

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'ADMINISTRATION:
VERS UNE MEILLEURE SYNTHÈSE DES VALEURS DE LIBERTÉ
INDIVIDUELLE ET DE JUSTICE SOCIALE?

Me René DUSSAULT
Avocat, professeur
École nationale
d'administration publique

et

Me Micheline PATENAUDE
Avocate, assistante de recherche
École nationale
d'administration publique

Texte de base pour l'allocution prononcée
par Me René Dussault lors d'un colloque sur le
contrôle judiciaire des organismes administratifs,
tenu à Montréal, à l'Hôtel Bonaventure,
le 11 novembre 1982, sous les auspices de
l'Institut canadien de l'administration de la justice

c)	L'Ontario et la Colombie britannique	80
i)	Les aspects positifs	85
ii)	Les aspects négatifs	86
B-	L'apport des juges	94
a)	Les tentatives visant à faciliter la révision judiciaire des actes de l'Administration	95
i)	Le "duty to act fairly"	95
--	L'arrêt Nicholson	96
--	Les décisions subséquentes à l'arrêt Nicholson	102
ii)	Le fond emporte la forme	114
iii)	L'intérêt requis pour poursuivre l'Administration en justice	118
--	L'état du droit avant les arrêts Thorson et McNeil	121
--	L'incidence des arrêts Thorson et McNeil sur le droit administratif	125
b)	L'interprétation restrictive des privilèges et immunités de la Couronne	131
i)	La responsabilité contractuelle	133
ii)	La responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	136
iii)	La nature du lien juridique entre la Couronne et ses employés	141
iv)	La soumission de la Couronne à la loi	146
	CONCLUSION	154

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
I- LA PLACE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DANS LE RÉGIME CONSTITUTIONNEL CANADIEN	6
A- Les principes fondamentaux du système judiciaire canadien	7
B- Les dispositions constitutionnelles pertinentes	9
C- La protection offerte par la Constitution	12
D- La compétence générale des cours supérieures	22
II- L'APPORT DES LÉGISLATEURS ET DES JUGES DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT DU CONTRÔLE JUDICIAIRE	28
A- L'apport des législateurs	30
a) Le Québec	31
i) Les avantages de la législation	32
- Le Code de procédure civile	33
- Les lois particulières	38
ii) Les inconvénients de la législation	41
b) Le fédéral	50
i) Les aspects positifs	55
ii) Les aspects négatifs	58
- Les problèmes d'interprétation liés au partage de compétence entre les deux divisions de la Cour fédérale	60
- Les problèmes d'interprétation liés au partage des compétences entre la Cour fédérale et les cours supérieures provinciales	64
- Les cas d'exclusion de la définition d'"office, commission ou autre tribunal fédéral"	66
- Le sens de l'expression "Loi du Parlement du Canada"	71

La promotion de la liberté constitue l'objectif premier de toute véritable démocratie. Cet objectif sous-tend la préservation et le renforcement des droits individuels et des valeurs démocratiques. Aujourd'hui, une société fondée sur ces valeurs ne peut toutefois progresser harmonieusement sans poursuivre, en même temps, un idéal élevé de justice sociale. C'est dire que l'État doit chercher, chaque fois qu'il est en mesure de le faire, à réduire les injustices et les inégalités. Il doit notamment travailler sans relâche pour assurer des chances égales de développement à chaque individu, chaque groupe de personnes, chaque région. Il doit veiller sans cesse à l'équité dans le partage des richesses, à l'accessibilité de ses services à la population, à l'égalité des citoyens devant la loi.

Le défi redoutable auquel font face les législateurs et les juges est celui de concilier cette poursuite de la justice sociale et la préservation des valeurs fondamentales de liberté individuelle. Il exige des uns et des autres la recherche de modes de fonctionnement et de techniques plus conformes à la réalité contemporaine et s'appuyant sur une plus grande harmonie entre les valeurs traditionnelles et les valeurs nouvelles. La Commission internationale des juristes l'a bien senti, en 1959, lors d'une conférence tenue à la Nouvelle-Delhi et entièrement consacrée à la rule of law et au sort qui lui est réservé dans le monde: elle a tenté de faire englober à ce concept non seulement les droits civils et politiques traditionnels, mais aussi les principaux droits sociaux dans les domaines de l'éducation, de la santé, de la sécurité du revenu et de la culture¹.

¹ Le Principe de la légalité dans une société libre, Nouvelle-Delhi, 1959. Voir J. Thorson, "A New Concept of the Rule of Law", (1960) 38 R. du B. Can. 238; Royal Commission Inquiry into Civil Rights (Commission McRuer) Toronto, 1968, Rapport no 1, Vol. 1, chap. 3, pp. 58-59.

Malheureusement, après plus de vingt ans d'efforts, il faut constater que cette synthèse des valeurs de liberté et de justice sociale n'est pas encore réalisée. Ces valeurs paraissent à bien des gens toujours aussi contradictoires et inconciliables, et le concept de la rule of law évoque encore davantage une limite imposée par le Parlement au pouvoir des autorités administratives que l'obligation pour celui-ci de fournir à l'être humain les moyens de son développement.

Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, que l'on présente généralement l'enjeu fondamental du droit administratif moderne comme étant l'équilibre entre les valeurs judiciaires et les valeurs administratives² plutôt que l'harmonisation entre les valeurs de liberté individuelle et celles de justice sociale. Correcte sur le plan technique, cette façon de voir a cependant pour effet de réduire indûment la portée du droit administratif. Elle fait oublier que derrière les conflits qui se profilent entre le Parlement (généralement contrôlé par l'Exécutif³) et les tribunaux, lors de la création des tribunaux administratifs ou de l'adoption de clauses privatives de l'autorité judiciaire, la véritable question est celle de l'harmonisation des droits individuels et des droits collectifs.

² John Willis, "The McRuer Report: Lawyers' Values and Civil Servants' Values", (1968) 18 U. of T. L.J. 351. Voir à cet égard, D.J. Calligan, "Judicial Review and the Textbook Writers", (1982) 2 Oxford Journal of Legal Studies 257.

³ J. Harvey et L. Bather, The British Constitution, 2^e éd. 1968, pp. 150ss; D.C.M. Yardley, "The Primacy of the Executive in England", (1968) XXI, Parliamentary Affairs 155; Alice Desjardins, "La primauté de l'exécutif", (1966) Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit 305, 308; René Hurtubise, ibid., 315, 322. Tel n'est pas évidemment le cas lorsqu'il s'agit d'un gouvernement minoritaire. Voir E. Forsey, "The Problem of 'Minority' Government in Canada", (1964) 30 Rev. Can. Éco. Sc. Pol. 1.

Cette question se pose actuellement à tous les pays développés, particulièrement à ceux qui, comme les nôtres, ont pour tradition de soumettre les gouvernements et leurs administrations publiques au droit commun interprété par les tribunaux judiciaires⁴. Comment préserver et renforcer ce qu'il y a de meilleur dans notre tradition judiciaire, éprouvée depuis des siècles, et permettre en même temps aux diverses autorités administratives de poursuivre efficacement les objectifs sociaux que leur a fixés le Parlement? Comment faire en sorte, selon les termes de John Willis, que le mot "justice" signifie non seulement "justice to the individual" mais représente aussi "the legitimate interests of the enforcement agency which is pressing the just claim of the community against him"⁵?

La question est d'autant plus difficile qu'elle soulève beaucoup d'émotion. D'un côté, la Magistrature et le Barreau tiennent pour fondamentales et essentielles à un système de droit les valeurs générales de la tradition judiciaire -- statut d'indépendance, formalisme des règles de procédure et de preuve, préoccupation centrée sur l'individu, etc., -- à un point tel qu'ils semblent parfois les ériger en absolus difficilement conciliables avec les préoccupations sociales d'un État moderne⁶. D'un autre côté, les parlementaires et les fonctionnaires, bénéficiant de

⁴ Québec Téléphone v. Bell Téléphone, (1972) R.C.S. 182, 190, par le juge Pigeon: "Au Québec, pas plus qu'ailleurs au Canada, il n'y a pas, comme en droit français moderne, une division fondamentale de compétence entre les juridictions civiles et administratives".

⁵ "Canadian Administrative Law in Retrospect", (1974) 24 U. of T. L.J. 225, 229; Peter H. Russel, "Constitutional Reform of the Canadian Judiciary", (1969) 7 Alberta L.R. 103, 109; "The effect of a Charter of Rights on the policy-making role of Canadian courts", (1982) 25 Adm. Pub. Can. 1, 8.

⁶ Jules Deschênes, Les plateaux de la balance, Montréal, 1979, pp. 23, 25. Voir le commentaire de Philip Slayton, "The Judicial Lists: Deschênes and Denning v. Devlin", (1981) 19 University of Western Ontario L. Rev. 191.

la légitimité démocratique et convaincus d'être les plus aptes à juger de l'intérêt public, souhaitent vivement que les tribunaux leur laissent la liberté d'instaurer les programmes et les organismes qu'ils estiment nécessaires à sa poursuite.

Le débat prend souvent une allure idéologique, pour ne pas dire "théologique"⁷, qui rend malaisée la recherche d'un juste équilibre entre les valeurs en cause. Il faut dire qu'il est alimenté par un certain nombre de dogmes incontestables pris isolément, mais parfois difficiles à concilier: souveraineté du Parlement, légitimité démocratique, principe de légalité, respect des droits individuels, etc. Fondamentalement sain, ce débat s'inscrit dans un processus normal d'ajustement et d'évolution du principe de la séparation des pouvoirs, dont l'application en Angleterre et au Canada n'est pas aussi poussée qu'aux États-Unis⁸. Il prolonge, toutefois, la période de transition et d'incertitude dans laquelle le droit administratif est entré, il y a quelques décennies, lorsque nous sommes passés d'une société presque exclusivement fondée sur les valeurs individuelles du 18^e siècle à une société dans laquelle les valeurs collectives de justice sociale ont pris une grande importance⁹.

7 L'expression est de John Willis, supra, note 5, p. 227. Elle a été reprise depuis par plusieurs autres. Voir par exemple Gilles Pépin, "Quelques observations générales sur la question du caractère efficace ou illusoire du contrôle judiciaire de l'activité de l'Administration", (1976) 36 R. du B. 453, 456.

8 Voir H. Brun et Guy Tremblay, Droit constitutionnel, Québec, 1982, pp. 379-382; J.F. Garner, Administrative Law, 5^e ed., 1979, pp. 13-14; Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada, Toronto 1977; Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, (1981) 1 R.C.S. 714, 728, par le juge Dickson; J. Finkelman, "Separation of Powers: A Study in Administrative Law", (1935-36) 1 U. of T. L.J. 313, 316, 319-20. Voir cependant Union. Juge Marc Beauregard v. La Reine, (1981) 2 C.F. 343.

9 Encore en 1935, le juge en Chef d'Angleterre pouvait répudier l'expression "droit administratif" comme étant du "jargon continental": Lord Hewart of

Le défi du droit administratif, en particulier du droit du contrôle judiciaire de l'Administration, au cours des années 80, est de mettre un terme à cette période de transition et d'incertitude. Il doit trouver les bases d'un consensus permettant d'établir entre les trois pouvoirs de l'État un équilibre dynamique s'adaptant constamment aux exigences d'une société moderne¹⁰. La recherche soutenue de cet équilibre ne peut se faire qu'avec le concours des personnes qui en sont à la fois les acteurs et les témoins: juges, avocats, députés, ministres, fonctionnaires, journalistes et, bien sûr, citoyens. En ce sens, le droit du contrôle judiciaire, malgré ses aspects techniques indéniables, se trouve placé au centre des débats publics des prochaines années¹¹.

Le présent colloque de l'Institut Canadien de l'Administration de la Justice contribuera, nous l'espérons, à faire avancer ce débat. C'est dans cet esprit, pour notre part, que nous abordons l'expérience canadienne. Nous tenterons d'abord de brosser un tableau général de la place du contrôle judiciaire dans le régime constitutionnel canadien. Nous examinerons ensuite l'apport respectif des législateurs et des juges dans l'évolution de ce droit. Nous serons ainsi amenés en

Bury, Not without Prejudice, 96. Voir cependant H. Arthurs, "Jonah and the Whale: Appearance and Disappearance of Administrative Law", (1980) 30 U. of T. L.J. 225.

10- R. Dussault, "L'équilibre entre les pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif: rupture ou évolution?", (1979) 22 Adm. Pub. Can. 197, 206: voir de façon plus large Martin Shapiro, "On Predicting the Future of Administrative Law" (1982) Regulation 18.

11 Il s'agit d'un défi important car, comme le souligne de façon plus générale Jean-Guy Belley, dans une recension de Justice en miettes: Essai sur le désordre judiciaire, Paris, Presses universitaires de France, 1979, in (1981) 22 C. de D. 277, 280, "les citoyens québécois (canadiens), plus encore que les ressortissants français, manquent de cette maturité politique qui redonne aux choses de la justice le statut de choses publiques".

conclusion à constater l'existence de certains points de convergence qui, à notre avis, permettraient d'établir entre les pouvoirs de l'État un meilleur équilibre et, partant, de réaliser une meilleure synthèse des valeurs de libertés individuelles et de justice sociale.

I- LA PLACE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DANS LE RÉGIME CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Les milieux juridiques traditionnels s'inquiètent beaucoup, depuis quelques années, du développement croissant des tribunaux administratifs¹². Ils y voient un empiètement inacceptable sur la compétence générale des cours supérieures et un réel danger d'arbitraire pour le citoyen¹³. Ils prennent à témoin, en particulier, les règles de procédure et de preuve de ces organismes, qui s'éloignent habituellement des canons judiciaires reconnus¹⁴, et la volonté apparente des législateurs de les soustraire, par des clauses privatives appropriées¹⁵, à toute forme de contrôle judiciaire.

-
12. Viateur Bergeron, "La crise de la justice", (1978) 38 R. du B. 536.
13. Gilles Pépin, "Les régies vs le citoyen", (1978) 38 R. du B. 478 (explicitation du thème d'un atelier, Congrès du Barreau du Québec, 1978).
14. Y. Ouellette et M.-C. Lévesque, "La procédure et la preuve devant les juridictions administratives". Rapport d'atelier du Congrès du Barreau du Québec, (1979) 39 R. du B. 704; P. Garant, "La preuve devant les tribunaux administratifs et quasi judiciaires", (1980) 21 C. de D. 825.
15. Voir The Labour Code of British Columbia S.B.C. 1973, chap. 122, art. 33, maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 212, qui comporte une disposition visant à confier à la Commission des relations de travail le pouvoir de déterminer "the extent of its jurisdiction" ainsi qu'"any fact or question of law that is necessary to establish its jurisdiction". Voir infra, note #4.

Les milieux gouvernementaux, de leur côté, se préoccupent de la même question, mais pour des raisons différentes. Les provinces, notamment, veulent disposer de la compétence requise à l'établissement de certains tribunaux ou organismes qu'elles estiment essentiels à la mise en oeuvre de leur politique économique et sociale, dans les domaines de la famille, du logement, des professions, du travail et des transports, par exemple. En contrepartie, certaines d'entre elles tentent d'améliorer les règles de procédure et de preuve de ces organismes et de simplifier les recours¹⁶.

Il est naturel, dans ce contexte, que l'on s'interroge de plus en plus sur la place véritable du contrôle judiciaire dans le régime constitutionnel canadien. Pour notre part, nous allons tenter d'en cerner les contours, en examinant successivement les principes fondamentaux de notre système judiciaire, les dispositions constitutionnelles qui le concernent, la mesure de protection offerte par ces dispositions et la compétence générale des cours supérieures.

A- Les principes fondamentaux du système judiciaire canadien

Dans *Le Procureur général de la province de Québec v. Labrecque et autres*¹⁷, le juge Beetz de la Cour suprême du Canada rappelait récemment en ces termes le

¹⁶ Voir par exemple en Ontario, The Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1980, chap. 484 et the Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1980, chap. 224; en Colombie-Britannique, The Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, chap. 209; au Québec, le Code de procédure civile, S.Q. 1965, chap. 80, art. 846, fusionnant les anciens brevets de prohibition et de certiorari en un nouveau recours en révision appelé "bref d'évocation". Ce code, ci-après cité C.P.C., est entré en vigueur le 1er septembre 1966.

¹⁷ (1980) 2 R.C.S. 1057.

principe de l'unité de juridiction régissant le droit public anglo-canadien¹⁸:

Dans ce droit (...) le droit administratif ne constitue pas un système complet et autonome, distinct et administré par des tribunaux spécialisés. C'est au contraire le droit commun administré par les tribunaux judiciaires qui est reçu en droit public et dont les dispositions régissent la puissance publique, à moins qu'elles ne soient remplacées par des dispositions législatives incompatibles ou supplantées par des règles particulières à la prérogative royale, cet ensemble de pouvoirs et de privilèges qui n'appartiennent qu'à la Couronne.

À ce principe de l'unité de juridiction que nous devons aux origines britanniques de nos institutions politiques et judiciaires¹⁹, s'en ajoute un autre qui prend une importance considérable étant donné le caractère fédératif de l'État canadien: celui de l'unité du système judiciaire canadien quant à l'application des lois²⁰. Comme le rappelait récemment le juge Pigeon de la Cour suprême du Canada, dans *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autres*, "le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement pour la meilleure administration des lois du

¹⁸ Ibid., pp. 1081-82. Voir aussi supra, note 4.

¹⁹ M. Nantel, "Nos institutions politiques et judiciaires", (1947) 7 R. du B. 89.

²⁰ Gilles Pépin parle plus largement encore du principe de la "communauté" des institutions provinciales en matière d'organisation judiciaire et administrative en raison du pouvoir que possède le Parlement du Canada de déléguer ses pouvoirs à divers organismes provinciaux. Voir Les tribunaux administratifs et la Constitution, Montréal, 1969, p. 327.

Canada²¹". Ainsi en vertu de ce principe, nous bénéficions, au Canada, d'un système judiciaire intégré, contrairement aux États-Unis, où l'on retrouve un système judiciaire dualiste correspondant au partage des compétences législatives.

B- Les dispositions constitutionnelles pertinentes.

Ce principe d'un système judiciaire intégré fait l'objet d'un large consensus dans les milieux juridiques canadiens²². Son acceptation initiale fut rendue possible grâce au compromis suivant: la Loi constitutionnelle de 1867 confia d'une part aux provinces la responsabilité de l'administration de la justice (art. 92(14)), notamment celles de légiférer sur l'organisation des tribunaux, tout en réservant, d'autre part, à l'autorité fédérale le pouvoir de nommer parmi les membres de ces tribunaux ceux des cours supérieures (art. 96)²³, qui sont les seuls d'ailleurs à bénéficier d'une protection constitutionnelle en matière de destitution et de traitement (art. 99, 100)²⁴. Qualifiés par Lord Atkin, parlant au nom du Comité judiciaire du Conseil

21 (1980) 1 R.C.S. 695, 713. La Cour suprême vient de confirmer ce point de vue dans Jabour v. The Law Society of British Columbia, jugement rendu le 9 août 1982, pp. 13-14.

22 Voir par exemple, Vers un Canada nouveau. Rapport du Comité sur la Constitution, l'Association du Barreau canadien, 1978, p. 55; Peter W. Hogg, "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts", (1981) 30 U.N.B.L.J. 9.

23 - Comme le soulignait le juge Pigeon, dans R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autres, supra, note 21, p. 706, "un trait particulier de la Constitution que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique a édicté pour le Canada est la disposition qui prévoit, avec la coopération de chaque province et de l'autorité fédérale, l'établissement de cours supérieures provinciales de juridiction provinciale". En fait, précisait récemment le juge Dickson, dans Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra, note 8, "le paragraphe 92 (14) et les art. 96 à 100 représentent un compromis important des Pères de la Confédération".

24 Voir L'Hon. Juge Marc Beauregard v. La Reine, supra, note 8, p. 552.

privé, de "trois principaux piliers du temple de la justice (...) qu'il ne faut pas détruire"²⁵, ou par le juge Rand, de la Cour suprême du Canada, de "provisions vital to the judicature of Canada"²⁶, ces dispositions, en particulier l'art. 96, constituent la contrepartie exigée à l'époque par les Pères de la Confédération pour accepter que les lois fédérales soient interprétées par des tribunaux provinciaux²⁷. Ils estimaient cette contrepartie d'autant plus nécessaire qu'ils se trouvaient, par le fait même, à reconnaître aux cours supérieures des provinces²⁸ un rôle de contrôleur de la constitutionnalité des lois et de la légalité de l'action administrative commun aux deux ordres de gouvernement.

Toutefois, la Loi constitutionnelle de 1867 introduisit une exception importante à ce principe d'un système judiciaire intégré, en faveur de l'application des lois

²⁵ Toronto Corporation v. York Corporation, (1938) A.C. 415, 426.

²⁶ Dupont v. Inglis, (1958) R.C.S. 535, 542.

²⁷ Parmi "l'éventail considérable de motifs ayant pu conduire le législateur à édicter les articles 96ss. (...) -- indépendance des juges, impartialité des juges, compétence des juges, économie d'argent pour les provinces, suprématie du droit commun sur le droit statutaire, champ d'action de patronage réservé aux autorités centrales" (Gilles Pépin, *op. cit.*, note 20, pp. 84-85), -- le contrôle des autorités fédérales sur la nomination des juges provinciaux appelés à interpréter et à appliquer les lois fédérales paraît avoir été le plus fondamental et surtout être le seul à pouvoir conserver aujourd'hui une certaine raison d'être. Voir Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, *supra*, note 8, par le juge Dickson. Voir cependant Re Family Relations Act of British Columbia, (1982) 40 N.R. 206, 209-210, où le juge Estey y voit plutôt comme motifs, l'indépendance et l'impartialité des juges.

²⁸ Il est bon de rappeler, comme le soulignait récemment le juge Addy de la Cour fédérale, que ces cours, "sur le plan constitutionnel, sont les vrais successeurs des premiers juges des Central Courts d'Angleterre nommés par le Roi". L'Hon. Juge Marc Beaugard v. La Reine, *supra*, note 8, p. 552; voir également B.C. Packers Ltd. v. Le Conseil canadien des relations de travail, (1974) 2 C.F. 913, 922, par le même juge; voir enfin, Valin v. Langlois, (1979) 3 R.C.S. 1, 19-20; Jabour v. The Law Society of British Columbia, *supra*, note 21, p. 13.

fédérales. Son article 101 prévoit, en effet, que le Parlement peut établir non seulement "une cour générale d'appel pour le Canada" mais également "des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada". Cet article permit au Parlement de créer, en 1971, la Cour fédérale du Canada et de l'investir du pouvoir de contrôle et de surveillance sur les organismes et tribunaux inférieurs constitués par loi fédérale, pouvoir jusque-là reconnu aux cours supérieures des provinces²⁹.

La création de la Cour fédérale marque une brusque rupture avec le droit canadien antérieur. Ce qui n'était, dans le cas du recours en dommages-intérêts, qu'une entorse au principe de l'unité de la compétence des cours supérieures des provinces pour l'application des lois fédérales ou provinciales devient, dans le cas du recours en révision judiciaire, une brèche fondamentale. Pourtant, comme le souligne Peter H. Russel, "although this development moved the Canadian judicial system closer to an American-style system of dual courts, it took place quietly with little political reaction³⁰". En fait, c'est seulement à compter de 1973 que les autorités

29 Three Rivers Boatman v. Conseil canadien des relations ouvrières et Syndicat international des marins canadiens, (1969) R.C.S. 607.

30 "The effect of a Charter of Rights on the policy-making role of Canadian courts", loc. cit., note 5, p. 9. L'auteur explique ce phénomène de la façon suivante: "Possibly this was because the federal government appoints the judges of both provincial superior courts and the federal Court". En d'autres termes, selon cette explication, si les provinces ont été aussi lentes à réagir, c'est qu'elles ne se sont pas senties autant concernées par ce transfert de compétence que s'il avait touché des tribunaux provinciaux dont elles nomment elles-mêmes les membres. Cette explication paraît particulièrement juste au Québec, où il n'y a jamais eu contrairement aux autres provinces, des cours de comté et de district et où, par conséquent, les tribunaux de nomination provinciale ont toujours bénéficié d'une compétence plus grande que leurs homologues des autres provinces. Elle cadre bien, d'ailleurs, avec l'énoncé suivant du juge Pigeon, de la Cour suprême du Canada, dans Fuller, supra, note 23, p. 707, au sujet des cours supérieures provinciales: "Bien qu'on ait coutume

provinciales commencèrent à manifester vraiment leur inquiétude, stimulées en ce sens par les débats conduisant à la décision de la Cour suprême du Canada, dans *Commonwealth de Puerto Rico v. Hernandez*³¹. Cette décision confirmait le pouvoir de la Cour fédérale de réviser les décisions des juges des cours supérieures des provinces agissant comme commissaires à l'extradition en vertu de la Loi sur l'extradition³². Depuis lors, la question de la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire a été mise à l'ordre du jour d'au moins cinq conférences fédérales-provinciales réunissant les procureurs généraux, mais les autorités fédérales n'ont pas encore jugé opportun d'y apporter des modifications³³; de sorte qu'aujourd'hui, l'exercice du traditionnel pouvoir de contrôle judiciaire sur la légalité des actes de l'Administration se partage au Canada entre les cours supérieures des provinces, pour les administrations publiques provinciales, et la Cour fédérale, pour l'administration fédérale.

C- La protection offerte par la Constitution

Si le pouvoir des tribunaux judiciaires de contrôler la constitutionnalité des lois bénéficie d'une protection claire en vertu de notre Constitution du seul fait qu'elle

de les appeler des cours provinciales, elles ne le sont que dans un certain sens. En vertu de l'art. 96, c'est le gouvernement fédéral qui joue le rôle le plus important dans leur établissement: la nomination des juges, dont en vertu de l'art. 100, les salaires sont fixés et payés par le Parlement".

31 (1975) 1 R.C.S. 228.

32 S.R.C. 1970, chap. E-21.

33 Voir, toutefois, le document Memorandum Re: Considerations and Alternatives as to Amending the Federal Court Act and Crown Liability Act, janvier 1980, soumis par le ministère fédéral de la Justice lors d'une réunion de l'Institut Canadien de l'Administration de la Justice, tenue à Moncton au Nouveau-Brunswick, le 1er mars 1980.

établit un partage des compétences législatives³⁴ et comporte certaines garanties juridiques³⁵, en particulier une Charte des droits³⁶, il n'en va pas de même de leur pouvoir de contrôle sur la légalité des actes des administrations publiques. Certains auteurs ont bien tenté de lui donner un fondement constitutionnel³⁷, mais

³⁴ Voir Ottawa Valley Power Co. v. Att.-Gen. of Ontario, (1936) 4 D.L.R. 594; I.O.F. v. Bd. Trustees Lethbridge Nor. Irr. Dist., (1938) 3 D.L.R. 89, 102-103, par le juge McGillivray, confirmé par Board of Trustees of Lethbridge Irrigation District v. I.O.F., (1940) A.C. 513; Att.-Gen. Alberta v. Atlas Lumber Co., (1941) R.C.S. 87; Re Tank Truck Transport Ltd., (1960) 25 D.L.R. (2d) 161; B.C. Power Corp. Ltd. v. B.C. Electric Co. Ltd. et al., (1962) R.C.S. 642; Canada Labour Relations Board v. C.N.R. Co., (1974) 45 D.L.R. (3d) 1; Crown Grain Co. Ltd. v. Day, (1908) A.C. 504; Jabour v. The Law Society of British Columbia, supra, note 21, pp. 14-15; B. Strayer, Judicial Review of Legislation in Canada, Toronto, 1968, pp. 36-38; Gérald Beaudoin, "La Cour suprême du Canada et la constitutionnalité des lois", Travaux des Sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dalvin, Bruxelles, 1973, p. 187. Par conséquent, ni le Parlement fédéral, ni ceux des provinces ne pourraient enlever, même en utilisant des mots expressément à cet effet dans une loi, le droit d'appel à la Cour suprême du Canada sur toute question de nature constitutionnelle. Voir P.W. Hogg, op. cit., note 8, pp. 42-47.

³⁵ Voir les articles 93 et 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 qui touchent la religion et la langue. Voir en particulier Procureur général de la province de Québec v. Blaikie et autres, (1979) 2 R.C.S. 1016 et (1981) 1 R.C.S. 312 (N° 2); Procureur général du Manitoba v. Forest, (1979) 2 R.C.S. 1032.

³⁶ La Loi constitutionnelle de 1982, art. 24(1) prévoit que "toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances". Comme première application de cet article, voir Quebec Association of Protestant School Boards et al. v. Le Procureur général de la province de Québec et al., jugement rendu le 8 septembre 1982 par le juge en chef de la Cour supérieure du Québec, M. Jules Deschênes.

³⁷ Voir W.R. Lederman, "Independence of the Judiciary", (1956) 34 R. du B. Can. 768 et 1139, particulièrement pp. 1175ss.; J.N. Lyon, "Role of Canadian Courts in Supervising Exercise of Power Delegated by Provincial Legislatures to Labour Relations Boards on Similar Tribunals", (1971) 49 R. du B. Can. 365, 369 (l'auteur cherche à démontrer qu'il existe une protection constitutionnelle garantissant la détermination des questions de droit par les cours supérieures); du même auteur, voir "Administrative Law-Continuing Search for a General Theory of Judicial Review of Administrative Action for Legality", (1980) 58 R. du B. Can. 646, 651.

dans l'ensemble leurs tentatives paraissent avoir été largement infructueuses³⁸.

Le récent jugement rendu par la Cour suprême du Canada, dans *Crevier v. Le Procureur général de la province de Québec*³⁹, apporte cependant un éclairage nouveau, du moins en ce qui concerne les cours supérieures des provinces. La question en litige dans cette affaire était celle de savoir si le Tribunal des professions, institué par l'art. 162 du Code des professions⁴⁰, avait compétence pour exercer les pouvoirs que lui attribuent l'art. 175 et des dispositions complémentaires comme l'art. 169 ou si, à cause de ces pouvoirs et compte tenu des dispositions privatives de l'art. 194, leur exercice contrevenait à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867. Parlant au nom de la Cour dans son ensemble, le juge en chef Laskin déclara⁴¹:

À mon avis, chaque fois que le législateur provincial prétend soustraire l'un des tribunaux créé par la loi à toute révision judiciaire de sa fonction d'adjuger et que la soustraction englobe la compétence, la Loi provinciale doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'art. 96.

38 P.W. Hogg, "Is Judicial Review of Administrative Action Guaranteed by the British North America Act?", (1976) 54 R. du B. Can. 716, 719ss.; Gilles Pépin, loc. cit., note 7, pp. 463-467.

39 (1981) 2 R.C.S. 220. Voir les commentaires de Gaston Nadeau, "L'arrêt *Crevier* et le Tribunal du travail", (1981) 22 C. de D. 363 et de Gilles Pépin, "L'article 96 de l'A.A.N.B., la Cour suprême, l'arrêt *Crevier* et les autres", (1982) 42 R. du B. 409.

40 L.R.Q., chap. 26.

41 Supra, note 39, p. 234. C'est nous qui soulignons.

Il ajouta⁴²:

C'est la première fois, il est vrai, que cette Cour déclare sans équivoque qu'un tribunal créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence. À mon avis, cette limitation, qui découle de l'art. 96, repose sur le même fondement que la limitation reconnue du pouvoir des tribunaux créés par des lois provinciales de rendre des décisions sans appel sur des questions constitutionnelles.

Avant ce jugement, les tribunaux avaient toujours analysé la portée des clauses privatives en fonction de l'interprétation qu'il fallait leur donner. Ils estimaient en général que ces clauses ne privaient pas les cours supérieures de leur pouvoir de révision sur les questions de compétence, puisqu'une loi ne saurait être interprétée comme permettant à un tribunal statutaire de déborder sa compétence. Comme le rappelait en termes clairs le juge Addy, de la Cour fédérale du Canada, dans *B.C. Packers Ltd. v. Le Conseil canadien des relations du travail*⁴³:

Les plus hautes instances de common law ont rendu par le passé nombre de décisions portant que les tribunaux d'instance supérieure qui ont le pouvoir d'émettre des brefs de prohibition et qui doivent exercer une surveillance sur les tribunaux d'instance inférieure, ont non seulement la compétence, mais le devoir d'exercer ces pouvoirs nonobstant les clauses restrictives de cette nature si la demande est fondée sur l'absence complète

⁴² Ibid., p. 236. C'est nous qui soulignons.

⁴³ Supra, note 28, p. 921.

de compétence du tribunal d'instance inférieure pour examiner l'affaire qui lui a été soumise. Ces décisions se fondent très logiquement sur le raisonnement suivant: lorsque le Parlement a établi un tribunal ayant compétence sur certaines questions, il est tout à fait illogique de penser que, par la simple insertion d'une clause restrictive dans la loi constitutive délimitant sa compétence, le législateur se proposait aussi d'autoriser le tribunal à traiter certaines questions qu'il n'avait pas jugé approprié de lui confier, ou à exercer sa compétence sur des personnes qui ne sont pas visées par ladite loi du Parlement ou à tenir une audience illégale et illicite.

Cependant, certains auteurs étaient d'avis qu'une clause privative suffisamment explicite aurait pu priver les Cours supérieures de leur pouvoir de révision, même en matière de compétence⁴⁴.

Le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Crevier* réfute formellement ce point de vue. Venant en quelque sorte directement constitutionnaliser le pouvoir de révision des cours supérieures sur les questions de compétence par une extension de la portée de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867⁴⁵, il met en cause la

⁴⁴ P.W. Hogg, loc. cit., note 38, p. 726; H.W. Arthurs, "The Dullest Bill: Reflexions on the Labour Code of British Columbia", (1974) 9 U.B.C.L. Rev. 280, 331-333; Paul Weiler, allocution prononcée lors de la Conférence sur la justice administrative, Université d'Ottawa, 26 janvier 1978, pp. 140-141. Voir aussi du même auteur, "Judges and Administrators: An Issue in Constitutional Policy", Proceedings of the Administrative Law Conference, 1981 U.B.C.L. Rev. 379.

⁴⁵ Dans l'arrêt *Farrel v. Workmen's Compensation Board*, (1962) R.C.S. 448, 452, les requérants avaient prétendu qu'une législature provinciale ne pouvait leur enlever par une clause privative leur droit d'aller devant la cour supérieure

constitutionnalité de tous les organismes quasi judiciaires provinciaux "protégés" par une clause privative absolue; d'où ce résultat paradoxal que l'existence des organismes quasi judiciaires se trouve mise en cause par une clause privative absolue visant précisément à les protéger. Le juge en chef exprime ainsi la situation qui existe aujourd'hui⁴⁶:

Il est maintenant incontestable que des clauses privatives bien formulées peuvent efficacement écarter le contrôle judiciaire sur des questions de droit et, bien sûr, sur d'autres questions étrangères à la compétence. Toutefois, comme l'art. 96 fait partie de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et que ce serait le tourner en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée⁴⁷, je ne puis trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni autre révision.

pour contester la validité d'une décision d'une commission des accidents du travail. Le juge Judson avait répondu au nom de la cour: "If an argument upon section 96 of the British North America Act is untenable, the other argument based upon right of access to the courts falls with it." Il s'était bien gardé, toutefois, d'établir un lien explicite entre les deux arguments, comme la cour le fait ici sur les questions de compétence.

⁴⁶ Supra, note 39, pp. 236, 237-238.

⁴⁷ - Il faut noter que c'est le même type de raisonnement qui amena la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt Blaikie, supra, note 35, p. 1028, à "donner un sens large à l'expression "les tribunaux de Québec" employée à l'art. 133 et considérer qu'elle se rapporte non seulement aux cours visées par l'art. 96 mais également aux cours créées par la province et où la justice est administrée par des juges nommés par elle", y compris les tribunaux administratifs. Selon la cour, p. 1029, "la province ne doit pas être à même de diminuer la garantie accordée pour l'usage du français ou de l'anglais dans les procédures judiciaires en remplaçant les cours par des organismes ayant pouvoir de rendre la justice dans la mesure compatible avec l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique". Voir Peter H. Russel, loc. cit., note 3, p. 113.

(...) Il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l'art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision.

Il s'agit d'une évolution considérable de la jurisprudence. Les tribunaux avaient bien reconnu, récemment, qu'une disposition privative englobant spécifiquement les questions de droit constituait une limitation valide du contrôle judiciaire⁴⁸; ils n'avaient jamais établi cependant que les clauses privatives pouvaient entraîner un transfert de compétence⁴⁹.

Si l'arrêt *Crevier* confirme, pour la première fois et de façon spectaculaire, que l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 garantit, en matière provinciale, l'existence du traditionnel pouvoir de surveillance des cours supérieures lorsque la compétence des organismes inférieurs est en cause, il n'en va pas de même en matière fédérale⁵⁰. Visant essentiellement à protéger le pouvoir de nomination du gouvernement fédéral, l'art. 96 ne constitue pas une restriction à la liberté du Parlement du Canada de confier à d'autres personnes qu'à des juges de cours

48 Procureur général de la province de Québec v. Farrah, (1978) 2 R.C.S. 638.

49 Dans le but de sauvegarder l'existence du tribunal des professions et aussi du tribunal du travail qui "bénéficiait" également de la protection d'une clause privative "absolue", le législateur québécois est intervenu pour modifier cette clause de façon à réserver expressément le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure aux questions de compétence; voir la Loi modifiant le Code des professions et le Code du travail, L.Q. 1982, chap. 16. Reste à voir, advenant une nouvelle contestation, si cette modification suffira à valider l'exercice d'un pouvoir d'appel par le tribunal des professions. Comme le souligne Gilles Pépin, *loc. cit.*, note 39, p. 428; "Il nous semble impossible d'avancer que l'honorable Laskin répond clairement à cette question."

50 Gilles Pépin, *loc. cit.*, note 39, pp. 426-427.

supérieures provinciales⁵¹ des fonctions qui appartiennent normalement à ceux-ci puisque ce gouvernement nomme également ces autres personnes⁵². C'est ce qui lui a permis, il y a quelques années, de transférer à la Cour fédérale le pouvoir de surveillance et de contrôle sur les organismes fédéraux traditionnellement détenus par les cours supérieures des provinces⁵³. Fondé par l'art. 96, la déclaration d'inconstitutionnalité de l'arrêt *Crevier* présente donc le sérieux inconvénient de ne pas viser les clauses privatives directes édictées par le Parlement du Canada⁵⁴. Le juge en chef Laskin le confirmait en ces termes, dans l'affaire du droit de la famille de la Colombie britannique⁵⁵:

51 De plus, comme le soulignait récemment le juge Addy dans *L'Hon. Juge Marc Beauregard v. La Reine*, *supra*, note 8, p. 552, parlant des juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada, "ces juges n'ont pas le même statut constitutionnel que les juges des cours supérieures des provinces".

52 *Reference Re Establishment of a Unified Criminal Court of New Brunswick*, (1982) 127 D.L.R. (3d) 214, en appel devant la Cour suprême du Canada.

53 P.W. Hogg, *loc. cit.*, note 38, pp. 727-728.

54 Gilles Pépin, *loc. cit.*, note 7, pp. 465-466; voir aussi du même auteur, "Chronique de droit administratif" (1981) 41 R. du B. 161, 169; voir également, *loc. cit.*, note 39, p. 412. Voir cependant R. Elliott, "Constitutional Law - Judicature - Is Section 96 Binding on Parliament? Reference Re Establishment of a United Criminal Court of New Brunswick", (1982) 16 U.B.C.L.Rev. 313. S'appuyant sur la thèse du professeur Lederman, l'auteur tente de démontrer que la Cour suprême du Canada devrait profiter de l'appel dans l'affaire de la Cour criminelle unifiée du Nouveau-Brunswick (*supra*, note 52) pour statuer que le Parlement du Canada est lié autant que ceux des provinces par les articles 96 à 100 de la Loi constitutionnelle de 1867.

55 *Re Family Relations Act of British Columbia*, *supra*, note 27, p. 239. Il s'agissait d'un obiter cependant. Le juge Laskin avait déjà eu l'occasion d'exprimer ce point de vue dans *Le Procureur général du Canada v. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 170, 176. Parlant des pouvoirs confiés à un fonctionnaire en matière d'administration de succession, il avait alors déclaré: "De plus, je ne vois pas d'anomalie constitutionnelle dans le fait de conférer la juridiction en semblable matière à un fonctionnaire fédéral. La seule restriction constitutionnelle dont pourrait faire l'objet l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique s'il s'agissait d'une loi provinciale ne s'applique pas à une loi du Parlement (fédéral) par ailleurs valide."

Certainly the Parliament of Canada is not inhibited by s. 96 in conferring upon any judicial officers jurisdiction in matters falling within federal competence.

Nous pouvons donc, depuis l'arrêt *Crevier*, utiliser au présent les termes que le professeur Gilles Pépin utilisait au conditionnel il y a quelques années et souligner qu'il "est pour le moins remarquable que les législatures ne puissent, à cause de l'art. 96, supprimer le pouvoir de contrôle judiciaire sur l'activité de leurs institutions administratives tandis que le Parlement du Canada a, lui, en cette matière toute liberté d'action"⁵⁶. Le professeur Hogg avait bien vu également le caractère boiteux de la présente situation, car à la suite des arrêts *Pringle v. Fraser*⁵⁷ et *Le Procureur général du Canada v. Canard*⁵⁸, il écrivait, de façon pr  monitoire⁵⁹:

It is reasonably clear (...) that at least where no constitutional (distribution of powers) question is involved, the federal Parliament can take away the review powers of the provincial superior courts.

Now it may be objected that *Pringle v. Fraser* and *A.G. Can. v. Canard* were concerned with the federal Parliament, and that the judicature sections of the B.N.A. Act impose a restraint only upon the provincial

⁵⁶ Loc. cit., note 38, p. 466.

⁵⁷ (1972) R.C.S. 821.

⁵⁸ Supra, note 55.

⁵⁹ Loc. cit., note 38, p. 728. C'est nous qui soulignons.

legislatures. But while it is widely accepted that the judicature sections (other than section 101) apply only to courts created by the provincial legislatures, surely the theory of a constitutionally-guaranteed core of provincial superior-court jurisdiction requires that the guaranteed core of jurisdiction be invulnerable to federal as well as provincial legislative attack. Since superior-court review powers may be taken away by the federal Parliament, it follows that the alleged core of jurisdiction is either protected by a remarkably inadequate guarantee or it is not guaranteed at all.

Ce qui n'était alors qu'une "theory of a constitutionally-guaranteed core of provincial superior-court jurisdiction" ou plus simplement "an alleged core of jurisdiction⁶⁰" est devenu depuis l'arrêt *Crevier* une garantie juridique fondamentale de notre Constitution. Toutefois, il nous faut malheureusement conclure, suivant la logique même du professeur Hogg, qu'il s'agit d'une "remarkably inadequate guarantee⁶¹", puisqu'elle introduit "deux poids, deux mesures" dans le partage déjà fort déséquilibré des compétences en matière d'administration de la justice au Canada⁶².

60 Ibid.

61 Ibid.

62 Gilles Pépin, loc. cit., note 54.

D- La compétence générale des cours supérieures

Nous avons vu qu'au Canada "les cours supérieures des provinces (...) exercent la compétence attribuable à un tribunal de droit commun dans les diverses provinces⁶³". À ce titre, "elles sont les tribunaux ordinaires du pays et elles appliquent les lois - tant provinciales que fédérales⁶⁴". De plus, "elles exercent sur les tribunaux inférieurs un pouvoir de surveillance semblable à celui qu'exerçait, en common law, la Court of King's Bench d'Angleterre⁶⁵". La seule exception à ce système judiciaire intégré est la Cour fédérale, qui n'est toutefois pas une "cour supérieure" au sens que possède cette expression lorsqu'elle est appliquée aux cours supérieures des provinces, c'est-à-dire à des cours qui ont compétence dans toutes les matières qui ne sont pas exclues de leur juridiction⁶⁶".

Par ailleurs, à l'examen du compromis que constituent les articles 92(14) et 96 à 100 de la Loi constitutionnelle de 1867, nous avons constaté, de façon générale, que les tribunaux estiment "qu'on détruirait l'objectif visé par ce compromis et l'effet qu'on voulait donner à l'art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un

⁶³ L'Hon. Juge Marc Beauregard v. La Reine, *supra*, note 8, p. 552.

⁶⁴ Vers un Canada nouveau, *supra*, note 22.

⁶⁵ Procureur général de la province de Québec v. Farran, *supra*, note 48, p. 649. Voir également, *supra*, note 28.

⁶⁶ Commonwealth de Puerto-Rico v. Hernandez, *supra*, note 31, p. 232. Comme le soulignait le Comité sur la Constitution de l'Association du Barreau canadien, *supra*, note 22, p. 56; "Les cours supérieures des provinces sont le pivot de l'organisation de notre système judiciaire (...). Elles sont des cours de compétence générale, tant en matière civile que pénale. Leur compétence n'est pas restreinte à des matières que le Parlement ou les législatures leur ont attribuées. Lorsqu'un citoyen a un droit et qu'il ne peut le faire prévaloir devant aucun autre tribunal, il peut s'adresser aux cours supérieures. En deux mots: Lorsqu'il y a un droit, il y a un recours."

tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures⁶⁷". De façon plus particulière, nous savons, en outre depuis l'arrêt Farrah⁶⁸, que si une province "est habilitée à restreindre de façon limitée (sur les questions de droit par exemple) le champ d'action du pouvoir de surveillance, elle ne possède pas la compétence, vu l'art. 96, de confier l'exercice (même partiel) de cette traditionnelle responsabilité judiciaire à des personnes qu'elle nomme⁶⁹". En effet, comme le soulignait récemment le juge en chef Laskin, "l'arrêt Farrah a établi qu'attribuer à un tribunal créé par une loi provinciale la compétence d'appel sur des questions de droit sans restriction et renforcer cette compétence d'appel par la suppression de tout pouvoir de surveillance de la Cour supérieure (...) équivaut à créer une cour visée par l'art. 96⁷⁰". Nous savons aussi depuis l'arrêt Crevier, "qu'il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l'art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision⁷¹".

Abstraction faite de ces situations, nous manquons encore de précision, cependant pour déterminer avec sûreté quand une province peut octroyer, en première instance ou en appel, des "fonctions judiciaires" à des organismes distincts des cours de justice. Faisant le point sur le processus de libéralisation jurisprudentielle qui a indéniablement eu cours en ce domaine depuis quelques années, le juge

67 - Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra, note 8, p. 728, par le juge Dickson.

68 Supra, note 48.

69 Gilles Pépin, loc. cit., note 39, p. 425. Voir également Nicole Duplée, "Le contrôle de la légalité: une compétence exclusive des cours supérieures", (1978) 19 C. de D. 1069.

70 Supra, note 39, p. 238.

71 Ibid., pp. 237-238.

Dickson, de la Cour suprême du Canada, déclarait récemment⁷²:

Je ne crois pas qu'on puisse douter que les cours ont appliqué un critère de validité constitutionnelle de plus en plus large quand elles ont confirmé que l'établissement de tribunaux administratifs est de juridiction provinciale. En général, on peut dire que les provinces peuvent maintenant conférer des "fonctions judiciaires" à des organismes administratifs dans le cadre d'un système plus large.

Cette théorie du "cadre institutionnel" demeure fort vague. Tout ce que nous savons en gros c'est qu'un tribunal administratif provincial sera considéré comme valablement constitué si les pouvoirs qui lui sont conférés "s'imbriquent dans l'ensemble des institutions où ils se situent"⁷³ et ne sont pas "isolés du reste de la structure administrative de la loi pertinente"⁷⁴. Il faut, en outre, s'il s'agit d'un organisme d'appel, que sa compétence d'appel ne soit pas renforcée "par la suppression de tout pouvoir de surveillance de la Cour supérieure"⁷⁵ ou, quel que soit le type d'organisme, qu'on ne lui ait pas accordé le pouvoir de "définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision"⁷⁶. Comme le soulignait

⁷² Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra, note 8, p. 732.

⁷³ Tomko v. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse) et autres, (1979) 1 R.C.S. 112. Voir aussi La Ville de Mississauga v. La municipalité régionale de Peel et autres, (1979) 2 R.C.S. 244.

⁷⁴ Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra, note 8, p. 733, par le juge Dickson commentant l'arrêt Le Procureur général de la province de Québec v. Farrah, supra, note 48.

⁷⁵ Crevier v. Le Procureur général de la province de Québec, supra, note 39, p. 238, par le juge en chef Laskin commentant l'arrêt Farrah, supra, note 48.

⁷⁶ Crevier v. Le Procureur général de la province de Québec, ibid.

récemment le professeur Gilles Pépin, commentant certains extraits des notes du juge Dickson, dans l'affaire du Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle⁷⁷:

On l'aura constaté, le juge Dickson vient près, dans les extraits précités, de reconnaître que le processus de libéralisation n'a pas de contenu juridique et que c'est d'abord une affaire d'impression se dégageant du contexte. À notre avis, le traditionnel débat sur la notion de fonction "quasi judiciaire" se trouve déplacé vers celle de "cadre institutionnel adéquat".

De plus, certaines questions, pourtant fondamentales pour les provinces, demeurent carrément en suspens. C'est le cas, par exemple, de la question suivante que formulait Gilles Pépin dans son commentaire sur l'arrêt Crevier et qui prend une importance particulière étant donné le besoin de plus en plus pressant des provinces d'instituer des tribunaux administratifs d'appel⁷⁸:

Une juridiction d'appel susceptible de porter sur toute question de droit et sur toute question de fait, et qui autorise son titulaire à substituer son propre jugement à celui de l'organisme qui a pris initialement une décision, peut-elle être généralement assimilée au traditionnel pouvoir de surveillance des cours supérieures, pouvoir de surveillance dont on ne cesse de répéter qu'il ne doit pas être confondu avec l'appel ni servir d'appel déguisé?

⁷⁷ Loc. cit., note 39, p. 422. Voir toutefois le commentaire de N. Lyon "Comment on Reference re the Validity of the Residential Tenancies Act (Ontario)", (1982) 16 U.B.C.L.Rev. 131.

⁷⁸ Ibid., p. 429.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore répondu directement à cette question. Jusqu'ici, le débat a toujours été obscurci par la présence de fortes clauses privatives provinciales et par les déclarations d'inconstitutionnalité qu'elles ont entraînées.

En définitive, on constate qu'il existe encore ici "deux poids, deux mesures". Malgré les adoucissements apportés aux rigueurs de l'art. 96 par le processus de libéralisation jurisprudentielle dont nous venons de faire état, cet article constitue néanmoins une restriction à la souveraineté législative des provinces de créer les tribunaux administratifs qu'elles estiment nécessaires dans les domaines qui relèvent de leur compétence. L'État fédéral, pour sa part, ne connaît pas une telle restriction, puisque l'art. 96 ne l'empêche pas de créer les tribunaux administratifs qu'il désire et d'en nommer les membres.

Ce débat constitutionnel risque malheureusement de masquer une question beaucoup plus fondamentale encore et qui se pose aussi bien aux provinces qu'au gouvernement fédéral: dans quelle mesure le principe même de l'existence d'un tribunal de droit commun, d'une cour supérieure de compétence générale, est-il encore adapté à la situation contemporaine? On constate, en effet, qu'au fil des ans, les provinces ont confié ou tenté de confier la solution des conflits dans certains secteurs (accidents du travail, relations de travail, logement, accidents d'automobiles, relations familiales et plusieurs autres) à des organismes plus spécialisés et moins impersonnels et formalistes que ne le sont les cours supérieures; le gouvernement fédéral a fait de même, notamment en créant la Cour fédérale.

En fait, il devient de plus en plus urgent dans le contexte actuel de répondre à la question que posait récemment, sans malheureusement y répondre, le Comité sur la Constitution de l'Association du Barreau canadien: "Quelles sont donc ces fonctions dont la nature est d'importance suffisante pour justifier de s'en remettre aux cours supérieures?"⁷⁹ Faut-il garantir à ces cours une compétence exclusive dans le seul domaine du contrôle judiciaire, comme le préconisent les membres dissidents de ce Comité? Ou encore, comme le suggérait de façon un peu vague Peter W. Hogg, faut-il leur réserver essentiellement un rôle de gardien des "general values which are fundamental to the legal order as a whole"⁸⁰? Du type de réponse qu'on apportera à ces questions, en particulier à la première, dépendra largement notre capacité d'établir entre les pouvoirs de l'État un équilibre adapté à la situation contemporaine et, partant, de tendre vers une meilleure synthèse des valeurs de libertés individuelles et de justice sociale.

II- L'APPORT DES LÉGISLATEURS ET DES JUGES DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

Dans la recherche d'un meilleur équilibre entre les valeurs collectives et les valeurs individuelles, législateurs et juges n'ont pas manqué ces dernières années, au Canada, de prendre certaines initiatives. Ainsi a-t-on vu nos parlements multiplier

⁷⁹ Vers un Canada nouveau, supra, note 22, p. 56. Le comité admet crûment à la même page: "Nous avons été tenté d'articuler une définition d'une Cour supérieure, mais le temps dont nous disposons ne nous a pas permis de le faire."

⁸⁰ "Judicial Review: How Much Do We Need?" (1974) 20 McGill L.J. 157, 164. Voir également Paul Weiler, "Judges and Administrators (...)", loc. cit., note 44.

les tribunaux administratifs, dans le but de répondre plus adéquatement à des impératifs sociaux ou économiques, et tenter de préserver leur autonomie en insérant dans les lois qui les créaient des clauses privatives les mettant à l'abri de tout contrôle judiciaire⁸¹. En contrepartie toutefois, on les a vu reconnaître de nouveaux droits aux citoyens, leur octroyer de nouveaux recours contre l'Administration⁸² et même chercher à faciliter les mécanismes de la révision judiciaire⁸³. Par ailleurs, on a vu les juges proclamer bien haut l'autorité suprême du parlement et en même temps ignorer les clauses privatives⁸⁴, s'attribuant même, à l'occasion, un rôle dans l'élaboration de certaines orientations

81 L'incompétence technique des juges, la conviction que le contrôle judiciaire nuit à l'efficacité administrative et la méfiance que l'on entretient à l'égard des juges que l'on soupçonne d'être opposés à l'Administration sont des motifs qui inciteraient le législateur à insérer des clauses privatives dans les lois. Voir G. Pépin et Y. Ouellette, Principes de contentieux administratif, 2e ed., 1982, p. 438.

82 On n'a qu'à penser aux chartes des droits adoptées par les diverses autorités législatives de ce pays. Pour une étude de cette question, voir R. St. J. Macdonald et John P. Humphrey, The Practice of Freedom. Canadian Essays on Human Rights and Fundamental Freedoms, Toronto, 1979. Pour ne parler que de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, L.R.Q. chap. C-12, elle déclare, à son article 54, que la Charte lie la Couronne. Pour une étude de cette charte et de ses implications en droit administratif, voir Henri Brun, dans R. St. J. Macdonald et John P. Humphrey, ibid., pp. 384-403 et du même auteur "La charte des droits et libertés de la personne: domaine d'application", (1977) 37 R. du B. 179.

83 Supra, note 16.

84 L'arrêt Crevier, supra, note 39, en constitue un formidable exemple. Certains ont pu voir dans l'attitude des juges à l'égard des clauses privatives l'illustration du besoin qu'éprouvent les tribunaux de justifier leur pouvoir de créer le droit. Voir P. Lemieux, "Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit administratif", (1980) 21 C. de D. 277, pp. 281-283.

politiques⁸⁵. On les a vu imposer à l'Administration des règles de conduite⁸⁶ et du même souffle se soucier de l'efficacité administrative⁸⁷.

85 J. Deschênes, *op. cit.*, note 6, p. 50: "(...) l'histoire ancienne et récente démontre clairement que les tribunaux constituent un puissant instrument de transformation de la loi et de la société". B. Dickson, "The Judiciary-Law Interpreters or Law-Makers", (1982) 8 *Man.L.J.* 1, 12: "The role of judiciary (...) is adjudicative, but there is of necessity an element of law development in the work". Peter H. Russel, *loc. cit.*, note 5, pp. 3-13, démontre jusqu'à quel point les tribunaux ont joué un rôle important sur les effets politiques de certaines lois. Il souligne, par ailleurs, que les juges ont souvent utilisé la révision judiciaire comme prétexte pour s'attaquer à la substance même des lois.

86 Tel est le cas des règles de justice naturelle. Pour une histoire de ces règles, dont le duty to act fairly constitue l'aboutissement et que les tribunaux ont imposées aux organismes administratifs, voir Martin Loughlin, "Procedural Fairness: A Study of the Crisis in Administrative Law Theory", (1978) 28 *U. of T. L.J.* 215, pp. 217-223. Voir aussi R.A. Macdonald, "Judicial Review and Procedural Fairness in Administrative Law: I", (1980) 25 *McGill L.J.* 520, 523-543. Remarquons qu'on a vu récemment la Cour suprême du Canada adopter cette doctrine anglaise du duty to act fairly dans les arrêts *Nicholson v. Haldimand Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, (1979) 1 R.C.S. 311 et dans *Martineau v. Le Comité de discipline de l'institution de Matsqui*, (1980) 1 R.C.S. 602.

87 Propos du juge Dickson dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, note 8, p. 749: "L'argument avancé au nom du procureur général de l'Ontario suppose implicitement que le système judiciaire est trop formaliste, trop lourd, trop coûteux et par conséquent inapte à répondre de façon convenable aux besoins sociaux auxquels la *Loi sur la location résidentielle* veut répondre. Toutes les lois répondent à des besoins sociaux. Les cours ne sont pas étrangères à l'équité et aux concepts d'impartialité, de justice, de commodité, de raison". Voir également *Nenn v. R.*, (1979) 2 C.F. 778, 780-781, par le Juge en chef Jockett: "L'injection d'une obligation de processus judiciaire ou de quelque chose d'approchant dans les éléments essentiels de l'administration des ministères et organismes gouvernementaux risque de paralyser de façon si radicale la bonne marche des services publics, qu'à mon avis, il faut écarter toute idée d'obligation tacite. Il s'agit ici d'un domaine où le choix entre l'ingérence néfaste dans la prestation de services publics et la protection équitable de ceux qui s'estiment lésés parce qu'ils n'ont pas été choisis pour assurer les mêmes services est si délicat qu'à mon avis il appartient au Parlement seul de prévoir expressément les entraves judiciaires ou quasi judiciaires à l'efficacité administrative". Cet arrêt fut confirmé par (1981) 1 R.C.S. 631. Voir aussi l'arrêt anglais *Pearlberg v. Varty*, (1972) 1 W.L.R. 534, 547.

Ces apparentes contradictions⁸⁸ illustrent jusqu'à quel point la recherche de l'équilibre entre les droits du citoyen et les besoins de la société n'est pas toujours facile, et que cet équilibre demeure un idéal auquel tendent à la fois magistrats et parlementaires, quoique de façon généralement différente, pour ne pas dire opposée en certains cas.

Nous voudrions mettre l'accent ici sur quelques-unes des contributions les plus importantes des législateurs et des juges dans le domaine de la révision judiciaire. Nous serons ainsi amenés à constater que la défense des libertés individuelles et des droits privés n'a pas été forcément l'apanage de nos tribunaux et que nos parlements n'ont pas été nécessairement les seuls à se préoccuper d'efficacité administrative.

A- L'apport des législateurs

Il existe au Canada onze parlements, tous souverains dans leur domaine de compétence propre. En raison de leur intervention de plus en plus fréquente dans le domaine du droit administratif, on peut presque parler de onze approches

⁸⁸ Contradictions dont témoignent ces propos du juge Laskin dans Crevier, supra, note 39, pp. 237-238: "Toutefois, quand la disposition privative englobe spécifiquement les questions de droit, cette Cour n'a pas hésité, comme dans l'arrêt Farrah, à reconnaître que cette limitation du contrôle judiciaire favorise une politique législative explicite qui veut protéger les décisions des organismes judiciaires contre la rectification externe. La Cour a ainsi, à mon avis, maintenu l'équilibre entre les objectifs contradictoires du législateur provincial de voir confirmer la validité quant au fond des lois qu'il a adoptées et ceux des tribunaux d'être les interprètes en dernier ressort de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et de son art. 96".

différentes de ce droit⁸⁹. Le domaine de la révision judiciaire n'échappe pas à cette poussée législative. Il serait donc téméraire de vouloir présenter ici un aperçu même général de toutes les lois canadiennes qui touchent la question du contrôle des actes de l'Administration par les tribunaux. Nous désirons plutôt attirer l'attention sur quelques-unes des lois les plus marquantes présentement en vigueur au Canada. Nous examinerons tour à tour la situation du Québec, du fédéral, de l'Ontario et de la Colombie britannique.

a) Le Québec

Le Québec est la juridiction, au Canada, dont la législation en matière de recours contre l'Administration est la plus ancienne. Au surplus, on la trouve principalement dans un code, le Code de procédure civile⁹⁰, dont plusieurs dispositions consacrent des principes qui viennent du droit administratif britannique. Tel est le cas de la règle générale qui veut que l'Administration soit soumise à la loi telle qu'elle est interprétée et administrée par les tribunaux judiciaires: elle est codifiée à l'art. 33 C.P.C. Il en va de même du privilège dont bénéficient les secrets d'État devant les tribunaux: l'art. 308 C.P.C. en traite de façon précise. D'autres dispositions du Code, enfin, fixent des règles relatives aux recours qui peuvent être exercés contre l'Administration: l'art. 94 (poursuite en responsabilité)⁹¹, les art. 453 à 456 (requête pour jugement déclaratoire), les art.

⁸⁹ R. A. Macdonald, "A Bibliography of Legislation Relating to Administrative Law in Canadian Jurisdictions", (1979) 27 Chitty's L.J. 83.

⁹⁰ Supra, note 16.

⁹¹ Les art. 94.1 à 100 contiennent, par ailleurs, des règles particulières applicables en matière de recours contre la Couronne.

751 à 761 (injonction), les art. 834 à 850 (brefs de prérogative)⁹².

À l'égard du contrôle judiciaire des actes de l'Administration, la codification ainsi que plusieurs lois ont procuré au justiciable du Québec des avantages certains. Nous voudrions en souligner quelques-uns mais attirer également l'attention sur les inconvénients qu'elles ont pu présenter.

i) Les avantages de la législation

Dominique Latournerie, Maître des Requêtes au Conseil d'État français, soulignait, il n'y a pas longtemps⁹³:

Le code est une sorte de rencontre privilégiée entre le gouvernant et les gouvernés (...) Du côté du gouverné, la connaissance de la loi définit l'existence de la société. Il y a une sécurité à connaître la règle applicable. C'est la fin du hasard et de l'arbitraire. C'est le début de l'état de droit.

On peut penser, à la lumière de ces propos, que le Code de procédure civile a permis principalement au justiciable québécois de connaître de façon plus claire, du moins par l'intermédiaire de ses avocats, les principes gouvernant les recours contre l'Administration. C'est précisément un des objectifs recherchés par les réformateurs favorables à la codification de la common law que de rendre le droit

⁹² Le quo warranto: art. 838-843 C.P.C.; le mandamus: art. 844-845 C.P.C.; l'évocation: 846-850 C.P.C.

⁹³ "L'apport de la codification à la définition du langage juridique" dans Propos sur la rédaction des lois, Québec, Conseil de la langue française, 1977, p. 33.

plus accessible aux avocats eux-mêmes⁹⁴. La même observation pourrait sans doute être faite à l'endroit de plusieurs lois qui ont eu pour effet d'établir de façon précise des règles applicables en matière de recours contre certains organismes administratifs⁹⁵. La législation a comporté, par ailleurs, d'autres avantages. Voyons comment le Code de procédure civile et certaines lois particulières ont pu, dans certains cas, améliorer la position du justiciable québécois face à l'Administration.

-- Le Code de procédure civile

La codification a permis aux tribunaux, par les techniques d'interprétation, de favoriser le citoyen en certaines circonstances. Ainsi, la rédaction en termes larges de l'art. 33 C.P.C. a permis à ceux-ci de créer l'action directe en nullité, recours ordinaire qu'un administré peut intenter pour faire annuler un acte ultra vires⁹⁶. Ce recours peut être utilisé tant à l'encontre des actes purement

⁹⁴ Charles M. Cook, The American Codification Movement. A Study of Antebellum Legal Reform at IX-X, Westport, Conn., Greenwood Press, 1981. Voir le résumé de A.J. King, "The American Codification Movement, A Study of Antebellum Legal Reform by Charles H. Cook", (1982) 41 Maryland L.R. 329, 330-331; Neil Brooks, "The Common Law and the Evidence Code: Are They Compatible?", (1978) 27 U.N.B.L.J. 27, 33-34. Commission de réforme du droit du Canada, Problématique d'une codification du droit pénal canadien (étude préliminaire), Ottawa, Information Canada, 1976, pp. 26-27, 52-54.

⁹⁵ On peut penser, par exemple, à la Loi sur les cités et villes, L.R.Q., chap. C-19, et au Code municipal, dont certaines dispositions fixent des règles particulières en matière de pourvoi contre les municipalités en plus de créer un recours spécifique, l'action en cassation, qui peut être utilisée, notamment, pour demander l'annulation d'un règlement illégal. Voir art. 352, 397-408; 585-590 L.C.V.; art. 430-433, 453 C.M.

⁹⁶ Gerald E. LeDain, "The Supervisory Jurisdiction in Québec", (1957) 35 R. du B. Can. 788, 798; R. Dussault, Traité de droit administratif, 1974, p. 1101; G. Pépin et Y. Ouellette, op. cit., note 81, pp. 345-346; P. Garant, Droit administratif, 1981, pp. 622-623.

administratifs qu'à l'encontre des actes réglementaires ou quasi judiciaires⁹⁷. C'est donc dire que l'art. 33 C.P.C. permet aisément la réception de la nouvelle doctrine élaborée par les tribunaux selon laquelle l'Administration, quelle que soit la nature de ses pouvoirs, a l'obligation d'agir équitablement⁹⁸.

C'est encore une interprétation large de l'art. 1011 de l'ancien Code de procédure civile⁹⁹, précurseur de l'actuel art. 94 C.P.C., qui a permis aux tribunaux d'admettre une poursuite en responsabilité délictuelle contre la Couronne du Québec, en suivant les formalités de la pétition de droit¹⁰⁰, bien avant qu'un tel recours ne soit possible contre la Couronne dans les autres juridictions canadiennes et même dans le Royaume-Uni¹⁰¹. Le législateur consacra la règle établie par les tribunaux en insérant dans le Code de procédure civile de 1965 l'art. 94 qui reconnaît la responsabilité de la Couronne tant en matière délictuelle que contractuelle¹⁰². Il fit davantage en abolissant la nécessité de procéder par pétition de droit et d'obtenir le fiat gouvernemental¹⁰³.

97 Yachon v. Procureur général de la province de Québec, (1979) 1 R.C.S. 555.

98 Supra, note 86.

99 - S.Q. 1897, chap. 48.

100 R. v. Cliche, (1935) R.C.S. 561.

101 Peter W. Hogg, op. cit., note 8, pp. 167-172.

102 G. Pépin et Y. Ouellette, op. cit., note 81, pp. 509-511, soulignent que le Québec ne s'est pas encore doté d'une législation sur la responsabilité de la Couronne. À leur avis, cependant, le texte de l'art. 94 C.P.C. et la jurisprudence qui l'a interprété ne permettent plus de remettre en question la responsabilité de la Couronne québécoise. Quant aux règles qui lui sont applicables en ce domaine, on les trouve, comme pour tout citoyen, aux art. 1053 et suivants du Code civil.

103 Pour un commentaire sur cette histoire législative et jurisprudentielle, voir R. Dussault, op. cit., note 96, pp. 1436-1438.

L'art. 332 de l'ancien Code de procédure civile, remplacé maintenant par l'art. 308 C.P.C., a connu une évolution similaire. Cette disposition empêchait qu'un fonctionnaire soit tenu de produire des documents confidentiels devant un tribunal si un affidavit du procureur général attestait que la divulgation des faits sur lesquels on désirait interroger le fonctionnaire en question pouvait affecter l'ordre public. La Cour suprême du Canada interpréta d'une façon restrictive cette règle et décida, dans *Gagnon v. La Commission des valeurs mobilières du Québec et al.*, que l'affidavit fourni ne respectait pas l'art. 332 C.P.C. parce qu'il constituait une formule générale susceptible de valoir dans tous les cas, sans égard aux faits sur lesquels on désirait interroger les témoins¹⁰⁴. L'affidavit en cause déclarait simplement, en effet, qu'il était d'intérêt public que les documents recueillis au cours des enquêtes faites par la Commission ne soient pas divulgués.

La Cour suprême n'alla toutefois pas jusqu'à se prononcer sur la question de savoir si le juge devait ou non décider en dernier ressort de l'objection du procureur général. Néanmoins, lors de l'adoption de l'art. 308 du nouveau Code de procédure civile, en 1965, le législateur suivit la voie ainsi entrouverte. Il obligea le ministre responsable à donner les motifs de la non-divulgation des renseignements demandés. Il alla même plus loin en conférant au juge le pouvoir d'apprécier les raisons fournies par le ministre et de décider si effectivement l'intérêt public devait l'emporter sur l'intérêt du justiciable¹⁰⁵. Il devançait ainsi de trois années

¹⁰⁴ (1965) R.C.S. 73, 79.

¹⁰⁵ Pour un commentaire sur cette histoire jurisprudentielle et législative, voir R. Dussault et G. Pelletier, "Le professionnel-fonctionnaire face aux mécanismes d'inspection professionnelle et de discipline institués par le Code des professions", (1977) 37 R. du B. 2, pp. 70-77.

la Chambre des lords d'Angleterre qui, en 1968, dans son arrêt célèbre *Conway v. Rimmer*¹⁰⁶ affirma clairement que les tribunaux pouvaient, en cette matière, substituer leur opinion à celle de l'exécutif.

La codification a permis, par ailleurs, la création et la simplification de certaines procédures. Ainsi, la requête pour jugement déclaratoire fut introduite dans le nouveau Code de procédure civile, en 1965, après que la Cour suprême du Canada eut jugé, un an auparavant, que ce moyen de pourvoi n'existait pas au Québec, et qu'il ne pouvait, en conséquence, être exercé contre l'Administration¹⁰⁷. Les provinces de common law connaissaient déjà ce recours de droit privé, prévu dans des dispositions législatives et que les tribunaux canadiens, à l'instar des cours anglaises, permettaient d'utiliser contre la Couronne¹⁰⁸. À la suite de son insertion dans le Code, la requête pour jugement déclaratoire connut une période pendant laquelle les tribunaux du Québec la considéraient comme un recours préventif et non curatif, ce qui la rendait peu efficace contre l'Administration¹⁰⁹. La Cour suprême du Canada mit fin à ce courant jurisprudentiel dans *Duquet v.*

¹⁰⁶ (1968) A.C. 910.

¹⁰⁷ *Saumur et al. v. Le procureur général de la province de Québec*, (1964) R.C.S. 252. Se basant sur l'art. 77 de l'ancien Code qui prévoyait, comme l'art. 55 du Code actuel, qu'il fallait avoir un intérêt pour former une demande en justice, le juge Taschereau avait déclaré (p. 257): "Dans la province de Québec l'action déclaratoire n'existe pas. Ses tribunaux ne donnent pas de consultations légales; ils jugent les litiges."

¹⁰⁸ Allan Findlay, "Declaratory Judgment", dans Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1961, pp. 183-185, 204-209.

¹⁰⁹ Voir Claude Ferron, "Le jugement déclaratoire en droit québécois", (1973) 33 R. du B. 378 et Lazar Sarna, "The Scope and Application of the Declaratory Judgment on Motion", (1973) 33 R. du B. 493.

Ville de Ste-Agathe-des-Monts¹¹⁰ en accueillant une action dans laquelle on demandait qu'un règlement municipal soit déclaré illégal. Il est admis maintenant que l'action déclaratoire peut avoir un effet curatif.

En ce qui concerne la simplification des procédures, il faut rappeler qu'en réunissant en un seul recours appelé bref d'évocation, les brefs de prohibition et de certiorari¹¹¹, le législateur a éliminé la difficulté que rencontrait parfois le citoyen de savoir s'il était à un stade approprié des procédures pour demander l'un ou l'autre des anciens brefs¹¹².

¹¹⁰ (1977) 2 R.C.S. 1132.

¹¹¹ L'art. 846 C.P.C., qui concerne le bref d'évocation, est ainsi rédigé:

La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:

1. dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction;
2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;
3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;
4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

À propos de cette disposition, le juge Fauteux déclarait dans Three Rivers Boatman v. Conseil Canadien des relations ouvrières, supra, note 29, p. 619: "Ainsi donc, et nonobstant sa double fonction, le recours mentionné à l'art. 846 n'est pas nouveau. Différent dans sa forme et non dans son essence, ce recours ne diffère pas substantiellement des recours jusqu'alors utilisés pour se pourvoir, de façon sommaire et efficace, contre les excès de juridiction des tribunaux administratifs".

¹¹² D. Lemieux, "Supervisory Judicial Control of Federal and Provincial Public Authorities in Quebec", (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 133, 136.

— Les lois particulières

Des dispositions législatives insérées dans des lois particulières adoptées par l'Assemblée nationale du Québec ont permis, à l'occasion, de mettre fin à des courants jurisprudentiels fort peu favorables au citoyen. Ainsi, pendant longtemps, sur la base de l'art. 1054 du Code civil qui consacre la responsabilité de l'employeur à l'égard des fautes commises par ses employés dans l'exécution de leurs fonctions, les tribunaux ont refusé de reconnaître une municipalité responsable pour une faute commise par un de ses policiers agissant en vertu du Code criminel¹¹³. Dans un tel cas, on considérait le policier comme un agent de la paix responsable devant la loi seulement et non comme un sergent de ville subordonné à la Direction de la municipalité¹¹⁴. Il a fallu récemment l'intervention du législateur pour abolir cette règle jurisprudentielle. L'art. 21 de la Loi de police¹¹⁵ prévoit aujourd'hui qu'"un membre de la sûreté, un policier municipal ou un constable spécial ne cesse pas d'agir à titre de préposé lorsqu'il agit en qualité d'agent de la paix"¹¹⁶. Les

¹¹³ S.R.C. 1970, chap. C-34.

¹¹⁴ Pour une analyse de cette jurisprudence, voir L. Giroux, "Municipal Liability, for Police Torts in the Province of Quebec", (1970) 11 C. de D. 407. Critiquée sévèrement par la doctrine, cette jurisprudence semblerait néanmoins s'expliquer par l'histoire du statut du policier et de ses relations avec l'autorité publique, questions régies par le droit public anglais que les tribunaux auraient cherché à concilier avec les principes du droit civil en attribuant au policier municipal une double personnalité. Voir J.-D. Archambault, "La responsabilité délictuelle municipale: fondement et application au combat des incendies", (1981) 41 R. du B. 3, 18-27.

¹¹⁵ L.Q. 1968, chap. 17, modifié par la Loi modifiant la Loi de police, L.Q. 1979, chap. 67, maintenant L.R.Q., chap. P-13.

¹¹⁶ En vertu de cette disposition, le procureur général du Québec est réputé être l'employeur d'un policier municipal qui agit en qualité d'agent de la paix. Ceci répond à un souhait déjà exprimé (L. Giroux, loc. cit., note 114, p. 457), en vue d'assurer la solvabilité du débiteur de la dette due en raison de dommages

recours en responsabilité civile à la suite d'une faute commise par un policier devraient donc être grandement facilités avec l'adoption de cette mesure. Ceci est d'autant plus heureux qu'on a pu constater déjà que les recours en dommages constituent une des meilleures techniques de contrôle des activités policières¹¹⁷.

Peut-être faudrait-il souhaiter maintenant une intervention du législateur en matière de responsabilité contractuelle pour tempérer l'application rigoureuse que font les tribunaux de la notion civiliste d'enrichissement sans cause. Cette façon de procéder rend illusoire, pour le moment, toute action de in rem verso à l'encontre de l'Administration publique quand un contrat est déclaré nul du fait que des formalités essentielles n'ont pas été respectées¹¹⁸. Un citoyen peut ainsi se

causés par un policier. L'intervention du législateur était toutefois nécessaire pour faire du procureur général l'employeur d'un policier aux fins d'une poursuite en responsabilité civile. L'art. 1054 C.c. n'aurait vraisemblablement pas permis d'établir un tel lien de préposition entre le procureur général et le policier municipal. Voir C. Ferron, "Le policier ne cesse pas d'agir à titre de préposé lorsqu'il agit en qualité d'agent de la paix", (1981) 41 R. du B. 920, 922-923. Il faut remarquer qu'avant l'adoption de cette modification, le membre de la Sûreté du Québec était considéré comme un préposé de la Couronne s'il agissait en vertu des directives du ministre québécois de la Justice. Mais quand il intervenait pour faire respecter des dispositions du Code criminel, il semblait n'être le préposé de personne. Voir R. Dussault, op. cit., note 96, pp. 1501-1502. Dans Chartier v. Procureur général de la province de Québec, (1979) 2 R.C.S. 474, la cour exprima clairement l'idée qu'il n'y avait pas lieu de faire la distinction entre le policier provincial agissant en vertu du Code criminel et celui veillant à l'application d'une loi provinciale. Il faut toutefois observer que dans cette affaire, le procureur général du Québec n'avait pas allégué que les actes reprochés aux agents de la Sûreté ne devaient pas être considérés comme faits dans l'exécution de leurs fonctions de policiers provinciaux (pp. 500-501).

117 Allen M. Linden, "Tort Law's Role in the Regulation and Control of the Abuse of Power", dans Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1979, pp. 67, 71.

118 L'appauvrissement du demandeur aurait une cause, le contrat nul, qui empêcherait toute action de in rem verso. Voir, en matière municipale toutefois, Olivier v. Corp. du Village de Wottonville, (1943) R.C.S. 118;

retrouver sans recours pour récupérer la valeur de services qu'il a rendus à l'Administration et dont celle-ci a profité. Il en résulte, comme on a pu le souligner, que la "stricte observation des conditions civilistes aboutit à consacrer des situations injustes entraînant une véritable spoliation au détriment du patrimoine de l'appauvri"¹¹⁹.

Signalons finalement que plusieurs lois québécoises contiennent des dispositions de nature à favoriser un meilleur contrôle judiciaire des activités de l'Administration. Il n'y a pas lieu ici d'en faire une énumération. Mais nous ne voudrions pas passer sous silence la nouvelle Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels¹²⁰, dont l'art. 167 permet à une personne physique qui souffre préjudice de la décision d'un organisme public fondée sur un renseignement nominatif inexact ou recueilli, conservé ou communiqué contrairement à la loi, de demander à la Cour supérieure de prononcer la nullité de cette décision.

Clermont v. Cité de Montréal, (1970) C.A. 956; La Corp. municipale de Hâvre St-Pierre v. Brochu, (1973) C.A. 832; Gravel v. Cité de St-Leonard, (1978) 1 R.C.S. 660; Lalonde v. Cité de Montréal-Nord, (1978) 1 R.C.S. 672. On ferait exception, cependant, dans le cas de prêt d'argent si l'Administration a bénéficié des sommes prêtées: Verville v. Commissaires d'écoles de la Municipalité scolaire de Ste-Anastasia-de-Nelson, (1955) C.S. 114. Pour une analyse de cette jurisprudence, voir T. Rousseau-Houle, "La notion d'enrichissement sans cause en droit administratif québécois", (1978) 19 C.de D. 1039. Voir aussi P. Lemieux, Les contrats de l'administration fédérale, provinciale et municipale, Sherbrooke, 1981, pp. 368-374 et G. Pepin et Y. Ouellette, op. cit., note 81, pp. 541-543.

¹¹⁹ T. Rousseau-Houle, ibid., p. 1060.

¹²⁰ L.Q. 1982, chap. 30.

ii) Les inconvénients de la législation

À ce chapitre, il faut d'abord constater que le Code de procédure civile peut lui-même empêcher, à l'occasion, le rajeunissement des moyens de pourvoi, du moins tant que le législateur n'intervient pas pour suivre l'évolution jurisprudentielle. On remarque à ce sujet, depuis quelques années, que l'interprétation donnée à certains termes de l'art. 846 C.P.C. tend à limiter le champ d'application du bref d'évocation. Ainsi le mot tribunal empêche que l'on puisse appliquer sur la base de cette disposition, la jurisprudence anglaise selon laquelle le justiciable peut avoir recours au bref de prohibition ou de certiorari même en matière administrative. Selon une jurisprudence assez constante, en effet, le mot tribunal, à l'art. 846 C.P.C., implique que la décision attaquée par un bref d'évocation est celle d'un organisme qui exerce des pouvoirs quasi judiciaires¹²¹. La Cour d'appel du Québec vient de le rappeler en précisant que le Code de procédure civile énonce divers modes d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle et qu'il est du devoir de tout juge de respecter ce que le législateur a énoncé¹²². Cette même cour vient d'écarter également une interprétation large du mot partie qui aurait permis à un tiers touché par la décision d'un tribunal inférieur de demander un bref d'évocation

¹²¹ Fekete v. The Royal Institution for the Advancement of Learning (McGill University), (1969) B.R. 1; Ecole commerciale Bluteau Inc. v. Morin, (1978) C.A. 186; Commission des droits de la personne v. Le Procureur général du Canada, (1978) C.A. 67; Le Procureur général de la province de Québec et Keable v. Le Procureur général du Canada, (1979) 1 R.C.S. 218.

¹²² Hotte v. Bombardier Ltée, (1981) C.A. 376 (requête pour autorisation d'appeler en Cour suprême, rejetée). Cette décision écarte, à notre avis, l'interprétation que donne G. Pépin à un autre arrêt de la Cour d'appel, St-Hilaire v. Bégin, Juris-Express, 82-258. Pour le commentaire de G. Pépin, voir "Chronique de droit administratif", (1982) 42 R. du B. 269.

contre ce tribunal¹²³.

Les problèmes d'interprétation font malheureusement partie des inconvénients que peut présenter une législation ou même une codification. Ici encore, l'art. 846 C.P.C. nous offre d'autres exemples. Cette disposition distingue quatre cas d'ouverture du bref d'évocation¹²⁴. Elle dispose que si la loi prévoit un appel des décisions du tribunal saisi, un requérant ne peut avoir recours au bref d'évocation que dans le cas où il allègue le défaut ou l'excès de compétence du tribunal en question. D'une part, on s'interroge, à l'heure actuelle, sur la nature de l'appel qui peut empêcher l'utilisation du bref d'évocation dans les trois autres cas d'application de l'art. 846 C.P.C.¹²⁵. D'autre part, on se demande dans quelle

¹²³ Hotte v. Bombardier, ibid. Pour un commentaire de cet arrêt, voir D. Ferland, "La Cour d'appel et l'interprétation du terme partie de l'art. 846 C.P.C.", (1982) 42 R. du B. 297. Certains jugements antérieurs dont Distribution Kinema Ltée v. Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec, (1976) C.S. 142, confirmé en Cour d'appel, (1977) C.A. 308, avaient permis à certains de croire que le mot partie à l'art. 846 C.P.C. pouvait recevoir une interprétation large. Voir D. Ferland, "Action directe en nullité, évocation, requête ou action déclaratoire", dans Contentieux administratif, Formation professionnelle, Barreau du Québec, vol. 11, 1981, pp. 1, 10; P. Garant, op.cit., note 96, p. 872; D. Lemieux, loc. cit., note 112, pp. 138-139.

¹²⁴ Supra, note 111.

¹²⁵ Un appel devant un tribunal administratif dont il n'y a pas appel de la décision devant une cour de juridiction supérieure peut-il empêcher l'utilisation du bref d'évocation dans ces trois cas d'application de l'art. 846 C.P.C.? Autrement dit, l'art. 846 C.P.C. aurait-il pour effet d'écartier, si un tel droit d'appel existe, l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure par l'intermédiaire du bref d'évocation dans le cas où un requérant allègue soit l'illégalité d'un règlement, soit un manquement aux règles de justice naturelle, soit encore une violation de la loi ou un abus de pouvoir? Telle est essentiellement la question qui se pose. Il est permis de croire que si l'art. 846 C.P.C. empêche l'émission d'un bref d'évocation dans de tels cas, cela pourrait soulever des difficultés d'ordre constitutionnel en raison de l'art. 96 de l'A.A.N.B. Pour une discussion de cette question, voir Marc A. Parent, "De l'appel et de l'évocation", (1973) 19 McGill L.J. 367; L. Borgeat, "La place de l'appel dans le droit du contrôle judiciaire de l'Administration", (1975) 16

mesure un juge conserve le pouvoir discrétionnaire d'octroyer ou de refuser le bref si on allègue justement le défaut ou l'excès de compétence d'un organisme administratif. On sait qu'il est généralement admis, en common law, qu'un citoyen peut avoir recours aux brefs de prérogative sans être tenu d'épuiser, au préalable, les moyens d'appel que lui offre la loi. Cependant, un juge peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'émettre un certiorari s'il estime, compte tenu des circonstances, que le requérant aurait dû se prévaloir d'un droit d'appel¹²⁶. La Cour suprême du Canada a elle-même appliqué ce principe dernièrement dans *Harelkin v. Université de Regina*¹²⁷. La Cour d'appel du Québec vient, quant à elle, d'affirmer qu'on ne peut, en présence de l'art. 846 C.P.C., appliquer sans discernement l'arrêt *Harelkin*¹²⁸. Est-ce à dire qu'un juge doit obligatoirement octroyer un bref d'évocation dans le cas où on allègue le défaut ou l'excès de compétence? La question a été discutée récemment dans l'affaire *Commission des accidents du travail de Québec v. Valade*¹²⁹, mais la réponse demeure incertaine.

C. de D. 125, pp. 134-138; D. Ferland, *supra*, note 123, pp. 13-15; G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, pp. 324-325. G. Pépin, "Chronique de droit administratif", (1979) 39 *R. du B.* 1070, 1078-1079.

126 S.A. Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., 1980, par J. M. Evans, pp. 425-427.

127 (1979) 2 R.C.S. 561.

128 *Commission des accidents du travail du Québec v. Valade*, (1981) C.A. 37, p. 41. Confirmé sur un autre point sur la Cour suprême du Canada, le 23 juin 1982.

129 *Ibid.* Le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *Valade*, *ibid.*, estime à juste titre que la décision de la Cour d'appel dans cette même affaire ne signifie pas que la cour n'a pas le droit de refuser le bref dans le cas où un droit d'appel approprié aurait dû être utilisé. D'ailleurs, le mot peut à l'art. 846 C.P.C., *supra*, note 111, permet de croire qu'un juge a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non le bref d'évocation même dans le cas de l'art. 846(1) C.P.C.

Les problèmes d'interprétation que suscite particulièrement l'art. 846 C.P.C. posent, en réalité, la difficile question de savoir dans quelle mesure le Code de procédure civile met de côté la common law comme source de droit. On s'est déjà, d'une part, demandé si l'art. 33 C.P.C. était la source du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure sur les tribunaux inférieurs, les corps politiques et les corporations dans la province. L'opinion généralement admise veut que cette disposition ne fasse qu'indiquer le tribunal compétent pour exercer un tel pouvoir. La source de ce dernier résiderait plutôt dans le principe de la rule of law importé au Canada, en 1763, comme partie intégrante du droit public anglais¹³⁰. Pour certains, toutefois, la question demeure encore confuse et n'a pas été encore réglée de façon vraiment satisfaisante¹³¹.

Si, pour des motifs d'ordre constitutionnel, l'art. 33 C.P.C. ne constitue pas la source même du pouvoir de contrôle qu'exercent les tribunaux au Québec sur l'Administration, on peut se demander, d'autre part, si les autres dispositions du Code ont pour effet d'écarter la common law quant aux modes d'exercice de ce pouvoir. Si tel est le cas, on pourrait alors prétendre que la common law n'est qu'un guide pour interpréter le Code dans la mesure où ce dernier incorpore des règles de droit anglais.

¹³⁰ Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières, *supra*, note 29, pp. 615-616; Lefrançois v. Corporation de la paroisse de St-Didace et Boisjoli, (1945) B.R. 197; Seminaire de Chicoutimi v. Cite de Chicoutimi, (1973) R.C.S. 681; Roy v. La Reine, (1974) C.A. 200, 205; Bisaillon v. Keable, (1980) C.A. 316, 336; Gerald E. LeDain, *loc. cit.*, note 96, p. 792; R. Dussault, *op. cit.*, note 96, pp. 1103-1112.

¹³¹ Voir à ce sujet les commentaires de P. Garant, *op. cit.*, note 96, pp. 622-623. G. Pépin souligne par ailleurs que certains propos du juge Laskin dans l'affaire Crevier, *supra*, note 39, donnent l'impression que le juge en chef est d'avis que le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure prend sa source

La Cour d'appel du Québec semble bien avoir adopté le point de vue que le Code de procédure civile est la première source de droit en matière de recours contre l'Administration¹³². Elle affirmait dernièrement, dans *Bisaillon v. Keable*, que le Code est complet par lui-même et qu'il importe peu, dès lors, de savoir quel pouvait être le droit applicable en matière de privilèges des policiers au moment de la codification de 1867 puisque l'art. 308 C.P.C. contient la règle, l'étendue et les exceptions concernant le privilège de la non-divulgence des sources d'information¹³³. Dans cette perspective, la common law ne servirait alors qu'à interpréter les dispositions du Code qui intègrent des principes de droit britannique¹³⁴.

dans le Code de procédure civile et non dans la common law. Voir loc. cit., note 39, p. 427.

¹³² *Hotte v. Bombardier*, supra, note 122, p. 380; *Le sous-ministre du Revenu du Québec v. O'Bront*, (1979) C.A. 126, pp. 129-130.

¹³³ Supra, note 130, p. 322 et p. 332. Jugement porté en appel devant la Cour suprême. On doit signaler, cependant, l'importante dissidence du juge Monet qui affirme, p. 336: "Hormis le cas où une loi adoptée par le pouvoir législatif compétent aurait abrogé ou supprimé complètement de façon expresse et non équivoque une telle règle, je suis d'avis qu'elle fait encore partie de notre droit public. Or, aucune loi de cette nature ne nous a été citée". Il y a lieu de distinguer cet arrêt, par ailleurs, de celui rendu par la Cour suprême du Canada, le 20 octobre 1981, dans *Le Solliciteur général du Canada v. La commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*. Les faits, dans ce dernier jugement où l'on a reconnu l'existence du privilège de la confidentialité des sources d'information de la police, étaient bien différents de ceux qui étaient en cause dans l'affaire *Bisaillon*. La commission ontarienne cherchait à faire témoigner des policiers fédéraux à une enquête faite sous l'autorité d'une loi provinciale. En outre, on n'a pas discuté, dans cet arrêt, de la présence ou non d'une disposition similaire à l'art. 308 C.P.C. dans la loi ontarienne.

¹³⁴ R. Dussault, op. cit., note 96, pp. 16-17.

Serait-on en voie de reconnaître que le Code civil et le Code de procédure civile occupent véritablement, comme on a pu le souligner déjà, une place spéciale dans le système juridique du Québec?¹³⁵ Le professeur M. Tancelin déplorait récemment la tendance des tribunaux à commettre l'erreur capitale d'interpréter le Code civil de la même façon que les statuts de common law et à recourir à la règle du stare decisis au point de faire douter du fait que la loi est source première de droit civil au Québec.¹³⁶ Si l'on fait abstraction de la tendance que l'on observe présentement à la Cour d'appel, les mêmes observations pourraient sans doute être faites à l'endroit du Code de procédure civile. La difficulté particulière, quant à ce dernier, si on le compare au Code civil dont la quasi-totalité des dispositions sont d'origine française, est qu'il incorpore une procedural law de common law.¹³⁷ Certains pourraient prétendre qu'à ce titre on doit l'aborder différemment du Code civil. Mais comme on l'a fait remarquer, droit civil et droit codifié ne sont pas des

¹³⁵ L. Baudoin, Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec, Paris, 1967, p. 54. Dans le cas du Code civil, on a vu récemment la Cour suprême du Canada, dans Rubis v. Gray Rocks Inc. Ltd., le 5 avril 1982, infirmer de façon inattendue une jurisprudence établie par les tribunaux du Québec depuis au-delà d'une vingtaine d'années et qui voulait qu'on ait recours aux concepts de common law, inviter, licencier, tressasser, en matière de responsabilité civile. La cour a endossé les propos du juge Mignault qui, dans Desrosiers v. The King, (1920) 60 R.C.S. 105, avait affirmé que le droit civil constituait un système complet par lui-même et devait s'interpréter par ses propres règles. Dans le cas du Code de procédure civile, le professeur M. Tancelin a pu observer que depuis l'adoption, en 1965, du nouveau Code, les juges ont pris l'habitude de recourir au rapport des commissaires pour l'interpréter, sans s'en expliquer. Voir Introduction à l'ouvrage de F.P. Walton, Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada, Toronto, 1980, p. 19. On sait que dans les pays de droit codifié, les travaux préparatoires servent de guides pour interpréter la loi. Voir The Preparation of Legislation, Report of a Committee Appointed by Lord President of the Council, Chairman Sir David Renton, London, Her Majesty's Stationery Office, 1975, p. 55.

¹³⁶ Ibid., pp. 12, 16-17.

¹³⁷ Ibid., pp. 7, 23.

expressions synonymes¹³⁸. On trouve des États de tradition civiliste qui ne connaissent pas le Code¹³⁹. Des pays de common law, par ailleurs, ont connu des mouvements de codification. C'est le cas des États-Unis¹⁴⁰ et de l'Angleterre¹⁴¹. Au Canada, on a parlé de codifier la loi criminelle¹⁴² et le droit de la preuve¹⁴³. Puisque le Code de procédure civile incorpore des règles de droit britannique, on peut se demander dès lors quel effet peut avoir la codification en droit anglais?

Le Code se distingue de la loi ordinaire en ce qu'il est un acte législatif "comprehensive, systematic, pre-emptive and stated in terms of principles"¹⁴⁴.

¹³⁸ Neil Brooks, loc. cit., note 94, p. 28.

¹³⁹ C'est le cas de l'Écosse. Voir M. Tancelin, op. cit., note 135, p. 27. Pour un aperçu des difficultés qu'ont pu connaître réciproquement l'Écosse et le Québec, États de droit civil, dans leur contact avec la common law, voir J. Deschênes, "London - Edinburgh and Ottawa - Québec: A Study in Parallels", dans The Cambridge Lectures, Toronto, 1979, pp. 41, 47-51.

¹⁴⁰ Charles M. Cook, op. cit., note 94.

¹⁴¹ Aubrey L. Diamond, "La codification du droit anglais", dans Annuaire de législation française et étrangère, Nouvelle série, tome XXVII, 1978, pp. 1-12.

¹⁴² Le Code criminel canadien, supra, note 113, bien qu'il représente une étape importante dans le sens d'une codification, ne serait toutefois pas un véritable code. Il n'est pas la source exclusive du droit en la matière, n'ayant pas priorité sur les autres sources de droit. Il serait plutôt une refonte de la common law et des dispositions législatives existantes au moment de son adoption. Voir Kenneth L. Chasse, La révision du droit de la preuve, ministère de la Justice, Ottawa, 1977, pp. 95-96. Voir aussi Commission de réforme du droit du Canada, supra, note 94, p. 33.

¹⁴³ La Commission de réforme du droit du Canada a proposé, il y a quelques années, la codification des règles de la preuve. Voir Rapport sur la preuve, Ottawa, Information Canada, 1975. Pour un commentaire sur le code proposé, voir Neil Brooks, loc. cit., note 94. Voir aussi Kenneth L. Chasse, ibid. Mais ce projet de codification comme tel est rejeté dans le Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, préparé pour la Conférence sur l'uniformité des lois au Canada, Toronto, 1982, p. 16.

¹⁴⁴ Neil Brooks, ibid., p. 29. Voir aussi Mr. Justice Scarman, "Codification and

Une simple loi apparaît comme une exception à la common law et contient des règles détaillées qu'un juge applique à des faits spécifiques. Un code, par opposition, est rédigé en termes généraux, établit des principes auxquels un juge se réfère pour évaluer une situation factuelle dans son ensemble¹⁴⁵. Une fois adopté, le code devient la seule source de droit dans le domaine qu'il vise à couvrir. La jurisprudence préexistante au code est ainsi abrogée¹⁴⁶. Elle pourra servir, toutefois, pour expliquer des textes du code, ambigus ou peu clairs¹⁴⁷.

Si ces principes doivent être reçus dans l'interprétation du Code de procédure civile, il nous semble évident que ce dernier est véritablement un code au sens du droit anglais. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a pu voir dernièrement dans l'Ontario Human Rights Code¹⁴⁸ un code complet qui exclut que l'on puisse chercher dans la common law un recours autre que celui prévu dans le Code lui-même¹⁴⁹. On ne voit pas pourquoi le Code de procédure civile du Québec, d'application encore plus générale, ne recevrait pas le même accueil.

Judge-Made Law: A Problem of Coexistence", (1967) 42 Indiana Law Journal 355, 358-360; Commission de réforme du droit du Canada, supra, note 94, pp. 18, 21.

¹⁴⁵ Neil Brooks, ibid., pp. 41-43; M. Tancelin, op. cit., note 135, p. 26; Rapport Renton, supra, note 135, pp. 52-53.

¹⁴⁶ Neil Brooks, ibid., p. 38; Aubrey L. Diamond, loc. cit., note 141, p. 5; Mr. Justice Scarman, loc. cit., note 144, p. 365; Commission de réforme du droit du Canada, supra, note 94, p. 21.

¹⁴⁷ Aubrey L. Diamond, ibid., pp. 5-6.

¹⁴⁸ R.S.O. 1970, chap. C-313, maintenant R.S.O. 1980, chap. 340.

¹⁴⁹ Seneca College v. Bhaduria, (1981) 2 R.C.S. 181.

Certains peuvent croire, cependant, que l'art. 20 du Code permettrait d'obtenir un recours de common law, le certiorari par exemple, dans des circonstances où l'art. 846 C.P.C. l'interdit: ce pourrait être le cas, notamment, lorsqu'on désire contester une décision purement administrative. Cet art. 20 déclare que si un moyen d'exercer un droit n'a pas été prévu par le Code, "on peut y suppléer par toute procédure non incompatible avec les règles qu'il contient (...)". La Cour d'appel du Québec semble écarter cependant une interprétation aussi large de l'art. 20¹⁵⁰. Et sur ce point nous sommes porté à lui donner raison. La requête pour jugement déclaratoire est un moyen prévu par la Code et peut être utilisé pour contester une décision administrative¹⁵¹. L'art. 20 pourrait peut-être servir, cependant, dans des situations où le Code n'offre effectivement aucun mécanisme de redressement¹⁵².

Les difficultés d'interprétation que soulève le Code de procédure civile illustrent donc jusqu'à quel point la codification, si elle s'avère un instrument fort utile parce qu'elle permet une meilleure connaissance des règles de droit, ne constitue pas nécessairement un remède à tous les maux. Un des principaux facteurs qui contribuent à son immobilisme face à des problèmes réels est que le législateur tarde trop souvent à corriger les difficultés qui se présentent dans l'application des règles établies. Tel est le cas au Québec où, déjà depuis plusieurs années, on lui

¹⁵⁰ Hotte v. Bombardier, *supra*, note 122, p. 380.

¹⁵¹ Duquet v. Ville de Ste-Agathe-des-Monts, *supra*, note 110.

¹⁵² Le professeur Denis Lemieux est d'avis que les recours suivants, non prévus au Code, pourraient être obtenus sur cette base: l'action provocatoire ad futurum, le bref ne exeat regno et le bref de procedendo. Voir Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale, Québec, 1981, pp. 93-94.

fait part de la nécessité de simplifier les mécanismes de la révision judiciaire¹⁵³ ou d'adopter une loi sur le contrôle du pouvoir réglementaire¹⁵⁴. On attend encore les réformes qui s'imposent en ce domaine.

b) Le fédéral

En vigueur depuis le 1er juin 1971, le Loi sur la cour fédérale¹⁵⁵ fait de cette cour, rappelons-le, le titulaire du pouvoir de surveillance et de contrôle sur les organismes fédéraux. En effet, l'art. 4 crée deux divisions à l'intérieur du tribunal et attribue à chacune d'elles un rôle dans le mécanisme de la révision judiciaire. D'une part, la Division ou Cour d'appel, outre sa compétence en matière d'appel, prévue par l'art. 30, a compétence, en vertu de l'art. 28, pour entendre toute demande d'examen et d'annulation. Il s'agit d'un nouveau recours dont les cas

¹⁵³ Il y a eu, à ce propos, divers rapports qui ont été faits dont aucun n'a donné lieu à des changements législatifs: Les tribunaux administratifs au Québec, rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs, Québec, ministère de la Justice, 1971; J. Choquette, La justice contemporaine, Québec, ministère de la Justice, 1975; G. Emery, G. Pépin et H. Reid., Comité sur la révision judiciaire: pouvoir de surveillance de la Cour supérieure, Québec, 1976. La doctrine fait état de ces rapports: Marie-Josée Longtin et Mario Bouchard, "Vers une révision du processus et du cadre d'élaboration de la décision administrative au Québec", (1981) 22 C. de D. 159, pp. 164-171; G. Pépin et Y. Ouellette, op. cit., note 81, pp. 293-297; P. Garant, op. cit., note 96, pp. 184-186; D. Lemieux, ibid., pp. 102-103. Comme le soulignait Gilles Pépin, loc. cit., note 7, p. 483: "Nonobstant les avantages inhérents aux mécanismes de contrôle judiciaire prenant leur source dans des textes législatifs spéciaux et facilitant, d'une part, une adaptation des recours aux besoins spécifiques que l'on veut satisfaire et, d'autre part, une mise au rancart de quelques notions vérustes, rien ne garantit que les législateurs feront un bon usage de leur compétence."

¹⁵⁴ Barreau du Québec, Mémoire sur Le contrôle de la législation déléguée dans la province de Québec, juin 1974; Chambre de commerce, Mémoire sur L'érosion du pouvoir législatif, mai 1974; J. Choquette, ibid.; G. Pépin et Y. Ouellette, op. cit., note 81, p. 105.

¹⁵⁵ S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, ci-après citée L.C.F.

d'ouverture sont les mêmes que ceux des brefs de prérogative en common law et qui va même plus loin que ceux-ci en faisant de toute erreur de droit et de certaines erreurs de fait un motif de révision¹⁵⁶. D'autre part, la Division de première instance a compétence, en vertu de l'art. 18¹⁵⁷, pour délivrer des brefs

¹⁵⁶ L'art. 28(1) est ainsi rédigé:

Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

¹⁵⁷ L'art. 18 est ainsi rédigé:

La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

a) pour émettre une injonction, un bref de certiorari, un bref de mandamus, un bref de prohibition ou un bref de quo warranto, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

de prérogative, sauf le bref d'habeas corpus¹⁵⁸, quand le recours prévu à l'art. 28 n'est pas utilisable. Ce dernier ne l'est en effet qu'à l'encontre d'une décision "autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire". Les recours prévus à l'art. 18 étant issus de la common law, il faut par ailleurs s'en rapporter aux règles du droit anglais pour déterminer leurs conditions de recevabilité.

¹⁵⁸ L'art. 18, *ibid.*, ne mentionne pas l'habeas corpus comme l'un des recours que peut octroyer la Division de première instance de la Cour fédérale. Celle-ci étant un tribunal statutaire n'ayant que des pouvoirs conférés par la loi, elle ne peut délivrer des brefs d'habeas corpus, *infra*, note 165. Les cours provinciales de juridiction supérieure, tribunaux de droit commun, ne sont pas affectées par l'art. 18 et conservent leur compétence en matière d'habeas corpus. Voir *Re Augustin et M.M.I.*, (1976) C.A. 478; N. Vallières et D. Lemieux, "Le fondement constitutionnel du pouvoir de contrôle judiciaire exercé par la Cour fédérale du Canada", (1975) 2 *Dalhousie L.J.* 268, p. 302. Cependant, l'art. 18 confère une compétence exclusive à la Cour fédérale en matière de certiorari. Or, fréquemment un justiciable doit joindre à une demande d'habeas corpus, une demande de certiorari pour que soit déclarée nulle la décision qui a donné lieu à sa détention illégale. On a décidé, dans *Mitchell v. La Reine*, (1976) 2 R.C.S. 570, qu'une cour supérieure provinciale ne pouvait délivrer un bref de certiorari auxiliaire. Ce qui a pour effet d'obliger un détenu à faire une demande de certiorari en Cour fédérale, quand cela est nécessaire, avant de demander un bref d'habeas corpus devant une cour supérieure provinciale. En pratique, l'habeas corpus devient un recours bien futile. Voir John W. Conroy, "The Federal Court - Comment", dans *Proceedings (...)*, *supra*, note 44, pp. 19, 29-30. Toutefois, l'arrêt *Mitchell* ne s'appliquerait pas dans les provinces de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick où une loi pré-confédérative permettrait à un juge d'examiner tout le dossier concernant la détention illégale sans qu'il soit nécessaire de recourir au certiorari. Voir K.E. Wright, "Judicial Review of Parole Suspension and Revocation", (1976) 18 *Crim. L.Q.* 435 et R.A. Macdonald, "L'habeas corpus avec certiorari auxiliaire; le contrôle judiciaire des tribunaux créés sous l'empire de l'article 101 de l'A.A.N.B.; la notion d'équité administrative; *Re Pereira and Minister of Manpower and Immigration*", (1980) 29 *U.N.B.L.J.* 228, pp. 240-243. Il est reconnu cependant que le Parlement du Canada pourrait retirer aux cours supérieures des provinces leur pouvoir de délivrer des brefs d'habeas corpus à l'encontre d'organismes fédéraux: voir *Pringle v. Fraser*, *supra*, note 57; R.A. Macdonald, *ibid.*, pp. 236-243.

En 1970, lors de la présentation du projet de loi C-192 qui devait créer la Cour fédérale, le ministre de la Justice de l'époque, M. John Turner, exprima le désir du gouvernement de voir le Parlement apporter des changements aux "anciennes méthodes d'interdiction, certiorari, quo warranto, mandamus, et ainsi de suite", précisant que ces anciens recours du droit coutumier ne convenaient plus aux besoins actuels¹⁵⁹. On peut se demander, dans ces conditions, pourquoi le législateur a maintenu à l'art. 18 la possibilité d'obtenir les anciens brevets auprès de la Division de première instance. Devant la compétence très large octroyée à la Cour d'appel par l'art. 28, la Commission de réforme du droit du Canada n'a pu trouver d'autre raison d'être à l'art. 18 que celle de retirer aux cours supérieures des provinces le pouvoir de surveillance et de contrôle des organismes fédéraux¹⁶⁰. Certains ont même vu dans cet art. 18 une clause résiduelle de contrôle judiciaire de l'Administration publique fédérale¹⁶¹. En réalité, comme le soulignent G. Pépin et Y. Ouellette¹⁶², il subsiste, dans tout le secteur des relations entre les art. 28 et 18, un état d'incertitude que reflètent bien les propos suivants, apparemment contradictoires, du juge Pigeon. En effet, dans *Commonwealth de Puerto Rico v. Hernandez*, celui-ci affirmait que¹⁶³:

¹⁵⁹ Débats de la Chambre des communes, Canada, 2e session, 28e Législature, vol. V, 25 mars 1970, p. 5471.

¹⁶⁰ La Cour fédérale, document de travail no 18, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, Canada, 1977, p. 16.

¹⁶¹ D. Lemieux et N. Vallières, "La compétence de la Cour fédérale comme organisme bidivisionnel de contrôle judiciaire", (1976) 17 C. de D. 379, 434.

¹⁶² Op. cit., note 81, p. 423.

¹⁶³ Supra, note 31, p. 234.

(...) l'art. 28 prévoit en somme que le pouvoir de surveillance de la Cour fédérale doit généralement être exercé, non par la Division de première instance au moyen de formes de redressement jusqu'ici disponibles, mais au moyen d'un nouveau recours qui est créé et défini pour la première fois.

Mais il déclarait, un an plus tard, dans *Howarth v. La Commission nationale des libérations conditionnelles*¹⁶⁴:

On voit que si le pouvoir de surveillance sur les offices fédéraux est conféré de façon générale à la Division de première instance sans aucune restriction quant à la nature de la décision mise en question, l'application du nouveau recours institué par l'art. 28 est restreinte aux décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire (...).

(...) l'art. 28 est une exception à l'art. 18 et laisse intacts tous les recours de droit commun dans les cas où l'art. 28 ne s'applique pas.

Quoi qu'il en soit, il suffit de rappeler pour l'instant que la Cour fédérale a été considérée par nos tribunaux comme une cour supérieure dans la mesure où elle a un pouvoir de surveillance conféré par la loi et non par la common law¹⁶⁵. Elle n'a toutefois compétence en ce domaine que s'il n'existe pas d'appel de la décision d'un

¹⁶⁴ (1976) 1 R.C.S. 453, 471-472.

¹⁶⁵ *Commonwealth de Puerto Rico v. Hernandez*, *supra*, note 31, p. 233. Voir *supra*, note 66 et le texte correspondant.

organisme fédéral devant une des autorités mentionnées à l'art. 29 de la loi¹⁶⁶.

Le texte des dispositions de la Loi sur la cour fédérale concernant le domaine de la révision judiciaire, ainsi que leur interprétation, comportent à la fois des aspects positifs et des aspects négatifs qu'il convient maintenant d'examiner.

i) Les aspects positifs

De façon générale, la loi a certainement eu pour principal avantage d'uniformiser les règles applicables, dans l'ensemble du pays, en matière de recours contre l'Administration fédérale. C'était, en 1970, l'un des buts visés par le législateur, qui cherchait à favoriser tant le justiciable que l'Administration elle-même¹⁶⁷. La publication, à la même époque, du Rapport "McRuer"¹⁶⁸ en Ontario, texte qui

¹⁶⁶ Il s'agit de la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, le gouverneur général en conseil ou le Conseil du trésor. L'appel, toutefois, selon la jurisprudence qui a interprété l'art. 29, n'empêche l'utilisation des recours prévus aux art. 18 et 28 que s'il représente un recours approprié. Tel n'est pas le cas si le justiciable ne peut faire valoir, à l'occasion de l'appel, un motif qui lui donnerait droit à un recours en révision. Voir G. Pépin et Y. Ouellette, op. cit., note 81, pp. 390-393.

¹⁶⁷ Le justiciable, en lui donnant, notamment, un forum où il pourrait faire valoir ses droits n'importe où dans le pays, peu importe le lieu de naissance d'un litige. L'Administration fédérale, en lui évitant la possibilité de faire face à des jugements contradictoires provenant de diverses provinces. Voir les propos du Ministre John Turner, supra, note 159, pp. 5470-5473. Les difficultés rencontrées en matière d'habeas corpus qui demeure de la compétence des cours supérieures provinciales et dont les règles d'application sont fort variées d'une province à l'autre, supra, note 158, illustrent jusqu'à quel point le besoin d'uniformiser les règles concernant les recours contre l'Administration fédérale existait.

¹⁶⁸ Royal Commission Inquiry into Civil Rights, Toronto, Queen's Printer, 1968.

proposait l'élimination des recours traditionnels contre l'Administration et la création d'un recours unique n'a pas été étrangère à la décision du gouvernement fédéral d'effectuer sa propre réforme. On craignait qu'un tel bouleversement eût pour effet de soumettre les Canadiens à des règles fort différentes, d'une province à l'autre, en matière de pourvois contre les organismes fédéraux¹⁶⁹.

Plus particulièrement, la loi a pu favoriser l'accès des justiciables à un tribunal pour faire valoir leurs droits. C'est ainsi que l'on a observé, depuis la création de la Cour fédérale, une très forte augmentation des recours en révision visant les autorités administratives fédérales¹⁷⁰. La simplicité du recours prévu à l'art. 28, dont le champ d'application est très vaste, -- il s'agit d'ailleurs du recours le plus fréquemment utilisé¹⁷¹-- a peut-être contribué à ce développement spectaculaire du contentieux administratif. L'interprétation libérale donnée par la Cour d'appel à la disposition de l'art. 28(2) qui dit que toute partie directement affectée peut faire

¹⁶⁹ Voir P.S.A. Lamek, "Jurisdiction of the Federal Courts and the Superior Courts", Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1978, pp. 87, 99-100.

¹⁷⁰ Commission de réforme du droit du Canada, supra, note 160, p. 6; David J. Mullan, La Loi sur la cour fédérale, étude effectuée pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1978, p. 66. Mullan signale cependant qu'on pourrait aussi voir dans la création de la Cour fédérale "un facteur déterminant qui a eu pour effet d'entraver le fonctionnement de l'administration fédérale en l'exposant à un contrôle judiciaire très large".

¹⁷¹ N. Vallières et D. Lemieux, loc. cit., note 161, pp. 434-435, ont remarqué déjà que le volume du contentieux de la légalité était beaucoup moins important en division de première instance qu'en Cour d'appel, la première n'étant appelée à jouer, en fait, qu'un rôle de "service d'urgence". D'ailleurs, la Commission de réforme du droit, ibid., a elle-même constaté à ce sujet que l'art. 28 a eu pour effet "de restreindre considérablement, en pratique, le rôle apparent de la Division de première instance dans les matières de droit administratif". Voir aussi D.M.M. Goldie, "The Federal Court", dans Proceedings (...), supra, note 44, pp. 10, 13.

une demande en vertu de l'art. 28 ¹⁷² explique sans doute aussi ce développement, ainsi que l'observation par la Cour de la règle prévue par la loi qui veut que toute demande faite en vertu de l'art. 28 soit entendue sans délai et d'une manière sommaire¹⁷³. Par ailleurs, il semble que la demande d'annulation s'est révélée une procédure moins coûteuse que ne le sont d'ordinaire les procédures devant une Cour d'appel provinciale¹⁷⁴.

On a fait remarquer de plus que l'établissement d'un forum spécialisé en matière de droit administratif a permis aux juges appelés à y siéger d'acquérir une meilleure connaissance du fonctionnement de l'Administration fédérale et des règles qui la gouvernent¹⁷⁵. Le fait d'ailleurs d'attribuer à un même tribunal une compétence en matière d'appel et une compétence en matière de révision judiciaire a pu permettre que ce tribunal acquière une meilleure compréhension des questions souvent similaires soulevées à l'occasion de ces pourvois¹⁷⁶.

172 Voir David J. Mullan, *op. cit.*, note 170, pp. 38-40 et D.M.M. Goldie, "Judicial Review under Common Law Remedies and the Statutory Code of Section 28 of the Federal Court Act", dans *The Cambridge Lectures*, *supra*, note 139, pp. 247, 249; G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, pp. 414-415.

173 Art. 28(5). Voir D.M.M. Goldie, *ibid.*

174 D.M.M. Goldie, *ibid.*, p. 250.

175 D.J. Mullan, *op. cit.*, note 170, pp. 66-67. L'auteur déclare, au surplus: "Il est même très possible d'affirmer que, vu la nomination de juges ayant des connaissances approfondies en droit administratif, cette cour soit nettement supérieure à la plupart des cours supérieures des provinces, sinon toutes, pour ce qui est des règles de fond du contrôle judiciaire".

176 *Ibid.*, p. 65.

Aux yeux de beaucoup de gens, la création de la Cour fédérale a donc comporté, tant pour le citoyen canadien que pour l'Administration centrale, des éléments positifs qui justifiaient l'intervention du législateur en 1970. La cour elle-même a pris au sérieux le rôle qui lui était attribué en matière de révision judiciaire, et on a pu vanter, à juste titre, le travail qu'elle a accompli¹⁷⁷.

ii) Les aspects négatifs

Si la Cour fédérale s'est appliquée à accomplir consciencieusement la tâche qui lui était confiée en matière de révision judiciaire, elle n'en a pas moins manifesté, à certains moments, un conservatisme qui en a déconcerté beaucoup¹⁷⁸. Celui-ci s'est manifesté particulièrement dans l'interprétation de l'art. 28(1)c) de la Loi, qui donne ouverture à la demande d'annulation quand un tribunal fédéral "a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance". Ce motif de révision a été peu utilisé finalement et assimilé plutôt à une forme d'erreur de droit, la cour

¹⁷⁷ N.M. Fera, "LRC's Proposals for Reform of the Federal Judicial Review System - A Critical Examination and Counterpoise", (1977) 8 Man. L.J. 529, p. 531.

¹⁷⁸ David J. Mullan, op. cit., note 170, p. 68: "La cour n'a pas beaucoup contribué au développement du contrôle judiciaire"; N.M. Fera, "Conservatism in the Supervision of Federal Tribunals: The Trial Division of the Federal Court Considered", (1976) 22 McGill L.J. 234, 236: "(...) the Trial Division (...) has continued to issue the remedies in accordance with well established principles, and in some instances, to prefer those precedents that lead to a conservative rather than a liberal approach"; J.M. Evans, "The Trial Division of the Federal Court: An Addendum", (1977) 23 McGill L.J. 132, 143: "(...) it is difficult to find in the jurisprudence of the trial Division of the Federal Court a fertile source of principled doctrinal innovation (...) It is disappointing to find a court, the justification for whose existence rests, in part, upon its specialized expertise, fettering itself by the old forms of action, where the non-specialized courts in other jurisdictions have escaped them".

craignant sans doute que le recours en vertu de l'art. 28 ne devienne une forme déguisée d'appel¹⁷⁹. Certains propos du Juge Dickson, dans *Jacmain v. Le Procureur général du Canada*¹⁸⁰, avaient pourtant laissé croire que l'art. 28(1)c) allait plus loin que la common law en permettant la révision de questions de faits n'ayant pas trait à la compétence.

La Loi sur la cour fédérale n'a donc pas eu pour effet de rendre les juges nécessairement enclins à se dégager des principes traditionnels de common law, particulièrement en matière de révision judiciaire. Mais les problèmes dus à un certain conservatisme de la cour ne seraient rien s'il ne s'était présenté, depuis la création de ce tribunal, des difficultés majeures attribuables tant à la mauvaise rédaction de la loi qu'à l'interprétation que les juges ont donnée à certaines de ses dispositions. Les dossiers de la cour depuis son existence ont porté essentiellement, comme on l'a noté¹⁸¹, sur des questions de compétence entre les deux divisions de la Cour fédérale et entre celle-ci et les cours supérieures provinciales. P.S.A. Lamek a observé, à cet égard, que les débats judiciaires de ces dernières années concernant la compétence de la Cour fédérale ressemblaient aux batailles qu'a connues l'Angleterre au Moyen-Âge entre les cours royales et les cours locales, de même qu'entre les différentes branches des cours royales elles-mêmes¹⁸². Mais ce sont effectivement les nombreux problèmes d'interprétation

179 David J. Mullan, *ibid.*, pp. 67-68; N.M. Fera, "Review under 28(1)c) of the Federal Court Act: Error of Law not an Appeal on the Merits", (1978) 4 *Queen's L.J.* 148; G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, pp. 418-419.

180 (1978) 2 R.C.S. 15, p. 27.

181 J.M. Evans, "Remedies in Administrative Law", dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, 1981, pp. 430, 433.

182 *Loc. cit.*, note 169, p. 87.

qui ont donné aux difficultés soulevées par l'établissement du nouveau tribunal fédéral l'allure de conflits de compétence. Les uns ont été suscités par la présence d'un texte législatif mal conçu, les autres surtout par la résistance des juges de la Cour suprême du Canada à un pouvoir législatif qui a voulu dépouiller les Cours supérieures provinciales de leur compétence historique et même assujettir ses juges, en certaines circonstances, au pouvoir de contrôle de ce nouveau tribunal. Voyons comment, en fait, se sont présentés ces problèmes d'interprétation.

-- Les problèmes d'interprétation liés au partage de compétence entre les deux divisions de la Cour fédérale

L'art. 28 ne s'applique, avons-nous vu, qu'à une décision légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Trois problèmes d'interprétation se sont posés ici: déterminer ce qu'est une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en vertu de l'art. 28, qualifier d'acte judiciaire ou quasi judiciaire une telle décision et vérifier si celle-ci est légalement soumise à un processus judiciaire.

Pour savoir qui de la Division de première instance ou de la Cour d'appel fédérale a compétence pour contrôler un acte d'une autorité administrative fédérale, il faut d'abord définir ce qu'est une décision au sens de l'art. 28. C'est ici, comme a pu le constater la Commission de réforme du droit du Canada¹⁸³, que se sont présentées les premières difficultés quant au partage de la compétence entre les deux divisions de la cour. La jurisprudence de la Cour d'appel fédérale indique que seule une décision définitive peut généralement faire l'objet d'une requête en

¹⁸³ Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale, 14e Rapport, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1980, p. 24.

révision¹⁸⁴. Cela n'exclut toutefois pas la possibilité d'obtenir un recours en vertu de l'art. 18 pour faire casser une ordonnance interlocutoire¹⁸⁵. On a fait remarquer, cependant, qu'une décision préliminaire qui exprime un refus d'exercer une compétence ou la volonté d'en empêcher l'exercice peut donner lieu à un recours en vertu de l'art. 28 contrairement à celle qui assure l'exercice de la compétence¹⁸⁶. Il en résulte une confusion qui a donné lieu à de nombreux procès¹⁸⁷. La Cour d'appel semblerait justifier son attitude par son souci de ne pas permettre l'utilisation du recours sous 28 comme moyen dilatoire propre à nuire au bon fonctionnement de l'appareil administratif¹⁸⁸. Certains ont bien accueilli cette position la jugeant conforme à la réalité administrative¹⁸⁹. D'autres, cependant, ont qualifié cette jurisprudence de pudibonde préoccupée de protéger l'administration plutôt que de rendre justice¹⁹⁰. On a souligné, par ailleurs, le caractère étrange d'un système où un premier tribunal a compétence sur les questions interlocutoires avant qu'un deuxième ne soit appelé à se prononcer sur

¹⁸⁴ *Ibid.* Voir aussi G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, pp. 396-399; David J. Mullan, *op. cit.*, note 170, pp. 23-31.

¹⁸⁵ Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 183.

¹⁸⁶ Henri Brun, "Le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires des autorités administratives", (1976) 54 *R. du B. Can.* 590, 613.

¹⁸⁷ David J. Mullan, *op. cit.*, note 170, p. 69.

¹⁸⁸ *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, (1974) 1 C.F. 22, 34-35 (le Juge en chef Jaccett): "Par contre, si une des parties peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal".

¹⁸⁹ N. Vallières et D. Lemieux, *loc. cit.*, note 161, p. 396.

¹⁹⁰ Henri Brun, *loc. cit.*, note 186, p. 614.

l'ensemble du litige¹⁹¹. Cela, a-t-on fait remarquer, fait douter de l'opportunité de l'attitude de respect adoptée par la Cour d'appel à l'endroit de l'administration¹⁹².

Plus aigu, cependant, a été le problème causé par la nécessité de qualifier d'actes quasi judiciaires les décisions administratives susceptibles de donner lieu à un recours en vertu de l'art. 28. La Commission de réforme du droit du Canada a observé au sujet de la distinction vague entre une décision de nature administrative et un processus judiciaire ou quasi judiciaire que "l'adoption de l'art. 28 a eu pour effet de figer cette distinction dans un texte législatif et d'en faire le critère déterminant de la compétence de la Cour d'appel fédérale en matière de contrôle et, partant, de la ligne de démarcation entre la compétence de cette dernière et celle de la Division de première instance"¹⁹³. Non seulement, dès lors, la Loi sur la cour fédérale n'a rien fait pour éliminer les difficultés que présente, en common law, la distinction administratif-judiciaire ou quasi judiciaire, mais elle a aggravé le problème puisque l'évolution jurisprudentielle récente a accentué l'importance de

¹⁹¹ David J. Mullan, *op. cit.*, note 170, p. 69. Ainsi, la décision du Conseil canadien des relations de travail se reconnaissant le pouvoir constitutionnel de se prononcer sur les demandes d'un syndicat n'est pas une décision finale autorisant un recours en vertu de l'art. 28. Seule, la décision du Conseil d'accréditer ou non un syndicat peut l'être. Le recours approprié, dès lors, pour contester, en cours d'instance, la compétence du Conseil est le bref de prohibition demandé en Division de première instance. Il serait toutefois possible d'attendre la décision finale pour soulever cette question devant la Cour d'appel à l'occasion d'une demande en vertu de l'art. 28. Voir British Columbia Packers v. Le Conseil canadien des relations du travail. (1973) C.F. 1194 (C.A.).

¹⁹² G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, p. 398; David J. Mullan, *ibid.*, pp. 29-30.

¹⁹³ Supra, note 183, pp. 24-25.

cette distinction comme critère de partage de compétence entre les deux divisions de la Cour. En effet, dans le but évident de ne pas contrecarrer l'intention du législateur, la Cour suprême du Canada a refusé qu'on puisse admettre, en vertu de l'art. 28, une requête en révision d'une décision purement administrative¹⁹⁴. Elle a cependant endossé la nouvelle jurisprudence anglaise, qui veut qu'un certiorari soit admissible à l'encontre d'un organisme administratif auquel s'applique la doctrine du *duty to act fairly*¹⁹⁵, doctrine qu'elle a par ailleurs adoptée¹⁹⁶. Un certiorari peut donc être obtenu, à l'heure actuelle, en Division de première instance, pour annuler une telle décision. Mais cette ouverture de la Cour suprême du Canada n'a toutefois pas eu pour effet de faire disparaître la distinction qu'il y a toujours lieu de faire entre un acte administratif et un acte quasi judiciaire lorsqu'on procède par voie de requête en révision devant la Division d'appel. Dans *Ministre du revenu national v. Coopers and Lybrand*, le Juge Dickson a bien élaboré des critères qui permettent de reconnaître un acte quasi judiciaire¹⁹⁷. Mais ces critères sont ceux de la *common law*, qui sont déjà connus et dont on n'a plus à démontrer le caractère flou.

¹⁹⁴ Howarth v. Commission nationale des libérations conditionnelles, *supra*, note 164; Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration v. Hardayal, (1978) 1 R.C.S. 470; Ministre du revenu national v. Coopers and Lybrand, (1979) 1 R.C.S. 495; Martineau v. Le comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui, (1978) 1 R.C.S. 118. Pour une analyse de cette jurisprudence, voir G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, pp. 403-414.

¹⁹⁵ Martineau v. Le comité de discipline de l'Institution de Matsqui, *supra*, note 86. Avant que la Cour suprême du Canada n'admette le certiorari à l'encontre d'une décision administrative, l'action déclaratoire intentée en vertu de l'art. 18 était le recours indiqué contre une telle décision. Voir Association des gens de l'air du Québec Inc. v. L'Honorable Otto Lang, (1977) 2 C.F. 371 (première instance); (1978) 2 C.F. 371 (C.A.).

¹⁹⁶ L'arrêt Nicholson, *supra*, note 86.

¹⁹⁷ Supra, note 194, p. 504.

Il n'a pas été beaucoup plus facile, enfin, de vérifier si une décision administrative est légalement soumise à un processus judiciaire ou non. Les propos du Juge Dickson, à ce sujet, dans *Coopers and Lybrand* permettent de croire qu'il n'est pas nécessaire de trouver dans une loi ou dans un règlement des indices qu'un organisme administratif a l'obligation de se comporter judiciairement. En common law, ajoute le Juge Dickson, les tribunaux suppléent à l'omission du législateur de préciser son intention¹⁹⁸. Mais ceci n'a pas pour effet, encore une fois, de simplifier la tâche du justiciable obligé de chercher dans la loi, le règlement ou la common law, des signes lui indiquant que l'organisme administratif dont il désire contester la décision a l'obligation ou non de respecter un processus judiciaire. Et encore aura-t-il la pénible tâche, en certains cas, de faire une distinction entre un règlement et une directive interne, laquelle ne sera pas considérée comme une obligation légale d'agir de façon quasi judiciaire¹⁹⁹.

-- Les problèmes d'interprétation liés au partage des compétences entre la Cour fédérale et les cours supérieures provinciales

Tant par l'art. 18 que par l'art. 28, les décisions qui sont soumises au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale sont celles d'organismes ou de personnes répondant à la définition d'office, commission ou autre tribunal fédéral

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 503.

¹⁹⁹ L'arrêt *Martineau*, *supra*, note 194. Voir H.N. Jarisch, "What is Law? - Directives of the Commissioner of Penitentiaries and Section 28 of the Federal Court Act - The Tip of the Iceberg of Administrative Quasi-Legislation", (1977) 55 *R. du B. Can.* 576.

que l'on retrouve à l'art. 2 g) de la Loi²⁰⁰. Il importe de retenir de cette définition les éléments suivants:

- de tels organismes ou de telles personnes doivent exercer des pouvoirs en vertu d'une loi du Parlement du Canada;
- sont exclus de la définition les organismes constitués ou établis par une loi d'une province ou sous le régime d'une telle loi, ainsi que les personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ou en vertu de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, c'est-à-dire tous les juges nommés par le gouverneur général.

Cette définition a donné lieu, ces dernières années, à des décisions importantes de la Cour suprême du Canada, décisions que R.A. Macdonald a considérées comme étant un "frontal assault on the foundation of the judicial review jurisdiction"²⁰¹. Les difficultés qui se sont présentées et qui sont de nature à ébranler les fondements mêmes de la Cour fédérale concernent principalement la détermination

²⁰⁰ Cet article est ainsi rédigé:

Office, commission ou autre tribunal fédéral désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exclusion des organismes de ce genre constitués ou établis par une loi d'une province ou sous le régime d'une telle loi ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ou en vertu de l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867.

²⁰¹ "Federal Judicial Review, Jurisdiction Under Section 2(g) of the Federal Court Act: The Position of Section 96 Judges", (1979) 11 Ottawa L.R. 689, 690.

des cas d'exclusion de la définition et le sens de l'expression loi du Parlement du Canada.

Les cas d'exclusion de la définition d'"office, commission ou autre tribunal fédéral".

Remarquons d'abord que la définition donnée par la loi aux termes office, commission ou autre tribunal fédéral comporte certaines exclusions implicites dont, semble-t-il, les organismes, les tribunaux ou les personnes qui détiendraient des pouvoirs en vertu de la prérogative royale²⁰² ou en vertu d'un contrat²⁰³, ainsi que les institutions fédérales qui exerceraient une compétence en vertu d'une loi autre qu'une loi du Parlement, la Loi constitutionnelle par exemple²⁰⁴. Les tribunaux eux-mêmes ont eu tendance à restreindre la portée de la définition en refusant d'y inclure, notamment, des personnes qui exercent des pouvoirs octroyés par une loi fédérale mais dont les fonctions sont éloignées de celles traditionnellement exercées par l'Administration publique²⁰⁵. Tel serait le cas de

²⁰² Le gouverneur général en conseil qui exerce des pouvoirs en vertu de cette prérogative ne serait donc pas soumis au pouvoir de surveillance de la Cour fédérale. Voir R.A. Macdonald, "Federal Judicial Review Jurisdiction Under the Federal Court Act: When is a Federal Board, Commission or Other Tribunal not a Federal Board, Commission or Tribunal?", (1981) 6 Dalhousie L.J. 449, 456. Voir aussi D.J. Mullan, op. cit., note 170, p. 19. Mais il pourrait être soumis à l'application de l'art. 18, et non de 28, dont il est expressément exclus, s'il exerce des pouvoirs en vertu d'une loi du Parlement du Canada. C'est la conclusion que l'on peut tirer du jugement de la Cour suprême dans Le procureur général du Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et l'Organisation nationale d'anti-pauvreté, (1980) 2 R.C.S. 735. Voir R.A. Macdonald, ibid.; voir aussi Gaspard Côté, "Recours sous les articles 18 et 28 de la Loi sur la cour fédérale", dans Contentieux administratif, supra, note 123, pp. 169, 179.

²⁰³ Association des employés de radio et télévision du Canada v. Société Radio-Canada, (1975) 1 R.C.S. 118.

²⁰⁴ Tel pourrait être le cas du Conseil privé. Voir R.A. Macdonald, loc. cit., note 202, p. 458.

²⁰⁵ Voir R.A. Macdonald, ibid., pp. 459-462.

certaines corporations de la Couronne²⁰⁶. Mais les exclusions qui nous intéressent tout particulièrement ici sont celles que la loi prévoit expressément, c'est-à-dire les organismes établis par une loi provinciale ou les personnes nommées en vertu d'une telle loi ou de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Dans le cas d'un organisme provincial désigné pour accomplir une fonction en vertu d'une loi fédérale, la Cour fédérale a déjà jugé qu'une commission nommée par le lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick est un tribunal fédéral au sens de l'art. 2 g) quand elle exerce un pouvoir conféré par le Code criminel²⁰⁷. La Cour d'appel de l'Ontario a cependant rendu une décision contraire en déclarant que le Code criminel n'a pas pour effet, en attribuant une compétence à un organisme provincial, de transformer nécessairement ce dernier en un tribunal fédéral²⁰⁸. R.A. Macdonald a cru voir, dans cette dernière décision, une indication que les cours sont en train de modifier de façon significative leur approche des cas d'exclusion de la définition d'office, commission ou autre tribunal fédéral pour en étendre de plus en plus la portée²⁰⁹. Le jugement spectaculaire que vient de rendre la Cour suprême du Canada dans Le ministre des Affaires indiennes et du Développement du Nord v. Rainville²¹⁰ au sujet de la notion de personne désignée, renforce ce point de vue. Dans cette affaire, la Cour rejette le critère qu'elle

²⁰⁶ Canada Metal Co. Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation (1976) 11 O.R. (2d) 167 (C.A.).

²⁰⁷ Lingley v. Hickman, (1972) C.F. 171, 179-180 (Division de première instance).

²⁰⁸ Re Abel and Director, Penetanguishene Mental Health Center, (1980) 97 D.L.R. (3d) 304, confirmé par la Cour d'appel dans (1981) 119 D.L.R. (3d) 101.

²⁰⁹ Loc. cit., note 202, p. 454.

²¹⁰ Le 28 septembre 1982.

avait elle-même établi pour exclure de la définition les juges des cours supérieures nommés conformément à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle, reconnaissant son caractère ambigu.

À plusieurs occasions auparavant, des juges de cours supérieures provinciales avaient été assujettis à la compétence de la Cour fédérale lorsqu'on estimait qu'ils exerçaient une fonction spéciale en vertu d'une loi fédérale. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada avait décidé dans *Commonwealth de Puerto Rico v. Hernandez*²¹¹ qu'un juge présidant une audience en vertu de la Loi sur l'extradition²¹² était une personne exerçant une compétence particulière conférée par une loi du Parlement et ne devait pas être considéré à cette fin comme nommé en vertu de l'art. 96 de la Constitution. Dans *Vardy v. Scott*, cependant, la même cour déclarait qu'un juge de nomination provinciale, prenant des dépositions en vertu de la Loi sur l'extradition remplissait des fonctions différentes de celles d'un juge d'extradition: il n'était pas appelé à rendre une décision mais à accomplir une tâche purement administrative qui l'assujettissait à la surveillance de la Cour supérieure de sa province²¹³. Cette décision, en plus d'appliquer pour la première fois dans ce contexte la notion de *persona designata* à un juge non visé par l'art. 96 de la Constitution, devait rendre plus complexe la question de savoir si une autorité donnée était un tribunal soumis à la compétence de la Cour fédérale²¹⁴. Des décisions subséquentes de la Cour suprême du Canada n'eurent pas pour effet de clarifier la situation.

²¹¹ *Supra*, note 31.

²¹² *Supra*, note 32.

²¹³ (1977) 1 R.C.S. 293, 308-309.

²¹⁴ Voir D.J. Mullan, *op. cit.*, note 170, p. 21.

Ainsi, dans *Herman v. Sous-procureur général du Canada*²¹⁵ et dans *Ministre du revenu national v. Coopers and Lybrand*²¹⁶, on considéra qu'un juge d'une Cour supérieure appelé à rendre une ordonnance en matière de perquisition ou de saisie en vertu de l'art. 231(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu²¹⁷, n'était pas une personne désignée et qu'elle échappait par conséquent au pouvoir de contrôle de la Cour fédérale. Les juges Dickson et Laskin proposèrent dans *Herman*, des critères différents pour reconnaître un juge qui agit à titre de *persona designata*. Selon le Juge Dickson, il fallait se demander si le juge exerce une compétence particulière, distincte, exceptionnelle, indépendante de ses tâches quotidiennes, auquel cas il serait considéré comme personne désignée²¹⁸. Le Juge Laskin, pour sa part, établissait une présomption selon laquelle lorsqu'un pouvoir est conféré par une loi à un juge ou à un fonctionnaire d'une cour, ce dernier est censé exercer ce pouvoir en sa qualité officielle de représentant de la cour, à moins de dispositions prévoyant expressément le contraire²¹⁹.

Le critère du juge Dickson retenu par la majorité de la Cour ne devait évidemment pas favoriser une meilleure compréhension de la question²²⁰. Nul ne savait vraiment quelles sont ces circonstances exceptionnelles qui, dans un cas particulier, font qu'un juge agit en tant que *persona designata* plutôt que comme

²¹⁵ (1979) 1 R.C.S. 729.

²¹⁶ *Supra*, note 194.

²¹⁷ S.C. 1970-71-72, chap. 63.

²¹⁸ *Supra*, note 214, p. 749.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 736.

²²⁰ R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 201, pp. 698-703 a souligné la faiblesse de ce critère.

juge. Prenant finalement conscience de ces difficultés, la Cour suprême dans *Ranville*, vient de faire un important accroc à la règle du *stare decisis* en décidant que le critère adopté par le juge Laskin dans *Herman* est désormais celui retenu par la Cour. Ce jugement, qui a pratiquement pour effet d'écarter de l'application de la Loi sur la cour fédérale les juges nommés en vertu de l'art. 96 de la Constitution, démontre que la Cour suprême vise vraisemblablement à restreindre la compétence de la Cour fédérale en dépit du fait que "since 1971 Canada has evolved a judicial system of dual jurisdiction, albeit not identical in framework to that of the United States"²²¹.

Devant ces querelles de compétence et devant un texte législatif qui pêche par son manque de clarté, le justiciable canadien peut penser à bon droit qu'il est le grand perdant dans cette histoire. D'autant plus que la Cour suprême vient de juger qu'on ne peut appeler devant la Cour d'appel du Québec de la décision d'un juge de la Cour supérieure agissant en vertu de la Loi (fédérale) de l'impôt sur le revenu en matière de saisie, car le Code de procédure civile ne prévoit pas ce genre d'appel. La cour laisse cependant ouverte la question de savoir si une loi provinciale peut prévoir un appel d'une décision rendue en vertu d'une loi fédérale²²². En attendant, toutefois, le contribuable québécois ne peut s'opposer à la décision

²²¹ *Ibid.*, p. 705.

²²² *Goodman v. Rompkey et Les Équipements Rocbec Inc.* jugement rendu le 10 mai 1982. Il faut remarquer qu'à la suite de la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Ranville*, *supra*, note 210, les propos prononcés par le juge Laskin sur cette question de l'appel dans l'arrêt *Herman* prennent beaucoup d'importance. En effet, il y avait affirmé (*supra*, note 214, p. 735): "Il est certainement illogique de soumettre les décisions d'un juge d'une cour supérieure provinciale à l'examen de la Cour d'appel fédérale (...). À mon avis, il est bien plus rationnel que s'appliquent les lois provinciales relatives à l'appel ou à la révision des jugements des juges des cours provinciales."

d'un juge de la Cour supérieure en pareil cas, sauf peut-être en ayant recours à l'art. 24 de la nouvelle Charte canadienne des droits et libertés²²³.

Le sens de l'expression "loi du Parlement du Canada". L'art. 101 de la Loi constitutionnelle confère au Parlement du Canada, comme on l'a vu, le pouvoir de créer "des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada". Au début du siècle, la tendance jurisprudentielle et doctrinale voulait qu'on donne à l'expression lois du Canada un sens large au point de comprendre toutes les lois canadiennes, même les lois provinciales²²⁴. L'arrêt *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corporation Ltd.*²²⁵ mit fin à cette tendance en déclarant que l'expression signifiait toute loi adoptée en vertu de la compétence législative du Parlement fédéral. Sur la base de cette décision, on a prétendu, jusqu'à ces dernières années, qu'une loi du Canada au sens de l'art. 101 comprenait une loi provinciale ou une règle de common law, dans la mesure où celles-ci pouvaient avoir été adoptées par le Parlement fédéral en vertu d'un de ses domaines de compétence²²⁶. Des jugements récents de la Cour suprême du

223 R. Décary, "Trois décisions attendues en matière fiscal", *National Journal de l'Association du Barreau canadien*, juin 1982, p. 11. En vertu de l'art. 24(1) de la Charte, *supra*, note 36, toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la charte "peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances". L'art. 8 de la Charte déclare, par ailleurs, que "chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives". Sur l'effet de l'art. 24 de la Charte à l'égard des perquisitions et des saisies, voir Frances McGinn, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Its Impact on Law Enforcement", (1982) 31 *U.N.B.L.J.* 177.

224 André Braën, "La juridiction en Amirauté de la Cour fédérale du Canada", (1981) 41 *R. du B.* 367, 395.

225 (1930) *R.C.S.* 531.

226 A. Braën, *loc. cit.*, note 224, pp. 395-396; Peter W. Hogg, "Constitutional Law

Canada attribuent toutefois une portée beaucoup plus limitée à l'art. 101 et modifient, par le fait même, l'interprétation qu'il faut donner à l'expression loi du Parlement du Canada que l'on retrouve dans la définition des mots office, commission ou autre tribunal fédéral de l'art. 2 de la Loi sur la cour fédérale.

Il ressort des décisions rendues par la Cour suprême dans *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadien Pacifique Limitée*²²⁷ et dans *McNamara Construction Ltd. v. La Reine*²²⁸, qu'une loi du Parlement du Canada au sens de l'art. 101 signifie un texte législatif fédéral existant et applicable, c'est-à-dire une loi, un règlement ou une règle de common law adoptés par le Parlement fédéral ou incorporés par celui-ci dans le droit fédéral. Pour que la Cour fédérale soit comptente pour entendre un litige, il ne suffit donc pas que sa loi constitutive lui confère cette compétence; il faut qu'elle soit appelée à déterminer les droits des parties en fonction d'une loi fédérale applicable. Le fait que le Parlement fédéral ait le pouvoir de légiférer dans une matière donnée ne suffit pas non plus à conférer une compétence à la Cour fédérale²²⁹. Ainsi, on a considéré dans *Quebec North Shore* que la Cour fédérale n'avait pas l'autorité requise pour juger d'un litige entre deux corporations concernant l'inexécution d'un contrat de construction d'une gare maritime puisque le droit applicable était le droit civil du Québec. Dans des circonstances similaires, on a jugé, dans *McNamara*, que la Cour fédérale n'avait pas compétence

- Limits of Federal Court Jurisdiction - Is there a Federal Common Law?", (1977) 55 R. du B. Can. 550, 551; Stephen A. Scott, "Canadian Federal Court and the Constitutional Limits of there Jurisdiction", (1982) 27 McGill L.J. 137, 146-161.

227 (1977) 2 R.C.S. 1054.

228 (1977) 2 R.C.S. 654.

229 Ibid., p. 658.

pour entendre une réclamation en dommages-intérêts de la Couronne fondée sur les règles de common law en matière de responsabilité contractuelle, puisque ces règles étaient celles du droit provincial applicable.

Ces jugements de la Cour suprême du Canada, qui ont une incidence sur le contentieux administratif, particulièrement à l'égard des recours en dommages contre les autorités gouvernementales, posent présentement devant les tribunaux des difficultés énormes qu'illustre très bien cette autre décision de la même cour, dans *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*²³⁰. Dans cette affaire, on a considéré que la Loi sur la responsabilité de la Couronne²³¹ était une loi fédérale qui permettait à la Cour fédérale d'exercer sa compétence exclusive en matière de recours contre la Couronne. On a cependant refusé à cette dernière le droit de signifier un avis à un tiers responsable des dommages pour lesquels elle était poursuivie, car la responsabilité de ce tiers ne relevait pas de la compétence de la Cour fédérale puisqu'elle devait être déterminée en vertu du droit civil provincial. On peut imaginer aisément les conséquences d'un tel jugement quand plusieurs parties sont impliquées dans un litige: multiplicité des actions, coût excessif des procédures²³². On aboutit à créer ainsi des situations que certains ont qualifiées de lamentables²³³ et même d'injustes²³⁴.

²³⁰ *Supra*, note 21.

²³¹ S.R.C. 1970, chap. C-38.

²³² Voir l'analyse particulièrement intéressante que fait J.M. Evans des conséquences de l'arrêt *Fuller* sur les litiges où plusieurs parties sont impliquées: "Federal Jurisdiction - A Lamentable Situation", (1981) 59 *R. du B. Can.* 124, 126-135.

²³³ Le Juge Collier, dans *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, (1979) 2 C.F. 476, 490.

²³⁴ Peter W. Hogg, "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts", (1981) 30

Les décisions subséquentes de la Cour suprême du Canada n'ont pas aidé, par ailleurs, à se faire une meilleure idée de ce qu'est une loi fédérale applicable. La cour a semblé faire preuve, dans deux décisions récentes²³⁵, d'une certaine flexibilité, au point de faire dire à J.M. Evans qu'elle paraît "to have started to dig itself out of the hole created by Fuller"²³⁶. On l'a vu aussi, en matière maritime, rendre des jugements²³⁷ qu'on arrive mal à concilier avec les principes énoncés dans *Quebec North Shore* et dans *McNamara*. Cela a permis à J.M. Evans de croire que la cour a probablement été influencée par diverses considérations qui militent en faveur de la compétence de la Cour fédérale en cette matière: la longue histoire de la Cour de l'échiquier, ancêtre de la Cour fédérale, dans l'application de ce droit dont l'uniformité paraît souhaitable, la dimension internationale de la question et le peu d'intérêt que les provinces manifestent pour ce domaine particulier de l'administration de la justice²³⁸.

On est donc, pour le moment, sans critère précis pour déterminer ce qu'est une loi fédérale applicable. En particulier, on se demande s'il existe effectivement une common law fédérale sur laquelle pourrait se fonder une action. *Quebec North*

U.N.B.L.J. 9, 12; James C. Mac Pherson, "Developments in Constitutional Law: The 1979-80 Term", (1981) 2 Supreme Court L.R. 49, 105.

²³⁵ Rhiné v. R. et Prvtula v. R., (1980) 2 R.C.S. 442.

²³⁶ Loc. cit., note 232, p. 147. Voir aussi K. Lysyk, "Developments in Constitutional law: The 1980-81 Term", (1982) 3 Supreme Court L.R. 65, 94-96.

²³⁷ Troopwood v. Sivaco Wire & Nail Co., (1979) 2 R.C.S. 157; Antares Shipping Corporation v. Le navire "Capricorn", (1980) 1 R.C.S. 553; Aris Steamship v. Associated Metals & Minerals Corp., (1980) 2 R.C.S. 322; Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et Straits Towing Ltd., (1981) 1 R.C.S. 363.

²³⁸ Loc. cit., note 232, pp. 152-153.

Shore²³⁹ et McNamara²⁴⁰ ont admis que l'expression lois du Canada comprenait la common law. Certains auteurs ont reconnu qu'il était possible de parler d'une common law fédérale²⁴¹. Mais on a néanmoins souligné que si celle-ci existait, il pouvait être difficile d'en déterminer le contenu et l'étendue et de la distinguer du droit provincial²⁴². Devant l'ampleur des difficultés que représente l'identification du droit fédéral, dans plusieurs cas, certains ont suggéré au Parlement d'incorporer par législation référentielle toutes les lois provinciales qui, en vertu de son pouvoir d'empiéter pour assurer l'efficacité de ses propres lois, pourraient valablement faire partie du droit fédéral²⁴³.

Il paraît évident que cette jurisprudence de la Cour suprême du Canada s'explique par la volonté de celle-ci d'empêcher qu'un système judiciaire dualiste ne s'installe au Canada. Ces propos du Juge Pigeon dans Fuller en témoignent éloquemment²⁴⁴:

Un trait particulier de la constitution (...) est la disposition qui prévoit, avec la coopération de chaque province et de l'autorité fédérale, l'établissement de cours supérieures provinciales de juridiction générale (...)

²³⁹ Supra, note 227, p. 1066.

²⁴⁰ Supra, note 228, p. 659.

²⁴¹ Peter W. Hogg, loc. cit., note 226; Robert W. Kerr, "Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court", (1979) 5 Dalhousie L.J. 568.

²⁴² Peter W. Hogg, ibid., pp. 555-556; R.W. Kerr, ibid., pp. 577-578; John B. Laskin et Robert J. Sharpe, "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction", (1980) 30 U. of T. L. J. 283, 298.

²⁴³ R.W. Kerr, ibid., p. 578; J.M. Evans, loc. cit., note 232, pp. 151-152.

²⁴⁴ Supra, note 21, pp. 706-707.

La raison d'être de ces cours provinciales de juridiction générale est bien connue, c'est le désir d'éviter les difficultés qu'occasionne le partage de juridiction.

Cet arrêt Fuller écarte donc la possibilité que nos tribunaux puissent recourir à la doctrine américaine de l'ancillary and pendant jurisdiction, doctrine qui aurait pu cependant, selon certains²⁴⁵, servir de guide à la Cour suprême du Canada pour élaborer elle-même un critère permettant d'effectuer le partage des compétences entre la Cour fédérale et les cours supérieures provinciales. Au lieu de cela, la cour a choisi d'interpréter la Constitution d'une manière qui manifeste bien la résistance psychologique qu'elle éprouve à élargir la compétence de la Cour fédérale, comme le démontre encore ce commentaire du Juge Pigeon à propos de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle: "L'établissement de ces tribunaux n'est (...) pas nécessaire pour mettre ces lois à exécution²⁴⁶".

La doctrine a critiqué sévèrement l'attitude de la plus haute cour du pays dans ce dossier. "It is as if the Supreme Court had declared that the better administration of the laws of Canada requires that Parliament not exercise its jurisdiction under section 101" ont pu affirmer J.B. Laskin et Robert J. Sharpe²⁴⁷. On a parlé de scandale²⁴⁸. On a rappelé qu'il appartenait au pouvoir politique de décider s'il était opportun ou non d'avoir au Canada deux systèmes parallèles de cours de

²⁴⁵ J.B. Laskin et R.J. Sharpe, loc. cit., note 242, pp. 290-295; Peter W. Hogg, loc. cit., note 234, pp. 22-24.

²⁴⁶ Supra, note 21, p. 713.

²⁴⁷ Loc. cit., note 242, p. 295.

²⁴⁸ J.M. Evans, loc. cit., note 232, p. 152.

justice²⁴⁹. Mais on a souligné aussi qu'en établissant la Cour fédérale, le Parlement avait créé un problème que la Cour suprême du Canada n'était pas tenu de résoudre pour lui²⁵⁰. Et si le Parlement devait s'acquitter de sa tâche, on pourrait peut-être prétendre, aux dires de James C. Mac Pherson, que le jugement rendu particulièrement dans Fuller a été une excellente décision dans la mesure où l'on envisage la politique constitutionnelle dans ce pays comme un dialogue constant entre les tribunaux et les législateurs²⁵¹.

Il est certain que les difficultés considérables qui ont marqué la courte existence de la Cour fédérale sont attribuables tant à la mauvaise rédaction de la loi qu'à l'accueil plutôt froid qu'a réservé la Cour suprême du Canada à la création de ce nouveau tribunal. Le domaine de la révision judiciaire en a été malheureusement affecté. On a pu constater, en effet, que les questions de cet ordre peuvent rarement être traitées rapidement par la Cour fédérale en raison des nombreux problèmes préliminaires de compétence qui se posent²⁵². Ceux-ci sont tellement sérieux qu'on y a vu la manifestation d'un problème plus grave, d'ordre institutionnel²⁵³.

²⁴⁹ J.M. Evans, *ibid.*, p. 153; J.B. Laskin et R.J. Sharpe, *loc. cit.*, note 242, p. 294.

²⁵⁰ J.M. Evans, *ibid.*, p. 133.

²⁵¹ *Loc. cit.*, note 234, p. 107.

²⁵² R.A. Macdonald et M. Paskell-Mede, "Administrative Law", (1981) 13 *Ottawa L.R.* 671, 775.

²⁵³ David J. Mullan, *op. cit.*, note 170, p. 82; R.A. Macdonald, "The Federal Court Act: A Study of the Court's Administrative Law Jurisdiction, By David J. Mullan, Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1977", (1979) 57 *R. du B. Can.*, 155, 158.

On ne peut donc prétendre, finalement, que l'initiative du législateur fédéral, en 1970, a été des plus heureuses. Lui-même n'a pas su présenter au justiciable canadien un texte de loi qui lui permette de connaître avec un certain degré de certitude les règles applicables en matière de contrôle des actes de l'Administration fédérale. À cet égard, le partage des compétences entre les deux divisions de la Cour fédérale s'est avéré une erreur manifeste²⁵⁴. Au surplus, on peut reprocher au Parlement de ne pas avoir tenu compte des problèmes que susciterait l'établissement au pays d'un système judiciaire parallèle²⁵⁵. En effet, indépendamment des jugements de valeur que l'on peut porter à l'endroit des décisions récentes de la Cour suprême du Canada, on peut se demander s'il était nécessaire que l'on reproduise au Canada les nombreuses querelles de compétence qui caractérisent le système judiciaire américain.

Quoiqu'il en soit, il se pourrait bien que la question de la constitutionnalité de la Cour fédérale en matière de révision judiciaire soit bientôt posée à la Cour suprême du Canada. Les propos du Juge Estey dans la décision que vient de rendre à l'unanimité ce tribunal dans l'affaire *Jabour* constituent un net encouragement en ce sens. Parlant des art. 18 et 28, le savant juge y déclare en obiter: "These provisions of the Federal Court Act, assuming for the moment they are

²⁵⁴ La Commission de réforme du droit du Canada recommande d'ailleurs que le contrôle judiciaire de toutes les autorités administratives fédérales soit confié à la Division de première instance; *supra*, note 183, p. 31.

²⁵⁵ Lors de la présentation du projet de Loi sur la cour fédérale à la Chambre des Communes par le Ministre John Turner, le député de Parry Sound-Muskoka, G.H. Aiken, avait fait les remarques suivantes (*supra*, note 159, p. 5482): "Nous espérons que les dispositions de ce bill ne susciteront pas le genre de difficultés qu'elles semblent créer au sud de la frontière, où des conflits de juridiction éclatent lorsque les représentants du pouvoir fédéral s'immiscent dans des domaines qui semblent être de la compétence du pouvoir local ou municipal. Cela ne laisse pas de m'inquiéter (...)".

constitutionally valid (...)»²⁵⁶. Même si ces dispositions devaient être jugées valides, on constate, après *Jabour*, qu'il sera de plus en plus difficile pour la Cour fédérale d'exercer efficacement sa compétence en matière de révision judiciaire. On y a décidé, en effet, se basant, d'une part, sur l'interprétation de l'art. 18 et du mot *redressement* à l'art. 2 et, d'autre part, sur le rôle fondamental qu'ont toujours joué les cours supérieures provinciales dans la délimitation des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, que ces cours avaient compétence pour recevoir une action déclaratoire lorsque la constitutionnalité d'une loi fédérale était contestée. En pareil cas, a-t-on précisé, c'est le pouvoir du Parlement fédéral d'adopter une telle loi qui est en cause et non un comportement quelconque de la Couronne. On a même laissé entendre, sans le décider toutefois, qu'il se pourrait que la Cour fédérale n'ait même pas une compétence concurrente en cette matière. On y a reconnu, de plus, le droit d'un requérant, dans une action de ce genre, à demander une injonction interlocutoire en Cour supérieure provinciale contre un organisme fédéral, pour empêcher ce dernier de procéder jusqu'à ce que la cour ait rendu son jugement sur la question constitutionnelle soulevée²⁵⁷.

²⁵⁶ *Supra*, note 21, p. 10. Il faut rappeler toutefois que le Juge Morse de la *Queen's Bench* du Manitoba a jugé valides, dernièrement les art. 18 et 28: *Re James Richardson & Sons Ltd. and Minister of National Revenue*, (1981) 117 D.L.R. (3d) 557. Voir également l'obiter du Juge Bisson dans *Paul L'Anglais Inc. v. Le Conseil canadien des relations du travail*, (1981) C.A. 62, 67: "il est aujourd'hui admis que le Parlement peut retirer aux cours supérieures provinciales leur pouvoir de surveillance et de contrôle sur les matières de compétence législative fédérale pour les confier à une autre cour supérieure, en l'espèce, la Cour fédérale du Canada". La doctrine semble appuyer ce point de vue: N. Vallières et D. Lemieux, *loc. cit.*, note 158, pp. 291-295, G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, p. 384.

²⁵⁷ On peut se demander, cependant, comment cette décision est conciliable avec celle rendue en matière d'*habeas corpus* dans l'affaire *Mitchell*. Voir *supra*, note 158.

La décision *Jabour* a pour effet de compliquer encore davantage tout le domaine de la révision judiciaire des activités de l'Administration fédérale. Elle devrait amener inévitablement le législateur à réagir. Si tel est le cas, on pourra peut-être croire avec James C. MacPherson que l'attitude des juges de la Cour suprême du Canada a eu effet salutaire.

c) L'Ontario et la Colombie britannique

À la suite de la publication du Rapport McRuer²⁵⁸, le Parlement ontarien adoptait, en 1971, deux lois qui devaient influencer de façon significative sur la procédure administrative et sur la façon dont les tribunaux contrôlent les activités gouvernementales dans cette province; le *Judicial Review Procedure Act*²⁵⁹ et le *Statutory Powers Procedure Act*²⁶⁰. En même temps, il modifiait le *Judicature Act*²⁶¹ de manière à répondre aux objectifs visés par la réforme. Quelques années plus tard, le Parlement de la Colombie britannique adoptait à son tour un *Judicial Review Procedure Act*²⁶², qui reprenait substantiellement les mêmes dispositions que la loi ontarienne du même nom. Voyons ce que ces lois représentent, à l'heure actuelle, dans le domaine de la révision judiciaire.

258 Supra, note 168.

259 Supra, note 16. Ci-après désigné J.R.P.A. (Ont.).

260 Supra, note 16. Ci-après désigné S.P.P.A.

261 The Judicature Amendment Act, S.O. 1971, chap. 57, maintenant R.S.O. 1980, chap. 223. Ci-après désigné J.A.

262 Supra, note 16. Ci-après désigné J.R.P.A. (C. B.).

Les Judicial Review Procedure Act de l'Ontario et de la Colombie britannique instituent un nouveau recours qui remplace les brefs de prérogative, l'injonction et l'action déclaratoire en matière de pourvois contre l'Administration²⁶³. Ces anciens recours, sauf celui du quo warranto dans la loi de la Colombie britannique²⁶⁴, ne sont pas pour autant abrogés. On peut toujours engager des procédures de la nature d'un mandamus, d'un bref de prohibition ou de certiorari, mais elles doivent être traitées comme s'il s'agissait de demandes de révision judiciaire²⁶⁵. Quant à l'injonction et l'action déclaratoire, ils demeurent des recours que l'on peut obtenir à l'encontre de l'Administration en dehors du cadre des lois en question²⁶⁶.

Les deux nouvelles lois n'entendent pas codifier la common law en ce qui concerne les motifs de révision, puisque la nouvelle procédure est disponible en fonction des motifs qui permettent, en droit anglais, d'obtenir un recours contre l'Administration²⁶⁷. Toutefois, elles vont plus loin que la common law en

²⁶³ J.R.P.A. (Ont.), art. 2(1); J.R.P.A. (C. B.), art. 2.

²⁶⁴ J.R.P.A. (C. B.), art. 19.

²⁶⁵ J.R.P.A. (Ont.), art. 7; J.R.P.A. (C.B.), art. 12.

²⁶⁶ J.R.P.A. (Ont.), art. 8; J.R.P.A. (C.B.), art. 13. On aurait maintenu ces recours en raison de leur utilisation fréquente en droit privé. On a cependant fait remarquer qu'il eût été facile de prévoir qu'une requête en injonction ou qu'une action déclaratoire contre l'Administration publique devrait être traitée comme une demande de révision judiciaire en vertu de la nouvelle loi. Voir David J. Mullan, "Reform of Judicial Review of Administrative Action - The Ontario Way", (1974) 12 Osgoode Hall L.J. 125, 137; J.M. Evans, "Judicial Review in Ontario; Recent Developments in the Remedies - Some Problems of Pouring Old Wine into New Bottles", (1977) 55 R. du B. Can. 148, 150-151; M.T. MacCrimmon, "The British Columbia Judicial Review Procedure Act: Procedural Means for Obtaining Judicial Review", dans Proceedings (...), supra, note 44, pp. 98, 110.

²⁶⁷ David J. Mullan, ibid., p. 157; M.T. MacCrimmon, ibid., pp. 126-128.

permettant que l'absence de preuve²⁶⁸ et l'erreur commise à l'intérieur de la juridiction puissent donner lieu à l'annulation d'une décision administrative²⁶⁹. De plus, elles apportent un changement important au droit en abolissant la distinction classique entre acte administratif et acte judiciaire ou quasi judiciaire. Elles introduisent cependant deux nouvelles notions: les *statutory powers* et les *statutory powers of decision*²⁷⁰. Si la première englobe totalement la seconde, l'inverse n'est pas vraie. Il importe donc parfois de les distinguer, certaines dispositions du *Judicial Review Procedure Act* ne s'appliquant qu'à des autorités détenant des *statutory powers of decision*²⁷¹.

Les réformes effectuées par les provinces de l'Ontario et de la Colombie britannique comportent toutefois plusieurs points de divergence. Ainsi, l'art. 20 du *Judicial Review Procedure Act* de la Colombie britannique assujettit la Couronne à la loi²⁷². Pareille disposition n'existe pas dans la loi ontarienne²⁷³. Par ailleurs,

268 En Ontario seulement, cependant. Voir *J.R.P.A. (Ont.)*, art. 2(3).

269 *J.R.P.A. (Ont.)*, art. 2(2); *J.R.P.A. (C.B.)*, art. 3. Sur ce point, les dispositions en cause s'apparentent à l'art. 28 de la *Loi sur la cour fédérale*, sans toutefois aller aussi loin. Voir David J. Mullan, *loc. cit.*, note 266, pp. 134-135.

270 *J.R.P.A. (Ont.)*, art. 1(g); *J.R.P.A. (C.B.)*, art. 1. Selon la définition qui en est donnée, un *statutory power* comprend un pouvoir de réglementer; un *statutory power of decision* et un pouvoir d'ordonner ou d'empêcher l'accomplissement d'une chose.

271 *J.R.P.A. (Ont.)*, art. 2(2), 2(3), 2(4), 3, 10; *J.R.P.A. (C.B.)*, art. 3, 5, 7, 9, 17.

272 Toutefois, une demande d'injonction contre la Couronne ou contre un officier de la Couronne peut poser des difficultés en raison des paragraphes 3 et 4 de l'art. 11 du *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 86. On y déclare qu'une injonction ne peut être accordée contre la Couronne ou un de ses officiers. Voir Cecil O. Branson, "The Judicial Procedure Act - Comment", dans *Proceedings (...)*, *supra*, note 44, pp. 156, 160.

273 Sur les conséquences du fait que la Couronne ne soit pas mentionnée, voir David J. Mullan, *loc. cit.*, note 266, pp. 145-148.

alors qu'en Colombie britannique on n'a pas senti le besoin de créer un tribunal spécial chargé d'entendre les demandes de révision judiciaire, on a créé, en Ontario, à l'intérieur de la High Court, une section spéciale portant le nom de Divisional Court²⁷⁴. Formée de trois juges²⁷⁵, cette section, dont peut faire partie tout juge de la High Court²⁷⁶, a compétence notamment pour entendre les appels provenant de certains tribunaux administratifs ontariens²⁷⁷ ainsi que pour juger les demandes de révision judiciaire faites en vertu du Judicial Review Procedure Act²⁷⁸. En cas d'urgence, toutefois, un juge de la High Court peut entendre de telles demandes²⁷⁹.

Par ailleurs, en Ontario, le Statutory Powers Procedure Act impose un code de procédure à un grand nombre de tribunaux administratifs. Il établit, en particulier,

²⁷⁴ Judicature Act, art. 1(h).

²⁷⁵ J.A., art. 46(1).

²⁷⁶ J.A., art. 7.

²⁷⁷ J.A., art. 17. Cet article se lit comme suit:

The Divisional Court has jurisdiction to hear, determine and dispose of,

- (a) applications and appeals referred to the Divisional Court under any Act;
- (b) all appeals from interlocutory judgments or orders of a judge of the High Court with leave as provided in the rules;
- (c) all appeals from final judgments or orders of the master, local judge, local master, or other officer of the Supreme Court, except final judgments or orders made by a local judge under the Divorce Act (Canada).

²⁷⁸ J.R.P.A. (Ont.), art. 6(1).

²⁷⁹ J.R.P.A. (Ont.), art. 6(2).

des normes minimales en matière de justice naturelle. Y sont soumis, les personnes ou organismes qui détiennent des statutory powers of decision et qui ne sont pas nommément exclus de l'application de la loi²⁸⁰. Quant aux personnes ou organismes qui en sont exclus, ils ne sont pas dégagés pour autant de l'obligation d'observer les règles de procédure imposées par la common law: ceux qui exercent des fonctions décisionnelles sont tenus de respecter les règles de justice naturelle ou, à tout le moins, d'agir équitablement²⁸¹.

En réalité, il faut reconnaître que l'évolution jurisprudentielle récente en matière de justice naturelle fait perdre au Statutory Powers Procedure Act beaucoup de son impact. D'une part, nous venons de le voir, il n'est plus vrai que cette loi donne au justiciable le droit d'être entendu par certains organismes là où la common law le leur dénie. D'autre part, n'établissant pas de normes exhaustives, cette loi, même à l'égard des organismes qu'elle vise, ne constitue pas un guide sûr en matière de procédure administrative. Tout au plus fournit-elle aux tribunaux des indices susceptibles de les aider à distinguer les décisions auxquelles les règles de la justice naturelle s'appliquent de celles pour lesquelles de simples règles d'équité s'imposent²⁸².

²⁸⁰ S.P.P.S., art. 3.

²⁸¹ Re Downing and Craydon, (1979) 92 D.L.R. (3d) 355 (C.A. Ont.); Re Men's Clothing Manufacturers Association of Ontario and Arthurs, (1980) 26 O.R. (2d) 20 (Div. Ct. Ont.); Re Peterson and Atkinson, (1979) 23 O.R. (2d) 266 (Div. Ct. Ont.). Voir Ronald G. Atky, "The Statutory Powers Procedure Act, 1971", (1972) 10 Osgoode Hall L.J. 155, 163-166.

²⁸² David J. Mullan, loc. cit., note 266, pp. 169-170; J.M. Evans, loc. cit., note 181, pp. 438-439; R.A. Macdonald, loc. cit., note 86, pp. 520, 550-553.

Comme les lois québécoises et fédérales, celles de l'Ontario et de la Colombie britannique comportent, on le constate, des aspects positifs et négatifs qu'il convient maintenant d'examiner plus en détail.

i) Les aspects positifs

J.M. Evans a observé que le Judicial Review Procedure Act avait eu pour effet, en Ontario, de démystifier et de simplifier les aspects procéduraux en matière de révision judiciaire et d'inciter ainsi les avocats et les juges à porter plus d'attention aux questions de fond²⁸³. Il faut certes ranger parmi les améliorations apportées par cette loi et celle de la Colombie britannique l'élimination de la classification des actes de l'Administration dans les catégories administratif, judiciaire ou quasi judiciaire. Cette élimination a permis à la législation de ces deux provinces d'être pendant quelques années en avance sur la common law et, plus récemment, de ne pas constituer un obstacle à la réception de la nouvelle doctrine du duty to act fairly²⁸⁴. De plus, en Ontario, le Statutory Powers Procedure Act, en obligeant les organismes ou les personnes soumises à son application à motiver leurs décisions, a facilité, cela va de soi, la révision judiciaire de ces motifs²⁸⁵. La création au sein de la High Court de cette même province d'une section spécialisée chargée d'entendre les demandes de révision semble, par ailleurs, donner de bons résultats dans l'ensemble²⁸⁶. En particulier, le fait que trois juges soient appelés à se

283 J.M. Evans, *ibid.*, p. 431.

284 *Ibid.*, p. 442. Voir aussi C.O.D. Branson, "Some Aspects of the Judicial Review Procedure Act in Municipal Law", (1981) 39 *Advocate* 13, 14-15.

285 J.M. Evans, *ibid.*, p. 432.

286 John L. Parker, "10 - Year - Old - Divisional Court Earning High Marks all

prononcer lors d'une demande de révision judiciaire est généralement considéré comme conférant "a very substantial Court of First Instance for all matters of judicial review in Ontario"²⁸⁷. On avait craint, au départ, que la Divisional Court n'ait pas les avantages d'une cour spécialisée du fait que tous les juges de la High Court pouvaient être appelés à y siéger²⁸⁸. Il semble cependant qu'un tel roulement n'ait pas affecté la qualité de la justice rendue par la Divisional Court²⁸⁹. La Colombie britannique, pour sa part, n'a pas poussé sa réforme aussi loin. Elle a préféré miser sur les avantages de la procédure sommaire devant un juge seul pour obtenir une requête en vertu du Judicial Review Procedure Act: flexibilité, rapidité²⁹⁰.

ii) Les aspects négatifs

Les lois de l'Ontario et de la Colombie britannique n'ont pas manqué, à leur tour, de soulever des problèmes d'interprétation. En matière municipale, par exemple, les courts délais prévus par des lois particulières pour demander l'annulation d'un règlement ont posé des difficultés: les tribunaux ont eu tendance à refuser les

Round", National Journal de l'Association du Barreau canadien, juillet-août 1982, p. 41. Voir toutefois, le Report of the Attorney General's Committee on the Applicable Jurisdiction of the Supreme Court of Ontario (rapport Kelly), Ministry of Attorney General, Toronto, 1977, pp. 21-22. Se situant dans la perspective étroite des mesures utiles pour alléger le fardeau de la Cour d'appel, ce rapport conclut à l'inutilité de la Divisional Court à cet égard et en recommanda par conséquent l'abolition.

287 Ibid.

288 David J. Mullan, loc. cit., note 266, pp. 175-176.

289 John L. Parker, loc. cit., note 286.

290 M.T. MacGrimmon, loc. cit., note 266, pp. 104-105.

demandes de révision judiciaire en vertu des Judicial Review Procedure Act quand celles-ci étaient faites en dehors d'un délai prévu dans une loi municipale²⁹¹. Par ailleurs, les notions de statutory powers et de statutory powers of decision ont donné lieu à bien des litiges. Ainsi, au départ, les tribunaux ont eu tendance à faire dépendre leur compétence de l'existence de l'un ou l'autre de ces pouvoirs statutaires, qu'ils ont par surcroît interprété à la lumière de vieilles catégories d'actes administratifs, judiciaires ou quasi judiciaires. En particulier, ils ont refusé des demandes de révision judiciaire lorsqu'ils se trouvaient en présence de pouvoirs administratifs qu'ils ne considéraient pas comme des statutory powers of decision²⁹². L'accueil récent réservé par la Cour suprême du Canada à la doctrine du duty to act fairly les a cependant amenés à interpréter l'expression statutory powers of decision de façon moins étroite. Un recours exercé en vertu d'un Judicial Review Procedure Act peut donc, maintenant, être obtenu contre un organisme administratif tenu d'agir équitablement. Il semble également que l'on remette en cause l'idée que la compétence de la cour créée en vertu de cette loi

291 P. John Brunner, "Judicial Review of Municipal By-Laws: Is There a Limitation Problem?", (1977-78), 1 Advocates' Quarterly 71; J.M. Evans, loc. cit., note 266, pp. 162-168; M.T. MacCrimmon, loc. cit., note 266, pp. 141-147; C.O.D. Branson, loc. cit., note 284, pp. 17-19.

292 Re Robertson and Niagara South Board of Education, (1974) 1 O.R. (2d) 548, 551 (Div. Ct.), par le Juge Wright: "We are further of opinion that the right or privilege of the applicants to have their children attend a particular school is not a legal right or privilege and is not subject to judicial review under the Ontario statutes as they stand. The decision to close the school was an administrative decision and was not rendered judicial or quasi-judicial because it was openly opposed by the personal applicants and their committee (...)". Re Culhane and Attorney General of British Colombie, (1979) 44 C.C.C. (2d) 245, 248, par le Juge Rae (B.C.S.C.): "In acting as he did the respondent was acting (...) in a purely administrative capacity as a servant of the Crown and the carrying out of that function was not such by its nature that in respect of it the relief sought should properly be granted. Furthermore, the respondent was not exercising a "statutory power of decision" as referred to in the Judicial Review Procedure Act". Voir David J. Mullan, "Confusion

dépende de l'existence d'un statutory power ou d'un statutory power of decision²⁹³.

Le Judicial Review Procedure Act de l'Ontario a posé, enfin, des difficultés d'interprétation qui lui sont propres. Ainsi, contrairement à la Loi sur la cour fédérale, la loi ontarienne autorise la demande de révision judiciaire notwithstanding any right of appeal. La cour conserve-t-elle le pouvoir discrétionnaire d'accorder le nouveau recours s'il existe un droit d'appel?²⁹⁴ La jurisprudence majoritaire répond par l'affirmative²⁹⁵. Pour certains auteurs, ce

Perpetuated: The Judicial Review Procedure Act Before the Divisional Court", (1974) 22 Chitty's L.J. 297; J.M. Evans, loc. cit., note 266, pp. 151-159; R.A. Macdonald et M. Paskell-Mede, loc. cit., note 252, pp. 764, 766; M.T. MacCrimmon, loc. cit., note 266, pp. 117-119. Les tribunaux semblent toutefois, en Colombie britannique, avoir montré, à l'occasion, plus de souplesse. Voir Murray Rankin et Mark Horne, "Procedural Fairness - Standing - Statutory Power of Decision - Judicial Review Procedure Act - Islands Protection Society et al. v. The Queen in Right of British Columbia et al.", (1979) 14 U.B.C.L.Rev. 205; C.O.D. Branson, "Some Aspects of the Judicial Review Procedure Act S.B.C. 1976, Chapter 25", (1979) 37 Advocate 401, 406-407; voir aussi du même auteur, loc. cit., note 284, pp. 13-15.

²⁹³ La Cour d'appel de la Colombie britannique a infirmé la décision rendue par la Cour suprême de cette province dans l'arrêt Culhane, ibid., sur la question de savoir si la personne contre qui on faisait une demande de révision judiciaire exerçait des statutory powers of decision: (1980) 108 D.L.R. (3d) 648. Les propos des juges Taggart et Lambert indiquent que la compétence de la cour ne dépendrait pas de l'existence d'un statutory power of decision. Le juge Lambert irait même plus loin en ne la faisant pas dépendre de l'existence d'un statutory power. Voir M.T. MacCrimmon, ibid., pp. 151-154. Voir aussi l'arrêt ontarien Re Abel, supra, note 208 et le commentaire de J.M. Evans, loc. cit., note 181, p. 442. La difficulté d'identifier les organismes exerçant des statutory powers s'est posée particulièrement, en Ontario, où la définition de cette expression dans la loi contrairement à celle de la Colombie britannique, n'inclut pas les pouvoirs d'enquête et de recommandation. Ce qui a donné lieu à de nombreux problèmes d'interprétation. Voir M.T. MacCrimmon, ibid., pp. 111-112. On a ainsi eu tendance à considérer les organismes d'enquête comme ne détenant pas des statutory powers.

²⁹⁴ Voir David J. Mullan, loc. cit., note 266, pp. 138-141.

²⁹⁵ Corporation of the City of Mississauga v. The Director Appointed in Respect of Section 6 of the Environmental Protection Act, (1979) 8 C.P.C. 292

maintien du droit à la révision judiciaire lorsqu'il y a droit d'appel paraît hautement critiquable²⁹⁶.

Les tribunaux ont eu tendance, par ailleurs, à interpréter de façon très restrictive l'art. 6(2) de la même loi qui permet à un juge de la High Court d'entendre une demande de révision judiciaire en cas d'urgence, de sorte qu'une telle demande semble rarement avoir été accueillie²⁹⁷. Toutefois, les nombreux litiges auxquels a donné lieu cette disposition ont fait naître chez certains auteurs des doutes sur la pertinence de créer un tribunal spécialisé dont le fonctionnement peu expéditif amène ainsi à prévoir une procédure particulière en cas d'urgence²⁹⁸.

Au-delà de ces problèmes d'interprétation, on peut reprocher aux réformes effectuées par l'Ontario et la Colombie britannique de s'être bien timidement

(H.C. Ont.). Voir R.A. Macdonald et M. Paskel-Mede, *loc. cit.*, note 252, p. 766. L'art. 2(5) qui prévoit que la cour conserve le pouvoir discrétionnaire qu'elle possédait, avant l'entrée en vigueur de la loi, d'accueillir ou non une demande de révision judiciaire prévaudrait sur l'art. 2(1). Cette interprétation écarte le point de vue exprimé par C.O.D. Branson, *loc. cit.*, note 292, p. 413, selon lequel, en Ontario, contrairement à la situation en Colombie britannique, on a réglé le problème de l'incertitude créé par le pouvoir discrétionnaire d'un juge d'accorder ou non la révision judiciaire.

²⁹⁶ David J. Mullan, *loc. cit.*, note 266, p. 140: " (...) general judicial review has been given the potential to supplant specific statutory appeals as the primacy - bases for judicial structing of administrative action, a concept which is directly contradictory of the idea of tailoring the extent of judicial control to the needs of particular tribunals".

²⁹⁷ Bay Charles Centre v. Corporation of City of Toronto, (1977) 3 C.P.C. 343. Voir R.A. Macdonald et M. Paskell-Mede, *loc. cit.*, note 252, p. 765; Claude R. Thomson, "Relief by Way of Judicial Review and Orders in the Character, of Prohibition, Mandamus and Certiorari", Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1979, pp. 151-152.

²⁹⁸ M.T. MacCrimmon, *loc. cit.*, note 266, pp. 105-106.

attaquées aux problèmes associés aux recours de common law en matière de révision judiciaire. On a bien créé un nouveau recours, mais on n'a pas véritablement abrogé les anciens brevets de prérogative et on a maintenu l'action déclaratoire et l'injonction comme moyens de pourvoi contre l'Administration. Cela a permis à David J. Mullan de dire à propos de la réforme ontarienne: "The writs and the other forms of relief have been thrown into Lake Ontario but the sinkers are not nearly heavy enough and they continue to bob about the surface in a disconcerting way."²⁹⁹

* * *

Les quelques expériences législatives canadiennes dont nous venons d'exposer les grandes lignes témoignent bien, croyons-nous, du fait que nos gouvernants savent être sensibles à la situation du citoyen face à l'Administration. Ils viennent de le manifester encore une fois en acceptant³⁰⁰ que soit incluse dans la Constitution canadienne une Charte des droits et libertés dont certaines dispositions pourraient avoir une incidence importante sur la révision judiciaire des activités de l'Exécutif³⁰¹. On doit malgré tout constater la rareté et la timidité des

²⁹⁹ Loc. cit., note 266, p. 134. L'auteur parodiait ainsi les propos tenus par K.C. Davis, dans "The Future of Judge-Made Public Law in England: A Problem of Practical Jurisprudence", (1961) 61 Col. L.R. 201, 204: "(...) either Parliament or the Law Lords should throw the entire set of prerogative writs into the Thames River, heavily weighted with sinkers and prevent them from rising again."

³⁰⁰ À l'exception du Québec. Il n'est pas de notre propos ici de discuter des raisons qui ont entraîné le refus de cette province de participer à l'accord constitutionnel.

³⁰¹ Sur le rôle que pourraient jouer les articles 7 et 11 de la Charte en matière de justice naturelle, voir Peter W. Russell, loc. cit., note 5, pp. 21-24. Sur la portée des articles 8 et 24, voir supra, note 223.

interventions des législateurs jusqu'à maintenant dans tout le domaine du contentieux de la légalité des actes de l'Administration publique. Leur rareté s'explique peut-être par le peu de portée politique qu'ont de telles interventions³⁰², suscitées parfois par le seul dynamisme de la magistrature³⁰³. On peut s'étonner, par exemple, que subsistent encore de nos jours, les vieilles procédures de common law, avec tout leur vocabulaire archaïque. L'adoption de quelques dispositions législatives suffirait à mettre fin au jargon qui caractérise cet univers particulier du droit administratif³⁰⁴. Quant à la timidité des interventions, elle traduit peut-être le souci du législateur de ne pas trop bouleverser le monde des praticiens du droit dont un grand nombre demeurent attachés à des formes traditionnelles de recours³⁰⁵.

³⁰² B. Dickson, *loc. cit.*, note 85, p. 6: "There are some areas of the law where legislative action is infinitely superior to judicial action, for example in corporate and commercial law. Those directly affected by the legislation are in close and constant communication with the legislator. They form a powerful lobby group (...). But the legislative process can be a slow and cumbersome one and many areas of the law which badly need reform may simply be low priority, not politically profitable." Voir aussi ces propos d'un haut fonctionnaire de l'Assemblée nationale française cités par Denis Vaugeois, dans L'Assemblée nationale en devenir, 1982, p. 69: "Pour être réélus, mieux vaut faire de l'assistance sociale que faire des lois." Ce commentaire est particulièrement vrai à l'endroit des lois à caractère technique qui ne sont pas appuyées par d'importants groupes de pression.

³⁰³ Ce dynamisme a amené le législateur québécois à introduire dans le Code de procédure civile de 1965 les articles 94 et 308 avec ce qu'ils comportaient de nouveauté par rapport aux anciens articles 1011 et 332. Il pourrait aussi amener le législateur fédéral à modifier de façon importante la Loi sur la cour fédérale de manière à réduire les pouvoirs de la Cour fédérale.

³⁰⁴ David J. Mullan, *loc. cit.*, note 266, p. 137: "After all there is nothing sacred in the names of writs or in the details of the procedure required to obtain them."

³⁰⁵ Pierre Issalys, "Regard sur le droit administratif suisse", (1978) 19 C. de D. 703, p. 706. L'attachement des praticiens au droit tel qu'ils le connaissent n'est pas nouveau. La résistance que des juristes de common law ont opposée à des tentatives de codification de la common law en témoigne. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 94, pp. 16-18 et Neil Brooks, *loc. cit.*, note 94, pp. 27-28; John Willis, "Foreign Borrowings" (1970) 20 U. of T.L.J. 274, 279.

Les quelques réformes législatives qui ont eu lieu dans le domaine de la révision judiciaire au Canada ont donc été marquées par une certaine prudence³⁰⁶. Aucune d'entre elles n'a su mettre de côté complètement, par exemple, les brefs de prérogative. Mais quand le législateur a malgré tout manifesté le désir d'offrir au justiciable une meilleure protection que celle que lui assure la common law, on a vu les juges, soudain, se préoccuper d'efficacité administrative³⁰⁷. Tant l'attitude des juges que celle des législateurs, à cet égard, sembleraient donner raison à ces propos de S.A. Tacon³⁰⁸:

It has been said that the genius of the common law lies in its flexibility, its ability to adapt traditional concepts and doctrines to the needs of a changed environment. Cynics perhaps would rephrase the adage to read that the genius of the common law lies in its ability to survive as a powerful force in society despite radical socio-economic changes.

Les interventions des législateurs, quand elles surviennent, ne sont pas toujours des plus heureuses. L'expérience de la Loi sur la cour fédérale, à ce sujet, démontre à elle seule jusqu'à quel point une législation peut parfois créer plus de problèmes qu'elle n'en règle. La loi peut même figer dans un texte certains concepts mal adaptés à la réalité contemporaine et que l'évolution jurisprudentielle aurait pu,

306 J.M. Evans, *loc. cit.*, note 266, p. 149: "The Canadian attempts at reform to date have so far adopted variants of the less radical approach."

307 Ainsi en est-il de leur interprétation étroite de l'article 28(1) c) de la Loi sur la cour fédérale.

308 "The Effect of Judicial Review on Grievance Arbitration", (1976) 14 Osgoode Hall L.J. 661.

autrement, faire disparaître³⁰⁹. Les problèmes d'interprétation sont, finalement, trop souvent le fait de dispositions législatives parfois mal rédigées, mais souvent aussi mal accueillies par les juges³¹⁰. Il est difficile de ne pas reconnaître, par exemple, que l'interprétation étroite donnée par la Cour suprême du Canada à l'art. 101 de la Loi constitutionnelle témoigne de la résistance que les juges de common law ont toujours opposée au pouvoir législatif quand ce dernier cherchait à dépouiller les cours de juridiction supérieure de certaines compétences³¹¹.

Malgré tout, l'intervention du législateur est souhaitable, même nécessaire. C'est à lui que revient d'abord le rôle de déterminer quelles sont les valeurs considérées comme fondamentales par la communauté qu'il représente³¹². Qui plus est, la loi confère normalement aux règles de droit un certain degré de clarté et de certitude dont ne peut que profiter le justiciable³¹³. À ce titre, il nous semble que le Code

309 C'est le cas, notamment, des articles 846 C.P.C. et 28 L.C.F., qui consacrent les notions d'acte administratif, judiciaire ou quasi judiciaire. Il se pourrait, par ailleurs, que le texte de loi puisse avoir un effet paralysant sur les juges. Voir J. Deschênes, *op. cit.*, note 6, pp. 45-46, à propos de la Déclaration canadienne des droits de 1960: "(...) il est d'ailleurs paradoxal que les tribunaux semblent avoir perdu leur zèle réformateur depuis l'entrée en vigueur de cette législation réformatrice."

310 Le cas des clauses privatives.

311 N. Vallières et D. Lemieux, *loc. cit.*, note 158, p. 295.

312 Leo D. Barry, "Law, Policy, and Statutory Interpretation Under a Constitutionally Entrenched Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1982) 60 R. du B. Can. 237, 238. La Commission de réforme du droit du Canada a constaté à ce sujet, *supra*, note 94, pp. 17-18: "Bien souvent, à l'époque moderne, il faut le constater, c'est le législateur et non les tribunaux qui adaptent le droit à la réalité sociale. La meilleure preuve n'en est-elle pas le développement considérable, depuis le XIXe siècle, du droit statutaire dans les pays de common law."

313 Dominique Latournerie, *loc. cit.*, note 93. L'intervention du législateur serait d'autant plus nécessaire pour conférer une certaine certitude à la règle de

de procédure civile du Québec, bien que certaines réformes tardent à venir en matière de recours contre l'Administration³¹⁴, procure justement, dans l'ensemble, cette clarté dans laquelle le citoyen se sent davantage en sécurité.

B- L'apport des juges

Dans notre système de droit, les juges sont, par tradition, des créateurs de droit³¹⁵. La common law, dont les règles de droit public sont partout applicables au Canada, leur reconnaît en effet ce rôle³¹⁶. Ils le sont peut-être aussi par leur volonté d'affirmer l'indépendance du pouvoir judiciaire dans un régime politique où les trois pouvoirs, théoriquement séparés, ont tendance à empiéter les uns sur les autres³¹⁷. Ces dernières années, leurs interventions dans le domaine du droit

droit qu'on assisterait présentement à un relâchement de la doctrine du stare decisis, qui se présentait, jusqu'à récemment, comme une technique pour assurer ce degré de certitude. L'affaire Ranville, supra, note 210, illustre ce fait, on ne peut mieux. Voir Leo D. Barry, ibid., p. 254. Voir aussi Geoffrey S. Gilbert, "Stare decisis - Value of Obiter Dictum - Supreme Court of Canada", (1982) 60 R. du B. Can. 373; H. Brun et G. Tremblay, op. cit., note 5, pp. 36-37.

314 Supra, note 154.

315 Jules Deschênes, op. cit., note 6, pp. 30-31: "Aussi, les tribunaux ont-ils compris qu'ils ne peuvent fonctionner dans l'abstrait: ils se sont consacrés à des tâches concrètes et sont devenus -- avec un bonheur varié, il faut l'avouer -- un facteur important d'évolution sociale. Ils ont pu atteindre ce résultat à force d'audace tempérée par la raison lorsque, l'occasion s'y prêtant, de nombreux juges ont eu le courage d'agir en véritables législateurs".

316 B. Dickson, loc. cit., note 85, p. 3: "The Common Law is, by definition, judge-made law (...). The Irony is that those who deprecate judge-made law revere the great judges of the past who made it (...). As Lord Devlin points out, the ancient powers of the judge to make law have never formally been abrogated (...)".

317 Jules Deschênes, op. cit., note 6, p. 24: "(...) le Parlement est constamment sollicité de proclamer son autorité à l'exclusion du pouvoir judiciaire et

administratif ont été marquées par diverses tentatives en vue de faciliter la révision judiciaire des actes de l'Administration et par une certaine tendance à interpréter de façon restrictive les privilèges et immunités de la Couronne. Voyons plus en détail la teneur de ces interventions.

a) Les tentatives visant à faciliter la révision judiciaire des actes de l'Administration

Les points qui retiennent ici l'attention sont l'accueil qu'a réservé la Cour suprême du Canada à la doctrine du *duty to act fairly*, sa volonté, en matière de procédure, de voir le fond l'emporter sur la forme et sa tendance à interpréter de façon large la notion d'intérêt requis pour ester en justice.

i) Le "*duty to act fairly*"

Dans *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*³¹⁸, la Cour suprême du Canada endossait la théorie anglaise du *duty to act fairly*. Par la suite, toutefois, la cour venait par d'autres jugements atténuer la portée de cet arrêt. Voyons d'abord dans quel contexte l'arrêt *Nicholson* a été

- souvent a-t-il cédé à la tentation (...). S'il fallait que les tribunaux se montrent condescendants vis-à-vis ces tentatives d'érosion de leur pouvoir traditionnel de surveillance et se plient facilement aux dispositions qui veulent mettre en veilleuse, sinon même totalement en échec, leur fonction de gardiens de la règle de droit, ils perdraient leur principale raison d'être". Henri Brun et Denis Lemieux, "Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique: la séparation des pouvoirs a-t-elle vécu?", (1977) 18 C. de D. 265, 282: "Il nous semble important que les tribunaux conservent intacts les quelques moyens dont ils disposent pour repousser et décourager les suggestions, pressions et menaces des gouvernements".

³¹⁸ *Supra*, note 86.

rendu. Nous examinerons ensuite les jugements subséquents où la plus haute cour du pays s'est exprimée sur la portée de la nouvelle règle d'équité.

-- L'arrêt Nicholson

En 1975, le professeur David J. Mullan publiait dans l'*University of Toronto Law Journal* un article³¹⁹ dans lequel il manifestait son enthousiasme pour la règle d'équité procédurale que les tribunaux anglais avaient imposée à l'Administration publique³²⁰. Rejetant les critiques adressées par la doctrine, tant en Angleterre qu'en Nouvelle-Zélande, à l'encontre de cette nouvelle règle³²¹, l'auteur préconisait son insertion dans le droit canadien. Il y voyait une façon de simplifier le droit en ce domaine, l'obligation de ranger les fonctions de l'Administration dans la catégorie des actes quasi judiciaires pour que les règles de justice naturelle s'y appliquent ayant produit des résultats insatisfaisants. La flexibilité de la règle d'équité devait permettre aux tribunaux de poser la véritable question: quelles règles procédurales sont requises dans un processus administratif donné?³²² Pour Mullan, une telle approche présentait le considérable avantage d'adapter les règles de procédure aux besoins particuliers de chaque organisme administratif³²³.

319 "Fairness: The New Natural Justice?", (1975) 25 *U. of T. L. J.* 281.

320 *Ridge v. Baldwin*, (1964) A.C. 40; *Duravappah v. Fernando*, (1967) 2 A.C. 337.

321 L'absence de certitude, l'absence de norme précise, la réduction de l'efficacité administrative. Voir David J. Mullan, *loc. cit.*, note 319, pp. 298-305.

322 *Ibid.*, p. 315. Voir aussi du même auteur, "Human Rights and Administrative Fairness", dans R. St. J. Macdonald et John P. Humphrey, *op. cit.*, note 82, pp. 111, 118-122.

323 *Ibid.*, p. 125.

Trois ans plus tard, la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans *Nicholson*. Policier en période de probation, Nicholson demandait que soit annulée la décision du comité des services de police qui avait approuvé son congédiement, reprochant à celui-ci d'avoir agi envers lui de façon inéquitable. Un règlement³²⁴ adopté en vertu du *Police Act*³²⁵ accordait au comité le pouvoir de mettre fin à l'emploi d'un agent de police dans les dix-huit mois suivant son entrée en fonction. Une lettre du chef de police adjoint de la municipalité avait informé Nicholson de la décision, mais ce dernier n'avait pas été avisé auparavant de la possibilité d'un tel renvoi ni de la raison le justifiant. On ne lui avait pas donné non plus l'occasion de présenter son point de vue avant la cessation de son emploi.

La Cour suprême du Canada allait-elle rendre sa décision en s'appuyant sur le principe respecté depuis longtemps par nos tribunaux selon lequel les règles de justice naturelle ne s'appliquent pas aux actes purement administratifs?³²⁶ Dans

³²⁴ Le règlement 680.

³²⁵ R.S.O. 1970, chap. 351, maintenant R.S.O. 1980, chap. 381.

³²⁶ Seuls les actes accomplis par les organismes exerçant des fonctions quasi judiciaires étaient soumis à l'application de ces règles. La qualification d'actes quasi judiciaires reposait en quelque sorte sur deux critères: l'acte devait être de nature à affecter les droits (et non des privilèges) d'un individu et l'on devait trouver dans la loi des indices permettant de croire que l'organisme était tenu de se comporter judiciairement. Voir *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, (1959) R.C.S. 24; *Guay v. Lafleur*, (1965) R.C.S. 12; *Saulnier v. Commission de police du Québec*, (1976) 1 R.C.S. 572; *Prata v. Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, (1976) 1 R.C.S. 376; *Martineau v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, *supra*, note 194. Pour une analyse de cette jurisprudence, voir P. Garant, *op. cit.*, note 96, pp. 653-668 et David J. Mullan, *loc. cit.*, note 322, pp. 118-124. Selon cette jurisprudence, Nicholson aurait eu du mal à faire reconnaître son droit à l'application des règles de justice naturelle. N'étant qu'un employé en période de probation, il pouvait difficilement prétendre avoir droit à la fonction qu'il occupait. La loi, de plus, n'obligeait pas le comité à se comporter d'une manière judiciaire. Voir R. Carter, "Re Nicholson and Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police: "Fair Play" comes to Canada", (1979-80) 44 *Sask. L. Rev.* 349, 351.

quelques décisions antérieures, — qui portaient toutefois sur la compétence de la Cour d'appel fédérale en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale —, elle avait rejeté des demandes d'annulation fondées sur l'allégation de non-respect des règles de justice naturelle pour le motif que les décisions rendues étaient de nature administrative, donc non visées par l'article 28³²⁷. Mais elle avait omis, au grand regret de David J. Mullan³²⁸, de dire si elle était prête à endosser la règle anglaise d'équité en matière de procédure administrative. Elle le fit dans l'arrêt Nicholson. Rendant sa décision au nom de la majorité, le juge Laskin déclara³²⁹:

J'accepte donc aux fins des présentes et comme un principe de common law ce que le juge Megarry a déclaré dans Bates v. Lord Hailsham (...): "dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation d'agir équitablement" (...).

L'apparition de cette notion résulte de la constatation qu'il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen

³²⁷ Les arrêts Howarth, supra, note 164, Hardyal, supra, note 194 et Martineau, ibid.

³²⁸ "Martineau and Butters v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board: Its Potential Impact on the Jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court", (1978) 24 McGill L.J. 92.

³²⁹ Supra, note 86, pp. 324-325. Quatre des neuf juges appuyèrent le juge Laskin. Le jugement des dissidents fut rendu par le juge Martland qui déclara (p. 335), en parlant du comité: "Sa décision est purement administrative. Cela étant, il n'est pas tenu d'expliquer à l'appelant pourquoi on n'a plus besoin de ses services ni de lui donner la possibilité de se faire entendre. Il aurait pu le faire par courtoisie, mais son défaut de le faire n'équivaut pas à un manquement à une obligation juridique envers l'appelant".

de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi entraînent les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question. Voir Mullan, *Fairness: The New Natural Justice* (1975), 25 Univ. of Tor. L. J. 281.

La doctrine ne tarda pas à réagir. Ceux qui souhaitaient une approche plus libérale de la Cour suprême du Canada à l'égard des procédures administratives, se réjouirent de ce nouveau développement. Ils ne manquèrent pas cependant d'en signaler les inconvénients, soulignant en particulier le caractère vague de cette règle d'équité, qui leur apparaissait comme une version diluée de la justice naturelle³³⁰. David J. Mullan fit remarquer, plus spécialement, qu'en établissant deux catégories d'actes administratifs, les actes quasi judiciaires auxquels devaient s'appliquer les règles de justice naturelle et les actes purement administratifs auxquels on imposait la nouvelle règle d'équité, le juge Laskin refusait d'endosser le caractère vraiment flexible de la règle d'équité. Une telle approche, à son avis, en plus de risquer de semer la confusion, cernait mal la réalité de la décision administrative³³¹.

³³⁰ G. Pépin, "Chronique de droit administratif", (1979) 39 R. du B. 121, 125; Julius H. Grey, "The Duty to Act Fairly after Nicholson", (1979-80) 25 McGill L.J. 598; David Philip Jones, "Administrative Fairness in Alberta", (1980) 18 Alb. L. Rev. 351, 352; Murray Rankin, "Procedural Fairness - Comment", dans Proceedings (...), supra, note 44, pp. 237, 240-241.

³³¹ "Procedural Fairness: Nicholson and the Tasks Ahead", dans Proceedings (...), supra, note 44, pp. 219, 223-225. Voir W. Wesley Pue, Natural Justice in Canada, 1981, pp. 13-14.

D'autres, peu favorables à l'idée d'imposer à l'Administration des normes procédurales s'apparentant à celles des cours de justice, virent dans cet accueil fait à la théorie anglaise par la Cour suprême du Canada un nouveau cheval de Troie³³². Ils critiquèrent particulièrement le caractère imprécis de cette théorie, critiques que résumant bien ces propos de H. N. Janish³³³:

All seem to suggest that fairness, like beauty, is most often to be found in the eye of the beholder and that the focus for analysis must be very much on the specific situation in issue.

Martin Loughlin, en particulier, attaqua vigoureusement la thèse défendue par David J. Mullan³³⁴. Constatant que le caractère flexible de la théorie de l'équité procédurale était loin d'être évident dans les arrêts anglais, il fit valoir que cette théorie était inconciliable avec la doctrine traditionnelle de la rule of law en raison de sa tendance à nier l'importance de la règle comme base de certitude juridique³³⁵. Peu après, R.A. Macdonald reprenait des arguments similaires et proposait une réforme en vertu de laquelle un organisme multidisciplinaire serait chargé d'assurer dans les faits le respect de certaines normes procédurales

³³² H.W. Arthurs, "Recognizing Administrative Law", dans Proceedings (...), supra, note 44, pp. 2, 8.

³³³ "The Effect of Recent Judicial Development in Administrative Practice", allocution présentée dans le cadre d'activités concernant le Continuing Legal Education, Faculté de droit, Université de Toronto, novembre 1980 (non publié), p. 17.

³³⁴ "Procedural Fairness: A Study of the Crisis in Administrative Law Theory", loc. cit., note 86.

³³⁵ Ibid., pp. 230, 237.

élaborées en fonction des besoins des divers organismes administratifs³³⁶.

Les reproches sérieux adressés à l'encontre du caractère informel de la règle d'équité ne devaient cependant pas décourager ses partisans³³⁷. En réponse à ces critiques, David J. Mullan, en particulier, riposta: "At a more general level, (...) I would continue to assert that if different situations require different treatment then so be it"³³⁸. Dernièrement, il reprenait sa thèse et tentait d'expliquer que l'application flexible de la règle d'équité, loin de compromettre l'efficacité administrative, devait au contraire la favoriser en limitant les exigences procédurales à celles vraiment requises pour qu'une décision administrative, dans des circonstances spécifiques, soit rendue de façon juste³³⁹.

³³⁶ Loc. cit., note 86. Voir également la deuxième partie de cet article, (1980) 26 McGill L. J. 1.

³³⁷ G. Pépin, loc. cit., note 330, p. 125: "(...) il faut se réjouir de l'arrivée de l'arrêt Nicholson car, tout compte fait, à l'ère de l'État Providence, les avantages de l'évolution l'emportent sur ses inconvénients". David Philip Jones, loc. cit., note 330: "Of course there will be continuous litigation over the question of whether a particular administrator's procedure was in fact fair. It is submitted, however, that this may well not generate any more litigation than that previously arising out of the meaning of quasi-judicial." Murray Rankin, loc. cit., note 330, p. 241: "The inevitable subjectivity of this judicial role should not be camouflaged. The notion of fairness is perhaps no less vague than the notion of negligence and just as the rules of negligence have become tolerably clear as the principle of stare decisis clarified the initial uncertainty surrounding Donoghue v. Stevenson, the parameters of "fairness" will be inevitably clarified over time"; Julius H. Grey, "Can Fairness be Effective?", (1982) 27 McGill L.J. 360, 365: "(...) to prevent fairness from becoming a sham there must be some provision for review of questions of substance and not only procedure".

³³⁸ Loc. cit., note 331, p. 234.

³³⁹ "Natural Justice and Fairness - Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?" (1982) 27 McGill L. J. 250. Dans cet article, Mullan précise cependant (p. 297) "that the common law of judicial review of administrative action does not presently need a general substantive fairness or substantive natural justice doctrine". Voir le point de

Toutes les discussions de doctrine qui ont entouré l'acceptation par la Cour suprême du Canada de la règle du duty to act fairly donnent probablement raison à l'observation que faisait déjà David J. Mullan lui-même selon laquelle, au Canada, plus que dans les autres pays du Commonwealth, les auteurs ont mis l'accent sur "the basic tension which exists between the demands of the administrative process for efficiency and effectiveness through an absolute minimum of judicial interference on the one hand, and the traditional role of the courts as the protectors of private interests from the ever-extending reach of executive power on the other"³⁴⁰. Mais devant ces querelles doctrinales, comment allait réagir la plus haute cour du pays?

— Les décisions subséquentes à l'arrêt Nicholson

Deux décisions de la Cour suprême du Canada rendues après l'arrêt Nicholson, dans *Le Ministre du Revenu national v. Coopers and Lybrand*³⁴¹ et dans *Martineau v. Le Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*³⁴², ont semblé confirmer le principe que la compétence de la cour en matière de révision judiciaire lorsqu'on allègue le non-respect de formalités procédurales ne dépend plus de la qualification

vue différent de Julius H. Grey à ce sujet, *loc. cit.*, note 337. Mais Mullan suggère que la règle d'équité serve à réviser les décisions administratives rendues sans que l'on ait respecté un principe de justice reconnu, l'égalité de traitement devant la loi, quand l'Administration est incapable de justifier un changement de comportement et rend des décisions différentes dans des circonstances similaires. Toutefois, il ne préconise pas une approche aussi libérale que celle adoptée par certains tribunaux américains, à ce sujet.

³⁴⁰ *Loc. cit.*, note 266, p. 127.

³⁴¹ *Supra*, note 194.

³⁴² *Supra*, note 86.

des actes de l'Administration en tant qu'actes quasi judiciaires³⁴³. Mais dans l'arrêt Martineau, où on a reconnu, à l'unanimité, la compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale pour entendre une demande de certiorari à l'encontre d'une décision purement administrative, le juge Pigeon, parlant au nom de cinq de ses collègues, fit certaines nuances³⁴⁴:

(...) il existe en common law une obligation d'agir équitablement, moins exigeante que l'obligation d'agir de façon quasi judiciaire, mais qui peut néanmoins être sanctionnée par le contrôle judiciaire.

Rappelant, de plus, que le litige ne portait que sur la compétence de la Division de première instance et non sur la question de savoir si le redressement demandé devait être accordé dans les circonstances, il prit soin d'ajouter³⁴⁵:

(...) il sera essentiel de garder à l'esprit les exigences de la discipline carcérale, tout comme il est essentiel de garder à l'esprit les exigences de l'administration efficace de la justice pénale lorsqu'on traite de demandes de certiorari avant le procès (...). Il est particulièrement important de n'accorder ce

³⁴³ L'arrêt Coopers and Lybrand, cependant, portait sur la compétence de la Cour d'appel fédérale pour entendre une demande en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale à l'encontre d'une décision purement administrative. La Cour suprême du Canada maintint la position qu'elle avait déjà prise antérieurement, supra, note 327, soutenant que seules les décisions d'organismes exerçant des pouvoirs quasi judiciaires pouvaient faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 28. Voir cependant les propos du juge Dickson, p. 505, qui rend le jugement au nom de la cour et qui semble endosser la thèse de David J. Mullan, qu'il cite d'ailleurs.

³⁴⁴ Supra, note 86, p. 635.

³⁴⁵ Ibid., p. 637.

redressement que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtimeut mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement.

Le juge Dickson, pour sa part, dont les propos furent endossés par les juges Laskin et McIntyre, exprima clairement l'idée que l'obligation d'agir équitablement assortie d'un contenu procédural ne dépendait pas de la preuve d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire. Il précisa, par ailleurs, en parlant des concepts de justice naturelle et d'équité³⁴⁶:

En général, les cours ne devraient pas tenter de distinguer ces concepts l'un de l'autre, car tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile. La Loi sur la Cour fédérale, cependant, nous oblige à conserver la classification pour les fins d'examen des décisions des instances fédérales.

Pour le juge Dickson et ses deux collègues, dès lors, il n'y avait lieu, en soi, de maintenir la distinction entre les actes administratifs et les actes quasi judiciaires pour déterminer si une décision administrative était soumise aux règles de justice naturelle ou simplement à la règle d'équité. Seul, à leur avis, le texte de l'article 28 de la Loi sur la cour fédérale les y forçait. Tel n'était pas le point de vue des six autres juges pour qui cette distinction demeurerait importante dans la mesure où, à leur avis, la règle d'équité imposée aux décisions purement administratives était

³⁴⁶ Ibid., p. 629.

moins exigeante que les règles de justice naturelle imposées aux décisions judiciaires ou quasi judiciaires. Ainsi, le duty to act fairly allait continuer d'être un sous produit³⁴⁷ de la justice naturelle. L'arrêt Martineau ne pouvait être perçu, non plus, comme une invitation adressée aux cours supérieures par la Cour suprême du Canada à jouer en rôle plus actif dans la révision des décisions administratives. Les propos du juge Pigeon, au contraire, incitaient plutôt à la modération. Ce qui fit croire à certains que l'arrêt Martineau, malgré l'extension qu'il donnait au bref de certiorari, pouvait peut-être constituer "a retrograde step in the evolution of Canadian administrative Law"³⁴⁸.

Le jugement rendu subséquemment par la Cour suprême du Canada dans *Le procureur général du Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et l'Organisation nationale d'anti-prauverté*³⁴⁹ devait non seulement donner raison à ceux qui craignaient que la cour n'adopte une attitude plus réservée à l'endroit des actes de l'Administration, mais devait restreindre de façon importante la portée de l'arrêt Nicholson. On décida dans cette affaire que le gouverneur en conseil n'était pas tenu à l'obligation d'observer les règles de justice naturelle, ni à l'obligation d'agir équitablement, à moins que la loi ne l'y oblige, quand il entendait l'appel d'une décision d'un organisme administratif. Selon le juge Estey, qui rendit le jugement au nom de la cour, la disposition législative qui accordait ce pouvoir d'appel ne pouvait être interprétée comme imposant à l'Exécutif des normes de procédure

347 L'expression est de G. Pépin et de Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, p. 150.

348 Ken Norman, "Certiorari Is Born Again", (1980-81) 45 *Sask. L. Rev.* 157, 164.

349 *Supra*, note 202.

expresses ou même implicites³⁵⁰. Au surplus, même s'il était exact que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure n'avait pas à être expresse, elle n'était pas implicite dans tous les cas. Il faut toujours, soulignait le magistrat, "considérer l'économie globale de la loi pour voir dans quelle mesure, le cas échéant, le législateur a voulu que ce principe s'applique"³⁵¹. Or, la loi accordait au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou de rescinder, à sa discrétion, toute ordonnance rendue par l'organisme en question. Les ordonnances que pouvait ainsi rendre le gouverneur en conseil étant de nature législative, aucun droit implicite à être consulté ou à présenter des objections ne pouvait exister³⁵².

Il faut signaler que le jugement reconnaissait néanmoins qu'un pouvoir octroyé par la loi au gouverneur en conseil n'échappait pas à tout contrôle des tribunaux. Ceux-ci pouvaient intervenir quand le gouverneur en conseil n'avait pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir³⁵³. Mais tel n'était pas le motif allégué. On reprochait au gouverneur en conseil, notamment, de n'avoir pas pris lui-même connaissance du dossier qui faisait l'objet de l'appel et de s'être fondé sur un rapport de fonctionnaires pour rendre sa décision³⁵⁴. À ce sujet, le juge Estey

350 Ibid., p. 753. Il s'agissait de l'article 64(1) de la Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17.

351 Ibid., p. 755.

352 Ibid., pp. 757-758.

353 Ibid., pp. 748-750.

354 Ce qui a fait dire à Andrew Roman, avocat des intimés, que tout ce que "the Cabinet actually saw was a bureaucrat's summary of those documents, an attempt, to the best of his ability, to impartially summarize a sixty page argument into a two page cabinet document". Il poursuivit: "Without intending any disrespect to those who write such cabinet summaries, I prefer to do my own advocacy". Voir "Procedural Fairness - Comment" dans Proceedings (...), supra, note 44, pp. 245, 249-250.

devait déclarer³⁵⁵;

Il faut, dans l'évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué. On ne peut priver l'Exécutif de son droit d'avoir recours à son personnel, aux fonctionnaires du ministre concerné, et surtout aux commentaires et aux avis des ministres membres du conseil, responsables, à ce titre, des questions d'intérêt public soulevées par la requête, que ces questions soient de nature économique, politique, commerciale ou autre".

Quelles conclusions faut-il tirer de ce jugement? Nous croyons, comme certains auteurs³⁵⁶, que la décision rendue dans *Inuit* représente pour le justiciable un recul par rapport à l'arrêt *Nicholson*. Elle établit clairement qu'il y a une catégorie d'actes administratifs qui ne peuvent être affectés par la règle d'équité: ceux à caractère législatif et politique. Elle laisse entendre, par ailleurs, que la règle d'équité ne saurait être invoquée sans qu'il y ait des indices dans la loi permettant de justifier son application. On peut dès lors prétendre que loin d'avoir simplifié les critères qui permettent de déterminer si l'Administration est tenue de respecter certaines règles de procédure reconnues par la common law, la Cour suprême du

³⁵⁵ *Supra.*, note 202, p. 753. Voir dans ce contexte W.J. Atkinson et M.-C. Lévesque, "Délégation de pouvoirs et délégation de signature: l'exercice par des fonctionnaires des pouvoirs confiés à leur ministre," (1982) 42 *R. du B.* 327, 330-332.

³⁵⁶ David J. Mullan. "Developments in Administrative Law: The 1980-81 Term", (1982) 3 *Supremet Court L. R.* 1, 22; R.A. Macdonald, "The Limits of Procedural Fairness: Executive Action by the Governor-in-Council", (1981-82) 46 *Sask. L. Rev.* 187, 196; J.M. Evans, *loc. cit.*, note 181, p. 477.

Canada les a rendus encore plus compliqués³⁵⁷. Ainsi, il faut distinguer actuellement au Canada:

- les actes quasi judiciaires, seuls soumis aux règles de justice naturelle³⁵⁸;
- les actes purement administratifs à l'intérieur desquels il faut distinguer ceux qui ont un caractère politique ou comportent l'exercice de pouvoirs législatifs, qui ne sont pas soumis à la règle d'équité, et ceux auxquels s'applique la règle du duty to act fairly suivant l'arrêt Nicholson³⁵⁹.

Les décisions rendues par la Cour suprême du Canada à la suite de l'arrêt Inuit Tapirisat n'ont rien fait pour clarifier la situation. Dans *Homex Realty and Development Company Limited v. The Corporation of the Village of Wyoming*³⁶⁰, le juge Estey, s'exprimant au nom de la majorité³⁶¹, estima que la municipalité qui avait adopté deux règlements de zonage dont on contestait la validité avait l'obligation de respecter la règle audi alteram partem avant d'édicter les règlements en cause³⁶². La majorité qualifia cependant le pouvoir de la

³⁵⁷ À cet égard, nous ne partageons pas l'enthousiasme de Patrice Garant, *op. cit.*, note 96, p. 747, qui écrivait: "On a parfois qualifié les principes de la justice naturelle de concepts imprécis, confus, hautement subjectifs. L'évolution de la jurisprudence récente nous incite à ne pas partager cette opinion".

³⁵⁸ G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, p. 150.

³⁵⁹ Comme le dit R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 356, p. 195: "(...) the dichotomy is now administrative/legislative".

³⁶⁰ (1980) 2 R.C.S. 1011.

³⁶¹ Cinq juges contre deux, le juge Laskin appuyant l'opinion majoritaire.

³⁶² La cour a toutefois rejeté le pourvoi s'appuyant sur son pouvoir discrétionnaire de refuser un recours quand, notamment, comme en l'espèce, les requérants ont eu un comportement peu louable.

municipalité de "quasi judiciaire", l'action exercée par le conseil municipal n'étant pas, à son avis, de nature législative³⁶³. Dans ses remarques, le juge Estey s'appuya sur une décision rendue par la Cour suprême du Canada dans des circonstances similaires: *Wiswell v. The Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*³⁶⁴. Ainsi, *Homex Realty* confirme le point de vue voulant que l'arrêt *Inuit Tapirisat* ne signifie pas qu'une décision de nature législative écarte nécessairement l'application des règles de justice naturelle³⁶⁵. Il n'en est pas ainsi, du moins, si l'acte législatif en cause peut être qualifié d'acte quasi judiciaire.

Comment interpréter l'arrêt *Homex*? Il est clair que la cour a refusé, dans ce jugement, d'affirmer l'existence dans la common law d'une règle générale obligeant une municipalité à se comporter de façon équitable avant d'adopter un règlement³⁶⁶. Il nous semble, au surplus, que cette décision illustre l'hésitation de la Cour suprême du Canada à se départir des catégories administratif/quasi judiciaire qui, jusqu'à l'arrêt *Nicholson*, ont servi de critères pour savoir si des

³⁶³ *Supra*, note 360, p. 1031. Il faut signaler la dissidence du juge Dickson (p. 1051) qui confirme, à notre avis, son adhésion à la thèse de David J. Mullan: "(...) le droit à une procédure équitable ne dépend plus de la répartition préalable des fonctions dans les catégories judiciaires ou quasi judiciaires (...). Dès qu'il est évident qu'il y a atteinte aux droits, il devient nécessaire d'établir - la norme de procédure appropriée que doit respecter l'organisme créé par la Loi. Il faut avant tout faire preuve de souplesse dans cette analyse".

³⁶⁴ (1965) R.C.S. 512.

³⁶⁵ David J. Mullan, *loc. cit.*, note 356, pp. 35-36; voir aussi du même auteur *Rule-Making Hearing: A General Statute for Ontario*, document de recherche no 9, préparé pour le compte de la Commission on Freedom of Information and Individual Privacy de l'Ontario (Commission Williams), août 1979, pp. 44-45.

³⁶⁶ R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 356, p. 196.

normes procédurales établies par les tribunaux doivent être respectées par les tribunaux administratifs. C'est en ce sens qu'à notre avis l'arrêt *Homex Realty*, tout comme celui d'*Inuit Tapirisat*, constitue un recul par rapport à *Nicholson*³⁶⁷.

L'arrêt *Proctor v. The Board of Commissioners of Police for the City of Sarnia*³⁶⁸ rendu peu après *Homex Realty* ne nous éclaire pas davantage sur l'orientation qu'entend prendre la Cour suprême du Canada à l'endroit de la nouvelle règle d'équité. Invitée à se prononcer sur la question de savoir si une convention collective conclue en vertu du *Police Act* de l'Ontario³⁶⁹ pouvait écarter la règle d'équité reconnue dans l'arrêt *Nicholson* et prévoir qu'un policier en période de probation pouvait être susceptible de renvoi sans avis, la Cour n'a pas vraiment répondu à la question. Elle fonda plutôt son jugement sur le fait que la personne qui avait procédé au renvoi n'était pas celle autorisée par la loi à prendre une telle décision³⁷⁰.

Que faut-il conclure? Il nous semble que la doctrine n'est peut-être pas étrangère à ce curieux va-et-vient auquel s'est adonnée la Cour suprême du Canada dans les jugements où elle a dû se prononcer sur l'applicabilité de la nouvelle règle

³⁶⁷ Sur ce point, nous allons plus loin que J.M. Evans, *loc. cit.*, note 181, p. 479, qui affirme simplement à propos de l'arrêt *Homex*: "It avoids a direct clash with the *Inuit* case (...)".

³⁶⁸ (1980) 2 R.C.S. 727.

³⁶⁹ *Supra*, note 325.

³⁷⁰ Pour une analyse de cet arrêt, voir David J. Mullan, *loc. cit.*, note 356, pp. 23-27.

d'équité³⁷¹. Nous sommes portés à croire, en effet, que l'ardent plaidoyer de David J. Mullan, en 1975, en faveur d'une approche plus flexible des normes procédurales imposées par la common law aux organismes administratifs a pu inciter le plus haut tribunal canadien à faire un pas en ce sens dans l'arrêt Nicholson. Le point de vue de Mullan, il faut bien le dire, trouvait des appuis chez nombre de juristes conscients des difficultés que posaient la distinction quasi judiciaire/administratif³⁷². Mais les objections sérieuses soulevées par la suite à l'encontre d'une approche qui accordait au pouvoir judiciaire l'autorité de déterminer "which decisions will be made by what process"³⁷³ ont sans doute tout autant incité la Cour suprême du Canada à faire marche arrière. On peut penser, en effet, qu'elle n'a pas été insensible aux arguments de ceux défavorables à l'idée que les tribunaux adoptent un critère aussi peu précis, comparable à une "échelle mobile"³⁷⁴ et discutable dans son principe. Et peut-être a-t-elle eu envie de donner tort à ceux qui ont prétendu³⁷⁵:

371 Brian Dickson, "The Role and Function of Judges" (1980) 14 The Law Society of Upper Canada Gazette 138, 165-166: "(...)scholarly articles can be of great value in assisting judges answer complex and unfamiliar questions that might otherwise be decided purely on the basis of arbitrary value judgments". P.-G. Jobin, "Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges: les débuts d'une affaire de famille", (1980) 21 C. de D. 257, 275: "La création du droit par les tribunaux est une oeuvre à laquelle la doctrine est ouvertement associée comme source d'inspiration".

372 Difficultés qui auraient causé, aux dires de Martin Loughlin, *loc. cit.*, note 86, p. 222, l'échec de l'approche fonctionnelle. Ces difficultés, selon l'auteur, seraient attribuables à la complexité du critère établi pour reconnaître un acte quasi judiciaire et aux injustices créées par l'application de ce critère.

373 Ibid., p. 237.

374 L'expression est de L. Neville Brown, "La nouvelle justice naturelle: l'administrateur équitable et raisonnable", (1980) 21 C. de D. 67, 75.

375 H.W. Arthurs, "Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business", (1979) 17 Osgoode Hall L. J. 1, 34.

Many judges (...) believe that since they ultimately exist to provide justice, injustice is more likely to result from administrative action than their own. This sometimes leads to a failure to perceive that justice is not a self-defining concept, that it must be related to the standards and behaviour of the context in which it is applied.

Rien ne permet de penser, cependant, que l'arrêt Nicholson n'a été qu'un "petulant cri de coeur from an otherwise powerless court"³⁷⁶ et qu'il est désormais relégué aux oubliettes. Il faut néanmoins se rendre à l'évidence: le recul de la Cour suprême du Canada dans *Inuit Tapirisat* et sa façon d'esquiver les questions dans *Homex Realty* et dans *Proctor* au sujet de la règle d'équité n'assure pas nécessairement à cette dernière un avenir aussi prometteur qu'on aurait pu le croire de prime abord. On a peut-être eu raison dans certains milieux d'avancer l'explication suivante: "As courts begin to realize the potential scope of the fairness doctrine, they tend to retreat from a full embrace of its implications"³⁷⁷.

Au-delà des problèmes suscités par l'adoption d'un concept qui n'offre aucune certitude, il faut reconnaître dans les décisions récentes de la Cour suprême du Canada, en particulier dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, la réticence séculaire de nos tribunaux à intervenir dans le domaine politique et législatif. David J. Mullan a pu lui-même observer déjà, avant l'insertion dans la Constitution de la Charte canadienne des droits³⁷⁸:

³⁷⁶ David J. Mullan, *loc. cit.*, note 331, p. 229.

³⁷⁷ R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 336, p. 21.

³⁷⁸ *Loc. cit.*, note 322, p. 112.

Courts in this country are not of course, except in very limited situations, able to completely reject legislation and so restricted interpretation of parliamentary language will, in many instances, mark the most harsh form of condemnation that the judicial arm can impose on a particular legislative policy.

L'arrêt Nicholson, comme on l'a remarqué³⁷⁹, ne mettait pas en jeu des intérêts importants du gouvernement. Mais peu après cet arrêt, la Cour suprême du Canada fut placée, dans *Inuit Tapirisat*, devant une situation où elle avait à décider si la règle d'équité allait s'appliquer à une décision rendue par le gouverneur en conseil. Elle aurait pu, en utilisant d'une manière souple la règle d'équité telle que la conçoit David J. Mullan, arriver à la même conclusion que celle à laquelle elle est parvenue car, en soi, la décision n'avait peut-être rien d'exceptionnel³⁸⁰. Au lieu de cela, elle a, de façon discutable, qualifié le pouvoir exercé par le gouverneur en conseil de fonction législative à laquelle ne pouvaient s'appliquer des règles procédurales élaborées par les tribunaux. Elle s'imposait ainsi comme ligne directrice de ne pas s'immiscer dans les hautes sphères de l'activité gouvernementale³⁸¹.

³⁷⁹ Martin Loughlin, *loc. cit.*, note 86, p. 236.

³⁸⁰ J.M. Evans, *loc. cit.*, note 181, p. 478.

³⁸¹ Paul Jackson, *Natural Justice*, 1973, p. 36: "Whether the courts talk of judicial functions or fairness the decision to apply the rules of natural justice to a particular situation is ultimately a question of policy, as was clearly recognized by Lord Wilberforce in *Malloch v. Aberdeen Corporation*, (1971) 1 W.L.R. 1578, 1594".

On peut dès lors conclure avec Martin Loughlin³⁸² que "there seems to be more certainty in Canada than in England that the rules of natural justice are still the primacy mechanism for providing procedural protection". Et peut-être verra-t-on nos tribunaux tenter plutôt d'élargir la notion d'acte quasi judiciaire pour remédier à des situations semblables à celle qui était en cause dans l'arrêt Nicholson. Déjà, d'ailleurs, la Cour suprême du Canada a fait des pas dans cette direction en englobant certaines décisions rendues au cours de commission d'enquête dans le concept de quasi judiciaire³⁸³.

ii) Le fond emporte la forme

Dans son étude consacrée à l'analyse des jugements rendus par la Cour suprême du Canada en matière de droit administratif de 1949 à 1971, Peter W. Hogg n'a signalé qu'un seul cas où la cour avait refusé d'accueillir un pourvoi pour le seul motif qu'on n'avait pas utilisé le bon recours³⁸⁴. Cette attitude libérale manifestée en matière de procédure, la Cour suprême l'a maintenue dans l'interprétation de dispositions législatives prévoyant des recours déclenchant l'exercice du pouvoir de surveillance. Tel est le cas, au Québec, de certaines dispositions du Code de

³⁸² Loc. cit., note 334, p. 236.

³⁸³ Saulnier v. Commission de police du Québec, supra, note 326; Cotroni v. La Commission de police du Québec, (1978) 1 R.C.S. 1048; Le procureur général de la province de Québec et Keable v. Le procureur général du Canada, supra, note 121.

³⁸⁴ "The Supreme Court of Canada and Administrative Law, 1949-1971", (1973) 11 Osgoode Hall L. J. 187, 194-195. L'auteur note que dans l'affaire en question, Marsella v. Langlais, (1955) R.C.S. 263, c'est une erreur manifeste qui avait amené le requérant à demander un bref d'habeas corpus au lieu d'un certiorari. Au surplus, deux des cinq juges ignorèrent la question de procédure et rendirent jugement sur le fond contre le demandeur.

procédure civile, dont le contenu a donné lieu à des jugements retentissants de la Cour suprême. Ainsi, dans l'affaire *Duquet v. Ville de Ste-Agathe-des-Monts*, la Cour suprême a clairement manifesté son intention de mettre fin au vieil adage qui veut que "la forme emporte le fond"³⁸⁵. Elle est revenue à la charge dans *Vachon v. Procureur général du Québec* où elle jugea que l'on peut procéder, lorsque les faits en cause le permettent, aussi bien par l'action en nullité sous l'article 33 du Code de procédure civile que par la procédure du bref d'évocation. Le juge Pigeon, en particulier, déclara³⁸⁶:

Sauf devant une nullité décrétée par un texte législatif formel ne laissant aux tribunaux aucun pouvoir d'y remédier, la Cour suprême du Canada n'hésite pas à intervenir pour infirmer un arrêt qui rejette une demande au fond pour vice de forme.

De ces jugements, il résulte qu'au Québec, un citoyen qui veut faire annuler une décision de l'Administration peut, dans plusieurs cas, soit présenter une requête pour jugement déclaratoire, soit demander un bref d'évocation, soit intenter une action directe en nullité³⁸⁷.

³⁸⁵ *Supra*, note 110, pp. 1140-1141. Commentant cet arrêt, le juge Pigeon déclarait dans une allocution non publiée présentée devant les avocats et notaires du gouvernement du Québec, en octobre 1979, p. 10: "(...) il fallait encore appliquer la règle selon laquelle le rôle de la procédure est d'être la servante du droit et non sa maîtresse".

³⁸⁶ *Supra*, note 97, p. 563.

³⁸⁷ Jusqu'à l'affaire *Vachon*, la règle établie par la Cour d'appel du Québec, fondée sur l'interprétation de l'article 33 C.P.C., voulait que l'action directe en nullité ne puisse être reçue à l'encontre d'un tribunal exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires, le recours approprié étant alors le bref d'évocation prévu à l'article 846 C.P.C. Voir *Séminaire St-François de Cap-Rouge v. Yaccarini*,

La Cour d'appel du Québec, qui avait adopté une approche plus formaliste en matière de recours contre l'Administration publique, s'est donc vu désavouer par les décisions de la Cour suprême du Canada. Certains reprochent à la Cour d'appel de ne pas répondre encore pleinement aux principes d'ouverture adoptés par la Cour suprême du Canada, critiquant par exemple son attitude conservatrice qui consiste à n'admettre que le mandamus, à l'exclusion du bref d'évocation, en cas de refus d'une autorité administrative d'exercer sa compétence³⁸⁸. Il faut signaler cependant que même des tenants d'une approche libérale reconnaissent qu'en droit strict, le point de vue de la Cour d'appel peut se justifier. Ainsi, on fait remarquer qu'en interprétant comme elle le fait les mots "en la manière et en la forme prévue par la loi" de l'article 33 C.P.C., qui fait de la Cour supérieure le titulaire du pouvoir de surveillance et de contrôle, la Cour d'appel donne à cette expression son sens véritable qui est de renvoyer aux procédures particulières prévues par le Code³⁸⁹.

(1973) C.A. 713 et Cité de Trois-Rivières v. Jules Brière, (1974) C.A. 82. Cette jurisprudence de la Cour d'appel avait donné lieu à une controverse doctrinale. Certains appuyaient le point de vue de la Cour d'appel: voir H. Barza, "Administrative Law: A Critical Analysis of Cité de Trois-Rivières v. Jules Brière", (1974) 9 R.J.T. 341. D'autres favorisaient une interprétation moins légaliste de l'article 33 C.P.C.: voir D. Ferland et P. Garant, "L'action directe en nullité et le bref d'évocation: recours alternatifs ou exclusifs?" (1975) 16 C. de D. 155. Pour un rappel de cette controverse, voir D. Ferland, "L'action directe en nullité et la requête pour émission du bref d'évocation: recours alternatifs ou exclusifs?", (1979) 39 R. du B. 325. L'arrêt Vachon, ibid., a mis fin à la controverse en décidant que l'article 846 C.P.C. n'est pas une disposition impérative mais facultative et qu'en conséquence un demandeur peut choisir entre une action directe en nullité ou un bref d'évocation lorsque les faits en cause le permettent.

388 D. Ferland, ibid., pp. 332-333. Et du même auteur, supra, note 123, pp. 16-17.

389 D. Ferland et P. Garant, loc. cit., note 387, p. 161.

Faut-il conclure que les jugements récents de la Cour suprême en ce domaine procèdent davantage d'un activisme judiciaire encouragé par les retards du législateur à opérer une réforme en profondeur des règles de procédure que d'une interprétation rigoureuse des dispositions du Code de procédure civile? Nous ne le croyons pas. Il faut rappeler, en effet, que la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur l'article 2 du Code pour donner une interprétation large des dispositions qui prévoient la procédure des divers recours. Cet article 2 déclare³⁹⁰:

Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire(...).

La Cour suprême du Canada paraît non moins disposée, par ailleurs, à interpréter de façon libérale les nouveaux recours créés par les lois d'autres provinces. Ainsi a-t-elle décidé, dans l'affaire *Homex Realty*, que le redressement prévu dans le *Municipal Act*³⁹¹ de l'Ontario pour faire annuler un règlement municipal n'empêchait pas que l'on invoque le *Judicial Review Procedure Act* de cette province pour demander l'annulation d'un tel règlement. À son avis, il s'agit de recours interchangeables.

³⁹⁰ Voir l'arrêt *Vachon*, *supra*, note 97, p. 562 et l'arrêt *Duquet*, *supra*, note 110, pp. 1140-1141.

³⁹¹ R.S.O. 1970, chap. 284, maintenant R.S.O. 1980, chap. 302.

Pour ce qui est des recours exercés contre l'Administration fédérale³⁹², c'est la rédaction même des articles 18 et 28 de la Loi sur la cour fédérale qui a amené le plus haut tribunal du pays à être plus strict sur le plan procédural. Cependant, l'élargissement qu'il a donné au certiorari rend désormais plus facile un recours dirigé contre un organisme fédéral qui exerce des pouvoirs purement administratifs.

iii) L'intérêt requis pour poursuivre l'Administration en justice

On connaît bien, au Canada, la thèse de lord Denning voulant que même si aucun citoyen n'a un intérêt suffisant, au sens de la common law, pour contester la légalité d'un acte de l'Administration devant les tribunaux, ceux-ci devraient quand même reconnaître à un justiciable cet intérêt "when he has a point which affects the rights and liberties of all the citizens (...)." ³⁹³ On sait cependant que cette thèse a été rejetée par la Chambre des lords dans *Gouriet v. Union of Post Office Workers*³⁹⁴. Pourtant, chez nous, la Cour suprême du Canada l'a accueillie dans deux arrêts où l'on contestait la validité constitutionnelle de certaines dispositions législatives: *Thorson v. Le Procureur général du Canada*³⁹⁵ et *The Nova Scotia Board of Censors v. Le Procureur général de la Nouvelle-Écosse et McNeil*³⁹⁶.

³⁹² Voir à ce sujet les propos du juge Dickson, dans *Martineau*, *supra*, note 346.

³⁹³ *The Discipline of Law*, Londres, 1979, p. 144. Voir la récitation de cet ouvrage faite par Denis Lemieux dans (1980) 21 C. de D. 211.

³⁹⁴ (1978) A.C. 435.

³⁹⁵ (1975) 1 R.C.S. 138.

³⁹⁶ (1976) 2 R.C.S. 265.

Dans *Thorson*, la Cour suprême a permis à un simple contribuable de demander que soit déclarée ultra vires la Loi (fédérale) sur les langues officielles³⁹⁷. Sans cette permission, il n'aurait guère été possible de mettre en cause la constitutionnalité de la loi devant les tribunaux; car celle-ci touche principalement les employés de la Couronne fédérale. Dans *McNeil*, la cour alla encore plus loin: elle autorisa un simple citoyen à contester la validité du *Theatres and Amusements Acts*³⁹⁸ de la Nouvelle-Écosse et certains des règlements y afférents qui permettaient au Bureau de la Censure de cette province d'interdire le film "Last tango in Paris". Elle reconnut, en effet, dans cette affaire, l'intérêt de *McNeil* à contester la validité de ces dispositions législatives malgré le fait qu'elles touchaient plus directement certaines personnes, dont les distributeurs de films et les propriétaires de lieux de spectacles. Quant à la règle voulant qu'un particulier, lorsqu'il n'est pas touché de façon spéciale par une loi, n'ait le droit d'entreprendre des poursuites que si sa requête au procureur général lui demandant de les intenter ou de consentir à une action dite *relator* est acceptée, le juge Laskin déclara dans *Thorson*³⁹⁹:

(...) je doute que cette condition soit applicable dans un système fédéral quand le procureur général est le représentant juridique d'un gouvernement tenu d'appliquer les lois adoptées par le Parlement et que la validité d'une loi est contestée. La situation est sensiblement différente de celle de la Grande-Bretagne à régime unitaire, où aucune législation n'est inconstitutionnelle et où le procureur général, lorsqu'il agit comme gardien de l'intérêt public, le fait contre des autorités subalternes déléguées.

³⁹⁷ S.R.C. 1970, chap. O-2.

³⁹⁸ R.S.N.S. 1967, chap. 304, maintenant C.S.N.S. 1979, chap. T-10.

³⁹⁹ *Supra*, note 395, p. 146.

Dans ces arrêts, la Cour suprême s'est donc éloignée de la décision qu'elle avait rendue elle-même dans *Smith v. Le procureur général de l'Ontario*⁴⁰⁰ et qui voulait qu'un citoyen n'ait pas qualité pour contester la constitutionnalité d'une loi du Parlement, à moins qu'il ne soit "particulièrement touché ou exceptionnellement lésé par la loi"⁴⁰¹. Maintenant, il est admis au Canada que la qualité requise pour contester la constitutionnalité d'une loi "est une matière qui relève particulièrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice"⁴⁰². La nature de la loi contestée⁴⁰³, son caractère réglementaire⁴⁰⁴ ou déclaratoire, sont tous des éléments qui sont désormais pris en considération lorsqu'une cour est appelée à décider de l'intérêt d'un demandeur⁴⁰⁵.

Rendues en matière constitutionnelle, ces décisions ont une incidence sur le droit administratif. Pour en mesurer l'étendue, il faut d'abord examiner quel était l'état du droit au Canada avant qu'elles soient rendues. Nous verrons ensuite dans quelle mesure ces décisions ont effectivement amené nos tribunaux à revoir leur position sur la question de l'intérêt requis pour poursuivre l'Administration.

⁴⁰⁰ (1924) R.C.S. 331.

⁴⁰¹ Propos du juge Houlden, prononcés en première instance dans l'affaire *Thorson*, alors qu'il interprétait l'arrêt *Smith*. Ces propos sont cités par le juge Laskin, *supra*, note 395, p. 144.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 161.

⁴⁰³ Le fait, par exemple, comme dans *McNeil*, qu'elle touche des droits fondamentaux du public.

⁴⁰⁴ C'est-à-dire le fait qu'elle "impose à certaines personnes, ou à certaines activités jusque-là libres de toute contrainte, un régime obligatoire auquel ces personnes doivent se conformer sous peine de sanction, d'ordre portant interdiction ou d'annulation d'une opération contraire à la loi(...)". Voir *Thorson*, *supra*, note 395, pp. 147.

⁴⁰⁵ Voir Henri Brun et Guy Tremblay, *op. cit.*, note 8, p. 336. Voir aussi David J. Mullan, "Standing after *McNeil*", (1976) 8 *Ottawa L. Rev.* 32, 37, 40-41.

— L'état du droit avant les arrêts Thorson et McNeil

Jusqu'aux arrêts Thorson et McNeil, il était admis en principe, dans les provinces de common law, que l'intérêt requis pour contester la validité d'un acte de l'Administration pouvait varier en fonction du recours qui était exercé. En matière de prohibition et de certiorari, par exemple, toute personne pouvait en théorie demander un bref, même si elle était étrangère au litige⁴⁰⁶. Cependant, lorsque la demande était faite par une personne directement lésée (aggrieved), le recours était d'ordinaire accordé *ex debito justitiae*, particulièrement si le motif allégué était l'incompétence de l'organisme administratif⁴⁰⁷. Il semble même qu'en pratique, seule la personne lésée pouvait être assurée que sa demande serait reçue favorablement⁴⁰⁸. Il en était de même en matière de mandamus. La personne qui intentait le recours devait avoir un intérêt spécial à ce que le devoir non exécuté par un officier public soit accompli⁴⁰⁹. En ce qui concerne l'action déclaratoire et

⁴⁰⁶ Dans ce cas, la cour usait alors de son pouvoir discrétionnaire et n'acceptait une telle demande que si elle pouvait favoriser le bien public. Voir R. v. Vancouver Zoning Board of Appeal; Ex parte North West Point Grey Home Owners Association, (1967) 60 D.L.R. (2d) 331, (C.A. C.B.); Young v. Attorney-General of Manitoba (1960-61) 33 W.W.R. 3 (C.A. C.B.); Re Robertson et al. and Niagara South Board of Education, *supra*, note 292. Voir David J. Mullan, Administrative Law, 1979, parag. 157.

⁴⁰⁷ Comme le soulignait le juge Beetz, dans Harelkin, *supra*, note 127, p. 576; - "Dire qu'un bref doit être émis *ex debito justitiae* signifie simplement que les circonstances militent en faveur de l'émission du bref plutôt que du refus. Mais l'expression, bien que latine, n'a aucun pouvoir magique et ne peut faire d'un bref de complaisance un bref de plein droit, ni détruire le pouvoir discrétionnaire, même dans les cas d'absence de compétence".

⁴⁰⁸ René Pépin, "L'intérêt à poursuivre en droit public canadien", (1975-1976) 6 R. de D. 3, 12-14.

⁴⁰⁹ Re Copeland and Adamson, (1972) 3 O.R. 248 (H.C.); McKay v. Minister of Municipal Affairs, (1973) 4 W.W.R. 554. Voir David J. Mullan, *op. cit.*, note 406, parag. 180.

l'injonction, enfin, on exigeait du requérant qu'il ait subi un dommage particulier, différent de celui dont pouvait souffrir le public en général⁴¹⁰.

Bref, en règle générale, seule une personne directement touchée par une décision administrative pouvait en contester la validité au moyen d'un bref de prérogative ou encore par la voie d'un recours de droit privé tel que l'injonction ou l'action déclaratoire. René Pépin a pu constater, en effet, à la suite d'une analyse de la jurisprudence et de la doctrine, qu'en réalité, la mesure de l'intérêt requis ne variait pas en fonction des divers recours⁴¹¹.

L'application au droit public de concepts de droit privé, où une personne peut être qualifiée d'aggrieved, de specially affected, de suffering loss over and above the rest of the community, causaient d'énormes difficultés lorsque l'intérêt du requérant était mis en cause à l'occasion d'un recours contre l'Administration⁴¹².

Ces concepts pouvaient donner lieu à des situations pour le moins étranges où, comme on a pu l'observer, il suffisait "qu'un préjudice soit subi par un grand nombre de personnes pour qu'il devienne impossible d'en obtenir réparation"⁴¹³. En effet, si aucun citoyen ne pouvait prétendre avoir subi un dommage particulier à la suite de certains actes de l'Administration, seul le procureur général pouvait en

⁴¹⁰ Mercer v. Attorney General of Canada, (1972) 3 W.W.R. 701, (C.A. Alta); Rosenberg et al. v. Grand River Conservation Authority, (1976) 12 O.R. (2d) 496 (C.A.); Shore Disposals Ltd. v. Ed De Wolfe Trucking Ltd., (1977) 72 D.L.R. (3d) 219, (C.A. N.-É.). Voir David J. Mullan, ibid., parag. 204.

⁴¹¹ Loc. cit., note 408, p. 11.

⁴¹² J.M. Evans, H. N. Janish, David J. Mullan, R. C. B. Risk, Administrative Law, Cases, Text, and Materials, Toronto, 1979, pp. 379-380.

⁴¹³ René Pépin, loc. cit., note 408, p. 5.

contester la légalité devant les tribunaux, à moins qu'il n'ait autorisé un citoyen à se prévaloir d'un relator action⁴¹⁴.

Cette situation existant dans les provinces de common law ne fut nullement modifiée par l'adoption en Ontario et en Colombie britannique des Judicial Review Procedure Acts qui n'apportèrent aucun changement aux règles applicables en matière de locus standi⁴¹⁵.

Au Québec, la situation n'était pas tellement différente et n'a d'ailleurs pas beaucoup changé depuis. Toutefois, c'est dans le Code de procédure civile que l'on trouve les dispositions déterminant l'intérêt que doit avoir un demandeur qui entend exercer un recours contre l'Administration. Par exemple, l'article 55, de portée très générale, prévoit que "celui qui fait une demande en justice (...) doit y avoir un intérêt suffisant". Interprétée de façon plutôt restrictive par les tribunaux⁴¹⁶, cette règle exige que le demandeur ait à l'égard de l'objet en litige un intérêt direct et personnel⁴¹⁷. L'article 59, prévoit par ailleurs que "nul ne peut plaider

⁴¹⁴ David J. Mullan, *op. cit.*, note 406, parag. 165.

⁴¹⁵ Il semble cependant que l'on ait confondu, dans certains cas, les notions de standing et de statutory power of decision. Voir M. T. MacCrimmon, *loc. cit.*, note 266, pp. 133-136.

⁴¹⁶ Cette règle de l'intérêt suffisant a été adoptée en Angleterre: ord. 53, r. 3 (5). Mais là comme au Québec, elle n'a pas donné lieu à des changements notables dans la façon des tribunaux d'aborder cette question. Voir Peter Cane, "The Function of Standing Rules in Administrative Law", (1980) P.L. 303, 325-326; Lord Denning, *op. cit.*, note 393, p. 133.

⁴¹⁷ Voir l'arrêt Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne v. La Fondation du théâtre du Nouveau-Monde, (1979) C.A. 491, 494, où le juge Bernier déclare: "En d'autres termes, n'a l'intérêt suffisant que la victime qui a été directement lésée dans ses droits subjectifs propres par opposition aux droits généraux de la collectivité dont elle fait partie".

sous le nom d'autrui, hormis le Souverain par ses représentants autorisés". Cette règle⁴¹⁸ explique pourquoi il n'existe pas de tradition de relator en matière de poursuite civile⁴¹⁹ et semble exclure a priori la possibilité qu'une telle action soit introduite au Québec dans le domaine des poursuites contre l'administration publique puisque le Souverain agit déjà par son procureur général. Toutefois, elle n'empêche pas les tribunaux de considérer ce dernier comme le gardien de l'intérêt public⁴²⁰.

Outre ces dispositions générales, qui s'appliquent à tous les recours, le Code de procédure civile renferme des dispositions particulières précisant qui peut, dans certains cas, exercer un recours contre l'Administration. Ainsi, en matière de mandamus et de quo warranto, tout intéressé peut se porter demandeur⁴²¹. En matière d'évocation, toutefois, seule une partie peut évoquer devant la Cour supérieure une affaire en cours devant un tribunal administratif soumis au pouvoir de surveillance de celle-ci⁴²². Mais ces dispositions particulières ne modifient pas

⁴¹⁸ Elle concerne la qualité que doit avoir une personne qui intente une action en justice. Les notions de qualité et d'intérêt se juxtaposent fréquemment mais ne doivent pas être confondues. Voir R. Savoie, "De l'intérêt et de la qualité comme conditions de recevabilité de la demande en justice", (1972) 32 R. du B. 532.

⁴¹⁹ Voir Pierre Verge, "La recevabilité de l'action d'intérêt public"; allocution prononcée lors du 2e colloque de droit administratif anglo-canadien et québécois, Université de Birmingham, Angleterre, le 15 avril 1981 (non publié), pp. 12, 27. Pour un point de vue différent, voir Lorne Giroux "L'intérêt à poursuivre et la protection de l'environnement en droit québécois et canadien", (1977) 23 McGill L.J. 292, 299-302; H. Reid, "La mise en oeuvre judiciaire du recours collectif: questions et hypothèses", (1978) 38 F.P. du B. 128, 140.

⁴²⁰ Cette reconnaissance du rôle du procureur général comme gardien de l'intérêt public repose toutefois sur un nombre plutôt limité de jugements. Par contre, la définition législative du rôle du procureur général va dans le sens d'une telle reconnaissance, quoique de façon partielle. Voir Pierre Verge, ibid., pp. 9-10.

⁴²¹ Art. 838 et 844 C.P.C.

⁴²² Art. 846 C.P.C.

globalement ni de façon importante la règle générale établie par l'article 55 C.P.C.⁴²³.

— L'incidence des arrêts Thorson et McNeil sur le droit administratif

Durant les sept années qui se sont écoulées depuis l'arrêt McNeil, la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de préciser dans quelle mesure cette décision pouvait valoir pour le contrôle judiciaire des actes de l'Administration. Certes, comme l'ont constaté plusieurs auteurs, les tribunaux inférieurs ont limité, dans l'ensemble, le champ d'application des arrêts Thorson et McNeil au domaine du droit constitutionnel⁴²⁴. Pourtant, certains indices permettent de croire que la règle établie par ces arrêts pourrait être reçue dans le droit administratif⁴²⁵. En témoigne ce passage des notes du juge Collier, de la Cour fédérale, dans *Carota v. Jamieson*⁴²⁶:

⁴²³ Voir Pierre Verge, *loc. cit.*, note 419, pp. 8-9. En matière d'évocation, voir *Hotte v. Bombardier*, *supra*, note 122.

⁴²⁴ David J. Mullan, *supra*, note 406, parag. 157 et 204; Andrew J. Roman, "Locus Standi: A Cure in Search of a Disease?" dans John Swaigen, *Environmental Rights in Canada*, Toronto, 1981, pp. 11, 20; J.M. Evans, H.N. Janish, David J. Mullan, *R.C.B. Risk*, *op. cit.*, note 412, p. 882; Pierre Verge, *loc. cit.*, note 419, pp. 25-26.

⁴²⁵ Voir David J. Mullan, *loc. cit.*, note 405, pp. 43-45; J.M. Evans, H.N. Janish, David J. Mullan, *R.C.B. Risk*, *ibid.*, pp. 881-882; Andrew J. Roman, *ibid.*, p. 29.

⁴²⁶ (1977) 1 C.F. 19, 25. C'est le même juge qui rendait également la décision de la Cour fédérale dans *Re District of North Vancouver and National Harbours Board*, (1979) 39 D.L.R. (3d) 704 où la Cour conclut que les arrêts Thorson et McNeil avaient pour effet d'éliminer l'exigence d'un intérêt spécial en matière de mandamus. Voir David J. Mullan, *op. cit.*, note 406, parag. 180. Dans le même sens, voir la décision intéressante rendue récemment par la juge R. Lesage de la Cour supérieure du Québec, dans *Dionne v. La Commission de refonte des lois et règlements* (le 26 juillet 1982, District de Mingan, no 650-05-000074-816). Dans cette affaire, le juge Lesage a reconnu qu'un groupe d'avocats, tous membres d'une section locale du Barreau du Québec, avaient

Néanmoins, les remarques d'ordre général faites par le juge Laskin au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Thorson et le jugement unanime rendu dans l'affaire McNeil indiquent, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir ne se limite pas nécessairement à la contestation d'une disposition législative ultra vires.

La plupart des juges, cependant, ne se sont pas éloignés d'une conception classique de la notion d'intérêt. Cela a donné lieu, en matière d'environnement, à de nombreuses difficultés et à des décisions fortement critiquées⁴²⁷. Sans doute, ces

l'intérêt requis au sens de l'article 55 C.P.C. pour demander un mandamus forçant la publication d'une mise à jour des lois refondues du Québec et des règlements y afférents. Le juge Lesage s'est exprimé en ces termes (pp. 14-16):

Les requérants intentent ici une action d'intérêt public (...). La jurisprudence n'est pas très précise sur cette question (...). Les tribunaux exigent souvent que les demandeurs établissent un intérêt distinct de celui des autres citoyens (...). Suivant l'arrêt majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Thorson (...), la question de l'intérêt pour exercer un recours dépend de la nature du recours lui-même et doit être laissée à la discrétion du tribunal (...). Cette discrétion est conférée au tribunal par l'article 55 du Code de procédure et l'exerçant, le tribunal considère que les requérants ont l'intérêt voulu (...). Le tribunal ne peut que constater, comme tous ceux qui s'intéressent au processus législatif, que la loi ne peut être respectée, ni mise à exécution, si elle ne peut être retracée aisément.

Le juge Lesage rejeta toutefois la demande pour le motif, entre autres, qu'une modification législative survenue en cours de procédure est venue enlever l'obligation stricte qui était faite par la loi de publier avant une date précise.

⁴²⁷ Rosenberg v. Grand River Conservation Authority, (1977) 69 D.L.R. (3d) 384 (C.A. Ont.), permission d'appeler refusée en Cour suprême; Re Pim and Minister of the Environment, (1979) 23 O.R. (2d) 45, (Div. Crt., Ont.); Islands Protection Society v. R., (1979) 4 W.W.R. 1, (C.S. C.B.). A contrario, voir cependant, Stein v. City of Winnipeg, (1975) 48 D.L.R. (3d) 223, (C.A. Man.).

difficultés s'expliquent-elles en partie par l'inaptitude des techniques judiciaires traditionnelles visant à déterminer l'intérêt d'un demandeur dans un litige à s'adapter au contexte du droit public. Ces techniques rendent difficile, par exemple, l'acceptation comme demandeurs ou intervenants de groupes s'occupant de protection de l'environnement ou encore la réception d'une demande d'indemnisation faite par une personne qui prétend avoir subi des dommages que bien d'autres ont pu subir en même temps qu'elle⁴²⁸.

Certaines décisions de la Cour suprême du Canada ont déjà reconnu, cependant, que les règles en matière d'intérêt à poursuivre devaient être appliquées de façon moins rigoureuses à l'encontre des municipalités. Ainsi, dès le début du siècle, le plus haut tribunal du Canada rendait une décision plutôt avant-gardiste, dans *MacIlreith v. Hart*⁴²⁹, en accueillant l'action déclaratoire d'un simple contribuable à l'encontre du maire d'une municipalité à qui on reprochait de s'être fait rembourser illégalement certaines dépenses par le conseil municipal. Plus près de nous, dans *L'Association des Propriétaires des Jardins Taché Inc. v. Les Entreprises Dasken Inc.*,⁴³⁰ la Cour suprême reconnaissait l'intérêt d'une dame propriétaire d'une résidence à demander l'annulation d'un permis de construction délivré par la municipalité à l'encontre d'un règlement de zonage et qu'une injonction ordonne la démolition de l'immeuble construit en vertu de ce permis. Dans ce jugement

Voir aussi Lorne Giroux, *loc. cit.*, note 419 et Andrew J. Roman, *loc. cit.*, note 424.

⁴²⁸ Andrew J. Roman, *ibid.*, pp. 14-15.

⁴²⁹ (1908) 39 R.C.S. 657. Le juge Laskin, dans *Thorson*, *supra*, note 395, pp. 158-159, s'appuya notamment sur cette décision pour rendre jugement.

⁴³⁰ (1974) R.C.S. 2.

audacieux, la Cour affirma clairement qu'un préjudice pécuniaire n'était pas une condition nécessaire à l'exercice du droit d'action de la demanderesse. À son avis, l'intérêt que cette dernière avait à conserver le caractère résidentiel unifamilial de la zone où elle habitait suffisait à justifier sa poursuite.

Comment expliquer, dès lors, l'hésitation des tribunaux inférieurs à faire un pas de plus et à étendre au domaine du droit administratif la portée des arrêts McNeil et Thorson? Les tribunaux ont souvent prétendu que les règles strictes imposées en matière d'intérêt à poursuivre visaient à éviter la multiplicité des actions. Cet argument a pourtant été rejeté par le juge Laskin dans Thorson, où il a constaté que l'arrêt MacLreith v. Hart ne semblait pas avoir "engendré un nombre excessif d'actions de contribuables visant à contester la légalité de dépenses municipales"⁴³¹. Il faut donc chercher ailleurs une explication satisfaisante.

Certains ont vu dans ce conservatisme judiciaire une façon de maintenir les tribunaux à l'écart de la politique⁴³². Ainsi, en matière d'environnement, le défendeur sera parfois une société subventionnée par le gouvernement ou une société de la Couronne, quand ce ne sera pas un ministère même du gouvernement. Dans ce contexte hautement politique, le procureur général paraît être la seule personne vraiment apte à décider si les droits du public en général doivent être sanctionnés⁴³³.

⁴³¹ Supra, note 395, p. 145.

⁴³² Peter Cane, loc. cit., note 416, pp. 315-316, 324-325; Andrew J. Roman, loc. cit., note 424, p. 25.

⁴³³ Peter Cane, ibid., pp. 310-311, 315-316; Andrew J. Roman, ibid. Il existe cependant certaines exceptions législatives. Voir au Québec, la Loi sur la

Une telle explication semble certes plausible. Elle paraît confirmée d'ailleurs par ces propos du juge Steele de la Divisional Court de l'Ontario, qui, au sujet des pouvoirs de réglementer qui avaient été conférés à un ministre en vertu d'une loi sur la protection de l'environnement, mais qui n'avaient pas été exercés dans le délai prévu par la loi, affirmait⁴³⁴:

It may not be necessary to add anything further, but if it is, it is my opinion that I would not exercise the discretion of the Court with respect to the application in the nature of mandamus. I would dismiss that application because even if there had been a mandatory date for the Lieutenant-Governor in Council to enact Regulations which I have found there was not, I believe that it would be totally improper for this Court to order the Lieutenant-Governor in Council to enact Regulations relating to a matter of which the Court has no knowledge. The Court has no concept of what should be included therein or within what time frame they should be made. This is not the type of case where a mandatory order of the Court could properly be enforced by the Court and, therefore, it should not be granted.

Faut-il souhaiter un élargissement des critères qui permettent de déterminer si un citoyen a l'intérêt requis pour contester la légalité d'un acte de l'Administration? Considérer le procureur général comme "le seul défenseur désintéressé de la

qualité de l'environnement, L.R.Q. chap. Q-2, art. 19.1 et 19.3; la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, L.Q. 1979, chap. 51.

⁴³⁴ Re Pim and Minister of the Environment, *supra*, note 427, p. 56.

légalité (...) traduit une vue quelque peu artificielle du tissu social actuel"⁴³⁵. En effet, comme on l'a fait remarquer, cette théorie "presupposes that there is a unitary public interest"⁴³⁶. Or, divers groupes aux intérêts divergents peuvent, dans la société, se réclamer d'un intérêt public que le Procureur général sera appelé à défendre. Comment être certain que ce dernier puisse être, en toute occasion, un défenseur objectif de cet intérêt public et qu'il saura, par ailleurs, bien l'identifier? Comment ignorer, également, que le mode d'organisation de notre société et la nature des problèmes qu'elle connaît favorisent le regroupement de citoyens dans le but de défendre des droits qu'un individu, isolément, aurait du mal à faire reconnaître. Les problèmes que l'on connaît en matière de qualité de l'environnement en sont un exemple parmi d'autres.

Ces considérations, il nous semble, témoignent du caractère désuet des règles prévues par nos tribunaux pour déterminer si une partie a l'intérêt requis pour se porter demanderesse contre l'Administration. Elles appellent une réforme. Mais celle-ci devrait-elle venir des tribunaux? Certains craignent qu'un élargissement judiciaire des règles touchant l'intérêt requis accorde à des individus l'occasion de promouvoir d'abord leurs intérêts personnels⁴³⁷. Le danger, certes, existe. Mais l'intérêt d'un individu ne va pas toujours à l'encontre de celui de la collectivité. Il peut même, en certains cas, le favoriser. La discrétion judiciaire pourrait ici jouer un rôle important. Encore faudrait-il qu'elle s'exerce en fonction de critères mieux définis que ceux sur lesquels elle s'est appuyée pour justifier l'application de la

⁴³⁵ Pierre Verge, loc. cit., note 419, p. 34.

⁴³⁶ Andrew J. Roman, loc. cit., note 424, p. 34.

⁴³⁷ Paul Weiler, In the Last Resort, Toronto, 1979, p. 181.

règle d'équité. En attendant, il faut souhaiter que nos tribunaux n'interprètent pas de façon restrictive des dispositions législatives qui ont, en soi, une portée très large. C'est le cas, par exemple, de la règle de l'intérêt suffisant prévu à l'article 55 du Code de procédure civile du Québec. Donner à cette disposition son véritable sens permettrait, en particulier, de favoriser davantage le recours collectif⁴³⁸ quand l'administration publique est en cause. Un représentant qui intente un tel recours au nom d'un groupe doit avoir, en effet, cet intérêt suffisant⁴³⁹. Peut-être, au fond, nos tribunaux craignent-ils qu'un tel recours soit détourné de son objectif premier et soit utilisé à des fins purement politiques.

b) L'interprétation restrictive des privilèges et immunités de la Couronne

Héritières des prérogatives dont bénéficie le Souverain britannique⁴⁴⁰, les couronnes fédérale et provinciales⁴⁴¹, au Canada, se sont vu néanmoins dépouiller progressivement des privilèges que leur reconnaissait la common law. D'une part, les législateurs les ont, dans certains cas, abrogés de manière à assujettir nos gouvernements, bénéficiaires de ces droits particuliers, au principe de la rule of

⁴³⁸ Art. 999 et ss. C.P.C.

⁴³⁹ Art. 1051 et 55 C.P.C. Voir Pierre Verge, loc. cit., note 419, p. 30; H. Reid, loc. cit., note 419, pp. 134-136.

⁴⁴⁰ Pour une recension des principales prérogatives dont la Couronne bénéficie en vertu de la common law, voir Renvoi concernant la résolution pour modifier la constitution, (1981) 1 R.C.S. 753, 876-877.

⁴⁴¹ Tant les couronnes provinciales que la Couronne fédérale jouissent, en effet, de ces prérogatives suivant les principes qui se dégagent des arrêts suivants: Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick, (1892) A.C. 437 et Bonanza Creek Gold Mining Co. v. R., (1916) 1 A.C. 566. Voir Henri Brun et Guy Tremblay, op. cit., note 8, p. 488; Peter W. Hogg, op. cit., note 8, p. 164.

law⁴⁴²; ou encore, ils les ont encadrés dans des textes législatifs, soumettant ainsi leur exercice aux prescriptions de la loi. D'autre part, les tribunaux ont eu tendance à ne pas tenir compte de certaines immunités auxquelles pouvait encore prétendre l'État, chez nous, de la même façon qu'ils ont été portés à interpréter de façon plutôt restrictive les dispositions législatives qui lui conféraient des pouvoirs spéciaux. Mais ils ne l'ont pas fait sans se soucier, à l'occasion, de l'incidence que pourrait avoir sur le fonctionnement de l'Administration gouvernementale la négation d'une prérogative⁴⁴³.

⁴⁴² Tel est le cas, par exemple, de l'immunité de poursuite dont bénéficiait la Couronne en vertu de la maxime *the King can do no wrong* et qui empêchait celle-ci d'être recherchée en responsabilité délictuelle. Divers textes législatifs adoptés au Canada ont réduit considérablement la portée de cette immunité. En ce qui concerne le Québec, voir *supra*, note 102. Voir aussi Peter W. Hogg, *ibid.*, pp. 167-172; Henri Brun et Guy Tremblay, *ibid.*, pp. 492-493.

⁴⁴³ On peut penser que les tribunaux ne mettront pas facilement de côté une prérogative quand celle-ci sera de nature à protéger les fondements mêmes de l'État. Ainsi, dans Le Solliciteur général du Canada v. La Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario, (*supra*, note 133), la Cour suprême du Canada a confirmé l'existence des privilèges que possèdent les policiers de ne pas divulguer, devant un tribunal, les noms de leurs informateurs. Ce privilège, a-t-on affirmé, "appartient à la Couronne qui reçoit des renseignements grâce à une garantie de confidentialité" (p. 15). Il s'agissait, dans cette affaire, d'une enquête au cours de laquelle on avait demandé à des policiers de la Gendarmerie royale du Canada de révéler les noms de médecins et d'employés d'hôpitaux qui leur avaient communiqué, contrairement aux prescriptions de la loi ontarienne, des renseignements concernant certains malades. La preuve révélait que les policiers avaient cherché à obtenir ces informations pour trois fins: faciliter l'application de la législation fédérale sur les stupéfiants; obtenir des renseignements psychiâtriques sur certains malades qui présentaient une menace pour des dignitaires étrangers et d'autres personnalités politiques; aider à lutter contre la subversion, l'espionnage et le terrorisme (p. 31). Appelé à statuer sur la question, le juge Martland déclara: "Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l'identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d'une enquête policière sur le crime se justifie d'autant plus lorsqu'il s'agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme. Voir également les remarques faites à propos de l'arrêt Bisaillon v. Keable, *supra*, note 133."

Voyons comment s'est manifestée cette tendance dans quatre domaines où la Couronne a bénéficié ou bénéficie encore d'avantages importants: la responsabilité contractuelle, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, le lien juridique qui l'unit à ses employés et les règles qui permettent de déterminer si elle est soumise à une loi.

i) La responsabilité contractuelle

Il est admis depuis longtemps, en droit anglais, qu'un citoyen peut tenir l'Administration responsable en matière de contrat⁴⁴⁴. Au Canada, ce principe a été reconnu très tôt par nos tribunaux⁴⁴⁵, mais un fort courant doctrinal et jurisprudentiel voulait, jusqu'à ces dernières années, qu'un contrat ne liât l'Administration que s'il avait été conclu par un de ses agents dûment autorisé par la loi ou les règlements à engager sa responsabilité⁴⁴⁶. Dans cette perspective, il était difficile d'appliquer à l'Administration⁴⁴⁷ la théorie du mandat apparent, selon laquelle un mandant est responsable envers les tiers qui contractent avec une personne qu'ils croient à tort être son mandataire, si le mandant leur a donné des motifs raisonnables de croire qu'elle agissait comme tel⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Thomas v. R. (1874-75) 10 Q.B. 31.

⁴⁴⁵ Isbester v. La Reine, (1877-83) 7 R.C.S. 696. Voir R. Dussault, op. cit., note 96, pp. 1523-1525; Peter W. Hogg, op. cit., note 8, p. 167; G. Pépin et Y. Ouellette, op. cit., note 81, pp. 527-528.

⁴⁴⁶ R. Dussault, ibid., pp. 888-895.

⁴⁴⁷ Ibid., pp. 895-898.

⁴⁴⁸ Code civil, art. 1730.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Verreault & Fils Ltée v. Le Procureur général de la province de Québec*⁴⁴⁹ a mis fin à ce courant de pensée. On a jugé, en effet, que le gouvernement du Québec était tenu de respecter un contrat de construction signé par un sous-ministre au nom de son ministre, même si la loi n'autorisait pas expressément ce dernier à conclure un tel contrat. Le juge Pigeon, qui rendit le jugement au nom de la Cour, justifia cette décision de la façon suivante⁴⁵⁰:

Sa Majesté est évidemment une personne physique, et je cherche en vain le principe d'après lequel les règles générales du mandat, y compris celles du mandat apparent, ne lui seraient pas applicables. À cet égard, la situation des ministres et autres fonctionnaires du Gouvernement est fondamentalement différente de celle des fonctionnaires municipaux. Dans notre système, les municipalités sont des créatures de la loi, par conséquent, la doctrine de l'*ultra vires* doit recevoir sa pleine application.

Bien accueillie par les uns⁴⁵¹, cette décision fut fortement critiquée par d'autres, pour qui l'utilisation, en droit public, de la théorie du mandat apparent de droit privé paraissait hautement discutable. Comme l'a souligné, en particulier, le professeur P. Garant⁴⁵²:

⁴⁴⁹ (1977) 1 R.C.S. 41.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 47.

⁴⁵¹ G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, pp. 533-534.

⁴⁵² *Op. cit.*, note 96, pp. 350-351. Au surplus, on a fait valoir que dans ce jugement, "on n'avait pas à parler d'autorité apparente puisque l'autorité existait; on n'avait qu'à établir (comme on l'a fait) que la Couronne avait un pouvoir général de contracter et que ce pouvoir était exercé par chaque

On a beau vouloir, comme le prétendent certains auteurs, assimiler le plus possible les contrats gouvernementaux aux contrats de droit civil, il y a une limite à cette assimilation. Cette limite est imposée par des règles de droit public. Ces règles, en ce qui concerne la formation du contrat, sont entre autres le principe de l'ultra vires et la théorie de l'autorité apparente; nous en ferions une règle propre aux contrats gouvernementaux fondée sur la théorie de la sous-délégation implicite de pouvoir.

Si on l'interprète correctement, l'arrêt Verreault ne saurait permettre cependant la validation d'un contrat ultra vires, conclu, par exemple, par un fonctionnaire incompétent⁴⁵³. Certains jugements de la Cour supérieure du Québec ont pourtant semblé affirmer le contraire puisqu'ils ont tenu le gouvernement du Québec responsable à l'égard de contrats qui n'étaient pas signés par des fonctionnaires expressément habilités à le faire en vertu d'un règlement⁴⁵⁴. Ces décisions discutables semblent toutefois remises en cause par le jugement de la Cour d'appel du Québec dans *Inter-Ex Inc. v. Procureur général de la province de Québec*⁴⁵⁵.

ministre, selon le champ de compétence délimité dans la loi constitutive de son ministère": voir W.J. Atkinson et M.-C. Lévesque, *loc. cit.*, note 355, p. 354.

⁴⁵³ P. Lemieux, *op. cit.*, note 118, pp. 91-94; W.J. Atkinson et M.-C. Lévesque, *loc. cit.*, note 355, pp. 355-364.

⁴⁵⁴ *Câblovision Bale St-Paul Inc. v. Procureur général de la province de Québec*, district de Québec, le 4 août 1978: no 200-05-002559-779; *Bastien v. Procureur général du Québec*, district de Québec, numéro 14-070, le 20 mai 1977; *Sunross Richelieu v. Procureur général du Québec*, district de Montréal, le 21 novembre 1978 (*Juris-Express*, 79-1).

⁴⁵⁵ (1980) C.A. 18. Permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada, le 28 mai 1981.

Dans cette affaire, la Cour donna raison au ministre des Travaux publics, qui prétendait n'être pas lié par une offre d'achat, signée par un haut fonctionnaire, pour le motif que la loi constitutive de ce ministère exigeait la signature du sous-ministre⁴⁵⁶.

ii) La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle

Tous les parlements, au Canada, ont adopté des dispositions législatives qui ont fait perdre en grande partie à nos gouvernements les privilèges que leur conférait la vieille théorie anglaise de l'irresponsabilité de la Couronne, exprimée dans la maxime *the King can do no wrong*⁴⁵⁷. Il en résulte que, de nos jours, l'Administration peut être généralement tenue responsable des actes dommageables qu'elle accomplit. Cependant, celle-ci bénéficie, malgré tout, d'une certaine forme d'immunité.

⁴⁵⁶ Loi du ministère des travaux publics, S.R.Q. 1964, chap. 137, art. 2: "Nul acte, contrat, document ou écrit n'est censé obligatoire pour le ministère, ni ne peut être attribué au ministre, s'il n'est signé par lui ou par le sous-ministre." Cette disposition a été modifiée et on la retrouve maintenant à l'art. 8(1) de la Loi du ministère des travaux publics et de l'approvisionnement (L.R.Q., chap. M-29). Elle est ainsi rédigée: "Nul acte, document ou écrit n'engage le ministère, ni ne peut être attribué au ministre, s'il n'est signé par lui, par le sous-ministre ou par un fonctionnaire, mais uniquement, dans le cas de ce dernier, dans la mesure déterminée par règlement du gouvernement publié dans la Gazette officielle du Québec". C'est cette disposition modifiée qui était en cause dans les affaires Bastien v. Câblovision Baie St-Paul Inc., *supra*, note 454. La Cour d'appel l'a rappelée dans l'affaire Inter-Ex en faisant la remarque suivante au sujet de la version modifiée (p. 20): "Ce texte révèle avec quelle circonspection le Législateur atténue le formalisme du contrat administratif."

⁴⁵⁷ Voir *supra*, note 442.

En effet, la notion de faute de droit privé s'est révélée difficilement applicable à l'Administration dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs (ou réglementaires), judiciaires ou quasi judiciaires⁴⁵⁸. C'est en matière administrative que la protection du citoyen est le mieux assurée, encore que certaines distinctions s'imposent.

Il est reconnu depuis longtemps qu'un acte administratif accompli sans autorisation législative peut entraîner, s'il cause un dommage, la responsabilité de l'État⁴⁵⁹. Il est reconnu également que l'habilitation législative d'agir ne confère pas une immunité totale à l'agent public. Encore faut-il que celui-ci agisse avec prudence et diligence⁴⁶⁰. Quant à l'omission d'accomplir un devoir que la loi lui impose, les tribunaux canadiens n'ont pas souvent été appelés à la sanctionner par la voie de recours en dommages-intérêts. Mais cette situation semble être sur le point de changer⁴⁶¹. Certains jugements de nos tribunaux incitent en effet le justiciable à se prévaloir de ce recours en pareil cas.

Ainsi, dans l'arrêt *O'Rourke v. Schacht*⁴⁶², la Cour suprême du Canada a reconnu la responsabilité d'un commissaire de la Sûreté provinciale ontarienne et d'un agent de

⁴⁵⁸ *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, (1971) R.C.S. 957, 968-969, par le juge Laskin. Voir aussi *Marcoux v. La Ville de Plessisville*, (1973) R.P. 385. Voir Denis Lemieux, *op. cit.*, note 152, p. 365; P. Garant, *op. cit.*, note 96, p. 949; G. Pépin et Y. Ouellette, *op. cit.*, note 81, pp. 504-505.

⁴⁵⁹ *Lapointe v. R.*, (1924) 37 B.R. 170.

⁴⁶⁰ *The City of Montreal v. Dame Sonnewith*, (1969) B.R. 1135.

⁴⁶¹ Voir L. Neville Brown et D. Lemieux, "La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale", (1979) 20 *C. de D.* 783, 788.

⁴⁶² (1976) 1 R.C.S. 53.

police de fait que ce dernier avait omis, après un accident routier, de replacer un panneau surmonté d'un feu qui prévenait les automobilistes du danger de la route à cet endroit. Ce qui fut l'une des causes, le même jour, au même endroit, d'un deuxième accident. Cette décision est d'autant plus intéressante que la Cour a pu déduire d'un devoir général imposé par la loi d'effectuer des patrouilles une obligation d'accomplir certains gestes pour assurer la sécurité sur les routes. Comme le soulignait le juge Spence⁴⁶³:

(...) je ferai remarquer que le par. (3) de l'art. 3 du Police Act oblige la Sûreté provinciale de l'Ontario à surveiller la circulation routière (...).

À cette fin, il est essentiel que l'agent de police essaie de rendre les routes sûres pour la circulation, ce qui met certainement à la charge du policier l'obligation de prendre les mesures qui s'imposent pour avertir les éventuels usagers de la route de tout danger découlant d'un accident antérieur et créant un risque déraisonnable de préjudice.

Le professeur Garant a vu dans ce jugement une illustration du fait que "la jurisprudence interprète beaucoup plus largement l'obligation générale qu'a l'Administration de veiller dans l'application des lois à la protection et au bien-être des administrés"⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Ibid., p. 71.

⁴⁶⁴ Op. cit., note 96, p. 936. Voir en matière municipale Cité de Pont-Viau v. Gauthier M.F.G. Ltd., (1979) C.A. 77; Laurentides Motels Ltd. et le Restaurant Bastogne Inc. v. Ville de Beauport, Cour supérieure (Québec) No 11-644, le 9 janvier 1980. Ces arrêts et plusieurs autres, contrairement à une jurisprudence antérieure, ont retenu la responsabilité des municipalités en matière d'incendie en raison des mauvais services offerts. Voir J.-D. Archambault, loc. cit., note 114, pp. 68-80.

On semble de plus en plus admettre, par ailleurs, qu'une information erronée donnée par l'Administration puisse entraîner sa responsabilité. C'est ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario a condamné un organisme gouvernemental de cette province à payer une indemnité à une compagnie privée spécialisée dans l'installation d'équipement anti-pollution, à qui il avait assuré que la compagnie propriétaire d'une usine chez qui elle devait installer un tel équipement obtiendrait un prêt pour cette installation⁴⁶⁵. Selon la Cour, l'organisme gouvernemental en cause avait fait preuve de négligence en omettant d'informer la demanderesse que le prêt était gelé.

La Cour d'appel s'appuya, pour rendre sa décision, sur l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Hedley Byrne et Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*⁴⁶⁶ qui avait admis que des informations erronées peuvent entraîner la responsabilité civile d'un individu. Plus tard, les tribunaux anglais appliquèrent la règle établie par *Hedley Byrne* à un recours contre l'Administration⁴⁶⁷. Il semble bien que ce principe soit maintenant accepté au Canada⁴⁶⁸. Ces arrêts démontrent certainement qu'il existe une tendance accrue de la part de nos tribunaux à vouloir sanctionner par des dommages-intérêts les actes dommageables accomplis par l'Administration dans le cours de ses opérations.

⁴⁶⁵ *Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd. and Ontario Development Corporation*, (1978) 19 O.R. (2d) 44. Voir aussi *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River*, (1969) 4 D.L.R. (3d) 155, (C.A. C.B.).

⁴⁶⁶ (1964) A.C. 465.

⁴⁶⁷ *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, (1970) 2 Q.B. 223.

⁴⁶⁸ La Cour suprême du Canada paraît elle-même l'avoir endossé dans *La Ville de Le Pas v. Porky Packers Ltd.*, (1977) 1 R.C.S. 51, 63. Mais le recours du demandeur a été rejeté en raison des circonstances particulières de l'affaire.

Signalons enfin, qu'un courant jurisprudentiel s'est développé ces dernières années en Angleterre voulant qu'une simple omission négligente d'exercer un pouvoir discrétionnaire puisse entraîner la responsabilité de l'Administration⁴⁶⁹. Au Canada, un certain nombre de jugements rendus par nos tribunaux, dans les provinces de common law, ont, de fait, tenu compte de ce nouveau courant pour déterminer si l'Administration peut être tenue d'indemniser un citoyen qui allègue une faute commise par celle-ci. Mais, dans l'ensemble, on ne peut pas dire que l'évocation de ces arrêts anglais ait provoqué un courant favorable à l'administré qui réclame des dommages-intérêts contre un organisme administratif⁴⁷⁰. Il n'est pas certain, du reste, même en Angleterre, que les portes entrouvertes par les décisions anglaises récentes aient donné lieu à un renversement important de la jurisprudence passée⁴⁷¹. En effet, aussi bien en Angleterre qu'au Canada, les

⁴⁶⁹ Dutton v. Bognor Regis Urban District Council, (1972) 1 Q.B., 373; Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd., (1970) 2 ALL E.R. 294 (H.L.); Anns v. Merton London Borough Council, (1977) 2 W.L.R. 1024 (H.L.). Pour un commentaire de cette jurisprudence, voir: Randy Pepper, "The Negligent Exercise of Statutory Power: A Comment on Kwong v. the Queen", (1981) 39 U. of T. Fac. L. Rev. 77; Michael G. Bridge, "Governmental Liability. The Tort of Negligence and the House of Lords decision Anns v. Merton London Borough Council", (1978) 24 McGill L.J. 277.

⁴⁷⁰ Quant aux décisions qui ont invoqué ces arrêts mais qui ont refusé de tenir l'Administration responsable, voir: McCrea v. Corporation of City of White Rock, (1975) 2 W.W.R. 593 (C.A. C.B.); Bowen v. City of Edmonton, (1978) 80 D.L.R. (3d) 501 (C.S. Alta); Kwong v. The Queen, (1979) 96 D.L.R. (3d) 214 (C.A. Alta), confirmé (1979) 2 R.C.S. 1010 (mais la Cour suprême n'a fait qu'entériner les propos du juge McGillivray, en Cour d'appel); Towes v. MacKenzie, (1980) 4 W.W.R. 108 (C.A. C.B.) (comparer ce dernier arrêt avec celui rendu, en Angleterre, dans l'affaire Dorset Yacht, *ibid.*); Hugh v. Vancouver, (1981) 5 W.W.R. 250 (C.S. C.B.); Barratt v. The Corporation of the District of North Vancouver, (1980) 2 R.C.S. 418. Quant aux décisions qui ont accueilli favorablement le recours, voir: Collins v. Haliburton, Kawar the Pine Ridge District Health Unit, (1972) 2 O.R. 508 (H.C. Ont.); Malat v. Bjornson, (1978) 5 W.W.R. 429 (C.A. C.B.); Nielsen v. City of Kamloops, (1982) 129 D.L.R. (3d) 111 (C.A. C.B.).

⁴⁷¹ Voir Dawn Oliver, "Anns v. London Borough of Merton Reconsidered", (1980) 33 Current Legal Problems 269.

tribunaux distinguent maintenant les aspects policy des aspects operation d'un acte administratif. Refusant de s'immiscer dans la politique, ils reconnaissent aux premiers une immunité de responsabilité civile comme l'illustrent ces propos du juge Martland dans *Barratt v. The Corporation of the District of North Vancouver*⁴⁷²:

(...) la détermination de la méthode par laquelle la Municipalité a décidé d'exercer son pouvoir d'entretenir la rue, y compris son système d'inspection, était une question de politique ou de planification et (...) en l'absence de négligence dans l'application même de ce plan, la réclamation de l'appelant doit échouer.

iii) La nature du lien juridique entre la Couronne et ses employés

Au Canada, suivant la conception traditionnelle généralement admise jusqu'à récemment par la doctrine et la jurisprudence, la nature de l'emploi dans la fonction publique empêchait que les fonctionnaires puissent être régis par le droit commun des contrats. La théorie dite statutaire de la relation entre l'Administration et la fonction publique voulait, en effet, que la nomination d'un fonctionnaire soit attribuable à un acte de puissance publique qui ne créait pas un engagement contractuel, mais conférait un statut de droit public. On avait pu constater, cependant, avec l'introduction de la négociation collective comme procédé de détermination des conditions de travail dans la fonction publique, que

⁴⁷² *Supra*, note 470, p. 428. Il faut souligner, cependant, qu'en Angleterre l'arrêt *Anns*, *supra*, note 469, a établi que l'omission négligente de la part de l'Administration d'envisager la possibilité d'exercer un pouvoir discrétionnaire peut entraîner sa responsabilité.

l'aspect conventionnel du statut juridique de la fonction publique prenait de plus en plus d'importance, ce qui ne lui faisait toutefois pas perdre son caractère d'abord statutaire et réglementaire⁴⁷³.

La décision récente rendue par la Cour suprême du Canada dans *Procureur général du Québec v. Labrecque*⁴⁷⁴, a remis en cause ce principe. Dans cette affaire, un dénommé Labrecque, ancien employé occasionnel non syndiqué et à qui ne s'appliquait donc pas la convention collective régissant les fonctionnaires⁴⁷⁵, réclamait du gouvernement du Québec certaines sommes qui, selon ses allégations, lui étaient dues, en vertu du contrat de travail par lequel on avait retenu ses services. Il s'agissait de savoir si le tribunal des petites créances, compétent en matière de contrats, pouvait entendre une telle réclamation⁴⁷⁶. Le Procureur général du Québec contestait cette compétence, affirmant qu'il n'y avait pas de contrat entre le gouvernement québécois et ses fonctionnaires, mais un lien juridique qui naissait de la loi. À son avis, un fonctionnaire ne pouvait négocier les conditions de son emploi, ne traitant pas d'égal à égal avec l'État.

⁴⁷³ R. Dussault, *op. cit.*, note 96, pp. 239-250. Voir entre autres, *Reilly v. R.*, (1932) R.C. de l'E. 14 infirmé sur ce point par la Cour suprême (1932) R.C.S. 597, dont l'arrêt a été confirmé pour d'autres motifs par le Comité judiciaire du Conseil privé qui ne s'est pas prononcé sur la question (1934) A.C. 176.

⁴⁷⁴ (1980) 2 R.C.S. 1057.

⁴⁷⁵ C'est en effet une des conclusions à laquelle la Cour suprême est arrivée dans cette affaire, *ibid.*, p. 1072.

⁴⁷⁶ Selon l'art. 953 C.P.C., le tribunal des petites créances est compétent si la réclamation n'excède pas huit cents dollars, si elle a pour cause un contrat, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit et si le créancier est une personne physique et le débiteur un résident du Québec.

Au nom de la Cour, le juge Beetz, s'appuyant sur l'arrêt Verreault, rappela d'abord en ces termes la capacité dont bénéficie la Couronne de se lier par contrat⁴⁷⁷.

La Couronne c'est également le Monarque, une personne physique qui, en plus de la prérogative, jouit d'une capacité générale de contracter selon les règles du droit commun. Cette capacité générale de contracter, tout comme la prérogative, est aussi l'un des attributs de la Couronne du chef de la Province (...).

Puis, répondant à l'argument du Procureur général du Québec, il déclara⁴⁷⁸:

(...) le droit anglais moderne, hostile à l'extension de la prérogative royale, répugne à expliquer par elle une situation juridique qui s'explique aussi bien par la capacité générale de la Couronne.

Il décida finalement du caractère contractuel de l'emploi de l'intimé et de la compétence du tribunal des petites créances à juger du litige.

Un peu dans la même veine, la Cour suprême du Canada, dans *L'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse et Wilson v. La Commission de la fonction publique de la Nouvelle-Écosse*⁴⁷⁹, remettait en cause récemment la

⁴⁷⁷ *Supra*, note 474, p. 1082.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 1083.

⁴⁷⁹ (1981) 1 R.C.S. 211. Il s'agit d'un jugement majoritaire, rendu à quatre contre trois.

notion de common law selon laquelle les employés du gouvernement sont nommés à titre amovible. Dans cette affaire, la Cour a en effet interprété de façon très restrictive l'art. 57 du Civil Service Act⁴⁸⁰ de la Nouvelle-Écosse qui reconnaissait le pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil de congédier un employé. Selon la majorité, cet article ne pouvait faire disparaître une convention collective conclue par le gouvernement et un règlement qui l'approuvait. Au contraire, précisa le juge Laskin, la convention collective entérinée par le lieutenant-gouverneur en conseil et par la Commission de la fonction publique équivalait "à une subordination délibérée de quelque pouvoir unilatéral de congédier"⁴⁸¹ que le gouvernement pouvait avoir eu. Il ajouta⁴⁸²:

Au Canada, dans les provinces canadiennes, et dans les autres pays de common law, le droit est allé loin dans l'établissement d'une égalité relative de situation juridique entre la Couronne et les personnes avec qui elle traite, trop loin à mon avis, pour justifier le retour à un anachronisme.

Ces deux jugements de la Cour suprême du Canada démontrent bien la volonté de cette cour de soumettre le plus possible le gouvernement employeur aux mêmes règles de droit que celles qui régissent tous les citoyens. Ils laissent toutefois en suspens, comme on l'a souligné⁴⁸³, la question de savoir dans quelle mesure la

⁴⁸⁰ R.S.N.S. 1967, chap. 34, maintenant C.S.N.S. 1979, chap. C-15.

⁴⁸¹ Supra, note 479, p. 222.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ David J. Mullan, loc. cit., note 356, p. 59.

prérogative royale pourrait jouer encore à l'égard de certains officiers de l'État, notamment, les hauts fonctionnaires, les membres des forces armées et des corps policiers. Le juge Beetz déclarait, en effet, dans l'arrêt Labrecque⁴⁸⁴:

Il serait peu judicieux et même imprudent de se prononcer sur le statut des fonctionnaires de tous ordres à l'occasion d'une affaire où il est question d'un fonctionnaire occasionnel employé pour quelques mois seulement, et totalement soustrait au régime qui régit l'ensemble des fonctionnaires. C'est de ce seul fonctionnaire qu'il s'agit en l'espèce. Encore moins peut-il être question des officiers publics ou d'autres catégories de personnes telles les membres des forces constabulaires ou les membres des forces armées.

Le juge Laskin, pour sa part, dans l'affaire Wilson, endossait les propos de Peter W. Hogg⁴⁸⁵, selon lesquels appliquer aux fonctionnaires de l'État la prérogative royale de congédier à volonté les employés du gouvernement représente "une acceptation un peu automatique d'une règle régissant les membres des forces armées"⁴⁸⁶. L'application non automatique mais rationnelle de la règle permettrait-elle de croire que certaines catégories de fonctionnaires pourraient être touchées par la prérogative?

⁴⁸⁴ Supra, note 474, p. 1081.

⁴⁸⁵ Liability of the Crown en Australia, New Zealand and the United Kingdom, 1971, p. 150.

⁴⁸⁶ Supra, note 479, p. 222.

iv) La soumission de la Couronne à la loi

On connaît la prérogative de common law qui empêche que les droits de la Couronne puissent être affectés par une loi, si ce n'est en termes exprès ou par implication nécessaire⁴⁸⁷. Tous les parlements canadiens, à l'exception de celui de la Colombie britannique, ont adopté une disposition interprétative confirmant cette règle⁴⁸⁸. On peut se demander, cependant, dans quelle mesure la Cour suprême du Canada ne refuse pas de donner plein effet à l'art. 16 de la Loi d'interprétation fédérale qui déclare⁴⁸⁹:

Nul texte législatif ou de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

Les propos du juge Laskin dans *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta v. La Commission canadienne des transports*⁴⁹⁰ permettraient de croire que cette

⁴⁸⁷ Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd., (1920) A.C. 508; British Coal Corp. v. R., (1935) A.C. 500; Province of Bombay v. City of Bombay, (1947) A.C. 58.

⁴⁸⁸ Peter W. Hogg, *op. cit.*, note 8, pp. 173-175. La Colombie britannique pour sa part, a renversé la présomption en prévoyant à l'art. 2 c) de son Crown Proceeding Act, *supra*, note 272, que "the Crown is subject to all those liabilities to which it would be liable if it were a person".

⁴⁸⁹ S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

⁴⁹⁰ (1973) 1 R.C.S. 61.

disposition empêche que la Couronne du chef du Canada ou d'une province⁴⁹¹ puisse être liée par une loi sans y être nommée expressément⁴⁹². Pourtant, dans *La Banque de Montréal v. Le Procureur général de la province de Québec*⁴⁹³, on jugea que le gouvernement du Québec était tenu de respecter un délai de prescription prévu dans la Loi (fédérale) sur les lettres de change⁴⁹⁴, alors que la Couronne n'y était nulle part mentionnée. Selon la Cour, le gouvernement du Québec, à cause du contrat bancaire qui le liait à la Banque de Montréal, ne pouvait invoquer des droits ou des prérogatives pour limiter ou modifier le contenu

⁴⁹¹ L'art. 28 de la Loi (fédérale) d'interprétation déclare, en effet: "Dans chaque texte législatif (...) "Sa Majesté", "la Reine", "le Roi" ou "la Couronne" désigne le souverain du Royaume-Uni, du Canada et de Ses autres royaumes et territoires, et chef du Commonwealth". L'avocat de l'intimée, dans cette affaire, plaidait que cette définition ne visait que la Couronne fédérale et non celle d'une province. Le juge Laskin devait répondre ainsi à cet argument (pp. 70-71): "Je ne crois pas que la définition elle-même limite l'expression: "Sa Majesté" à la seule Couronne du chef du Canada. Si c'était le cas, ce serait en raison de l'organisation constitutionnelle de notre système fédéral."

⁴⁹² Remarquons que ce jugement rendu par le juge Laskin avait reçu l'appui de six autres juges. Mais six juges avaient aussi souscrit aux motifs exprimés par le juge Spence, qui n'avait estimé ni nécessaire ni souhaitable de se prononcer sur la question de savoir si la Couronne était liée ou non par la réglementation en cause dans le litige. Voir Henri Brun et Guy Tremblay, op. cit., note 8, pp. 489-490.

⁴⁹³ (1979) 1 R.C.S. 565. Dans cette décision, on n'a pas discuté toutefois de l'art. 16 de la Loi (fédérale) d'interprétation. On y a cependant rejeté l'idée que la prérogative exprimée dans la maxime *nullum tempus occurit Regis* puisse servir la Couronne. Les propos du juge Pratte, par ailleurs, avaient pour effet d'empêcher l'application de l'art. 16 de la Loi d'interprétation. Il déclara, en effet, à la page 574: "Les règles relatives à la responsabilité de la Couronne sont donc différentes selon que la source de l'obligation est contractuelle ou législative. La Couronne est liée par une obligation contractuelle de la même manière qu'un particulier alors qu'en règle générale, elle ne l'est pas par une obligation qui découle de la loi seule à moins d'y être nommée". Or, on estima que le délai de prescription prévu dans la loi faisait partie des obligations qui procèdent d'un contrat plutôt que de la "loi seule" (p. 572).

⁴⁹⁴ S.R.C. 1970, chap. B-5.

de cette entente, qui comprenait non seulement ce qui y était expressément stipulé, mais tout ce qui pouvait en découler suivant l'usage ou la loi.

Dans *R. v. Ouellette*⁴⁹⁵, par ailleurs, le juge Beetz déclara que "l'art. 16 de la Loi (fédérale) d'interprétation (...) "n'exclut pas la règle selon laquelle les diverses dispositions d'une loi s'interprètent les unes à la lumière des autres (...)". Il était dès lors possible que Sa Majesté soit implicitement liée par une disposition législative, si telle était l'interprétation que devait recevoir cette disposition lorsqu'elle était replacée dans son contexte. C'est ainsi que le gouvernement du Québec, encore une fois, fut considéré comme lié "par ce qui semble une implication peu nécessaire de certaines dispositions du Code criminel"⁴⁹⁶.

* * *

Ainsi, les juges canadiens se sont révélés en matière de révision judiciaire, de véritables créateurs de droit. Inspirés à l'occasion par les réflexions de la doctrine⁴⁹⁷ ou par des courants jurisprudentiels britanniques⁴⁹⁸, innovant eux-même en certaines circonstances⁴⁹⁹, ils ont tenté d'assouplir les règles qui permettent à un citoyen de contester la légalité d'un acte de l'Administration. En

⁴⁹⁵ (1980) 1 R.C.S. 568.

⁴⁹⁶ Henri Brun et Guy Tremblay, *op. cit.*, note 8, p. 490.

⁴⁹⁷ Comme nous l'avons déjà indiqué, la doctrine a nettement influencé l'attitude des juges à l'égard de la règle d'équité. Voir *supra*, note 371, et le texte correspondant.

⁴⁹⁸ C'est le cas de l'arrêt *Patrick L. Roberts*, *supra*, note 465, où la Cour d'appel s'est inspirée de l'arrêt anglais *Hedley Byrne*, *supra*, note 466.

⁴⁹⁹ Voir les arrêts *Thorson*, *supra*, note 395, et *McNeil*, *supra*, note 396.

effet, ce sont eux surtout qui ont pris l'initiative de simplifier les procédures qui mettent en branle les mécanismes de la révision judiciaire. Ce sont eux encore qui ont créé la règle d'équité et rendu caducs, dans nombre de cas, des privilèges et immunités qu'ils avaient eux-mêmes attribués à la Couronne au cours des siècles. En vérité, ce que les juges peuvent faire, ils peuvent aussi le défaire. Comme le déclarait le juge Laskin dans l'arrêt Herman⁵⁰⁰:

(...) cette cour peut établir une règle (...) sans le secours de la législation. La notion de *persona designata* vient des tribunaux et peut être modifiée ou abolie par eux.

C'est précisément ce que la Cour suprême du Canada vient de démontrer, encore une fois, dans l'arrêt Ranville, en endossant le point de vue qu'exprimait le juge Laskin dans Herman sur la notion de *persona designata*, quatre ans après l'avoir rejeté⁵⁰¹.

Dans ce rôle actif qu'ils se sont attribué en matière de révision judiciaire depuis quelques années⁵⁰², nos juges se sont tout de même imposé des limites. Sans doute soucieux de respecter les règles de l'étanchéité des pouvoirs⁵⁰³, ils ont parfois

⁵⁰⁰ Supra, note 215, p. 736.

⁵⁰¹ Supra, note 210.

⁵⁰² Henry L. Molot, "Administrative Discretion and Current Judicial Activism", (1979) 11 Ottawa L. Rev. 337.

⁵⁰³ Brian Dickson, loc. cit., note 371, p. 180: "The authority to enact legislation is assigned the legislative bodies. Judicial focus is of necessity directed to the application of laws and judges are confined in their role of adjudication to precisely the issues that are revealed in the course of litigation. Inasmuch as

établi des distinctions entre les aspects discrétionnaires et purement administratifs des pouvoirs d'une autorité publique⁵⁰⁴, ou refusé d'intervenir quand, à leur avis, des questions de nature politique entraînent en jeu. Comment expliquer autrement que par une volonté de ne pas envahir un domaine qui n'est pas de leur ressort leur refus de reconnaître l'intérêt d'un citoyen à poursuivre l'Administration quand celle-ci accomplit un acte qui touche le public en général; ou encore leur refus de sanctionner par des dommages-intérêts les comportements fautifs de l'Administration dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires? Pourtant, le pouvoir judiciaire ne peut pas être complètement dissocié du pouvoir législatif ou politique⁵⁰⁵. La création et l'interprétation de la règle de droit sont elles-mêmes, jusqu'à un certain point, des tâches de nature politique⁵⁰⁶. Comment, alors, nos juges parviennent-ils à faire la délicate distinction entre ce qui appartient aux

a state of affairs may cry out for statutory reform, the judicial arm cannot evaluate and select among policy alternatives".

⁵⁰⁴ Voir l'arrêt Wellbridge, *supra*, note 450.

⁵⁰⁵ André Normandeau, "Socialisation de la justice au Québec", (1971) 359 Relations 103, 104: "Le chemin de la justice n'est guère plus large que le fil d'une lame de rasoir. Ceux qui parlent de dépolitiser la justice au Québec jouent souvent sur les mots; la justice a toujours été politique"; Paul Weiler, *loc. cit.*, note 44, p. 186: "It rests on the jurisprudential fallacy that there is a sharp distinction between technical legality and public policy"; Jean-Guy Belley, *loc. cit.*, note 11, p. 281: "Ainsi peut-on encore brandir avec une certaine efficacité le spectre mythique d'un envahissement du judiciaire par le politique. Comme si la justice pouvait ne pas être politique"; Lord Hailsham of St. Marylebone: "Democracy and Judicial Independence", (1979) 28 U.N.B.L.J. 7, 15-16; "I do not believe that it is feasible to cut the judiciary off completely from the political world".

⁵⁰⁶ Leo D. Barry, *loc. cit.*, note 312, pp. 250-251: "By attributing his own ordinary or plain meaning to words used in a statute when even a dictionary meaning may be modified by the "context of the statute, its history and policy, the social problem involved, the legal result at stake, etc.", the judge is able to conceal the value-judgment which he makes. Whether this concealment be unconscious or deliberate, the fact remains that the judge has chosen the meaning he applies from several alternative ones".

tribunaux et ce qui relève de la politique⁵⁰⁷? C'est péniblement, il faut l'avouer, qu'ils y arrivent dans bien des cas. Faute d'avoir pu, par exemple, élaborer des critères bien définis à propos de la règle d'équité, ils se sont vus contraints de reculer dès l'instant où de hautes instances politiques étaient concernées. Certains auteurs y ont vu une limitation indue de leur champ d'intervention⁵⁰⁸.

À l'inverse, on leur reproche souvent de considérer les tribunaux avant tout comme des instruments "for the protection of the already established legal rights of the individual"⁵⁰⁹. Selon ce point de vue, l'intérêt public, la nécessité d'établir des organismes administratifs de manière à mieux répondre aux besoins de la collectivité feraient moins partie de leurs préoccupations que le souci d'empêcher que l'État ne porte atteinte aux libertés individuelles⁵¹⁰. Pourtant, le juge Gérard Trudel affirmait, il y a quelques années, en parlant des tribunaux⁵¹¹:

⁵⁰⁷ Jules Deschênes, *op. cit.*, note 6, p. 53: "Où faut-il tracer la frontière que les tribunaux ne peuvent franchir? C'est une question qui ne souffre pas de réponse simple et catégorique"; Brian Dickson, *loc. cit.*, note 371, pp. 180-181: "Just where that line is to be drawn between judicial activity which works acceptable changes into the law and that which oversteps the bounds ascribed to judicial decision-making, does not admit of easy demarcation".

⁵⁰⁸ *Supra*, note 356.

⁵⁰⁹ Peter Cane, *loc. cit.*, note 416, p. 307; Sydney L. Robins "The Role of the Independent Judiciary", *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, 1979, pp. 23, 29: "(...) one of the most important attributes of an independent judiciary is courage - courage to protect the rights of the individual (...)."

⁵¹⁰ Comme semblent le démontrer ces propos du juge Jules Deschênes, *op. cit.*, note 6, p. 24, au sujet des tribunaux: "Mais leur rôle consiste essentiellement à contrôler la légalité des gestes ou décisions de l'Administration et à assurer que, dans l'exercice de ses pouvoirs nécessaires, celle-ci ne vienne pas involontairement ou capricieusement brimer la liberté des citoyens".

⁵¹¹ "Le pouvoir judiciaire au Canada", (1968) 28 *R. du B.* 193, 251. Voir aussi Jules Deschênes, *ibid.*, pp. 50-51: "Lorsqu'ils disent le droit, les tribunaux ne doivent pas ignorer le milieu social en perpétuelle évolution dans lequel, et ne

Certainement, la fonction spécifique du tribunal restera: il assurera le droit des citoyens et forcera les récalcitrants à respecter leurs obligations, mais ceci ne saurait plus se faire comme si notre société n'avait pas changé, comme si le judiciaire existait quelque part entre ciel et terre, aveugle aux réalités du jour, insensible aux préoccupations sociales et étranger au réseau de secours, d'aide et de sécurité que la société offre à ses membres.

C'est sans doute une prise de conscience de plus en plus grande du rôle que l'État doit jouer dans la société moderne qui a amené nos juges à rechercher davantage, à l'occasion des demandes de révision judiciaire, un meilleur équilibre entre les revendications des individus et les besoins de l'Administration⁵¹² ou, à tout le moins, une façon de réconcilier les droits individuels et les droits collectifs. À cet égard, les propos suivants du juge Dickson, dans l'arrêt Martineau, sont

l'oublions pas, pour lequel ils existent. Les juges respirent le même air que leurs concitoyens et ne peuvent se soustraire à leur environnement. Au contraire, il leur faut saisir tout mouvement, toute pulsion de cette société et être prêts à y répondre en moulant le droit, dans la mesure de leurs moyens, aux besoins de leur temps".

⁵¹² Voir les propos du juge Estey dans Inuit Tapirisat, supra, note 355. Cette préoccupation, certains juges la partageaient déjà, il y a plusieurs années. C'était notamment le cas du juge Rand qui fut juge à la Cour suprême du Canada au cours des années 1950 et dont David J. Mullan a pu dire: "Indeed, these two sets of cases reflect the basic tensions in many of Rand J.'s judicial review judgments. On the one hand, he was clearly a judge who expected rectitude of those holding public office and, in particular, respect for the civil liberties of individuals. However, at the same time, he was always cognisant of the reasons for the creation of administrative tribunals and of the necessity for recognizing their expertise and role in working out their own policies as well as their desire to function efficiently and effectively. Of course, these tensions are the same ones that most judges recognize as existing in this areas today and thus it is instructive to examine how someone, recognized as one of Canada's greatest judges, managed to resolve them in the course of his important judgments." Voir "Mr. Justice Rand: Defining the Limits of Court Control of the Administrative and Executive Process", (1980) 18 U. Western Ont. L. Rev. 65, 68.

révélateurs⁵¹³:

Lorsqu'il s'agit de cas individuels et de personnes lésées, l'on tend à oublier que l'on traite de recours de droit public qui, lorsque les tribunaux les accordent, non seulement remédient à l'injustice individuelle, mais aussi garantissent que les organismes publics qui exercent des pouvoirs touchant les citoyens respectent la compétence qui leur a été attribuée (...). Donner une interprétation étroite ou formaliste des droits dans un sens individuel est se méprendre sur l'objectif plus large du contrôle judiciaire de l'activité de l'administration. On devrait, selon moi, partir de la prémisse que tout organisme public qui exerce un pouvoir sur des citoyens peut être assujéti au contrôle judiciaire, l'intérêt individuel en cause n'étant qu'un des facteurs à considérer pour résoudre la question de principe générale de la nature du pouvoir de révision qu'il convient d'appliquer à un organisme particulier.

Mais la volonté de respecter leur domaine de compétence et de ne pas nuire indûment au fonctionnement de l'Administration, explique-t-elle à elle seule la retenue de nos tribunaux devant le pouvoir politique⁵¹⁴? On a pu observer, déjà, que des trois pouvoirs "c'est le judiciaire qui est le plus faible"⁵¹⁵. Il dépend, en

⁵¹³ Supra, note 86, p. 619.

⁵¹⁴ Retenue qui se manifeste particulièrement à l'égard des pouvoirs que possède le Procureur général en matière de poursuites criminelles. Voir Stanley A. Cohen, "The Provincial Judges Court and the Concept of an Independent Judiciary", (1978) 26 Chitty's L.J. 325.

⁵¹⁵ Léon Dion, "Plus de démocratie pour les juges", (1981) 41 R. du B. 199, 202.

effet, "du législatif et de l'exécutif pour l'octroi des ressources matérielles et politiques dont il a besoin pour fonctionner"⁵¹⁶. Il a surtout, par tradition, peu de moyens pour faire valoir ses vues.

À notre avis, toutefois, il serait erroné de voir un lien entre cette question de l'autonomie administrative du pouvoir judiciaire et l'attitude de celui-ci en matière de contrôle judiciaire. La limite même du rôle qui lui est confié par la Constitution et sa prudence naturelle, qui le rend souvent inapte à trouver des solutions nouvelles à des problèmes nouveaux, expliquent essentiellement pourquoi, tout en cherchant depuis quelques années à assurer un meilleur équilibre entre les libertés individuelles et les droits collectifs⁵¹⁷, il n'est pas parvenu à établir des règles claires en matière de révision judiciaire, là où pourtant il dispose d'une immense discrétion.

CONCLUSION

⁵¹⁶ Ibid. Jules Deschênes, "L'autonomie administrative de l'organisation judiciaire", (1979) 39 R. du B. 159; Maîtres chez eux: une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux, Montréal, septembre 1981 (en collaboration avec Carl Baar). Voir aussi Henri Brun et Denis Lemieux, loc. cit., note 317, pp. 267-291.

⁵¹⁷ René Lévesque, "La complémentarité des droits individuels et des droits collectifs", (1978) 38 R. du B. 520, 522.