

RÉTROSPECTIVE ET PROSPECTIVE SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Yves-Marie Morissette

Volume 39, Number 1-2, 2008–2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107358ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11537>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Morissette, Y.-M. (2008). RÉTROSPECTIVE ET PROSPECTIVE SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 39(1-2), 1–69. <https://doi.org/10.17118/11143/11537>

Article abstract

Focusing on the judicial review of administrative action in Canadian law, the writer offers a critical account of its evolution over the last forty years and considers those developments which may alter its course in a foreseeable future. He lists what were in his view the most significant and fertile changes in the latter part of the XXth century, insisting on the emergence of interpretive pluralism. In the writer's opinion, a major innovation brought in by a leading case of the Supreme Court of Canada in 1978 has not received from the legal profession the full measure of attention it merits; this neglect would account for the sometimes chaotic state of the jurisprudence on judicial review. The writer then turns his attention to current societal trends and their impact on governmental action. Recent institutional and substantive changes may also reconfigure public law in Canada and, more specifically, in Quebec.

RÉTROSPECTIVE ET PROSPECTIVE SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

par Yves-Marie MORISSETTE*

L'auteur offre une synthèse critique de l'évolution du contentieux administratif en droit canadien au cours de quarante dernières années et il s'interroge sur les facteurs susceptibles d'en changer la teneur à l'avenir. Il identifie les avancées qui lui paraissent avoir été les plus importantes et les plus fécondes à la fin du XX^e siècle, dont l'émergence du pluralisme interprétatif, et il soutient que l'apport tout à fait innovateur d'un grand arrêt de la Cour suprême du Canada en 1978 n'a pas été exploité par les juristes autant qu'il méritait de l'être. Cela explique, selon lui, le développement par moment chaotique de la jurisprudence en matière de contrôle judiciaire. Il examine ensuite les tendances sociétales actuelles qui transforment la nature de l'action gouvernementale, ainsi que les réaménagements récents, institutionnels et autres, en droit public canadien et plus spécifiquement québécois.

Focusing on the judicial review of administrative action in Canadian law, the writer offers a critical account of its evolution over the last forty years and considers those developments which may alter its course in a foreseeable future. He lists what were in his view the most significant and fertile changes in the latter part of the XXth century, insisting on the emergence of interpretive pluralism. In the writer's opinion, a major innovation brought in by a leading case of the Supreme Court of Canada in 1978 has not received from the legal profession the full measure of attention it merits; this neglect would account for the sometimes chaotic state of the jurisprudence on judicial review. The writer then turns his attention to current societal trends and their impact on governmental action. Recent institutional and substantive changes may also reconfigure public law in Canada and, more specifically, in Quebec.

*. Juge à la Cour d'appel du Québec. Cet article est basé sur une conférence dont une première version avait été prononcée le 24 mai 2005 devant les juges de la Chambre administrative de la Cour supérieure, district de Montréal. Une version substantiellement remaniée fut prononcée le 3 septembre 2008 au colloque de droit administratif organisé par l'Institut canadien de la magistrature pour la Cour d'appel fédérale. Il va de soi que les points de vue exprimés ici n'engagent que l'auteur.

SOMMAIRE

Introduction	3
I. Qu'y a-t-il à tirer du passé?	5
A. Une vision de l'ancien régime et de ce qui lui a succédé	5
B. L'arrêt <i>SCFP</i> et l'avènement du pluralisme interprétatif en droit administratif	14
C. Les suites lointaines de l'arrêt <i>SCFP</i>	35
II. Que nous réserve l'avenir?	43
A. L'horizon externe	44
i. La transformation du rapport entre l'économie et le politique	45
ii. La mondialisation de l'économie et des crises économiques	49
iii. Les attentes et les inquiétudes sécuritaires	53
iv. Les formes nouvelles de contrôle de l'action gouvernementale	54
B. L'horizon interne	55
i. Les chartes, les tribunaux administratifs et le pluralisme interprétatif	55
ii. Le TAQ et la Cour du Québec	57
iii. La médiation, la conciliation et le pluralisme interprétatif	58
Conclusion	60
Annexe	62

Introduction

Trois remarques préliminaires me paraissent indiquées avant d'attaquer le vif du sujet.

D'abord, comme tous les juges à qui il arrive d'exercer une compétence en révision judiciaire, je suis fréquemment happé par des dossiers de droit administratif qui partagent une même caractéristique, celle d'être intensément techniques. Le contentieux administratif n'existe pas dans l'éther, il survient dans un contexte toujours précis et souvent compliqué.

Dans mon milieu professionnel, la révision judiciaire, c'est par exemple la révision d'une sentence arbitrale qui traite de l'utilisation du surplus actuariel d'un fonds de pension, la révision d'une décision de la Commission des lésions professionnelles dans un dossier touffu, et souvent fort long de rechute récidive ou aggravation, c'est la révision d'un jugement du Tribunal des droits de la personne sur une question complexe et polymorphe d'équité salariale dans une université, etc. En fait de complexité, de diversité et de grande technicité des lois et du droit, les compétences en révision judiciaire des cours supérieures provinciales et de la Cour fédérale sont également bien pourvues.

À cause de ce facteur, un juge a parfois le sentiment d'être contraint, pour paraphraser l'expression anglaise, de ne voir que l'arbre, ou qu'une parcelle de l'écorce de l'arbre, ou de la brindille, rarement le bosquet et jamais la forêt – bref, d'avoir en permanence le nez rivé sur sa copie, de toujours devoir travailler avec un microscope.

Dans un tel contexte, la lecture « en auditeur libre » des arrêts de la Cour suprême du Canada est un luxe que l'on peut rarement se permettre. Presque toujours, nous devons chercher dans ces arrêts une réponse aussi claire que possible à la question étroitement circonscrite que soulève le cas à résoudre. Et les arrêts de la Cour suprême ont de grands mérites, mais rarement celui d'être concis. Il m'a semblé préférable de profiter ici du fait

que je pouvais prendre un peu de recul, d'élargir la perspective, de relire la jurisprudence pour y trouver un sens général plutôt qu'une solution particulière. Travaillant avec un théodolite d'arpenteur plutôt qu'avec une loupe d'horloger, j'ai cherché un point en surplomb, d'où l'on peut admirer toute la forêt, et je vais essayer de décrire le coup d'œil.

Bref, et c'est ma première remarque liminaire, j'ai tenté de faire un travail de synthèse plutôt qu'un exercice d'exégèse serrée de la jurisprudence récente. Je vais bien entendu traiter de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*¹, mais à mon avis tout ne se trouve pas dans cet arrêt, loin de là. Ce qui frappe surtout à son sujet, c'est ce qu'il laisse en plan plutôt que ce qu'il résout, et la source de notre incertitude demeure.

Ensuite, dans la seconde partie de mon exposé, je dirai quelque chose des tendances qui semblent se profiler à l'horizon du droit administratif, mais ce n'est pas sur cet aspect des choses que je veux insister.

Autrement dit, le passé est à mon avis beaucoup plus intéressant et prégnant que l'avenir. Nous avons une bien meilleure prise sur le passé, puisqu'il est déjà là, que sur l'avenir, dont nous savons encore peu de choses. Et surtout, pour bien comprendre ce qui nous attend, il faut mesurer le chemin parcouru jusqu'ici et saisir en quoi les orientations de fond qui ont été prises en droit administratif au cours du dernier quart de siècle ont provoqué une mutation dans la discipline.

Finalement, je vais réitérer une idée que j'avais avancée dans une conférence donnée en 2005, soit l'idée qu'une révolution s'est produite en droit administratif canadien il y a à peu près un quart de siècle – d'où le titre que j'avais alors donné à ma conférence : «Le contentieux administratif vingt-cinq ans après la Révolution». Et je vais soutenir que les nombreuses difficultés d'application que nous posent encore aujourd'hui les règles

1. [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*].

d'intervention en matière de contrôle judiciaire tiennent au fait que nous n'avons pas pleinement exploité tout ce qui découlait logiquement de cette révolution.

Ce sera ma thèse.

En clair, je pense que nous n'avons pas été à la hauteur de l'héritage que nous avait laissé le juge Dickson dans un arrêt fondamental de 1979, et qu'il en résulte aujourd'hui en droit administratif un déficit analytique à la source de la plupart de nos difficultés. Le lamento lancinant de l'administrativiste s'explique par là. Si nous voulons surmonter ces difficultés, il nous faut reprendre le fil de l'analyse et nous demander en quoi celle-ci est susceptible de nous éclairer à l'avenir.

I. Qu'y a-t-il à tirer du passé?

A. Une vision de l'ancien régime et de ce qui lui a succédé

Je ne surprendrai personne en disant qu'en droit administratif comme dans plusieurs autres champs du droit, il y a des périodes ou des époques, caractérisées par un mode de pensée, une certaine façon de faire les choses, et jalonnées par des arrêts marquants qui, justement, fournissent les principaux points de repère jurisprudentiels de l'époque, et permettent d'en fixer approximativement la durée. Ces arrêts paraissent lourdement chargés de sens pendant un certain temps, puis lorsque la période s'achève, leur signification s'estompe et peu à peu ils perdent leur intérêt.

Pour ma part, c'est en septembre 1971 que j'ai fait connaissance, si je puis dire, avec le droit administratif. Les arrêts dont on faisait grand cas à cette époque-là étaient pour la plupart des arrêts dont on n'entend presque jamais le nom aujourd'hui. Il y avait, c'est vrai, au tout premier plan, *Roncarelli c. Duplessis*², qui aujourd'hui fait surtout figure de curiosité historique. Mais les

2. [1959] R.C.S. 121.

autres «grands arrêts» de l'époque, *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*³, *Ridge v. Baldwin*⁴, *Guay c. Lafleur*⁵, *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*⁶, *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*⁷, *Padfield v. Minister of Agriculture*⁸, *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*⁹, *Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹⁰ et *Vic Restaurant c. City of Montreal*¹¹, sont plus ou moins tombés dans l'oubli de nos jours. René Dussault avait bien publié, sous forme de monographie, sa thèse de doctorat sur le contrôle judiciaire¹², mais il n'avait pas encore publié son traité, qui ne paraîtra que trois ans plus tard¹³ en même temps que le *Précis de contentieux administratif* de Gilles Pépin et d'Yves Ouellette¹⁴. Les ouvrages de Garant et de Pierre et Denis Lemieux n'existaient pas encore.

Bref, le paysage intellectuel était fort différent de ce que l'on connaît maintenant, la jurisprudence anglaise se voyait reconnaître une autorité, un magistère même, qu'elle a incontestablement perdus depuis, et les administrativistes sérieux piochaient tous leur sujet avec l'aide des grands ouvrages anglais de l'époque, soit principalement celui de Stanley Alexander de Smith¹⁵ et celui de Henry William Rawson Wade¹⁶.

3. [1969] R.C.S. 85.

4. [1964] A.C. 40.

5. [1965] R.C.S. 12.

6. [1959] R.C.S. 24.

7. [1969] R.C.S. 607.

8. [1968] A.C. 997.

9. [1969] 2 A.C. 147 [Anisminic].

10. [1951] A.C. 66.

11. [1959] R.C.S. 58.

12. René Dussault, *Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1969.

13. René Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974.

14. Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Précis de contentieux administratif*, Montréal, Thémis, 1974.

15. Stanley Alexander de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1968.

16. Henry William Rawson Wade, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

Pourtant, quelques années plus tard commencerait une courte période – je doute qu'on puisse en arrêter avec précision le début et la fin, mais elle pivote autour de l'année 1980 – qui allait s'avérer extrêmement féconde pour le droit administratif au Canada. Au cours de cette période, (i) le droit canadien cessera pour de bon d'être à la remorque du droit anglais, (ii) le formalisme étroit qui caractérisait la pratique des brefs de prérogatives en *common law* sera définitivement mis au rancart (iii) et ce même formalisme qui déteignait abondamment sur les règles de fond fera place à un réalisme et un pragmatisme fort semblable à celui du droit américain, (iv) on assistera à un grand effort d'assainissement et de simplification du discours en droit administratif, et (v) la Cour suprême du Canada transformera de façon radicale la conception dominante de l'interprétation en droit public (ou, peut-être plus spécifiquement, en droit *administratif* au sens étroit du terme – ce qui laisse notamment de côté une part importante du droit constitutionnel). C'est ce dernier apport, en particulier, qui est selon moi révolutionnaire, et j'approfondirai cet aspect des choses plus loin. Entre-temps, les publications savantes en droit administratif, que ce soit sous forme de traités, de monographies, de revues spécialisées ou d'articles, se multipliaient. Les travaux de réflexion théorique ne cessaient de s'enrichir dans un domaine qui, jusqu'à la fin des années soixante, avait été la chasse gardée des praticiens et, surtout, du Barreau de robe.

Je ne veux pas insister sur chacun de ces points, mais avant de m'arrêter au cinquième, qui est le plus important, il me faut tout de même en dire un peu plus pour ancrer mes affirmations dans la jurisprudence.

- i. Déclin de l'influence anglaise. Que le droit canadien se soit peu à peu soustrait à l'influence anglaise me semble une évidence, aussi bien en raison de la croissance rapide d'une production doctrinale locale qui vient supplanter les auteurs anglais (est-ce une cause ou un effet?), qu'en raison de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur laquelle la jurisprudence canadienne en droit public doit

sans cesse tabler à compter de 1982. Plusieurs des points qui suivent illustrent d'ailleurs cette indifférence graduelle à l'endroit du droit anglais. L'attachement culturel demeure – nous ne nous rallierons jamais à la conception française du droit administratif¹⁷, et jamais entièrement non plus à la conception américaine – mais aujourd'hui, c'est à peu près tout ce qui reste.

- ii. Rationalisation des recours. Au cours de la même époque, le formalisme étroit des brefs de prérogative s'atténue puis disparaît, une progression qui s'amorce grâce au *Judicial Review Procedure Act* en Ontario, lequel rend possible l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*¹⁸ et ouvre de ce fait la voie au travail précurseur du juge Dickson dans l'arrêt *Martineau c. Institution de Matsqui (No 2)*¹⁹. La tendance a tôt fait de se confirmer avec l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Inuit Tapirisat*²⁰ (sous la plume du juge Estey) et de s'accélérer avec l'arrêt *Operation Dismantle c. Canada*²¹ (sous la plume du juge Dickson). Parallèlement, le même libéralisme en matière de procédures de redressement atteint le droit

17. Bien qu'au Québec le Tribunal administratif du Québec (TAQ) puisse se concevoir comme une espèce de Conseil d'État – et que certains lui souhaitent probablement une consécration de ce genre – nous sommes encore bien loin du compte. Pour des raisons constitutionnelles, à cause de l'unicité des juridictions dans notre droit, et en raison de l'absence de compétence de principe du TAQ dans des domaines clés du droit administratif (par exemple, les relations de travail ou la santé et la sécurité au travail), il ne peut y avoir de commune mesure entre les deux institutions.

18. [1979] 1 R.C.S. 311.

19. [1980] 1 R.C.S. 602. Il n'est pas sans intérêt de rappeler que dans cet arrêt, les motifs des juges Laskin, McIntyre et Dickson, rédigés par ce dernier, étaient minoritaires (sans être dissidents). Je ne crois pas que l'on se souvienne aujourd'hui des motifs de la majorité, rédigés par le juge Pigeon, mais ce n'est certainement pas le cas des motifs du juge Dickson, qui fait ici mentir l'adage hérité de Lord Coke : «Want of right and want of remedy are of a same equipage.»

20. [1980] 2 R.C.S. 735.

21. [1985] 1 R.C.S. 441.

procédural plus spécifiquement québécois²². L'époque où l'on se pénétrait avec félicité ou componction des différences subtiles entre le bref de prohibition, le bref de *mandamus* et le bref de *certiorari* est bel et bien révolue.

- iii. Rationalisation des règles de fond. Or, le *common law* tout entier se ressentait de ce formalisme atavique, y compris les principes de fond. Je ne parlerai pas de l'émergence du devoir d'agir équitablement, que tout le monde connaît. J'en prends pour seul exemple ici l'idée moins connue, mais encore véhiculée en droit canadien à la fin des années 1970, que «le moindre intérêt pécuniaire direct [dans l'issue d'une procédure quasi judiciaire] disqualifie l'agent appelé à prendre une décision»²³. Toute la question de l'impartialité du décideur sera revue et corrigée en droit canadien à partir de l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*²⁴, fera l'objet d'un grand arrêt de synthèse sous la plume du juge Cory dans l'affaire *Newfoundland Telephone c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*²⁵, puis d'une décision qui ouvre encore de nouvelles perspectives, l'arrêt *R. c. R.D.S.*²⁶. Si l'on compare cette jurisprudence avec l'arrêt *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*²⁷, son équivalent anglais le plus récent, on se doit de conclure, à mon sens, que le droit canadien s'est

22. On en avait eu un signe avant-coureur avec l'arrêt *Duquette c. Ste-Agathe-des-Monts (Ville de)*, [1977] 2 R.C.S. 1132. Cela se confirme avec un arrêt comme *Vachon c. Québec (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 555, et l'on verra par la suite, avec l'importante réforme apportée par la *Loi modifiant le Code de procédure civile, le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1983, c. 28, que le droit québécois est lui aussi emporté par le même mouvement.

23. Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1979 à la p. 190.

24. [1978] 1 R.C.S. 369.

25. [1992] 1 R.C.S. 623.

26. [1997] 3 R.C.S. 484.

27. [1999] 2 W.L.R. 272 (H.L.). Voir le commentaire qu'en fait la Cour suprême du Canada dans *Wewaykum Indian Band c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, au par. 70.

débarrassé plus rapidement de ce fond de formalisme qui occultait des formes d'apparence de partialité considérablement plus préoccupantes que le simple intérêt pécuniaire, *si minime soit-il*, dans l'issue d'un litige.

- iv. Assainissement du discours en droit public. Lorsque je salue la plus grande transparence et la simplicité accrue du droit jurisprudentiel en matière de contrôle judiciaire, et le travail gigantesque accompli en ce sens pendant la période qui m'intéresse, je veux parler très spécifiquement de l'*intelligibilité* de la jurisprudence. Il me semble que, chaque fois que par un arrêt de principe la jurisprudence s'efforce de mettre les choses au net sur une question quelconque, elle ouvre en friche un espace qui nécessairement va se meubler de nouvelles explications, gloses et distinctions, jusqu'à ce qu'une fois de plus on sente le besoin de donner un grand coup de balai. À mon avis, à l'heure actuelle, en matière de contrôle judiciaire sur le fond, nous traversons une phase de surcharge normative, il y a trop de meubles dans la pièce, et nous approchons du moment où il va falloir brader une partie de l'héritage. Je crois que c'est ce que la Cour suprême du Canada a tenté de faire avec l'arrêt *Dunsmuir*, mais on a tout au plus amorcé le travail, il reste encore beaucoup à faire, la Cour est divisée sur la question et, je regrette de le dire, l'aspect le plus essentiel des choses, que j'aborde plus loin, est presque passé sous silence dans cet arrêt.

Je donne cependant un autre exemple, meilleur à mon avis, pour illustrer ce en quoi la période qui m'intéresse a beaucoup contribué à simplifier – en en dégageant des principes – et à enrichir – en lui redonnant du sens – le discours du droit public.

À compter de la fin de la Deuxième Guerre mondiale, on avait vu se multiplier dans les lois canadiennes des dispositions qu'il est convenu d'appeler des «clauses privatives». Initialement, l'attitude des tribunaux judiciaires

face à ces clauses privatives en avait été une de détachement affable. De toute façon, disait la jurisprudence, ces dispositions ne pouvaient faire obstacle au contrôle judiciaire des excès de compétence; or, comme par hasard, dans beaucoup de cas où l'on invoquait de telles clauses, les tribunaux concluaient à l'excès de compétence²⁸. À mon avis il y avait dans cela, et je suis peiné d'avoir à le dire, une mesure non négligeable d'opacité, voire de rouerie intellectuelle. Aussi le ton, peu à peu, s'est-il mis à monter, le législateur ajoutant ici et là des clauses privatives de plus en plus féroces, jusqu'à ce qu'elles atteignent des dimensions proprement comiques²⁹.

C'est alors qu'est arrivé le célèbre arrêt *Crevier c. Québec (Procureur général)*³⁰, non sans un laborieux coup d'envoi préalable³¹. Au moyen d'une phrase en apparence anodine³², cet arrêt unanime de la Cour suprême a donné un grand coup de balai et, Dieu merci, a purgé le droit prétorien d'une partie du double langage auquel je faisais allusion plus haut³³. Bien entendu, il n'a pas tout réglé : il

-
28. Pour un exemple précoce mais extrême de cette attitude, voir *Re Lunenburg Sea Products*, [1947] 3 D.L.R. 195 (N.-É. C.A.).
29. Le mot n'est pas trop fort, je crois, pour décrire la clause sur laquelle se penche la Cour suprême, avant de s'avouer vaincue, dans *Woodward Estate (Executors) c. Minister of Finance*, [1973] R.C.S. 120.
30. [1981] 2 R.C.S. 220 [Crevier].
31. Je pense ici à l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, qui lui au contraire avait apporté quelques meubles superflus là où il y en avait déjà trop.
32. Crevier, *supra* note 30 à la p. 236, au par. 22 : «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.»
33. Il peut sembler paradoxal de donner comme exemple de l'«assainissement du discours» l'arrêt *Crevier*, *supra* note 30, dont l'effet véritable est (1) de désigner une chasse gardée de questions (dites «juridictionnelles») dont on sera désormais empêché de dessaisir la Cour supérieure pour des raisons constitutionnelles, et (2) de «circonscrire» cette chasse gardée au moyen d'une distinction (entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas) qui en réalité n'en est pas une. Autrement dit, je vante les mérites de l'assainissement du discours mais du même coup j'en donne comme

repose, assez malencontreusement, sur la distinction on ne peut plus spongieuse entre les questions de compétence et celles qui ne le sont pas, et il ne résout pas grand chose, sinon rien du tout, en ce qui concerne la validité des clauses privatives dans les lois fédérales³⁴. Mais il a entrepris un ménage qui se faisait attendre depuis longtemps.

- v. Reconnaissance du pluralisme interprétatif. J'en viens à l'élément le plus révolutionnaire de l'ensemble, l'arrêt qui a marqué un changement de cap entre une époque et une autre : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick (SCFP)*³⁵. Comme j'ai l'intention d'en traiter assez en profondeur, je vais me contenter à ce stade et en complétant mon énumération d'avancer l'idée que cet arrêt porte en lui une conception et une représentation radicalement différentes de ce qu'est l'interprétation juridique, et donc du rôle de l'interprète en droit. Cette conception est pragmatique et réaliste plutôt que formaliste, elle est facilement intelligible, en accord avec une conception actuelle du sens que véhiculent les langues

exemple un arrêt qui rejudiciarise d'un trait toutes sortes de questions sur lesquelles il eût été préférable de laisser le dernier mot aux tribunaux administratifs. Cette critique est justifiée jusqu'à un certain point, mais moins qu'il n'y paraît à première vue. Tout d'abord, *Crevier* ne rejudiciarise rien du tout. En «interprétant» systématiquement les clauses privatives de manière à les neutraliser, ce qui est exactement la rouerie intellectuelle que je dénonce ici, on accomplissait déjà cette rejudiciarisation intempestive. En faisant ce commentaire sur l'arrêt *Crevier*, je veux uniquement signaler que cet arrêt, pour la première fois depuis fort longtemps, fait des clauses privatives une lecture honnête, directe et à la portée du commun des mortels : les clauses privatives accomplissent ce qu'elles se donnent pour objectif de faire, y compris sur les questions «juridictionnelles», ce qui explique qu'il faille parfois y voir une atteinte aux pouvoirs inhérents des cours supérieures.

34. La solution de cette question se profile peut-être en filigrane dans l'arrêt *MacMillan Bloedel c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725.

35. [1979] 2 R.C.S. 227 [SCFP].

naturelles³⁶, et si nous en avons mesuré toutes les implications, nous ne ferions pas face aujourd'hui aux difficultés que nous connaissons en matière de contentieux administratif. Je ne dis pas que tout serait résolu à la satisfaction de tout le monde, mais nous n'aurions pas le sentiment d'avancer de nuit, à tâtons, sur une route tortueuse, en plein brouillard.

Il n'est pas certain que le juge Dickson mesurait pleinement toute la portée de ce qu'il écrivait dans cet arrêt. Ce qui est certain, cependant, c'est que les quelques principes qu'on peut en dégager sont (i) résolument modernes, voire post-modernes (ii) en accord avec la vision du droit véhiculée par la très influente école de pensée qu'on appelle *American Legal Realism*³⁷ et (iii) en accord aussi avec les avancées contemporaines – je veux dire du XX^e siècle – en philosophie analytique (p. ex. John Langshaw Austin et Hilary Putnam) et en philosophie du langage (p. ex. Willard van O. Quine et Stuart Hampshire)³⁸.

-
36. J'entends par là, empruntant une définition au *Grand Robert de la langue française*, «un système d'expression du mental et de communication, commun à un groupe social humain (communauté linguistique)».
37. Je n'essaierai pas de définir ce mouvement qui est, il faut le reconnaître, fort hétérogène, et qui regroupe, entre beaucoup d'autres membres influents, des personnalités aussi diverses que les juges Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin N. Cardozo (ce dernier en raison surtout de son essai *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921), Jerome N. Frank et William O. Douglas, de même que les éminents juristes universitaires que furent Roscoe Pound, Karl N. Llewellyn, Walter Wheeler Cook, Underhill W. Moore et Herman Oliphant. Leur caractéristique commune, s'il en est une, est d'avoir appartenu à un groupe de juristes qui refusait de se laisser intimider par l'École rivale des formalistes, ce qui n'est pas rien. On aura une bonne idée des raisons profondes pour lesquelles cette école de pensée était véritablement révolutionnaire (au sens de «révolution copernicienne») en lisant l'excellent et émouvant ouvrage de John Henry Schlegel, *American Legal Realism & Empirical Social Science*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995.
38. Sans vouloir pousser ces observations trop loin et hors du champ familier aux juristes, je signale tout de même pour référence l'ouvrage collectif publié sous la direction de Richard M. Rorty, *The Linguistic*

Je termine ce survol en réitérant qu'à mon avis cette période, commencée au tournant des années 1970 – 1980, et où se situe l'arrêt *SCFP*, marque un changement plus profond et plus durable que toutes les périodes qui l'ont précédée; elle porte aussi en elle le potentiel de résoudre les principales difficultés analytiques auxquelles nous faisons encore face actuellement.

B. L'arrêt *SCFP* et l'avènement du pluralisme interprétatif en droit administratif

Il n'est guère original d'employer le terme «révolution» en parlant de l'arrêt *SCFP* et de la jurisprudence qui s'inscrit dans son sillage³⁹. On a beaucoup écrit et disserté au Québec sur l'arrêt *Union des employés de services, local 298 c. Bibeault*⁴⁰, mais il semble bien que, selon un avis plus largement partagé, le moment fort de cette révolution, la prise de la Bastille, en quelque sorte, ou l'avènement des 95 thèses de Luther, se situe en 1979 et coïncide avec l'arrêt *SCFP*. Je rappelle d'ailleurs que, bien que ces deux arrêts aient été unanimes, seuls quatre juges ont signé l'arrêt *Bibeault*⁴¹, alors que neuf juges ont signé l'arrêt *SCFP*, donc, cinq

Turn – *Essays in Philosophical Method With Two Retrospective Essays*, Chicago, University of Chicago Press, 1967 (2^e éd. 1992). Le très grand mérite d'un philosophe comme J.L. Austin est d'avoir exigé avec la dernière intransigeance une extrême rigueur dans l'emploi des langues naturelles. Certains l'apprirent à leurs dépens : voir Michael Ignatieff, *Isaiah Berlin – A Life*, Londres, Viking, 1998 aux pp. 83-87. La critique que faisait Austin de la manière avec laquelle les juristes usent inconsidérément de termes riches de multiples significations n'est guère flatteuse pour la profession juridique : voir Daniel Yaeger, *J.L. Austin and the Law : Exculpation and the Explication of Responsibility*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2006.

39. Voir William Lahey et Diana Grinn, «After the Revolution: Being Pragmatic and Functional in Canada's Trial Courts and Courts of Appeal» (2002) 25 Dal. L.J. 259; la révolution dont il s'agit est celle déclenchée par l'arrêt *SCFP* (*supra* note 35).

40. [1988] 2 R.C.S. 1048 [*Bibeault*].

41. Pour cause de divers empêchements, les juges Estey, Chouinard et LeDain, qui avaient entendu le pourvoi, n'ont pas pris part à la décision; y ont participé les juges McIntyre, Lamer, La Forest, et Beetz, qui tenait la plume.

de plus⁴². Cela ne change rien à la valeur de précédent de *Bibeault*, mais *SCFP* est un meilleur révélateur de ce qui faisait l'unanimité à la Cour.

J'ajoute que l'arrêt *Dunsmuir* s'inscrit très certainement dans le sillage de ces deux autres arrêts. Aussi est-il sûrement destiné à faire parler de lui. Néanmoins, l'arrêt *Dunsmuir*, à la différence des deux autres, bien qu'unanime dans son dispositif, n'est pas unanime dans sa motivation – il trahit même, à mon sens, des divergences de points de vue marquées entre six membres de la Cour d'un côté et trois de l'autre. Aussi suis-je enclin à penser que *Dunsmuir* n'est qu'une péripétie de moindre importance, une contribution lexicale plutôt que conceptuelle au droit administratif canadien, et assez peu de choses à côté de l'arrêt *SCFP*.

Avant de détailler ce qui me paraît avoir été à la fois audacieux et irrésistiblement *vrai* dans l'arrêt *SCFP*, je signale qu'à peu près à la même époque, et à peu près pour les mêmes raisons, un changement semblable est survenu en droit américain. On s'accorde aux États-Unis pour situer le moment décisif en 1984, date de l'arrêt *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defence Council, Inc.*⁴³. Ce jugement de la Cour suprême des États-Unis survient quelques années après l'arrêt *SCFP*, mais cela tient probablement au fait qu'aux États-Unis la même question de fond a mis plus de temps avant d'atteindre le tribunal suprême.

Trois choses sont néanmoins claires. Premièrement, l'arrêt *SCFP* a pour assise un raisonnement qui, bien que n'ayant pas

42. Dans le texte de Daniel Chénard, «Le contrôle judiciaire et l'analyse pragmatique et fonctionnelle : le dit et le non-dit», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, Cowansville, Yvon Blais, 2004 aux pp. 4-13, l'auteur a très bien circonscrit sept facteurs distincts qui «militaient pour reléguer [l'arrêt *Bibeault*] au rang du cas d'espèce» (à la p. 4).

43. 467 U.S. 837 (1984) [*Chevron*].

encore reçu la consécration de la Cour suprême des États-Unis en 1979, avait déjà largement cours en droit américain⁴⁴. Deuxièmement, il y a une grande similarité de ton entre *Chevron* et *SCFP*⁴⁵. Troisièmement, plusieurs commentateurs – je ne citerai ici que David Mullan – leur attribuent la même portée innovatrice⁴⁶.

On peut faire de l'arrêt *SCFP* une lecture à plusieurs niveaux. Une lecture rigoureusement exégétique, avec renvois à la loi interprétée, est nécessaire pour bien comprendre quelle était la question de fond que soulevait cette affaire, question ressortissant simultanément aux domaines de l'interprétation des lois, du droit

-
44. Dans l'arrêt *SCFP*, *supra* note 35 à la p. 237, le juge Dickson cite l'arrêt *Union internationale des employés des services c. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 R.C.S. 382, signe avant-coureur de ce glissement vers l'analyse déjà assez largement répandue en droit américain. Il avait lui-même rédigé dans cet arrêt les motifs unanimes de la Cour et, s'écartant de l'arrêt *Anisminic*, *supra* note 9, il proposait le critère suivant que je cite en anglais: «...if the Board acts in good faith and its decision can be rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear, then the Court will not intervene.» (à la p. 389)
45. Je reproduis un extrait de ce qu'a écrit la Cour suprême des États-Unis, *supra* note 43 à la p. 844 : «Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency. [...] We have long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, and the principle of deference to administrative interpretations [...] has been consistently followed by this Court whenever decisions as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulation.»
46. David J. Mullan «The View from North America – A Canadian Perspective on Three Troubling Issues» (2004) 17 Can. J. Admin. L. & Prac. 167 à la p. 169: «Just as [*Chevron*] represents the defining moment in the modern United States law governing the scope of review of agency decision-making, so too does the five-year earlier 1979 judgment of our Supreme Court in [*SCFP*] constitute the bench-mark in the Canadian law of judicial review of administrative action.»

du travail et du contentieux administratif. Aussi ai-je ajouté comme Annexe I un court texte sur des aspects que j'avais déjà abordés dans un article antérieur, texte qui (i) décrit le problème d'interprétation de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* du Nouveau-Brunswick auquel faisait face la Cour, (ii) résume l'interprétation raisonnable de la commission en cause, interprétation acceptée par la Cour suprême, et (iii) résume l'interprétation raisonnable de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, interprétation écartée par la Cour suprême. Le lecteur qui voudrait en savoir plus sur ce point pourra se reporter à cette annexe. Mais, je veux surtout m'arrêter ici sur ce que j'appelle, faute de mieux, la question préjudicielle⁴⁷, celle qui s'inscrit entièrement dans le domaine du droit administratif et qui se distingue de la question de fond en droit du travail. À mon avis, l'une des caractéristiques de l'arrêt *SCFP* consiste à atténuer l'importance de la dichotomie entre la question de fond et la question préjudicielle.

Je tenterai de détailler succinctement en quelques propositions l'innovation dont l'arrêt *SCFP* me semble avoir été porteur, en partant de ce qu'il énonce explicitement – je le citerai quelques fois au texte – puis en dégagant point par point ce que cela me semble impliquer :

- i. Délaissement de la méthode *Anisminic*. «Il faut éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.»⁴⁸ Le juge Dickson se démarque ici de la jurisprudence classique en matière de contrôle judiciaire sur le fond, jurisprudence très influencée par le droit anglais et dont l'illustration la

47. Dans l'arrêt *SCFP* (*supra* note 35), la question de fond peut être énoncée ainsi : «L'employeur a-t-il contrevenu à la loi en remplaçant les grévistes ou en attribuant leurs postes à d'autres employés?» La question préjudicielle peut être énoncée ainsi : «La décision rendue par la Commission en réponse à la question de fond est-elle sujette à révision judiciaire et, si oui, selon quel critère (ou selon quelle norme)?»

48. *SCFP*, *supra* note 35 à la p. 233.

plus célèbre était probablement l'arrêt *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*⁴⁹. Un arrêt parmi d'autres au Canada qui, de manière limpide, adoptait cette méthode d'analyse, est l'arrêt *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*⁵⁰.

- ii. Scepticisme à l'endroit des théories de Dicey. Par cette première affirmation, le juge Dickson se détourne d'une conception du rôle respectif des tribunaux administratifs et des tribunaux de droit commun qui trouvait assise dans les travaux de Dicey. Je dirais que, schématiquement, cette conception peut se réduire à cinq énoncés :
- a. Lorsque le législateur s'exprime, la loi par laquelle il le fait peut susciter beaucoup d'interprétations erronées, mais elle n'est susceptible que d'un seul sens correct. Le législateur ne parle jamais de manière confuse ou contradictoire.
 - b. Il revient aux tribunaux de droit commun, et en fin de compte à la plus haute juridiction au dernier degré d'appel, de rechercher et de fixer de manière concluante ce sens correct. Ces tribunaux sont les maîtres du sens correct des lois.
 - c. Dans l'exercice de leur compétence, les tribunaux administratifs doivent se conformer à cette interprétation de la loi – même si elle n'a pas encore été explicitée par les tribunaux de droit commun –, car donner à la loi son sens correct constitue un préalable à l'exercice de leur compétence.
 - d. Cela étant, pour paraphraser le juge Dickson citant H.W.R. Wade, «les questions de fait sont

49. *Supra* note 9.

50. [1970] R.C.S. 425.

naturellement considérées comme les questions primordiales et fondamentales à trancher alors que les questions légales sont plutôt considérées comme accessoires.»⁵¹

- e. Mais, en contrepartie, toute «erreur de droit» dans l'exercice d'une compétence déléguée par la loi à un décideur administratif est donc potentiellement un excès de compétence, ce que l'on déterminera *ex post facto*⁵².

- iii. Détermination préalable de la compétence. En réaction contre cette conception des choses, le juge Dickson signale (mais sans donner de précisions, ce qui sera source de difficultés par la suite) : «[...] une autre approche des problèmes de compétence qui me paraît préférable, savoir, que la compétence doit ordinairement être établie au début de l'enquête».⁵³ Il devrait aller de soi qu'on ne peut déterminer «au début de l'enquête», et conformément à la réponse que donnera ultérieurement un tribunal de droit commun siégeant en révision, le sens *correct* d'une disposition de la loi qui prête à interprétation. Est donc

51. SCFP, *supra* note 35 à la p. 233.

52. Et cela se conçoit fort bien dans une perspective épistémologique où l'on postule, comme le faisait Dicey, que toutes les lois sont investies d'un seul sens, ineffable (ou platonicien, en quelque sorte), et que seul ce sens correct exprime la *véritable* volonté du législateur. Dès lors que l'on affirme comme un *a priori* l'existence de ce sens, il s'ensuit nécessairement que tout décideur qui s'en écarte fait ce qu'il n'a pas le pouvoir de faire, puisque le législateur voulait autre chose en lui déléguant une responsabilité de décision. Malheureusement, comme il revient aux tribunaux de droit commun de dégager le sens correct, le contrôle judiciaire devient une forme indirecte d'appel sur les questions d'interprétation de la loi, toutes et chacune d'entre elles pouvant être qualifiées, selon les besoins du service, si je puis dire, de question de compétence. Mais cette conception est aujourd'hui dépassée, en raison même de la marge d'incertitude inhérente à la plupart des actes de langage; Timothy O. Endicott, dans *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, en fait une démonstration brillante.

53. SCFP, *supra* note 35 à la p. 233.

ainsi nécessairement délaissée, mais *in a backhanded way*, si l'on peut dire, la conception de l'interprétation des lois que prônait Dicey.

- iv. Application à la décision attaquée en révision. En l'occurrence, les parties en cause étant incontestablement visées par la loi qu'appliquait la Commission, et la Commission étant investie de la compétence d'appliquer cette loi (au point que ces décisions sont protégées par une clause privative), la Commission avait compétence pour se prononcer comme elle l'a fait et «ceci suffit pour trancher le présent litige.»⁵⁴
- v. Critère de l'interprétation manifestement déraisonnable. Mais, poursuit le juge Dickson, la Commission, dans ces conditions, ne pouvait perdre compétence que si elle adoptait de la disposition qu'elle était appelée à interpréter une «interprétation [...] déraisonnable au point de ne pas pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire.»⁵⁵
- vi. Absence de «bonne réponse» en l'espèce. Il en est ainsi parce que l'ambiguïté de la disposition est incontestable et que dans la résolution de ce problème «[i]l n'y a pas une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle soit la "bonne"»⁵⁶. Parmi les interprétations possibles de la disposition en cause, celle de la Commission et celle du juge Limerick sont les plus élaborées (et divergent de celle du juge en chef Hughes). Or, bien que celle du juge Limerick, qui conclut que la Commission aurait dû rejeter la plainte contre l'employeur, «semble raisonnable à première vue, [...] elle ne l'est ni plus ni moins que l'interprétation retenue par la Commission», laquelle a accueilli la plainte contre l'employeur. En somme, la difficulté d'interprétation que suscite ce litige est par nature

54. *Ibid.* à la p. 236.

55. *Ibid.* à la p. 237.

56. *Ibid.*

*acataleptique*⁵⁷ et deux interprétations également raisonnables de la même disposition peuvent valablement mener à des résultats diamétralement opposés. C'est aussi la thèse, puissante, des *Legal Realists* américains.

- vii. Émergence d'une théorie du pluralisme interprétatif. En se prononçant de la sorte, le juge Dickson donne droit de cité, d'une manière plus explicite que jamais auparavant, à la thèse pourtant on ne peut plus banale en sciences humaines du pluralisme interprétatif. Je crois qu'il récuse par le fait même la doctrine selon laquelle il ne peut y avoir qu'une seule bonne réponse à toute question de droit (thèse qui me paraît néanmoins affleurer dans les motifs distincts et conjoints que les juges Deschamps, Charron et Rothstein signent dans l'arrêt *Dunsmuir*⁵⁸), et il réduit d'autant la marge à l'intérieur de laquelle on peut parler d'«erreur» de droit lorsque se pose une question d'interprétation. C'est sans doute en considération de cela que le professeur Pierre-André Côté écrivait sur la notion d'interprétation manifestement déraisonnable :

Dans la réalité, les interprétations d'un même texte devraient se distribuer de manière continue entre deux pôles. À une extrémité, le sens clair, celui qu'un interprète normal ne pourrait pas ne pas retenir. À l'autre, le sens déraisonnable, celui qu'un interprète normal ne pourrait pas valablement soutenir. Entre ces deux pôles, des sens discutables, qui ne sont pas déraisonnables, mais qui n'emporteraient pas nécessairement la conviction d'un interprète normal.⁵⁹

-
57. En ce sens que sa «teneur est l'acatalepsie, définie comme l'impossibilité de parvenir à la certitude.» Et le rôle du tribunal, administratif ou de droit commun, est de résorber l'acatalepsie du texte pour mettre fin au différend sur le sens de la norme.
58. *Supra* note 1 aux pp. 264 et ss.
59. Pierre-André Côté, «La notion d'interprétation manifestement déraisonnable - Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation» dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 107 à la p. 114.

Mais, à mon humble avis, cette lecture des propos du juge Dickson en appauvrit quelque peu la portée véritable. Je le dis avec l'humilité qui convient ici parce que le professeur Côté est un auteur devant la science duquel je m'incline sans hésitation la plupart du temps. Néanmoins, je ne pense pas que la représentation des choses qu'il donne ici soit vraiment utile dès lors que l'on est en présence d'un authentique problème d'interprétation. Dans un tel cas, «le sens clair, qu'un interprète normal ne pourrait pas ne pas retenir», n'existe pas. Et c'est précisément pour cela qu'il y a litige. Plutôt qu'un continuum entre deux pôles, il faut se représenter une courbe normale, *a bell curve* selon l'expression consacrée en anglais. À chaque extrémité de la courbe se trouvent les interprétations les moins plausibles, voire les plus invraisemblables, et qui mènent de part et d'autre à des résultats opposés; on peut les qualifier de manifestement déraisonnables. Au centre de la courbe se trouve une bande de largeur moyenne où des décideurs, selon qu'ils se placent à gauche ou à droite de la ligne imaginaire μ , peuvent, tout à fait raisonnablement, en venir à des conclusions différentes sur le sens (ou «l'interprétation») d'un texte et sur l'effet qu'il aura en l'espèce. C'était précisément le cas en l'occurrence, la Commission et le juge Limerick ayant conclu raisonnablement et respectivement au maintien et au rejet de la plainte contre l'employeur. Entre cette ligne moyenne et, à gauche, le point α ou, à droite, le point ω , s'étalent des bandes assez larges d'interprétations de moins en moins raisonnables. Plus l'on tend vers les points α ou ω , plus l'on risque de franchir la ligne de démarcation entre ce qui est manifestement déraisonnable et ce qui ne l'est pas. Dans le cas qui nous intéresse ici, la Commission et le juge Limerick arrivent à des résultats opposés. Autrement dit, à gauche de μ , la plainte contre l'employeur est accueillie, et à droite de μ , elle est rejetée, de sorte que la ligne de démarcation entre les deux résultats possibles se confond avec la ligne imaginaire μ . Mais cette donnée est aléatoire. La ligne de démarcation entre les résultats possibles

pourrait se situer ailleurs, si par exemple la Commission et le juge Limerick concluaient, par des interprétations raisonnables mais de teneur différente, que la plainte doit être accueillie. Dans cette hypothèse, la ligne de démarcation entre le succès et le rejet de la plainte portée contre l'employeur se situerait probablement quelque part entre la ligne μ et le point ω . Le très grand mérite de cette thèse ou théorie du pluralisme interprétatif tient à son intelligibilité et à sa vraisemblance. Elle décrit, bien mieux que Dicey, ce qui se passe lorsque nous sommes appelés à résoudre un problème d'interprétation.

- viii. Assises intellectuelles profondes de cette théorie. Il y a ici quelque chose de fondamental, une vérité, me semble-t-il, relative entre autres choses au rapport qu'un lecteur peut entretenir avec un texte, devant laquelle la plupart des juristes se rebellent. Je ne résiste pas à la tentation de citer sur ce sujet un court extrait d'un essai d'Hilary Putnam, *Pragmatism, An Open Question*, car il met en relief ce qui semble être la raison profonde de cette attitude :

Today we tend to take the ideas of tolerance and pluralism for granted. If we are aware that there was diversity of views and the clash of different opinions in ancient Athens, for example, or in the late Roman empire, we are likely to regard that activity as a sign of vitality in those societies. Few people realize that that is not how those societies themselves saw the matter. Classical thinkers saw diversity of opinions as a sign of decay and heresy; only since the Enlightenment have we been able to see it as a positive good. One author has suggested that it is only when a society came to be held together "through an alliance of enlightened self-interest, rather than through shared moral and religious beliefs" that "the flourishing of diversity and pluralism, which in the past have existed only as a by-product and symptom of political decline, could be embraced for the first time as a form of social health". While this

author exaggerates – modern liberal states are still held together by sentiment and tradition as well as by self interest, enlightened or not so enlightened – and while he fails to see that the belief in tolerance is itself a “shared moral belief”, and a most important one, it is true that modern societies are not held together by a single shared comprehensive world view. They are not held together by any one religion, and if there are still shared moral beliefs, there are no *unchallenged* moral beliefs.

[...]

What we call the Enlightenment was in large part an intellectual movement devoted to providing a rationale for this kind of “open society”; it was not only a political and historical rationale, but also an epistemological rationale, one which included “arguments about the uncertainty of our moral and religious knowledge”. And the problems generated by the Enlightenment are still our problems; we value tolerance and pluralism, but we are troubled by the epistemological scepticism that came with that tolerance and pluralism.⁶⁰

Je souligne à dessein la dernière phrase. Le scepticisme épistémologique qui vient avec le pluralisme des Lumières donne le vertige aux juristes et ils se campent très majoritairement dans l’une ou l’autre de deux attitudes à mon sens également malencontreuses : une attitude de rejet (Dicey montre la voie : les mots, en dernière analyse, ne peuvent avoir qu’un *seul sens* – c’est ce que pensent, officiellement du moins, la plupart des juristes) ou, à l’inverse, une attitude d’agnosticisme ravageur, celui qui a engendré certains avatars de l’*American Legal Realism* (par exemple, le postmodernisme des *Critical Legal Studies* : les

60. Hilary Putnam, *Pragmatism, An Open Question*, Oxford, Blackwell, 1995 aux pp. 1-2.

mots n'ont *aucun sens*, tout est politique – c'est ce que pense une minorité de juristes).

On peut comprendre que Dicey, *Eminent Victorian* s'il en fut, né en 1835 et homme de son siècle (celui de la Révolution industrielle, le siècle qui a vu émerger le positivisme scientifique et l'impérialisme marchand de la Grande-Bretagne), ait cru en une rigueur absolue, scientifique pour ainsi dire, dans la fixation du sens des lois. Mais les idées nouvelles les plus fécondes apparues au XX^e siècle en philosophie analytique, en linguistique, en herméneutique et en pragmatique infligent un sévère démenti à cette vision trop simple de l'activité interprétative.

Longtemps après Dicey, plusieurs théoriciens du droit ont tenté au cours du même siècle de rescaper une version plus nuancée de la vérité et donc de la fausseté (ou de l'erreur) juridiques. À l'étranger, le nom de Ronald Dworkin vient immédiatement à l'esprit. Au Canada, le professeur Luc B. Tremblay s'était fixé cet objectif dans un article lucide, profond et subtil publié en 1996⁶¹. Prenant appui sur Dworkin et sur plusieurs autres théoriciens du droit ou philosophes de la connaissance, il y défendait une conception de la vérité fondée sur une épistémologie cohérentiste, dépourvue de la fâcheuse intransigeance propre à la doctrine de Dicey⁶². Faute d'espace, je ne peux

61. Luc B. Tremblay, «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme» (1996) 56 R. du B. 141.

62. Je m'en voudrais de donner une image caricaturale de Dicey, dont l'œuvre luxuriante et encyclopédique ne véhiculait certainement pas une conception *naïve* de l'interprétation des lois. Il était du reste parfaitement conscient du pouvoir créateur du juge en *common law* et en *equity*, comme il est démontré de manière patente dans la onzième conférence de Dicey, «Judicial Legislation» dans *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Indianapolis, Liberty Fund Inc., 2008, 257 (originellement publié dans Macmillan en 1917). Mais, en matière d'interprétation des lois, tout était

livrer ici toutes les observations favorables ou critiques que m'inspire cet excellent article. Mais je voudrais insister sur un point. L'auteur y soutient notamment que l'un des principes subsumés sous la primauté du droit «reconnait le droit de chacun à des décisions conformes au droit». À mon sens, cette proposition élude une fois encore la question du sujet, pourtant centrale dans le contentieux administratif. Les décisions «conformes au droit» positif dans les litiges les plus ardues et les plus contestés sont celles que rend en dernier ressort, et souvent par une mince majorité, le plus haut degré de juridiction. «[L]e droit de chacun à des décisions conformes au droit», peut-être, mais selon qui? Selon l'idée que s'en fait chaque sujet de droit? Le plus haut degré de juridiction sera submergé de demandes par les plaideurs insatisfaits qui ont les moyens de s'adresser à lui. «[L]e droit de chacun» selon ce que détermine l'institution judiciaire? C'est ce qui existe déjà, et la raison pratique commande de ne pas prêter à cette institution, certainement convenable mais imparfaite, la faculté de mettre au jour dans tous les litiges possibles la meilleure réponse cohérentiste aux questions de droit qu'ils secrètent. Le domaine litigieux est tel qu'il est et presque toutes les solutions qui en émergent sont foncièrement et irréductiblement doxastiques. Peut-être est-ce pourquoi Oliver Wendell Holmes, s'entretenant avec Learned Hand, lui aurait dit, spirituellement : «I define truth as the system of my limitations, and leave absolute truth for those who are better equipped.»⁶³

dans la lettre de la loi : «[...] the English Bench have always refused, in principle at least, to interpret an Act of Parliament otherwise than by reference to the words of the enactment.» Albert Venn Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1959 à la p. 407. En ce sens, et dans la mesure où elle recelait une conception particulière de la vérité, la thèse de Dicey était fondationaliste. Aussi, défendre l'«interprétation correcte» de la loi à partir d'une épistémologie cohérentiste me paraît déjà être une concession de taille au pluralisme interprétatif.

63. Peter W. Huber, *Galileo's Revenge*, New York, Basic Books, 1993 à la p. 228. Dans Neil McCormick, *H.L.A. Hart*, 2^e éd., Stanford, Stanford

Enfin, il demeure toujours possible d'inverser le raisonnement et d'affirmer d'autorité que, parce qu'une question d'interprétation en est une de droit, elle n'est susceptible que d'une seule bonne réponse, celle que lui donnera le juge judiciaire. Mais, on passe alors du plan empirique au plan normatif : on veut qu'il en soit ainsi, peu importe la réalité.

- ix. Implications nécessaires de cette théorie. Une théorie du contrôle judiciaire qui admet la thèse du pluralisme interprétatif nous invite à repenser sous plusieurs aspects fondamentaux la configuration d'ensemble du contentieux administratif. J'en signale quelques-uns, en renvoyant ici et là aux arrêts postérieurs à *SCFP* qui ont amené la Cour suprême à se mesurer aux difficultés nouvelles découlant de la reconnaissance de cette thèse.
- a. Il n'existe pas de critère *apodictique*⁶⁴ de ce qui est raisonnable, de sorte qu'il est vain de chercher à «définir», «déterminer», «clarifier», «élucider» ou «préciser» «plus clairement» ou «plus nettement» ou «plus en profondeur» «l'analyse» ou «l'examen» ou «l'exposé» de ce qui est raisonnable, déraisonnable ou manifestement déraisonnable. Ces notions sont ontologiquement irréductibles à une formule logique. La conclusion qu'une interprétation est «déraisonnable», manifestement ou non, est par

University Press, 2008 aux pp. 212-213, l'auteur explique ainsi le nœud du désaccord entre Hart et Dworkin: «[...] Hart himself remained insistent that a satisfactory account of legal reasoning cannot but reveal an inevitable scope for judicial discretion in choosing (and justifying the choice) between rival positions each of which can be supported by sound and acceptable legal arguments. For in his view there were no statable meta-principles such as would reveal the single right answer to even the most problematic case where these come into conflict. It is then a matter for practical reason.»

64. Défini comme «nécessaire, au sens de la logique aristotélicienne, c'est-à-dire obligatoire au même titre que 2 + 2 égale obligatoirement 4.»

essence *assertorique*⁶⁵, c'est-à-dire que c'est une affaire d'opinion, aussi autorisée, éclairée et défendable puisse-t-elle être. Je pense que c'est ce qu'illustre (je ne dis pas démontrer, je dis illustrer) de façon assez frappante une décision comme *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*⁶⁶, où six juges de la Cour suprême qualifient de manifestement déraisonnable ce qu'une juge de la Cour suprême, trois juges de la Cour d'appel et un juge de la Cour supérieure avaient jugé raisonnable, et six membres du Comité du fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires avaient considéré comme conforme à la règle applicable, c'est-à-dire correct. On ne peut, comme juriste, que s'incliner devant la conclusion de la Cour suprême du Canada. Mais, il est faux de croire qu'en décidant comme elle le fait dans un cas comme celui-ci, elle procède à un travail complexe de correction d'erreurs du type de celles qui peuvent survenir de manière routinière en informatique et en programmation, en algèbre, en géométrie euclidienne ou en physique des particules⁶⁷. La Cour suprême s'emploie à interpréter

65. Défini comme ce «qui est une assertion simple, sans opérateur modal, c'est-à-dire sans idée de nécessité, d'impossibilité ou de possibilité.»

66. [2004] 1 R.C.S. 3. L'arrêt *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, est lui aussi embarrassant, quoique le désaccord porte sur la norme applicable. Mais comment qualifier de «raisonnable» quelque chose qui est incorrect (peut-on jamais prétendre que $2 + 2 = 5$ est «raisonnable»?) et pourquoi, dans ces conditions, les juges de la minorité ne voient-ils pas l'«erreur» que détecte la majorité? Parce que la majorité attribue à la notion d'erreur une signification (diceyenne) que la minorité rejette.

67. Loin de moi l'idée de mettre en doute la raison d'être d'un tribunal d'appel de dernier niveau : c'est même une composante indispensable d'un système de droit positif qui se veut fondé sur l'État de droit. J'ai déjà exprimé dans un autre contexte les raisons pour lesquelles cela me semble aller de soi et pourquoi le *processus* auquel préside une telle institution est en principe garant d'une qualité accrue dans les décisions qu'elle rend : voir Yves-Marie Morissette, «Deux ou trois choses que je sais d'elle (la rationalité juridique)» (2000) 45 McGill L. J. 591 à la p. 597.

un texte normatif, en l'occurrence l'art. 2.01 du *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*, et ce faisant elle se situe quelque part à l'intérieur de la courbe normale mentionnée ci-dessus au point vii. Dans ces conditions, on peut regretter que la Cour suprême, sous la plume du juge Sopinka, ait rejeté sommairement la suggestion qui lui était faite dans l'affaire *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction*⁶⁸ de considérer que la norme de l'interprétation manifestement déraisonnable pourrait nécessiter une décision unanime d'une première formation collective de révision. Il me semble pourtant que ce critère présenterait des avantages certains : n'est manifestement déraisonnable, ou déraisonnable tout court, que la décision dont trois juges d'une cour supérieure, siégeant en révision comme le fait, par exemple, la Cour divisionnaire de l'Ontario, estiment *unanimentement* qu'elle est entachée de ce vice.

- b. S'il est acquis, par conséquent, que plusieurs décisions également raisonnables (ou, avant l'arrêt *Dunsmuir*, non «manifestement déraisonnables») peuvent trancher différemment la même question, se pose alors le problème des contradictions entre décisions différentes, mais également valides parce que toutes également raisonnables. On accepte mal, en effet, l'idée que «la portée des droits d'un justiciable puisse varier selon que celui-ci s'adresse

Néanmoins, le fait est que la Cour suprême du Canada n'est *relativement* infaillible (je dis *relativement* parce que le législateur a parfois le dernier mot) que depuis le 8 octobre 1959, lendemain du jour où le Conseil privé rendit son dernier arrêt en droit canadien, *Ponoka-Calmar Oils Ltd. c. Earl F. Wakefield Co.* [1960] A.C. 18. Hart disait d'ailleurs qu'il ne faut pas confondre finalité et infaillibilité.

68. [1993] 2 R.C.S. 316 aux pp. 340-341.

au décideur X ou au décideur Y» – dans l'exemple de l'arrêt *SCFP*, la Commission pour X et le juge Limerick pour Y. Il y a cependant lieu d'apporter deux précisions sur cet énoncé.

- i. Premièrement, l'idée de «droits» que véhicule l'énoncé induit en erreur : il est trop simple de croire que des «droits», dès lors qu'ils sont litigieux, pré-existent néanmoins, dans un hypothétique univers platonicien ou diceyen, à la décision qui leur donnera effet. Ainsi revendiqués, ces «droits» tiennent en réalité de la pétition de principe. Ils n'existent qu'à partir du moment où, par décision qui aura acquis force de la chose jugée, leur portée aura été fixée. Le justiciable serait donc malvenu de se plaindre de la perte de quelque chose qui, quoi qu'il en pense, n'existe pas encore, puisque l'arbitrage avec le droit rival d'autrui reste à faire. (Bien entendu, cette façon de voir les choses heurte de plein fouet les thèses du droit naturel classique et du *jusnaturalisme* moderne⁶⁹; à mon avis, mais je concède qu'il s'agit là d'une opinion, ces thèses démontrent de ce fait que le droit naturel et le *jusnaturalisme* tiennent plus de la croyance que du savoir.)
- ii. Deuxièmement, l'uniformisation de décisions rendues par des décideurs raisonnables. mais qui parviennent à des résultats différents dans

69. Voir Lorne Sossin, «Dunsmuir – Plus ça change» (17 mars 2008), en ligne : The Court <<http://www.thecourt.ca/2008/03/17/dunsmuir>>, où l'auteur écrit: «The standard of review doctrine [...] engages the rule of law. If parties cannot challenge administrative decisions before independent judges, then there is no guarantee that fundamental rights will be safeguarded.»

*des cas rigoureusement identiques*⁷⁰ est réalisable à terme, même sans contrôle judiciaire, en respectant l'autonomie décisionnelle des décideurs. Cela peut se faire, par exemple, lorsque les pratiques de délibération institutionnelle amènent les décideurs à se concerter et à tirer pleinement parti de leurs connaissances ou de leur expérience spécialisées (leur «expertise», un mot qui, en passant, n'est pas français dans cette acception, malgré la faveur dont il jouit depuis maintenant plusieurs années) pour aplanir ou rectifier des divergences de vues significatives qui surviennent entre eux. La Cour suprême, ici encore, a balisé ces pratiques dans deux arrêts importants : *S.I.T.B.A. c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*⁷¹ et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*⁷².

- c. Une fois ce cadre établi, et même dans un régime de droit administratif qui admet la théorie du pluralisme interprétatif, il reste à déterminer quelles questions devraient toujours, en dernier ressort, relever des tribunaux de droit commun. Autrement dit, quelles questions seront justiciables d'une norme de contrôle qui impose une décision «correcte», c'est-à-dire ouverte sans restriction à la contestation jusqu'au plus haut degré d'appel⁷³? Succinctement,

70. La nuance est de taille : il n'est pas fréquent, bien que cela puisse certes se produire, que la même question controversée, exactement la même et elle seule, soit soulevée dans des cas distincts et simultanés ou à peu près simultanés. Ce peut être, par exemple, la conséquence de l'adoption d'un nouveau texte de loi de portée générale.

71. [1990] 1 R.C.S. 282.

72. [1992] 1 R.C.S. 952.

73. Cette formulation suit d'assez près celle proposée par le juge Bastarache dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 à la p. 1005 : «[...] il faut bien

et sans entrer dans trop de détails, j'esquisserais deux catégories. La première, déjà ancienne, avait été évoquée par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *McLeod c. Egan*⁷⁴, et elle est susceptible de recevoir de multiples applications : lorsque, pour résoudre le litige devant lui, le décideur est appelé à interpréter des dispositions d'une loi d'application générale et d'intérêt public qui ne relève pas de sa compétence spécialisée, le contrôle s'exerce sur la justesse de sa décision. Cela vaut pour une loi mais cela vaut aussi, à plus forte raison, pour un texte constitutionnel. Si l'on ne fixe pas d'autorité la portée d'un texte d'application générale, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un texte constitutionnel, on s'expose à ce que des interprétations *raisonnables*, mais contradictoires de textes qui ne sont pas du ressort exclusif des décideurs créent un désordre normatif en droit positif. Dans ces conditions, les tribunaux de droit commun sont justifiés d'intervenir pour rétablir une uniformité de sens ou tendre vers elle. La deuxième est voisine, mais distincte de la première. Lorsque, même dans leur domaine de prédilection, des décideurs se contredisent ou ne parviennent pas à instaurer un degré acceptable de stabilité dans les interprétations *raisonnables* qu'ils proposent, ces contradictions pourront justifier une intervention rectificatrice de la part des tribunaux de droit commun, tout particulièrement s'il y a conflit

comprendre qu'une question qui "touche la compétence" s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Autrement dit, une «erreur de compétence» est simplement une erreur portant sur une question à l'égard de laquelle, selon le résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue.»

74. [1975] 1 R.C.S. 517. Voir pour une illustration plus récente, *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100 au par. 33.

opérationnel entre des décisions par ailleurs raisonnables et valides. Le conflit jurisprudentiel interne ne justifie peut-être pas l'intervention : du moins doit-on tirer cette conclusion de l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*⁷⁵. Mais il est certain qu'on ne peut contraindre un justiciable à une chose et son contraire sous prétexte que chacune des deux choses exigées de lui résulte d'une décision raisonnable d'un décideur agissant dans le cadre de ses attributions : c'est l'enseignement de l'arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*⁷⁶.

Bien que la réalité postérieure à l'arrêt *SCFP* ne coïncide pas en tout point à ce qui est exposé ci-dessus, plusieurs extensions du pluralisme interprétatif qui s'annonçaient dès 1979 se sont de fait concrétisées des années plus tard : c'est le cas, par exemple, de l'arrêt *Shaw Cable Systems*, dont il vient d'être question. Mais, en raison même du déficit analytique dont souffre encore, à mon avis, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *SCFP*, il arrive que des décisions même très récentes s'écartent – je le dis sans aucune intention polémique – de la thèse développée par le juge Dickson dans l'arrêt *SCFP*. C'est peut-être⁷⁷ le cas d'un arrêt comme *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*⁷⁸. C'était le cas, à mon humble avis, d'un arrêt comme *National Corn Growers*

75. [1993] 2 R.C.S. 756.

76. [1995] 2 R.C.S. 739 [*Shaw Cable Systems*].

77. Je dis «peut-être» parce que, dans ce cas précis, malgré la présence d'une clause privative dont l'existence ne s'explique que par l'empressement avec lequel le législateur larde certaines lois de clauses de ce genre, il n'y avait aucune raison – pas la moindre – de considérer que l'organisme auquel le législateur déléguait un pouvoir de décision était détenteur d'une quelconque «expertise» l'habilitant à mieux apprécier que les tribunaux de droit commun les enjeux de la difficulté d'interprétation à trancher. Cette regrettable propension du législateur local a fait l'objet de quelques remarques caustiques de la part du juge Fish, au paragraphe 24 et à la note 2 de ses motifs, dans l'arrêt *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.).

78. *Supra* note 66.

*Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*⁷⁹, où d'ailleurs le juge Dickson était dissident.

Implicite dans la thèse du pluralisme interprétatif se trouve une version de l'idée ancienne selon laquelle le mieux est l'ennemi du bien. S'agissant de questions litigieuses, pour obtenir une interprétation *parfaite* de l'état du droit sur un point particulier, il faudrait mettre en œuvre la totalité des ressources interprétatives dont dispose le système de droit positif en vigueur ici. On recevra alors un jugement de la Cour suprême du Canada, parfois par une majorité de cinq des neuf juges (ou trois des cinq, etc.) appelés à siéger, qui énoncera une réponse *parfaite*⁸⁰ dans l'ordre du droit positif. Mais, qui dispose du temps et des ressources nécessaires à une telle entreprise, à supposer même que son problème puisse intéresser la Cour? La solution rapide et bon marché d'une difficulté juridique, par un décideur local, facilement accessible et choisi parce qu'il connaît son affaire, est ce qui devrait caractériser la justice administrative. Elle n'est pas la seule, d'ailleurs, à vouloir présenter ces avantages : il en va de même, par exemple, du régime des demandes relatives aux petites créances, prévu par le Livre VIII du *Code de procédure civile*⁸¹. Ces

79. [1990] 2 R.C.S. 1324.

80. «Parfaite» en ce sens qu'on ne peut faire mieux dans l'ordre du droit positif. Bien entendu, la possibilité de décisions *per incuriam*, de neutralisations législatives (même rétroactives) et de revirements jurisprudentiels par la Cour elle-même, demeure. Mais, il n'y pas d'autre notion connue de la perfection en droit positif, et cette notion ne se confond tout simplement pas avec l'idée kantienne, pourtant moins exigeante que l'idée platonicienne, de la vérité. Il est rarissime, en jurisprudence, qu'une question litigieuse soit résolue par une proposition analytique vraie, au sens étroit que revêt cette notion. Quant à l'hypothèse de la dissidence prémonitoire qui, trois générations plus tard, terrasse par son raisonnement implacable les errements du passé, elle se vérifie parfois. Mais on ne peut sérieusement prétendre qu'une théorie de la prise de décision en droit, plausible pour ceux qui vivent ici et maintenant, peut dépendre d'une contingence aussi aléatoire. En règle générale, la même observation vaut pour la critique doctrinale qui, à moyen ou à long terme, infléchit ou détourne une tendance jurisprudentielle.

81. L.R.Q. c. C-25.

avantages d'accessibilité, de modicité, de rapidité et de spécialisation relative s'acquièrent à un prix : il faut renoncer à l'idée que le sujet de droit a en toutes circonstances un droit accessoire à la perfection juridique. (Dans le champ du droit criminel, où les enjeux sont généralement d'un autre ordre, il peut être souhaitable de reconnaître une portée plus grande à ce droit; vraisemblablement, c'est ce qui explique que l'appel existe de plein droit aux termes de l'alinéa 691 (1) a) du *Code criminel*⁸².)

C. Les suites lointaines de l'arrêt SCFP

Je n'insisterai pas sur le sort de la «méthode pragmatique et fonctionnelle» et sur les conséquences de l'arrêt *Bibeault*⁸³, une suite regrettable à mon avis, d'ailleurs promptement corrigée en droit positif québécois par un législateur qui s'est empressé d'en neutraliser l'effet spécifique en droit du travail⁸⁴. Restait, cependant, la «méthode pragmatique et fonctionnelle», qui a fait couler beaucoup d'encre⁸⁵, mais qui est aujourd'hui reléguée au

82. L.R.C. 1985, c. C-46.

83. *Supra* note 40.

84. Par le Projet de loi 81, *Loi modifiant le Code du travail*, Assemblée Nationale, *Journal des débats*, Vol. 31 - no 93 (12 décembre 1990) aux pp. 6223-6224, sur l'effet duquel se prononçait la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859 (C.A.).

85. Voir Gabrielle Perreault, *Le contrôle des décisions de l'Administration – De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 et Suzanne Comtois, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle : Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, commenté par Robert Leckey, «Territoriality in Canadian Administrative Law» (2004) 54 U.T. L. J. 327. Outre l'article de Lahey et Ginn, *supra* note 39, on peut consulter David Phillip Jones et Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 4^e éd., Scarborough, Thomson-Carswell, 2004 aux pp. 449-537 et David J. Mullan, «Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity» (2004) 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 59. Voir également Frank Iacobucci, «Articulating a Rational Standard of Review Doctrine : A Tribute to John Willis» (2002) 27 *Queen's L.J.* 859; Michel Bastarache, «Le contrôle judiciaire : changements récents et développements prévisibles», 3^e Conférence de droit administratif, Montréal, 2 décembre 2004; Pierre J. Dalphond, «L'application et

second sinon à l'arrière plan en raison de l'arrêt *Dunsmuir*⁸⁶, et qu'on remplace par «l'analyse relative à la norme de contrôle» (peut-être une nuance de langage plutôt qu'un changement substantiel). L'arrêt *Dunsmuir* a aussi réduit la panoplie des normes d'intervention de trois à deux, en éliminant le critère de l'interprétation *manifestement* déraisonnable pour ne conserver que celui de l'interprétation déraisonnable.

David Mullan a déjà livré une analyse complète de cette décision⁸⁷. Je partage ses opinions, de même généralement que celles exprimées par le juge Binnie, à une réserve près dans ce dernier cas. Comme David Mullan, mais contrairement au juge Binnie, j'incline à penser que la décision administrative en cause dans cette affaire pouvait difficilement être qualifiée de *déraisonnable*, à moins de donner à ce qualificatif une signification qui en atténue sensiblement la rigueur d'application.

Cela dit, quatre choses me semblent quelque peu préoccupantes lorsque l'on évalue l'impact potentiel de l'arrêt *Dunsmuir* :

(i) Dans l'ensemble, il apporte des changements moins importants que ce que l'on attendait et il est possible, en fin de compte, que son impact soit limité. Or, il serait regrettable que l'on s'en tienne à cela : il faut aller beaucoup plus loin. Il faudrait mener jusqu'au bout la

l'interprétation des normes de contrôle judiciaire : «Plaidoyer pour le maintien de trois normes mais redéfinies», 3^e Conférence de droit administratif, Montréal, 2 décembre 2004; Pierre J. Dalphond, «Suggestions aux décideurs pour éviter un contrôle judiciaire et aux avocats, pour obtenir la cassation!», 3^e Conférence de droit administratif, Montréal, 3 décembre 2004.

86. *Supra* note 1.

87. Il exprime ce point de vue dans David J. Mullan, «*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!» (2008) 21 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 117 et dans une conférence prononcée le 3 septembre 2008 à Québec sous les auspices de l'Institut national de la magistrature.

réflexion *analytique* et *méthodologique* amorcée par le juge Dickson dans l'arrêt *SCFP*.

(ii) Malgré les précautions que prennent les juges majoritaires pour souligner qu'il ne s'agit pas ici de favoriser une approche plus interventionniste, la disparition de la catégorie «manifestement déraisonnable» risque à la longue d'avoir un effet de cet ordre.

(iii) On réhabilite une définition de la «compétence au sens strict» qui me paraît dangereuse⁸⁸.

(iv) On donne du caractère raisonnable (*reasonableness*) une définition prometteuse⁸⁹, mais on semble ne plus en

88. Au paragraphe 59 de l'arrêt, les juges Bastarache et LeBel écrivent : «La "compétence" s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question.» Pour ma part, après trente-huit ans de travail dans le domaine, je n'ai *jamais* trouvé la moindre utilité à cette définition, qui d'ailleurs n'en est pas une. Le droit anglais continue, à mon sens, de faire du sur-place sur ces questions et il demeure tout aussi abscons, byzantin et emberlificoté qu'à l'époque où l'on assénait aux étudiants en droit l'arrêt *Anisminic*, *supra* note 9, en le présentant comme l'équivalent des plus fulgurantes intuitions d'Isaac Newton. Voir pour s'en convaincre l'intéressant mais aussi attristant article de Rebecca Williams, «When is an Error Not an Error? Reform of Jurisdictional Review of Error of Law and Fact» (2007) P.L. 793. Si nous devons en revenir à cela au Canada, je crois que nous appauvririons de beaucoup la discipline du droit administratif.

89. Au paragraphe 47 de l'arrêt, les juges Bastarache et LeBel écrivent : «[...] certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.» Cette description me

tenir compte lorsque vient le moment de trancher le pourvoi.

Devant l'impressionnante construction prétorienne que constitue la jurisprudence postérieure à l'arrêt *SCFP*, on aurait pu penser que tout était dit et qu'il ne restait qu'à «appliquer» le droit positif dans l'état où il se trouvait. Pourtant, à deux reprises dans des opinions minoritaires récentes, le juge LeBel, avec l'appui de la juge Deschamps, avait exprimé des réserves sur l'état des lieux : dans l'arrêt *Toronto (Ville de) c. Syndicat canadien de la fonction publique (S.C.F.P.), section locale 79*⁹⁰ et dans l'arrêt *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*⁹¹ on pouvait déceler quelques signes annonciateurs d'un retour critique sur l'œuvre accomplie par la Cour suprême depuis une quinzaine d'années.

Dans ses motifs, le juge LeBel entreprenait de revoir depuis ses débuts, c'est-à-dire depuis l'arrêt *SCFP*, l'évolution de la jurisprudence en matière de «contrôle judiciaire sur le fond»⁹². Cette expression est désormais utilisée assez couramment par la Cour et elle me paraît plus juste que plusieurs de celles qui l'ont précédée, qu'il s'agisse du contrôle pour «ultra vires», pour «erreur juridictionnelle», pour «excès de compétence», etc. En deux occasions dans ces motifs, le juge LeBel employait aussi l'expression «confusion "épistémologique"» pour décrire la relation entre «le manifestement déraisonnable» et le «raisonnable *simpliciter*»⁹³. Bien qu'il empruntât l'expression à la doctrine et qu'il l'utilisât entre guillemets, peut-être parce qu'en lecteur attentif il lui semblait préférable de parler en français d'une

convient tout à fait, mais je m'étonne, comme David Mullan (*supra* note 87), qu'on l'ait jugé inapplicable à la décision même qui faisait l'objet de la révision judiciaire dans l'affaire *Dunsmuir*.

90. [2003] 3 R.C.S. 77 [*Ville de Toronto*].

91. [2004] 1 R.C.S. 609 [*Voice Construction*].

92. *Ibid.* au par. 61 et *passim*.

93. La première de ces notions est toujours exprimée négativement (le manifestement déraisonnable), la seconde toujours positivement (le raisonnable *simpliciter*), ce qui ajoute une autre complication inutile dans ce champ déjà semé d'embûches.

confusion «gnoséologique»⁹⁴, je crois que le juge LeBel plaçait le problème exactement là où il se situe vraiment, c'est-à-dire sur le plan abstrait des façons de raisonner – sur le plan analytique et méthodologique.

La critique du juge LeBel se déployait sur deux plans. Premièrement, il remettait en question l'utilité d'une distinction entre «le manifestement déraisonnable» et «le raisonnable *simpliciter*», en raison de la difficulté que soulevait cette distinction de façon chronique, et de l'impossibilité d'en venir à une définition opératoire de chacune de ces deux notions. J'ai déjà mentionné au point I. B. ix. a) ci-dessus pourquoi je considère pour ma part que ce problème est insoluble. La disparition du dédoublement des normes depuis l'arrêt *Dunsmuir* est un progrès, mais j'aurais préféré pour ma part que l'on conserve la norme de l'interprétation manifestement déraisonnable⁹⁵.

Deuxièmement, le juge LeBel insistait, me semble-t-il, sur l'irréductibilité des deux normes d'intervention restantes, celle de la décision correcte (négativement : erronée) et celle de la décision manifestement déraisonnable (positivement : raisonnable à première vue ou selon un examen sommaire⁹⁶(?)).

94. Gnoséologique : qui concerne la connaissance, la gnoséologie étant en langue française la théorie générale de la connaissance – la *Critique de la raison pure* de Kant est une gnoséologie. Le français préfère réserver le terme «épistémologie» à la théorie générale de la connaissance *scientifique*. L'anglais ignore la distinction, ne connaît pas d'équivalent à «gnoséologie» et emploie «épistémologie» indifféremment pour tous les types de connaissance. Mais, à bien y penser, les motifs du juge LeBel dans cet arrêt ayant été rédigés en anglais, l'explication des guillemets se trouve probablement ailleurs.

95. L'adverbe «manifestement» a un sens. Comme je le signale parfois aux avocats qui nous plaident avec la plus grande hardiesse qu'une «erreur» de fait difficile à déceler est «manifeste et dominante», ce qui est manifeste, en temps normal, est ce qui fait l'unanimité une fois découvert. Il est rare qu'on puisse en dire autant de ce sur quoi porte une question en litige.

96. Le critère du degré de flagrance de l'irrégularité était apparemment pertinent pour distinguer le «raisonnable *simpliciter*» du «manifestement

Cette première remise en question, de l'intérieur, de la jurisprudence dominante, était opportune à mon avis et elle a porté fruit dans une certaine mesure. Cela dit, il est visible que, les motifs majoritaires dans l'arrêt *Dunsmuir* étant l'œuvre des juges Bastarache et LeBel, l'un d'entre eux a dû nuancer ses positions antérieures. Je soupçonne que c'est le juge LeBel, puisque dans les affaires *Ville de Toronto* et *Voice Construction*, le juge Bastarache faisait partie de la majorité.

Dans le sillage de cet arrêt majoritaire, j'ajouterais que l'idée que la norme de la décision correcte et celle de la décision «sommairement raisonnable» puissent se situer sur un continuum ou un spectre est insatisfaisante. Il me semble qu'en matière de contentieux administratif, la cohérence de la théorie du contrôle sur le fond impose que l'on traite dans des registres distincts l'erreur et l'interprétation déraisonnable. La première existe lorsque l'on peut démontrer son existence par un raisonnement apodictique. Dans cet ordre de valeurs, qui est celui du vrai et du faux, les propositions $2 + 2 = 5$ ou $2 + 2 = 413$ sont également erronées et l'on n'ajoute rien à la compréhension de la chose en qualifiant la première, ou la deuxième, ou les deux, de «déraisonnables».

Le hic, évidemment, et c'est là où les juristes sont saisis de vertige, c'est qu'en fin de compte peu de questions de droit débattues devant les tribunaux appellent des réponses qui sont de l'ordre du vrai et du faux. En général, lorsqu'il y a un litige sérieux devant une instance judiciaire, c'est précisément parce que les parties qui s'y affrontent ont depuis longtemps dépassé le stade où les questions étaient justiciables de réponses claires, certaines et faciles à trouver. Et le fait qu'habituellement elles ne soient pas faciles à trouver n'en fait pas pour autant, lorsqu'on parvient à les énoncer, un équivalent fonctionnel de la théorie de la relativité, c'est-à-dire de quelque chose qui est extrêmement ardu à découvrir mais qui, une fois découvert, est aussi irrésistiblement

déraisonnable». Pour une critique, voir *Ville de Toronto*, *supra* note 90 aux par. 116 et ss., juge LeBel.

vrai aussi longtemps que cela demeure vérifiable. En somme, ce que je dis, c'est qu'en droit, lorsqu'il y a litige, le pluralisme interprétatif est la règle, et non l'exception. Mais admettre ce fait, pensent les juristes, minerait la légitimité du droit. Je concède qu'il pourrait en être ainsi ailleurs qu'en droit administratif. Néanmoins, dans ce dernier champ du droit, en nier l'évidence réintroduit le formalisme étroit d'inspiration diceyenne.

L'interprétation déraisonnable, lorsque le pluralisme interprétatif est la règle, c'est celle qui est susceptible de se voir qualifiée de telle à l'unanimité ou presque des observateurs autorisés. Ainsi, je présume qu'affirmer qu'Amedeo Modigliani était un fieffé coquin et que son œuvre entière est bonne à jeter à la poubelle pourra facilement sembler «déraisonnable» à la grande majorité des critiques ou historiens de l'art, pour ne rien dire du public amateur d'art. Qualifier cette opinion d'erreur, cependant, me paraît être un abus de langage.

Le déficit analytique qui reste encore à combler dans le sillage de l'arrêt *Dunsmuir* plus de vingt-cinq ans après l'arrêt *SCFP* se situe précisément ici : la décision erronée et la décision correcte d'une part, ainsi que la décision raisonnable ou déraisonnable d'autre part, constituent des catégories de l'entendement distinctes et incommensurables. Si l'on veut, en pesant ses mots, introduire dans le contentieux administratif et en matière de contrôle sur le fond une idée d'*erreur*, il doit s'agir (i) soit d'une faille de raisonnement dont la fausseté est susceptible d'une démonstration apodictique⁹⁷, (ii) soit d'un raisonnement en tant que tel convenable, ou même «raisonnable», mais qui, pour

97. J'emploie ici le terme dans une acception rigoureuse : est une erreur de droit démontrable apodictiquement l'affirmation pourtant partagée par tous les juges et tous les avocats dans l'affaire *SCFP* que l'on peut «remplacer [d]es grévistes [...] à d'autres employés». C'est aussi une erreur élémentaire de syntaxe, d'une aveuglante évidence, commise par tous parce que personne ne l'a vue. Sur ce point, voir l'Annexe. Si cet élément d'information n'avait pas échappé aux avocats de l'employeur, il est manifeste qu'ils auraient plaidé autre chose.

des raisons extrinsèques et admises de politique juridique, doit être réformé.

En effet, on peut fort bien, pour des raisons extrinsèques de politique juridique par ailleurs entièrement valables, traiter comme justiciables de la première catégorie (correct ou erroné; vrai ou faux) des questions qui, ontologiquement, relèveraient de la seconde (raisonnable ou déraisonnable). Ces raisons extrinsèques de politique juridique gravitent toutes autour de la même idée : les tribunaux de droit commun, en tant que gardien de l'État de droit, doivent parfois intervenir pour préserver la cohérence systémique du droit public. Le fait pour le législateur, en droit public, d'avoir désigné dans certains champs spécialisés (p. ex. les accidents du travail et les maladies professionnelles) des interprètes de prédilection autres que les tribunaux de droit commun ne doit pas avoir pour conséquence d'engendrer une floraison chaotique de normes contradictoires. S'agissant de l'État de droit, ces experts, devant qui l'on doit s'incliner lorsqu'ils se penchent sur des questions appartenant à leur domaine de spécialité, n'ont aucune légitimité particulière; seuls les tribunaux de droit commun en ont une, en raison, notamment, de leur indépendance.

Entrent donc dans cette catégorie de questions artificiellement soumises à la dichotomie du vrai et du faux ou du correct et de l'erroné plusieurs types de questions. C'est le cas des questions de droit constitutionnel, des questions qui sans conteste possible ne relèvent pas de la compétence exclusive d'un décideur (p. ex. l'interprétation d'un droit fondamental protégé par une charte), ou des questions sur lesquelles des décideurs compétents et raisonnables s'affrontent sans être capables, éventuellement, d'arriver à un consensus (assez curieusement ce fut le cas spécifique de l'arrêt *Bibeault*⁹⁸), des questions de conflit de juridictions (ce que David Mullan appelle de façon imagée «automatic correctness review [...] where the matter in issue is one involving a jurisdictional saw-off between two regimes or

98. *Supra* note 40.

tribunaux»⁹⁹) et des questions à l'origine de conflits opérationnels au sens de l'arrêt *Shaw Cable Systems*¹⁰⁰.

On utilise déjà la notion très malléable de «question de droit» pour permettre la révision par des décideurs désignés de questions qui, en soi ou ontologiquement, ne sont que des questions de fait (p. ex le verdict déraisonnable en droit criminel). Cela signifie, essentiellement, que sur ces questions, les tribunaux de droit commun ou leurs juges auront toujours le dernier mot, et la catégorie de ces questions est presque extensible à volonté. Si cependant l'on est soucieux de préserver autant que faire se peut l'intelligibilité, la cohérence conceptuelle et, par voie de conséquence, la prévisibilité d'application du droit en matière de contentieux administratif, il est préférable que les limites de la catégorie du vrai ou du faux coïncident aussi exactement que possible avec ce qui est véritablement justiciable d'un raisonnement apodictique. Quant au reste, la norme de la décision déraisonnable devrait toujours prévaloir. Les finalités de la justice administrative (accessibilité, modicité, célérité, spécialisation et autonomie des décideurs) en dépendent.

II. Que nous réserve l'avenir?

Le point de vue que j'ai essayé de faire valoir ici est que nous n'avons pas pleinement exploité le potentiel de la révolution survenue au tournant des années 1980. Je crois que notre capacité de nous mesurer aux nouveaux problèmes qui se profilent devant nous s'en trouve diminuée, sûrement un peu, peut-être de beaucoup.

Quoi qu'il en soit, avant de revenir brièvement sur cette question du rapport entre le passé et l'avenir, je veux dresser une liste sommaire des tensions auxquelles le contentieux administratif me paraît être exposé dans les années qui viennent,

99. Mullan, *supra* note 46 à la p. 177. Il y a une analogie à faire entre ces questions et celles sur lesquelles statue à Paris, et au Palais Royal, le Tribunal des conflits.

100. *Supra* note 76.

en laissant porter le regard sur un horizon externe et un horizon interne.

Lorsque je dis «horizon externe», j'entends le contexte politique de la société nord-américaine, Canada (et donc Québec) compris, et je songe à tout changement notable qui est de nature à modifier durablement la façon dont le contentieux administratif se pratique. Par exemple, et j'y reviendrai, nous avons vu depuis une dizaine d'années un mouvement sensible au niveau fédéral, au niveau provincial, et je dirais aussi au niveau sous-continental, vers le désengagement de l'État, l'assainissement des finances publiques (parfois au prix de sacrifices importants en fait de services publics), la privatisation, l'affaiblissement des politiques de protectionnisme économique, et un peu partout la revalorisation du marché comme mécanisme d'ordonnancement des relations en société. Il en est résulté nécessairement certaines conséquences pour le droit et le contentieux administratifs. Rien ne dit, évidemment, que ces changements sont irréversibles. Au contraire, dans la deuxième partie de 2008 et en 2009 se sont amorcés un retour en force de l'État, un recul du marché et une demande accrue de régulation provoqués par la situation économique inquiétante de l'heure.

Lorsque je dis «horizon interne», j'entends plus spécifiquement le domaine du droit public, compris dans un sens large, et je songe à tout changement notable qui soit, ici encore, de nature à modifier la façon dont le contentieux administratif se pratique. En serait un exemple l'apparition dans le paysage québécois du Tribunal administratif du Québec, mais ce n'est évidemment pas le seul.

A. L'horizon externe

Ce que l'on perçoit ici est plutôt diffus, et il n'est pas toujours facile de voir quel sera l'impact spécifique des phénomènes en émergence sur le domaine restreint du contentieux administratif. Aucun peut-être, mais cela m'étonnerait. Quatre tendances, dont certaines se chevauchent

par endroits¹⁰¹, me semblent mériter qu'on s'y arrête quelques instants.

i. La transformation du rapport entre l'économie et le politique

J'ai mentionné, comme première transformation déjà en cours, la mutation du rôle de l'État et la priorité grandissante de l'économique sur le politique. Je pense à des phénomènes comme la déréglementation, la privatisation, l'«impartition» et l'instauration d'une culture du déficit zéro. Je pense aussi à une nuée de notions et de slogans, «qualité totale», «*just on time*», «*mission statement*», «*deliverables*», «plan d'affaires», «meilleures pratiques» («*best practices*»), «contrats de performance», «imputabilité», et autres expressions, pour beaucoup des anglicismes ronflants, qui ont certainement leur place dans l'industrie manufacturière, mais pas nécessairement dans la dispensation d'un service public. Tout sur Terre n'obéit pas forcément à une logique de marché. L'Église catholique romaine, par exemple, a-t-elle besoin d'un *Mission Statement* ou d'un plan d'affaires annuel? Pourquoi serait-ce le cas d'une commission

101. Voir David J. Mullan, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, c.23 («The Future») où l'auteur commente le phénomène en ces termes: «Of somewhat more pervasive and fundamental concern in any assessment of the future of judicial review of administrative action has to be the effects or impact of changing modes of government. At one level, there is the spectre of increasing globalization and the growing reach of international tribunals of all kinds, as exemplified by the various forms of international dispute resolution found in the North American Free Trade Agreement, mechanisms that involve the review of the decisions of domestic statutory authorities. At another level, there is the phenomenon of increasing privatization, outsourcing, and the delegation of tasks to the private sector. In this area of shared jurisdiction between governmental and non-governmental bodies for tasks that still have a significant public component, what regime of law is to operate and, to the extent that the tentacles of administrative law reach that far, what modifications, if any will be necessary? Indeed, this may very well be the most significant challenge faced by administrative law over the next few years.»

scolaire ou d'un CLSC? Et inversement, qui se soucie de la représentativité ou de la légitimité démocratique de Walmart?

À ce sujet, je ferai deux séries de remarques.

Premièrement, jusqu'à présent, ces phénomènes ont été assez peu étudiés, et je ne connais que quelques articles sérieux où l'on a évalué les effets juridiques de la privatisation d'une fonction gouvernementale¹⁰². Mais nous atteignons le stade où les tribunaux ressentent les effets de ces changements. Un phénomène voisin est celui de l'effet d'osmose (et unidirectionnel) entre la rationalité du secteur privé vers le secteur public. J'avais eu l'occasion il y a quelques années, avant d'accéder à la magistrature, de faire une recherche sur les politiques d'«imputabilité» (ou de responsabilisation) du Conseil du Trésor du Canada. J'avais pu constater à cette occasion à quel point la gestion par objectifs, l'individualisation des responsabilités du service, les programmes d'intéressement, la «nouvelle gouvernance», les primes au rendement et la planification en fonction des coûts et des bénéfices étaient devenus monnaie courante depuis quelques années dans une partie au moins de la fonction publique fédérale¹⁰³, souvent à l'instigation du Centre canadien de gestion. Toutes ces idées, qu'on pourrait qualifier ensemble d'Idéologie de l'imputabilité, proviennent du secteur privé. Viendra-t-il un temps où elles seront prises en compte dans l'évaluation de la légalité des actes de l'administration? Il faudra

102. Voir par ex., Michael J. Trebilcock et Evan Atwood, «Access to Public Information in Evolving Public-Private Sector Relationships» dans Institut canadien de l'administration de la justice, *Open Justice – La transparence dans le système judiciaire*, Montréal, Thémis, 1994, à la p. 233, et Margot Priest, «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation» (1997-1998) 29 R.D. Ottawa 233. La question a cependant fait couler beaucoup d'encre en droit américain, comme en témoigne l'article de synthèse de Chris Sagers, «The Myth of "Privatization"» (2007) 59 Admin. L. Rev. 37.

103. Je pense, notamment, à un rapport du Conseil du Trésor du Canada mis en circulation en avril 2000 et coiffé du titre plutôt indigeste *Diversification des modes de prestation (DMP) – Attentes et approches sur la responsabilisation*.

bien, tôt ou tard, que ces nouveaux critères de bonne gestion, s'ils doivent être reçus avec autant de sérieux qu'on semble l'affirmer, finissent par influencer sur l'appréciation par le judiciaire du caractère raisonnable, normal ou approprié de décisions ou d'actions gouvernementales.

En outre, dans certains domaines, comme en matière de protection de l'environnement ou de réglementation des professions, le passage du public au privé se traduit par un glissement d'un ordre de régulation imposé, qui s'exprime par des règlements, des autorisations administratives et des permis, à un ordre de régulation négocié, qui s'exprime dans des contrats¹⁰⁴. Cela aussi change la donne, soit en éliminant le contrôle judiciaire traditionnel, soit en limitant la portée. On avait pu observer un phénomène du même ordre il y a quelques années, phénomène qui suscite encore quelques litiges aujourd'hui, lorsque des municipalités, manquant de fonds ou de ressources fiscales, autorisaient des projets immobiliers en contrepartie de l'engagement contractuel par les promoteurs de réaliser à leurs frais les infrastructures nécessaires à leurs projets. Le problème de droit extrêmement épineux sur lequel se prononçait la *House of Lords* dans l'arrêt *Kleinwort Benson Ltd c. Lincoln City Council*¹⁰⁵ en 1998 avait pour lointaine origine un problème lié à la gestion de la trésorerie d'un organisme public comme s'il s'était agi de celle d'une entité privée.

Fort heureusement, un fonds de doctrine de haute qualité¹⁰⁶ se développe depuis quelques années autour de ces

104. Voir *Ordre professionnel des orthophonistes et audiologistes du Québec c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [2008] R.J.Q. 2531 (C.A.).

105. [1999] 2 A.C. 349.

106. Voir Daniel Mockle, «Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation» (2002) 43 C. de D. 143; Daniel Mockle, «L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public» (2003) 44 C. de D. 297 et Daniel Mockle, «La gouvernance publique et le droit» (2006) 47 C. de D. 89; Michelle Cumyn, «La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social?» (2006) 47 C. de D. 677; Pierre-Hugues

transformations de l'action gouvernementale. Il y a là, je pense, plus qu'une piste à exploiter, mais un champ en devenir dans le droit administratif de demain.

Deuxièmement, dans le sillage de ce désengagement de l'État, on commence à observer au Canada l'émergence d'un paradigme d'analyse économique du droit. Bien qu'il conserve une faible mesure d'avance sur la plupart des pays européens¹⁰⁷, le Canada, à ce titre, est très en retard sur les États-Unis. Pour le moment, et sous réserve de quelques exceptions¹⁰⁸, les promoteurs les plus actifs de cette perspective sur le droit se trouvent surtout au Canada anglais, en particulier en Ontario et à l'Université de Toronto. Le paradigme de l'analyse économique du droit prend le relais de la très puissante École d'analyse économique du droit américaine (et notamment des théoriciens du *Rational Choice* ou *Public Choice*¹⁰⁹), celle qui occupe aujourd'hui une place de premier plan dans la recherche en droit et force un ré-examen en profondeur du rapport public-privé. Au début, les secteurs les plus exposés sont les plus imbriqués à l'économie : la réglementation de la concurrence, des valeurs mobilières, des intermédiaires de marché, des brevets et des marques de commerce. Mais l'analyse économique du droit est fortement hégémonique¹¹⁰ et son influence s'étend vite à d'autres

Vallée, «Le problème de la qualification juridique de l'action administrative négociée : un défi aux catégories classiques du droit?» (2008) 49 C. de D. 175.

107. Les Pays-Bas et l'Allemagne, par exemple, se montrent de plus en plus accueillants pour l'analyse économique du droit.

108. Au premier rang desquels je rangerais l'ouvrage précurseur des professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris/Montréal, Dalloz/Thémis, 2008.

109. On trouvera une intéressante critique de cette théorie de la privatisation dans Michael D. Wright, «A Critique of the Public Choice Theory Case for Privatization : Rhetoric and Reality» (1993) 25 R.D. Ottawa 1.

110. Comme le démontrent les programmes de la John M. Olin Foundation, auxquels mes collègues et moi sommes régulièrement invités. Un article de Gary Coglianese, professeur à la John F. Kennedy School of Government de l'Université Harvard, donne une bonne vue d'ensemble de ce que l'analyse économique du droit peut accomplir en droit

domaines d'intervention de l'État: la protection de l'environnement, les professions, l'immigration, les ressources naturelles ou la mise en marché des produits agricoles, pour n'en citer que quelques-uns¹¹¹. Cela peut sembler bien loin de nous, mais rappelons-nous que les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et de la recherche) c. Southam Inc.*¹¹² et *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*¹¹³ avaient l'un et l'autre pour origine un litige du type de ceux sur lesquels l'analyse économique du droit est intarissable. Et je ne pense pas qu'aux États-Unis on aurait pu trancher ces litiges sans puiser généreusement dans les travaux de ce genre.

ii. La mondialisation de l'économie et des crises économiques

On ne peut évoquer cette seconde tendance – un poncif – sans penser à la tendance précédente, dont elle est très voisine. Déjà, en vertu des accords de libre-échange actuellement en vigueur, une part du contentieux administratif qui compétait autrefois des tribunaux canadiens relève désormais d'organismes internationaux, lesquels peuvent réviser les décisions de décideurs canadiens agissant en vertu de lois canadiennes. Il est vrai qu'en fait, cela n'affecte pour le moment que la compétence de la Cour fédérale.

Mais le phénomène a des ramifications plus larges, dont certaines peuvent sembler positives et d'autres moins. D'une part,

administratif : Gary Coglianese, «Empirical Analysis and Administrative Law» (2002) U. Ill. L. Rev. 1111.

111. On peut se faire une idée de la puissance d'analyse, mais aussi de la charge idéologique du paradigme en lisant la recension, en matière de droit de l'environnement, de Lisa Heizerling, «The Accidental Environmentalist : Judge Posner on Catastrophic Thinking», Georgetown University Law Center, *Public Law & Legal Theory Working Papers Series* n° 770326 (2005); voir aussi Frank Ackerman et Lisa Heizerling, *Priceless : On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing*, New York, The New Press, 2004.

112. [1997] 1 R.C.S. 748.

113. *Supra* note 79.

quelques organismes internationaux, dont l'Organisation mondiale du commerce (OMC), usent de leur influence pour que soit instauré dans des pays anciennement ou même actuellement communistes un processus de «*Judicial Review*» du genre de ceux qui ont cours dans les pays de *common law*. J'ai moi-même eu l'occasion, avant d'accéder à la magistrature, de participer avec des juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec à des programmes de formation pour des juges chinois, programmes qui portaient sur le contentieux administratif et qui étaient destinés à satisfaire certaines demandes de l'OMC. Bien que je sois personnellement assez sceptique devant ces initiatives qui traitent les institutions juridiques comme des choses tangibles, exportables par air ou par mer, plutôt que comme des pratiques ancrées dans des cultures juridiques et politiques¹¹⁴, je note que le modèle de l'État de droit auquel nous sommes habitués ici paraît recherché par les pays qui en étaient autrefois privés. En somme, s'il existe un modèle de contentieux administratif qui, avec ses variantes, serait universalisable, ce serait le nôtre. Eh bien, tant mieux si ce devait être le cas (mais il me semble que le droit administratif français ou allemand auraient eux aussi quelque chose de valable à contribuer).

D'autre part, sous certains aspects, la même tendance est quelque peu inquiétante. J'ai parlé plus haut des penchants fortement hégémoniques de l'analyse économique du droit. L'influence considérable de ce mouvement d'idées se reflète dans l'importance que lui accordent des institutions comme l'OMC ou la Banque mondiale.

À ce sujet, les travaux de droit comparé mis en circulation par la Banque mondiale sous le titre *Doing Business* –

114. En particulier, comme je me suis d'ailleurs appliqué à le dire à différentes occasions à Beijing, Hô Chi Minh Ville, Danang, Phnom Penh et Hanoi, le contrôle judiciaire de tradition anglo-américaine doit se concevoir comme un *contre-pouvoir*, un aspect de la chose souvent passé sous silence et qui n'est pas de nature à en accroître l'attrait dans des pays dotés d'un parti unique.

*Benchmarking business regulations*¹¹⁵ sont fort révélateurs. Il s'agit de comparer au moyen d'indices statistiques très détaillés, tels que la durée normale d'une procédure donnée ou le montant des frais de justice, l'état du droit dans 145 pays différents sur cinq catégories de variables : (1) les conditions et formalités nécessaires à la création d'une entreprise, (2) les conditions d'embauche, de mise à pied et de congédiement du personnel, (3) les conditions d'exécution forcée de contrats courants auxquels il y a contravention manifeste, (4) les conditions d'obtention de crédit, et (5) les conditions auxquelles une entreprise insolvable peut faire faillite. On y apprend par exemple que quiconque souhaite fonder une entreprise en Indonésie doit compter au moins 168 jours entre le début des formalités et la date de commencement des activités, et qu'une mise de fonds égale à trois fois le revenu moyen *per capita* est impérative (!). Ou qu'il faut 27 procédures et en moyenne 550 jours pour obtenir la sanction par les tribunaux des Émirats arabes unis de l'inexécution d'une obligation de payer. Ou que la procédure de faillite en Inde dure en moyenne dix ans.

A priori, ces travaux comparatifs ont une grande puissance de persuasion. Ils prétendent mettre en lumière les avantages importants d'une économie libérale s'épanouissant sans entraves dans un système de droit qui use avec grande, voire extrême, modération de la réglementation. Mais, quand on y regarde de plus près, on décèle ici des postulats contestables et, surtout, une adhésion insidieuse à la proposition que la déréglementation et la protection du droit de propriété sont les finalités les plus hautes de l'État et les assises fondamentales d'une économie florissante. Ainsi :

Does cumbersome business regulation matter? Yes, and particularly for poor people. In much of Africa, Latin America, and the former Soviet Union, excessive regulation stifles productive activity [...]. And government does not focus on what it should – defining and protecting property rights.

115. Consulter le site <http://rru.worldbank.org/DoingBusiness/>.

[...]

Another important variable in explaining different levels of regulatory intervention is legal origin. Together, income and legal origin account for more than 60 percent of the variation in regulation. While country wealth has long been recognized as a determinant of the quality of institutions (for example, in the writings of Nobel laureate Douglass North), the importance of legal origin has only recently been investigated. The regulatory regimes of most developing countries are not indigenous – they are shaped by their colonial heritage. When the English, French, Spaniards, Dutch, Germans, and Portuguese colonized much of the world, they brought with them their laws and institutions. After independence, many countries revised legislation, but in only a few cases have they strayed far from the original. These channels of transplantation bring about systematic variations in regulation that are not a consequence of either domestic political choice or the pressures toward regulatory efficiency. Common law countries regulate the least. Countries in the French civil law tradition the most.

Bref, on doit toujours préférer la réglementation par le moyen de la propriété privée (car c'en est un) à la réglementation par l'action réglementaire; aussi la France se voit-elle coiffée du bonnet d'âne. Voilà une vision des choses qui manque un peu de nuances. Pourtant, elle s'inscrit très bien dans le prolongement de l'analyse économique du droit américain et, dans la mesure où elle conforte la pensée dominante dans des organismes de l'envergure de la Banque mondiale, elle n'incite guère à opter pour le modèle rival auquel nous étions habitués, celui de l'engagement limité de l'État dans l'économie, sous contrôle des tribunaux de droit commun.

Le Québec est peut-être moins sensible que d'autres entités politiques à ces idéologies néo-libérales. Néanmoins, je me demande ce que diraient les auteurs des études massives et coûteuses que commande la Banque mondiale si on leur

demandait d'évaluer l'«efficacité» de la C.S.S.T. ou du réseau de santé publique du point de vue de *Doing Business*.

Enfin, dernière remarque sous ce chef, la mondialisation, l'expansion du libre-échange, la croissance de l'OMC et l'ubiquité actuelle de l'idéologie libérale coïncident peut-être avec la fin d'un cycle plutôt qu'avec la «fin de l'histoire» annoncée par Francis Fukuyama dans un essai célèbre. Il n'y a pas que le marché qui se mondialise, les crises aussi se généralisent. L'effondrement des marchés financiers en 2008 et l'intervention massive (je dirais presque «héroïque») des États au soutien des institutions financières entraîneront nécessairement dans leur sillage une nouvelle vague de contrôles par la réglementation et une réapparition progressive du droit là où il semblait s'être tu.

iii. Les attentes et les inquiétudes sécuritaires

Il est banal de dire que bien des choses ont changé sous l'effet des attentats du 11 septembre 2001. Le droit s'en est naturellement ressenti. Étant donné son rapport assez étroit avec les questions d'immigration, ce phénomène intéresse peut-être plus la Cour fédérale que la Cour supérieure ou la Cour d'appel du Québec, comme semble le démontrer le récent jugement dans l'affaire *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*¹¹⁶. Néanmoins, il y a d'autres domaines – telle par exemple la révision d'une décision ministérielle en matière d'extradition – qui seront affectés par les nouvelles dispositions législatives ou réglementaires de droit fédéral adoptées dans la foulée des événements du 11 septembre 2001. Les tensions avec la *Charte canadienne des droits et libertés* sont ici évidentes. Il est trop tôt pour faire état d'une nouvelle jurisprudence en la matière, mais déjà quelques commentaires doctrinaux sérieux se sont attachés à évaluer l'impact de ces changements sur le droit administratif. Je signale en particulier l'article compact de David Mullan¹¹⁷ dont la dernière partie s'intitule «Administrative Law in a Time of

116. [2009] F.C.J. No. 656.

117. *Supra* note 46 aux pp. 194-205.

Terrorism», ainsi que le texte du professeur Lorne Sossin paru dans un ouvrage collectif consacré aux répercussions de la *Loi anti-terroriste*¹¹⁸, et qui traite de «The Intersection of Administrative Law with the Anti-Terrorism Bill»¹¹⁹. Pour le moment, les observateurs les plus avertis semblent s'accorder pour dire que le principal effet de ces changements aura été d'accélérer la concentration de pouvoirs discrétionnaires importants entre les mains de l'exécutif, et d'élargir le champ d'application des règles assurant la confidentialité de certains types de décisions et de mesures gouvernementales.

iv. Les formes nouvelles de contrôle de l'action gouvernementale

Je ne m'étendrai pas sur cette question, car le phénomène me semble assez évident. On assiste depuis quelques années à la revalorisation ou à la mise en place d'institutions gardiennes de l'intégrité gouvernementale et qui fonctionnent en dehors du circuit judiciaire : je pense notamment au juriconsulte de l'Assemblée nationale, au Commissaire au lobbyisme du Québec, au Commissaire à l'éthique fédéral, aux ombudsmans et protecteurs du citoyen et, bien entendu, au vérificateur général. Ces intervenants exercent un contrôle de plus en plus étroit sur des comportements institutionnels ou individuels qui auparavant relevaient d'abord des tribunaux, mais qui de ce fait échappaient parfois à une censure impossible sur le plan juridique, mais méritée sur le plan de la déontologie, de l'éthique, de l'équité ou de la transparence administrative. J'en donnerai un exemple. La visibilité du Vérificateur ou de la Vérificatrice général(e) s'est considérablement accrue depuis quelques années, de même je crois que son autorité morale (il se peut que ce phénomène ne soit que conjoncturel). Cela étant, il me semble probable qu'aujourd'hui le type de jeux d'écritures que le demandeur

118. L.C. 2001, c. 41.

119. Lorne Sossin, «The Intersection of Administrative Law with the Anti-Terrorism Bill» dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, p. 419.

attaquait dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Villeneuve*¹²⁰, et que la Cour d'appel jugea juridiquement valide, ferait l'objet d'une censure autre que juridique, mais efficace tout de même. Autrement dit, les contrôles externes sur l'action gouvernementale se sont multipliés et renforcés, ce qui me paraît être une bonne chose : les tribunaux de droit commun n'étant plus seuls à assumer la tâche, ils risquent moins de décevoir les attentes de justiciables qui s'estiment lésés par une décision juridiquement inattaquable, mais éthiquement contestable de l'État.

B. L'horizon interne

J'ai déjà beaucoup insisté sur ce qui me paraissait le plus important et je n'aborderai pas les sujets qu'il me reste à traiter avec autant de détails que ce qui précède. De toute façon, il s'agit de questions juridiques, et je pense que tous ceux et celles qui travaillent en droit administratif sont bien conscients des mouvements qui se dessinent sous chacun des sous-titres que j'énumère ici.

i. Les chartes, les tribunaux administratifs et le pluralisme interprétatif

Il y a ici, et de façon assez évidente, un conflit de finalités. Entre les arrêts *Weber c. Ontario Hydro*¹²¹ d'une part, et d'autre part les arrêts *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*¹²² et *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*¹²³, la question de la compétence des tribunaux administratifs de connaître des litiges qui soulèvent des questions de droits fondamentaux a été débattue à plusieurs reprises en Cour

120. [1996] R.J.Q. 2199 (C.A.). En première instance devant le juge Jean Moisan de la Cour supérieure, le demandeur avait eu gain de cause sur sa demande de jugement déclaratoire : voir *Villeneuve c. Québec (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 1935 (C.S.).

121. [1995] 2 R.C.S. 929.

122. [2004] 2 R.C.S. 185.

123. [2004] 2 R.C.S. 223.

suprême du Canada. Je ne suis pas sûr qu'une solution d'application relativement simple ait déjà émergé de cette jurisprudence. Mais là n'est pas la question. Le problème résulte du fait que les questions de droits fondamentaux dérivent naturellement vers l'ordre du vrai et du faux, et non dans celui du déraisonnable ou de ce qui ne l'est pas : en somme, elles appellent naturellement dans l'esprit de la plupart des observateurs des réponses qui satisfont à un idéal de perfection juridique. Cela étant, il y a un risque sérieux qu'en faisant intervenir dans la prise de décision administrative, puis dans la révision judiciaire de décisions administratives, des questions ressortissant à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou à la *Charte des droits et libertés de la personne*, on introduise sous cet angle et en permanence la norme d'intervention la plus exigeante pour les décideurs. Ils n'ont plus «le droit à l'erreur», ou tout simplement la faculté de trancher raisonnablement une question, parce qu'en ces matières on ne peut qu'avoir raison ou tort et que les erreurs ne sont pas permises¹²⁴.

La Cour d'appel, comme la Cour suprême dans l'arrêt *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l'Ontario, section locale 324*¹²⁵, est consciente de ce problème et s'est déjà prononcée dans quelques espèces de manière à concilier autant que faire se peut les finalités des droits fondamentaux avec celles, notamment, des régimes d'indemnisation encadrés par des tribunaux administratifs¹²⁶. Mais le potentiel de friction demeure. Sans être omniprésentes, les questions de droits fondamentaux sont envahissantes. Or, elles appellent généralement des jugements «corrects», puisque la valeur emblématique qu'on leur

124. J'en donne un exemple. Il n'y a aucun doute dans mon esprit que, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, les juges McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish ont tous signé ou co-signé et versé au dossier des motifs éminemment raisonnables. Il n'en demeure pas moins que dans l'ordre du droit positif les juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps avaient tort. Un point c'est tout.

125. [2003] 2 R.C.S. 157, particulièrement aux paragraphes 50-54.

126. Voir par ex. *Mueller Canada inc. c. Ouellette*, [2004] R.J.Q. 1397.

attribue implique qu'en de telles matières on ne peut se satisfaire de décisions simplement raisonnables, ni a fortiori d'une mesure d'à peu près, c'est-à-dire de décisions qui, sans être en accord précis avec la vision qu'un tribunal judiciaire aurait de la question, ne sont pas pour autant déraisonnables. Bref, lorsqu'il s'agit de droits dits *fondamentaux*, la nature de l'enjeu fait que seule la perfection juridique peut satisfaire les parties immédiatement intéressées. Si l'on n'y prend garde, ces questions deviendront en droit administratif un cheval de Troie au moyen duquel sera réintroduite une version de la rectitude juridique semblable à celle décrite au point I. B. ii. ci-dessus. Certes, son amplitude ne sera pas la même, car il ne s'agira pas de «toute question de droit», mais seulement de «toute question de droits fondamentaux». Étant donné, cependant, la malléabilité de cette dernière notion, je crois qu'il s'agit là d'une bien maigre consolation. Déjà, la doctrine s'inquiète de ce phénomène¹²⁷.

ii. Le TAQ et la Cour du Québec

Naguère nouvel arrivant dans le paysage du droit administratif québécois, le Tribunal administratif du Québec (TAQ) s'est maintenant bien intégré, je crois. Il a survécu à une robuste contestation de sa constitutionnalité¹²⁸ et un arrêt récent de la Cour d'appel a précisé les limites de ses attributions quand il siège lui-même en révision de ses propres décisions¹²⁹. On trouve d'ailleurs dans cette décision une application intéressante et, pour une fois, à mon sens, entièrement justifiée, de la notion de décision raisonnable *simpliciter*. En somme, j'ai l'impression que cette nouvelle réforme d'envergure qui introduisait une quantité d'inconnues en droit administratif a été suivie d'une transition

127. Voir Thomas Poole, «Between the Devil and the Deep Blue Sea : Administrative Law in an Age of Rights», London School of Economics Law, *Society and Economy Working Papers*, 9/2008.

128. *Barreau de Montréal c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.J.Q. 125 (C.S.), conf. par [2001] R.J.Q. 2058 (C.A.) autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28910 (17 octobre 2002), demande de réexamen refusée, 28910 (12 décembre 2002).

129. *Québec (Tribunal administratif) c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.).

harmonieuse. Je serais curieux de savoir quel est, statistiquement parlant, l'effet de cette réforme sur le corpus litigieux en droit administratif, mais il ne me semble pas qu'elle ait eu un impact négatif sur la compétence de principe des tribunaux supérieurs de droit commun.

Je n'en dirais peut-être pas tant de la compétence *ad valorem* de la Cour du Québec. Plusieurs grands arrêts constitutionnels des années 1970 et 1980, souvent rendus, d'ailleurs, dans un contexte de droit administratif, avaient circonscrit la compétence provinciale en matière de contrôle judiciaire. Je pense aux arrêts *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*¹³⁰, *Québec (Procureur général) c. Farah*¹³¹, *Crevier c. Québec (Procureur général)*¹³² ou *Canada (Procureur général) c. Grondin*¹³³. Mais ce n'est pas seulement sous ce chef que les pouvoirs inhérents des cours supérieures sont protégés par la Constitution. L'expansion considérable qu'a connue depuis plusieurs années la compétence de la Cour du Québec, dans des champs spécialisés par l'extension de «juridictions statutaires», mais aussi en droit commun par l'augmentation de sa compétence *ad valorem* sur tout litige d'une valeur inférieure à 70 000 \$, me paraît receler un problème potentiel au regard de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867¹³⁴. Peut-être faudra-t-il refaire d'ici peu l'exercice d'analyse auquel s'était livrée la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la Cour de Magistrat*¹³⁵ – il n'est pas exclu, bien sûr, que le résultat demeure le même.

iii. La médiation, la conciliation et le pluralisme interprétatif

Avant d'accéder à la magistrature, j'avais trouvé fort intéressants les travaux du professeur Daniel Mockle sur les voies

130. [1973] R.C.S. 681.

131. *Supra* note 31.

132. *Supra* note 30.

133. [1983] 2 R.C.S. 364.

134. (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

135. [1965] S.C.R. 772.

parallèles que la justice administrative pourrait emprunter (par médiation, conciliation ou négociation) pour réaliser ses objectifs¹³⁶. Bien que d'abord dubitatif devant certaines utilisations des modes dits «alternatifs» de règlement des différends¹³⁷, je ne contestais pas les avantages que présentent dans la plupart des cas les solutions négociées ou consensuelles, qu'elles s'obtiennent avec ou sans assistance. Or, ces pratiques se sont beaucoup répandues depuis une dizaine d'années, à la fois dans l'Administration et au sein de tribunaux administratifs importants, la législation ayant été modifiée en conséquence. Le résultat global me paraît très encourageant. La Cour d'appel elle-même, maintenant, et malgré qu'elle ait *a priori* le profil d'une institution judiciaire vouée à l'interprétation et la sanction du droit, a recours presque quotidiennement, et dans de nombreux dossiers, à une procédure consensuelle de médiation devant l'une ou l'un de ses juges. Ici encore, les résultats sont patents.

Ces voies de règlement des différends me semblent présenter des affinités nombreuses avec la représentation du droit qu'offre le pluralisme interprétatif. Le droit n'est jamais une fin en soi, il est un moyen vers une solution, vers un arbitrage intellectuellement et socialement acceptable d'intérêts divergents. À mon avis, avant la révolution dont j'ai fait état ici, le droit public

136. Voir notamment Daniel Mockle, «Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif» dans Jean-Louis Baudoin, dir., *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Association Henri Capitant, Cowansville, Yvon Blais, 1997, 85; Daniel Mockle «Le développement des formules non juridictionnelles inspirées du modèle de l'Ombudsman» dans Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, *Nouvelles pratiques de gestion des litiges en droit social et du travail : actes de la 4^e journée en droit social et du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 43 et Daniel Mockle, «Zéro contentieux – L'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement amiable des différends» (1991) 51 R. du B. 45.

137. J'avais examiné la question dans Yves-Marie Morissette, «(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice» (1991) 51 R. du B. 585. Mais, tout compte fait, rien dans ce texte ne mettait en doute qu'une coexistence pacifique puisse exister entre solutions négociées et solutions imposées par un tribunal judiciaire ou administratif.

canadien – tout particulièrement dans le champ du contentieux administratif – véhiculait une conception sourcilleuse et inflexible de la vérité en droit. C'était celle de Dicey, un esprit par ailleurs d'une grande qualité, on en convient. Tout était de l'ordre du vrai ou du faux, et les tribunaux de droit commun étaient en fin de compte les seuls garants de cette vérité. De cette conception découlaient des conséquences fort malencontreuses pour le droit administratif, dont une tendance irrépressible à la judiciarisation. Aujourd'hui, en droit public canadien, cette conception s'est surtout retranchée dans le champ des droits fondamentaux, où chacun est généralement sûr de son bon droit et où les protagonistes ont trop souvent tendance à présenter les intérêts divergents qu'ils défendent comme des vérités irrécusables et universelles. L'arrêt *SCFP* a démontré en quelques pages limpides combien sont vite atteintes les limites de ce modèle interprétatif. La médiation et la conciliation font partie des mécanismes de mise en œuvre du droit qui, comme la procédure simplifiée ou non contentieuse devant les tribunaux administratifs, portent en eux une conception pluraliste du droit. Aussi a-t-on pu parler dans ce contexte d'une transformation du rapport au droit¹³⁸. Ces avancées sont nouvelles et, malgré quelques travaux théoriques dans ce sens¹³⁹, elles demeurent «*under-theorized*». Mais je crois que c'est une voie pleine de potentiel, même dans le champ des droits dits «fondamentaux».

Conclusion

Il est grand temps de conclure. Pendant quelques années autour de 1980, nous avons assisté en droit administratif canadien à une période extrêmement féconde et riche en

138. Louise Otis, *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire – 8e Conférence Albert-Mayrand*, Montréal, Thémis, 2005.

139. Voir Louise Lalonde, «La médiation, une approche "internormative" des différends?» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 99, Roderick A. Macdonald, «L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 133 et Georges A. Legault, «La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 153.

nouveautés. Tout au long de cette période, le juge Dickson a été, selon moi, le principal propagateur de cet esprit de réforme. Les idées qu'il avait d'abord exprimées plusieurs années auparavant dans des motifs de dissidence, souvent avec l'accord du juge Laskin, ont acquis de plus en plus d'ascendant et sont devenues avec le temps les bases du droit administratif des vingt dernières années. Nous devons à la plume du juge Dickson l'arrêt *SCFP*. Si nous voulons enrichir et simplifier la discipline, travailler à rendre le droit administratif plus intelligible comme on l'a fait à cette époque, et plus fidèle à ses principales finalités, il nous faut remonter aux sources et approfondir l'effort d'analyse entrepris dans l'arrêt *SCFP*. Le droit administratif pourrait en ressortir moins opaque et plus fonctionnel, ce qui serait déjà un progrès. Comme le contexte dans lequel évolue le droit public connaît actuellement des mutations importantes, le moment est peut-être propice pour asseoir le contentieux administratif sur de meilleures bases conceptuelles, celles déjà délimitées par le juge Dickson.

Bien entendu, tout cela n'est qu'affaire d'interprétation. Je crois que celle proposée ici est raisonnable et je n'en dirai pas plus.

ANNEXE

**Nature du problème d'interprétation soulevé
par l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique,
section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-
Brunswick*,
[1979] 2 R.C.S. 227.**

Texte anglais de la disposition

102 (3) Where subsection (1) and subsection (2) are complied with employees may strike and during the continuance of the strike

(a) the employer shall not replace the striking employees or fill their position with any other employee, and

(b) no employee shall picket [...].

Version française

102 (3) Les employés peuvent faire la grève lorsqu'ils se sont conformés au paragraphe (1) et au paragraphe (2) et pendant toute la durée de la grève

(a) l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes à d'autres employés, et

(b) les employés ne doivent pas participer à un piquet de grève [...].

Interprétation I

102 (3) [...] during the continuance of the strike

(a) the employer shall not replace the striking employees or fill their position **with any other employee**, and

Interprétation I

102 (3) [...] pendant toute la durée de la grève

(a) l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes **à d'autres employés**, et

Interprétation II

102 (3) [...] during the
continuance of the strike

- (a) the employer shall not
replace the striking
employees **with any
other employee** or fill
their position **with any
other employee**, and

Interprétation II

102 (3) [...] pendant toute la
durée de la grève

- (a) l'employeur ne doit pas
remplacer les grévistes **à
d'autres employés** ou
attribuer leurs postes **à
d'autres employés**, et

Commentaires

- La question à résoudre. Il s'agissait de savoir si, en ayant fait appel à des cadres pour remplacer des grévistes pendant une grève, l'employeur avait contrevenu à l'alinéa 102(3)(a). L'employeur plaidait que non et invoquait l'interprétation II de la disposition.
- La divergence entre les deux versions de la loi. Il est manifeste que l'interprétation II est possible en anglais, mais impossible en français : on ne peut pas, en français, remplacer quelqu'un «à un autre», pas plus qu'on ne peut mettre son chapeau «dans sa tête» ou s'asseoir «par une chaise». Cette évidence n'est cependant mentionnée nulle part, car elle a échappé à tout le monde, y compris à la Cour suprême. (Les lois du Nouveau-Brunswick existent en deux langues officielles depuis 1969.)
- L'«erreur» que contient l'arrêt SCFP. C'est donc une *erreur*, interdite par la lettre du texte et par la syntaxe, de soutenir que l'expression «à d'autres employés» à la fin de l'alinéa (b) du paragraphe 102(3) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B., 1973, c. P-25, qualifie à la

fois l'expression «remplacer les grévistes» et «attribuer leur poste».

- L'effet de cette erreur. Néanmoins, la cause ayant été plaidée en anglais à tous les niveaux, cette caractéristique de la version française officielle de la loi en question est passée inaperçue, et l'on a imputé au texte une ambiguïté dont il était exempt, du moins en langue française. Aussi le juge Dickson écrit-il à la page 230:

On one point there can be little doubt – section 102(3) is very badly drafted. It bristles with ambiguities. Mr. Justice Limerick of the New Brunswick Appeal Division, in the course of his reasons in the present litigation, said: "Four possible interpretations immediately come to mind."

Au départ, le moins que l'on puisse dire est que l'al. 102(3)(a) est très mal rédigé. Il est hérissé d'ambiguïtés. Dans ses motifs de jugement en l'espèce, le juge Limerick de la Division d'appel du Nouveau-Brunswick a déclaré : [TRADUCTION] «Quatre interprétations possibles viennent immédiatement à l'esprit.»

- Les interprétations possibles de la loi. Les quatre interprétations possibles auxquelles fait allusion le juge Limerick, et qui se compénètrent, sont les suivantes : (I) l'expression «à d'autres employés» ne qualifie que l'expression «attribuer leurs postes»; (II) l'expression «à d'autres employés» qualifie à la fois l'expression «attribuer leurs postes» et l'expression «remplacer les grévistes»; (III) l'expression «remplacer les grévistes» vise un remplacement permanent et l'expression «attribuer leurs postes» vise un remplacement temporaire; (IV) l'expression «remplacer les grévistes» vise un remplacement temporaire et l'expression «attribuer leurs postes» vise un remplacement permanent.

- L'argumentation de l'employeur : Devant la Commission des relations de travail dans les services publics, l'employeur a principalement fondé sa position sur l'interprétation II ci-dessus, comme le souligne le juge Dickson à la page 231 :

The major argument of the employer before the Board was that to which I have alluded, quite simply that the phrase "with any other employee" in s. 102(3)(a) covered *both* earlier branches of that paragraph, i.e. "replace the striking employees" or "fill their position".

Le principal argument de l'employeur devant la Commission se limite à la thèse, à laquelle j'ai déjà fait allusion, que l'expression «à d'autres employés» se rapporte aux *deux* interdictions mentionnées dans l'alinéa, savoir «remplacer les grévistes» ou «attribuer leurs postes».

L'un des paradoxes les plus frappants de l'arrêt de la Cour suprême est que le «principal argument de l'employeur», selon la version française officielle des recueils de la Cour (qui, nécessairement, reproduit les termes de la version française officielle de la loi) *n'a pas de sens*. Le simple fait de citer la loi dans son autre version officielle prive le «principal argument» de son statut d'argument et l'expose pour ce qu'il est : un non-sens au plan lexical.

- L'interprétation «raisonnable» de la Commission : En dernière analyse, la Cour suprême se prononce unanimement en faveur de l'interprétation avancée dans ses motifs par la Commission. Cette interprétation peut être qualifiée de téléologique puisqu'elle s'appuie sur l'objet général de la *Loi* et sur la finalité apparente du paragraphe 102(3) de la *Loi*. Le juge Dickson résume ainsi, aux pages 231 et 232, les motifs de la Commission, qu'il fera siens aux pages 241 et 242 de ses propres motifs :

It was the opinion of the Board that when the Legislature saw fit to grant the right to strike to public employees, it intended through the enactment of s. 102(3) to restrict the possibility of picket-line violence by prohibiting strikebreaking, on the one hand, and picketing, on the other. This apparent intention, the Board held, would be frustrated if the words "with any other employee" were to be interpreted as modifying "replace" as well as "fill their position", "for in that case there would be nothing to stop the Employer from replacing the strikers with anyone not coming within the definition of 'employee' in the *Public Service Labour Relations Act* The result of such an interpretation would be that the strikers would have been deprived of their right to picket, but the employer would not have been deprived of the right to employ strike-breakers."

[La Commission] a conclu que lorsque le législateur a décidé d'accorder le droit de grève aux employés des services publics, il a voulu, par l'adoption du par. 102(3), limiter la possibilité de violence par suite d'un piquet de grève en interdisant, d'une part, les briseurs de grève et, d'autre part, le piquet de grève même. La Commission a jugé qu'on ne pourrait parvenir à ce but manifeste si les mots «à d'autres employés» devaient se rapporter à la fois à «remplacer» et à «attribuer leurs postes», [TRA-DUCTION] «car, dans ce cas, rien n'empêcherait l'employeur de remplacer les grévistes par des personnes qui n'entrent pas dans le cadre de la définition du mot «employé» selon la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* [...] . Cette interprétation aurait pour effet de priver les grévistes de leur droit de faire un piquet de grève sans pour autant priver l'employeur du droit d'avoir recours à des briseurs de grève.»

Il est heureux, quoique peut-être en partie accidentel, que l'interprétation téléologique adoptée par la Commission ait coïncidé avec l'interprétation I. Le contraire eût été embarrassant. On peut cependant adresser à l'interprétation de la Commission le reproche auquel s'exposent la plupart des interprétations téléologiques : celui d'appuyer les prémisses sur la conclusion avant de justifier la conclusion par les prémisses. En outre, ayant atteint l'objectif souhaité en invoquant la finalité de la loi pour dissiper l'ambiguïté entre les interprétations I et II, la Commission n'a pas eu à se préoccuper de dissiper l'ambiguïté entre les interprétations III et IV de la *Loi*.

- L'interprétation «raisonnable» du juge Limerick : Quant à l'interprétation du juge Limerick, dont le juge Dickson dit à la p. 238 qu'elle «semble raisonnable à première vue» même si «avec égards [...] elle ne l'est ni plus ni moins que l'interprétation retenue par la Commission», elle est essentiellement exégétique et peut se résumer comme suit :

1. Le paragraphe 6(2) de la *Loi* énonce : «Sous réserve de l'alinéa 102(3)(a), aucune disposition de la présente loi ne porte atteinte au droit que possède l'employeur d'engager des entrepreneurs privés ou de passer des marchés avec des entrepreneurs pour faire effectuer des travaux à quelque fin que ce soit.»
2. On peut déduire des cinq premiers mots du paragraphe 6(2) que la sous-traitance est toujours permise, *sauf dans les situations visées par l'alinéa 102(3)(a)*. Il faut donc qu'une partie de l'alinéa 102(3)(a), tel que rédigé, puisse être comprise comme dépeignant des situations de sous-traitance.
3. L'alinéa 102(3)(a) traitant, notamment, de la faculté pour l'employeur d'attribuer leurs postes [des grévistes] à d'autres employés», et cette périphrase étant manifestement inapplicable à la sous-traitance

puisqu'elle vise «d'autres employés», seule l'expression «remplacer les grévistes» dans l'alinéa 102(3)(a) est susceptible de viser la sous-traitance, et à condition seulement que l'expression «à d'autres employés» ne qualifie que les mots «attribuer leurs postes» et non les mots «remplacer les grévistes».

4. Cela étant, les mots «remplacer les grévistes» visent la sous-traitance et doivent se lire indépendamment des mots «à d'autres employés».
5. Or, la sous-traitance, ou la «passation de marchés», pour reprendre les termes du paragraphe 6(2), implique nécessairement «un contrat de louage de service d'une durée déterminée», concept diamétralement opposé à celui d'un remplacement temporaire pour la durée indéterminée d'une grève.
6. Par conséquent, c'est l'expression «remplacer les grévistes» qui connote une idée de permanence, et l'expression «attribuer leurs postes à d'autres employés» qui connote l'idée d'un remplacement temporaire.
7. Il s'ensuit que, si l'employeur procède à des remplacements temporaires pendant la grève, la seule restriction que lui impose l'alinéa 102(3)(a) est d'avoir recours à d'autres employés pour ce faire; s'il s'adresse à des cadres ou à tout autre non-employé pour remplacer les grévistes, il agit dans la légalité.

Ainsi, non seulement cet arrêt introduit-il en droit public canadien une doctrine du pluralisme interprétatif qui donne une image fidèle du processus d'interprétation des lois, mais il fournit aussi, à son insu, un saisissant exemple de ce qu'il faut entendre par «erreur», au sens apodictique du terme. Il doit s'agir d'une fausseté que personne n'a vue et qui, lorsqu'elle est découverte, provoque instantanément l'unanimité quant à son statut d'erreur. De telles erreurs, au sens étroit du terme, ne peuvent pas être

«raisonnables», tout comme $2 + 2 = 7$ ne peut pas être plus raisonnable que $2 + 2 = 59$.