

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : www.themis.umontreal.ca

**De quelques interrelations entre la
Charte canadienne et le droit
administratif**

Yves Ouellette^[1]

INTRODUCTION 917

**I. LE CHEVAUCHEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF PAR LA CHARTE
CANADIENNE 918**

A. La menace de banalisation de la Charte canadienne 918

B. La subsidiarité et la Charte canadienne 920

**II. LA JUDICIARISATION DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS PAR L'IMPACT
DE LA CHARTE CANADIENNE 925**

A. La confusion sur la nature d'un tribunal administratif 926

**B. La confusion sur la méthode d'interprétation des lois attribuant
à un tribunal administratif le pouvoir de décider de questions
de droit 931**

CONCLUSION 937

Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier. ^[2]

Ce texte du juge Beetz vise l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ^[3] seulement; il exprime cependant un principe de sagesse et de retenue qu'il conviendrait probablement d'étendre à l'ensemble de la Constitution écrite. Le Canada doit s'habituer à vivre avec deux souverainetés, celle des législateurs et celle des juges. Cette cohabitation s'est faite à la canadienne, avec pragmatisme et sans les croisades anti-judiciaires qu'ont connues les États-Unis. Plus puissante que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État français réunis, la Cour suprême du Canada joue un rôle d'agent de changement du droit public au Canada, surtout depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* ^[4].

La Charte canadienne n'est pas un document parfait, interprété à la perfection par des juges parfaits; elle n'a pas encore subi l'épreuve du temps et laisse sans réponse bien des questions. Son imprécision fournit à la Cour les textes vagues et les prétextes dont elle a besoin pour accomplir certaines fonctions législatives avec des moyens judiciaires, tout en donnant l'impression d'être un tribunal ordinaire.

Le nouvel intégrisme politique et constitutionnel ne tolère pas que l'on critique la Charte canadienne ou que l'on mette en doute sa nécessité. Rendons lui donc l'hommage dû à son rang dans la hiérarchie des normes, tout en observant que la Charte oblige les législateurs à mieux soigner et rationaliser leurs textes, mais qu'elle fait souvent double emploi avec le droit administratif.

Des interrelations, dans un régime d'unité d'ordre de juridiction, entre la Charte et le droit administratif sont inévitables mais elles ne sont pas toujours souhaitables. On peut s'inquiéter d'une certaine banalisation de la Charte par le chevauchement du droit administratif et de l'hyper-judiciarisation des tribunaux administratifs par l'impact de la Charte.

I. LE CHEVAUCHEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF PAR LA CHARTE CANADIENNE

Dans un texte récent, le professeur André Morel déplorait le peu de retentissement que la Charte des droits et libertés du Québec a eu en doctrine et en jurisprudence; il évoquait même l'idée d'une banalisation de la Charte québécoise[5]. Mais à l'inverse, une utilisation excessive d'une charte constitutionnelle peut aussi entraîner une forme de banalisation.

A. La menace de banalisation de la Charte canadienne

Tout comme le droit administratif, une charte des droits a pour finalité de limiter ou de civiliser la liberté d'action des gouvernements. Une charte sert surtout à faire déclarer inopérantes les lois ou règles de droit incompatibles avec elle. S'agissant de la Charte canadienne et compte tenu du libellé de l'article 32, il était difficile, sous peine de miniaturiser la Charte, de limiter son application à la branche législative du gouvernement: il fut donc décidé que la Charte s'appliquerait «à la branche exécutive et administrative» du gouvernement[6], laquelle était déjà assujettie aux règles du droit administratif. Pour ajouter au paradoxe et à la confusion, les cours décidèrent que l'article 15(1) ne s'appliquerait pas à la Couronne[7], malgré le régime exceptionnellement privilégié dont elle bénéficie, mais que la Charte s'appliquerait aux décisions du cabinet prises en vertu de la prérogative royale[8], à la procédure et aux ordonnances des tribunaux administratifs[9] et même aux sentences arbitrales rendues sous l'autorité de la loi[10].

En conséquence, les décisions de l'administration sont assujetties à un régime de pluralité des droits applicables: 1- le texte de la loi ou du règlement qui détermine ou limite les pouvoirs de l'autorité administrative; 2- le droit administratif jurisprudentiel; 3- la Charte canadienne et les documents quasi-constitutionnels.

Cette pluralité des droits applicables aux déterminations des autorités administratives ne comporte pas d'inconvénients graves lorsque le droit administratif jurisprudentiel est silencieux et dépassé par une disposition claire et précise de la Charte. C'est le cas par exemple de l'article 14 de la Charte canadienne qui garantit le droit à l'assistance d'un interprète. Le droit administratif jurisprudentiel ne comportait pas de règle en ce sens et l'article 14 constitue donc un dépassement du droit administratif, particulièrement

utile avec la multiplication des tribunaux administratifs, même s'il est interprété plutôt restrictivement[11].

Le risque de banalisation de la Charte par un usage abusif, alors que le droit écrit et le droit administratif jurisprudentiel offrent des redressements adéquats et des moyens de solution, a été brièvement évoqué par le juge Cory dans *Steel c. Establishment Mountain*[12] concernant la légalité d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles, ainsi que dans *Mackay c. Government of Manitoba*[13].

Dans des arrêts émanant de Trinidad et Tobago, doté d'une constitution qui ressemble à certains égards à la nôtre, les juges du Conseil privé ont mis en garde contre les dangers de banalisation d'une Charte des droits par son utilisation abusive dans des recours portant strictement sur la légalité d'une décision de l'administration. Toute erreur de droit ou toute violation d'une règle de droit par une administration publique ou le gouvernement ne constitue pas nécessairement une négation d'un droit ou d'une liberté garantis par une charte[14]. Dans un arrêt rarement cité au Canada, *Harrikissoon c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*[15], un enseignant muté dans une école éloignée de sa résidence contestait la légalité de cette décision administrative par un remède et des moyens de droit constitutionnel, plutôt que d'épuiser son droit d'appel ou de révision accordé par la loi. Il soutenait que la décision contestée violait son droit à l'égalité „ il n'avait pas reçu le préavis de trois mois requis par la loi „, ainsi que son «droit à la propriété de son emploi». Lord Diplock s'exprime alors en ces termes:

The notion that whenever there is a failure by an organ of government or a public authority or public officer to comply with the law this necessarily entails the contravention of some human right or fundamental freedom guaranteed to individuals by Chapter I of the Constitution is fallacious. The right to apply to the High Court under section 6 of the Constitution for redress when any human right or fundamental freedom is or is likely to be contravened, is an important safeguard of those rights and freedoms; but its value will be diminished if it is allowed to be misused as a general substitute for the normal procedures for invoking judicial control of administrative action. In an originating application to the High Court under section 6(1), the mere allegation that a human right or fundamental freedom of the applicant has been or is likely to be contravened is not of itself sufficient to entitle the applicant to invoke the jurisdiction of the court under the subsection if it is apparent that the allegation is frivolous or vexatious or an abuse of the process of the court as being made solely for the purpose of avoiding the necessity of applying in the normal way for the appropriate judicial remedy for unlawful administrative action which involves no contravention of any human right or fundamental freedom.[16]

Dans *Attorney-General of Trinidad and Tobago c. McLeod*[17], quelques années plus tard, Lord Diplock exprima la même inquiétude et souligna la nécessité pour le pouvoir judiciaire d'être vigilant et de décourager de tels abus de procédure.

Le droit administratif a atteint au Canada un degré remarquable de développement et de maturité, si bien que cette pluralité des droits applicables peut être source de confusion et rendre abusifs des recours à la Charte canadienne par des plaideurs qui recherchent seulement la nullité d'une décision de l'administration. Se posera un problème de double emploi de la Charte canadienne et du droit administratif, qu'il est possible de solutionner par la méthode de la subsidiarité.

B. La subsidiarité et la Charte canadienne

La subsidiarité est une notion juridique plutôt méconnue, même en droit administratif français[18]. À vrai dire, il s'agit plus d'une méthode d'analyse que d'une notion juridique. La subsidiarité se réfère à l'idée de suppléativité ou de complémentarité, plutôt qu'à un concept péjoratif de secondarité, lorsque se pose un problème de pluralité des règles de droit applicables à une situation.

La subsidiarité comme méthode de régulation du système juridique joue pourtant, dans les faits, un rôle important en droit administratif canadien et nombreux sont les interprètes qui, comme monsieur Jourdain faisant de la prose sans le savoir, font de la subsidiarité. Sa principale vertu est de réduire la marge de discrétion du juge chargé de découvrir le droit applicable à un litige et de contribuer à rendre la justice un peu moins imprévisible.

En droit administratif canadien, le domaine d'application principal de la subsidiarité est le vaste contentieux de la responsabilité extracontractuelle de la Couronne fédérale. Un recours en dommages contre la Couronne doit d'abord reposer sur un des chefs de responsabilité prévus dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État*[19]. Mais ce texte ne fait que reconnaître ou admettre la responsabilité et plutôt qu'établir un régime de responsabilité complet, autonome et original, le Parlement s'est contenté d'adopter, en droit fédéral, le droit privé de la responsabilité en vigueur au lieu du délit. Il y a pluralité des droits applicables: la loi fédérale et le droit privé provincial. La subsidiarité indique la méthode pour prévenir les conflits: le droit provincial de la responsabilité ne trouvera application qu'à titre supplétif ou complémentaire, et dans la seule mesure où il est conciliable avec la législation fédérale sur la responsabilité de l'État.

Un problème de subsidiarité se pose en cas de contestation de la légalité des actes de l'administration. En pratique, les plaideurs font flèche de tout bois et invoquent aussi bien des motifs d'invalidité fondés sur le droit administratif, que d'autres fondés par exemple sur l'article 7 de la Charte constitutionnelle. Le juge doit-il d'abord trouver la solution au litige dont il est saisi en appliquant la Charte, puis subsidiairement le droit administratif jurisprudentiel? Ou l'inverse? La réaction des juges semble varier d'un individu à l'autre, certains puisant dans la Charte des solutions déjà offertes par le droit administratif, d'autres préférant faire l'économie des arguments de Charte.

Certes Lord Diplock ne s'est pas référé expressément au terme ou à la notion de subsidiarité dans les arrêts *Harrkisson* et *McLeod*[20], mais il fournit, dans les faits, une méthodologie fondée sur la subsidiarité: lorsqu'un justiciable désire contester seulement la légalité d'un acte administratif et non pas la constitutionnalité de la loi délégatrice, il faut donc en première étape rechercher à l'intérieur du droit écrit et du droit administratif jurisprudentiel la solution au problème. Si à cette étape, il n'est pas possible d'obtenir le résultat recherché, on peut passer à la seconde étape et recourir subsidiairement à des remèdes ou des moyens de droit constitutionnel. Dans cette démarche, la finalité de la subsidiarité n'est évidemment pas d'occulter la Charte ou de la reléguer à un second rang, mais bien au contraire de préserver sa majesté et son statut de loi fondamentale, à laquelle il ne faut recourir que dans des cas rares et exceptionnels.

Les plus hautes juridictions, au Canada et aux États-Unis, privilégient d'ailleurs depuis longtemps une utilisation prudente et parcimonieuse des moyens de droit constitutionnel. Les juges ne recherchent pas l'affrontement avec le pouvoir législatif et répugnent à invalider des lois, surtout lorsqu'il s'agit de textes en vigueur depuis longtemps. En cas de doute sur l'interprétation d'un texte ambigu, le juge retiendra autant que possible l'interprétation la plus favorable à sa constitutionnalité. «*Court resolve cases whenever possible on statutory grounds and seek to avoid unnecessary constitutional adjudication*»[21]. C'est recourir à la subsidiarité.

On a fait reposer sur la présomption de constitutionnalité[22] cette méthode d'interprétation qui consiste à éviter les conflits avec la constitution, lorsque le libellé de la loi le permet, et qui est élevé au rang de règle de droit. Mais s'agissant de la légalité des actes de l'administration, la situation est bien différente; ces derniers ne bénéficient pas d'une présomption de constitutionnalité mais d'une simple présomption de régularité, ce qui signifie simplement qu'il faut présumer que l'administration a agi de bonne foi[23].

On ne peut donc revendiquer, au bénéfice des actes et décisions des autorités administratives, une présomption de constitutionnalité justifiant une utilisation aussi parcimonieuse des arguments de Charte. Mais la subsidiarité de la Charte dans le contentieux de la légalité des actes de l'administration, qui peut se justifier par des considérations de *public policy* „ l'importance de ne pas banaliser la Charte „ se fonde aussi par le droit positif. Selon les principes de common law dont nous avons hérités au Québec et qui ne sont pas écartés par les lois qui n'en parlent pas, le contrôle de la légalité des actes de l'administration s'exerce selon les règles du *judicial review*, lesquelles, par exemple, ignorent le principe de la proportionnalité des normes[24].

Ce principe ne peut être transposé au Canada sans des adaptations, car la Charte s'applique aux décisions de l'administration et c'est la loi fondamentale. Mais lorsque dans un dossier, la validité de la loi habilitante n'est pas soulevée et que l'on cherche seulement à faire invalider une décision, c'est dans les règles ordinaires du droit administratif qu'il faudrait d'abord rechercher la solution, donc épuiser les moyens offerts par le droit écrit, y compris la législation sur les droits civils[25] et le droit commun, avant de recourir à des moyens tirés de la Charte.

Bref, la subsidiarité conduit à formuler le principe de la primauté temporelle du droit administratif sur la Charte, ce qui n'affecte en rien la primauté constitutionnelle de la Charte sur le droit administratif. Compte tenu de la richesse et de la flexibilité des concepts de justice naturelle ou d'équité procédurale, un juge n'éprouvera aucune difficulté à y découvrir la motivation qu'il recherche pour rationaliser ou justifier ses décisions dans la plupart des cas, en faisant l'économie des motifs de Charte.

L'expérience de quelques années d'application de la Charte aux actes de l'administration révèle que malgré la proposition selon laquelle le concept de justice fondamentale à l'article 7 est plus large que celui de justice naturelle procédurale[26], les dépassements du droit administratif par la référence à l'article 7 de la Charte ont été très rares ou peu significatifs.

Le droit commun régissant la représentation par avocat devant les tribunaux administratifs, tel que formulé dans l'arrêt *Laroche*[27], a été modulé légèrement à la hausse par référence à l'article 7 de la Charte dans le cas des autorités disciplinaires carcérales[28], mais il était possible d'obtenir le même résultat concret par simple interprétation des règles du droit administratif classique. On peut en dire autant des arrêts portant sur la motivation des décisions de l'administration[29]. Sur la question de l'inaction administrative ou de retard déraisonnable d'une commission des droits de la personne ou d'un tribunal disciplinaire à tenir une enquête, le droit administratif comporte déjà les règles applicables[30]. Des arrêts de Saskatchewan et de Terre-Neuve ont pris appui sur une disposition aussi vague et incertaine que l'article 7 de la Charte pour justifier l'intervention judiciaire[31]. L'impact de l'article 7 sur la procédure de la plupart des tribunaux administratifs est encore incertain[32] et il n'est ni nécessaire ni souhaitable de risquer un long débat sur le domaine d'application de cet article mystérieux quand le droit administratif offre déjà tous les éléments de solution à cette catégorie de problèmes et des redressements simples et efficaces.

Dans le cas particulier des contestations de la légalité de règlements pour cause de discrimination, on peut même affirmer que le droit administratif peut offrir de meilleures protections que l'article 15(1) de la Charte constitutionnelle[33].

La Charte canadienne protège les libertés dans les limites raisonnables seulement et il faut, dans son application, équilibrer équité et efficacité administrative[34]. C'est ce que fait le droit administratif depuis un siècle. Quant à l'article 7 de la Charte, dans les catégories limitées de situation où il peut trouver application, il garantit une procédure équitable, mais pas la procédure idéale ou la plus avantageuse[35]; le droit administratif également.

Une mesure de chevauchement du droit administratif par la Charte est inévitable. Il peut être juste d'affirmer que «justice fondamentale» et «justice naturelle» ne sont pas synonymes, mais cet énoncé n'éclaire pas beaucoup le plaideur ou le juge confronté avec un litige réel. Le périmètre respectif des deux concepts est mal délimité et s'avère, dans les deux cas, largement extensible. Dans bien des situations, un même argument peut être caractérisé comme relevant de la justice naturelle ou de la justice fondamentale. Si en théorie, il appartient aux élus et non aux juges de décider si l'idéal est une nécessité, dans la pratique, c'est le juge qui trace la frontière entre ce qui est tolérable et ce qui ne l'est pas, en se référant soit à la Charte, soit au droit administratif.

Dans la recherche d'un test ou d'un guide permettant de rationaliser une référence à la Charte plutôt qu'au droit administratif pour justifier une déclaration d'invalider une décision à portée individuelle d'une administration, la tentation peut être forte de recourir à la distinction entre les questions de procédure et les questions de substance ou de fond[36]. Mais le droit administratif issu de la doctrine de l'*ultra vires* dépasse largement la justice naturelle procédurale et permet le contrôle de certaines décisions discrétionnaires, arbitraires ou déraisonnables[37]; il bénéficie en cette matière d'une expérience considérable et d'une très riche jurisprudence qui manque encore au droit constitutionnel.

La Cour fédérale[38] a pris appui sur l'article 7 de la Charte canadienne pour invalider des décisions de la Commission des libérations conditionnelles et a trouvé dans la notion de «justice fondamentale» la justification pour annuler des déterminations qu'elle a qualifiées de «fondamentalement injustes» ou «déraisonnables». La doctrine de l'*ultra vires* permet aussi depuis longtemps de faire invalider des décisions que le juge trouve arbitraires, oppressives ou déraisonnables ou trahissant l'esprit de la loi[39]. Mais en se référant au droit administratif plutôt qu'à l'article 7 dans ce genre de litige, le juge se protège contre une allégation «de gouvernement par les juges» et peut puiser dans une jurisprudence riche et variée les précédents qui lui permettront de démontrer que sa préférence personnelle ne fait pas loi.

Ces considérations révèlent que le fractionnement du droit public en plusieurs spécialités est une démarche plutôt théorique, voire même largement pédagogique. En revanche, le chevauchement ou le dédoublement par la Charte du droit administratif n'est pas non plus souhaitable. Il peut conduire à la banalisation de la Charte canadienne; il a déjà contribué à la judiciarisation des tribunaux administratifs.

II. LA JUDICIARISATION DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS PAR L'IMPACT DE LA CHARTE CANADIENNE

La Cour suprême du Canada, qui semble puiser de moins en moins sa source d'inspiration dans sa propre jurisprudence et celle de la Chambre des Lords, vient d'engager le droit administratif canadien vers une autre rupture spectaculaire avec le passé par la trilogie *Douglas College*[40], *Cuddy Chicks*[41] et *Tétrault-Gadoury*[42], où la Cour a interprété certaines dispositions législatives comme habilitant de simples organismes administratifs, composés de simples agents publics, ou de «fonctionnaires», à décider non seulement de questions de droit concrètes, mais de questions de Charte. D'aucuns peuvent

décèler dans cette nouvelle vocation attribuée par la Cour à certains tribunaux administratifs, les caractéristiques d'un stade initial et préparatoire à l'apparition au Canada d'authentiques juridictions parallèles de l'ordre administratif, sans le moindre débat public par les élus et sans égard à nos traditions juridiques les plus profondes.

Les conclusions de la Cour dans cette trilogie n'échappent pas à la critique[43] et expriment une vision peut-être trop idyllique de ces organismes. Au plan strictement de la méthode, on peut reprocher à cette trilogie d'avoir confondu les notions de cours inférieures et d'organismes administratifs en traitant les deux catégories d'institution sur un pied d'égalité aux fins de déterminer leur compétence pour appliquer la Charte. On peut aussi lui reprocher d'avoir interprété des lois ordinaires délimitant les compétences d'organismes administratifs, sans égard aux règles ordinaires du droit administratif, mais d'avoir abaissé la Charte au rang d'une loi ordinaire.

A. La confusion sur la nature d'un tribunal administratif

Dans le système de droit anglo-canadien, les tribunaux administratifs ont été créés pour être différents des cours de justice et non pas les dédoubler. Suite à l'expérience malheureuse des *Factories Acts* au Royaume-Uni et à l'avènement de l'État-providence, les architectes des grandes réformes sociales des années 1910-20, assurance-chômage, accident de travail, assurance santé, ont recherché un mode de solution des conflits moins formaliste et coûteux et plus accessible que le modèle judiciaire. Les «tribunals», composés non pas de juges, mais de juristes, de sages et spécialistes d'autres disciplines, ou de membres issus du monde du travail ou de l'entreprise, se sont multipliés.

Bien évidemment, ces organismes ne peuvent accomplir leur mission sans prendre en considération la loi et l'appliquer ou l'interpréter au meilleur de leur connaissance, comme le font les policiers et une multitude de fonctionnaires[44]. Mais s'agissant de comités de sages ou de comités d'experts, ce qui les caractérise c'est qu'ils décident après enquête approfondie et judiciairement, à titre d'auxiliaire de l'administration et de mandataire des législatures.

Avec l'apparition des premiers textes attribuant des pouvoirs de décision non pas à des juges, mais à des autorités administratives, le problème de la juridiction de ces autorités pour décider de questions de droit abstraites s'est posé. La question a été étudiée dès 1911 dans un classique du droit administratif, *Board of Education c. Rice*[45]. Rappelant que les lois délèguent maintenant à des agents publics différents pouvoirs décisionnels, pouvoirs comportant des questions de discrétion, des questions de fait, des questions de fait et de droit et des questions de droit seulement, Lord Loreburn a écrit, au sujet de la juridiction des *Boards of Education*:

A Board has, of course, no jurisdiction to decide abstract questions of law, but only to determine actual concrete differences that may rise between the managers and local education authority.

Certes, ils ne sont pas réputés compétents, en cas de silence de la loi, pour décider de pures questions de droit[46], mais la loi, par une disposition expresse, peut leur conférer cette catégorie de pouvoirs.

Le droit commun a toujours pris soin de bien distinguer les «tribunals» des «courts of law». Seules les «courts of law» incarnent et exercent le pouvoir judiciaire de l'État[47], alors que les «tribunals» sont dans la même situation que celle des fonctionnaires: ils constituent selon les termes d'un juge australien «a mere form of administrative machinery»[48]. Seules les «courts of law» sont susceptibles d'être

outragées[49], sauf disposition conférant à un organisme le pouvoir d'un juge de la Cour supérieure aux fins de la procédure d'examen de témoins; seules les «*courts of law*» rendent des jugements exécutoires, par opposition aux ordonnances des organismes, auxquels il faut obéir, mais qui ne sont pas exécutoires sans le concours ou l'assistance de la loi ou de la Cour, car seules les cours sont dotées d'une juridiction inhérente[50].

Pour qualifier une entité de «*court*», ce n'est pas évidemment l'étiquette ou l'appellation donnée qui constitue le critère prépondérant; c'est surtout la nature de ses fonctions et pouvoirs et accessoirement le degré de formalisme envisagé par la loi, sa composition, etc.[51].

Même si les organismes autonomes d'adjudication sont dotés de certains des attributs des tribunaux judiciaires, comme le pouvoir d'assigner des témoins par *subpoena*, ils sont structurellement différents des tribunaux judiciaires et leur rôle est fondamentalement différent: ce n'est pas de dispenser la justice royale[52], c'est-à-dire de poser des actes de souveraineté, c'est d'administrer et de faciliter l'application équitable de la loi, c'est-à-dire de poser de simples actes d'autorité. Ce sont des auxiliaires de l'administration active, dont la mission est, soit d'augmenter la surveillance que le législateur exerce sur certaines industries ou activités[53], soit de réviser, après une enquête réputée approfondie et impartiale, le mérite des décisions initiales prises par d'autres bureaucrates[54] peut-être moins expérimentés.

Au Royaume-Uni, les «*Tribunals*» ne sont pas non plus reconnus comme des juridictions à part entière[55]. Certes, l'interprétation d'une disposition attribuant à un organisme administratif une compétence d'appel sur une question de droit a été aussi source de difficultés. La Chambre des Lords a jugé récemment[56] que ce genre de disposition conférait une compétence incidente pour décider de l'*ultra vires* d'un règlement régissant les bénéfices sociaux que le décideur initial avait pour rôle d'administrer.

Le Lord rédacteur a pris bien soin de préciser que ce n'est qu'accessoirement à sa juridiction principale de décider du droit d'un administré à obtenir une prestation sociale, que l'organisme administratif d'appel avait compétence pour décider de l'invalidité d'un règlement, et ce pour vice de fond seulement. Manifestement, la haute juridiction a voulu prévenir le morcellement des litiges et éviter à un appelant le fardeau d'un recours en surveillance devant la Haute Cour qui s'ajouterait à un recours en appel. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cet arrêt marqué par le pragmatisme et les considérations de commodité administrative: la Cour prend la précaution de préciser que la détermination de l'organisme sur la validité «substantive» du règlement n'est qu'une opinion qui ne fait pas autorité; elle s'abstient même d'opiner sur la juridiction de l'organisme pour invalider un règlement pour vice de forme et il est fondamental de noter que le règlement en question faisait partie de la catégorie de textes que l'organisme avait pour mission d'administrer. À cet égard, la trilogie canadienne peut s'inscrire dans ce mouvement vers l'élargissement des compétences des tribunaux administratifs par des interprétations de plus en plus audacieuses[57].

Au Canada, la jurisprudence des cours d'appel avait, de façon générale, résisté à la tentation de judiciariser les tribunaux administratifs et elle s'est efforcée de respecter leur particularisme et leur différence; elle s'est abstenue de leur imposer son propre formalisme procédural[58]. Cette jurisprudence s'est généralement bien gardée de confondre, en particulier la juridiction «d'appel» de ces organismes, qui constitue une forme de révision externe du mérite des décisions initiales, avec la juridiction des tribunaux judiciaires d'appel[59] et celle de surveillance des cours supérieures[60], sauf hélas au Québec[61] où on leur permet de faire de la cassation. S'agissant de bureaucraties agissant judiciairement, les tribunaux administratifs n'étaient pas considérés comme des «*Courts of competent jurisdiction*»[62].

Bref, cette *summa divisio* entre un tribunal judiciaire, inférieur ou supérieur, et un organisme administratif autonome était bien enracinée dans nos principes généraux de droit public et dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada[63]. Dans *Prata c. Ministre de la Main d'Oeuvre et de l'Immigration*, le juge Martland, pour la Cour, écrit:

Je ne sais pas comment une commission statutaire, possédant une compétence déterminée, aurait le pouvoir de déclarer invalide le certificat qui a été produit auprès d'elle. Le contrôle de l'exercice des pouvoirs administratifs, lorsqu'il existe, n'est pas dévolu à une commission statutaire à moins qu'une disposition législative expresse ne le lui confère.[64]

Bien évidemment, un organisme autonome ne peut exécuter son mandat d'auxiliaire des ministères sans prendre en considération la loi. Il est aussi reconnu qu'une législature peut, sans violer l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, attribuer à un simple organisme le pouvoir de décider de questions de droit «dans l'exercice des pouvoirs qu'il tire de la loi[65]». Non seulement un organisme peut-il interpréter une disposition ambiguë d'une loi qu'il doit appliquer et faisant partie de son champ d'expertise, mais il peut même considérer et interpréter une disposition d'une loi connexe, mais au risque de voir son interprétation incorrecte écartée par le contrôleur judiciaire[66].

Mais la reconnaissance aux tribunaux administratifs d'une compétence accessoire limitée pour décider de questions de droit dans l'exercice des pouvoirs spécifiques qu'ils tiennent de la loi n'avait jamais été considérée, avant la Charte, comme conférant une compétence implicite pour faire une détermination sur une question de droit constitutionnel et ignorer ou écarter une disposition d'une loi que ces organismes ont pour mission d'aider à administrer et à appliquer. Il existe tout un monde entre interpréter un texte vague avant de répondre à une question concrète posée, et refuser d'appliquer un texte considéré comme inconstitutionnel et en tirer des inférences pour fins de répondre à une question concrète. De même, la reconnaissance aux tribunaux administratifs d'une compétence implicite pour interpréter un texte ambigu relevant de leur domaine d'expertise n'a jamais été considérée comme faisant basculer des bureaucraties dans la catégorie des cours inférieures de justice.

L'arrêt *Douglas College* est d'abord critiquable notamment parce qu'il ignore totalement la distinction fondamentale entre une cour inférieure et un organisme, ainsi que l'important corpus de jurisprudence des hautes juridictions sur le sujet. Deuxièmement, cet arrêt assimile un conseil d'arbitrage agissant sous l'autorité de la loi à une cour inférieure de justice en appliquant à ce conseil d'arbitrage la règle qui permet à une cour inférieure d'opiner sur la constitutionnalité d'un texte sans faire une déclaration générale d'invalidité. Ainsi, le juge La Forest[67] appuie sa conclusion sur le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Re Schewchuck and Ricardi; Attorney-General of British Columbia*[68]. Or, cet arrêt portait sur la compétence de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique pour opiner sur une question de Charte, et non sur la juridiction d'un organisme administratif, lequel n'est pas composé de juges de Sa Majesté, n'a pas de juridiction inhérente, ne pose pas d'actes de souveraineté et n'a pas pour mandat d'exercer le pouvoir judiciaire de l'État. Dans *Zwarich c. Canada*[69], que cite également le juge La Forest, le juge Pratte, au nom d'une formation unanime de la Cour fédérale d'appel, avait lui aussi appliqué à un organisme administratif les principes formulés dans *Re Schewchuck* et visant seulement une cour provinciale inférieure. Que la plus haute cour du pays ne puisse pas faire de distinction entre un conseil d'arbitrage et une cour provinciale inférieure est tout à fait insolite.

Enfin, on peut aussi s'étonner de voir la Cour suprême banaliser la Charte constitutionnelle en la

réduisant au rang de loi ordinaire, aux fins de déterminer la compétence d'un conseil d'arbitrage, alors qu'il s'agit d'un instrument juridique *sui generis* et fondamentalement distinct des lois ordinaires[70]. Mais il y a plus; on affirme même péremptoirement que la Charte canadienne peut être considérée comme une législation sur les relations de travail[71], relevant donc du champ d'expertise d'un conseil d'arbitrage. Il est permis de considérer l'affirmation comme peu convainquante et même inquiétante pour ceux qui pensent que les magistrats doivent trouver dans la loi le guide dont ils ne peuvent s'écarter et que leur rôle est d'interpréter les textes.

Les tribunaux administratifs sont des bureaucraties composées, sauf rares exceptions, de fonctionnaires[72] au sens non technique du terme. Conclure que de simples hauts fonctionnaires nommés par décret, et non par commission sous le grand sceau, sont habilités à ignorer une disposition législative qu'ils considéreraient inconstitutionnelle, c'est leur permettre de se dresser contre l'autorité de la loi et la volonté de Sa Majesté et de court-circuiter le processus judiciaire d'un état de droit. Quel sens alors faut-il donner aux dispositions législatives, souvent bien antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte constitutionnelle, qui confèrent à des autorités administratives autonomes le pouvoir de décider de questions de droit?

B. La confusion sur la méthode d'interprétation des lois attribuant à un tribunal administratif le pouvoir de décider de questions de droit

Un petit nombre d'agences fédérales (Office National de l'Énergie, C.R.T.C., Commission de l'Immigration et du Statut de Réfugié) et un nombre inconnu d'organismes provinciaux sont habilités par la loi à «décider de questions de droit» ou de «toute question de droit». Ces dispositions sont ambiguës.

S'agissant d'un problème ordinaire d'interprétation des lois, sa solution se trouve dans les règles ordinaires du droit administratif jurisprudentiel, notamment la méthode d'analyse dite pragmatique et fonctionnelle, car rien ne justifie d'interpréter une loi ordinaire selon la méthode large et évolutive applicable à l'interprétation d'un instrument constitutionnel[73].

Dans un arrêt de 1971, *Re Shipmen's Local Union No 743 and Broyshow Steel Co.*[74], la Cour d'appel d'Ontario a eu à décider si le *Labour Relations Act* de la province d'Ontario devait s'interpréter comme attribuant au *Labour Relations Board* le pouvoir de déclarer inopérante une convention collective. La Cour jugea qu'en l'absence d'une habilitation législative expresse sur cette question précise, l'organisme n'avait pas de compétence implicite pour le faire.

En 1978, dans l'affaire *Libby*[75], une formation de trois juges de la *Divisional Court* d'Ontario a été saisie d'une question semblable. L'arrêt est d'autant plus intéressant que la Cour a considéré la portée d'une disposition de la loi attribuant à l'organisme le pouvoir exclusif de décider de toute question de droit ou de fait soulevée dans une affaire. Il est utile de reproduire le texte de cette disposition du *Labour Relations Act*:

95(1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact of law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

Les juges Holland et Grange ont conclu que ce texte ne suffisait pas pour autoriser l'organisme à invalider une convention collective jugée incompatible avec la législation anti-inflation.

Nowhere in the statute is there found power given specifically to the Board to declare that a collective agreement valid and in force, is rendered nul and void by reason of the ruling made under this anti-inflation legislation.

Section 95 does not aid the Board in this respect. That section does not confer jurisdiction upon the Board but merely characterises the jurisdiction and power which the statute otherwise confers. [76]

Bref, une disposition de ce genre ne confère pas à un organisme une juridiction nouvelle et autonome, distincte des autres pouvoirs expressément énumérés ailleurs dans la loi, malgré la généralité de son libellé. Ce genre de disposition s'interprète comme tout autre texte de portée large et générale, tel l'article 121 du Code canadien du travail conférant au Conseil canadien du travail les «pouvoirs nécessaires à la réalisation des objectifs de la présente partie», c'est-à-dire restrictivement. Comme l'affirmait le juge Beetz, pour la Cour, dans *Syndicat des employés de production du Québec c. C.L.R.B.* [77], cet article 121 ne confère pas de pouvoir autonome.

On peut s'étonner que dans l'affaire *Cuddy Chicks*, qui portait très exactement sur l'interprétation de la même disposition du *Labour Relations Act* que celle qui a été étudiée dans *Libby*, la haute juridiction n'ait fait aucune mention de ces arrêts importants. L'application des principes d'interprétation formulés dans les arrêts *Broyshow* et *Libby*, ainsi que de la propre jurisprudence de la Cour suprême dans *Syndicat des employés de production de Radio-québec c. C.L.R.B.*, ne permettait qu'une seule conclusion: une disposition attribuant à un simple organisme administratif le pouvoir exclusif de «décider de toute question de droit» ne fait que qualifier les autres pouvoirs explicites énumérés dans la loi; elle ne confère pas de juridiction autonome, ni de juridiction implicite, pour décider de questions constitutionnelles ou pour ne pas appliquer une loi qu'elles considéreraient incompatible avec la Charte, car le rôle de tel organisme est au contraire d'aider à administrer cette loi.

À l'époque des juges Pigeon et Beetz, la Cour considérait qu'un principe de droit commun n'est pas écarté par une loi qui n'en parle pas [78] et le juge Beetz, dont le sens de l'État était tout à fait remarquable, avait affirmé que lorsque le législateur veut modifier le droit commun, il le fait par des dispositions explicites [79]. Il n'appartient pas au juge de réécrire ou d'améliorer le libellé des lois et c'est au législateur, après débat public, de décider s'il y a lieu de modifier les textes en attribuant à des tribunaux administratifs de nouveaux pouvoirs, dont celui de décider de questions de Charte.

On s'étonne aussi du fait que dans *Cuddy Chicks*, la Cour n'ait pas recouru à la méthode d'analyse pragmatique et fonctionnelle élaborée par le juge Beetz dans l'affaire *Union des employés de services no 298 c. Bibeault* [80] pour interpréter la disposition législative limitant la compétence de l'organisme en cause.

Trois facteurs doivent alors être considérés: le libellé du texte attributif de juridiction, l'objectif général et global de la loi et l'expertise du décideur eu égard à la nature de la question débattue. La Cour, en 1991, a utilisé la méthode d'analyse pragmatique et fonctionnelle dans *Gouvernement du Canada c. Alliance*

de la fonction publique[81] pour juger que la Commission des relations de travail dans la fonction publique n'avait pas compétence pour déterminer qui est un employé de la fonction publique; elle l'a aussi appliquée encore récemment dans *Lapointe c. Domtar*[82]. Mais dans *Cuddy Chicks* rendu en 1991 et portant aussi sur l'étendue des pouvoirs d'une commission de relation de travail, la Cour ignore sa propre méthodologie.

On peut suggérer que si la Cour, dans *Cuddy Chicks*, était restée fidèle à sa propre jurisprudence en droit administratif, sa conclusion aurait été nécessairement différente. L'histoire législative du libellé du texte pertinent, le paragraphe 106(1) de la *Loi sur les relations de travail d'Ontario*, est particulièrement éclairante. D'abord, la disposition conférant à la Commission le pouvoir de décider de question de droit est bien antérieure à l'entrée en vigueur de la Charte canadienne. À vrai dire, ce texte date d'un amendement de 1962 au *Labour Relations Act*, édictant une nouvelle version de l'ancien paragraphe 79(1) et il est clair que l'intention du législateur de l'époque n'était pas de conférer à la Commission des pouvoirs pour décider de questions constitutionnelles généralement comme déterminations préalables à sa réponse à une question concrète soulevée.

La comparaison de la version originale du paragraphe 79(1) avec la nouvelle version de 1962, révèle que le pouvoir de décider de question de droit ne constitue pas une compétence nouvelle et autonome mais s'analyse comme une simple disposition visant à qualifier ou à préciser les autres compétences énumérées de la Commission, comme l'avaient déjà décidé les juges Holland et Grange dans l'arrêt *Libby*[83].

Le paragraphe 79(1) du *Labour Relations Act*, dans sa version des lois refondue de 1960, chapitre 202, était ainsi libellé:

79 „ (1) *The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act, and without limiting the generality of the foregoing, if any question arises in proceedings,*

(a) as to whether a person is an employer or an employee;

(b) as to whether a person exercises managerial functions or is employed in a confidential capacity in matters relating to labour relations;

(c) as to whether an organization is a trade union, council of trade unions or an employers' organization;

(d) as to whether a collective agreement has been made or as to whether it is in operation or as to who the parties are or who are bound by it or on whose behalf it was made;

(e) as to whether a group of employees constitute a bargaining unit;

(f) as to whether the parties have bargained in good faith and made every reasonable effort to make a collective agreement;

(g) as to whether a trade union represents the employees in a bargaining unit; or

(h) as to whether a person is a member of a trade union, the decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling. R.S.O. 1950, c. 194, s. 68(1); 1954, c. 42, s. 25(1); 1957, c. 57, s. 12.

Les pouvoirs énumérés dans cette disposition s'analysent manifestement comme portant sur les questions de droit ou d'interprétation ou des questions mixtes de droit et de fait, reliées à l'application du *Labour Relations Act*, matières qui se situent au cœur même du champ d'expertise d'une commission des relations de travail.

La seconde rédaction du paragraphe 79(1), édictée par l'amendement de 1962, se présente comme une version simplifiée ou abrégée; elle confirme le pouvoir de la Commission de décider de toute question de droit et de fait *dans l'exercice des pouvoirs que cette loi lui accorde*:

13 „ (1) *Subsection 1 of section 79 of The Labour Relations Act is repealed and the following substituted therefor:*

(1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

Un examen minutieux du libellé et de l'histoire législative du texte attributif de compétence aurait révélé que l'intention du législateur était de confirmer la compétence de l'organisme pour interpréter les dispositions de la loi qu'elle est chargée d'administrer: la législation du travail, rien de plus, rien de moins.

Quant au contexte global de la loi sous étude, sa finalité est évidemment de promouvoir la paix industrielle, la protection des salariés et un règlement rapide des conflits de travail, plutôt que d'encourager les affrontements et les litiges complexes. Ajouter des ingrédients constitutionnels, de savantes analyses suivant l'article 1 de la Charte devant une commission des relations de travail, avec interventions des procureurs généraux, ne favorise certes pas le règlement rapide des conflits de travail; c'est même encourager la guérilla judiciaire.

Quant au critère de l'expertise, une personne bien informée reconnaîtra que les membres de ces commissions, malgré le mystère entourant leur mode de nomination, sont réputés dotés d'une mesure d'expérience en matière de relations de travail. Mais le contrôle de constitutionnalité exige des habiletés, une culture historique et juridique, un sens de l'État, de l'équilibre politique et des valeurs sociétales et un qualibre intellectuel bien différents, que ne possèdent peut-être pas toujours même les juges de l'ordre judiciaire et que l'on ne s'attend pas à trouver généralement auprès des membres de ces bureaucraties. On peut bien accepter l'affirmation flatteuse à l'effet que cette commission ontarienne des relations du travail est de haut qualibre, mais bien des observateurs des tribunaux administratifs hésiteront à généraliser cette idée reçue à l'ensemble de la communauté quasi judiciaire.

En somme, en s'aventurant dans des analyses de questions constitutionnelles, une commission des relations de travail n'agit pas plus dans le cadre de sa compétence *stricto sensu* que lorsqu'elle décide de questions de droit civil ou de common law. Le libellé et le contexte législatif de la loi à interpréter, de même que le champ limité d'expertise d'une commission des relations de travail, suggèrent que le

législateur de 1962 n'entendait pas conférer à cette commission le pouvoir de décider de questions constitutionnelles et certainement pas de questions de Charte.

Dans l'arrêt *Bibeault*, le regretté juge Jean Beetz affirmait: «[l]a détermination de l'intention du législateur est particulièrement souhaitable quand la Cour est appelée à intervenir dans les décisions des tribunaux administratifs tels que le Commissaire du travail ou le Tribunal du travail»^[84]. Les disciples du juge Beetz ressentiront un certain malaise devant la méthode d'analyse retenue par la Cour dans la trilogie sur les compétences constitutionnelles des organismes administratifs pour opiner sur des questions de Charte. La politique de la Cour a pour effet de judiciariser les tribunaux administratifs par une sous-utilisation des règles ordinaires du droit administratif, une vision romantique de ces organismes et l'assimilation de ces bureaucraties avec les cours inférieures de justice.

Dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, plusieurs juges ont accordé un grand poids aux considérations d'ordre pratique qui militeraient en faveur de l'existence de ce genre de compétence au sein des tribunaux administratifs. Il se peut bien en effet qu'une décision initiale sur une question constitutionnelle rendue par un organisme administratif réputé spécialisé contribue à économiser un peu d'énergie judiciaire, mais c'est évoquer des hypothèses et spéculations. L'affirmation selon laquelle les auditions des tribunaux administratifs sont rapides et peu coûteuses repose aussi sur une idée reçue, fréquemment très éloignée de la réalité. Engager un débat complexe sur des questions de charte, avec demande d'intervention des procureurs généraux, présentation d'une preuve et d'autorités complexes à analyser devant une commission multidisciplinaire risque, au contraire, de retarder et de bouleverser le processus quasi judiciaire, voire même de le dénaturer. Les commentaires recueillis informellement auprès de membres d'organismes québécois indiquent que dans bien des cas, l'efficacité du processus quasi judiciaire a été affectée négativement par ce nouveau mandat qui n'était pas sollicité.

En outre, il est grand temps de remettre en question le mythe de l'expertise attribuée globalement à cette catégorie de bureaucraties et de faire du cas par cas. Un tribunal ne devrait pas être qualifié d'expert du seul fait qu'il n'est pas judiciaire et que sa juridiction n'est pas illimitée. Il faut en cette matière conserver le sens de la rigueur, tout en admettant qu'une mesure d'expertise puisse s'acquérir avec le temps et l'expérience. Pour que les honorables membres de ces organismes soient qualifiés d'experts et qu'ils méritent la déférence de ces pauvres mortels que sont les juges, il faudrait d'abord que leurs mandats ne soient pas trop courts; il faudrait surtout que les textes imposent des critères et des conditions de qualification et de sélection raisonnablement élevés. Or la pratique législative au Canada va dans le sens contraire. Les mandats sont généralement de 5 ans ou moins et les textes n'imposent habituellement aucune qualification spéciale, ni procédure de sélection, dans le but très clair de laisser à la classe politique la plus large discrétion en matière de nomination.

CONCLUSION

L'euphorie des premières années d'application de la Charte canadienne donne lieu à quelques débordements d'enthousiasme pouvant facilement déboucher sur une sous-utilisation des règles du droit administratif et à des recours abusifs à des moyens fondés sur la Charte, dans les cas de litiges portant sur la légalité des actes de l'administration et l'interprétation des lois ordinaires.

Le juge Beetz avait, semble-t-il, anticipé ce genre d'excès et tenté de le décourager. C'est sur son initiative qu'ont été élevées au rang d'instruments quasi constitutionnels la *Déclaration canadienne des droits* et la Charte québécoise^[85]. L'objectif du juge Beetz était clair: éviter que ces documents ne tombent en désuétude suite à l'entrée en vigueur de la Charte canadienne. On peut aussi déceler dans

cette incitation à la retenue un désir de préserver à la Charte toute sa majesté et de prévenir les risques de banalisation par un usage intempestif.

Une des formes les plus troublantes de banalisation de la Charte canadienne consiste à la traiter, aux fins d'établir la juridiction d'un tribunal administratif, comme une loi ordinaire, en l'occurrence à caractériser la Charte comme une loi du travail, puis aborder la loi ordinaire attributive de juridiction comme s'il s'agissait d'un document constitutionnel, c'est-à-dire de façon non-interprétative à l'américaine. C'est le reproche que l'on peut adresser à la Cour dans les affaires *Cuddy Chicks* et *Douglas College*; l'absence totale d'analyse de sa propre jurisprudence et des autorités sur le statut et le rôle d'un tribunal administratif, par opposition à une cour de justice, constitue une seconde importante déception.

Le besoin de sécurité des juristes les porte à vouloir tout classifier. Le malheur est que les tribunaux administratifs, par la diversité de leurs fonctions, ne se prêtent pas toujours facilement à cette opération et éprouvent de la difficulté à trouver leur place entre la branche exécutive et la branche judiciaire de l'État. Les tribunaux administratifs sont apparus dans le droit anglais en raison des défaillances du pouvoir judiciaire. Le juge contrôleur judiciaire dit le droit, mais ne répond pas toujours aux attentes des administrés. Dans la plupart des cas, le juge prononce des annulations pour des motifs de forme ou de juridiction, laissant le citoyen dans l'incertitude sur la solution, ou sur le mérite d'une affaire. La formule du tribunal administratif a été conçue pour arriver rapidement à des résultats concrets, plutôt que pour philosopher sur des questions de droit abstraites, ou pour percer les mystères du droit constitutionnel. Sans évoluer en marge du droit, le tribunal administratif doit, en cas d'ambiguïté des textes, réagir avec équité et bon sens^[86], plutôt qu'adopter une attitude sèchement légaliste, dénuée de sensibilité et d'humanité, afin de jouer avec rapidité son rôle de correcteur des écarts des fonctionnaires et celui de protecteur des citoyens.

Dans cette vision, les tribunaux administratifs se définissent, compte tenu de la diversité de leur rôle, tantôt comme des mécanismes d'auto-limitation du pouvoir exécutif, tantôt comme des comités de sages, réglant des situations concrètes et répondant aux attentes impatientes des citoyens, mais non comme une nouvelle catégorie de cour inférieures plus ou moins spécialisées certes, mais n'offrant pas les garanties procédurales, structurelles et techniques des tribunaux judiciaires. En voulant faire des tribunaux administratifs des cours constitutionnelles habilitées à faire des affirmations techniques sur des questions de Charte mais sans prononcer de déclaration générale d'invalidité, la Cour suprême impose une conception formaliste et judiciarisante de ces bureaucraties, qui les dénature et les transforme en cours inférieures «d'un deuxième type».

Les observateurs de la Cour suprême ne résistent pas toujours à la tentation de suggérer que la Cour fait de la politique ou usurpe les fonctions législatives des parlements quand elle rend des décisions qui déplaisent, mais qu'elle agit en interprète docile et rigoureux des textes dans les cas contraires.

Dans ses arrêts les plus récents cependant, en matière de norme de contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs, la Cour apparaît disposée à reconsidérer sa vision romantique de certains tribunaux administratifs^[87]. La déférence judiciaire ne devrait pas équivaloir, selon l'expression des maîtres américains^[88], à inertie judiciaire, car c'est aux juges qu'il appartient après tout, de décider des questions générales de droit. N'était-ce pas d'ailleurs le message de sagesse livré par le juge Beetz dans *Bibeau*?

À vrai dire, la déférence judiciaire ne se justifie que lorsqu'elle est méritée; pourquoi les juges devraient-ils manifester tant de retenue à l'égard d'organismes qui offrent généralement peu de garanties d'impartialité structurelle, dont les membres ne sont pas toujours sélectionnés sur la seule base du mérite et de la compétence et qui sont incapables de maintenir une saine cohérence décisionnelle?

Il est clair que l'entrée en vigueur d'une charte des droits conçue à l'américaine amène une modification du comportement des cours et risque de reléguer à l'arrière plan le rôle du droit administratif jurisprudentiel. Une cohabitation heureuse de la Charte canadienne et du droit administratif protégerait la Charte contre les risques de la banalisation: «On a souvent besoin d'un plus petit que soi».

[1] Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

[2] *McDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, 496.

[3] 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

[4] Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

[5] André MOREL, «L'originalité de la Charte québécoise en péril», dans *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 65, à la page 69; *Charte des droits de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

[6] *Syndicat des détaillants grossistes et magasins à rayons c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

[7] *Rudolf Wolff and Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695.

[8] *Opération Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

[9] *J.D. Gagnon c. Sautham*, [1989] R.J.Q. 1145 (C.A.); *Sautham c. Lafrance*, [1990] R.J.Q. 937 (C.A.); *Entreprises Claude et Hugues Marquis c. Régie des permis d'alcool*, [1987] R.J.Q. 1369.

[10] *Slaigh Communications Inc. c. Davidson*, (1989) 59 D.L.R. (4th) 416 (C.S.C.).

[11] *Re Roy and Hackett*, (1988) 45 D.L.R. 415 (Ont. C.A.); *116845 Inc. c. Régie des permis d'alcool*, [1991] R.J.Q. 1655.

[12][1990] 2 R.C.S. 1385, 1417.

[13](1989) 61 D.L.R. (4th) 385.

[14]*Chokolingov c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1981] 1 All E.R. 244.

[15][1980] A.C. 265.

[16]*Id.*, 268.

[17][1984] 1 All E.R. 684.

[18]Jean Marie PONTIER, «La subsidiarité en droit administratif», (1986) 102 *Revue du droit public* 1515.

[19]L.R.C. (1985), c. C-50.

[20]*Hawkissoon c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, précité, note 14 et *Attorney-General of Trinidad and Tobago c. McLeod*, précité, note 16.

[21]*Casey c. Obannon*, 530 F. Supp. 350, 351 (1982).

[22]*Attorney-General for Gambia c. Jobe*, [1984] 1 A.C. 689, 702; *Hertor c. Attorney-General for Antigua and Barbado*, [1990] 2 All E.R. 103; voir aussi Danielle PINARD, «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité des lois et la Charte des droits et libertés», (1990) 35 *R.D. McGill* 305.

[23]*TK7 Corporation c. Federal Trade Commission*, 738 F. Supp. 446 (1990).

[24]*Briand c. Secretary of State for House Department*, [1991] 1 All E.R. 720 (H. of L.).

[25]*Moore c. The Queen*, (1980) 50 D.L.R. (4th) 29 (B.C.C.A.).

[26] *Re Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

[27] *Re Laroche*, (1982) 131 D.L.R. (3d) 152 (C.F.A.).

[28] *Howard c. Président du tribunal disciplinaire de l'établissement de Stoney Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.F.A.).

[29] *Cardinal c. Directeur de l'établissement de Kirt*, [1985] 2 R.C.S. 643.

[30] *Kodellas c. Saskatchewan Human Rights Commission*, (1986) 24 Adm. L.R. 40 (Sask. Q.B.).

[31] *Saskatchewan Human Rights Commission c. Kodellas*, (1989) 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.); *Harvey c. Law Society of Newfoundland*, (1992) 2 Adm. L.R. 366, *contra Re Nisbett and Manitoba Human Rights Commission*, (1993) 101 D.L.R. 744 (Man. C.A.).

[32] *Pearlman and Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 R.C.S. 869.

[33] *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 365; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650.

[34] *Jones c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 284.

[35] *Lyons c. La Reine*, [1987] 2 R.C.S. 307; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, 412 (j. La Forest).

[36] *Re Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

[37] Henry William Rawson WADE, *Administrative Law*, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 416.

[38] *Litwac c. Commission des libérations conditionnelles*, [1986] 3 C.F. 532.

[39] *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *R. c. Barsley Metropolitan Borough Council*, [1976] 1 W.L.R. 1052 (C.A.).

[40] *Douglas Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

[41] *Cuddy Chicks c. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 R.C.S. 5.

[42] *Tétrault-Gadoury c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 22.

[43] Andrew ROMAN, «Tribunal Deciding Charter Rights Questions: The Trilogy of the Supreme Court Canada », *Douglas College, Cuddy Chicks and Tétrault-Gadoury*», (1990) 1 Adm. L.R. 243.

[44] *Fernandes c. Director of Social Services*, [1993] 7 Adm. L.R. 153 (Man. C.A.).

[45] [1911] A.C. 179, 182.

[46] *Re Racial Communications*, [1980] 2 All E.R. 634 (H. of L.).

[47] *Federal Commissioner of Taxation c. Munro*, (1926) 38 C.L.R. 153.

[48] *Shell Company of Australia c. Federal Commissioner of Taxation*, [1931] A.C. 275 (C.P.).

[49] *Baddy c. Director of Public Prosecution*, [1982] 3 All E.R. 973 (C.P.); *Attorney-General c. British Broadcasting Corporation*, [1980] 3 W.L.R. 109 (H. of L.).

[50] *Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618.

[51] *Attorney-General c. British Broadcasting Corporation*, précité, note 46; *Pickering c. Liverpool Daily Post*, [1991] 1 All E.R. 622 (H. of L.).

[52] *Federal Commission of Taxation c. Munro*, précité, note 45, 176.

[53] *Tomko c. L.R.B.*, [1977] 1 R.C.S. 1119, 1123 (j. Laskin).

[54] *Dupont c. English*, [1958] R.C.S. 538, 542.

[55] Patrick GÉRARD, «Les tribunaux administratifs britanniques», (1991) *L'actualité juridique*, *Droit administratif* 3, 12.

[56] *Chief Adjudication Officer c. Foster*, [1993] 1 All E.R. 705, renversant [1991] 3 All E.R. 840 (C.A.).

[57] *Chrysler Canada Ltd. c. Tribunal de la concurrence*, J.E. 92-943 (C.S.C.).

[58] *Komo Construction Inc. c. C.R.T.Q.*, [1968] R.C.S. 172.

[59] *Houlkin c. Université de Régina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 590 (j. Beetz).

[60] *Re City of Chatham and Fife*, (1979) 99 D.L.R. (3d) 350 (Ont. C.A.).

[61] *Commission municipale de Québec c. Cité de Lachine*, [1973] C.A. I; *Galea c. Centre Hospitalier Rouyn-Noranda*, [1984] C.A. 34; *Castrataro c. Centre Hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, [1986] R.J.Q. 1425 (C.S.).

[62] *Re McCarty and Menin*, (1963) 38 D.L.R. (2d) 660 (Ont. C.A.).

[63] *Reference Re Jurisdiction of the Tariff Board of Canada*, [1934] R.C.S. 538, 545; *Théberge c. Syndicat National des employés de l'Aluminerie d'Arvida*, [1966] R.C.S. 378.

[64] [1976] 1 R.C.S. 376, 382.

[65] *Procureur général du Québec c. Farah*, [1978] 2 R.C.S. 638, 642 (j. Laskin).

[66] *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

[67] *Douglas Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, précité, note 39, 591.

[68] (1986) 28 D.L.R. (4th) 429.

[69][1987] 3 C.F. 253.

[70]*Minister of Home Affairs c. Fisher*, [1979] 3 All E.R. 21 (P.C.).

[71]«À mon avis, l'alinéa 98g) permet à l'arbitre d'appliquer la Charte. Le terme "loi", à l'alinéa 98g), doit inclure la Charte. Il est vrai qu'une réserve apportée à l'alinéa 98g) fait que la loi en question doit viser à régir les relations de travail et que ce n'est pas là le seul but de la Charte. Cependant, il est certain que ces relations sont de celles que vise le paragraphe 15(1)». *Douglas Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, précité, note 39, 596 (j. La Forest).

[72]*Dupont c. English*, précité, note 53, 543 (j. Rand, pour la Cour).

[73]*Canada c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 confirmé par [1993] 1 R.C.S. 554.

[74](1971) 26 D.L.R. (3rd) 153.

[75]*Re Libby, McNeil and Libby and United Automobile*, (1978) 91 D.L.R. (3rd) 259, 277 (j. Holland).

[76]*Id.*

[77][1984] 2 R.C.S. 413, 432.

[78]*Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1975] 1 R.C.S. 1048, 1057.

[79]*Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, 644.

[80][1988] 2 R.C.S. 1048.

[81][1991] 1 R.C.S. 614.

[82]*Lapointe c. Domtar et Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, C.S.C. 30 juin 1993.

[83]*Re Libby, McNeil and Libby and United Automobile*, précité, note 74.

[84] *Union des employés de services no 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 1089.

[85] *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 224; *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III.

[86] *Ville de Beloeil c. Commission municipale de Québec*, (1975) R.D.T. 245 (C.A.); *Société canadienne des postes c. Guy Morency et la C.S.S.T.*, [1989] R.J.Q. 238.

[87] *University of British Columbia c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

[88] *Bureau of Alcohol, Tobacco and Finances c. Federal Labor Relations Authority*, 104 S. ct. 439 (1983).