

**LES ENJEUX MÉCONNUS DE L'AUTRE
DROIT ADMINISTRATIF***

*Louis Borgeat***

Québec

Cet article est une réflexion sur la nature du droit administratif contemporain analysé dans le contexte québécois et canadien. À partir du constat que le droit du contrôle judiciaire occupe tout, ou presque tout, l'espace de la réflexion en droit administratif, l'auteur cherche à démontrer l'intérêt que devrait représenter aussi le droit administratif interne, celui qui voit au jour le jour à l'organisation et au fonctionnement de l'appareil administratif en vue d'assurer son efficacité.

Le texte décrit sommairement la nature de ce droit et présente ses caractéristiques qui, à certains égards, constituent des handicaps par rapport à un droit très jurisprudentiel comme celui touchant le contrôle judiciaire. Il en décrit ensuite les enjeux qui représentent cette fois des atouts qui devraient être en mesure de susciter davantage d'intérêt dans la communauté juridique et dans la société en général. L'auteur distingue à cet égard les enjeux qui opposent les valeurs administratives aux valeurs individuelles de ceux qui ne concernent que l'appareil administratif, mais qui s'attaquent malgré tout à des équilibres fondamentaux pour une société démocratique. Il cite comme exemple le phénomène de la modernisation de l'État qui interpelle directement le droit, plus particulièrement sa capacité d'induire dans l'appareil les changements escomptés, par exemple une plus grande autonomie et une plus grande responsabilité de la part des gestionnaires.

Il conclut en insistant sur le fait que le droit du contrôle judiciaire ne peut à lui seul répondre à tous les impératifs d'une Administration moderne et que le droit administratif interne a un rôle majeur et complémentaire à jouer pour assurer l'efficacité et l'évolution de l'appareil gouvernemental. Il souligne enfin que ce droit entraîne nécessairement des contacts avec d'autres disciplines, tel le management, et que cet élargissement des perspectives ne peut être qu'un enrichissement pour la science juridique.

* Ce texte reprend et complète une conférence prononcée à un colloque de la Société de droit administratif du Québec, tenu le 14 mai 1993, à Québec, et au Congrès des Sociétés savantes devant l'Association canadienne des professeurs de droit, le 6 juin 1993, à Ottawa. L'auteur tient à remercier madame Julie Couët, avocate, qui a contribué aux recherches reliées à la partie I de cet article ainsi que le Fond Institutionnel de Recherches de l'ENAP, qui en a assuré le financement.

** Professeur à l'École nationale d'administration publique, Ste-Foy, Québec.

This article explores the nature of administrative law in a contemporary Canadian and Quebec context. Apart from the fact that judicial control occupies all, or almost all of the study of administrative law, the author attempts to demonstrate the interest that should be paid to internal administrative law, the day to day organization and functioning of the administrative system in order to ensure its efficiency.

The text summarizes the nature of this law and presents its characteristics that, in some respects, constitute handicaps in relation to a law that concerns judicial control. Next, the author describes the issues that should incite interest in the judicial community and in society in general. The author distinguishes in this regard between those that oppose administrative values with the individual values of those who are concerned only with the administrative system, but nonetheless attack the fundamental balance of a democratic society. He uses the modernization of the state as an example and shows that it directly questions the law and more particularly, that it has the capacity to induce changes in the system, for example greater autonomy and larger responsibility on the part of administrators.

The author concludes on the note that the law of judicial control cannot alone respond to all of the demands of a modern administration and that internal administrative law has a major and complementary role to play in ensuring the efficiency and evolution of the government system. Finally, he emphasizes that this law is connected to other disciplines, namely management, and that this widening of perspective can only enrich the study of law.

Introduction

Le présent texte est d'une nature particulière par rapport au contenu habituel des articles de doctrine en droit administratif. Il ne s'agit pas d'une recherche formelle appuyée d'une démonstration objective basée sur l'exégèse de lois ou de jugements, mais plutôt de l'expression de constats et de préoccupations personnelles résultant de réflexions que m'ont inspirées les années de rédaction du *Traité de droit administratif*¹ avec mon collègue René Dussault et les années d'enseignement à l'École nationale d'administration publique auprès d'une clientèle de gestionnaires publics. Étant davantage une plaidoirie cherchant à mobiliser qu'un exposé objectif visant à informer, ce texte ne prétend pas être un article à caractère scientifique voulant saisir la vérité sur quelques points de droit précis, mais bien une simple tentative de mieux cerner la réalité contemporaine du droit administratif canadien et québécois, sous forme de réflexions provenant d'un observateur occupant le site particulier que constitue celui d'une école professionnelle en administration publique.

Essentiellement, le présent texte repose sur le constat suivant: encore aujourd'hui, le droit administratif contemporain semble faire vibrer le monde juridique essentiellement et surtout par l'une de ses composantes, le contentieux, le contrôle judiciaire ou le *judicial review*. Ce constat était également exprimé

¹ Québec, P.U.L., 3 tomes: 1984, 1986 et 1989; traduction R. Dussault et L. Borgeat *Administrative Law - A Treatise*, Toronto, Carswell, 5 vol.: 1985, 1988, 1989 et 1990.

par la Section de recherche en droit administratif de la défunte Commission de réforme du droit du Canada dans un document de consultation produit en 1987:²

Au Canada, les principes du droit administratif ont été définis en grande partie par les juges. En d'autres termes, le droit administratif est surtout considéré comme la somme des décisions rendues par les tribunaux dans le cadre du contrôle judiciaire de la légalité de l'action administrative.

Parlant de ce qu'il appelle le *traditional model of administrative law*, John M. Law en arrivait pour sa part à la conclusion suivante:³

However, the primary focus of administrative law has been on the controls imposed by the superior courts in their review of administrative action. As a result, administrative law is common law-based, consisting chiefly of the pronouncements of the superior courts in response to legal challenges to governmental or administrative action (...) Judicial review, then, provides the primary content of administrative law.

Or, selon moi, cette hypertrophie et cette surreprésentation de ce volet se trouvent à dissimuler une réalité tout aussi importante, presque aussi effervescente, vivante et dynamique: celle du droit administratif interne qui, au jour le jour et de façon discrète, ordonne, organise et fait fonctionner l'ensemble de l'appareil administratif et lui permet de jouer efficacement son rôle dans le système politique et la société. Pour étayer cette démonstration, j'entends procéder en deux parties. Premièrement, constater la prédominance du droit du contrôle judiciaire dans les intérêts de la communauté juridique québécoise; deuxièmement, voir les caractéristiques de "l'autre" volet du droit administratif pour démontrer son importance et expliquer que sa dynamique et ses enjeux peuvent être aussi intéressants que ceux du droit du contrôle judiciaire; et, finalement, conclure que ce droit et le contrôle judiciaire sont nécessairement complémentaires et que l'"autre droit administratif", souvent méconnu, devrait susciter beaucoup plus d'intérêt dans la communauté juridique d'aujourd'hui.

I. L'omniprésence du droit du contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire est à ce point omniprésent dans le droit administratif qu'on pourrait penser qu'il est le droit administratif. Rappelons-nous que Dicey, à la fin du siècle dernier, affirmait que le droit administratif n'existait pas comme branche particulière du droit, mais qu'il suffisait d'appliquer à la Couronne le droit commun, avec quelques dérogations utiles.

Eh bien, au Canada, les ouvrages de doctrine anglo-saxons portant sur le droit administratif en général reflètent encore bien cette perception,⁴ à quelques

² Pour un nouveau droit administratif fédéral, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada 1987 à la p. 5.

³ "Tensions Within the Traditional Model of Control of Government" (1992) 6 C.J.A.L.P. 13 à la p. 15. Voir aussi G. Steele, "Private Lawyers, Public Law, Administrative law in the Making" (1992) 35 Adm. Pub. Can. 1, qui s'élève également contre cette omniprésence du droit du contrôle judiciaire.

⁴ Voir R. F. Reid et H. David, *Administrative Law and Practice*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1978; D. J. Mullan, *Administrative Law*, 2e éd. Agincourt, Carswell, 1979;

exceptions près.⁵ On y retrouve en effet un accent très prononcé sur le contrôle judiciaire, avec quelquefois un chapitre sur la *subordinate legislation*,⁶ la délégation⁷ ou la Couronne.⁸

Au Québec, les monographies et traités offrent une présentation plus équilibrée des deux volets principaux, dont je parle ici, du droit administratif contemporain.⁹ Ces ouvrages, qui émanent de quelques auteurs de la communauté universitaire, ne reflètent cependant pas nécessairement l'intérêt de la profession juridique dans son ensemble pour l'un et l'autre de ces volets. Pour le vérifier, j'ai cru utile de procéder à un examen du contenu en droit administratif de cette partie très effervescente de la doctrine que sont les périodiques et qui représente

D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, Toronto, Carswell, 1985, plus particulièrement le c. I "Introduction: What is Administrative Law?"; D.J. Baum, *Cases and Materials on Administrative Law*, Toronto, Butterworths, 1987; N. R. Filkenstein et B. M. Rogers, *Recent Developments in Administrative Law*, Toronto, Carswell, 1987; J. M. Evans et al., *Administrative Law - Cases Text And Materials*, 3e éd., Toronto, Emond Montgomery, 1989; S. Blake, *Administrative Law in Canada*, Markham, Butterworths, 1992; voir aussi (1991) 16 Queen's L.J. 5, un numéro de cette revue consacré à la publication de 8 textes présentés le 17 novembre 1989 à un colloque tenu par l'Association du Barreau canadien sur le thème: Administrative Law: Past, Present and Future; I. Holloway, "The Transformation of Canadian Administrative Law" (1993) 6 C.J.A.L.P. 295.

⁵ Voir S. Arrowsmith, *Government Procurement and Judicial Review*, Toronto, Carswell, 1988, Partie I; G. Tardi, *The Legal Framework of Government*, Aurora, Canada Law Book, 1992; P. Lordon, *La Couronne en droit canadien*, Cowansville, Yvon Blais, 1992 (traduction de *Crown Law*, Toronto, Butterworths 1991; soulignons également la tenue de deux symposiums sur l'avenir du droit administratif au Canada où plusieurs conférenciers ont abordé soit la problématique de la place du contrôle judiciaire dans le droit administratif, soit sa capacité de répondre aux défis de l'évolution prévisible du rôle de l'État et de l'Administration: voir Special Issue on Administrative Law, (1990) 40 U. T.L.J. 305 et "Symposium: Future Directions in Administrative Law" (1992) 6.1 C.J.A.L.P. 11.

⁶ Voir R. F. Reid et H. David, *supra* note 4, au c. 9; D.P. Jones et S. de Villars, *ibid.* au c. 4; D.J. Baum, *ibid.*, au c. 3; S. Blake, *ibid.* au c. 5.

⁷ D. P. Jones et S. de Villars, *ibid.* au c. 3; D.J. Baum, *ibid.* au c. 2.

⁸ J. M. Evans et al., *supra* note 4, au c. XX.

⁹ Outre le *Traité de droit administratif*, *supra* note 1, dont la recherche de cet équilibre constitue l'une des caractéristiques, l'ouvrage de P. Garant, *Droit administratif*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991, 3 volumes, est celui qui présente le plus largement les problématiques du droit administratif interne au niveau du gouvernement. Deux autres ouvrages de cet auteur manifestent la même préoccupation: *La fonction publique canadienne et québécoise*, Québec, P.U.L., 1973, et *Droit scolaire*, Cowansville, Yvon Blais, 1992. Dans cette perspective, on ne saurait passer sous silence les écrits d'Andrée Lajoie et ceux du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal qui, bien qu'à l'égard d'institutions non gouvernementales, manifestent un souci constant pour cet équilibre; voir A. Lajoie, *Les structures administratives régionales, déconcentration et décentralisation au Québec*, Montréal, P.U.M., 1968; A. Lajoie, P. A. Molinari et J. M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981 et A. Lajoie et M. Gamache, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Thémis, 1990. Voir également R. Dussault, "Lawyers in the Quebec Public Service: Status and Career Perspectives" (1987) 30 Adm. Pub. Can. 601.

sans doute le mieux l'ensemble des préoccupations de la communauté juridique, puisqu'y participent aussi bien les praticiens que les universitaires.

Ont été analysés les neuf principaux périodiques en droit visant essentiellement ou surtout une clientèle située au Québec, incluant la série *Développements récents en droit administratif* qui paraissait incontournable. L'analyse va de 1980 jusqu'au printemps 1993 inclusivement pour avoir un nombre d'années significatif sans allonger inutilement la recherche. Comme l'indique le *tableau 1* qui suit, 320 articles reliés au "droit administratif" ont été recensés puis, sur la base de leur titre, classés en trois grandes catégories, elles-mêmes subdivisées en huit sous-catégories, dont la définition nous donne indirectement le sens attribué ici à l'expression « droit administratif »:

1. Contentieux judiciaire, 4 sous-catégories: 1.1 Contrôle judiciaire traditionnel : limites de compétence résultant du *rule of law* et permettant le contrôle des erreurs de droit dites juridictionnelles ou intra-juridictionnelles et les atteintes à la justice naturelle; 1.2 Contrôle judiciaire issu des chartes de droits: limites de compétence résultant de droits et libertés de la personne enchâssés et affectant de façon particulière l'action du Parlement et de l'Exécutif; (nous n'avons retenu ici que les articles s'attachant plus particulièrement à l'impact des chartes sur le fonctionnement de l'Exécutif); 1.3 Responsabilité : responsabilité civile et responsabilité résultant des chartes; 1.4 Autre : contenu général portant sur le *rule of law* ou sur les relations du judiciaire avec l'Exécutif. **2. Contentieux administratif (aucune sous-catégorie)**: organisation et fonctionnement des recours administratifs internes, essentiellement les tribunaux administratifs, excluant le contentieux judiciaire dont ils font l'objet et qui a été classé aux sous-catégories 1.1 ou 1.2. **3. Non-contentieux, 3 sous-catégories** : 3.1 Lois sectorielles : examen d'une loi mettant en application une politique publique affectant les relations citoyen-Administration : immigration, chômage, environnement, sécurité sociale, etc.; 3.2 Organisation gouvernementale : organisation et fonctionnement de l'appareil gouvernemental : conseil exécutif, ministères et organismes administratifs décentralisés; 3.3 Organisation non gouvernementale : organisation et fonctionnement des organismes décentralisés organisés en réseaux: municipalités, commissions scolaires et établissements de santé et de services sociaux.

Malgré les limites évidentes d'une telle méthodologie, notamment en raison du fait qu'il a fallu se limiter au titre des articles pour les classer, ce qui lui attribue un caractère incontestablement impressionniste, il ressort de cette analyse un certain nombre de constats qui rejoignent les intuitions que l'on pouvait avoir sur l'objet de la doctrine en droit administratif québécois et sur les champs d'intérêt respectifs de chaque périodique. Sans trop s'y attarder, puisqu'il ne s'agit pas de l'objectif premier de ce texte, on peut tout au moins faire les observations générales suivantes :

- Le contentieux judiciaire dans son ensemble occupe 50 % du contenu des périodiques observés et le contrôle judiciaire traditionnel proprement dit, 25 % de ce contenu, ce qui en fait de loin le thème le plus populaire chez les auteurs. Ces deux chiffres viennent en quelque sorte consacrer

l'impression de prédominance du contentieux judiciaire en droit administratif québécois.

- Les tribunaux administratifs comme tels, sous le titre **2.contentieux administratif**, ne représentent que 12 % du même contenu, ce qui est surprenant compte tenu de la place qu'ils occupent désormais aussi bien en soi, comme instrument de contrôle de l'Administration, que comme champ de pratique au sein de la profession.
- Le droit administratif relatif à l'organisation, au fonctionnement et à la gestion du gouvernement soulève à peine plus d'intérêt avec 13 % du contenu, ce qui est désolant, j'y reviendrai, considérant qu'ils s'agit finalement du rôle de la Couronne, principale personne morale de droit public, et de toutes ses composantes.
- Deux périodiques dominent nettement pour leur intérêt à l'égard du contrôle judiciaire traditionnel; il s'agit de *Développements récents en droit administratif* (44 % et 74 % pour l'ensemble du contentieux judiciaire) et de la *Revue du Barreau* (37 % et 57 % pour l'ensemble du contentieux judiciaire); cela n'a rien de surprenant dans le cas de publications du Barreau provenant largement du milieu des praticiens.
- Deux périodiques universitaires suivent de près pour leur intérêt à l'égard des deux mêmes sujets, *Les Cahiers de droit* (28 % et 56 %) et la *Revue de droit de McGill* (28 % et 52 %); si cette situation n'a rien de surprenant en ce qui a trait à cette dernière revue, compte tenu de la proximité existant entre l'Université McGill et la communauté juridique anglo-canadienne, elle étonne en ce qui a trait aux *Cahiers de droit* étant donné l'existence à la Faculté de droit de l'Université Laval du *Laboratoire de recherche sur la justice administrative* jusqu'à tout récemment.
- À l'opposé, le plus grand désintérêt pour les deux mêmes sujets se trouve, si l'on exclut tout naturellement la *Revue du notariat*, dans la *Revue juridique Thémis* (0 % et 19 %), situation qui s'explique sans doute par l'existence du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal dont les champs d'analyse touchent largement les lois affectant l'organisation gouvernementale et les établissements publics.

Face à ces constats, sans chercher ici à dénigrer le droit du contrôle judiciaire dont il faut reconnaître le caractère évolutif et dynamique, examinons plutôt les plaisirs oubliés que recèle l'autre volet du droit administratif.

II. Les plaisirs oubliés de l'autre droit administratif

Dans cette seconde partie, je tenterai de mettre en relief la nature du droit administratif interne, les caractéristiques de ce droit par rapport à celui du contrôle judiciaire et l'intérêt qu'il peut représenter si on s'attarde aux enjeux qu'il sous-tend.

Tableau
Contenu de droit administratif
Périodiques "québécois" 1980-1993 *

	1. contentieux judiciaire				2. contentieux administratif	3. non contentieux		
	1.1	1.2	1.3	1.4		3.1	3.2	3.3
	contrôle judiciaire traditionnel	contrôle judiciaire-chartes des droits	responsabilité	autre	(tribunaux administratifs)	lois sectorielles	organisation gouvernementale	organisation non gouvernementale (mun., com. scol., établiss., etc.)
Revue du barreau (92)	37%	7%	12%	1%	18%	10%	8%	7%
Les Cahiers de droit (60)	28%	11%	9%	8%	13%	13%	13%	4%
Revue générale de droit (38)	9%	7%	35%	7%	5%	8%	22%	7%
Revue de droit (U. de Sherbrooke) (30)	23%	2%	3%	5%	11%	27%	2%	27%
Revue de droit de McGill (29)	28%	10%	12%	2%	5%	28%	7%	8%
Revue juridique thémis (26)	0%	8%	11%	0%	8%	15%	35%	23%
Développements récents en droit administratif (25)	44%	18%	4%	8%	18%	2%	6%	0%
Revue du Barreau canadien (12)	8%	8%	17%	0%	8%	8%	50%	0%
Revue du notariat (8)	0%	0%	0%	0%	0%	75%	12,5%	12,5%
Total (320)	25%	8%	13%	4%	12%	15%	14%	9%

* Les pourcentages sont arrondis vers l'unité la plus proche.

2.1 *La nature du droit administratif interne*

On peut qualifier de différentes façons le volet du droit administratif dont il est question ici. Personnellement, l'appellation que je favorise est celle de « droit administratif interne » au sens du droit qui régit la structure et le fonctionnement de l'appareil gouvernemental. En fait, si on reprend la typologie utilisée pour les fins du **tableau**, cela réfère à la **catégorie 2. Contentieux administratif** et, surtout, à la **sous-catégorie 3.2 Organisation gouvernementale**. Pour les fins de la présente discussion, j'exclus donc de cette appellation la **sous-catégorie 3.1 Lois sectorielles** parce qu'elle s'intéresse à des lois qui constituent souvent aujourd'hui des subdivisions du droit administratif, telles que le droit de l'environnement, le droit de l'aménagement et le droit de la sécurité sociale, mais, surtout, parce que, de façon générale, elle s'y intéresse essentiellement dans la perspective de la relation État-citoyen découlant de l'application des politiques présentes dans ces lois. Il en est de même de la **sous-catégorie 3.3 Organisation non gouvernementale** qui ne touche évidemment pas l'appareil gouvernemental proprement dit et à laquelle correspondent aussi des branches du droit autonomes, telles que le droit municipal, le droit scolaire et le droit de la santé et des services sociaux.

Mais quels que soient les termes utilisés ici, le débat n'étant pas sémantique, ce qu'il m'importe de mettre en évidence c'est que ce droit administratif interne explique ultimement comment, au gouvernement du Québec par exemple, 65 000 fonctionnaires, à partir de milliers de lois, de règlements et de directives, rendent chaque année des dizaines de milliers de décisions, dont seulement deux ou trois cents seront déclarées illégales par les tribunaux judiciaires. C'est le droit qui, au jour le jour dans les officines gouvernementales, veille à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle interne de toute la branche exécutive de l'État, que la Constitution attribue de façon sibylline à Sa Majesté mais que l'on sait être dans les mains d'une armée de fonctionnaires de tout niveau.

Pour être plus précis, soulignons que c'est ce corpus normatif qui, *premièrement*, prévoit le mode d'organisation de l'Exécutif en précisant le rôle de l'organisme qui avise Sa Majesté, le Conseil exécutif, et en créant ses structures d'intervention, une vingtaine de ministères et plus de 150 organismes administratifs; *deuxièmement*, assure le fonctionnement de l'Administration en régissant un personnel composé de plusieurs milliers d'employés dotés de statuts divers; en encadrant la préparation, l'adoption et l'exécution d'un budget annuel de plus de 40 milliards en 93-94; en encadrant les actes juridiques posés, qu'il s'agisse de règlements, de subventions, de transferts, de contrats ou de décisions individuelles (prestations, privilèges, droits); en protégeant les biens de la Couronne, conformément au principe suivant lequel tout ce qui n'appartient pas aux individus est du domaine public; en gérant l'information reliée à toute cette activité, aujourd'hui dans une transparence nouvelle et très exigeante; et, *troisièmement*, instaure un certain niveau d'auto-contrôle sur l'Exécutif: toute cette activité du bras agissant de l'État nécessite des mesures de contrôle que les deux autres organes de l'État ne peuvent à eux seuls assurer. D'une part, le

Parlement est débordé par sa seule fonction législative, et ses deux représentants que sont le Protecteur du citoyen et le Vérificateur général ne peuvent prétendre assurer un contrôle suffisant de l'ensemble de l'appareil gouvernemental. D'autre part, les tribunaux judiciaires se limitent au contrôle de légalité, c'est-à-dire à quelques centaines de recours par année fondés sur des abus flagrants et manifestes. C'est donc à l'Exécutif lui-même qu'il revient de s'auto-contrôler en créant des recours internes de diverses natures : recours hiérarchique, révisions et réexamens, appels auprès de tribunaux administratifs et mécanismes de plaintes de toute nature.

Cette machine d'une extrême lourdeur et d'une grande complexité que constitue l'Exécutif repose d'abord sur le système juridique pour assurer son mode d'organisation et de fonctionnement. Les règles qui en résultent constituent le droit administratif interne. Elles sont importantes, mais largement méconnues en raison de certaines caractéristiques pouvant affecter leur attrait.

2.2 Les caractéristiques défavorisant le droit administratif interne

Les caractéristiques que je souhaite faire ressortir ici ont trait à l'objet et à la forme du droit administratif interne ainsi qu'aux acteurs qu'il implique.

A. Son objet

Ce droit s'attache à une réalité, l'organisation et le fonctionnement de l'Exécutif, qui peut donner l'impression de n'être rien d'autre qu'une problématique de fonctionnaires : il semble répondre à une préoccupation strictement interne et "quasi privée" du gouvernement, et non pas à des enjeux de société auxquels les juristes peuvent s'intéresser. Bien que cette perception soit incomplète et injuste, nous le verrons plus loin en parlant des enjeux que ce droit sous-tend, il demeure qu'elle en affecte l'image et qu'elle a pour effet de le faire passer au second plan par rapport au droit du contrôle judiciaire.

En effet, prenant pour acquis que le droit a traditionnellement pour fonction d'introduire des règles pour arbitrer les rapports de force entre divers éléments de la collectivité, il faut reconnaître que le contrôle judiciaire de la légalité de l'action administrative répond particulièrement bien à cette finalité lorsqu'il introduit les principes, règles et modalités touchant les cas d'opposition déclarés entre l'Administration et un citoyen. Vu dans cette optique, le contrôle judiciaire reproduit bien l'essence du rôle du droit dans une société lorsqu'il règle de tels conflits. Ce volet particulier du droit administratif est alors en harmonie avec la dynamique que l'on retrouve dans la réalité d'autres secteurs traditionnels du droit, par exemple le droit civil, qui ont nourri très profondément notre vision de ce qu'est le droit dans une collectivité.

B. Sa forme

Le droit administratif interne est surtout d'origine législative, au sens large du terme, incluant à la fois les lois et les règlements. Si cette caractéristique lui

donne le bénéfice de la toute puissance de la loi, source la plus importante du droit en raison des principes de souveraineté du Parlement et de suprématie de la loi, elle lui confère en revanche certains attributs qui le rendent moins attrayant qu'un droit basé sur la jurisprudence. En effet, un droit législatif est par définition source de règles de droit qui comportent notamment les quatre caractéristiques suivantes.

Premièrement, elles sont conçues en termes universels et généraux à partir d'une problématique impersonnelle: ce n'est pas le cas litigieux d'un citoyen donné qui est tranché par la loi, mais plutôt un problème de société, par la détermination d'une règle de comportement applicable à tous indistinctement. Nous sommes loin des faits particuliers d'un litige qui donnent saveur et complexité au droit jurisprudentiel et qui l'incarnent dans la réalité.

Deuxièmement, elles sont peu motivées: le législateur agit sans expliquer l'ensemble des raisons qui le poussent à agir dans un sens donné. Il n'a d'ailleurs pas à le faire et peu de textes permettant l'analyse subsistent après l'adoption d'un projet de loi. Les débats parlementaires ne servent normalement pas à l'interprétation, les notes explicatives non plus et encore moins les mémoires au Conseil des ministres. La loi est finalement un produit longtemps distillé, dont il ne reste à la fin du processus que l'essentiel, exprimé dans quelques règles faisant l'objet de peu d'explications, et cela, contrairement à la jurisprudence où la règle est en quelque sorte noyée dans un vaste ensemble d'analyses, d'explications et de distinctions qui satisfont l'esprit juridique.

Troisièmement, elles sont autant réformatrices que simplement évolutives: les lois importantes sont souvent le point d'aboutissement de longues discussions, d'oppositions farouches et d'arbitrages délicats au terme desquels se cristallise finalement la volonté du pouvoir en place. Le caractère politique du processus qui caractérise leur adoption fait qu'elles entraînent souvent des changements de cap, des virages importants quant aux règles qui s'appliquent dans un secteur donné: c'est l'aspect réformateur de la loi. Dans un contexte beaucoup plus large où il analyse le rôle de la loi dans l'évolution de nos systèmes politiques, P. Issalys n'hésite pas à attribuer à la loi un rôle révolutionnaire:¹⁰

Il y a, au fond des choses, une *tradition révolutionnaire* à propos de la loi. Loin d'être un poussiéreux souvenir de famille, cette tradition révolutionnaire habite et anime toujours, en Occident, la construction épurée dessinée par Kelsen.

Or, le caractère lourd et conflictuel du processus d'adoption des lois fait qu'on préférera souvent laisser passer une longue période de temps avant de penser à leur adaptation par des modifications. La loi adoptée est donc facilement perçue comme un point de cristallisation de la volonté politique, que

¹⁰ "La loi dans le droit: tradition, critique et transformation" (1992) 33 C. de D. 665 à la p. 671; il poursuit: «Dans cette double vocation du mouvement révolutionnaire, la loi joue un rôle central. Elle représente l'instrument d'un retour à la raison et à la justice des choses. Cet ordre rationnel et juste, le régime renversé l'avait infléchi, obscurci, corrompu, bafoué enfin. La révolution, armée de la loi, va remettre la société dans le droit chemin, à partir d'une bifurcation plus ou moins mythique où s'était instaurée une «erreur d'ajustement»».

l'on ne retouchera qu'en cas de nécessité, alors qu'un droit jurisprudentiel est généralement plus évolutif en ce qu'il donne lieu à des modulations multiples et régulières, au gré des besoins. Le droit législatif donne donc quelquefois une impression de statisme et d'adaptation imprévue par soubresauts plutôt qu'en douceur.

Quatrièmement, elles sont propres à chaque ordre juridique: le droit législatif est susceptible de varier considérablement d'un ordre juridique à l'autre. La loi a souvent ses particularités de système qui lui donnent son originalité, mais qui la rendent plus relative et plus conjoncturelle, alors qu'un droit jurisprudentiel comme celui du contrôle judiciaire est en bonne partie identique dans l'ensemble d'un régime juridique, ce qui lui donne un dénominateur commun plus vaste ainsi qu'une impression d'unité et de plus grande universalité.

C. Ses acteurs

Parce qu'il est essentiellement d'origine législative, ce droit nous situe d'emblée dans l'univers politique. L.-P. Pigeon¹¹ disait: "Le droit est l'expression de la politique en ce qu'elle a de plus stable". Cet énoncé général sur le droit est particulièrement vrai en ce qui touche la loi, puisqu'elle est le résultat d'un arbitrage politique entre des forces en présence: groupes de pression, partis politiques, "lobbies", associations, etc., autant d'acteurs qui cherchent à influencer le législateur dans le sens de leurs intérêts ou de leurs idées. La loi obéit d'abord et avant tout à une rationalité politique, même si, formellement, elle se rattache au droit. Elle n'est donc pas aussi intimement reliée à l'univers et à la rationalité juridique que la jurisprudence, première source de droit du contrôle judiciaire.

Des trois pouvoirs de l'État, celui dont les juristes se sentent le plus proche est sans contredit le pouvoir judiciaire. Par rapport à l'Exécutif, dominé par une obscure rationalité technocratique et managériale, et au législatif, imprégné d'une imprévisible rationalité politique, le judiciaire exerce une fascination naturelle sur les juristes, parce qu'il appartient quasi exclusivement au monde du droit: les juges y sont les décideurs et les avocats des acteurs clés, le tout s'orchestrant dans une mise en scène parfaitement contrôlée par la procédure judiciaire.

Le pouvoir judiciaire est aussi associé à la lutte contre l'absolutisme. Il a joué un rôle important, de concert avec le Parlement, dans l'établissement de la démocratie à l'encontre de la monarchie absolue en Grande-Bretagne. Aujourd'hui, il est encore associé à la protection de l'individu contre l'omnipotence de l'État, comprenant de nos jours aussi bien le législatif que l'Exécutif. Sans prétendre sonder le fond de nos âmes, je dirais même que le contrôle judiciaire symbolise le rempart du petit et du faible contre le puissant et que, d'un point de vue mythique, il s'associe sans doute dans notre imaginaire collectif à la lutte de David contre Goliath...

¹¹ *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, ministère des Communications du Québec, 1965 à la p. 1.

Ce sont là quelques caractéristiques qui, malgré la primauté de la loi dans la hiérarchie des sources de droit et malgré la souveraineté du Parlement dans celle des organes de l'État, font qu'entre le droit administratif interne et la profession juridique, l'affinité n'est pas aussi grande que celle existant dans le cas du contrôle judiciaire. D'où le faible intérêt manifesté par la profession juridique à l'égard de ce droit administratif. Cela apparaît d'autant plus regrettable que les enjeux qu'il sous-tend sont, à mon avis, tout aussi fondamentaux que ceux du contrôle judiciaire.

2.3 Les enjeux fondamentaux que cache le droit administratif interne

Le droit administratif interne s'attaque à des enjeux d'un grand intérêt et, surtout, d'une grande importance pour la société. Le contrôle judiciaire de l'Administration est bien sûr gardien d'un équilibre fondamental entre, d'une part, la liberté d'action de l'Administration, qui recherche l'efficacité de ses interventions au nom de l'intérêt public et, d'autre part, la protection de l'individu contre l'abusif et l'arbitraire dans son autonomie d'action et la sphère privée de ses activités. Réduit à sa plus simple expression, cet enjeu est celui de la détermination du seuil critique où le discrétionnaire devient arbitraire. C'est cet équilibre, fondamental dans une société de droit, qui fait l'attrait du contrôle judiciaire. Or le droit administratif interne s'intéresse à un équilibre du même ordre lorsqu'il agit comme gardien de la dynamique opposant les pouvoirs de l'Administration au contrôle qu'elle doit subir, une opposition entre l'autonomie et la contrainte qui est omniprésente dans l'organisation d'une fonction publique moderne et dans sa gestion au quotidien.

Pour illustrer cette dynamique de façon plus concrète, examinons successivement quelques-uns des enjeux de cette nature que recèle le droit administratif à deux niveaux, d'abord, dans l'équilibre entre les valeurs administratives et les valeurs individuelles et, ensuite, dans l'organisation de l'État proprement dit.

A. Les enjeux opposant des valeurs administratives aux valeurs individuelles

Le droit administratif interne apporte souvent des solutions à des problématiques qui, tout comme le contrôle judiciaire, opposent le citoyen à l'Administration. Prenons ici deux exemples: l'accès à l'information gouvernementale et les recours administratifs internes.

1. L'accès à l'information gouvernementale

À quel équilibre fondamental cherche à répondre la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*,¹² adoptée par le Parlement québécois en 1982? À la nécessité de concilier dans une société démocratique avancée les deux valeurs ou les deux

¹² L.R.Q., c. A-2.1.

droits suivants: d'une part, le traditionnel *secret administratif* nécessaire à la conception et à la formulation des politiques publiques (c'est le *pouvoir* de l'Administration qu'il faut maintenir); d'autre part, le droit du public à l'information, autrefois de la nature d'une préoccupation, d'un vœu et, aujourd'hui, un droit formel qui fait timidement son apparition dans les lois sur les droits de la personne¹³ (c'est la *contrainte* issue de valeurs individuelles qui rend nécessaire un aménagement du pouvoir).

Établir un point d'équilibre entre ces deux droits suppose un arbitrage subtil des forces en présence, parce que tous deux sont nécessairement en opposition, parce qu'il n'y a pas qu'un seul lieu possible pour fixer ce point d'équilibre et parce qu'il n'y a pas qu'une seule façon de le mettre en oeuvre par la suite. Plusieurs approches sont possibles, de sorte que des choix sont nécessaires et ces choix doivent être constamment réévalués par la suite. Une loi qui répond à la question: "Quel renseignement détenu par le Gouvernement, par exemple les analyses et les recommandations produites aux fins d'une décision,¹⁴ devrait être accessible au public?" contient un enjeu de taille pour une démocratie et doit constamment être l'objet de notre esprit critique et de notre vigilance comme juristes. Il nous faut éviter de devenir indifférents à une question aussi sérieuse sous prétexte que le législateur a statué une première fois à son sujet en 1982.

2. Les recours administratifs internes

Encore une fois, quel est l'enjeu en cause? La protection des citoyens contre les décisions erronées des fonctionnaires, une problématique très vaste qui met en opposition, d'une part, la recherche d'efficacité de l'appareil, aux prises avec des milliers de cas individuels nécessitant des décisions rapides (le *pouvoir*); d'autre part, la protection du citoyen contre la simple erreur et l'arbitraire administratif dont il peut à cette occasion être l'objet (la *contrainte*).

Cette problématique est aujourd'hui d'autant plus présente dans le droit interne que le contrôle judiciaire de légalité n'a désormais ici que peu d'impact, en raison du principe de la retenue judiciaire qui, avec la norme du "manifestement déraisonnable",¹⁵ ne permet l'intervention des cours de justice que dans des cas d'abus très évidents. D'où l'importance qu'à titre préventif, en quelque sorte, le droit régissant l'appareil crée à l'interne les conditions de réalisation de cet équilibre essentiel pour le citoyen. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'on assiste à une multiplication des modes de règlement du contentieux Administration-citoyen. Aux mécanismes existant souvent depuis peu (appel à des tribunaux judiciaires et, surtout, administratifs, révision interne, quelquefois

¹³ Absent de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce droit se trouve à l'article 44 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, "dans la mesure prévue par la loi".

¹⁴ *Loi sur l'accès (...)*, *supra* note 12, art. 33 et 39; à ce sujet, voir par exemple, *Bernier c. Conseil du trésor*, [1989] C.A.I. 219, conf. par [1991] C.A.I. 378 (C.Q.).

¹⁵ Depuis son énoncé dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Société des alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, cette norme est appliquée avec régularité; voir, par exemple, plus récemment *Domtar Inc. c. Québec (C.A.L.P.)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

à plusieurs niveaux, protecteur du citoyen), s'ajoutent d'autres avenues; conciliations, médiations¹⁶ et, surtout, mécanismes de plaintes de toutes sortes.¹⁷

Ces recours n'ont rien de critiquable en soi, mais leur multiplication donne à penser que le point d'équilibre en cette matière se situe maintenant carrément du côté des contraintes, avec les effets que cela implique pour l'appareil en termes de coûts, de délais et, donc, d'efficacité. Tout cela mérite une attention critique. À un moment où on force l'appareil public à être productif et efficace, il faut se garder de l'alourdir, sans réflexion préalable, de toutes les mesures de contrôle de l'Administration qui puissent s'imaginer ou s'importer de l'extérieur, qu'il s'agisse d'autres appareils administratifs ou de l'entreprise privée.

Laissons maintenant cette zone d'équilibre opposant les valeurs administratives aux valeurs individuelles et poussons plus loin notre regard dans l'intimité de l'appareil en examinant des situations où le droit administratif est l'arbitre d'enjeux qui sont propres à l'État.

B. Les enjeux propres à l'organisation de l'État

Ce n'est pas parce que le citoyen n'est pas immédiatement présent dans ces enjeux qu'on n'y retrouve pas une problématique d'opposition entre des valeurs contradictoires. En fait, ce qu'on retrouve ici ce sont des arbitrages essentiellement administratifs certes, mais combien importants pour la dynamique interne de l'appareil. Mais de quelle dynamique s'agit-il? De la même que précédemment, mais présente à l'intérieur de l'appareil et cherchant à établir un point d'équilibre entre les deux pôles suivants.

D'une part, de *nécessaires pouvoirs* pour atteindre les objectifs propres à toute *organisation performante*, par exemple, l'efficacité, la productivité, la rapidité, la flexibilité et l'imputabilité. Il s'agit là d'autant d'éléments qui favorisent un management doté d'une *discretion* la plus large possible permettant, par exemple, l'autonomie, la souplesse, l'exercice du jugement, l'adaptation des décisions, la modulation des règles et la délégation de pouvoir.

D'autre part, d'*inévitables contraintes* pour atteindre les objectifs propres à cette *organisation politique* très spéciale qu'est l'État, par exemple, la cohésion, l'uniformité, la sécurité, l'équité et l'égalité. Il s'agit ici d'autant d'éléments qui favorisent qu'on ait recours à des *règles formelles* de contrôle permettant, par exemple, la standardisation, la normalisation, la centralisation, la coordination et la vérification.

¹⁶ Pour des exemples, voir: Rapport, Groupe de travail sur l'accessibilité à la Justice, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la Justice*, ministère de la Justice du Québec, 1991 aux pp. 175-182 et 295-298.

¹⁷ À titre d'exemple, voir la *Politique gouvernementale concernant l'amélioration de la qualité des services aux citoyens*, C.T. 176753, 9 avril 1991, *Répertoire des politiques de gestion du Conseil du trésor*, rubrique 1-1-1-3, art. 5.1, qui invite les ministères «à établir les mécanismes appropriés pour recevoir les plaintes émanant du public, les traiter avec célérité (...)».

Ces enjeux, en bonne partie propres à l'organisation gouvernementale, qui opposent la recherche de la discrétion à l'obligation de contrôler, sont très présents dans le contexte actuel où l'on cherche à valoriser et à renforcer le rôle de la gestion dans les organisations publiques. Jamais l'opposition entre la rationalité juridique et la rationalité managériale n'a été aussi forte dans l'appareil administratif. Voyons quelques situations où de tels enjeux sont visibles.

1. *Dans les structures de l'Administration*

On retrouve ces enjeux dans les choix qui sont faits d'un mode d'organisation administrative de la fonction publique plutôt que d'un autre; par exemple, dans le choix de créer un ministère, entité objet de l'ensemble des contrôles administratifs possibles, plutôt qu'un organisme autonome, par définition doté d'une certaine marge de manoeuvre. De fait, on observe depuis quelques années une multiplication d'organismes créés à partir de ministères déjà existants en vue d'obtenir une plus grande autonomie d'action. C'est le cas, par exemple, de la Société québécoise de développement de la main-d'oeuvre créée en 1992¹⁸ à partir du ministère de la Main-d'oeuvre, de la Sécurité du revenu et de la Formation professionnelle, du Conseil des arts et des lettres¹⁹ créé en 1993 et, du Conservatoire de musique et d'art dramatique du Québec créé en 1994,²⁰ dans les deux cas à partir du ministère de la Culture. On observe également que des organismes déjà autonomes changent de statut pour devenir encore davantage autonomes; ce fut notamment le cas en 1990 de la Société d'assurance automobile du Québec²¹ (anciennement une Régie) et, en 1993, de la Société de financement agricole²² (anciennement un Office).

Cette recherche d'une plus grande autonomie en dehors de la structure traditionnelle du ministère s'inscrit timidement dans le sens des réformes administratives entreprises par d'autres pays. Elle soulève certaines questions qui doivent être analysées si l'on veut être en mesure de pousser davantage les principes qu'elle sous-tend: quel est l'impact réel de cette nouvelle stratégie d'organisation pour l'Administration en termes d'efficacité, pour le citoyen, en termes de qualité des services et, pour les élus, en termes d'imputabilité? Quels sont les éléments clés du succès de cette stratégie sur le plan juridique? Etc.

2. *Dans les actes de l'Administration*

On retrouve une dynamique quelque peu similaire dans le choix que font les administrateurs publics d'avoir recours, pour leur organisation interne, à la directive ou la politique administrative, peut-être plus difficile de sanction mais tellement légère à manipuler en termes d'adoption et de modification, plutôt

¹⁸ L.R.Q., c. S-22.001.

¹⁹ L.R.Q., c. C-57.02.

²⁰ L.Q., 1994, c. 2.

²¹ L.R.Q., c. S-11.011.

²² L.R.Q., c. S-11.0101.

qu'à la règle de droit, plus lourde et plus contraignante. On a découvert, il y a quelques décennies, le plaisir de réglementer, qui s'est sans doute atténué avec toutes les contraintes qui l'accompagnent maintenant; on découvre désormais le plaisir d'ordonner que permet la directive. Ce n'est certes pas un problème en soi que de constater cette diversification des sources des normes et de leur nature, mais dans une société dont l'équilibre démocratique repose en partie sur la séparation des pouvoirs, il n'est pas sans intérêt de rester vigilant sur la place que doivent occuper respectivement la loi, le règlement et la directive administrative dans l'ordre des contraintes opposables directement ou indirectement aux citoyens. Et c'est une question qui revient au premier chef aux juristes.

3. Dans la gestion des ressources

Deux exemples méritent d'être ici présentés, le premier en matière de ressources humaines, le second, de ressources financières.

La permanence des fonctionnaires est un principe voulant que ces derniers ne puissent être congédiés pour manque de travail dans leur organisation. Reconnue par les articles 20 et 100 de la *Loi sur la fonction publique*²³ et resserrée par l'ensemble des conventions collectives applicables, cette règle est une contrainte fondée sur des objectifs propres aux administrations publiques, mais qui, en contrepartie, vient hypothéquer la liberté d'action des gestionnaires.

Accordée il y a 50 ans pour faire face aux pratiques de patronage qui sévissaient alors depuis quelques décennies dans la fonction publique québécoise, on peut certainement se demander si elle se justifie encore aujourd'hui, au moment où l'administration publique réclame davantage de liberté d'action dans la gestion de son personnel et alors que des compressions d'effectifs apparaissent nécessaires à la réduction de la taille de l'État: une loi imposait tout récemment des coupures de 20% sur trois ans pour le personnel d'encadrement et de 12% sur cinq ans pour les autres catégories de personnel.²⁴ Une fonction publique moderne n'a-t-elle vraiment d'autre choix que de s'accommoder d'une telle contrainte? N'y a-t-il pas moyen de trouver des solutions de rechange à cette règle de façon à éviter la politisation des employés publics tout en permettant une gestion efficace en période de réduction de la taille de l'État?

Le second exemple est la *péremption des crédits*. L'article 58 de la *Loi sur l'administration financière*²⁵ prévoit que les crédits non dépensés à la fin d'une année financière retournent au fonds consolidé du revenu. Inspirée d'un objectif de sécurité et de respect de l'autorisation parlementaire de dépenser qui ne vaut que pour un an, cette règle séculaire est en contrepartie une entrave à la recherche d'une gestion productive par les gestionnaires, toute économie réalisée dans les ministères étant rapatriée au fonds consolidé du revenu.

²³ L.R.Q., c. F-3.1.1.

²⁴ *Loi sur la réduction du personnel dans les organismes publics et l'imputabilité des sous-ministres et des dirigeants d'organismes publics*, L.Q. 1993, c. 35, art. 3.

²⁵ L.R.Q., c. A-6, à quelques exceptions près.

Sachant à quelles pratiques de prodigalité cette règle a donné lieu en fin d'année financière dans certaines organisations, on peut penser qu'elle a influencé le mode de fonctionnement de bon nombre de gestionnaires. Pourtant rien n'indique qu'elle fasse l'objet de considérations particulières cherchant à vérifier si elle s'impose toujours dans un contexte où le contrôle des dépenses devient un objectif prioritaire de la politique budgétaire du gouvernement.

4. Dans la modernisation de l'Administration

Finalement, plus globalement en matière de management, c'est aussi cette question de l'autonomie et de la contrainte que pose tout le discours actuel sur les réformes des administrations publiques et qui met essentiellement de l'avant les principes suivants, à des degrés divers: la délégation et la décentralisation dans les organisations, la responsabilisation et l'imputabilité des gestionnaires, et la productivité et l'efficacité dans les services publics.

Ces principes servent de fondement à bien des projets dits de «modernisation de l'Administration», tels que Fonction Publique 2000 au niveau fédéral canadien, l'Opération Réalignement au Québec, le programme *Next Steps* en Grande-Bretagne, l'initiative *From Red Tape to Results* du vice-président Gore aux États-Unis et le Renouveau de la Fonction publique en France. Autant de projets qui ont plusieurs points en commun et qui incitent plusieurs à parler d'un «nouveau management public»,²⁶ en voie de définition et d'émergence.

Personnellement, j'interprète ces initiatives comme une volonté de resituer le point d'équilibre entre la contrainte et l'autonomie dans l'Administration, en le déplaçant vers le pôle de l'autonomie. Or, cette volonté se trouve à créer une opposition entre la rationalité juridique et la rationalité managériale, puisque le droit, principal système normatif de l'Administration, est beaucoup associé au contrôle que l'on exerce sur l'appareil. Cette relation nouvelle, à définir et à aménager entre la contrainte et l'autonomie, interpelle donc le droit très directement, en soulevant par exemple les questions suivantes:

Premièrement, pour permettre davantage d'autonomie dans la gestion, suffit-il de supprimer des règles de droit existantes?

Deuxièmement, au-delà de la simple attribution d'autonomie par la suppression de règles, lorsqu'il s'agit plutôt d'infléchir les comportements dans le sens nouveau désiré par ces réformes, peut-on se fier exclusivement à d'autres systèmes normatifs (d'ordre managérial ou culturel) ou faut-il introduire d'autres règles de droit?

Troisièmement, si le droit a effectivement un rôle positif à jouer dans une optique de réorientation des comportements et des attitudes, comment peut-on s'attendre à ce qu'il agisse à cet égard: la règle de droit peut-elle contribuer à favoriser des objectifs aussi indéfinis que le leadership, la productivité ou la

²⁶ Voir, par exemple, "A Review and Summary of Proceedings" dans *The Changing Role of Government: Administrative Structure and Reforms*, Australia, Commonwealth Secretariat, Royal Institute of Public Administration, 1992 aux pp. 17-20.

qualité des services, par exemple? On connaît la capacité du droit à autoriser, en octroyant des pouvoirs d'agir, ainsi qu'à encadrer et à prohiber, en interdisant ou réglementant des actes précis, mais celle de garantir ou même de favoriser un résultat défini en termes d'objectifs de gestion est certes plus problématique.

Quatrièmement, si tel est le cas, peut-on y arriver autrement que par la conception d'instruments nouveaux par rapport à ceux qu'on utilise traditionnellement? Plutôt que de prescrire des actes précis (ou d'en prohiber d'autres), dont on présume que la réalisation (ou l'interdiction) aura tel effet positif général qui, lui, demeure largement indéfini, ne s'agira-t-il pas plutôt de laisser davantage libre le champ des actes prescrits (ou interdits) pour s'orienter au contraire vers la définition, en termes conceptuels et même opérationnels, des résultats attendus?

Cinquièmement, quel est le rôle des juristes par rapport à tous ces changements en cours: rédacteurs de solutions conçues par d'autres experts ou partenaires imaginatifs dans la création des nouveaux modes d'action et dans leur traduction dans des instruments juridiques encore à découvrir?

Sur le plan de l'évolution du droit dans l'Administration, il y a là un laboratoire d'une grande richesse auquel les juristes devraient être directement associés. Une importance trop exclusive mise sur le droit du contrôle judiciaire nous laisse bien loin de ce genre de préoccupation où un rôle plus positif pour le droit est envisagé. Comme le souligne John M. Law:²⁷

In its focus on the legal control of government power, through judicial review by the courts, the traditional model falls within "red light theories" of administrative law. Such a perspective views government in a negative light and looks to law as an instrument to curb or control government power in order to promote and protect individual liberty. This view of administrative law can be contrasted with "green light theories", which centre on the administration rather than the courts, which value the exercise of government power to provide services in the public interest, and which question the legitimacy of extensive judicial review.

Un rôle positif pour le droit ne signifie pas nécessairement davantage de droit; comme le laissent entrevoir les cinq questions soulevées plus haut, cela peut très bien signifier un droit différent, orienté autrement que sur le contrôle, ou même, tout simplement, un retrait du droit au profit d'une autonomie organisée par d'autres systèmes normatifs moins contraignants, par exemple des directives et guides administratifs ou des valeurs de gestion bien définies. Aussi suis-je en désaccord avec cet énoncé de la Section de recherche en droit administratif de la Commission de réforme du droit du Canada qui, déplorant elle aussi l'importance trop grande mise sur le contrôle, voit pour le droit une vocation plus large d'encadrement de l'activité administrative:²⁸

Le droit administratif doit s'imposer comme le droit du fonctionnement de l'Administration. L'action administrative devrait être davantage encadrée par le droit. La première étape vers l'élaboration d'un droit administratif capable de régir convenablement toute l'activité administrative consiste à reconnaître que les fonctions

²⁷ *Supra* note 3 aux pp.18-19.

²⁸ *Supra* note 2 à la p. 12; voir aussi aux pp. 6 et 21.

de l'Administration sont, d'une part, d'organiser et de définir ses fins et ses moyens et, d'autre part, de matérialiser les rapports État/individus. L'organisation et l'exécution des missions administratives peuvent et doivent être régies par le droit administratif.

En France, la question de la relation entre le droit et le management, intimement liée aux questions qui précèdent, est apparue suffisamment importante à l'Institut de management public pour qu'il décide d'y consacrer un numéro spécial de sa revue *Politiques et management publics*,²⁹ dont la seule évocation des titres suivants suffit à mon sens pour démontrer l'intérêt et l'importance d'une telle question: *Piloter l'action publique, avec ou sans le droit? La manager entre dénégation et dramatisation du droit. La juridicisation des préceptes managériaux; Innovation, légalité et management public.*

Voilà quelques exemples des enjeux fascinants d'organisation et de fonctionnement de l'appareil que cache le droit administratif interne. Quant à moi, ces enjeux débordent carrément les seules perspectives de l'Administration et rejoignent celles de la société civile, parce que l'efficacité de l'État constitue l'un des volets de la compétitivité d'un pays dans le monde de concurrence internationale qui s'installe peu à peu. Cela est évident en matière de fiscalité où la lourdeur d'un État peu efficace coûte cher et draine les fruits de la taxation dans des opérations inutiles, ce qui diminue d'autant l'attrait de son territoire économique. Ce l'est également en matière de réglementation socio-économique: si les décisions des autorités publiques sont longues à être rendues, si elles ne résultent pas d'une fine connaissance du milieu et des dernières techniques d'intervention, les entreprises auront naturellement tendance à fuir le joug d'une telle Administration. L'efficacité de cette dernière et de ses moyens d'intervention répond à des impératifs qui débordent largement la simple volonté de moderniser l'appareil public: c'est de l'adaptation de l'État à la société qu'il doit servir dont il s'agit ici.

Conclusion: le rôle complémentaire de la jurisprudence et de la loi en droit administratif contemporain

Le Prince, au sens de l'autorité publique capable de contraindre les individus, existe toujours aujourd'hui. Dans nos sociétés démocratiques, il prend la forme d'un Exécutif puissant doté de pouvoirs de plus en plus développés que le Parlement lui accorde à la demande populaire. L'un des défis du droit public contemporain est de permettre à ce Prince d'être bienveillant, tout en l'empêchant d'être malveillant. Le défi est donc double; d'une part, si on le veut bienveillant, il faut lui donner les moyens d'action nécessaires à la recherche de l'intérêt général; d'autre part, pour éviter la malveillance, il importe de l'entourer de contrôles évitant le débordement des bonnes intentions dans des abus affectant les individus.

Le rôle du droit administratif dans cette double perspective ne peut donc se limiter à sanctionner les excès de juridiction par l'intermédiaire des tribunaux. Le contrôle judiciaire, de par sa nature, ne sera toujours qu'un moyen de dernier

²⁹ Numéro spécial *Droit et management public* (1993) 11:4.

recours à utiliser face à un problème grave et urgent. Pour faire l'analogie avec le domaine de la santé, le contrôle judiciaire est le curatif qui s'impose en situation de crise face à une pathologie qui réclame un redressement immédiat. Le droit administratif interne, c'est la prévention, c'est la recherche constante au jour le jour des conditions de bien-être qui, en amont de la crise, évitent la maladie.

Une Administration qui répond bien aux attentes du système politique et de la société dans son ensemble n'est pas qu'une organisation que l'on châtie vite et bien pour ses illégalités; c'est aussi et surtout une Administration qui prévient ses erreurs autres que ses illégalités; qui tente de corriger l'ensemble de ses abus par elle-même lorsqu'ils se produisent; qui recherche la qualité de ses services offerts au public; qui se donne les pouvoirs et les moyens suffisants pour atteindre ses objectifs comme organisation performante; qui est capable d'évoluer dans une direction ou une autre si l'autorité politique le requiert.

Comme le souligne J. M. Law en conclusion de sa réflexion sur le modèle traditionnel de droit administratif auquel nous sommes confrontés:³⁰

We must look beyond negative controls on government to positive means of improving the structure and institutions of government so as to make them more accountable, efficient and fair. The approach we adopt must be multifaceted and pluralistic in nature if it is to cope with the diversity and magnitude of modern government. [...] Our concentration on judicial review as the primary or only means of effectively controlling government administration has tended to blind us to the other half of the picture.

Et le droit participe pleinement aux enjeux décrits plus haut. Beaucoup d'entre eux s'expriment quasi-exclusivement par un droit législatif qui, par surcroît, ne fait pas l'objet d'un réel contentieux judiciaire. J'estime pour ma part que notre intérêt pour ce droit n'est pas proportionnel à son importance comme source de droit dans l'Administration. Peut-être avons-nous ici le réflexe de croire qu'une loi ne peut prendre son essor que dans une jurisprudence effervescente qui en assure l'évolution, ce qui est impensable dans le contexte du fonctionnement interne de l'Administration.

Il est certain que les enjeux de ce droit interne ne sont pas exclusivement juridiques; ils sont d'ordre politique et managérial, mais dans la mesure où ils sont arbitrés et se règlent par l'intermédiaire de la règle de droit, ils sont alors partie du domaine légal et ils doivent être l'objet de notre considération. L'introduction des chartes des droits dans notre système juridique est à cet égard très révélatrice du potentiel d'intérêt que peut offrir l'ouverture du droit sur d'autres disciplines. Les discussions les plus intéressantes qu'elles supposent, par exemple la définition de concepts comme la liberté d'expression et la détermination du point d'équilibre entre les droits individuels et l'intérêt collectif qu'impose l'application de la clause limitative, ne sont pas des questions de droit au sens strict de notre tradition juridique et font largement

³⁰ *Supra* note 3 à la p. 45.

appel à des disciplines comme la philosophie et la science politique.³¹ Pourtant elles sont passées avec les chartes au coeur de nos préoccupations et elles nous passionnent au point que, pour plusieurs, on ne s'en passerait plus. Elles sont l'occasion de sortir des dimensions souvent très techniques du droit pour aborder les plus grandes questions d'équilibre de valeurs auxquelles notre société est actuellement confrontée. Les chartes des droits ont eu pour effet d'ennoblir les débats dans la profession juridique.

Le droit administratif interne est lui aussi porteur d'une ouverture vers d'autres disciplines. Les problèmes qu'il cherche à solutionner nous projettent dans le monde du management, de la science politique, de la comptabilité et de la sociologie, pour ne mentionner que ces disciplines.³²

S'y intéresser oblige à sortir de la stricte dimension juridique de la réalité pour aborder l'Administration dans une perspective multidisciplinaire qui est la seule à pouvoir rendre justice à la complexité qui y est inhérente. Je voudrais donc, en terminant, inviter les juristes à être davantage observateurs, analystes et critiques de cet «autre» droit administratif qui ne peut être que porteur d'un élargissement des perspectives dans la profession, dont ils seront les premiers à tirer plaisir et intérêt.

³¹ Voir J. Kiedrowski et K. Webb, "Second Guessing the Law-Makers: Social Science Research in Charter Litigation" (1993) 19 Anal. de Pol. 379, où les auteurs soulignent l'importance grandissante de la recherche en sciences sociales dans les litiges touchant les chartes des droits.

³² Comme le souligne la Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 2 à la p. 11: «La réforme du droit administratif exige la conjugaison des efforts des juristes aussi bien que ceux des administrateurs et des spécialistes des sciences sociales, telles la science politique, la science administrative et l'économie».