

Les Cahiers de droit



Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit administratif

Pierre Lemieux

Volume 21, Number 2, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042385ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042385ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lemieux, P. (1980). Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit administratif. *Les Cahiers de droit*, 21(2), 277–291.
<https://doi.org/10.7202/042385ar>

Article abstract

This paper surveys the outlook and statements of Quebec and Canadian legal scholars and judges on issues of administrative law. It attempts to determine whether scholarly writings merely describe the existing state of the law, or whether they play a creative role in pointing for the courts the way in which law should develop towards an ideal model.

To this end, an assessment is first made of the creative power of judges when interpreting the law and of the reactions of scholars to this. Then, an attempt is made to show affinities between judges' and scholars' outlook in cases where an administrative decision conflicts with individual rights or liberties.

The paper concludes that while most public law writing in Canada and Quebec usually reads as a restatement of current case law, recent works show an increasing tendency towards independent, critical legal thinking.

Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit administratif

Pierre LEMIEUX *

This paper surveys the outlook and statements of Quebec and Canadian legal scholars and judges on issues of administrative law. It attempts to determine whether scholarly writings merely describe the existing state of the law, or whether they play a creative role in pointing for the courts the way in which law should develop towards an ideal model.

To this end, an assessment is first made of the creative power of judges when interpreting the law and of the reactions of scholars to this. Then, an attempt is made to show affinities between judges' and scholars' outlook in cases where an administrative decision conflicts with individual rights or liberties.

The paper concludes that while most public law writing in Canada and Quebec usually reads as a restatement of current case law, recent works show an increasing tendency towards independent, critical legal thinking.

	<i>Pages</i>
1. Le rôle créateur de la jurisprudence	279
2. La jurisprudence et la doctrine face au pouvoir discrétionnaire de l'administration	285

Au seuil de cette étude, plusieurs questions nous viennent à l'esprit. Pourquoi étudier le droit autrement qu'en décrivant les techniques juridiques ? Est-ce nécessaire de faire une réflexion sur le travail auquel se consacrent les juristes depuis plusieurs années ? Cette réflexion s'effectue-t-elle de la même façon dans les différents régimes juridiques ? La doctrine a-t-elle le même sens dans tous les pays ? La forme des jugements et arrêts des tribunaux est-elle similaire en Europe continentale et en Amérique du Nord ?

Pourquoi ces interrogations sont-elles formulées ? Elles répondent à la nécessité de bien définir les termes pour comprendre tout l'intérêt et la portée d'un tel sujet.

Au Québec, comme au Canada, le droit qui régit les activités de l'administration publique a ses sources dans le droit anglais introduit en 1763. Ainsi, le droit administratif se situant dans un régime de common law, l'approche des problèmes et les termes employés ne sont pas les mêmes qu'en Europe continentale.

Par exemple, le terme « doctrine » désigne, traditionnellement, les écrits que des auteurs, en général des professeurs, des juges et d'autres juristes ont consacrés à l'étude de la loi et de la jurisprudence¹. Mais, en réalité, la « doctrine » n'a-t-elle pas, compte tenu de la forme des jugements, un sens plus large ? Si l'on ne connaît en France que le texte officiel des décisions prises collégialement par le Conseil d'État, au Canada, en revanche, chaque juge donne les motifs selon lesquels il tranche le point de droit soulevé. L'opinion de chacun, conforme à la décision adoptée par la majorité ou au contraire dissidente, est publiée. Ainsi, « les jugements et arrêts prennent souvent la forme presque littéraire d'une dissertation et il leur arrive de jouer le rôle de doctrine »². C'est cette jurisprudence qu'on pourrait appeler « doctrine juridictionnelle » qui a « forgé, unifié et plusieurs fois réformé le droit et qui en a fait un système, sans le secours de grandes synthèses doctrinales »³.

Ce faible rôle de la doctrine (au sens traditionnel)⁴ dans les sources du droit est certainement dû à notre système juridique qui accorde à la magistrature un immense prestige. Le juge crée et commente en même temps le droit. Malgré cela, depuis une quinzaine d'années, nous connaissons une nouvelle littérature de droit public et nous bénéficions de plusieurs travaux, ouvrages et articles de grande valeur.

L'étude de cette récente doctrine nous permettra d'en analyser les préoccupations. Sommes-nous en présence d'une doctrine qui ne fait que décrire le droit existant, ou bien qui laisse libre cours à son imagination pour

1. P. AZARD et A.-F. BISSON, *Droit civil québécois*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971, t. I, p. 36.

2. J. BEETZ, « Le professeur de droit et le juge », (1979) 81 *R. du N.* 506, p. 507.

3. *Ibid.* ; J.A. JOLOWICZ, « Les décisions de la Chambre des lords », (1979) 31 *R.I.D.C.* 521, p. 537 :

Pour la survivance comme pour la croissance et le développement de la common law, le raisonnement des juges (...) est plus important dans le monde moderne que leurs décisions par elles-mêmes.

4. Pour les fins de la présente étude, on entend par « doctrine » les écrits des auteurs de droit administratif considérés dans leur ensemble, exception faite des opinions émises par les juges dans leurs jugements.

faire évoluer le droit vers un modèle toujours plus proche d'un idéal ? Cette question fait apparaître l'intérêt du sujet mais aussi les difficultés de la recherche. En effet, l'ampleur du sujet ne fait aucun doute. Une délimitation s'impose donc. Mais elle n'est pas exempte de difficultés et comporte une certaine part d'arbitraire, en tout cas un choix.

1. Le rôle créateur de la jurisprudence

Le juge, lorsqu'il rend jugement, met ainsi fin à une contestation concrète ou bien établit l'existence ou l'inexistence d'une violation du droit : « (...) ce sont des actes individuels. Ils ne créent donc immédiatement que des normes individuelles, mais constituent en même temps la reconnaissance de règles générales (...) »⁵. Le juge ne fait-il alors qu'interpréter le droit, ou le crée-t-il ?

Le juge n'est détenteur, sur le plan formel, d'aucun pouvoir normatif et le plus clair énoncé de ce principe est certainement celui du juge Pratte, de la Cour d'appel du Québec, dans la cause *Giroux v. Maheux*⁶ :

Chacun sait que le propre du pouvoir judiciaire est de rendre justice, c'est-à-dire de donner à chacun ce qui lui appartient. La décision judiciaire, quel que soit le tribunal qui la rende, ne crée pas de droits : elle ne fait que déclarer ceux dont le tribunal constate l'existence. Cette décision résulte uniquement de l'examen des faits à la lumière de la loi. Celle-ci crée les droits, et le tribunal les constate. Cette constatation se fait par l'application aux faits d'une norme objective, indépendante du tribunal lui-même, et à laquelle celui-ci ne peut rien changer : la loi. Le pouvoir de décider autrement n'est point le pouvoir judiciaire.⁷

Dans l'arrêt *Brunet v. Commissaires d'écoles pour la municipalité de St-Benoît*⁸, le tribunal a même précisé que « les juges sont obligés d'appliquer la loi telle qu'elle existe et non telle qu'ils la désireraient parfois... »⁹. Cette affirmation fut reprise par la doctrine dans les termes suivants :

5. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 165.

6. [1947] B.R. 163.

7. *Id.*, p. 168.

8. [1962] C.S. 86 ; voir aussi *Severn v. R.*, (1877-79) 2 R.C.S. 70, p. 103 ; *P.G. Québec v. Slanec*, (1933) 54 B.R. 230, p. 263 ; *C.T.C.U.M. v. Syndicat du Transport de Montréal*, [1977] C.A. 476 ; dans l'affaire *Cedar Towers Corp. v. Cité de Montréal*, [1960] C.S. 552, p. 555, le juge Brossard émet l'opinion suivante :

Les juges cependant ne peuvent ignorer la loi ; ils doivent la respecter ; ils ne peuvent substituer leur opinion sur la sagesse de la loi à celle du législateur ; toute critique de la sagesse de la loi doit s'adresser à la Législature.

Voir *Dowhopoluk v. Martin*, (1972) 23 D.L.R. (3d) 42, p. 51 ; *R. v. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, pp. 306-307 ; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, p. 779 (dissidence du juge Abbott).

9. *Id.*, p. 94.

C'est donc dire que le rôle du juge ne consiste pas à faire la loi mais à l'appliquer.¹⁰

La fonction du juge semble donc se limiter à la simple vérification de la conformité ou de la compatibilité de l'activité des citoyens ou de l'administration avec les lois telles qu'adoptées par le Parlement. En définitive, le juge semble n'exercer qu'un pouvoir de contrôle, sans aucune discrétion.¹¹

À la lumière de ces affirmations jurisprudentielles et doctrinales, l'on peut dire que le juge n'est pas maître du droit. Il ne le crée pas mais le constate, le reconnaît. Conclure sur cette pensée serait certainement nier un des rôles principaux du juge. Lorsque le tribunal interprète la loi, il tient compte sans nul doute des formalités de la loi¹²; mais en interrogeant en même temps sa conscience et en analysant les circonstances dans chaque cas, il complète d'une certaine manière le travail du législateur et « le dirige vers son but essentiel qui ne peut être que la justice »¹³. En somme, même si l'action du juge, c'est l'application concrète de la loi¹⁴, il apparaît que l'activité d'interprétation n'est en réalité jamais neutre. Nous pouvons même ajouter qu'il est presque impossible d'interpréter sans créer. Ainsi, comme le soutient M. le juge Emmett M. Hall, la fonction législative ne doit pas être conçue comme l'antithèse de la fonction judiciaire; il n'y a très souvent qu'une différence de degré mais non de nature entre le fait de légiférer et celui d'appliquer la loi¹⁵. La fonction d'interprétation du droit par le juge est, en effet, une fonction souple¹⁶. Il s'ensuit une extrême difficulté dans la

10. R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 1079; R. DUSSAULT, *Comm. Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration*, (1968) 46 R. du B. can. 97; B. BISSONNETTE, « Considérations sur la Cour d'appel », (1962) 22 R. du B. 573, pp. 579-580; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1972, p. 283.

11. *Id.*, p. 1081.

12. Voir la jurisprudence citée *supra*, n. 8; dans l'affaire *Re Gooliah and Minister of Citizenship and Immigration*, (1967) 63 D.L.R. (2d) 224, il est intéressant de lire les motifs du juge Guy (p. 238), qui formule une critique sévère sur la législation existante; voir sur ce point le commentaire de R. DUSSAULT, *supra*, n. 10.

13. G. DEL VECCHIO, *L'État et le droit*, Paris, Dalloz, 1964, p. 320.

14. B. BISSONNETTE, *supra*, n. 10, p. 988.

15. E.M. HALL, « Law Reform and the Judiciary's Role », (1972) 10 *Osg. Hall L.J.* 403; voir aussi B. LASKIN, « The Judge and Due Process », (1972) 5 *Man. L.J.* 236.

16. J.M. SWEENEY, « L'exposition du droit par le juge », (1960) 12 R.I.D.C. 685, p. 687; voir notamment l'arrêt *Seaford Court Estates Ltd. v. Asher*, [1949] 2 K.B. 481, où lord Denning déclare :

(...) un juge ne peut pas se borner à se croiser les mains et à critiquer les rédacteurs des textes législatifs. Il doit tenter d'élaborer une interprétation permettant de tenir compte des intentions du Parlement, et cela non seulement à partir de la lettre de la loi, mais aussi des préoccupations d'ordre social qui sont à l'origine de celle-ci et des inconvénients auxquels elle était destinée à remédier; il doit ensuite compléter le texte écrit de manière à lui donner « force et vie » selon les intentions du Parlement. (p. 499)

On notera cependant que lorsque cette affaire fut déferée à la Chambre des lords, lord MacDermot émit l'opinion que les principes d'interprétation avancés par lord Denning avaient été exposés en termes trop larges: [1950] A.C. 508, p. 530.

définition de ses limites exactes¹⁷. Mais il suffit de considérer la jurisprudence du droit administratif pour se convaincre que le juge exerce une fonction à la fois créative et souple, mais qu'il se garde bien de s'affirmer comme source de droit.

Dans l'ensemble, la doctrine ne semble pas attacher à cette question « le juge crée-t-il le droit ? », une importance considérable. Elle l'évoque en effet plus souvent qu'elle ne la traite¹⁸. En somme, une doctrine majoritaire considère cette question résolue¹⁹ et consacre plutôt ses énergies à l'analyse d'une situation ou bien parfois à une critique qui a pour tâche de montrer au juge de quelle manière et selon quels principes il doit s'efforcer de statuer.

Un des exemples caractéristiques de l'interprétation de la loi conduisant à une création de droit est certainement la jurisprudence relative aux clauses privatives. D'ailleurs cette question a fait l'objet d'abondants développements dans la doctrine.

Le contrôle de l'action administrative par les tribunaux judiciaires est fondé sur la notion d'excès de pouvoir qu'on désigne généralement sous le nom d'*ultra vires*. Mais, se fondant sur la suprématie de la fonction législative, le législateur a parfois voulu priver les citoyens de leurs recours aux tribunaux de droit commun, lesquels ont un pouvoir de surveillance et de contrôle sur la légalité des actes de l'administration, au moyen de clauses restrictives insérées dans la loi. Ces clauses sont habituellement dites clauses privatives.

Un exemple d'une telle clause se trouve à l'article 100 du Code de procédure civile :

17. *Ibid.*

18. Lord REID, « The Judge as Law-Maker », (1972) 12 *J. Soc. Pub. Teachers of Law* 22 :

There was a time when it was thought almost indecent to suggest that judges make law — they only declare it. Those with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin's cave there is hidden the common law in all its splendour and that on a judge's appointment there descends on him knowledge of the magic words Open Sesame (...). But we do not believe in fairy tales any more.

G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1979, pp. 51 et ss. ; G. PÉPIN, Chr. Droit administratif, (1974) 34 *R. du B.* 532, p. 545 :

J'espère bien ne scandaliser personne en parlant de la fonction législative des juges.

H. LÉVI, « An Introduction to Decision », 36 *Harv. L.R.* 641, pp. 802, 940 (1923) ; J. DESCHENES, « Le rôle législatif du pouvoir judiciaire », (1974) 5 *R.D.U.S.* 1.

19. G. 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, p. 486 :

Il ne convient pas de s'arrêter ici sur les techniques d'élaboration du droit fait par le juge et sur les avantages et inconvénients de ce mode de fabrication. Je me contente de rappeler que ce droit jurisprudentiel existe.

Il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire ni mesure provisionnelle contre un ministre du gouvernement de cette province, ni contre un officier agissant sur des instructions, pour le forcer à agir ou à s'abstenir d'agir relativement à une matière qui se rapporte à l'exercice de sa charge ou de l'autorité à lui conférée par quelque loi de cette province.

Par cette clause générale, le législateur a tenté de soustraire l'administration québécoise au pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux judiciaires. Il existe aussi des clauses qui stipulent que toute décision d'un tribunal administratif sera finale et sans appel.

Une question vient alors à l'esprit : quelle attitude ont les tribunaux face aux clauses privatives ? Avant d'y répondre, notons qu'en cette matière, la doctrine a toujours considéré que « nos tribunaux ont un rôle d'une importance capitale »²⁰ et que la protection du citoyen doit être la préoccupation constante de la fonction judiciaire²¹.

Les tribunaux canadiens, s'inspirant du droit anglais, ont presque toujours ignoré les clauses privatives lorsqu'ils désirent intervenir²². Les juges ont toujours démontré une certaine hostilité envers de telles dispositions. Ainsi le juge Brossard, dans l'arrêt *Guay v. Lafleur*²³ déclare :

Pas plus en pays de liberté démocratique qu'en pays de dictature, l'État n'est justifié au nom de ce qu'il considère le bien commun, de dépouiller l'individu de la protection de la loi quant à sa personne et à ses biens.²⁴

Suivant ce principe, la Cour suprême considère que lorsqu'un tribunal inférieur juge contrairement aux principes fondamentaux de la justice naturelle, il excède sa juridiction²⁵. S'il excède sa juridiction, il agit en réalité sans juridiction et son acte donne lieu à l'emploi de recours aux tribunaux supérieurs. En présence d'une telle situation de défaut ou d'excès de

20. A. CLOUTIER, L. GIROUX et P. KENIFF, « L'affaire *Woodward* et la clause privative parfaite », (1974) 34 R. du B. 244, p. 247.

21. *Ibid.* :

Une fonction judiciaire alerte, vigilante et innovatrice restera toujours dans une constitution de style britannique, une garantie de légalité et une protection contre tout abus de pouvoir. Nos tribunaux ne doivent pas hésiter à empêcher tout empiètement sur le judiciaire par le législatif ou l'exécutif, au-delà du principe de la séparation des pouvoirs. C'est la liberté des citoyens qu'ils se chargent ainsi de protéger.

22. *Janis v. Associated Medical Services Inc. and Ontario Labour Relations Board*, [1964] R.C.S. 497 ; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Commission des relations ouvrières*, [1953] 2 R.C.S. 140 ; *Sommers v. Edmonton*, (1978) 88 D.L.R. (3d) 204 ; *Re Melanson and Halifax Board of School Commissioners*, (1977) 75 D.L.R. (3d) 641.

23. [1962] C.S. 254.

24. *Id.*, pp. 271-272.

25. *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Commission des relations ouvrières*, *supra*, n. 22 ; on trouve une étude détaillée de la jurisprudence dans l'affaire *Chef Max Gros-Louis v. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38, pp. 162 et ss.

juridiction²⁶, toute restriction aux pouvoirs de contrôle d'un tribunal supérieur devient inopérante et « l'intervention des cours supérieures est constante en semblable matière et il est heureux qu'il en soit ainsi et ce dans le plus vif intérêt du justiciable »²⁷.

L'on remarque à la lecture des arrêts et de la doctrine sur les clauses privatives, que ce sont les juges qui ont émis les opinions les plus critiques sur le sujet²⁸. Ceci s'explique peut-être par le désir du juge de justifier l'exercice de son pouvoir créateur.

Lorsque le judiciaire intervient malgré l'existence d'une clause accordant une immunité, et contrôle l'activité d'une autorité administrative qui agit sans autorisation légale, outrepassse ses attributions, pose un acte illégal, agit en vertu d'une habilitation légale invalide, ou excède sa juridiction, la doctrine lui en donne simplement acte²⁹. Mais la réaction doctrinale est beaucoup plus vive lorsque le tribunal refuse d'intervenir.

Ainsi, en 1970, en présence d'une clause ainsi libellée : « (...) la décision du ministre est finale et concluante et lie toutes les personnes et (...) elle n'est sujette à aucun appel, examen ou révision en quelque cour que ce soit, et toute décision que le ministre a rendue en vertu du présent paragraphe est par les présentes ratifiée et confirmée et lie toutes les personnes »³⁰, la Cour suprême du Canada affirme qu'elle ne peut aller à l'encontre de ce texte,

26. *Malo v. Commission de la fonction publique*, [1978] C.S. 712; *Driscoll College v. Morin*, C.A. Québec, 7 fév. 1978, J.E. 78-157; *Jaundoo and A.G. of Guyana*, [1971] A.C. 972; *Société Asbestos Ltée v. Société nationale de l'amiante et P.G. Québec*, [1979] C.A. 342; *P.G. Québec v. Société du Parc industriel du centre du Québec*, [1979] C.A. 357.

27. *Canadian Air Line Flight Attendants Association v. Air Canada*, [1977] C.S. 728, p. 732; voir A. PRUJINER, « Injonction et discrétion administrative », (1979) *C. de D.* 1061, pp. 1065-1066 :

Il ne reste donc plus grande portée à l'article 100 du Code de procédure, et cela démontre, heureusement peut-être, la fragilité des barrières législatives dressées pour soustraire l'activité gouvernementale au contrôle judiciaire.

28. Voir notamment, pour l'opinion des juges, la jurisprudence citée *supra*, n. 23 et 27; dans l'affaire *Lepage v. Association québécoise des pharmaciens propriétaires*, [1973] R.P. 73, le juge Bard déclare :

Malgré le texte impératif des articles 94b et 100 C.P.C., et autres de même nature, qu'ils soient privatifs ou prohibitifs, il se présentera toujours quelques cas particuliers susceptibles d'affecter des droits fondamentaux où, dans l'intérêt de la justice, l'injonction devra être accordée.

29. La doctrine ne prend que rarement position, elle nous décrit une situation, Voir B. DUSSAULT, *Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1969, pp. 115 et ss.; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *supra*, n. 18, pp. 328-335; P. CUTLER, *Labour Relations and Court Review*, Montréal, Tundra Books, 1968, pp. 48 et ss.; D.J. MULLAN, *Administrative Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1979, pp. 222 et ss.; B.L. STRAYER, « Injunctions against Crown Officers », (1964) 42 *R. du B. can.* 1.

30. *Succession Duty Act*, R.S.B.C. 1960, c. 372, art. 5(1) h); mod. 1970 (B.C.), c. 45.

puisque'il assure une ratification législative à toute décision que rend le ministre en vertu de cet article, même si cette décision aurait été invalide en l'absence de cette disposition³¹. Cette position jurisprudentielle fut vivement critiquée par la doctrine. Selon le professeur Gilles Pépin :

La clause privative empêchait donc la Cour suprême de prononcer la nullité d'une décision que ses membres estimaient nulle au motif que l'autorité administrative en cause avait outrepassé sa compétence. En présence du libellé particulier de cette clause, la magistrature à bout de souffle vient donc de baisser pavillon : il est vrai qu'elle pouvait difficilement faire face à l'arme moderne fabriqué par le parlement de la Colombie-Britannique... On ignore si une médaille a été décernée à l'inventeur de la clause et si l'arrêt de la Cour suprême a donné lieu à des réjouissances.

(...) il va de soi que nous n'entendons pas soutenir ici que les tribunaux doivent avoir le monopole du contrôle exercé sur l'administration ; mais, on ne saurait minimiser l'importance des garanties et des avantages du contrôle judiciaire exercé sur la légalité de l'activité de l'administration, à plus forte raison si ce contrôle était adapté aux exigences de notre temps.³²

Par contre, une certaine doctrine, plus soucieuse de la lettre des textes, opte dans l'autre sens, estimant que

(...) de fait, la Cour suprême a simplement décidé que le législateur est libre d'adopter toute loi qu'il estime nécessaire : les tribunaux n'ont *aucun pouvoir* de contrôle quant à la validité ou l'opportunité d'une législation au Canada.

La seule restriction à ce principe, ce sont les règles de droit énoncées par la constitution canadienne relatives à la division des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et celui de chacune des provinces.³³

Ainsi, en présence de textes législatifs comportant des clauses privatives, la réaction de la doctrine a toujours été favorable à leur interprétation restrictive par les tribunaux. C'est en effet lorsque les juges se veulent plus formalistes et interprètent ces clauses de façon extensive que la doctrine s'est faite plus critique. Cependant, S.A. de Smith jette un jour différent sur cette situation en déclarant qu'il est plus dangereux pour le justiciable de rendre un agent public seul juge des motifs requis pour exercer un pouvoir discrétionnaire que de soustraire, en termes explicites, l'activité d'un agent à qui on a conféré des pouvoirs définis au pouvoir de contrôle des tribunaux³⁴.

31. *Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] R.C.S. 120.

32. G. PÉPIN, « La Cour suprême et l'affaire Woodward », *Le Devoir*, 14 nov. 1973 ; G. PÉPIN, *Chr. Droit administratif*, (1974) 34 *R. du B.* 90 et 532 ; A. CLOUTIER et P. KENNIFF, *supra*, n. 20.

33. P. PRONOVOST, *Lettre in Le Devoir*, 28 nov. 1973.

34. S.A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1968, p. 360.

2. La jurisprudence et la doctrine face au pouvoir discrétionnaire de l'administration

Il n'est point d'Administration efficace en dehors d'une règle, car la première condition de l'efficacité c'est l'ordre ; et il n'est point d'ordre là où une règle ne vient point assurer la convergence des initiatives, la délimitation des compétences, la cohésion de l'action.³⁵

Cette règle doit être protégée par les juges. Se basant sur une certaine représentation des rapports entre le pouvoir et l'homme, et ayant pour but d'assurer la protection juridique de ce dernier, les tribunaux ont créé une série de règles permettant à l'administré de participer à l'élaboration de la décision, ou au moins d'en être tenu informé. C'est le cas, entre autres, des règles qui prescrivent l'audition préalable des intéressés ou leur permettent de prendre connaissance des documents qui doivent fonder la solution de l'affaire.

C'est ainsi que nos tribunaux judiciaires annulent des décisions administratives qui ont porté atteinte à la « justice naturelle ». Une obligation se trouve donc imposée à l'administration de respecter des règles de procédure créées par le juge et non par le législateur. Ces « principes généraux du droit » ont valeur de droit positif et le juge lui-même est tenu d'en assurer le respect, en sanctionnant leur violation, comme il le fait pour la loi écrite. Ainsi le rôle que joue actuellement le juge en contrôlant l'exercice du pouvoir discrétionnaire tend à satisfaire les exigences du principe de la légalité. Le contrôle juridictionnel de l'administration constitue, en somme, un moyen de réduire au minimum l'indépendance administrative à l'égard de la réglementation juridique. Nos tribunaux contribuent ainsi à l'élimination de l'arbitraire administratif.

Mais longtemps seules les décisions administratives à caractère juridictionnel pouvaient être déclarées illégales comme contraires à la justice naturelle³⁶. Des règles de procédure prenant origine dans le concept de « justice naturelle », que nous pouvons résumer sous deux titres, soit le droit à une décision impartiale (*nemo judex in causa sua*) et le droit d'être entendu (*audi alteram partem*), ont été établies par les tribunaux et s'appliquent à l'administration lorsque celle-ci exerce des pouvoirs juridictionnels (qualifiés en ce sens de « judiciaires » ou « quasi judiciaires »). Constatant que l'administration, à certaines occasions, ne respectait pas certaines règles de justice naturelle, les tribunaux dans leur désir de protéger le simple citoyen

35. J. RIVERO, « L'État moderne peut-il encore être un État de droit ? », (1957) *Annales de la Faculté de droit de Liège* 65, p. 76.

36. *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Commission des relations ouvrières*, *supra*, n. 22; *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

favorisèrent une application extensive de la notion de pouvoir juridictionnel. Ainsi, il a été décidé qu'une autorité ayant qualité pour accorder ou refuser un permis de construire exerce un pouvoir juridictionnel en ordonnant la destruction d'une maison édiflée sans permis³⁷, puisqu'elle tient de la loi le pouvoir d'infliger au contrevenant une amende³⁸. La doctrine a cependant montré une certaine désapprobation à l'endroit d'une application exagérément extensive de la notion de pouvoir juridictionnel. Ainsi Me René Dussault :

L'usage de la notion de l'*ultra vires* dans un sens aussi large contribue pour beaucoup à l'obscurité qui existe dans cette partie du droit administratif. La plupart des incertitudes présentes en matière de contentieux de la légalité administrative proviennent de cet usage extensif. Afin de rendre plus claire, cohérente et compréhensible cette partie du droit (...), les tribunaux devraient cesser d'étendre à la limite la portée du concept de juridiction et accepter de restreindre la notion de l'*ultra vires* pour l'utiliser dans son sens étroit.³⁹

De même, comme le soulignent les professeurs Gilles Pépin et Yves Ouellette, il ne faudrait tout de même pas « judiciariser à outrance le fonctionnement de l'administration publique dans le but légitime de protéger les administrés »⁴⁰.

Déjà depuis plusieurs années, les tribunaux britanniques ont décidé que les règles de justice naturelle étaient susceptibles de s'appliquer à toute autorité administrative affectant les droits d'une personne, sans qu'il soit nécessaire de conclure que ces décisions sont de nature « judiciaire » ou « quasi judiciaire ». Les juges anglais mirent de l'avant, pour étendre le champ d'application des règles de justice naturelle, un nouveau concept : le *duty to act fairly*, qu'on peut traduire par le « devoir d'agir avec équité »⁴¹. Le pouvoir judiciaire s'ouvrait alors une porte permettant de contrôler la discrétion administrative. La doctrine accueillit favorablement ce concept, signalant que « le droit anglais a finalement su s'échapper de sa camisole de force conceptuelle et est maintenant en mesure d'élaborer de nouvelles lignes

37. *Cooper v. Wandsworth Board of Works*, (1863) 14 C.B. (N.S.) 180.

38. *Hopkins v. Smethwick Local Board of Health*, (1890) 24 Q.B.D. 712.

39. R. DUSSAULT, *supra*, n. 10, p. 1423; voir aussi H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1971, pp. 188 et ss.

40. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *supra*, n. 18, p. 187. Certains auteurs semblent toutefois soutenir une évolution en sens contraire : voir P. GARANT, « La Cour suprême et l'évolution récente du droit administratif — L'arrêt *Howarth* : une décision regrettable qui confirme l'influence du juge Pigeon », *Le Devoir*, 29 avr. 1975. Une jurisprudence récente semble vouloir restreindre la notion de pouvoir juridictionnel ; ainsi, le juge Pigeon dans l'arrêt *Martineau v. Comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui*, [1978] R.C.S. 118, observe que « (l'arrêt *Saulnier*) ne signifie pas que chaque fois qu'une décision porte atteinte aux droits d'un requérant, il existe un devoir d'agir de façon judiciaire ».

41. *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40.

de conduite mieux adaptées au contrôle judiciaire du "processus décisionnel" administratif »⁴². 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 entre les catégories « judiciaire », « quasi judiciaire » ou « administratif » ; de plus, il serait injuste de n'accorder de garanties procédurales qu'à certains administrés, et de les refuser complètement à d'autres, alors que les décisions administratives à prendre entraînent des conséquences également sérieuses pour les personnes visées⁴³.

Toutefois, au Canada, les tribunaux ont fait de la distinction traditionnelle entre les fonctions « judiciaires » ou « quasi judiciaires » et les fonctions « administratives » le critère essentiel de l'application des règles de justice naturelle⁴⁴. L'application des principes de justice naturelle s'en trouve écartée en présence d'une discrétion administrative. Ainsi, seuls les pouvoirs discrétionnaires à caractère « judiciaire » sont soumis à des normes procédurales minimales.

Cette position jurisprudentielle fut sévèrement jugée par la doctrine, qui considère que «... la personne humaine ne devrait jamais pouvoir être considérée comme juridiquement nue lorsque la coercition étatique s'exerce à son endroit. Même si aucune norme naturelle ne vient circonscrire l'exercice d'une discrétion, rien ne devrait interdire que quelques standards "procéduraux" plus ou moins souples ne puissent être exigés »⁴⁵. Les auteurs préconisent ainsi un contrôle juridictionnel qui ne viserait nullement à supprimer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique mais garantirait aux citoyens qu'un usage normal en est fait⁴⁶.

42. L.N. BROWN et M. BOUCHARD, « Le contrôle judiciaire en droit britannique : justice naturelle ou *fairness* », (1977) 18 *C. de D.* 155, p. 182.

43. Voir D.J. MULLAN, « Fairness : The New Natural Justice », (1975) 25 *Univ. of Tor. L.J.*, 281.

44. *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Commission des relations ouvrières*, *supra*, n. 22 ; *Calgary Power v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24 ; *Guay v. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12 ; *Walters v. Essex County Board of Education*, [1974] R.C.S. 481 ; *Saulnier v. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572 ; *Howarth v. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453 ; *Martineau v. Comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui*, *supra*, n. 40 ; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration v. Hardayal*, [1978] 2 R.C.S. 470.

45. H. BRUN, « La discrétion administrative a la vie dure », (1975) 16 *C. de D.* 723, pp. 728-729 ; voir aussi P. GARANT, *supra*, n. 40.

46. S.A. DE SMITH, *supra*, n. 34, p. 200 :

Public policy does not dictate that tenure of an office held at pleasure should be terminable without allowing its occupant any right to make prior representations on his own behalf ; indeed, the unreviewability of the substantive grounds for removal indicates that procedural protection may be all the more necessary.

En octobre 1978 notre jurisprudence, s'inspirant du droit britannique, prit à son tour cette voie⁴⁷. On voit ainsi apparaître un contrôle judiciaire portant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'administration. Ce contrôle s'ordonne autour de l'idée que l'administration publique doit toujours agir avec équité, « dans le sens qu'elle ne doit ni faire preuve de mauvaise foi ni abuser de ses pouvoirs »⁴⁸. On peut donc parler d'un cadre procédural ou de principes de justice naturelle relatifs à l'exercice d'un pouvoir de nature purement « administrative ». Ainsi, un arrêt plus ancien favorable à cette tendance affirmait déjà que « lorsqu'on envisage de rejeter une demande pour un motif propre à un requérant en particulier, la nature du droit (de citoyenneté) et son importance pour cette personne sont telles que, d'une façon ou d'une autre au cours de la procédure, on devrait au moins lui accorder la possibilité de contester ce motif »⁴⁹.

Bref, le pouvoir discrétionnaire de l'administration publique nous apparaît maintenant soumis à un principe de common law, le *duty to act fairly*⁵⁰. Le professeur Pépin écrit à propos de ce nouveau courant jurisprudentiel qu'« 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 »⁵¹. Il semble donc que, dans l'esprit de la doctrine, l'on souhaite que le pouvoir discrétionnaire de l'administration corresponde à l'exercice d'une volonté libre mais encadrée par des règles fournies par le juge. En somme, « le droit de l'individu à l'égalité devant la loi devrait alors fonder son droit à ce que certaines façons de procéder soient respectées »⁵².

À la lumière de cette jurisprudence et de cette doctrine, l'on constate que l'action du juge permet de soumettre l'administration publique à la

47. *Nicholson v. Haldiman-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

48. G. PÉPIN, *Chr. Droit administratif*, (1979) 39 *R. du B.* 121, p. 122; voir aussi D.J. MULLAN, *supra*, n. 29, p. 16.

49. *Lazarov v. Secrétaire d'État du Canada*, [1973] C.F. 927, p. 938.

50. *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, *supra*, n. 47, p. 324:

J'accepte donc aux fins des présentes et comme principe de common law ce que le juge Megarry a déclaré dans *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373, à la p. 1378: « dans le domaine de ce que l'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de la justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement ».

Voir aussi *Martineau v. Comité de discipline de l'institution de Matsqui (no 2)*, Cour suprême du Canada, 13 déc. 1979.

51. G. PÉPIN, *supra*, n. 48, p. 125.

52. H. BRUN, *supra*, n. 45, p. 731; voir aussi P. JACKSON, *Natural Justice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1973, p. 10.

règle, et de réduire le risque toujours présent d'arbitraire dans la décision administrative⁵³. Le professeur Pépin observe d'ailleurs :

Cette activité créatrice du juge est d'autant plus importante et nécessaire, au niveau des principes du droit administratif, que les parlements (du moins fédéral et québécois) ne semblent pas préoccupés outre mesure par l'état général du droit. Ainsi, par exemple, les règles jurisprudentielles de justice naturelle auraient en fait une importance moindre — elles conserveront toujours leur utilité de principe — si les législateurs étaient plus soucieux d'édicter dans leurs lois des règles de procédure répondant aux exigences d'équilibre entre les besoins des administrés et ceux de l'administration.

Certes, les cas d'ouverture au contrôle judiciaire de l'activité administrative feront toujours une place importante au pouvoir d'appréciation du juge. Comment, par exemple, donner à l'expression «abus de pouvoir» une définition législative telle que son application deviendrait automatique? Toujours, en conséquence, il y aura place pour une activité créative des juges (...).⁵⁴

Par contre, d'autres, sans nier ce travail particulièrement important du juge, contestent le large pouvoir d'appréciation de celui-ci. Ils préféreraient que le juge témoigne plus de respect aux décisions prises par les autorités administratives «surtout lorsque ces dernières possèdent, sur l'objet de ces décisions, une expertise particulière»⁵⁵. Le professeur Garant estime que ce large pouvoir d'appréciation du juge «devient, à n'en pas douter, un facteur d'incertitude, surtout parce que la jurisprudence prétorienne élaborée en Angleterre, puis chez nous, souffre d'un manque flagrant de systématisation et de logique...»⁵⁶.

En effet, cette jurisprudence souffre d'une insuffisance pratique⁵⁷. Elle n'est pas encore menée à son terme et elle n'a pas réalisé toutes les virtualités qu'elle comporte. Un cadre juridique plus précis pourrait certainement cerner de façon plus étroite le champ d'application de la discrétion administrative. C'est peut-être cette incohérence de la jurisprudence qui a été le plus vivement critiquée. Certains ont même souligné les avantages que peut procurer le système français, par la simplicité de la structure du contrôle

53. H. BRUN, «La mort de la discrétion administrative», (1974) 52 *R. du B. can.* 426, pp. 446 et 450 :

Une liberté sans frontière, du moins procédurale, ne devrait pas exister au niveau exécutif de l'État, lorsque les droits des particuliers sont directement visés.

54. G. PÉPIN, *supra*, n. 19, p. 487.

55. H. BRUN, *supra*, n. 53, p. 447.

56. P. GARANT, «Le contrôle de l'administration au Québec : Bilan et perspectives (1966-74)», (1974) 34 *R. du B.* 343, p. 352.

57. Y. OUELLETTE, «Le pouvoir de surveillance et le contrôle de la sévérité des sanctions disciplinaires ou administratives», (1978) 38 *R. du B.* 362, p. 364 :

Il arrive fréquemment que lorsque les Tribunaux prennent la précaution de rappeler qu'ils n'ont pas à intervenir dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, c'est souvent qu'ils se proposent de le faire indirectement.

juridictionnel (tribunal administratif, Conseil d'État) et les méthodes de travail du Conseil d'État⁵⁸. À cela, certains répliqueront que ce n'est pas le rôle du tribunal d'établir des règles précises à la manière du législateur et que de plus, une telle pratique serait contraire à la technique de la *common law*. Le rôle du juge ne consiste pas à copier le législateur en énonçant d'une manière autoritaire un principe ou une règle, mais plutôt à montrer comment des principes existants peuvent être développés et appliqués à ces circonstances changeantes et peuvent même, à certaines occasions, donner au droit judiciaire un nouveau point de départ⁵⁹.

Conclusion

La jurisprudence en droit administratif consacre donc l'existence d'un procédé de contrôle des actes de l'administration publique. Elle exprime ainsi la subordination d'organes dépendants à des organes indépendants. Par suite, la doctrine n'a jamais vu d'objection à ce qu'au pouvoir discrétionnaire de l'administrateur vienne se superposer celui du juge. Les auteurs reconnaissent sans équivoque le bien-fondé de l'activité créatrice du juge en matière administrative. En effet, la doctrine et la jurisprudence ont à l'égard de l'exercice de ses pouvoirs par l'administration publique une attitude fondamentalement identique, inspirée du souci de protéger le citoyen contre une éventuelle atteinte à ses droits et libertés. Pour cette raison, la doctrine combat les interventions législatives qu'elle croit susceptibles d'entraîner une diminution du rôle du juge⁶⁰.

Devons-nous conclure que la doctrine est entièrement d'accord avec le rôle créateur du juge?

Il faut répondre par la négative. Sans doute, la doctrine est favorable au contrôle juridictionnel et souhaite que le juge comble les vides laissés par le législateur. Mais lorsque le juge s'arroge le pouvoir de vérifier la légalité du droit positif par rapport au droit naturel, les auteurs réagissent énergiquement. L'arrêt *Nissan* illustre ce type de situation⁶¹. Le juge conclut que certaines dispositions du Code de procédure civile sont valides car elles ne contreviennent pas au droit naturel. Un tel raisonnement révèle l'ampleur de la discrétion judiciaire. Un tribunal pourrait ainsi créer du droit, même à

58. P. GARANT, *supra*, n. 56; voir aussi P. GARANT, « Une application aberrante de la théorie du mandat apparent aux actes des ministres : l'arrêt Verreault et Fils », *Le Devoir*, 26 avr. 1975.

59. J.A. JOLOWICZ, *supra*, n. 3, p. 537.

60. R. DUSSAULT, « L'équilibre entre les pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif : rupture ou évolution? », (1979) 22 *Adm. pub. Can.* 196, p. 199.

61. *Nissan Automobile v. Pelletier*, 1976 C.S. 296; voir aussi *C.T.C.U.M. v. Syndicat du transport de Montréal*, *supra*, n. 8.

l'encontre du droit positif. Le professeur Brun a vivement critiqué cette tendance :

Le principe premier du régime juridique canadien est (...) la suprématie législative. Il signifie que la fonction législative est le moyen suprême par l'entremise duquel l'État canadien s'exprime. (...) Autrement dit, le droit constitutionnel canadien considère que les organes collégiaux et électifs qui constituent les parlements sont mieux placés et mieux équipés que le juge nommé, pour décider en premier lieu des orientations de la société.⁶²

En fondant sa décision sur le droit naturel, le juge lève tout obstacle à son pouvoir discrétionnaire. Du point de vue doctrinal apparaît le danger du « jusnaturalisme ». Aux yeux des auteurs, le droit naturel existe, mais c'est aux parlements d'en rendre compte.

Il est donc certainement possible d'affirmer que même si l'ensemble de notre doctrine de droit public se présente généralement comme un résumé de l'état de la jurisprudence sur les diverses questions, il existe actuellement une nouvelle doctrine qui s'efforce de commenter, de critiquer le droit pour tendre vers un système juridique idéal.

62. H. BRUN, « Les tribunaux et le droit naturel », *Le Devoir*, 18 fév. 1976.