

LA MORT DE LA "DISCRETION ADMINISTRATIVE"

HENRI BRUN*

Québec

Introduction

Il est admis, traditionnellement, qu'une distinction fondamentale doit être faite, en droit public, entre "discrétion judiciaire" et "discrétion administrative". La première se réfère, d'abord et avant tout, à cette faculté de choisir dont disposent dans certains cas les tribunaux dans l'élaboration de leurs décisions. Par exemple, le choix parfois donné au juge de condamner à l'amende ou à l'emprisonnement. Cette "discrétion", par essence, consiste en une marge de manoeuvre circonscrite par le droit. A l'inverse, la "discrétion administrative" postule l'existence d'un choix illimité de moyens. Son titulaire peut opter parmi des possibilités dont aucune règle juridique ne limite le nombre. C'est le fait, par exemple, du ministre auquel la loi donne le pouvoir d'autoriser tel type d'activités par l'émission de permis, s'il juge que l'intérêt public le permet.¹

Progressivement, au fur et à mesure que se sont multipliés les "tribunaux administratifs", on a étendu à eux la notion de discrétion judiciaire. On a conçu que les organes exécutifs exerçant des fonctions de type judiciaire devaient utiliser les marges de choix que la loi leur laissait, de la façon dont devaient le faire les tribunaux judiciaires. Cette extension des règles propres à l'exercice de la discrétion judiciaire s'est cependant faite à partir de critères formels et passablement rigides. De telle façon que sont demeurés nombreux les domaines de décision de l'exécutif considérés comme relevant de la discrétion administrative. Par exemple, seules les tâches exécutives mettant en présence des "parties" et un "juge", ou pour l'exécution desquelles la loi exige le recours à un processus ressemblant plus ou moins au processus

* Henri Brun, Professeur à la Faculté de droit, Université Laval, Québec. Dans cet article les travaux de recherche ont été arrêtés au 1er juin 1974.

¹ Voir, par exemple, *Calgary Power v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24, à la p. 34 en particulier (le juge Martland, pour la Cour). Voir L. P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (1965), pp. 23-24.

judiciaire, ont été pour un temps considérées comme faisant l'objet des règles de la discrétion judiciaire. L'évolution s'est ensuite continuée, mais sur des bases toujours aussi formelles. On en est ainsi arrivé, par exemple, à faire une distinction entre l'octroi des permis et leur révocation, cette dernière seule ayant droit au jeu des principes régissant l'exercice de la discrétion judiciaire.²

Cette distinction traditionnelle, entre discrétion judiciaire et discrétion administrative, est en effet réputée comporter des conséquences de taille en ce qui a trait à l'examen judiciaire de l'exercice de l'une et de l'autre. Pour ce qui est des questions de compétence, la situation est la même dans les deux cas: celui qui prétend exercer une discrétion, administrative comme judiciaire, doit être le titulaire légal de cette discrétion.³ L'explicitation jurisprudentielle de cette règle primaire a d'ailleurs permis, dans une certaine mesure, le contrôle de l'exercice même de la discrétion administrative. Même dans ce contexte, la décision doit en effet être prise de bonne foi et ne doit pas être absurde: elle doit plutôt correspondre aux objectifs généraux de la loi habilitante.⁴ Mais en dehors de cette possibilité de contrôle, qu'offre le biais de l'habilitation, il est censé en être tout différemment de l'examen judiciaire de l'exercice d'une discrétion judiciaire et de l'exercice d'une discrétion administrative: la première doit être exercée, et elle doit l'être de façon conforme aux principes de la justice naturelle;⁵ la seconde peut être exercée de n'importe quelle manière, et il ne change rien qu'elle soit ou non utilisée.

Ces conséquences apparaissent logiques—abstraitemment parlant tout au moins. Comme, par définition, la discrétion judiciaire ou quasi-judiciaire (de type judiciaire) est circonscrite par le droit, son exercice se trouve à toucher l'individu visé, dans ses droits. Comme, à l'inverse, la discrétion administrative postule l'existence d'un choix de solutions limité par aucune règle juridique, son

² Pour les fondements jurisprudentiels de ces distinctions, voir R. Dussault, *Le contrôle judiciaire de l'administration au Québec* (1969), p. 208 *et seq.*

³ Pour une interprétation restrictive du champ de compétence, et ses conséquences en matière de responsabilité, voir, par exemple, *Beatty v. Kozak*, [1958] R.C.S. 177, relativement à des pouvoirs, donnés à la police, d'arrêter une personne apparemment malade mentalement, si cette personne se conduit d'une façon pouvant apparaître insensée aux yeux d'une personne normale. Voir aussi *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Voir Dussault, *op. cit.*, *ibid.*, p. 241 *et seq.*

⁴ Voir, par exemple, *Smith and Rhuland v. R.*, [1953] 2 R.C.S. 95; *Crow's Nest Pass Coal Co. v. Alberta Natural Gas Co.*, [1963] R.C.S. 257; *Metcalfe Telephones Ltd. v. McKenna*, [1964] R.C.S. 202; *Confederation Broadcasting (Ottawa) Ltd. v. Canadian Radio-Television Comm.*, [1971] R.C.S. 906; (1971), 19 D.L.R. (3d) 290. Voir Dussault, *op. cit.*, *ibid.*, p. 253 *et seq.*

⁵ Ceux-ci se résument dans le droit (et ses corollaires) d'être entendu par une autorité impartiale, et d'être informé des motifs de la décision prise. Voir Dussault, *op. cit.*, *ibid.*, p. 301 *et seq.*

exercice ne peut affecter les droits de l'individu visé par la décision prise. Vu qu'aucune norme matérielle ne préside à l'existence de la discrétion, son exercice ne peut pas être l'individualisation de telles normes. Les décisions prises dans l'exercice de la discrétion administrative, autrement dit, seraient des décisions de faits, situées hors du droit. Et c'est la raison pour laquelle elles ne pourraient faire l'objet d'examens judiciaires. Que cet examen ne puisse être possible pour cause d'erreur de droit simple, la raison en est évidente. Mais il apparaît également logique qu'il en soit de même en ce qui regarde la façon de prendre la décision : aucun droit n'étant en jeu, cette décision n'a pas à être prise judiciairement. Les règles de la justice naturelle n'ont pas de rôle à y jouer. Si l'on reprend nos exemples classiques du départ, celle du juge pouvant choisir entre l'emprisonnement et l'amende et celle du ministre pouvant octroyer des permis (d'exploitation de sales de bingo, disons) à qui bon lui semble, la logique de ces conséquences peut à première vue sembler sans faille.

A l'analyse, ces conséquences de la distinction entre discrétion judiciaire et discrétion administrative peuvent toutefois apparaître effectivement très abstraites. Elles peuvent même apparaître aujourd'hui, avec l'évolution du droit, d'une logique moins sure. Il est bien possible, comme dans le cas de notre exemple, qu'un pouvoir discrétionnaire apparaisse confié en termes absolus. La chose est même assez courante. Il demeure cependant que la nature et l'état précis d'une discrétion, *in concreto*, ne peuvent normalement s'exprimer qu'en termes relatifs. Ne serait-ce que parce que l'octroi de discrétion s'inscrit nécessairement dans un contexte législatif dont les diverses dispositions ne peuvent s'interpréter isolément les unes des autres. Le ministre dans notre exemple peut peut-être distribuer ses permis à qui bon lui semble, il demeure cependant qu'il doit au moins le faire en fonction des buts généraux de la loi habilitante.⁶ Même en prenant pour acquis que la faculté de prendre certaines décisions particulières puisse être attribuée en termes matériellement très généraux, il reste que, d'un point de vue formel, un tel pouvoir n'est pas originaire, et qu'il doit s'exercer selon la loi. L'idée que la coercition étatique puisse jouer sans que ce soit en vertu du droit répugne aux principes premiers du droit constitutionnel. La suprématie législative interdit qu'il puisse exister, à un niveau infra-législatif, une discrétion absolue, soumise à aucune norme. Il est difficile de concevoir pourquoi, d'une façon générale, le pouvoir de prendre des décisions de nature particulière, quelle qu'en soit l'ampleur discrétionnaire, ne serait pas sujet au moins aux principes applicables à

⁶ *Supra*, note 4.

l'exercice du pouvoir réglementaire.⁷ Tout comme il est bien difficile de voir pourquoi, du côté fédéral, ne s'appliqueraient pas à l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire les principes posés dans la Déclaration canadienne des droits,⁸ dont, tout particulièrement, le principe de l'égalité devant la loi, posé à l'article 1(b) de celle-ci. Or ces principes, il nous semble, suffisent à nantir l'individu visé par une décision étatique particulière exécutoire, quelque discrétionnaire que soit le pouvoir en vertu duquel cette décision est prise, du minimum de droit requis pour qu'il ne puisse jamais être établi en principe qu'il n'a aucun droit à ce que cette décision soit prise conformément à certains principes de justice naturelle parce que cette décision ne touche pas à ses droits. Pour revenir à notre exemple, il n'est pas du tout sûr qu'il soit possible d'affirmer que celui qui demande un permis d'exploitation de salles de bingo est dépouillé de tout espèce de droit à cet égard. Il n'est pas sûr qu'il soit en quête d'une faveur.

Néanmoins, la dichotomie judiciaire-administratif conserve toujours une importance pour ce qui est de savoir de quelle façon l'exercice des divers pouvoirs exécutifs de l'Etat peut être soumis à examen judiciaire. En ce qui regarde les organes étatiques québécois, le Code de procédure civile réserve pour sa part le bref d'évocation au contrôle de l'exercice de pouvoirs de type judiciaire.⁹ Quant aux organes exécutifs fédéraux, la Loi sur la Cour fédérale apparaît avoir apporté une consécration législative récente à la distinction judiciaire-administratif. Le contrôle des décisions de type judiciaire doit relever exclusivement de la Cour d'appel fédérale. Il doit s'exercer suivant une procédure nouvelle et sans nom, destinée à remplacer tous les brefs de prérogatives pouvant auparavant remplir cette tâche.¹⁰ Par contre, le contrôle des décisions de type administratif appartient à la division de première instance de la même Cour fédérale, de même, vraisemblablement, que tous les contrôles pouvant s'exercer *ab initio*. Ce contrôle est censé procéder par l'entremise des brefs traditionnels.¹¹ Il pouvait sembler étrange de fonder ainsi un partage de compétence sur un critère aussi douteux, il y a pourtant si peu de temps. Aujourd'hui, il faut toutefois voir comment les tribunaux ont tendance à interpréter cette distinction entre le judiciaire et l'administratif. Or justement, et paradoxalement, il semble bien

⁷ Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit public fondamental* (1972), p. 316 et seq. Ces principes veulent que les règlements, sauf habilitation expresse à effet contraire, soient compatibles avec les principes généraux du droit et les lois générales du pays, ne créent pas d'impositions nouvelles, ne soient pas discriminatoires et n'aient pas un caractère pénal.

⁸ S.R.C., 1970, App. II.

⁹ Art. 846.

¹⁰ S.C., 1970-71-72, c. 1, art. 28.

¹¹ *Ibid.*, art. 18.

que ce soit par l'entremise de ce canal que l'énigme de l'opposition judiciaire-administratif soit en voie de connaître un début de dénouement. Bien sûr, le mouvement n'est pas isolé: il s'est manifesté aussi dans certaines provinces, et il semble bien avoir été importé d'Angleterre. Il reste que c'est surtout grâce à certains juges de la Cour fédérale, appelés à interpréter la disposition législative réservant à l'exercice de fonctions de type judiciaire la procédure nouvelle d'examen judiciaire prévue à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, qu'il est possible d'avancer l'idée qu'il est maintenant devenu inutile de distinguer entre discrétion judiciaire et discrétion administrative, pour savoir à l'aide de quelle procédure un acte exécutif peut être examiné judiciairement, et aussi, et surtout, pour savoir de quelle façon cet acte doit être posé.

Parler de la mort de la discrétion administrative est probablement osé. La bénédiction finale de la Cour suprême fait toujours défaut. Mais il est sûr qu'un fort mouvement en ce sens a atteint le niveau de plusieurs cours d'appel à travers le pays, et principalement la Cour d'appel fédérale, par l'entremise particulière du juge Thurlow. *Pour qu'un acte exécutif soit sujet aux règles de la justice naturelle, il semble bien qu'il faille maintenant répondre positivement à deux questions seulement:*

1. *S'agit-il d'une décision?*
2. *Cette décision est-elle de nature particulière?*

Autrement dit, il n'y aurait plus deux sortes de discrétions, mais seulement des degrés de discrétion, auxquels les mêmes règles s'appliqueraient, avec plus ou moins de rigueur ou de souplesse selon le cas. Cette simplification relative éliminerait une distinction impossible, pour le mieux-être de la logique et du justiciable.

La question de savoir, d'abord, si un acte exécutif donné est ou non une décision, peut évidemment être considérée comme équivalent à la recherche de l'identification d'un domaine administratif. Il est même à prévoir que la terminologie utilisée continuera d'être celle-ci. Il apparaît toutefois que les critères utilisés cherchent maintenant à isoler l'acte porteur de la coercition étatique de tout autre acte, de sorte que la distinction judiciaire-administratif n'aurait plus du tout le même sens qu'auparavant. Et il nous semble bien que c'était là ce qu'il fallait chercher à faire, peu importe qu'il faille ou non réserver le mot "administratif" pour ce secteur non normatif des actes de l'Etat.¹² Quant à la question de savoir si l'acte normatif est de nature générale ou particulière, il n'est évidemment pas particulièrement

¹² Voir H. Brun et G. Tremblay, *op. cit.*, note 7, p. 115.

facile d'y répondre. De toute façon, cette question n'est pas nouvelle; elle existait déjà. Elle est simplement davantage mise en lumière. Et il semble qu'elle soit également destinée à faire l'objet de réponses plus nuancées qu'auparavant.

Il semble bien, pour reprendre notre exemple, que l'acte par lequel le ministre accorde (ou plus exactement refuse d'accorder, car ce n'est évidemment qu'à partir de cette situation que les problèmes peuvent se poser) un permis d'exploitation de salles de bingo subirait avec succès le test des deux questions que nous avons dégagées. Il semble bien, en effet, qu'il ne soit plus possible aujourd'hui, comme ce l'était il y a très peu de temps, de prétendre que dans un tel cas le requérant est à la recherche d'un privilège.¹³ Il n'y aurait plus de distinction de principe entretenue entre l'octroi et la révocation d'un permis, deux actes d'ailleurs effectivement de nature similaire. Dans les deux cas, suivant des proportions peut-être variables, des droits et non des privilèges seraient en jeu. Sans égard au fait que ces droits soient ou non appelés par la loi à s'exercer en contexte triangulaire, comprenant "juge" et "parties". Sans égard, non plus, au caractère plus ou moins général des termes suivant lesquels la discrétion est confiée. Cette situation apparaît être celle qui devrait prévaloir aujourd'hui en matière d'emploi public, d'admission à l'université et même en matière d'immigration, secteur traditionnellement considéré comme relevant par excellence de la discrétion administrative. Et nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement en ce qui regarde la sécurité sociale ou l'octroi de subventions à la recherche ou à l'industrie. Ce n'est pas à dire que la décision, dans tous ces cas, doit nécessairement être prise judiciairement, à la façon des tribunaux. Des différences peuvent être faites entre jugement et adjudication: les principes de la justice naturelle n'imposent pas en définitive un cadre procédural très rigide.¹⁴ Or, précisément, il semble que l'idée de justice naturelle tend à s'assouplir au rythme où se relativise la conception que se font les tribunaux des différents actes exécutifs de l'Etat.

Notre intention, ici, est simplement de mettre en évidence ces tendances nouvelles, à l'aide d'une jurisprudence récente seulement, sans d'ailleurs viser à l'exhaustivité. Cette jurisprudence tend à démontrer que l'examen judiciaire des actes de l'exécutif, pour atteinte aux principes de la justice naturelle, n'est plus refusé que dans les cas où l'acte incriminé n'est pas une décision ou est une décision de nature générale. Et qu'à l'inverse, dans l'hypothèse d'une décision particulière, la distinction entre discrétion

¹³ Voir, par exemple, la terminologie généralement utilisée dans *Roncarelli v. Duplessis*, *supra*, note 3.

¹⁴ Voir *supra*, note 5.

tion judiciaire et discretion administrative est ignorée, quand elle n'est pas explicitement écartée.

I. *L'identification de l'acte décisionnel.*

Dans le but d'identifier l'acte décisionnel de l'exécutif, l'acte qui a pour portée essentielle de permettre que la coercition étatique rejoigne l'individu, les tribunaux apparaissent procéder par la négative. Ils identifient et écartent les actes qui précèdent et suivent la décision, de même que les actes de nature privée.

A. *Les actes "prédécessionnels".*

Le principe de base, sur ce chapitre, a clairement été affirmé par la Cour suprême en 1965, dans l'arrêt *Guay v. Lafleur*.¹⁵ L'appelant n'a pu obtenir, en cette affaire, qu'une décision prise à son endroit, en matière d'impôt sur le revenu, soit révisée parce qu'il n'avait pu être entendu par l'officier public chargé d'enquêter sur son cas. Il a été considéré que l'enquêteur, qui n'avait que le pouvoir de faire rapport, n'avait pas à entendre les particuliers visés par ses recherches.

La Cour d'appel, en 1972, a repris ce principe pour refuser l'émission d'une bref d'évocation contre la Commission municipale du Québec.¹⁶ L'appelante prétendait, entre autres, n'avoir pu interroger et contre-interroger normalement. La Cour a fondé sa décision sur le fait qu'en vertu de la Loi de la Commission municipale¹⁷ et de la Loi sur les commissions d'enquête,¹⁸ la Commission n'avait que la faculté d'enquêter et de faire rapport sur les différents aspects de l'administration de l'appelante.

Dans une décision récente, le Conseil privé a aussi raisonné de la même façon, relativement au droit d'un professeur d'être entendu par le Conseil de discipline mis sur pied pour enquêter et faire rapport sur son cas.¹⁹ Pour parvenir à sa conclusion négative, le Conseil privé a toutefois cherché à évaluer concrètement le rôle confié à l'organisme d'enquête *ad hoc*, afin de bien voir si, de fait, le pouvoir de décider ne lui appartenait pas.

L'affaire *Bell v. Ontario Human Rights Commission* ne soulevait pas de problème de justice naturelle, mais bien plutôt la ques-

¹⁵ [1965] R.C.S. 12, à la p. 17 (le juge Abbott, pour 6 juges sur 9).

¹⁶ *Cité de St-Léonard v. Commission municipale du Québec*, [1972] C.A. 610. Voir aussi *Comm. de police du Québec v. Saulnier*, [1973] C.A. 757, à la p. 761 (le juge en chef Tremblay, pour 3 juges sur 5).

¹⁷ S.R.Q., 1964, ch. 170.

¹⁸ S.R.Q., 1964, ch. 11.

¹⁹ *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] 1 All E.R. 400 (P.C.), à la p. 406 (lord Morris). Voir aussi *Herring v. Templeman*, [1973] 3 All E.R. 569 (C.A.), aux pp. 584-586 (le juge Russell, pour la Cour), au sujet du droit d'un étudiant d'être entendu par le Comité aux affaires académiques ayant recommandé son expulsion.

tion de savoir si une appréciation erronée de certains faits était de nature à priver l'intimée de sa compétence. Comme cette dernière, en vertu de la loi, n'avait que le pouvoir d'enquêter et de faire rapport au procureur général, les principes de l'arrêt *Guay v. Lafleur* auraient normalement dû devoir s'appliquer quand même. Pourtant, lorsque l'affaire est venue devant la Cour suprême, en 1971, celle-ci a annulé la décision prise par le Procureur général, sous prétexte que la Commission avait excédé sa juridiction.²⁰ Seul le juge Abbott s'est arrêté au fait que la Commission n'avait pas de pouvoirs décisionnels.²¹ Il faut donc croire que la règle ne joue pas mécaniquement et que les tribunaux sont autorisés à se demander où, effectivement, loge le pouvoir.²²

Récemment, la Cour d'appel du Manitoba s'est comportée de la même façon, dans des circonstances semblables, le grief formulé ayant bien alors pour objet un principe de justice naturelle, à savoir l'impartialité de l'organisme.²³ Dans cette affaire, une plainte pour discrimination sexuelle avait été logée contre un employeur auprès de la Commission des droits de l'homme du Manitoba. Des pourparlers entre la Commission et l'employeur avaient abouti à un échec. Conformément à la loi, la Commission avait ensuite entrepris une enquête et fait rapport au Procureur général. Ce dernier avait finalement pris une décision conforme au rapport de la Commission. Au nom d'une majorité de deux juges sur trois, le juge Hall a considéré que les fonctions de la Commission constituent une des deux phases d'un même processus décisionnel et que, les démarches antérieures à l'enquête ayant placé la Commission en deça du standard requis d'impartialité, le bref de *certiorari* devait être émis.²⁴

Il est regrettable, peut-être même troublant, que deux de ces décisions aient eu pour cibles des organismes justement voués, paradoxalement, à la protection des libertés. Il reste qu'en même temps il faut se consoler en constatant que les tribunaux ne semblent pas prêts à classer les actes de l'exécutif à partir de critères purement formels.

En revanche, lorsque la réponse est claire, la règle semble

²⁰ [1971] R.C.S. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1.

²¹ *Ibid.*, à la p. 6 (D.L.R.).

²² Voir aussi, à ce sujet, *Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275 (H.L.), spécialement aux pp. 280 (lord Guest), 284 (lord Donovan) et 285 (lord Wilberforce) et l'opinion dissidente des juges Casey et Brossard, dans l'affaire *Saulnier*, *supra*, note 16, aux pp. 761 et 762.

²³ *Re McGavin Toastmaster Ltd. and Powlowski* (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 (Man. C.A.).

²⁴ *Ibid.*, aux pp. 118-119. Voir aussi *Re Elliot and Governors of University of Alberta* (1973), 37 D.L.R. (3d) 197 (Alta S.C.), aux pp. 199-200 (le juge Lieberman).

jouer: les actes "prédécisionnels" ne sont pas sujets à examen judiciaire, ni pour atteinte alléguée aux principes de la justice naturelle, ni pour d'autres motifs.²⁵ Ceci vaut pour le refus d'un juge d'extradition d'émettre un mandat d'incarcération pour fin d'extradition (par opposition à la décision d'émettre ce mandat), pour ce qui est de la possibilité d'exercer le recours prévu à l'article 28 de la Loi de la Cour fédérale.²⁶ Il vaut également pour ce qui est de la possibilité d'en appeler de la décision d'un juge de recevoir une requête en rétractation de jugement.²⁷ Jusqu'à ce stade, aucune véritable décision normative n'est prise, aucun acte n'est posé, qui rend l'individu sujet à la coercition étatique.

B. Les actes liés.

La plupart des actes qu'est appelé à poser l'Etat sont des devoirs plutôt que des pouvoirs. La très grande majorité des agents de l'Etat sont d'ailleurs confinés à l'exercice de semblables tâches. Or dans la mesure où un acte étatique apparaît ainsi complètement lié par la loi et les règlements dont il fait l'objet, dans la mesure où son exercice ne laisse place à aucune marge de discrétion, il apparaît également tout-à-fait inapproprié de requérir qu'il soit posé conformément aux règles de la justice naturelle. S'il est important de pouvoir, dans certains cas, forcer l'agent habilité à agir, et à agir conformément à la loi et aux règlements qui l'habilitent (ou de l'empêcher de faire l'inverse), il est en revanche parfaitement inutile d'exiger, par exemple, que l'individu visé par l'acte puisse se faire entendre de lui.

La plupart du temps, il est facile d'identifier l'acte lié. L'entreprise peut toutefois apparaître un peu plus difficile lorsque semblables actes sont posés par des agents disposant par ailleurs de pouvoirs discrétionnaires. C'est à partir de ce contexte qu'a été récemment réaffirmé le principe que nous venons de rappeler.

Dans l'arrêt *Morgentaler v. Fauteux*, l'appelant *Morgentaler* demandait, pour divers motifs, l'émission d'un bref d'évocation afin que soit annulée la décision prise par le juge Fauteux, de la Cour des sessions de la paix, de le citer à son examen volontaire.²⁸ Au nom d'un banc de cinq juges de la Cour d'appel, le juge Lajoie a expliqué que, suivant l'article 469 du Code criminel, un juge devait, après audition des témoins de la Couronne, offrir

²⁵ Voir *Re Florence Nightingale Home and Scarborough Planning Board* (1973), 32 D.L.R. (3d) 17 (Ont. H.C., D.C., le juge Parker, pour la Cour); *Succession Grauer v. R.*, [1973] C.F. 355 (1ère inst.), à la p. 358 (le juge Collier) et *Landreville v. R.* (1974), 41 D.L.R. (3d) 574 (C.f.), à la p. 578 (le juge Pratte).

²⁶ *Armstrong v. Wisconsin*, [1972] C.F. 1228 (appel), aux pp. 1230 et 1232 (le juge Thurlow, pour 2 juges sur 3).

²⁷ *Chomedy Caterers Inc. v. Héritiers Taylor*, [1972] C.A. 688.

²⁸ [1972] C.A. 219.

au prévenu de dire quelque chose ou de faire entendre des témoins.²⁹ La loi ne laissant aucune discrétion au juge Fauteux, ce dernier n'avait aucune exigence de forme à satisfaire.

Dans *Re Lamoureux and Registrar of Motor Vehicles*, l'appelant, reconnu coupable de conduite automobile dangereuse, se plaignait de la façon suivant laquelle l'intimé avait suspendu son permis de conduire.³⁰ Pour rejeter l'appel, le juge Schroeder, au nom de la Cour d'appel d'Ontario, n'a eu qu'à faire ressortir le fait que le Highway Traffic Act d'Ontario³¹ rendait la suspension automatique dans ces circonstances.³²

Enfin, une autre décision récente, également en appel, a établi que l'acte par lequel un ministre reconnaît ou non l'existence d'un privilège fiscal en faveur de quelqu'un est un acte lié, non sujet au bref de *certiorari*. On a considéré que le ministre n'avait, à cet égard, d'autres choix que d'appliquer la loi, et que, pour contester la compréhension qu'il avait de celle-ci, le contribuable devait demander un jugement déclaratoire ou tout simplement refuser de payer.³³

S'il fallait appliquer cette situation juridique à un contexte qui nous est très familier, nous dirions qu'elle correspond au cas du secrétaire de faculté de droit, responsable de la sélection, faite par ordinateur, des candidats devant bénéficier de l'admission à la faculté. Le processus est mécanique; sa discrétion, nulle. En droit, il ne décide rien. En fait, son influence et son importance, dans la détermination des moyens matériels à utiliser, peuvent être déterminantes. Néanmoins, il serait parfaitement absurde d'exiger qu'il motive ses actes relatifs à chaque candidat. De la même façon qu'il le serait, dans la situation précédemment étudiée, de la part d'un service technique chargé d'étudier et de préparer les dossiers de chaque candidat avant qu'ils ne soient confiés à l'ordinateur. Si l'examen judiciaire, à ces niveaux, est moins facilement disponible, le recours en dommages, pour responsabilité, commence par contre d'être alors davantage possible.³⁴

²⁹ *Ibid.*, à la p. 223.

³⁰ (1973), 32 D.L.R. (3d) 678 (Ont. C.A.).

³¹ R.S.O., 1970, c. 202, art. 21(1).

³² *Supra*, note 30, à la p. 682.

³³ *Re Irving Oil Terminals and Minister of Municipal Affairs* (1973), 31 D.L.R. (3d) 636 (N.S.S.C., App. D.), à la p. 642 (le juge Hughes, pour la Cour).

³⁴ Rapprocher les arrêts *Home Secretary v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004 (H.L.); *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; (1972), 22 D.L.R. (3d) 470; *Duquette v. Bélanger et R.*, [1972] C.F. 1422 (1ère inst.) et [1973] C.F. 868 (1ère inst.) et *Roman Corp. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co.*, le T.H. P.E. Trudeau et l'H. J. J. Green, [1973] R.C.S. 820, à la p. 830 (le juge Martland, pour la Cour) des arrêts *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155 (B.C.C.A.) et *Dutton v. Bognor Regis*, [1972] 2 W.L.R. 299 (C.A.).

C. Les actes privés.

Avant de se demander si les règles de la justice naturelle s'appliquent aux diverses étapes de l'admission d'un candidat en faculté de droit, il eût fallu se demander si une telle décision est un acte de nature privée ou un acte de nature publique. Le second seulement devrait être sujet à examen judiciaire pour atteinte aux règles de la justice naturelle, parce que seul il peut servir de canal à la coercition étatique. La soumission à la décision de nature privée relève, en définitive, du libre arbitre.

Cette approche peut sembler abstraite. En réalité, la distinction, telle qu'énoncée, permettrait probablement de répondre aux problèmes concrets qui se posent, mieux encore qu'à l'aide des quelques critères plutôt formels jusqu'ici dégagés avec timidité par les tribunaux. Il s'agit effectivement d'un des secteurs peu sûrs du droit public, d'une zone brumeuse que les tribunaux ont tendance à fuir. Nous n'évoquerons, de ce vaste monde, que quelques manifestations très récentes.

A la toute fin de la dernière décennie, notre cas de l'admission en faculté de droit, essentiellement, s'est rendu à la Cour suprême.³⁵ L'appelant, dans cette affaire, n'avait pas réussi à obtenir son diplôme en droit après plusieurs tentatives. Par la suite, son cas fut consécutivement révisé par diverses instances, dont le Comité exécutif et le Conseil de la Faculté puis, finalement, le Bureau des gouverneurs de l'Université, autorité finale en matière d'attribution de diplômes. Le résultat négatif de toutes ces démarches amena ensuite l'appelant à demander aux tribunaux l'émission d'un *mandamus*, pour forcer l'Université à lui décerner son diplôme en droit. Il alléguait que divers principes de la justice naturelle n'avaient pas été respectés. En première instance, on a considéré que l'octroi des diplômes était une question domestique, purement interne à l'Université. En appel, la décision a été confirmée, mais ce motif a été explicitement écarté: l'affaire a été considérée comme étant de nature publique. L'appel a été rejeté parce que le *mandamus* n'était pas la procédure appropriée.³⁶ Enfin, en Cour suprême, le juge Spence, pour la Cour, sembla d'abord prendre expressément pour acquis les conclusions de la Cour d'appel relative à la nature du litige.³⁷ Puis, plus loin, il reprit toutefois ses distances, en affirmant que la question n'avait pas à être tranchée, puisqu'à son avis les règles de la justice naturelle avaient effectivement été respectées dans ce cas.³⁸ En définitive, l'arrêt reflète assez bien l'état général du droit sur la question. Il semble

³⁵ *King v. University of Saskatchewan*, [1969] R.C.S. 678.

³⁶ (1969), 1 D.L.R. (3d) 721 (Sask. C.A.).

³⁷ *Supra*, note 35, à la p. 683.

³⁸ *Ibid.*, à la p. 687.

pourtant s'imposer à l'esprit que l'université contemporaine, du moins au Québec, manipule la puissance de l'Etat lorsqu'elle admet des candidats, expulse des étudiants ou des professeurs, ou octroie des diplômes.³⁹

Le grand critère retenu, pour qualifier de ce point de vue les décisions, est le caractère statutaire de l'organisme agissant.⁴⁰ Il a été explicitement rappelé, récemment, dans des décisions ayant pour objet des conseils d'arbitrage formés en vertu du Code du travail⁴¹ et des organismes éducationnels.⁴² Tacitement, il l'a été aussi relativement à des bureaux médicaux d'hôpitaux.⁴³ En revanche, dans l'affaire *Conseil du Barreau de Québec v. Germain*, le juge Turgeon (pour une majorité de deux juges sur trois) semble avoir ajouté à ce critère très formel. Il a affirmé que le Conseil du Barreau, lorsqu'il arbitre un compte d'honoraires d'avocat en vertu de l'article 90 des règlements du Barreau, est soumis au pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure (en l'occurrence pour atteinte aux principes de la justice naturelle), simplement parce que, en vertu de la loi et des règlements du Barreau, la procédure d'arbitrage en question est obligatoire pour l'avocat.⁴⁴ Enfin, deux décisions récentes de première instance se contredisent quant à savoir si le caractère statutaire d'un organisme est déterminant eu égard à la qualification de ses actes.⁴⁵

Dans la mesure où elles peuvent être reconnues privées, les décisions n'apparaissent pas en revanche soumises aux règles strictes de la justice naturelle.⁴⁶

³⁹ La Cour d'appel du Québec ne semble toutefois pas sur ce point en être encore là. Voir l'arrêt *Fekete*, *infra*, note 42.

⁴⁰ Voir *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85, à la p. 90 (le juge Judson, pour la Cour).

⁴¹ *Hôpital du Saint-Sacrament v. Syndicat féminin des services hospitaliers*, [1972] C.A. 161, à la p. 162; *Association catholique des enseignants de l'Estrie v. Commissaires d'école pour la municipalité scolaire de la Patrie*, [1973] C.A. 531, à la p. 533; *Corporation de l'hôpital d'Youville v. Association du service hospitalier*, [1973] C.A. 486, à la p. 488.

⁴² *Fekete v. Royal Institution for the Advancement of Learning (McGill University)*, [1969] B.R. 1, aux pp. 6 et 7 (le juge Brossard, pour un banc de 5 juges), déniait que le bref d'évocation de l'art. 846 C.p.c. puisse être appliqué au Comité de discipline étudiante de l'Université McGill et établissant (p. 8) que le pouvoir de surveillance de l'art. 33 C.p.c. ne permet pas d'exiger que des institutions dépourvues de pouvoirs judiciaires ou quasi-judiciaires agissent de façon judiciaire ou quasi-judiciaire.

⁴³ *Comité exécutif du Bureau médical v. Deshaies*, [1973] C.A. 489; *Re Sreedhar and Outlook Union Hospital Board* (1973), 32 D.L.R. (3d) 491 (Sask. C.A.).

⁴⁴ [1972] C.A. 1, à la p. 7: c'est seulement à partir de cette constatation, qui nous semble fondamentale, que le juge Turgeon conclut que le Conseil du Barreau est un tribunal statutaire et non un tribunal privé.

⁴⁵ *Re Elliot and Governors of University of Alberta* (1973), 37 D.L.R. (3d) 197 (Alta S.C.), aux pp. 199-200; *Holland v. Canadian Stock Exchange*, [1972] C.S. 573. Voir aussi *Fleury v. Socquet*, [1973] C.A. 167.

⁴⁶ Voir l'arrêt *Fekete*, *supra*, note 42; *Enderby Town Football Club Ltd v. Football Association Ltd*, [1970] 3 W.L.R. 1021 (C.A.), à la p. 1027.

Les critères à l'aide desquels les tribunaux cherchent à identifier les actes vraiment décisionnels de l'exécutif apparaissent aujourd'hui plus précis et plus sûrs qu'avant. Ils cherchent à distinguer la décision gouvernementale de ce qui précède et de ce qui suit cette décision, ainsi que de la décision de nature privée. Ce faisant, ils semblent mieux réussir à isoler ce qu'il faut chercher à isoler: l'acte ayant la portée de soumettre l'individu à la coercition étatique.⁴⁷ Cet objectif étant de mieux en mieux perçu, les tribunaux sont d'ailleurs conduits à appliquer ces critères avec de plus en plus de souplesse quant à savoir s'il y a lieu d'exiger le respect des principes de la justice naturelle.

Ces critères de distinction permettent encore de s'exprimer en termes d'opposition judiciaire-administratif. Celle-ci ne peut toutefois plus avoir la même signification qu'avant. Elle tend à réserver l'appellation "administratif" à un secteur d'activités non normatif; elle tend à l'élimination de cette conception antinomique et répugnant aux principes premiers de notre régime juridique qu'est la "discretion administrative". Nous verrons que cette tendance s'est également exprimée en termes explicites.

II. *Les décisions de nature générale et les décisions de nature particulière.*

Dans la mesure où une décision de l'exécutif peut être considérée comme étant de nature générale, il devient saugrenu de penser qu'un individu puisse exiger que cette décision soit prise conformément à un processus respectant à son entroit les principes de la justice naturelle. Par exemple, le candidat éventuel aux études de droit vis-à-vis de la décision, prise par le conseil d'une faculté de droit, de limiter à 300 le nombre annuel d'admission à la faculté.

Avant qu'il ne puisse contester une norme générale, quelle que soit la forme précise de celle-ci, un individu donné doit en attendre l'individualisation. Son intérêt ne va pas plus loin.⁴⁸ En

(lord Denning, pour 2 juges sur 3). *Holland v. Canadian Stock Exchange*, *ibid.*, à la p. 576 et seq.

⁴⁷ Cette idée fondamentale est d'ailleurs celle qui a finalement prévalu lorsqu'il s'est agi de savoir quelle sorte d'actes pouvait faire l'objet d'une délégation au sein de l'exécutif (sous-délégation). Voir *Vic Restaurant v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58 et *Conseil du Barreau de Québec v. Germain*, *supra*, note 44, à la p. 5.

⁴⁸ Voir, par exemple, *Turcotte v. Régie des eaux du Québec*, [1972] C.A. 623, aux pp. 625 (le juge Rivard, pour 2 juges sur 3) et 626 (le juge Owen), à l'endroit d'une ordonnance de l'intimée; *A.G. v. Independent Broadcasting Authority*, [1973] 2 W.L.R. 344 (C.A.), au sujet de la tentative d'un individu isolé de forcer l'intimée à interdire la diffusion d'une émission de télévision; *Commission scolaire de Matane v. Conseil provisoire de la Commission scolaire de Matane*, [1973] C.S. 372; *Thorson v. A.G. Canada* (no. 2) (1972), 25 D.L.R. (3d) 400 (Ont. C.A.); *Hickey v. Electric Reduction Co.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 368 (Nfld S.C.); *Chastain v. B.C. Hydro and Power Authority* (1973), 32 D.L.R. (3d) 443 (B.C. S.C.), à la p. 452.

revanche, lorsque cette règle générale lui sera appliquée, soit directement et automatiquement, soit par l'entremise d'une décision particulière prise en vertu d'une discrétion, il pourra alors s'opposer judiciairement à cette règle. Il pourra arguer qu'elle est incompatible avec la loi ou qu'elle n'a pas été adoptée conformément aux procédures prévues par la loi pour son adoption. La distinction entre la décision de nature générale et la décision de nature particulière apparaît donc fondamentale.

Il en est ainsi, d'abord et avant tout, parce que les décisions de nature générale de l'exécutif ont pour fonction première de seconder la loi formelle dans la délimitation du champ discrétionnaire des décisions de nature particulière de cet exécutif et non l'inverse. Et c'est la raison pour laquelle la Cour suprême, dans l'arrêt *Brant*,⁴⁹ a eu raison de renouer avec la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Cité de Verdun v. Sun Oil*,⁵⁰ au-delà de l'arrêt *Robbins*.⁵¹

Dans l'affaire *Cité de Verdun v. Sun Oil*, l'appelante avait tenté de transformer son pouvoir réglementaire en un pouvoir discrétionnaire. Ce que le juge Fauteux, au nom de la Cour, avait écarté comme *ultra vires*. Dans l'affaire *Brant*, la situation était beaucoup plus complexe et la question précise plus délicate. En l'occurrence, un office de mise en marché de produits laitiers avait reçu le pouvoir de faire des règlements généraux et aussi le pouvoir de prendre des décisions *ad hoc*. Le juge Laskin, au nom d'une majorité de cinq juges sur neuf, a expliqué, avec raison il nous semble, que l'office en question ne pouvait pas qu'exercer sa faculté de prendre des décisions particulières. Il devait exercer aussi son pouvoir réglementaire; il devait "fournir ne serait-ce qu'un minimum de directives et de précisions".⁵² En d'autres termes, un organisme ne pourrait augmenter sa discrétion, sa faculté de prendre des décisions de nature particulière, en refusant d'exercer un pouvoir réglementaire qui lui appartient également. Il en serait vraisemblablement de même si les deux pouvoirs appartenaient à des organismes distincts. Si, par exemple, le conseil d'une faculté de droit, au lieu de réglementer l'admission à la faculté, laissait agir à sa guise un comité d'admission personnellement nanti par ailleurs du pouvoir de prendre certaines décisions de nature particulière. Dans deux décisions récentes de

⁴⁹ *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131.

⁵⁰ [1952] 1 R.C.S. 222.

⁵¹ *Robbins v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, [1965] R.C.S. 431.

⁵² *Supra*, note 49, aux pp. 146 et 151. Le juge Judson, qui a rendu le jugement minoritaire, a pour sa part complètement ignoré cet aspect de la question. Il nous semble bien que la décision rendue par le juge Laskin prive de toute autorité l'opinion exprimée par le juge Jaccett dans *Re North Coast Air Services Ltd*, [1972] C.F. 390 (appel), à la p. 396.

Nouvelle-Ecosse, la logique des arrêts *Brant* et *Sun Oil* a été suivie,⁵³ de même que dans la décision récemment rendue par le juge Pigeon, au nom de la Cour suprême, dans l'affaire *Joseph Investment v. Cité d'Outremont*.⁵⁴

Exactement pour la même raison, un organisme nanti d'un pouvoir discrétionnaire peut par contre prendre des décisions de nature générale à l'intérieur de son champ d'action.⁵⁵ A la condition, toutefois, de ne pas en arriver à se lier complètement, car, alors, les objectifs formels visés par la loi habilitante se trouveraient trahis: les cas particuliers ne se trouveraient plus à être examinés.⁵⁶

En 1972, des décisions de la Cour d'appel du Québec⁵⁷ et de la Cour d'appel fédérale⁵⁸ ont exprimé cette distinction entre décision générale et décision particulière, et en ont tiré les conséquences quant à l'application des principes de la justice naturelle. Dans le premier cas, l'appelant s'en était pris à une déclaration de caractère général faite par le président de la Régie des alcools du Québec à l'ouverture d'une séance de celle-ci où l'appelant était assigné à comparaître. Dans le second cas, une affaire assez complexe, le juge Thurlow, rendant une décision unanime, a distingué entre certaines fonctions exercées par les ministre et sous-ministre du revenu national en vertu de la Loi sur les douanes⁵⁹ et de la Loi antidumping.⁶⁰ Lorsque le premier détermine, par directives, la façon de calculer la valeur marchande de produits importés, il prend une décision de nature générale et tel importateur en particulier n'a pas le droit strict d'être entendu à ce sujet.⁶¹ Par contre, la décision que prend le sous-ministre, d'appliquer les directives du ministre au cas d'un produit ou d'un pays donné, parce qu'à son avis il est impossible, par défaut de renseignements, de procéder suivant les règles habituelles prévues dans la loi, est une décision de nature particulière, qui doit être prise conformément aux principes de la justice naturelle.⁶² Cette

⁵³ *Re Aves and Board of Public Utilities* (1974), 39 D.L.R. (3d) 266 (N.S.S.C., App. D.), aux pp. 272-273 (le juge Coffin, pour la Cour); *Boutillier v. Cape Breton Development Corp.* (1973), 34 D.L.R. (3d) 374 (N.S.S.C.), à la p. 402.

⁵⁴ [1973] R.C.S. 708, à la p. 712.

⁵⁵ Voir *Re Hopedale Developments Ltd and Town of Oakville* (1965), 47 D.L.R. (2d) 482 (Ont. C.A.), à la p. 486 (le juge McGillivray, pour la Cour); *British Oxygen Co. v. Minister of Technology*, [1970] 3 W.L.R. 488 (H.L.), à la p. 494.

⁵⁶ Voir *Re Hershman and City of Windsor* (1974), 40 D.L.R. (3d) 171 (Ont. H.C., D.C.), à la p. 196 (le juge Hughes, pour la Cour).

⁵⁷ *Leduc v. Régie des alcools du Québec*, [1972] C.A. 344.

⁵⁸ *M.R.N. et R. v. Creative Shoes*, [1972] C.F. 993 (appel).

⁵⁹ S.R.C., 1970, c. C-40, art. 40.

⁶⁰ S.R.C., 1970, c. A-15, arts 9, 10 et 11.

⁶¹ *Supra*, note 58, aux pp. 1001-1002 et 1005.

⁶² *Ibid.*, à la p. 1003.

décision a été confirmée tacitement par la Cour suprême.⁶³

A priori, les décisions de nature générale n'ont pas à être adoptées de façon respectueuse des principes de la justice naturelle. Elles ne sont d'ailleurs pas, normalement, en elles-mêmes sujettes aux techniques les plus usuelles d'examen judiciaire.⁶⁴ Quelques jugements récents donnent cependant à penser que les tribunaux ne sont pas prêts à considérer qu'une décision est de nature générale, pour des motifs purement formels. Ces arrêts, qui ont généralement pour objet le droit d'être entendu, visent le plus souvent des règlements de zonage.⁶⁵ Mais ce n'est pas toujours le cas.⁶⁶ La décision la plus poussée en ce sens est probablement celle en vertu de laquelle la Cour d'appel d'Angleterre a autorisé l'émission d'un bref de prohibition contre une corporation municipale, parce que celle-ci avait pris la décision d'augmenter le nombre de licences de taxi de la ville sans que l'Association des chauffeurs de taxi n'ait eu l'occasion de se faire entendre.⁶⁷ Même si certaines garanties en ce sens avaient été données à l'Association, les principes en jeu demeurent les mêmes.

A première vue, ce genre de décisions surprend. A la réflexion, il est possible de se demander s'il ne relève pas d'une souple logique que de concevoir ainsi qu'une même décision puisse être, sous un aspect formel et peut-être dominant, de nature générale, tout en étant par ailleurs de nature particulière.^{67a} Dans la mesure où une décision générale vise et affecte directement des droits individuels, il est peut-être normal d'exiger d'elle que son processus d'adoption respecte certaines règles de justice eu

⁶³ (1974), 38 D.L.R. (3d) 318: au nom de la Cour, l'ancien juge en chef Fautoux a rejeté l'appel, sans exprimer de motifs. Voir aussi *Lazarov v. Secrétaire d'Etat du Canada* (1974), 39 D.L.R. (3d) 738 (C.a.f.), à la p. 748; [1973] C.F. 927, à la p. 938 (le juge Thurlow, pour la Cour).

⁶⁴ Voir, par exemple, *Provost v. Ville de St-Jean*, [1972] C.A. 257; *Dowry Ltd v. Wolverhampton Corp.*, [1973] 2 W.L.R. 615 (C.A.); *Commission scolaire de Matane v. Conseil provisoire de la Commission scolaire de Matane*, *supra*, note 48.

⁶⁵ Voir, par exemple, *Lord Nelson Hotel v. City of Halifax* (1973), 33 D.L.R. (3d) 98 (N.S.S.C., App. D.), aux pp. 105-106 (le juge Jones, pour la Cour); *Re Zadrevac and Town of Brampton* (1973), 37 D.L.R. (3d) 326 (Ont. C.A.), à la p. 335 (le juge Kelly, pour la Cour). Voir aussi *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512, à la p. 523 (le juge Hall, pour 4 juges sur 5). Voir enfin, *Re Hershman and City of Windsor*, *supra*, note 56, à la p. 194 *et seq.* et *Ivanhoe v. Val d'Or*, [1973] C.S. 904.

⁶⁶ Voir *Re North Coast Air Services Ltd*, *supra*, note 52, au sujet d'une déclaration de politique générale de la Commission canadienne des transports.

⁶⁷ *R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 All E.R. 589 (C.A.), spécialement à la p. 594 (lord Denning).

^{67a} Voir, par exemple, *Re Robertson and Niagara South Bd of Education* (1974), 41 D.L.R. (3d) 57 (Ont. H.C., D.C.), aux pp. 60 et 61 (le juge Wright, pour 2 juges sur 3), au sujet de la décision de fermer une école.

égard à ces droits. Quelques rares lois exigent que le pouvoir réglementaire s'exerce ainsi, dans une certaine mesure.⁶⁸ Le droit jurisprudentiel, s'il continuait d'évoluer comme il semble le faire, pourrait ainsi contribuer de même aux objectifs socio-politiques de la consultation et de la participation. En empêchant, par exemple, que puissent être prises en pleine campagne électorale des décisions champignons de nature générale affectant directement et lourdement les droits de groupes particuliers.

III. *L'élimination directe de la "discrétion administrative".*

Afin de savoir quels actes de l'exécutif sont régis par les principes de la justice naturelle, les tribunaux ont eu recours, récemment, davantage aux critères que nous avons jusqu'ici dégagés qu'à la distinction entre discrétion judiciaire et discrétion administrative. Dans quelques autres arrêts, ils ont écarté cette distinction en termes plus ou moins explicites. Leur succession remonte au milieu de la dernière décade, en Angleterre.

L'arrêt *Ridge v. Baldwin* est devenu célèbre.⁶⁹ Qu'il nous suffise de rappeler que, dans cette affaire, la Chambre des lords, par une majorité de quatre sur cinq, a annulé la décision, prise par une sorte de comité de surveillance, de démettre de ses fonctions un policier municipal, parce que ce dernier n'avait pas eu l'occasion de se faire entendre. La loi, pourtant, donnait à ce comité le pouvoir de congédier tout policier qu'il trouvait négligent ou inapte à l'exécution de ses tâches. Suivant la dichotomie traditionnelle, jusque là admise, il devait s'agir là d'une discrétion administrative, non sujette à la justice naturelle, puisque la loi habilitante ne soumettait le pouvoir du comité à aucune norme. La Chambre des lords a plutôt considéré, simplement, que le policier visé était effectivement touché dans ses droits.⁷⁰

Trois ans plus tard, le Conseil privé a repris cette jurisprudence dans deux arrêts.⁷¹ Dans l'un d'entre eux, l'arrêt *Fernando*, Lord Upjohn s'est exprimé de façon particulièrement explicite au sujet du pouvoir confié à un ministre de dissoudre les conseils de villes qui lui apparaîtraient inaptes à l'exécution de leurs tâches. Il a précisé que toutes ces formules, jusque-là typiques de la dévolution d'une discrétion administrative, n'étaient pas déterminantes

⁶⁸ Par exemple, la Loi sur la radiodiffusion, S.R.C., 1970, c. B-11, art. 16(2) et la Loi sur les marchés de grain à terme, S.R.C., 1970, c. G-17, art. 5(2).

⁶⁹ [1964] A.C. 40 (H.L.); [1963] 2 W.L.R. 935.

⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 946 (lord Reid) et à la p. 998 (lord Hodson).

⁷¹ *Maranda Mosque Trustees v. Mahmud*, [1967] 1 A.C. 13; *Durayappah v. Fernando* [1967] 2 A.C. 337.

quant à l'applicabilité de la règle *audi alteram partem*.⁷²

Dans l'affaire *Padfield*,⁷³ l'année suivante, la Chambre des lords a autorisé l'émission d'un bref de *mandamus* contre un ministre qui avait refusé de créer un comité d'enquête. Aux termes de la loi, le ministre apparaissait pourtant parfaitement libre de former ou de ne pas former ce comité. Même s'il n'était pas directement question de justice naturelle dans l'affaire, les principes de droit applicables étaient les mêmes.

Enfin, dans l'affaire *Benaim*,⁷⁴ en 1970, lord Denning, parlant au nom de la Cour d'appel, a présenté comme une sorte d'hérésie non opérationnelle l'idée reçue qu'il faille faire dépendre d'une distinction entre discrétion judiciaire et discrétion administrative la réponse à la question de savoir si une décision doit être motivée. Les circonstances essentielles de l'affaire se résument au fait que l'appelant s'était vu refuser par le Gaming Board d'Angleterre la permission d'exploiter une maison de jeu. Il avait pu se faire entendre substantiellement, mais les motifs de la décision n'avaient pas été donnés. En l'occurrence, on a considéré qu'il n'y avait pas eu déni de justice naturelle.⁷⁵

Au Canada, l'abandon de la distinction entre discrétion judiciaire et discrétion administrative s'est manifesté, récemment, de façon tacite, mais aussi en termes explicites. Dans le premier cas, il s'agit d'arrêts où furent examinés les pouvoirs d'une commission de police de congédier un policier,⁷⁶ les pouvoirs du Comité des transports aériens de la Commission canadienne des transports de modifier et de rendre conditionnel le permis d'un transporteur aérien,⁷⁷ les pouvoirs de bureaux médicaux d'hôpitaux d'accorder ou de retirer à un médecin le droit de pratiquer dans un hôpital,⁷⁸ le pouvoir donné à un ministre de déterminer, pour fin d'imposition successorale, si un organisme est d'ordre religieux, charitable

⁷² *Ibid.*, aux pp. 348-349. Voir aussi *Re H. K.*, [1967] 2 Q.B. 617 (C.A.), à la p. 630, en matière d'immigration.

⁷³ *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.).

⁷⁴ *R. v. Gaming Board, ex p. Benaim*, [1970] 2 W.L.R. 1009 (C.A.), à la p. 1016.

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 1018.

⁷⁶ *Re Whitelaw and Board of Police Commissioners of Vancouver* (1973), 35 D.L.R. (3d) 466 (B.C.C.A.), à la p. 472 (le juge Davey, pour 2 juges sur 3). Voir, par contre, *Kedward v. R.*, [1973] C.F. 1142, à la p. 1149 (le juge Sheppard).

⁷⁷ *Re North Coast Air Services Ltd*, *supra*, note 52, à la p. 404 (le juge Jackett) et aux pp. 418 et 420 (le juge Walsh). Le juge Sheppard (p. 421) était d'opinion contraire. Voir la Loi de l'aéronautique, S.R.C., 1970, c. A-3, art. 16(8).

⁷⁸ *Re Crux and Leoville Union Hospital Board* (1973), 35 D.L.R. (3d) 619 (Sask. C.A.), aux pp. 621-622 (le juge Woods, pour la Cour) et *Comité exécutif du Bureau médical v. Deshaies*, *supra*, note 43, aux pp. 489-490 (le juge Casey, pour 2 juges sur 3).

ou éducatif⁷⁹ et, enfin, le pouvoir d'un ministre d'approuver des règlements municipaux.⁸⁰ Dans tous ces cas, les tribunaux ont manifesté une nette tendance à faire prévaloir les règles de la justice naturelle (droit d'être informé de la nature et des intentions de la décision à venir avant de se faire entendre, droit d'être assisté d'un avocat, droit de produire de nouveaux éléments de preuve, droit de connaître les motifs de la décision prise et droit à ce que la discrétion soit exercée) à l'encontre d'organismes nantis par la loi habilitante d'une discrétion apparemment illimitée.⁸¹

Les décisions canadiennes les plus éloquentes en ce sens sont cependant le fait du juge Thurlow, de la Cour d'appel fédérale. Dans l'affaire *Blais*, il a eu l'occasion de rendre deux jugements complémentaires qui expriment tous deux une ignorance voulue de la distinction entre discrétion judiciaire et discrétion administrative.⁸² Les circonstances de l'affaire sont les suivantes. A la suite de rapports émanant du surintendant des faillites, le ministre du revenu national avait décidé de limiter la licence d'un syndic à la seule administration des successions déjà entre ses mains. Le syndic visé demanda à la Cour d'appel fédérale d'examiner cette décision du ministre en utilisant le pouvoir que lui confie l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. Il se plaignait de ce que les rapports du surintendant ne lui avaient pas été communiqués. Or la Loi concernant la faillite, d'une part, donne au ministre une discrétion absolue quant à la nomination des syndics et quant aux conditions et restrictions dont les licences de syndics peuvent faire l'objet.⁸³ Alors que, d'autre part, le recours de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale est censé être réservé à l'examen des décisions de type judiciaire seulement.⁸⁴ Dans un premier jugement, qui portait précisément sur la compétence de la Cour d'appel fédérale en la matière, le juge Thurlow, parlant pour deux juges sur trois, n'a pas tellement hésité à concilier ces deux textes de lois.⁸⁵ C'était là affirmer, tacitement mais clairement, que le domaine non judiciaire exclu par l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale ne pouvait inclure que des fonctions liées ou des actes pré-décisionnels.

⁷⁹ *Succession Woodward v. Ministre des finances*, [1973] R.C.S. 120.

⁸⁰ *Re Hershoran and City of Windsor*, *supra*, note 56, à la p. 196.

⁸¹ Voir également *Medi-Data v. P.g. Canada*, [1972] C.F. 469 (appel), au sujet du pouvoir, donné par la loi au ministre des postes, d'interdire à quelqu'un l'utilisation des services postaux, s'il a des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis une infraction par l'entremise de la poste. Voir la Loi sur la poste, S.R.C., 1970, c. P-14, art. 7.

⁸² *Blais v. Ministre Basford*, [1972] C.F. 151 (appel) et *Blais v. Ministre Andras*, [1973] C.F. 182 (appel).

⁸³ S.R.C., 1970, c. B-3, art. 9(3) et 9(4).

⁸⁴ *Supra*, note 10.

⁸⁵ *Blais v. Ministre Basford*, *supra*, note 82, à la p. 162. Bien que moins explicites, les motifs distincts du juge Noël reviennent au même.

Dans un second arrêt, le juge Thurlow, au nom de la Cour, a pu tirer les conséquences concrètes de sa décision préliminaire: il a annulé la décision ministérielle, pour atteinte aux principes de la justice naturelle.⁸⁶

Enfin, dans la récente affaire *Lazarov*, le juge Thurlow a rendu une décision unanime plus significative encore.⁸⁷ Et ceci en matière d'immigration, traditionnellement considérée comme domaine privilégié de la "discrétion administrative". Plus précisément, cet arrêt a pour point central l'article 10(1) de la Loi sur la citoyenneté, qui veut que "le Ministre puisse, à sa discrétion, accorder un certificat de citoyenneté à toute personne qui n'est pas un citoyen canadien, qui en fait la demande . . .".⁸⁸ En l'occurrence, le requérant, qui avait été admis au Canada comme immigrant en 1937, avait demandé sa citoyenneté en 1972. Après enquête, le Tribunal de la citoyenneté avait conclu qu'il répondait à tous les critères de la loi. Néanmoins, sur la foi d'informations confidentielles dont le requérant n'a pu prendre connaissance, le ministre a refusé le certificat. Décision dont le requérant a demandé l'annulation pour déni de justice naturelle. Le juge Thurlow, pour la Cour, a donné raison au requérant, parce que la question était pour celui-ci de grande importance.⁸⁹

. . . lorsqu'on envisage de rejeter une demande pour un motif propre à un requérant en particulier, la nature du droit de citoyenneté et son importance pour cette personne sont telles que, d'une façon ou d'une autre au cours de la procédure, on devrait au moins lui accorder la possibilité de contester ce motif.

Les juges Pratte et Choquette ont d'exprimé leur accord avec les motifs du juge Thurlow.⁹⁰

Conclusion

Avant de conclure à l'enterrement de la "discrétion administrative", il reste à la Cour suprême de confirmer l'idée qu'une véritable décision de nature particulière ne peut pas être complètement discrétionnaire, que l'individu directement et particulièrement visé ou touché par une décision de l'exécutif n'est jamais entièrement dépourvu de droits à faire valoir et que, partant, il a droit à ce que cette décision soit prise d'une certaine façon par rapport à lui.⁹¹ Il serait souhaitable que la chose survienne le plus tôt pos-

⁸⁶ *Blais v. Ministre Andras*, *supra*, note 82, à la p. 183.

⁸⁷ *Lazarov v. Secrétaire d'Etat du Canada*, *supra*, note 63.

⁸⁸ S.R.C., 1970, c. C-19.

⁸⁹ *Supra*, note 63, à la p. 938 (C.F.). C'est donc dire que l'arrêt *Dowhopoluk v. Martin* (1972), 23 D.L.R. (3d) 42 (Ont. H.C.) a désormais perdu toute autorité. Voir aussi les pp. 932 et 940 de la décision du juge Thurlow.

⁹⁰ *Ibid.*, aux pp. 750 (D.L.R.) et 941 (C.F.).

⁹¹ Afin de savoir, par exemple, quelle autorité ont encore certaines dé-

sible, et que la Cour suprême le fasse alors dans des termes clairs, qui permettent l'élimination de tout équivoque relative à la signification qu'il faut désormais donner au mot "administratif" et, par ricochet, au mot "judiciaire".⁹²

Il est à prévoir que la tendance générale de cette jurisprudence, que nous venons de retracer, fera l'objet de commentaires amers, surtout dans certains milieux gouvernementaux, ou proches des gouvernements. Les objections seront nombreuses et plusieurs marqueront des points.

Certains peuvent croire, par exemple, que cette situation nouvelle peut mettre l'Etat en danger, en forçant trop facilement la révélation des secrets des gouvernements et en empêchant ceux-ci de parer adéquatement à des situations d'urgence. Il nous semble, personnellement, que nos gouvernements, dans notre régime juridique, disposent de prérogatives et privilèges suffisamment extensibles pour empêcher que la santé de l'Etat soit mise en péril sous l'un ou l'autre de ces deux aspects.⁹³ Au-delà de cet objectif limité, nous ne pourrions que nous réjouir de voir l'évolution du droit jurisprudentiel contribuer à rendre plus difficile l'avènement du gouvernement secret.

D'autres peuvent craindre, non sans motifs, que cette évolution rende impossible la tâche des gouvernements, en raison des grands nombres, vu les devoirs sociaux de plus en plus abondants assumés par l'Etat contemporain. Il nous semble cependant qu'au-delà d'un certain développement, il devient aussi important de bien distribuer que de distribuer. Certaines lois récentes manifestent d'ailleurs cette préoccupation. Les coûts d'un tel objectif sont des "luxes", au même titre qu'une déclaration des droits. A défaut de pouvoir se payer des pouvoirs discrétionnaires proprement exercés, il vaut mieux limiter le plus possible la discrétion, au moins dans un premier temps. La technologie offre à cet égard bien des ressources. Même les normes d'admission en faculté de droit peuvent être individualisées par ordinateur. Ce n'est sûrement pas l'idéal, mais c'est bien moins pire qu'autre chose.

cisions des années soixante. Par exemple: *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839, où le juge Judson (à la p. 847), parlant pour 4 juges sur 5, s'en remet encore à l'arrêt *Calgary Power* (*supra*, note 1).

⁹² Récemment encore, la Cour suprême a semblé demeurer fidèle à l'interprétation classique. Il s'agissait toutefois du contexte différent de l'exercice du droit d'appel. Voir *Hretchka v. P.G.C.-B.*, [1972] R.C.S. 119, aux pp. 129-130 (le juge Martland, pour 4 juges sur 5), au sujet de l'art. 44(1) de la Loi sur la Cour suprême, R.S.C., 1970, c. S-19. Voir, aussi, *Park Davis Co. v. Laboratoire Pentagone Ltée*, [1972] C.A. 265.

⁹³ Voir H. Brun, La suprématie législative, la séparation des pouvoirs et l'intimité de l'exécutif (1973), 14 C. de D. 387 et H. Brun et G. Tremblay, *op. cit.*, note 7, pp. 45-46, et 153 à 161.

Enfin, on peut aussi avoir peur qu'en exigeant que les gouvernements procèdent trop fréquemment de façon judiciaire, ils soient finalement condamnés à une relative inaction. Il faut d'abord noter, à cet égard, que ce qui apparaît devoir être dorénavant exigé des gouvernements ne déplace en rien le centre de décision. Seul le droit de discuter de l'individu ou groupe visé est affirmé. Par ailleurs, il n'est pas du tout certain que ces règles de la justice naturelle, dont on entend exiger plus fréquemment le respect de la part des gouvernements, impliquent qu'il faille toujours, ni même régulièrement, procéder comme le font les tribunaux judiciaires. Il semble plutôt, au contraire, que le droit ait évolué parallèlement sur ce chapitre. Les tribunaux apparaissent faire preuve d'une souplesse de plus en plus grande à cet égard, ajustant les exigences de la justice naturelle au domaine d'action impliqué et au cas particulier à l'étude.⁹⁴

Cette dernière réplique, bien sûr, est susceptible d'inspirer une nouvelle objection: celle du droit mouvant, qui invite à la pêche plaideurs et justiciables. Tout en admettant parfaitement cet argument, nous doutons toutefois que la situation puisse être pire, en ce qui regarde l'incertitude du droit, que sous le règne de la distinction entre discrétion judiciaire et discrétion administrative.

Il apparaît à la fois plus logique et plus juste que la différenciation des actes étatiques, pour ce qui est des principes devant gouverner la façon de les poser, se fasse entre la décision générale et la décision particulière, d'une part, et, d'autre part, entre la véritable décision normative et la préparation et l'exécution de celle-ci. Personnellement, nous ne concevons pas facilement la nécessité d'exceptions de principe à cet égard. Qu'il s'agisse d'admission en faculté de droit, de citoyenneté, de sécurité sociale, de bourses, d'octrois ou de subventions à distribuer et, à fortiori, en matière d'administration de la justice.

L'omniprésence des juges n'est peut-être pas souhaitable. On peut aimer les voir interpréter strictement les lois et les règlements. De là aux entraves de principe, qu'elles s'appellent "discrétion administrative" ou "disposition privative",⁹⁵ il y a un petit abîme.

⁹⁴ Voir *Armstrong v. Wisconsin*, [1973] C.F. 437 (appel), à la p. 440 (le juge Thurlow, pour la Cour); *Re North Coast Air Services Ltd*, *supra*, note 52, aux pp. 405 (le juge Jackett) et 420 (le juge Walsh); *Re Whitelaw and Board of Police Commissioners of Vancouver*, *supra*, note 76, à la p. 472; *Re Crux and Leoville Union Hospital Board*, *supra*, note 78, à la p. 622; *R. v. Gaming Board*, *supra*, note 74, à la p. 1018; *Ceylon University v. Fernando*, [1960] 1 W.L.R. 223 (P.C.), à la p. 232 et *seq.*; *King v. University of Saskatchewan*, *supra*, note 35. Voir aussi *Herring v. Templeman*, *supra*, note 19, aux pp. 587-588.

⁹⁵ Certains indices jurisprudentiels récents ont fait craindre que l'évolution ne se fasse en sens inverse en ce qui regarde les dispositions privatives.

Précisément en matière d'administration judiciaire, la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Howarth v. Comm. nationale de libérations conditionnelles* a été publiée après la composition de notre texte.⁹⁶ Dans cette affaire, le requérant Howarth a demandé à la Cour d'appel fédérale d'annuler, en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, une ordonnance de l'intimée révoquant la libération conditionnelle dont il jouissait. Il s'est plaint de n'avoir pas été informé des motifs de la révocation et de n'avoir pas eu l'occasion de se faire entendre. L'intimée, en revanche, a prétendu que sa décision ne relevait

Les tribunaux ont en effet l'habitude, qui à nos yeux semble demeurer globalement ferme, de considérer que les dispositions privatives n'ont aucun effet lorsque la compétence se trouve outrepassée, soit directement, soit indirectement par atteinte aux principes de la justice naturelle ou par erreur de droit ou de faits dite incidente. Voir, par exemple, en matière de justice naturelle: *Board of Health for the Township of Saltfleet v. Knapman*, [1956] R.C.S. 877. Or quelques décisions récentes peuvent être de nature à suggérer l'idée que la disposition privative vraiment efficace a finalement été mise au point par les gouvernements.

C'est le cas, par exemple, de l'arrêt *Succession Woodward v. Ministre des finances*, *supra*, note 79. Voir l'interprétation que donne de cet arrêt le professeur Gilles Pepin, dans le *Devoir* du 14 novembre 1973, p. 5. Il nous semble, personnellement, que les circonstances de droit de cette affaire sont telles qu'il sera presque toujours possible de l'isoler à cet égard. Jusqu'ici, en tout cas, les tribunaux ont plutôt l'air d'en tirer la leçon contraire: *Re C.N.R. and Canadian Brotherhood of Ry Workers* (1973), 35 D.L.R. (3d) 119 (Alta S.C., App. D.). Et la Cour suprême semble par ailleurs demeurer fidèle à ses allégeances, au moins en matière d'erreur, malgré la dissidence exprimée par le juge Laskin pour 2 juges sur 7, dans *Association of Radio and T.V. Employees of Canada v. C.B.C.* (1974), 40 D.L.R. (3d) 1.

Par contre, la décision rendue par le même juge Laskin, au nom de la Cour suprême cette fois, dans l'affaire *Pringle v. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, peut inspirer la crainte qu'une disposition privative, jointe à un droit d'appel, empêche l'examen judiciaire (autrement que par l'exercice de ce droit d'appel). C'est bien ainsi, en tout cas, que semble l'avoir compris la Cour d'appel de la Colombie britannique: *Re Robertson and B.C. Securities Comm* (1974), 42 D.L.R. (3d) 135, à la p. 142 (le juge Taggart, pour la Cour). La permission d'en appeler de cette décision à la Cour suprême a été donnée le 11 mars 1974. Or si l'existence d'un droit d'appel peut ainsi, revigorer des dispositions privatives moribondes, elle pourrait bien avoir aussi pour effet d'exclure l'examen judiciaire en toute circonstance, même en l'absence de disposition privative. Voir *Re North American News and Deputy M.N.R. for Customs and Excise* (1974), 41 D.L.R. (3d) 241 (Ont. C.C.), à la p. 245. Voir aussi *King v. University of Saskatchewan*, *supra*, note 35, à la p. 688.

Dans ce cas, il est vrai, la situation du justiciable n'est plus tout-à-fait la même: son droit d'appel se trouve en quelque sorte anéanti. Par contre, il y a peut-être là un seuil au delà duquel l'équilibre entre l'efficacité de l'exécutif et les besoins de la justice se trouverait rompu au profit des seconds. Une conception relativiste de la justice naturelle est peut-être de nature à permettre de ne pas franchir ce seuil. Voir *supra*, note 94.

Enfin, dans *Bélanger v. Comm. de révision du comté de Sauvé*, [1973] C.S. 814, le juge en chef Deschênes a vu, en l'article 421 de la Loi électorale du Québec, S.R.Q., 1964, ch. 7, une disposition privant la Cour supérieure de tout pouvoir de contrôle en matière électorale (à la p. 819). Il avait par ailleurs, il est vrai, d'excellents motifs de décider comme il l'a fait (à la p. 821).

⁹⁶ [1973] C.F. 1018; (1974), 41 D.L.R. (3d) 309.

pas de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, parce qu'il s'agissait d'une décision de nature administrative qui n'était pas soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire.

Pour sa part, le juge Thurlow a donné raison à l'intimée. Mais il ne l'a pas fait pour les motifs avancés par celle-ci. Il a jugé que l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale ne s'appliquait pas, parce qu'il a considéré que la question avait déjà été tranchée par la Cour suprême.⁹⁷ Dans *Ex p. McCaud*, en 1965, le juge Spence, dans un jugement qu'il a rendu seul, mais qui fut ensuite confirmé à l'unanimité par un banc de cinq juges, a en effet considéré que la révocation d'une libération conditionnelle ne pouvait donner lieu à *habeas corpus* pour défaut d'audition, malgré la Déclaration canadienne des droits, parce que, entre autres, l'article 11 de la Loi sur la libération conditionnelle des détenus⁹⁸ dit expressément que la Commission de libération n'a pas à entendre le détenu.⁹⁹ Les motifs du juge Thurlow se justifient donc pleinement, en raison des principes premiers et fondamentaux de la suprématie législative et de la *stare decisis*. Ils ne signifient pas, de la part de son auteur, une convention ou un retour aux vertus verbales et formelles de la "discrétion administrative". Le juge Thurlow précise, au contraire, que n'eût été de la décision *McCaud* il serait peut-être parvenu à la conclusion que le minimum de justice naturelle auquel avait droit le détenu, impliquait une occasion raisonnable de se faire entendre au sujet de l'inconduite sur laquelle on se fondait pour révoquer sa libération conditionnelle.¹⁰⁰

Les motifs du juge en chef Jaccett, par contre, apparaissent manifester une fidélité absolue au concept traditionnel de "discrétion administrative". Le juge Jaccett invoque aussi l'affaire *McCaud*,¹⁰¹ mais le plus clair de son argumentation consiste en une analyse des dispositions pertinentes de la Loi sur la libération conditionnelle des détenus, à partir des critères classiques,¹⁰² afin de voir si la Commission est ou non soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire.¹⁰³ Cet examen l'amène à conclure que la Commission n'avait pas à entendre le détenu, ni à motiver sa décision, parce que la loi n'exige pas d'elle ces deux éléments de procédure, tout en admettant qu'elle devrait, normalement, se soumettre à cette façon de faire.¹⁰⁴ Le juge Jaccett précise

⁹⁷ *Ibid.*, à la p. 1026 (C.F.).

⁹⁸ S.R.C., 1970, c. P-2.

⁹⁹ *Ex p. McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168.

¹⁰⁰ *Supra*, note 96, à la p. 1026 (C.F.).

¹⁰¹ *Ibid.*, à la p. 1022.

¹⁰² *Supra*, note 2.

¹⁰³ *Supra*, note 96, aux pp. 1023-1024.

¹⁰⁴ *Ibid.*, à la p. 1024.

enfin que ces motifs ne découlent pas de l'affaire *McCaud*.¹⁰⁵

Il est regrettable, à nos yeux, que le juge Pratte, troisième juge en cette affaire, qui avait secondé le juge Thurlow dans l'affaire *Lazarov*,¹⁰⁶ ait souscrit aux motifs du juge en chef plutôt qu'à ceux du juge Thurlow, ou, encore, n'ait pas exprimé d'avis personnel. Car il est à craindre que ce jugement ne retarde l'évolution anticipée,¹⁰⁷ surtout si l'on tient compte du nombre très (trop?) grand de décisions que rend le juge en chef Jaccett au nom de la Cour d'appel fédérale.¹⁰⁸

Que la "discrétion administrative" affirmée dans l'affaire *Howarth*, en matière de libération conditionnelle, s'explique par la suprématie législative (l'article 11 de la loi), la *stare decisis* (l'arrêt *McCaud*) ou, plus simplement, par adhésion au concept de "discrétion administrative", la ligne de démarcation entre le discrétionnaire et l'arbitraire se trouve franchie. Cependant, pour écarter le premier argument, les tribunaux ont besoin d'une disposition enchassée de "due process of law". Au niveau fédéral, la Déclaration canadienne des droits n'interdit pas l'octroi de pouvoirs discrétionnaires.¹⁰⁹ Elle devrait toutefois rendre inopérantes les dispositions législatives ayant pour effet de transformer ce discrétionnaire en arbitraire.¹¹⁰ Une liberté sans frontière, au moins procédurale, ne devrait pas pouvoir exister au niveau exécutif de l'Etat, lorsque les droits de particuliers sont directe-

¹⁰⁵ *Ibid.*, à la p. 1025.

¹⁰⁶ *Supra*, note 63.

¹⁰⁷ Voir, en ce sens, *R. v. Morgentaler*, [1973] C.S. 824, où le juge Huggessen, afin d'écarter l'application des arrêts *Re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434, spécialement aux pp. 446 et 457 et *Abrahams v. R.* (1881), 6 R.C.S. 10, à la p. 16, a été obligé d'établir que le choix, dont dispose un Procureur-général, d'accorder à un prévenu les avantages d'une enquête préliminaire, était une "discrétion administrative" pour ce qui est du droit d'être entendu, même s'il était considéré de nature judiciaire pour fin de délégation. Voir *supra*, note 47. Code criminel, art. 507(2).

¹⁰⁸ Voir, par exemple, *Lignos v. Ministre de la main d'oeuvre et de l'immigration*, [1973] C.F. 1073, où le juge Jaccett, à la p. 1074, a dit que: "... rien n'obligeait la Commission d'appel de l'immigration à motiver son rejet d'une demande de réouverture d'audition."

¹⁰⁹ *Smythe v. R.*, [1971] R.C.S. 680, à la p. 686 (le juge en chef Fauteux, pour un banc de 7 juges).

¹¹⁰ Il nous semble que l'arrêt *McCaud*, *supra*, note 99, ne pourrait plus être rendu aujourd'hui, à la lumière de l'arrêt *Drybones*, [1970] R.C.S. 281, et malgré l'arrêt *Lavell* (1974), 38 D.L.R. (3d) 481 (C. supr.). Voir à ce sujet notre commentaire de l'arrêt *Lavell*, à (1973), 14 C. de D. 541, spécialement à la p. 552. L'article 2 de la Déclaration précise en effet qu'une loi fédérale ne doit pas pouvoir s'interpréter et s'appliquer de manière à autoriser la suppression, diminution ou transgression des droits et libertés affirmés dans la Déclaration, dont l'application régulière de la loi et l'égalité devant la loi. L'affaire *Howarth* a été portée en appel devant la Cour suprême. La décision qu'elle va susciter sera d'une très grande importance, à la condition qu'on y plaide la Déclaration canadienne des droits. Sinon, il est bien à craindre que la décision de la Cour d'appel fédérale ne soit confirmée.

ment visés.¹¹¹ A moins de nous faire croire que les droits du détenu ne sont pas en jeu lorsqu'est révoquée sa libération conditionnelle. S'il est légitime d'hésiter à imposer tant de "manières" à l'administration judiciaire, on peut toujours se rassurer en vérifiant, par exemple, l'état du droit américain en la matière.¹¹²

¹¹¹ Nous ne croyons pas que la prérogative royale suffise aujourd'hui à justifier l'existence d'une "discrétion administrative" en matière d'administration judiciaire, comme elle permettait jadis aux gouvernements d'accepter ou non d'être poursuivis, en acquiesçant ou non à une pétition de droit. Les pouvoirs discrétionnaires dont nous traitons ici, même pour ceux qui existaient jadis dans l'ancienne tradition monarchique, fort aujourd'hui l'objet de dispositions législatives. Ils peuvent ainsi continuer d'exister, mais les prérogatives royales sur lesquelles ils reposaient n'existent plus.

¹¹² Voir *Morrissey v. Brewer* (1972), 408 U.S. 471, à la p. 489 (le juge en chef Burger, pour la Cour) et *Gagnon v. Scarpelli* (1973), 411 U.S. 778, à la p. 782 (le juge Powell, pour la Cour).