

La discrétion administrative : une occasion de dialogue entre citoyens et tribunaux?*

Geneviève CARTIER**

INTRODUCTION.....	235
I. L'« OPINION PUBLIQUE » ET LE « POINT DE VUE DES CITOYENS ».....	236
A. Définition des termes	236
B. L'opinion publique : quelques commentaires	239
II. DISCRÉTION ADMINISTRATIVE ET VOIX CITOYENNE.....	241
A. La discrétion individuelle.....	241
1. L'existence du pouvoir discrétionnaire.....	242
2. Les limites au pouvoir discrétionnaire.....	243
B. La discrétion collective	246
CONCLUSION.....	248

* Le texte qui suit expose à grands traits les arguments que nous développons dans un article qui sera bientôt soumis pour publication, intitulé « Discrétion administrative et participation des citoyens : opposition ou complémentarité? », réalisé grâce à la subvention de recherche qui nous a été octroyée par l'Institut canadien d'administration de la justice pour l'année 2000-2001. Nous tenons à remercier l'Institut pour le soutien qu'il nous a manifesté tout au long de nos travaux.

** Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, Québec.

La participation des individus à l'administration de la justice a constitué l'une des préoccupations fondamentales du droit administratif au cours des vingt-cinq dernières années au Canada. La réflexion sur cette question a porté sur la reconnaissance de l'importance de la participation des individus à la prise de décisions qui les concernent et s'est traduite par le développement de normes susceptibles de favoriser l'adaptation des principes de l'équité procédurale aux divers types de processus décisionnels administratifs. Parallèlement, depuis la fin des années 80, la question de la citoyenneté a suscité un regain d'intérêt dans le domaine de la théorie politique¹ et le discours de la citoyenneté a peu à peu investi celui du droit, comme en témoigne le thème du présent congrès.

Jusqu'à maintenant, l'impact de la réflexion contemporaine en matière de citoyenneté sur le droit administratif a été peu exploré. Parmi les questions qui mériteraient d'être analysées dans ce contexte figure la suivante : la substitution de la notion d'« individu », largement utilisée en droit administratif, par celle de « citoyen », est-elle susceptible de modifier la conception des droits individuels et des obligations des décideurs administratifs dans un contexte de prise de décision? La tâche qui nous échoit dans le cadre du présent congrès consiste à aborder les relations qu'entretiennent le processus de décision (judiciaire et administratif), l'opinion publique et la citoyenneté. Notre contribution permettra donc tout au plus d'entamer une discussion sur les implications de l'adoption d'une notion de citoyenneté en droit administratif.

¹ Pour un exposé des causes de ce regain d'intérêt, voir notamment Will KYMLICKA et W. NORMAN, « Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory », dans Ronald BEINER (dir.), *Theorizing Citizenship*, Albany, State University of New York Press, 1995, p. 283, et, plus récemment, Will KYMLICKA, *Politics in the Vernacular—Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 294.

Le thème de la séance à laquelle nous avons été invitée à participer, *Comment réagir à l'opinion publique : le dialogue entre les citoyens et les tribunaux dans une société changeante*, se composait de deux questions principales suggérées par les organisateurs du congrès. La première porte sur les liens qui existent entre l'*opinion publique* et les *décideurs* : dans quelle mesure les décideurs peuvent-ils légitimement réagir à l'opinion publique? La seconde traite des relations qu'il peut y avoir entre les *opinions des citoyens* et le *processus de décision* judiciaire ou administratif : comment, et jusqu'à quel point, les citoyens peuvent-ils obtenir que leurs points de vue soient reconnus et respectés dans les processus de décision? Ces deux questions recèlent des distinctions importantes. Réagir à l'opinion publique, et tenir compte du point de vue des citoyens, nous paraissent être deux questions différentes. C'est la seconde qui formera l'objet essentiel de notre analyse.

Nous avons divisé notre exposé en deux parties. Tout d'abord, nous soulignons les distinctions qu'il faut faire, à notre avis, entre l'opinion publique et le point de vue des citoyens. Par la suite, nous nous intéressons plus particulièrement au point de vue des citoyens, dans le contexte précis des décideurs administratifs investis de pouvoirs de nature discrétionnaire. Pour l'essentiel, nous avançons que le pouvoir discrétionnaire de l'administration publique crée un interstice, un espace qui doit être utilisé de manière à permettre aux citoyens de faire valoir leurs points de vue, individuellement ou collectivement. En ce sens, il est susceptible de favoriser le dialogue entre citoyens et décideurs.

I. L'« OPINION PUBLIQUE » ET LE « POINT DE VUE DES CITOYENS »

A. Définition des termes

Notre intérêt pour le « point de vue des citoyens » plutôt que pour l'« opinion publique » repose sur la compréhension particulière que nous avons de ces deux phénomènes ou concepts.

Selon l'une des acceptions du dictionnaire, l'opinion publique évoque l'« ensemble des attitudes d'esprit dominantes dans une société (à l'égard de problèmes généraux, collectifs et actuels) [...] ».² J.J. Best³ considère quant à lui que l'opinion publique s'apprécie différemment suivant la perspective dans laquelle elle est considérée. À l'échelle de l'individu, elle consiste dans « [the] individual expression of beliefs, values, and attitudes about political objects. [...] That definition is concerned with looking at what opinions an individual has and how he uses them to deal with his environment. »⁴ À un niveau différent et à première vue davantage susceptible de s'appliquer à notre réflexion, l'opinion publique désigne plutôt « [the] aggregation and articulation of individual opinions, as perceived by political decision makers. [...] That definition asks what is the distribution of public opinion toward a given set of political objects in the environment and how and under what circumstances does public opinion play a role in the policy-making process. »⁵ S'ils ne permettent pas de fixer nettement les contours de la notion d'opinion publique, ces énoncés expriment tout de même clairement que l'une de ses caractéristiques importantes est qu'elle constitue l'*agrégat* des opinions d'un certain nombre d'individus d'une société, à l'égard de questions sociales, politiques, morales, etc. Cet aspect d'agrégat, d'addition d'opinions individuelles semble indiquer que l'opinion publique n'existe pas en tant qu'entité autonome et distincte de la multiplicité des voix qui la composent.

D'autres auteurs expriment cependant l'avis contraire. Ainsi, pour A. Barrère, l'opinion publique « est différente de l'opinion personnelle des membres qui composent le groupe »⁶. De même, G. Burdeau écrit : « [T]andis que l'opinion publique est le produit d'une élaboration, la volonté populaire est le résultat d'une addition. [...] L'opinion publique présente par rapport aux mentalités individuelles un caractère d'objectivité et d'autonomie beaucoup plus marqué que la volonté populaire. [...] L'opinion

² Paul ROBERT, *Le Petit Robert : Dictionnaire de la langue française*, sous la direction de Josette Rey-Debove et d'Alain Rey, Paris, Le Robert, 1990, p. 1314.

³ James Joseph BEST, *Public Opinion: Micro and Macro*, Homewood, Dorsey Press, 1973.

⁴ *Id.*, p. 3-4. C'est ce que Best qualifie de « micro level public opinion ».

⁵ *Id.* Best parle ici de « macro level public opinion ».

⁶ Alain BARRÈRE, « L'opinion publique dans la société contemporaine », dans Alain BARRÈRE (dir.), *53^e Semaines sociales de France : l'opinion publique*, Lyon, Chronique sociale de France, 1966, p. 13, à la page 17.

publique est un phénomène autonome. »⁷ J. Stoetzel et A. Girard semblent dire qu'elle n'est ni l'une ni l'autre : « Pas plus qu'elle n'est une chose, l'opinion publique n'est pas la somme des opinions individuelles. [...] Les opinions privées s'accordent et se groupent sous l'effet d'un principe commun de conformisation. »⁸

Pour les fins du présent texte, nous avons choisi de définir l'opinion publique comme le propose J.J. Best, c'est-à-dire comme un agrégat d'opinions individuelles, et de discuter du « point de vue des citoyens » en le définissant comme comportant cette part d'autonomie que l'on n'attribue à l'opinion publique que de manière très hésitante, comme l'illustrent les exemples précédents. Nous concevons le point de vue des citoyens comme n'étant pas seulement l'expression d'une position subjective sur une question donnée, mais comme comportant une espèce d'universalité, par laquelle un individu entend participer à un débat, à la « chose publique » pourrait-on dire, par une « transcendance raisonnable » de ses particularismes. L'individu-citoyen tend à se détacher de sa situation personnelle; il vise une sorte de synthèse entre le Particulier et l'Universel, que R. Beiner exprime très bien :

« To opt wholeheartedly for [liberal] universalism implies deracination-rootlessness. To opt wholeheartedly for [antiliberal] particularism implies parochialism, exclusivity, and narrow-minded closure of horizons. Yet it is by no means clear that a viable synthesis of particularistic rootedness and universalistic openness is philosophically available. In practice, and perhaps even in theory, we always seem to get drawn to one unsatisfactory extreme or the other. This elusive synthesis of liberal cosmopolitanism and illiberal particularism, to the extent that it is attainable, is what I want to call "citizenship". »⁹

⁷ G. BURDEAU, « L'évolution des techniques d'expression de l'opinion publique dans la démocratie », dans G. BERGER (dir.), *L'opinion publique*, Paris, P.U.F., 1957, p. 141. L'analyse de Burdeau est d'ailleurs fortement imprégnée de la théorie du contrat social de Jean-Jacques Rousseau, qui postule l'existence d'une volonté générale distincte de l'addition des volontés individuelles des membres qui composent le corps politique.

⁸ Jean STOETZEL et Alain GIRARD, *Les sondages d'opinion publique*, Paris, P.U.F., 1973.

⁹ Ronald BEINER, « Why Citizenship Constitutes a Theoretical Problem in the Last Decade of the Twentieth Century », dans R. BEINER (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 12-13.

Ces distinctions éclairent les différences fondamentales entre la question de savoir comment les décideurs peuvent légitimement réagir à l'opinion publique et celle de savoir comment les citoyens peuvent obtenir que leurs points de vue soient pris en compte dans les processus décisionnels judiciaire et administratif. Nous avons indiqué plus tôt que nous n'entendions pas développer pleinement la question de savoir si les juges et les décideurs administratifs peuvent légitimement réagir à l'opinion publique. Nous nous limiterons à formuler quelques brefs commentaires à cet égard.

B. L'opinion publique : quelques commentaires

La réaction des décideurs à l'opinion publique s'analyse différemment selon la sphère à laquelle ceux-ci appartiennent.

En matière politique, les décideurs sont confrontés quotidiennement à l'opinion. Nombre d'études se sont intéressées à l'influence de cette dernière sur les individus et sur les gouvernements, de même qu'à la légitimité, le cas échéant, d'une telle influence. Certains la dénoncent purement et simplement¹⁰. D'autres, tout en en reconnaissant sa pertinence, craignent qu'elle ne soit utilisée d'une façon systématique et rappellent l'importance d'éviter le « gouvernement par sondages » : les gouvernants doivent décider à la lumière d'une vue d'ensemble des problèmes qu'ils sont appelés à régler, non sur la base d'informations fragmentaires¹¹. D'autres encore considèrent que les réactions gouvernementales à l'opinion publique participent d'une certaine conception de la démocratie : lorsque la majorité du peuple exprime une opinion qu'il est possible de connaître par des mécanismes fiables, les gouvernants disposent alors d'informations

¹⁰ Comme par exemple Bernard FAÏ, *Naissance d'un monstre : l'opinion publique*, Paris, Librairie académique Perrin, 1965, p. 13 : « [L']opinion individuelle tend à devenir collective dès que les contacts entre les hommes se multiplient et que les moyens de communication s'améliorent. Pourtant, cette opinion publique reste précaire, timide, tant que la dominant une foi vigoureuse, une discipline morale et sociale, imposées par des autorités fortes, stables, vigilantes. Dans ces cas, chacun s'incline et s'embrigade dans les cadres qui s'offrent, jusqu'au jour où, libérées de leur tutelle, les opinions privées se fondront en une opinion publique véhémement, violente, dominatrice. »

¹¹ J.J. BEST, *op. cit.*, note 3, p. 137: « [W]e rarely know the public opinion on all issues at all times. Instead, we know how the public feels about those issues which are felt to be important at that point in time. As a result, we know a great deal about opinions on issues that are current and controversial, but substantially less about those issues which are remote or resolved. »

essentielles aux décisions qu'ils doivent prendre¹². Bref, les relations entre l'opinion publique et les décideurs politiques sont complexes et controversées.

En matière décisionnelle juridique, qu'il s'agisse des décisions des tribunaux judiciaires ou de celles des organismes administratifs, les caractéristiques particulières de l'opinion publique en font à première vue une candidate susceptible de jouer un rôle difficile à justifier. Plusieurs questions se posent à cet égard, parmi lesquelles figurent les suivantes.

Premièrement, les décideurs peuvent-ils légitimement réagir *personnellement* à l'opinion publique? La réponse à cette question fait entrer en ligne de compte les rapports fragiles entre la liberté d'expression des juges, qui leur est garantie par la Constitution, et leur devoir de réserve¹³. Deuxièmement, la culture libérale canadienne, et tout particulièrement la *Charte canadienne des droits et libertés*, indique aux décideurs qu'ils doivent résister, dans la mesure prévue par les textes constitutionnels qui visent la protection des droits fondamentaux et notamment ceux des minorités, aux mouvements purement majoritaires, même issus du processus législatif. Les décideurs ne doivent-ils pas à plus forte raison demeurer très circonspects à l'égard des mouvements d'opinion? Troisièmement, la réaction la plus légitime des décideurs judiciaires et administratifs à l'opinion publique résiderait-elle dans la motivation de leurs décisions? La jurisprudence relative à la Charte semble démontrer que les décideurs exploitent abondamment ce procédé pour justifier leurs positions¹⁴. Plusieurs éléments des opinions exprimées par la Cour suprême du Canada sur des questions socialement ou moralement délicates visent bien souvent à répondre à l'opinion publique ou, plus précisément, à justifier devant elle les décisions difficiles qu'elle est appelée à rendre¹⁵.

¹² J. STOETZEL et A. GIRARD, *op. cit.*, note 8, p. 36 : « [Les sondages] ont été conçus et sont organisés en vue d'apporter à tous des informations. Leur fonction est de connaissance et d'observation. Dans la mesure où leurs applications portent sur l'actualité et révèlent à tous un des facteurs en présence dans le jeu des forces politiques, ils peuvent intervenir dans les décisions, comme un élément parmi d'autres, pour éclairer l'action. »

¹³ Voir par exemple Yves-Marie MORISSETTE, « Figure actuelle du juge dans la cité », (1999) 30 *R.D.U.S.* 1, 13.

¹⁴ Un argument de cette nature est développé notamment par la professeure Andrée LAJOÏE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, P.U.F., 1997.

¹⁵ Peut-être s'agit-il davantage d'un dialogue, non pas entre les cours de justice et l'opinion publique, mais entre les cours et le législateur qui lui, peut réagir plus directement à

* * *

Si, comme nous venons de le voir, certains traits de l'opinion publique semblent difficilement compatibles avec les processus décisionnels judiciaire ou administratif, nous posons qu'une certaine conception d'un « point de vue citoyen » ne l'est pas, du moins quant aux décisions discrétionnaires de l'administration publique. Nous abordons cette question dans la partie qui suit.

II. DISCRETION ADMINISTRATIVE ET VOIX CITOYENNE

L'opinion publique peut devenir voix citoyenne lorsqu'elle est canalisée dans un dialogue entre une autorité décisionnelle et un ou plusieurs individus. Ce type de dialogue nous apparaît particulièrement susceptible d'être entretenu par les organismes administratifs qui sont investis de pouvoirs de nature discrétionnaire.

Nous aborderons la discrétion administrative sous deux angles. Le premier angle vise ce que nous appelons la « discrétion individuelle », c'est-à-dire l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui vise un ou plusieurs individus déterminés. Le deuxième vise la « discrétion collective » ou plus familièrement, le cas des fonctions de nature législative exercées par les autorités administratives, qui visent un nombre indéterminé de personnes. Nous sommes d'avis que les deux types de discrétion permettent la mise en place des mesures nécessaires pour favoriser la prise en compte du point de vue des citoyens.

A. La discrétion individuelle

Le discours judiciaire actuel en droit administratif adhère à la conception traditionnelle de la discrétion administrative, que nous appelons *discrétion comme pouvoir*. Cette conception s'accorde difficilement au plan conceptuel avec la participation des citoyens. Nous entendons proposer une conception différente de la discrétion, la *discrétion comme occasion de dialogue*, qui voit la participation des citoyens comme une condition essentielle à la validité de l'exercice d'un tel pouvoir.

l'opinion. Sur la question du dialogue entre les cours de justice et le législateur, voir Kent ROACH, « Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures », (2001) 80 *R. du B. can.* 481 de même que Kent ROACH, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001.

De nombreuses dispositions législatives confèrent à des organismes publics le pouvoir de rendre des décisions de nature discrétionnaire. Selon la conception juridique traditionnelle d'un tel type de pouvoir, l'organisme qui en est investi jouit d'une marge de manœuvre plus ou moins grande, qui lui permet de choisir « entre divers modes d'action ou d'inactions possibles »¹⁶. Cette liberté d'action découle du fait que le pouvoir discrétionnaire existe lorsque « le droit ne dicte pas une décision précise »¹⁷.

Le pouvoir discrétionnaire soulève plusieurs questions dont la justification de son existence de même que la justification des limites qui peuvent lui être imposées.

1. L'existence du pouvoir discrétionnaire

Il nous semble possible de regrouper les types de justifications à l'existence du pouvoir discrétionnaire formulées dans les décisions judiciaires autour de deux grands axes¹⁸. Le premier insiste sur les qualités spécifiques du délégataire : l'expertise ou les qualités professionnelles d'un organisme lui confèrent une position privilégiée qui justifient que le législateur lui accorde une certaine marge de manœuvre. Le deuxième voit dans l'existence d'une discrétion un avantage pour les administrés « dans la mesure où elle permet la prise de décisions adaptées aux conditions de chacun »¹⁹. Le premier axe voit la discrétion d'en haut, le second la voit de la base. Une lecture préliminaire de la jurisprudence nous semble révéler une nette préférence pour le premier.

¹⁶ Kenneth Culp DAVIS, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4. Cette définition classique de la notion de pouvoir discrétionnaire a notamment été reprise par la Cour suprême dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 52, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé.

¹⁷ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 16, par. 52.

¹⁸ La vérification de cette hypothèse est au cœur du travail que nous effectuons dans le cadre du projet de recherche subventionné par l'I.C.A.J., *supra*.

¹⁹ Voir notamment Yves OUELLETTE et Gilles PÉPIN, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 182, paraphrasant Kenneth Culp DAVIS, *op. cit.*, note 16.

2. Les limites au pouvoir discrétionnaire

Les tribunaux ont développé deux types de règles visant à encadrer l'exercice de la discrétion ou à limiter son étendue. Le premier type s'est développé dans la foulée des affaires *Roncarelli c. Duplessis*²⁰ et *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*²¹. Il insiste sur le lien qui existe entre le contexte législatif et l'usage légitime de la discrétion. Les tribunaux ont habituellement justifié la formulation de ce type de règle sur la base de l'intention du législateur : « Parliament must have conferred the discretion with the intention that it should be used to promote the policy and objects of the Act; the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court »²². Mais un autre type de règle semble vouloir se développer depuis la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Baker*. Dans cette affaire, la Cour se dit notamment d'avis que les autorités administratives doivent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires d'une manière qui soit sensible aux individus et qui soit « compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire »²³.

Nous soumettons que les motifs traditionnellement invoqués pour justifier *l'existence* du pouvoir discrétionnaire (c'est-à-dire ceux qui s'orientent dans l'axe de l'expertise et du professionnalisme) s'accordent difficilement avec les motifs invoqués pour justifier les *limites* qui peuvent lui être imposées (la compatibilité avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire). Ils s'accordent mal dans la mesure où l'idée selon laquelle un décideur est investi du pouvoir de rendre la décision *qu'il croit* devoir rendre, vu son expertise ou sa position privilégiée, ne se concilie pas d'emblée avec l'idée selon laquelle le décideur soit limité par les valeurs sous-jacentes à l'octroi du pouvoir discrétionnaire. Nous posons l'hypothèse que cette tension résulte d'une conception de la *discrétion comme exercice de pouvoir* et qu'une conception différente de la discrétion, la *discrétion comme occasion de dialogue*, permettrait de mieux concilier *l'existence* de la discrétion et les *limites* qui lui sont imposées par la jurisprudence récente de la Cour suprême.

²⁰ [1959] R.C.S. 121.

²¹ [1968] A.C. 997.

²² *Id.*, 1030 (Lord Reid).

²³ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 16, par. 65 (juge L'Heureux-Dubé).

Cette proposition exige quelques précisions. La Cour suprême parle des valeurs sous-jacentes à tout pouvoir discrétionnaire (« à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire ») : elle semble indiquer par là que le pouvoir discrétionnaire *en général* est délégué sur la base de valeurs qui lui sont caractéristiques. Rien ne semble empêcher que des valeurs plus spécifiques au contexte législatif en cause n'entrent en jeu. Mais le pouvoir discrétionnaire traduit en lui-même un certain nombre de valeurs, desquelles dépend la validité de son exercice.

À notre avis, une des valeurs sous-jacentes à tout octroi de pouvoir discrétionnaire réside dans l'obligation faite aux décideurs d'agir avec sensibilité à l'égard des individus, ce qui doit se traduire par la mise en place d'un dialogue. La *discrétion comme pouvoir* met l'accent sur le détenteur du pouvoir. Elle voit la discrétion comme l'attribut d'un décideur public, choisi sur la base de son expertise ou de sa situation privilégiée dans l'appareil administratif au regard de l'individu, et qui rend des décisions d'autorité. La *discrétion comme occasion de dialogue* met l'accent sur l'individu visé par la décision. Elle voit la discrétion comme une invitation à entrer en communication avec l'administré, de manière à identifier la solution qui soit la meilleure, compte tenu des circonstances particulières de l'individu. Cela ne signifie pas que ce dernier doive renoncer à tenir compte de considérations d'intérêt public, mais plutôt qu'il ne puisse le faire qu'au terme d'une démarche véritablement tournée vers l'individu.

C'est ainsi que, pour être en mesure de justifier l'obligation d'entendre un individu même dans le cadre de l'exercice d'un très large pouvoir discrétionnaire, il est difficile d'adopter une conception de la discrétion comme pouvoir : il faut plutôt la concevoir comme une occasion d'entamer un dialogue avec un individu. Alors que l'obligation d'entendre s'oppose intuitivement à la liberté d'action que confère la discrétion *comme pouvoir*, la même obligation s'avère au contraire complémentaire à l'exercice de la discrétion *comme dialogue*. Cette nouvelle conception permettrait à notre avis de mieux comprendre la pratique juridique actuelle, en même temps qu'elle en orienterait le développement vers des objectifs davantage liés à des valeurs démocratiques, notamment la participation des citoyens et l'obligation des pouvoirs publics de rendre des comptes ou, plus globalement, de justifier leurs actes.

L'exercice de la discrétion implique donc deux niveaux de discussion. Le premier permet à l'individu de transmettre des informations sur sa situation personnelle. Au-delà de ces considérations subjectives, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implique une marge de manœuvre

quant à la détermination des critères qui guideront le décideur : c'est le deuxième niveau, qui s'intéresse à la question de savoir sur quelle base l'autorité doit décider (puisqu'il n'y a pas de normes, le décideur peut fixer des critères qui constitueront la base de sa décision). C'est ici que la conception de discrétion comme occasion de dialogue prend tout son sens. À ce deuxième niveau, celui de la détermination des normes, l'individu dialogue non pas comme individu, mais comme citoyen : il essaie de transcender sa situation particulière pour suggérer ce que devraient être les critères de la décision qui sera rendue dans l'affaire qui le concerne. C'est en ce sens que l'exercice du pouvoir discrétionnaire devrait être conçu comme un moyen, une occasion de transformer l'opinion individuelle et subjective en voix citoyenne, en même temps qu'un moyen d'inciter les décideurs à être sensibles à la situation particulière d'un individu.

En somme, concevoir la discrétion comme une occasion de dialogue exige des décideurs administratifs investis de pouvoirs discrétionnaires qu'ils reconnaissent et respectent le point de vue des citoyens. Le décideur doit utiliser l'espace qui sépare la décision discrétionnaire de l'autorisation législative qui en permet l'existence de manière à créer un champ de dialogue à l'avantage de ces derniers. Dans ce contexte, le fait que des pouvoirs décisionnels soient confiés à des organismes sur la base de leur expertise et de leur professionnalisme ne doit pas être considéré comme une fin de non-recevoir à une participation effective des citoyens dans le cas de pouvoirs discrétionnaires. En d'autres termes, une véritable participation des citoyens à l'administration de la justice est possible si le concept de discrétion est redéfini. Cette conception permettrait à l'individu de passer de l'état de sujet à l'état de véritable citoyen, dans le sens où la personne qui est visée par la décision discrétionnaire est en partie maître des considérations qui en constitueront la base²⁴.

B. La discrétion collective

Bien que la jurisprudence ait toujours refusé de reconnaître des droits procéduraux dans le contexte de l'exercice de pouvoirs de nature législative,

²⁴ Voir C. VINCENZY, *Crown, Powers, Subjects and Citizens*, Londres, Pinter, 1998, p. 280 et suiv.; W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 1, p. 296 : « ["Public-spiritedness"] includes the ability and willingness to engage in public discourse about matters of public policy, and to question authority. These are perhaps the most distinctive aspects of citizenship in a liberal democracy, since they are precisely what distinguish "citizens" within a democracy from the "subjects" of an authoritarian regime. »

c'est-à-dire de l'exercice d'une discrétion collective, les principes énoncés dans le cadre de la discrétion individuelle nous paraissent tout aussi applicables à l'exercice de ce type de pouvoir.

La règle selon laquelle la discrétion collective est exclue du champ d'application de la justice naturelle et de l'équité procédurale prend sa source dans l'affaire *Procureur Général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada*²⁵. Dans cette affaire, le juge Estey s'est dit d'avis que les fonctions de nature législative sont intrinsèquement incompatibles avec l'imposition d'obligations procédurales : de telles obligations ne sont pas souhaitables dans un contexte à maints égards politique et elles seraient très difficiles à mettre en pratique, vu le nombre souvent élevé d'individus potentiellement affectés par ce type de décision. Cette « abstinence judiciaire » semble persister, mais nous croyons qu'il est possible de démontrer que toutes les conditions sont réunies pour qu'elle prenne fin, permettant ainsi de confirmer que le point de vue des citoyens peut être pris en compte dans un autre processus de décision administrative, celui qui mène à des décisions de nature législative. Voyons brièvement le raisonnement susceptible de mener à une telle conclusion²⁶.

L'affaire *Inuit Tapirisat* est difficilement conciliable avec les principes énoncés dans *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*²⁷, pour deux raisons principales. Premièrement, *Nicholson* indiquait la nécessité d'éviter les classifications formelles pour déterminer le champ d'application de l'équité procédurale et marquait la reconnaissance de la légitimité de l'administration publique de façon plus générale. Cet aspect est totalement occulté dans *Inuit Tapirisat*, qui réintroduit l'obligation de qualifier les actes posés par l'Administration pour déterminer l'existence d'obligations procédurales, tout au moins à l'égard des décisions de nature législative. Deuxièmement, *Nicholson* insistait sur l'importance de tenir compte des conséquences des décisions sur les individus qu'elles visent pour connaître le champ d'application de la procédure, traduisant ainsi une vision « ascendante » de la procédure, c'est-à-dire qui la voit de la base vers le haut. À l'inverse, l'exercice de

²⁵ [1980] 2 R.C.S. 735.

²⁶ Une analyse approfondie de cette question fait l'objet d'une étude dont nous soumettrons bientôt les résultats pour publication, sous le titre « Procedural Fairness in Legislative Functions: The End of Judicial Abstinence? ».

²⁷ [1979] R.C.S. 311.

qualification imposé par l'affaire *Inuit Tapirisat* implique le maintien d'une approche procédurale « descendante », c'est-à-dire qu'elle la perçoit du haut vers la base.

L'affaire *Inuit Tapirisat* est donc affectée de faiblesses importantes et son influence considérable et persistante sur le droit de la procédure administrative s'explique par des considérations essentiellement liées aux relations délicates qui existent entre le domaine politique, les principes démocratiques et le modèle judiciaire de la procédure en droit administratif. Pour les fins de la présente discussion, retenons que les principes qui fondent le refus d'imposer des obligations procédurales aux organismes exerçant des fonctions de nature législative sont fort contestables. Par ailleurs, à cet argument qui présente la question à la négative s'ajoutent ceux qui permettent de justifier positivement l'imposition d'obligations procédurales à la charge des décideurs investis de pouvoirs de nature législative. Parmi les considérations importantes à cet égard figure l'énoncé de l'affaire *Baker* selon lequel « il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions "discrétionnaires" et les décisions "non discrétionnaires" »²⁸ et que la même approche peut être utilisée pour en effectuer le contrôle judiciaire. Cet énoncé sous-entend que l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'effectue dans une sphère gouvernée par des principes juridiques²⁹. Or, à notre avis, un tel énoncé s'applique tout autant à la discrétion exercée sur une base individuelle qu'à celle qui s'exerce sur une base collective. Ceci implique que l'exercice de la discrétion collective s'exerce dans une sphère gouvernée par des principes juridiques, parmi lesquels figure l'équité procédurale.

Imposer une obligation de respecter l'équité procédurale aux organismes administratifs investis du pouvoir d'adopter des règlements ou des normes à portée générale, donc investis d'une discrétion à portée collective, favorisera la mise en place de processus qui permettront de reconnaître et de respecter le point de vue des citoyens. La définition des obligations précises des décideurs dans de tels cas, c'est-à-dire les conséquences concrètes liées à l'obligation de reconnaissance et de respect du point de vue des citoyens de la part des décideurs, reste à faire. Cette obligation risque de comporter dans plusieurs cas la mise en place de

²⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 16, par. 54.

²⁹ David DYZENHAUS et Evan FOX-DECENT, « Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada* », (2001) 51 *U.T.L.J.* 193, p. 218.

mécanismes de consultation, dont les spécificités devraient, selon la Cour suprême, relever du décideur concerné. Dans l'affaire *Baker* en effet, la Cour a indiqué qu'une attitude de déférence s'impose en matière procédurale, puisque le choix des procédures exercé par un organisme, tout comme la conception de mécanismes particuliers de consultation, constitue un facteur important dans la détermination du contenu de l'obligation d'équité³⁰. L'intérêt d'un tel développement consiste sans contredit à favoriser l'épanouissement d'une véritable citoyenneté par la création d'un nouvel espace de dialogue, collectif celui-là, qui marque une distance certaine à l'égard de la discrétion comme exercice de pouvoir.

CONCLUSION

Les particularités respectives de l'opinion publique et du point de vue des citoyens nécessitent un traitement différencié des conséquences qu'ils sont susceptibles d'engendrer à l'égard des décideurs publics et des processus de décision.

Le pouvoir discrétionnaire se prête particulièrement bien au développement de mécanismes permettant de favoriser la participation des citoyens dans l'administration de la justice. L'espace qui sépare l'habilitation législative de la décision discrétionnaire *doit* servir d'occasion de dialogue entre décideurs et citoyens. La marge de manœuvre qui caractérise le pouvoir discrétionnaire, qu'il soit individuel ou collectif, doit s'interpréter à l'avantage des individus et non des décideurs. C'est ainsi qu'à la conception de la discrétion comme exercice de pouvoir pourra se substituer la discrétion comme occasion de dialogue, susceptible de favoriser la reconnaissance et le respect du point de vue des citoyens. La pleine reconnaissance d'un droit de participation des individus à des décisions qui les concernent confère à ces derniers les véritables attributs de la citoyenneté, que l'administration de la justice a tout intérêt à préserver.

³⁰ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 16, par. 27.