor", c'est à dire dans la "Court of Chancery",⁷ et que le visiteur d'une institution ancienne a les mêmes pouvoirs à l'égard d'une institution nouvelle qui lui succède.⁸ Ce droit de visite en est un de surveillance et de revision sur l'université; les décisions du visiteur sont finales et sans appel⁹ et les tribunaux n'ont aucun droit de regard sur les questions qui

⁴ Cooley's Blackstone, Commentaries on the Laws of England (3e éd. rev., 1884), vol. 1, p. 469.

⁵ "The King being thus constituted by law visitor of all civil corporations, the law has also appointed the place wherein he shall exercise this jurisdiction: which is the Court of King's Bench; where and where only, all misbehaviours of this kind of corporations are inquired into and redressed, and all their controversies decided." Blackstone, *op. cit.*, *ibid.*, p. 480.

⁶ "As to eleemosynary corporations, by the dotation the founder and his heirs are of common right the legal visitors, to see that such property is rightly employed, or might otherwise have descended to the visitor himself; but, if the founder has appointed and assigned any other person to be visitor, then his assignee so appointed is invested with all the founder's power, in exclusion of his heir." Blackstone, *op. cit.*, *ibid.*, p. 481.

⁷ "There is no particular form of words requisite to make a visitor; but it must be construed on the whole form the intent of the founder. . . ." *Attorney-General v. Talbot* (1747-48), 27 E.R. 903; "No technical precise form of words is necessary for the appointment of either general or special visitor." *St. John's College v. Todington* (1757), 97 E.R. 245, à la p. 270; "In the case of a private eleemosynary lay-foundation, if no special visitor be appointed by the founder, the right of visitation, in default of his heirs, devolves upon the King, to be exercised by the Great Seal." *The King v. St. Catherine's Hall* (1791), 100 E.R. 991; "When in the case of an eleemosynary corporation there is no special visitor, and no existing founder or heir of such founder, the right of visitation devolves to the Crown to be exercised by the Chancellor." *Ex parte Jacob* (1861-63), 10 N.B.R. 153, à la p. 156 (N.B.S.C.).

⁸ *St. John's College v. Todington*, *ibid.*

⁹ "The powers are absolute and final; and cannot be taken away by the Courts of law in this kingdom": *Attorney-General v. Talbot*, *supra*, note 7; *St. John's College v. Todington*, *ibid.*

relèvent de la juridiction du visiteur.¹⁰

On trouve deux principales justifications à ce régime de justice privée et d'immunité universitaire. Une première théorie nous est fournie par un arrêt canadien de 1885, *Re Wilson*,¹¹ où un professeur destitué tentait d'obtenir un mandamus pour être réinstallé dans ses fonctions au King's College, Windsor, Nouvelle-Ecosse. Dans cette espèce, la Cour supérieure divisée à trois contre deux, décida qu'elle avait juridiction pour entendre l'affaire malgré l'existence d'un visiteur et accorda la requête du professeur qui n'avait pas pu se faire entendre devant les gouverneurs du collège. On notera cependant que le véritable motif de la décision majoritaire était que le visiteur du collège, qui en vertu de sa charte royale était le "Lord Bishop of Nova Scotia", siégeait aussi au conseil des gouverneurs et qu'en conséquence il ne pouvait pas se visiter lui-même et reviser ses propres décisions. Cet arrêt ne saurait donc être considéré comme un rejet de la règle de l'immunité universitaire.

A cette occasion cependant, le juge Thompson, de la majorité, expliqua ainsi la règle de l'immunité universitaire; l'université ancienne dit-il, était une fondation purement privée; elle était considérée comme la créature de son fondateur qui était libre de disposer de ses biens à sa guise et partant, de les soumettre à une juridiction privée.¹² Mais, cet argument fut aussi repris en 1920 par la Cour du banc du Roi de la Saskatchewan exerçant les pouvoirs de visiteur du lieutenant-gouverneur.¹³

Bien que le juge Thompson dans son jugement de 1885 n'ait cité aucune autorité à l'appui de sa théorie, on peut retracer dans la jurisprudence anglaise du 18^e siècle au moins un texte qui révèle qu'elle n'est pas sans fondement. En 1690, dans l'affaire *Philips and Bury*¹⁴ où la Chambre des Lords renversait la Cour du banc du Roi et reconnaissait le principe de la juridiction absolue et finale du visiteur et celui de l'immunité universitaire, le juge en chef Holt de la Cour du banc du Roi, dissident, avait expliqué ainsi la juridiction du visiteur:

... and now we are to consider that there are in law two sorts of corporations aggregate of many, such as are for publick government, and such as are for private charity; those that are for publick government of a town, city, mystery, or the like, being for publick advantage, are to be governed according to the laws of the land, not

¹⁰ *R. v. Dunsheat*, [1950] 2 All E.R. 741 (K.B.D.); *Thorne v. University of London*, [1966] 2 All E.R. 338 (C.A.).

¹¹ (1884-86), 18 N.S.R. 180.

¹² "The jurisdiction which the common law recognizes as possessed by the Visitor, the Courts defer to, because it is a private jurisdiction, created by the Founder, who had a right to do as he pleased with his lands and goods, and, therefore, had a right to make them subject to a private jurisdiction." *Ibid.*, à la p. 198.

¹³ *In re the University Act*, [1920] 2 W.W.R. 823, à la p. 826.

¹⁴ (1690), 90 E.R. 198.

supportable by any private statutes, or constitutions, but subject to the laws of England, and to be regulated and reformed by the justice of Westminster-Hall; of these there is no particular private founder, and consequently no particular private visitor; there are no patrons of these, they only subsist by virtue of the King's letters patents, and are supported by the methods of law. . . .

But private and particular corporations for charity, founded and endowed by private persons, are subject to the private government of those who erect them; and therefore if there be no visitor appointed by the founder, I am of opinion that in all such cases of eleemosynary corporations, the law doth appoint the founder and his heirs to be visitors; the founder and his heirs are patrons, and not to be guided by common known laws and rules of the kingdom; but such corporations are as to their own affairs to be governed by the particular laws and constitutions assigned them by the founder.

It was indeed said, the common law doth not appoint a visitation at all; I tell you I am of another opinion; the law doth, in defect of a particular appointment, make the founder visitor; and it is not at his pleasure whether there shall be a visitor or not; but if he is silent during his own time, the right will descend to his heirs; and it so appears by the case in Yelverton 65, and 2 Cro. 60, where it is admitted on all hands, that the founder is patron, and as founder is visitor, if no particular visitor be assigned; and so 8 Ed. 3, 70, and 8 Ass. 29. So that patronage and visitation are necessary consequents one upon another; for this visitatorial power was not introduced by any canons or constitutions ecclesiastical; (as was said by a learned gentleman, whom I have in my eye in his argument in this case) it is an appointment of law; it ariseth from the property which the founder had in the lands assigned to support the charity; and as he is the author of the charity, the law gives him and his heirs a visitatorial power, that is an authority to inspect their actions, and regulate their behaviour as he pleaseth; for it is not fit the members that are endowed, and that have the charity bestowed upon them, should be left to themselves, but pursue the intent and design of him that bestowed it upon them. . . .¹⁵

Mais par la suite, la jurisprudence a fait reposer la juridiction du visiteur sur des considérations de pure opportunité et de convenance. Ainsi à plusieurs reprises on a justifié ce régime de justice privée par le fait qu'il était commode, rapide et peu coûteux, qu'il donnait de bons résultats, et que le visiteur était un meilleur juge en ces matières que les cours ordinaires qui semblaient croire, d'ailleurs, que toute intervention de leur part dans les affaires universitaires aurait risqué de susciter des polémiques, et en conséquence, de faire plus de mal que de bien.¹⁶

¹⁵ *Ibid.*, aux pp. 215-216.

¹⁶ "... and notwithstanding what has been said, it is the most convenient jurisdiction; for though perhaps it may be sometimes absurd, yet it is less expensive than a suit in law or equity; and in general has been exercised in a reasonable manner. . . ." "... yet I am against enlarging the jurisdiction of this court to cases arising in colleges on this foundation, which would cause more controversy." *Attorney-General v. Talbot*, *supra*, note 7, aux pp. 903-904; "The visitatorial power, if properly exercised, without expense or delay, is useful and convenient to colleges." *St. John's College v. Todington*, *supra*, note 7, à la p. 269; "... that it is extremely convenient that all disputes of this kind should be decided in foro domestico cannot be

Si le principe de l'immunité universitaire et de la juridiction absolue et finale du visiteur repose sur le droit du fondateur de disposer librement de ses biens—et l'auteur estime que c'est effectivement son véritable fondement puisque c'est l'explication que l'on trouve dans l'arrêt *Philips and Bury* de 1690 qui semble avoir fixé la jurisprudence sur la question—il est clair qu'il ne saurait être applicable à l'université moderne. Celle-ci, qu'elle ait été fondée grâce à la générosité de quelque philanthrope ou simplement par l'Etat, a un rôle social important, elle dépend financièrement de l'Etat, et cette considération historique ne saurait à elle seule justifier un régime particulier.

Si l'on fait reposer l'immunité universitaire sur des considérations d'opportunité ou sur le principe de la liberté académique, on pourrait plus facilement soutenir que la règle conserve en 1970 toute son actualité et mériterait d'être retenue. La recherche scientifique, l'enseignement supérieur, la collation des grades, exigent une liberté qui conduit à soustraire les universitaires à l'influence des autorités étatiques, y compris du pouvoir judiciaire, et pour y arriver, le meilleur moyen est sans doute d'accorder aux universités des pouvoirs juridictionnels. En outre, on peut juger souhaitable que les disputes universitaires soient réglées par des personnes qui ont une bonne connaissance du milieu universitaire plutôt que par des juges qui risquent d'être embarrassés par ce genre de problèmes et d'être tentés de les escamoter.

Cependant, il conviendrait de faire la distinction entre le fondement et la fonction d'une règle de droit, c'est-à-dire entre sa causalité et sa finalité. Or, dans les décisions anciennes où les juges ont fait valoir les avantages de la justice universitaire sur la justice publique, ils ont présenté ces arguments beaucoup plus comme une justification *a posteriori* ou comme une finalité heureuse que comme le véritable fondement de la règle. De plus, il n'est pas sûr que la personne désignée pour remplir les fonctions de visiteur soit toujours la plus qualifiée pour le faire. Ainsi dans l'état actuel des textes régissant les diverses universités canadiennes, la fonction du visiteur est quelquefois dévolue au lieutenant-gouverneur pour être exercée par la Cour d'appel de la province,¹⁷ ce qui semblerait tout à fait contraire à l'esprit et au but de l'institution.

Il ne fait pas de doute que le droit corporatif anglais et du même coup la jurisprudence sur le statut et les pouvoirs du visiteur ont été reçus au Canada et au Québec et s'appliquent aux universités du pays.¹⁸

doubted." Lord Kenyon C. J., *Rex v. St. Catherine Hall*, *supra*, note 7, à la p. 997.

¹⁷ Voir *The University Act*, 1968, S.S., 1968, c. 80, s. 9, et *The Queen's Bench Act*, R.S.S., 1965, c. 73, s. 12(3).

¹⁸ "In Canada, the rights, duties and powers of the visitor are the same

Au Québec, les universités Laval, McGill et Bishop ont un visiteur. L'institution existe aussi au niveau primaire et secondaire. Une loi de 1846¹⁹ stipulait que les membres du clergé, les juges de la Cour du banc de la Reine et des cours de circuit, les membres de la législature, les juges de paix, le maire et les officiers supérieurs de la milice étaient visiteurs des écoles, et précisant que le surintendant des écoles était d'office visiteur général de toutes les écoles, pouvait prendre connaissance des contestations entre les commissaires et les maîtres et rendre une décision finale. L'article 20 de l'actuelle Loi de l'instruction publique²⁰ porte aussi que le ministre de l'Éducation est visiteur de toutes les écoles du Québec.²¹ Il demeure que le fondement de la règle de l'immunité universitaire peut sembler contestable de nos jours et l'on n'est donc pas surpris de constater que dans deux arrêts récents, elle a suscité chez les juges des réactions d'étonnement et de réticence.

Dans *Fekete v. The Royal Institution for the Advancement of Learning*,²² M. le juge Brossard refusa de se prononcer sur l'applicabilité de la règle au Québec, se contentant de trouver "étonnant plus de cent ans après l'Acte constitutionnel de 1867, que les droits de surveillance accordés par la charte de l'université à un 'visiteur royal' rendent inopérants, quant à l'université, ceux de la Cour supérieure de la Province de Québec". Il est permis de croire que l'étonnement du juge Brossard tient plus au caractère inusité de l'institution et à l'oubli dans lequel elle est tombée au Québec²³ qu'à ses seules origines anciennes. Il s'explique aussi largement par la volonté constante des cours supérieures du Québec de conserver toute la plénitude de leur droit de surveillance et de réforme.

as the corresponding personage in England". *King v. University of Saskatchewan* (1969), 66 W.W.R. 505, à la p. 506 (Q.B. Chambers), confirmé pour d'autres motifs par (1969), 67 W.W.R. 126 (C.A.) et (1969), 68 W.W.R. 745 (C.S.C.). Voir aussi *Ex parte Jacob*, *supra*, note 7; *Re University of Saskatchewan and MacLaurin*, [1920] 2 W.W.R. 823 (Sask. C.A.).

¹⁹ 9 Vict., c. 27, s. 33.

²⁰ S.R.Q., 1964, ch. 235.

²¹ On notera que la fonction de visiteur existe aussi en droit américain. "By visitation of corporations" is meant the act of examining into corporate affairs; the person authorized to make such examination is called the visitor; and the purpose of visitation is to supervise, direct, and control the management of the corporation. The visitatorial, or visitorial, power over corporations is in the state, and is exercised through the medium of its courts, or officers and commissions, or through visitors appointed by the legislature." 19 C.J.S. Corporations, no 986.

²² [1969] B.R. 1, à la p. 9.

²³ En effet, l'auteur n'a relevé dans la doctrine québécoise qu'un seul texte faisant mention de l'institution du visiteur. Voir Georges-Michel Giroux, *La Charte Royale de l'Université Laval* (1952-53), 55 R. du N. 225, à la p. 237.

Dans *King v. University of Saskatchewan*,²⁴ le juge Spence qui a rédigé le jugement de la Cour suprême a manifesté la même réticence, mais sans se prononcer lui non plus sur la question bien qu'il semble manifestement plus familier avec l'institution du visiteur. Si la règle de l'immunité universitaire semble avoir été remise en cause dans ces deux arrêts, elle n'a certes pas été rejetée et il convient donc de tenter de préciser l'étendue de cette immunité en fonction de la juridiction du visiteur.

II. *L'étendue de l'immunité universitaire.*

L'immunité universitaire n'est pas absolue et illimitée. Dans *Thomson v. The University of London*,²⁵ le "Vice-Chancellor" délimitait ainsi la juridiction du visiteur par rapport à celles des tribunaux de droit commun; "Whatever related to the internal management of the *domus*, such as the regulations, examinations and degrees, was within the exclusive jurisdiction of the visitor; whereas in matters relating to breach of trust or contracts outside the house,—that is, arising between the University and third parties—this court would interfere". On peut dégager de cette proposition que l'étendue de l'immunité universitaire peut dépendre, en l'absence de disposition spéciale dans les textes régissant chaque institution, de l'existence même du poste de visiteur dans l'université, du domaine de sa juridiction et du droit de surveillance des cours supérieures sur le visiteur lui-même.

Les chartes des diverses universités du Canada et du Québec ne prévoient pas toujours expressément le poste de visiteur. Selon le droit commun, en l'absence de fondateur et en cas de silence des textes, l'université est alors soumise au droit de visite et de sur-

²⁴ "What was being considered here was whether the appellant had attained the necessary standing in his studies in the law school to justify the granting to him of a degree of bachelor of laws. As was pointed out in the *Dunsheath* case [*supra*, note 10], and the *Thorne* case [*supra*, note 10] such a matter is essentially a domestic one within the university. The considerations which are given to such an issue are not those which can be assisted by an adversary formula, and it is difficult to conceive of a situation which would have the representatives of a law school faculty confronting the representatives of a student in the trial of an issue as to whether a degree should be granted. It must be remembered, however, that this appellant in his brief, which need not be analyzed in detail, made many contentions which were not solely related to his attainment of academic qualifications, and indeed, as the chancellor pointed out in his report, to which further reference shall be made hereafter, the essence of the appellant's complaints were: (1) That there was a breach of the terms of registration between him and the university; (2) That there was a breach of ethics which amounted to a value judgment.

Whether this allegation of the denial of natural justice, in what may be termed private or academic bodies, would provide the appellant with the basis for proceedings in the ordinary courts to have the decisions of such bodies declared nullities, is a question of some importance. In view of my opinion as expressed hereunder, it need not be decided in the present case." (1969), 68 W.W.R. 745, à la p. 753.

²⁵ (1864), 10 L.T.R. 403.

veillance de la Couronne qui est exercé par le "Lord Chancellor".²⁶

La fonction de "Lord Chancellor" n'a pas d'équivalent en droit canadien. Véritable trinité vivante, le "Lord Chancellor" cumule en Grande-Bretagne les fonctions de membre du cabinet et en quelque sorte de ministre de la Justice, de président de la Chambre des Lords, la plus haute assemblée législative, et de premier juge du royaume, puisqu'il préside non seulement la Chambre des Lords siégeant comme cour de justice mais aussi le comité judiciaire du Conseil privé, la Cour d'appel et en théorie la section de chancellerie de la Haute Cour de justice.²⁷ Dans ces conditions, on ne voit pas qui, sauf peut-être le ministre de l'Education, pourrait au Québec agir comme visiteur à la place du "chancellor", auprès de l'Université de Montréal et de l'Université du Québec dont les lois organiques ne prévoient pas la fonction de visiteur. Le ministre de l'Education est déjà visiteur de toutes les écoles publiques du Québec. Bien que le mot "école" dans la Loi de l'instruction publique ne désigne que les écoles sous le contrôle des commissaires, d'aucuns trouveraient normal que le ministre de l'Education agisse comme visiteur de l'Université de Montréal, qui d'après le préambule de sa charte,²⁸ est une institution à caractère public, et aussi de l'Université du Québec, puisque c'est lui qui est responsable de l'application de la loi qui l'a constituée.²⁹

Dans les universités où existe un visiteur, c'est lui, et non les cours supérieures, qui exerce ce droit d'inspection et de surveillance sur les affaires intérieures de l'université. Peu portée sur les définitions, la jurisprudence anglaise ne précise pas ce qu'il faut entendre par une affaire intérieure. Si l'on définit l'université comme une communauté de professeurs et d'étudiants, la juridiction "*rationae personnae*" du visiteur ne devrait donc porter que sur les professeurs et les étudiants et non sur le personnel de soutien, qui dispose des recours que lui offre le syndicalisme. Quant à la juridiction "*rationae materiae*", elle s'étendrait, d'après la jurisprudence, non pas uniquement aux seules questions strictement académiques, comme la notation des examens et la collation des grades, mais plus généralement à tout différend de nature universitaire, comme l'admission des étudiants, la discipline, et le statut du personnel enseignant (promotions, congés, destitution).

L'admission des étudiants

La démocratisation de l'enseignement d'une part et l'obligation pour l'université de maintenir des standards pédagogiques élevés

²⁶ *The King v. St. Catherine's Hall*, *supra*, note 7; *Ex parte Jacob*, *supra*, note 7.

²⁷ De Franqueville, *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne* (1893), t. 1, p. 52; Harvey and Bather, *The British Constitution* (1964), pp. 323 ss.

²⁸ Charte de l'Université de Montréal, 15-16 Elis. II, S.Q., 1967, ch. 129.

²⁹ Loi de l'Université du Québec, 17 Elis. II, S.Q., 1968, ch. 66, art. 60.

d'autre part, font du problème de l'admission ou de la sélection des étudiants une source de profonds malaises et quelquefois même d'insatisfaction. Juridiquement, on peut se demander si l'admission dans une université à caractère public est un droit ou un privilège et quels sont les recours ouverts à un étudiant qui est refusé même s'il satisfait aux exigences de l'université.

Dans le cas de l'admission au sein des corporations professionnelles, la jurisprudence, d'ailleurs peu abondante, est souvent contradictoire par suite de la diversité des textes interprétés. Dans quelques arrêts,³⁰ il a été décidé que les corporations intéressées ne pouvaient refuser l'admission à un candidat satisfaisant aux exigences fixées par la loi. Par contre en Colombie britannique il a été jugé dans *Re Hagel and the Law Society of B.C.*³¹ et dans *Martin v. Law Society of B.C.*,³² que l'admission au Barreau n'est pas un droit mais un privilège, même pour celui qui remplit les conditions de la loi. Dans l'arrêt *Martin* en particulier, la Cour d'appel décidait que le Barreau de cette province était un organisme administratif et non judiciaire et qu'il avait pleine discrétion pour décider qu'un communiste ne remplissait pas la condition de bonne réputation fixée par la loi et lui refuser l'accès à la profession.³³ Enfin dans *Re Hayward*,³⁴ il fut décidé que dans l'exercice de sa discrétion, le Conseil des comptables de l'Ontario devait agir judiciairement et ne devait pas refuser d'admettre un candidat sans lui permettre de présenter son point de vue. La décision d'admission serait donc susceptible d'être qualifiée tantôt d'acte de compétence liée, tantôt d'acte administratif ou discrétionnaire, tantôt d'acte quasi-judiciaire et chaque cas devrait donc être étudié à son mérite, à la lumière de la loi particulière applicable.

En matière d'admission à l'université, le législateur laisse généralement aux autorités universitaires le soin de décider quelle catégorie d'étudiants pourra être acceptée et les règlements prévoient fréquemment que l'université peut refuser d'admettre les candidats qui remplissent les conditions d'admission, dans le but évident de mettre en oeuvre des politiques de contingentement. Dans le

³⁰ *Gosselin v. College of Physicians and Surgeons* (1901), 19 C.S. 175 (C. de Revision); *Taché v. Société canadienne des ingénieurs civils* (1904), 26 C.S. 215; *Re Neff and College of Dental Surgeons*, [1928] 4 D.L.R. 839 (B.C.C.A.); Voir aussi *Handfield v. Collège des médecins et chirurgiens de la Province de Québec* (1914), 45 C.S. 140 (C. de Revision); *Innes v. Satchwell*, [1928] 2 D.L.R. 822 (Alta S.C.); *Ex parte Goodwin* (1961), 27 D.L.R. (2d) 667 (N.B.S.C.A.D.); *Godin v. Collège des pharmaciens de la Province de Québec*, [1953] C.S. 467; *Blais v. Association des architectes de la Province de Québec*, [1964] C.S. 387.

³¹ (1922), 31 B.C.R. 75 (B.C.S.C.).

³² [1950] 3 D.L.R. 173 (B.C.C.A.).

³³ Pour une étude de la jurisprudence américaine sur cette question, voir W. H. Rehnquist, *The Bar Admission Cases: A Strange Judicial Aberration* (1958), 44 A.B.A.J. 229, et Ralph S. Brown Jr., *Loyalty and Security* (1958), p. 109.

³⁴ (1957), 7 D.L.R. (2d) 136, à la p. 139 (Ont. H.C.).

seul arrêt canadien rapporté sur le sujet,³⁵ la Cour suprême de l'Alberta s'appuyant sur la jurisprudence américaine a décidé que l'admission à l'Université d'Alberta n'était pas un droit et a rejeté la requête en mandamus d'un étudiant qui satisfaisait aux conditions d'admission énoncées dans l'annuaire de la Faculté de droit, mais qui avait été refusé par le doyen parce que son dossier scolaire n'était pas remarquable. Par suite du silence du législateur, il était certes difficile au tribunal d'en arriver à une conclusion différente et de prendre sur lui la responsabilité de faire de l'accès à l'université un véritable droit, ce qui aurait des conséquences graves sur les plans pédagogique, financier et politique. De même il semble qu'une fois admis à l'université, l'étudiant ait tout au plus vocation à poursuivre le programme d'études conduisant au grade convoité s'il réussit ses examens, mais qu'en cas d'échec, il ne pourrait prétendre avoir droit de demeurer à l'université, c'est-à-dire de reprendre un cours ou une année,³⁶ à moins de dispositions spéciales dans les règlements de l'institution. En toute équité en effet, un étudiant à qui une université a déjà fourni l'occasion de faire ses preuves et qui a ainsi occupé une place qui aurait pu être offerte à un autre, mais qui subit un échec aux examens, ne devrait pas être plus favorisé qu'un étudiant qui n'est pas encore admis, et il devrait lui incomber de démontrer pourquoi il ne serait pas renvoyé.

On peut aussi se demander si les responsables de l'admission ont l'obligation d'entendre, par le moyen d'entrevues ou autrement, l'étudiant qui demande son admission. Bien que l'acceptation ou le refus serait probablement considéré comme un acte administratif, la distinction entre l'acte judiciaire et l'acte administratif n'a plus, depuis l'arrêt *Ridge v. Baldwin*,³⁷ l'importance que lui a accordé la Cour suprême dans *Guay v. Lafleur*³⁸ pour l'application des règles de la justice naturelle. En Angleterre en effet, la jurisprudence récente a considérablement étendu le domaine d'application de la règle "audi alteram partem" qui s'impose maintenant aux actes administratifs en certains cas, notamment lorsque le statut ou les espérances légitimes d'une personne sont affectés.³⁹ Mais l'étudiant n'ayant, semble-t-il, aucun droit à être admis à l'université, même s'il satisfait aux conditions d'admission, ne pourrait revendiquer le droit d'être entendu.⁴⁰ Il en serait autrement

³⁵ *Pecover v. Bowker and Governors of the University of Alberta* (1957), 8 D.L.R. (2d) 20; Voir aussi *The King v. University of Sydney; Ex parte Drummond* (1943), 67 C.L.R. 95, p. 104.

³⁶ *Ex parte Forster; Re University of Sydney* (1963), 63 State Reports (N.S.W.) 723.

³⁷ [1964] A.C. 40.

³⁸ [1965] R.C.S. 12.

³⁹ *Schmidt v. Secretary of State*, [1969] 1 All E.R. 904, à la p. 909 (C.A.).

⁴⁰ *Ibid.*

d'un étudiant déjà admis qui lui a une espérance légitime de terminer ses études s'il réussit ses examens, et à qui l'université ne pourrait certes pas retirer son "status" d'étudiant pour des raisons extra-académiques ou disciplinaires sans lui permettre de s'expliquer.⁴¹

Cette dichotomie droit-privilege sert souvent de fallacieux prétexte pour faire accepter des injustices et même en admettant que l'étudiant ne peut revendiquer le droit d'être admis à l'université, il a certainement le droit d'être traité avec justice quand il présente une demande d'admission.

En pratique, il est clair que cette question relève plus du domaine des relations publiques et de la saine administration que de la légalité et qu'elle se prêterait mal à des contestations judiciaires. Il demeure que sur le plan de l'équité, les procédés d'admission de certaines institutions sont largement perfectibles et que les facultés devraient dévoiler avec le plus de précision possible leurs critères d'admission, voir à ce qu'il apparaisse clairement dans leurs règlements que l'admission est accordée au mérite, et se donner la peine d'entendre les étudiants lorsque la chose est matériellement possible.

Y aurait-il lieu de prévoir, en cas de refus, un appel à une instance universitaire supérieure? Le nombre de places disponibles étant de toute façon limité, il serait irréaliste de prévoir un droit d'appel qui ne permettrait tout au plus que de transférer un sentiment d'insatisfaction d'un étudiant à un autre. Reste le cas sans doute très rare de l'étudiant qui serait victime de discrimination ou de malice. On songe par exemple à la célèbre affaire *Barel*⁴² où des étudiants français s'étaient vu refuser le droit de participer au concours d'entrée à l'Ecole Nationale d'Administration, en raison semble-t-il de leur appartenance au parti communiste. En pareil cas, un recours pourrait être exercé devant le visiteur universitaire. En effet, bien que l'on ait déjà cru que la juridiction du visiteur ne s'étendait qu'aux personnes déjà membres de l'université,⁴³ il est clairement établi depuis un arrêt de 1878⁴⁴ que sa juridiction est pleine et entière en matière d'admission.

La notation des examens et la collation des grades

La tenue d'examens et la collation des grades comptent parmi les fonctions essentielles de l'université et s'il y a des matières qui doivent relever de la seule compétence de l'université, ce sont bien celles-là.

On relève dans nos rapports judiciaires quelques arrêts où les

⁴¹ *R. v. Senate of the University of Aston*, [1969] 2 All E.R. 964, à la p. 975 (Q.B.D.).

⁴² Conseil d'Etat, 28 mai 1954. Rec. p. 308.

⁴³ *The King v. St. John's College* (1694), 87 E.R. 383.

⁴⁴ *The Queen v. Hertford College* (1877-78), 3 Q.B.D. 693.

tribunaux sont intervenus dans l'appréciation ou la notation d'examens pour corriger des erreurs et des injustices flagrantes ou empêcher le favoritisme. Il s'agissait d'examens d'admission à une corporation professionnelle⁴⁵ et d'un concours en vue de l'octroi d'une bourse d'études.⁴⁶ Mais en aucun cas les tribunaux n'ont osé intervenir dans la notation d'examens tenus dans une université, bien que des recours aient déjà été tentés en Angleterre. Ce genre de recours, généralement présenté, selon l'expression même d'un juge anglais,⁴⁷ par des apprentis juristes ("budding lawyers"), s'accompagne souvent d'une réclamation en dommages-intérêts et d'une requête en mandamus destinée à obliger l'université à accorder le grade⁴⁸ postulé, bien que cette matière soit de nature strictement interne et relève clairement de la seule juridiction du visiteur.⁴⁹

Il convient cependant de bien distinguer entre un recours visant à forcer l'université à accorder un grade et celui destiné à l'obliger à accomplir un devoir qui lui est imposé par sa loi organique, comme par exemple l'audition impartiale de l'appel d'un étudiant à qui un grade est refusé. En ce cas, il s'agit non pas d'une affaire interne mais de l'accomplissement d'une obligation statutaire où les tribunaux ont clairement juridiction.⁵⁰

L'expulsion des étudiants et des professeurs

Dans l'arrêt *Fekete*, M. le juge Brossard qualifiait de fondamental et d'aussi important et précieux que la liberté de presse le droit de l'université d'assurer l'ordre et la discipline sur le campus.⁵¹ A cette fin, plusieurs universités ont adopté les règlements disciplinaires qui assurent le libre exercice des activités universitaires et de la liberté académique, prévoient l'imposition de toute une gamme de sanctions disciplinaires qui peuvent aller jusqu'à l'expulsion, et garantissent le droit de se faire entendre devant un forum impartial.

On peut faire reposer l'autorité de l'université de réprimer les fautes disciplinaires des étudiants soit sur sa charte, soit sur une délégation ou une extension implicite des pouvoirs des parents, une théorie qui semble maintenant rejetée par la doctrine,⁵² soit

⁴⁵ *Clouette v. La Corporation des huissiers du district de Montréal* (1931), 37 R.L. 499. Voir aussi *Lalonde v. La Corporation des huissiers du district de Montréal* (1904), 26 C.S. 426.

⁴⁶ *L'Académie de musique de Québec v. Payment*, [1936] R.C.S. 323.

⁴⁷ *Thorne v. University of London*, *supra*, note 10.

⁴⁸ Sur la question de la nature juridique des grades universitaires, voir *The King v. The University of Cambridge* (1723), 88 E.R. 111, à la p. 119; 92 E.R. 818, à la p. 819.

⁴⁹ *Thomson v. The University of London*, *supra*, note 25; *Thorne v. University of London*, *supra*, note 10.

⁵⁰ *King v. University of Saskatchewan* (1969), 68 W.W.R. 745 (C.S.C.).

⁵¹ *Supra*, note 22, à la p. 9.

⁵² D. C. Holland, *The Student and the Law* (1969), 22 Current Legal Problems 61, aux pp. 66 ss.

sur un contrat exprès ou tacite entre l'étudiant et l'université, soit sur la nature même des fonctions et pouvoirs de l'université.⁵³ Le problème est néanmoins de savoir si cette autorité est absolue et illimitée et si par exemple l'université pourrait légalement expulser un étudiant en raison de ses opinions politiques ou de la violence des critiques qu'il aurait formulées contre elle. En cas de silence des textes régissant l'université, et malgré l'affligeante ambiguïté du statut juridique de l'étudiant et de la nature juridique de ses rapports avec l'université (contrat traditionnel, contrat d'adhésion, théorie du "status"), il semblerait difficile de déceler des limitations légales à l'autorité disciplinaire de l'université, à condition qu'elle agisse de bonne foi dans l'intérêt de l'université.⁵⁴ Ici encore on se heurte à la théorie des privilèges: car si en tant que citoyen, l'étudiant a certainement droit à ses opinions politiques, il semble qu'il ne puisse pas revendiquer légalement le droit d'être étudiant. En pratique cependant, les universités qui sont sensibles à l'opinion publique n'abusent pas de leur autorité et l'étudiant qui se croirait arbitrairement ou injustement puni pourrait toujours saisir le visiteur de son cas, car la discipline est une autre matière qui relève de sa juridiction finale.⁵⁵

Le problème du congédiement des professeurs se présente dans un cadre assez différent, celui de la rupture du contrat de travail. Il est manifeste qu'en cette matière plusieurs professeurs d'université entretiennent de profondes illusions sur la sécurité de leur emploi et sur la signification juridique véritable de la permanence dont ils bénéficient, ou plutôt croient bénéficier. En effet, bien que la permanence soit une condition essentielle de la liberté académique, il faut bien reconnaître que les coutumes et traditions universitaires ne pèsent pas lourd aux yeux de la jurisprudence et que la liberté académique elle-même ne semble bénéficier d'aucune garantie constitutionnelle. Bien au contraire, la jurisprudence considère le professeur d'université comme un salarié ordinaire, ce qui risque d'avoir des conséquences insoupçonnées en permettant à bien des gens, y compris aux juges, de soutenir que le paiement du salaire du professeur par l'université confère à cette dernière le droit de contrôler le contenu de son enseignement, de ses recherches et de ses publications, et de le discipliner.

⁵³ "It is not very probable that so great a body as the university could have existed so long without having some power within itself of controlling and checking those evils which, without correction, would be subversive of all discipline in the university. Discipline is the soul of such a body; and if persons egregiously offended against that order and discipline so necessary to be preserved in the university, the latter must have had a power to correct such offenses previous to the Statute of Elisabeth." *The King v. The Chancellor of University of Cambridge* (1794), 101 E.R. 451, à la p. 460; Harry Street, *The Law of Torts* (4e éd., 1968), p. 87.

⁵⁴ Voir *Smith v. Wesley College*, [1923] 3 W.W.R. 195 (Man. S.C.).

⁵⁵ *Philips and Bury*, *supra*, note 14, à la p. 203; *The King v. The Chancellor of the University of Cambridge*, *supra*, note 53.

Dans un arrêt récent du Conseil privé, *Vidyodaya University Council v. Sliva*,⁵⁶ où un directeur de département tentait par voie de mandamus et de certiorari d'obtenir l'annulation de son congédiement en alléguant qu'il n'avait pas eu l'occasion de se faire entendre et que l'université devait agir judiciairement, le tribunal, après avoir étudié les textes régissant l'institution, décidait que le professeur était un employé comme un autre, soumis au droit commun des contrats de travail,⁵⁷ de sorte qu'en cas de congédiement injustifié, le seul recours qui lui était ouvert était l'action en dommages.⁵⁸ Le cas des professeurs d'université, considérés comme des salariés ordinaires, est donc bien différent de celui soulevé dans l'affaire *Ridge v. Baldwin* où il s'agissait de la destitution d'un policier municipal qui, d'après la common law, n'est pas l'employé de la municipalité, comme l'a bien expliqué Lord Reid.⁵⁹

Il appert donc que les professeurs d'université sont soumis comme tous les autres salariés au droit commun du travail et notamment aux articles 1666 et suivants du Code civil, ce qui signifie: 1—qu'à moins d'être prolongé expressément ou par tacite reconduction, l'engagement d'un professeur pour une durée déterminée, par exemple trois ans comme c'est souvent les cas, se termine de plein droit et sans avis au terme fixé, et que l'université n'est pas alors tenue de le conserver à son service;⁶⁰ 2—que l'université peut mettre fin au contrat d'un professeur engagé à l'année mais pour une durée indéterminée en lui donnant un avis

⁵⁶ [1965] 1 W.L.R. 77.

⁵⁷ "The circumstances that the University was established by statute and is regulated by the statutory enactments contained in the Act does not involve that contracts of employment which are made with teachers and which are subject to the provisions of section 18 (e) are other than ordinary contracts of master and servant." *Ibid.*, à la p. 90.

⁵⁸ "The law is well settled that if, where there is an ordinary contractual relationship of master and servant, the master terminates the contract the servant cannot obtain an order of certiorari. If the master rightfully ends the contract there can be no complaint: if the master wrongfully ends the contract then the servant can pursue a claim for damages." *Ibid.*, à la p. 79.

⁵⁹ "The law regarding master and servant is not in doubt. There cannot be specific performance of a contract of service, and the master can terminate the contract with his servant at any time and for any reason or for none. But if he does so in a manner not warranted by the contract he must pay damages for breach of contract. So the question in a pure case of master and servant does not at all depend on whether the master has heard the servant in his own defence; it depends on whether the facts emerging at the trial prove breach of contract. But this kind of case can resemble dismissal from an office where the body employing the man is under some statutory or other restriction as to the kind of contract which it can make with its servants, or the grounds on which it can dismiss them. The present case does not fall within this class because a chief constable is not the servant of the watch committee or indeed of anyone else." [1964] A.C. 40, à la p. 65.

⁶⁰ Léon Faribault, dans *Traité de droit civil du Québec* (1951), t. 12, p. 314; *Loyola College v. Santhanam*, C.S. Montréal, no 16,334, 3 mars 1970.

raisonnable, dans les circonstances un avis d'au moins trois mois,⁶¹ mais préférablement de six mois; 3—que le contrat d'un professeur peut être résilié lorsque l'une des parties ne remplit pas ses obligations, c'est-à-dire que l'université peut rompre le contrat pour cause, comme l'absentéisme injustifié, la négligence dans l'accomplissement de ses devoirs, l'incapacité, l'incompétence ou l'indiscipline.⁶²

Une jurisprudence ancienne des juridictions de common law a quelque peu précisé certaines modalités du statut juridique du professeur d'université. Il ressort de cette jurisprudence: 1—qu'un professeur engagé par une université incorporée par bill privé n'est pas présumé connaître le contenu de la charte, ni des règlements internes de l'université et que lorsqu'il négocie avec un officier de l'université qu'il croit autorisé à lier l'institution, et qu'il est engagé sans autre information ni avertissement, les conditions de son engagement sont régies par la correspondance qu'il a échangée et non par les résolutions adoptées par le Conseil de l'université;⁶³ 2—que l'existence d'une échelle de salaires comportant un nombre déterminé d'échelons ne fait pas présumer que la durée de l'engagement des professeurs est indiquée par le nombre d'échelons contenus dans l'échelle de salaires;⁶⁴ 3—que les coutumes et traditions universitaires, notamment celles concernant la permanence, n'ont aucune valeur légale et ne sont même pas admissibles en preuve.⁶⁵

Il semble donc qu'en l'absence de texte, le droit à la permanence dont croient bénéficier les professeurs de carrière agrégés et titulaires n'ait aucun fondement légal puisque le professeur est un salarié comme les autres. Aveuglé par le mythe contractuel de la rencontre de deux volontés souveraines et égales, un juge ontarien a même rejeté toute idée de permanence parce que celle-ci devrait être bilatérale et mutuelle; elle devrait lier aussi bien le professeur d'université que l'université elle-même,⁶⁶ de sorte qu'un professeur nommé à titre permanent devrait demeurer attaché à l'université et ne pourrait accepter un poste plus lucratif ailleurs, théorie qui est non seulement absurde mais contraire à l'article 1667 du Code civil.⁶⁷ Quant au mot "permanence" lui-même, la

⁶¹ *Mailhot v. Ville de Saint-Vincent-de-Paul*, [1965] R.D.T. 555; *Dubois v. Quimet Ltée*, [1959] C.S. 573. Voir aussi Donald J. Johnston, *Dismissal Notice in Employment Contracts* (1963), 9 McGill L.J. 138.

⁶² *Martel v. Dozois*, [1960] C.S. 344. Voir Jean-Réal Cardin, *Le règlement des différends touchant l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, y compris le renvoi* (1964), 24 R. du B. 121.

⁶³ *Smith v. Westley College*, *supra*, note 54.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.* *Craig v. Governors of the University of Toronto* (1922-23), 53 O.L.R. 312.

⁶⁶ *Ibid.*, à la p. 319.

⁶⁷ Art. 1667 C.C.: "Le contrat de louage de service personnel ne peut être que pour un temps limité, ou pour une entreprise déterminée. Il peut être continué par tacite reconduction."

jurisprudence l'a déjà interprété comme référant à la fonction ou au poste de professeur, et non à la durée de l'occupation du poste par tel individu.⁶⁸

Les considérations qui précèdent révèlent que dans l'état actuel du droit, qu'il convient sans doute de critiquer mais qu'il n'est pas permis d'écarter, un professeur congédié ne pourrait disposer que de l'action en dommages ou du recours devant le visiteur universitaire.⁶⁹ D'aucuns rechercheront dans le syndicalisme la solution de ces problèmes. D'autres estimeront que par suite de la nature un peu spéciale de ses fonctions, l'universitaire s'accommode assez mal d'un régime de salarié ordinaire régi par le droit commun du travail; ils postuleront pour lui un "status" et sensibles au fait que c'est l'Etat qui est son véritable employeur, souhaiteront même une forme de fonctionnarisation respectueuse de la liberté académique. De toute façon, il est certainement dans l'intérêt de toute la société de garantir aux universitaires, par convention ou par règlement, une plus grande sécurité d'emploi. L'Association canadienne des professeurs d'université a bien adopté, le 24 novembre 1967, une déclaration de principe relative à la nomination des professeurs et à la permanence de leurs emplois⁷⁰ qui prévoit une procédure d'arbitrage dans le cas de révocation d'un professeur nommé à titre permanent, mais ce texte ne lie pas légalement les universités.

Il est clair que le régime juridique auquel sont actuellement soumis les étudiants et professeurs d'université est inacceptable et risque de compromettre l'exercice de la liberté académique. C'est pourquoi l'adoption de règlements disciplinaires qui définissent les droits et obligations des étudiants et des professeurs et leur accordent des garanties procédurales en cas de répression, comme le droit de se faire entendre devant un forum impartial, doit être considérée comme une mesure positive. "The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards" a dit le juge Frankfurter,⁷¹ et des textes imposant une procédure conforme au droit demeurent la meilleure garantie de la liberté académique.

Conclusion

Mais qu'en est-il alors du droit de surveillance de la Cour supérieure? Selon la jurisprudence traditionnelle, les universités qui ont leur propre visiteur échappent à la surveillance de la Cour supérieure puisque c'est le visiteur qui exerce alors cette surveil-

⁶⁸ *Craig v. Governors of University of Toronto*, *supra*, note 65, à la p. 321.

⁶⁹ *Ex parte Jacob*, *supra*, note 7; *In re University Act*, [1920] 2 W.W.R. 823 (Sask. K.B.); *R. v. Dunsheat*, *supra*, note 10.

⁷⁰ (1968), 16 Bulletin de L.A.C.P.U. 4.

⁷¹ *McNabb v. United States* (1943), 318 U.S. 332, à la p. 347.

lance. C'est au visiteur universitaire qu'il appartient donc comme tribunal de surveiller l'application des règlements de l'université, de corriger les abus et les injustices et sa juridiction exclut en la rendant inopérante et inutile celle du visiteur judiciaire, c'est-à-dire la Cour supérieure, et ce même en cas de malice, de discrimination ou de violation des règles de la justice naturelle,⁷² de sorte qu'un étudiant qui se verrait refuser l'accès à l'université en raison de ses opinions politiques devrait adresser son recours au visiteur universitaire et non aux tribunaux de droit commun. De même dans *The King v. The Chancellor of the University of Cambridge*,⁷³ un docteur en théologie qui s'était vu retirer son grade pour avoir injurié le vice-chancelier de l'université, mais sans avoir été invité à s'expliquer ou à se faire entendre, réussit à le récupérer par mandamus, mais le tribunal ne manqua pas d'affirmer qu'il aurait suffi à l'université d'alléguer qu'elle avait son propre visiteur pour mettre immédiatement fin au litige.⁷⁴ Il semblerait cependant que les cours supérieures pourraient exercer leur droit de surveillance sur le visiteur universitaire lui-même dans le cas où il refuserait d'exercer ses pouvoirs ou les exercerait mal.⁷⁵

Reste le cas des universités dont la loi organique n'a pas expressément prévu la fonction de visiteur. En ce cas, il est possible de soutenir que c'est le ministre de l'Éducation qui a vocation pour agir comme visiteur. Par contre, ne peut-on pas inférer de l'abstention du législateur sa volonté d'abolir une institution manifestement anachronique et de voir l'université soumise comme toute autre corporation civile au pouvoir de surveillance de la Cour supérieure?⁷⁶ On peut déduire de la jurisprudence récente que c'est cette solution que retiendraient les tribunaux québécois.

L'arrêt *Fekete* ayant révélé que l'université ou ses comités pouvaient difficilement être considérés comme des tribunaux dont les décisions font loi, la victime d'une injustice ou d'un abus de pouvoir devrait alors agir contre l'université par voie d'action directe en nullité selon l'article 33 du Code de procédure civile et non par bref d'évocation. Mais même là, il est à prévoir que les juges feront preuve d'une certaine retenue lorsque le litige est

⁷² "If indeed, a man could shew a good ground for believing, as it is quite possible he might, that he had passed the best examination, that he had no moral or social disqualification, but that the college had, nevertheless, refused to elect him from motives wrong, illegal or corrupt, he would not be without a remedy; but his remedy would be, not mandamus, but appeal to the visitor." *The Queen v. Hertford College*, *supra*, note 44, à la p. 701.

⁷³ (1723), 92 E.R. 818.

⁷⁴ "To this mandamus, the university made a return, in which they did not say that they had a visitor, which would have put an end to the dispute in B.R. . . ." *Ibid.* Voir aussi *The King v. University of Cambridge*, *supra*, note 48, à la p. 113.

⁷⁵ *Ex parte Jacob*, *supra*, note 7, à la p. 158; *Thomson v. The University of London*, *supra*, note 25; *R. v. Dunsheat*, *supra*, note 10, à la p. 744.

⁷⁶ *University of Ceylon v. Fernando*, [1960] 1 All E.R. 631 (C.P.).

susceptible d'être réglé par une instance universitaire supérieure spécialement habilitée à cette fin.⁷⁷ Ce qui importe en effet, c'est que justice puisse être rendue, c'est-à-dire que toute décision de nature interne qui affecte gravement un étudiant ou un professeur puisse être révisée et corrigée en cas d'injustice par une instance supérieure, et lorsqu'une telle révision est possible à l'université même, les tribunaux doivent s'abstenir comme ils le font lorsqu'existe un visiteur universitaire. Ainsi l'immunité dont jouit l'université dans l'exercice de ses fonctions académiques se révèle sous son véritable jour: elle n'est pas fondée sur une irréprochabilité de droit comparable à celle de la Couronne, mais elle provient d'une politique très sage de retenue judiciaire dont la jurisprudence a fait une règle de droit, lorsque les disputes universitaires peuvent être réglées par les juridictions universitaires.

Il est clair qu'en 1970, le recours à un visiteur royal ne saurait être considéré comme la solution au problème du règlement du contentieux universitaire. C'est une juridiction qui est tombée dans l'oubli, qui n'est plus invoquée. Si l'institution n'a plus de nos jours qu'un intérêt principalement historique, bien que son existence puisse avoir des conséquences insoupçonnées en cas de poursuite judiciaire, l'idée d'une juridiction universitaire dont les décisions feraient loi mériterait d'être retenue, car la justice publique est fort mal placée pour décider des disputes universitaires qui sont susceptibles de se multiplier avec l'augmentation de la population étudiante.

Enfin, l'étude de la fonction et des pouvoirs du visiteur permet de considérer sous un nouvel éclairage l'article 33 du Code de procédure civile et le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure. Le doyen Le Dain⁷⁸ et le professeur Dussault⁷⁹ ont bien démontré que l'article 33 du Code de procédure civile n'est pas la source de ce pouvoir de surveillance, mais qu'il ne fait qu'indiquer le tribunal qui a la compétence pour l'exercer. On pourrait en dire autant de l'article 36 de la Loi des tribunaux judiciaires⁸⁰

⁷⁷ Voir *Pasmore v. Oswaldtwistle Urban Council*, [1898] A.C. 387, à la p. 394; *Wilkinson v. Barking Corporation*, [1948] 1 All E.R. 564, à la p. 567 (C.A.); *Collège des pharmaciens de la P.Q. v. Cloutier*, [1949] B.R. 121, à la p. 129.

⁷⁸ Gerald E. Le Dain, *The Supervisory Jurisdiction in Quebec* (1957), 35 Can. Bar Rev. 788, aux pp. 791 ss.

⁷⁹ René Dussault, *Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec* (1969), pp. 68 ss.

⁸⁰ S.R.Q., 1964, ch. 20, art. 36: "Quant à ce qui concerne les dispositions non abrogées de quelque loi en vigueur dans la province, à l'époque où la loi 12 Victoria, chapitre 38, est devenue entièrement en vigueur, la Cour supérieure continue d'être substituée aux Cours du banc de la Reine abolies par la dite loi.

Ces dispositions non abrogées continuent à s'appliquer à la Cour supérieure comme elles s'appliquaient autrefois aux Cours du banc de la Reine.

Ce droit de surveillance, de réforme et de contrôle continue d'être conféré et assigné à la Cour supérieure et à ses juges."

qui, *inter alia*, transfère à la Cour supérieure ce qui reste des pouvoirs des anciennes Cours du banc de la Reine abolies en 1793. Ce qui est assez troublant cependant, c'est que selon l'article 33 du Code de procédure civile, la Cour supérieure exerce un pouvoir de surveillance non seulement sur les tribunaux inférieurs, mais aussi sur les corporations. La doctrine et la jurisprudence se sont à peu près totalement désintéressées de cet aspect particulier du pouvoir de surveillance, si ce n'est à l'occasion d'actions directes en nullité contre des corporations municipales ou scolaires. Cependant, M. le juge Brossard a affirmé dans l'arrêt *Fekete* à propos du recours en évocation: "Le pouvoir de contrôle, assuré par ce recours à la Cour supérieure en vertu de l'article 846 C.p., est donc bien différent de celui de surveillance et de réforme conféré par l'article 33 sur les corps politiques et corporations autres que les tribunaux."⁸¹ Il est permis de se demander si en plus des conditions d'exercice de ces deux recours qui ne sont pas les mêmes, cette différence ne tient pas essentiellement au fait qu'en exerçant une surveillance sur les corporations, la Cour supérieure n'agit pas en réalité comme visiteur des corporations civiles au même titre que la Queen's Bench en Angleterre, et s'il ne faudrait pas voir là la véritable origine de l'action directe en nullité.

⁸¹ *Supra*, note 22, à la p. 6.