

Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire: le difficile passage de la théorie à la pratique

Geneviève Cartier*

INTRODUCTION

Le contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration publique a fait l'objet d'une attention particulière depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹. Dans cette décision, la Cour s'est prononcée en faveur de l'utilisation de l'approche pragmatique et fonctionnelle pour la révision des décisions discrétionnaires, une approche jusque-là associée au contrôle des décisions visant «l'interprétation de règles de droit»². La Cour mettait ainsi fin à la dualité des approches de révision entre ces deux types de décisions. Plusieurs auteurs avaient accueilli favorablement

* Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

1. [1999] 2 R.C.S. 817 [ci-après *Baker*].

2. *Baker*, par. 53. Pour une analyse de cet aspect de l'affaire *Baker*, voir notamment G. CARTIER, «Les lendemains de l'affaire *Baker*», dans *Développements récents en droit administratif (2000)*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 31, 45-49 et D.J. MULLAN, «*Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* – A Defining Moment in Canadian Administrative Law», (1999) 7 *Reid's Administrative Law* 145, 153 et s. Pour les fins du présent texte, nous limitons notre analyse aux décisions portant sur des questions de droit, bien que l'approche pragmatique et fonctionnelle s'applique également au contrôle des décisions portant sur des questions mixtes de droit et de fait ainsi qu'aux questions de fait. Pour une étude récente, voir S. COMTOIS, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

ce mouvement vers l'unification du contrôle judiciaire de l'action gouvernementale en général³, pendant que certains soulignaient l'importance de mesurer les conséquences à long terme de l'utilisation d'une telle approche en matière discrétionnaire, particulièrement quant au degré de déférence manifestée envers les décideurs⁴.

Nous avons choisi de nous attarder à une des nombreuses questions qui se sont soulevées dans la foulée de l'affaire *Baker*: l'approche pragmatique et fonctionnelle peut-elle être utilisée pour contrôler judiciairement les décisions discrétionnaires rendues par des corps élus? Le présent texte vise à établir un cadre d'analyse susceptible de fournir une réponse à cette question. Pour y parvenir, nous proposons tout d'abord une vue d'ensemble de l'évolution du contrôle judiciaire de la discrétion administrative, dans le but d'identifier les raisons qui ont mené la Cour suprême au changement d'approche proposé dans l'affaire *Baker* (I). Nous analyserons ensuite l'affaire *Chamberlain c. Surrey School District, No. 36*⁵, qui aborde directement la question à laquelle nous souhaitons répondre et qui illustre les difficultés que soulèvent non seulement la justification théorique de l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle au contrôle des décisions des corps élus, mais également son application concrète (II).

I. L'ÉVOLUTION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA DISCRÉTION ADMINISTRATIVE

A. L'époque des dualismes

La mesure dans laquelle les cours de justice peuvent ou doivent intervenir pour contrôler les décisions rendues par les différents organes du pouvoir exécutif a toujours été difficile à établir. De façon générale, les rapports entre les cours et le pouvoir exécutif se sont établis sur la base de deux grandes distinctions: la première est la distinction entre le droit et la discrétion, l'autre, entre la procédure et la

3. Voir notamment D.J. MULLAN, «*Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* – A Defining Moment in Canadian Administrative Law», précité note 2, p. 153: «[T]he Court has provided a clearer perspective on this whole domain by incorporating review for abuse of discretion within an overarching theory of judicial review of administrative action. While this theory is not as yet complete, its parameters are sufficiently established as to enable [...] the detail to be filled in without too much trouble. As such, *Baker* represents an extremely important accretion to general Canadian judicial review theory.»

4. J.L.H. SPRAGUE, «Another View of *Baker*», (1999) 7 *Reid's Administrative Law* 163.

5. [2002] 4 R.C.S. 710 [ci-après *Surrey*].

substance. Chacun à leur manière, ces dualismes ont été invoqués pour justifier des différences d'approche en matière de contrôle judiciaire. Nous évoquerons brièvement tout d'abord la dualité entre le droit et la discrétion. Nous tenterons ensuite de voir l'influence qu'elle a exercée sur l'évolution du contrôle judiciaire en général, lui-même caractérisé par l'autre dualité persistante en droit administratif, celle qui oppose la procédure à la substance.

1. *La dualité droit-discrétion*

La dichotomie entre le droit et la discrétion découle en grande partie de l'héritage de A.V. Dicey, pour qui le pouvoir discrétionnaire était intrinsèquement incompatible avec le premier sens de la primauté du droit:

[N]o man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land. *In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint.* [...] It means [...] the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, or prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone; *a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else.*⁶

En d'autres termes, Dicey s'opposait à l'idée qu'un individu puisse faire l'objet d'une quelconque forme de contrainte étatique sans qu'une violation du droit («regular law»⁷) n'ait été établie devant les tribunaux ordinaires. La primauté du droit exigeait du gouvernement qu'il justifie ses actes sur le droit ordinaire et qu'il s'abstienne d'exercer un pouvoir discrétionnaire de contrainte, car un tel pouvoir entraînait inévitablement un risque d'arbitraire et constituait une menace à la liberté individuelle: «wherever there is discretion there is room for arbitrariness, and [...] in a republic no less than under a monarchy discretionary authority on the part of the government must mean insecurity for legal freedom on the part of its subjects»⁸. La conception traditionnelle de la discrétion la présentait ainsi comme l'antithèse du droit au sens propre: le maintien de la primauté

6. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., E.C.S. Wade, Londres, Macmillan & Co. Ltd., 1959, p. 188 et 202 (nos italiques).

7. *Ibid.*, p. 202.

8. *Ibid.*, p. 188.

du droit reposait sur la prédétermination, la fixité, la certitude des règles de droit⁹, des qualités que ne possédait pas le pouvoir discrétionnaire.

Dicey reconnaissait cependant que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire respectait le principe de la primauté du droit lorsque deux conditions étaient remplies: la discrétion devait être fondée sur une autorisation législative formelle et son exercice devait être soumis à la surveillance des tribunaux ordinaires. La combinaison de ces deux exigences constituait un rempart contre l'arbitraire du gouvernement: «Powers, however extraordinary, which are conferred or sanctioned by statute, are never really unlimited, for they are confined by the words of the Act itself, and, what is more, by the interpretation put upon the statute by the judges»¹⁰. Ainsi, en temps de guerre, de soulèvement, de conflits ou de troubles sociaux¹¹, l'État devait pouvoir échapper à la rigidité du droit strict¹² et la délégation de pouvoirs de nature discrétionnaire s'avérait alors nécessaire pour maintenir la paix publique. Dans de telles circonstances, la primauté du droit était maintenue dans la mesure où la discrétion reposait sur une autorisation législative et que son exercice demeurait soumis au contrôle judiciaire.

Pour Dicey par contre, la délégation de pouvoirs discrétionnaires destinés à mettre en œuvre les politiques collectivistes de l'État-providence étaient problématiques, pour deux raisons principales. Premièrement, il jugeait fondamentalement illégitimes les orientations politiques qui justifiaient les lois déléгатrices, parce qu'elles étaient à ses yeux inconciliables avec le principe démocratique:

The ideal of democracy, in short, is government for the good of the people by the people, and in accordance with the wish of the people; the ideal of collectivism is government for the good of the people by experts, or officials who know, or think they know, what is good for the people better than either any non-official person or than the mass of the people themselves.¹³

9. *Ibid.*, p. 381, 406, 408.

10. *Ibid.*, p. 413.

11. *Ibid.*, p. 411 et s.

12. Dans le texte: «hard-and-fast rules of strict law, as interpreted by the judges»: *ibid.*, p. 411.

13. A.V. DICEY, *Lectures on the Relation Between Law and Opinion in England during the Nineteenth Century*, 2^e éd., Londres, Macmillan & Co. Ltd., 1962, p. lxxiii.

Deuxièmement, ces mesures mettaient à son avis en péril le maintien de la primauté du droit puisque, bien que les délégations de pouvoirs discrétionnaires effectuées dans le contexte de l'État-providence reposaient sur des autorisations législatives formelles, l'exercice de la discrétion échappait au contrôle judiciaire. En effet, le Parlement adoptait systématiquement des dispositions destinées à limiter, voire à éliminer, le contrôle judiciaire des décisions rendues en vertu de telles délégations¹⁴. Plus fondamentalement, même en l'absence de ce type de disposition, Dicey considérait que les matières sur lesquelles portait l'exercice de la discrétion étaient par nature étrangères au droit, que les cours avaient le mandat d'appliquer, rendant par le fait même la discrétion impossible à contrôler judiciairement:

[T]he invasion of the rule of law by imposing judicial functions upon officials is due, in part, to the whole current of legislative opinion in favour of extending the sphere of the State's authority. The inevitable result of thus immensely increasing the duties of the government is that State officials must more and more undertake to manage a mass of public business, *e.g.*, to give one example only, the public education of the majority of the citizens. But Courts are from the nature of things unsuited for the transaction of business. [...T]he transaction of business, in short, is a very different thing from the giving of judgments: the more multifarious therefore become the affairs handed over to the management of civil servants the greater will be always the temptation, and often the necessity, extending to the discretionary powers given to officials, and *thus preventing law Courts from intervening in matters not suited for legal decision*.¹⁵

Bref, le pouvoir discrétionnaire délégué au gouvernement était de fait exercé dans un espace que ne pénétrait pas le droit. Il entraînait en conséquence un risque d'arbitraire qui le rendait incompatible avec le principe de la primauté du droit.

-
14. La pratique s'était notamment répandue d'insérer dans les lois délégatrices des dispositions déclarant que les décisions rendues par le pouvoir exécutif en vertu des dispositions habilitantes conférant une discrétion, devaient être considérées comme ayant le même effet que si elles avaient été insérées dans une loi du Parlement. Dicey y voyait la mainmise de l'exécutif sur le Parlement et la manipulation de celui-ci par des officiers non élus, une dénonciation reprise avec vigueur par Lord Hewart dans son célèbre pamphlet *The New Despotism*, Londres, Ernest Benn, 1929.
15. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., 1927, Londres, MacMillan, Introduction, xxxix-xl (nos italiques).

D'autres auteurs, comme W.A. Robson, doutaient cependant de la possibilité de distinguer clairement le droit de la discrétion:

In my view, one can distinguish "policy" from "law" only in theory, and even then the distinction is doubtful. In practice, the judge has been for centuries and still is today, a maker of policy. A great part of the law consists of judicial policy embodied in cases. These cases form judicial precedents for other decisions and in that way the judges' freedom of choice becomes limited by the necessity to maintain consistency and coherence in the law.¹⁶

Robson se disait plutôt d'avis qu'une décision donnée comportait très souvent des éléments de droit et des éléments discrétionnaires et qu'il était par conséquent fort périlleux de tenter de classer les décisions selon qu'elles reposaient sur un type d'éléments plutôt que sur un autre: «It is obvious that the degree of discretion available to adjudicating bodies varies greatly between different classes of cases and different bodies. This is as true of regular courts of law as it is of administrative tribunals»¹⁷. Pour lui, «the exercise of true judicial powers frequently admits a substantial degree of discretion, in which considerations of policy enter»¹⁸. Il était donc discutable de faire reposer la nature et le degré du contrôle judiciaire sur la nature de l'acte accompli par un organisme donné. Robson favorisait plutôt la création d'une cour distincte de la *High Court*, spécialisée dans les affaires administratives et par conséquent davantage en mesure d'effectuer un contrôle adéquat de l'ensemble des pouvoirs de l'Administration, judiciaires comme discrétionnaires¹⁹.

Dans les faits, aucune cour spécialisée ne fut créée et la dualité diceyenne droit-discrétion a exercé une influence considérable sur les relations entre les pouvoirs exécutif et judiciaire. Pendant des décennies en effet, les tribunaux ont défini les contours de la sphère légitime de leur intervention sur la base d'une distinction entre les décisions fondées sur le droit et les décisions fondées sur des considérations discrétionnaires, ou de *policy*²⁰. Dans le premier cas, les cours

16. W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1951, p. 432.

17. *Ibid.*, p. 447.

18. *Ibid.*, p. 448-449.

19. Voir *ibid.*, p. 427 et s., où l'auteur décrit les principales caractéristiques d'une telle cour. D'autres auteurs proposaient une solution similaire, notamment J. WILLIS, «Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, The Conceptual, and The Functional», (1935) 1 *U.T.L.J.* 53, 80.

20. Cette distinction s'exprimait parfois à travers l'opposition judiciaire/quasi judiciaire (voir notamment le *Report on Ministers' Powers*, Cmd. 4060 (1932)), quasi judiciaire/administratif (affaire *Coopers & Lybrand c. Ministre du Revenu*

s'estimaient justifiées d'intervenir, pour maintenir l'intégrité du processus judiciaire²¹; dans le second cas, elles refusaient de le faire pour éviter de s'ingérer dans ce qu'elles considéraient comme des matières relevant exclusivement du pouvoir exécutif. La dualité entre les décisions fondées sur des normes juridiques préexistantes et les décisions discrétionnaires a ainsi engendré une dualité entre les approches au contrôle judiciaire: les cours révisaient aisément les premières, mais s'abstenaient virtuellement de contrôler les secondes. À compter de 1979 toutefois, l'affirmation d'une autre dualité fondamentale en droit administratif, celle qui oppose la procédure à la substance, aura pour effet de tempérer l'influence de la distinction droit-discrétion sur la structure du contrôle judiciaire.

2. *La dualité procédure-substance*

– *La procédure entourant la prise de décision*

La dualité droit-discrétion a partiellement pris fin avec l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*²². Jusque-là, rappelons-le, la règle prescrivait qu'un décideur n'était soumis à des obligations procédurales que lorsqu'il rendait des décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire, à l'exclusion des décisions discrétionnaires ou administratives. Dans cette affaire, Nicholson, un officier de police, contestait la légalité de son congédiement, survenu avant la fin de sa période de probation. Nicholson prétendait que son employeur, le Comité des services de police, avait contrevenu à son obligation d'agir avec équité, en omettant de lui fournir les raisons de son congédiement et en lui refusant la possibilité de présenter son point de vue avant de mettre fin à son emploi. Le Comité prétendait au contraire que la loi lui permettait de mettre fin à l'emploi d'un officier de police en période de probation à

national, [1979] 1 R.C.S. 495) et certains, comme J. Willis, utilisaient le terme «discretions» pour désigner l'ensemble des pouvoirs exercés par l'Administration publique (J. WILLIS, «Three Approaches to Administrative Law», *supra*, note 19). Pour d'autres, comme D. Dyzenhaus et E. Fox-Decent, elle peut s'exprimer dans la dichotomie «law-making/law-interpreting» ou encore «judgment/discretion»: voir D. DYZENHAUS et E. FOX-DECENT, «Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada*», (2001) 51 *U.T.L.J.* 193, 206-207 et 229. Dans tous les cas, la distinction réfère essentiellement à la dualité entre le droit et la discrétion.

21. M. LOUGHLIN, «Procedural Fairness: A Study of the Crisis in Administrative Law Theory», (1978) 28 *U.T.L.J.* 281.

22. [1979] 1 R.C.S. 311 (ci-après *Nicholson*). Les paragraphes qui suivent s'inspirent de G. CARTIER, «Procedural Fairness in Legislative Functions: The End of Judicial Abstinence?», (2003) 53 *U.T.L.J.* 217, 223-225.

sa discrétion, et qu'un tel type de décision n'engendrait aucune obligation procédurale de sa part²³. Le juge Laskin, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême, donna raison à Nicholson: le Comité ne pouvait le congédier de façon péremptoire. À son avis, bien que Nicholson n'ait pu bénéficier de la pleine protection de la justice naturelle, on ne pouvait lui refuser toute procédure. Il convenait plutôt d'appliquer la règle exprimée dans l'affaire *Bates c. Lord Hailsham*²⁴, selon laquelle «dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation d'agir équitablement»²⁵. Deux raisons expliquaient l'émergence du devoir d'agir avec équité:

[I] est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi entraîne les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question.²⁶

L'analyse de cette décision et de celles qui l'ont suivie révèle que la Cour suprême fondait la légitimité de l'intervention judiciaire en matière procédurale sur la prémisse selon laquelle la procédure suivie pour rendre une décision discrétionnaire n'en affecte pas la substance ou le fond²⁷. La juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé les motifs de la majorité dans l'affaire *Knight c. Indian School Division No. 19*²⁸, l'exprimait d'ailleurs explicitement dans le texte de son opinion. Après avoir reconnu l'existence d'une obligation d'agir avec équité à la charge d'un conseil scolaire en faveur d'un employé engagé à titre amovible, la juge s'empressait d'ajouter qu'une telle obligation ne limitait aucunement la liberté du décideur de prendre la décision qu'il veut: «[D]ans le cas d'une charge occupée à titre amovible, une fois que les raisons ont été fournies et l'audition accordée, *la simple*

23. La disposition pertinente prescrivait que: «Un chef de police, officier ou autre agent de police n'est passible d'une peine en vertu de cette Partie qu'après audition [...] mais rien aux présentes ne porte atteinte au pouvoir d'un comité ou d'un conseil [...] de mettre fin à l'emploi d'un agent de police dans les dix-huit mois de son entrée en fonction.»: art. 27b) du Règlement, cité dans *Nicholson*, p. 315.

24. [1972] 1 W.L.R. 1373, 1378.

25. *Nicholson*, p. 324 (juge Laskin).

26. *Ibid.*, p. 325 (juge Laskin).

27. Voir D. DYZENHAUS et E. FOX-DECENT, «Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada*», *supra*, note 20, p. 211 et s.

28. [1990] 1 R.C.S. 653 [ci-après *Knight*].

insatisfaction de l'employeur constitue toujours une justification suffisante pour valablement mettre fin à l'emploi»²⁹. Les juges majoritaires considèrent en d'autres termes que la procédure prescrite n'affectait pas la substance ou le fond de la décision du conseil scolaire et ne constituait donc pas une ingérence dans les affaires proprement réservées au pouvoir exécutif. Les cours ne s'intéressaient qu'à la procédure des décisions discrétionnaires, non aux considérations politiques qui en constituaient le fondement. L'approche de la Cour était ainsi modelée sur une dualité entre la procédure et la substance.

Le message de *Nicholson* diminuait ainsi considérablement l'importance de la dualité droit-discrétion sur la structure du contrôle judiciaire. En affirmant que le champ d'application de la procédure ne pouvait légitimement reposer sur la qualification des décisions en cause, la Cour indiquait clairement que les décisions discrétionnaires, tout comme les décisions fondées sur le droit, étaient potentiellement soumises à des obligations procédurales et au contrôle judiciaire qui en découle³⁰. Les affaires *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*³¹, *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*³² et *Knight*, entre autres, confirmeront cette tendance.

– *La substance ou le fond des décisions*

La dualité persistait cependant quant au contrôle judiciaire du fond ou de la substance des décisions. À première vue en effet, cette dualité semblait avoir pris fin avec l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*³³. La Cour suprême enjoignait alors aux cours

29. *Knight*, p. 676 (nos italiques).

30. En fait, la dualité persistait dans la mesure où elle conditionnait non plus le domaine d'application de la procédure, mais la nature de la procédure à suivre: les décisions fondées sur le droit (de nature judiciaire ou quasi judiciaire) engendraient une obligation de respecter la justice naturelle, alors que les décisions discrétionnaires (de nature administrative) impliquaient un devoir d'agir équitablement. Cette distinction sera toutefois vite abandonnée, au profit d'une approche plus flexible, selon laquelle la nature des obligations procédurales dépend des circonstances particulières de chaque cas. Voir notamment *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, 629 (juge Dickson); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, 895-896 (juge Sopinka) et *Knight c. Indian School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, 669-670 (juge L'Heureux-Dubé).

31. [1980] 1 R.C.S. 602 [ci-après *Martineau*].

32. [1989] 2 R.C.S. 879.

33. [1979] 2 R.C.S. 227 [ci-après *S.C.F.P.*].

supérieures de mettre un terme à l'interventionnisme judiciaire à l'égard des décisions des organismes administratifs comportant l'interprétation de règles de droit, indiquant par le fait même que les cours devaient limiter leurs interventions à l'égard de ces décisions tout autant qu'à l'égard des décisions discrétionnaires. L'affaire *S.C.F.P.* maintient toutefois cette dualité. En effet, bien que les directives de la Cour suprême indiquent de limiter l'intervention dans les décisions fondées sur le droit comme dans les décisions discrétionnaires, la justification de cette non-intervention diffère selon le type de décision, comme le suggère l'analyse qui suit.

L'affaire *S.C.F.P.* signalait l'émergence de l'approche contemporaine utilisée pour la révision des décisions portant sur l'interprétation de règles de droit³⁴. Dans cette décision, la Cour suprême indiquait que l'interprétation par les tribunaux administratifs d'une question de droit qui relève de leur juridiction (dite «intrajuridictionnelle») et qui bénéficie de la protection d'une clause privative, ne pouvait être révisée judiciairement que si elle était manifestement déraisonnable. Toute autre interprétation (c'est-à-dire l'interprétation d'une règle de droit qui ne fait pas partie de la juridiction du tribunal administratif ou qui en détermine les limites, dite «jurisdictionnelle») était révisée à la moindre erreur, c'est-à-dire sur la base de la norme de la décision correcte. La Cour justifiait de recourir à la norme de la décision manifestement déraisonnable pour les questions intrajuridictionnelles, d'abord sur la nécessité de prendre au sérieux les indications législatives claires qui visaient à limiter les interventions judiciaires dans les affaires administratives (les clauses privatives), et ensuite sur les raisons substantielles qui justifiaient une telle retenue, particulièrement l'expertise des décideurs administratifs à l'égard des matières qui leur étaient confiées. Cette décision mettait donc un terme à une époque durant laquelle les cours intervenaient systématiquement pour corriger les erreurs de droit commises par les organismes administratifs.

Dans les années qui ont suivi l'affaire *S.C.F.P.*, les cours se sont appliquées à trouver un moyen de distinguer les questions juridictionnelles de celles qui ne l'étaient pas. Pour échapper à des classifications formelles et dans le but de respecter dans toute la mesure du possible l'esprit de l'affaire *S.C.F.P.*, les cours ont développé ce qui

34. Le développement qui suit s'inspire de G. CARTIER, «The Baker Effect: A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law – The Case of Discretion», dans D. Dyzenhaus (dir.), *The Unity of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, à paraître.

allait devenir l'approche pragmatique et fonctionnelle. Cette approche se fondait sur l'application d'un certain nombre de critères qui fournissaient des indications de l'intention du législateur sur la question de savoir si l'interprétation d'une disposition particulière devait être déterminée par les cours (questions juridictionnelles) ou par les tribunaux administratifs (questions intrajuridictionnelles). Progressivement, l'approche pragmatique et fonctionnelle a été utilisée pour identifier directement la norme de contrôle applicable (sans passer par la qualification des décisions en cause) et s'est également étendue à la détermination de la norme de contrôle applicable dans le cas où une cour siège en appel d'une décision de l'administration.

La révision des décisions discrétionnaires procédait différemment. Suivant la conception traditionnelle de la discrétion, celle-ci conférait à son détenteur le pouvoir de choisir, dans un cas donné, «entre divers modes d'action ou d'inaction possibles»³⁵. Les cours se limitaient par conséquent à contrôler les limites à l'intérieur desquelles cette liberté d'action devait pouvoir s'exercer sans contrainte légale. Les cours n'intervenaient qu'en cas d'excès de juridiction, qui se manifestait de diverses façons: la décision discrétionnaire n'était pas conforme aux objets de la loi habilitante, elle était prise de mauvaise foi ou de manière discriminatoire, elle se fondait sur des considérations impertinentes ou omettait de tenir compte de considérations pertinentes. La déraisonnabilité de la décision, fréquemment invoquée en Grande-Bretagne comme motif d'*ultra vires* d'une décision discrétionnaire, était rarement invoquée comme motif de révision autonome au Canada³⁶. La plupart du temps, le caractère déraisonnable d'une décision venait appuyer un argument basé sur l'un ou l'autre des motifs de révision énumérés précédemment.

À première vue, l'approche dualiste à l'égard de la révision du fond des décisions menait à un résultat identique pour les décisions intrajuridictionnelles et les décisions discrétionnaires: dans les deux cas, les cours évitaient d'intervenir à moins que des motifs sérieux ne le justifient. Cependant, des raisons différentes justifiaient ces résultats apparemment similaires. La non-intervention à l'égard des décisions intrajuridictionnelles reposait sur l'idée que l'interprétation du droit n'était pas le monopole des tribunaux judiciaires et que, dans bien des cas, les organismes administratifs disposaient d'une expertise égale et même parfois supérieure à celle des cours pour interpréter une disposition législative relevant de leur mandat. En adoptant

35. K.C. DAVIS, *Discretionary Justice* (1969), cité dans *Baker*, par. 52.

36. D.J. MULLAN, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 121-122.

la norme de la décision manifestement déraisonnable pour la révision des décisions portant sur des questions intrajuridictionnelles, la Cour rejetait une conception formelle de la séparation des pouvoirs et marquait le début d'une ère de déférence judiciaire à l'égard des organismes administratifs. La Cour reconnaissait que ces derniers étaient revêtus de la légitimité nécessaire pour participer à la fonction de l'interprétation du droit et qu'il était par conséquent nécessaire de leur laisser une certaine marge d'autonomie pour le faire.

Par contre, la non-intervention à l'égard des décisions discrétionnaires était précisément dictée par la nécessité de limiter les tribunaux au rôle que leur reconnaissait une conception formelle de la séparation des pouvoirs. Puisque la discrétion exigeait de faire des choix qui pouvaient se fonder sur des critères de nature politique, le fait de soumettre le fond d'une décision discrétionnaire à un examen judiciaire risquait de conduire les tribunaux sur le terrain glissant de la politique. Par conséquent, les motifs d'intervention limitaient l'intrusion dans le fond de ce type de décision et confinaient les cours à un rôle compatible avec une conception formelle de la séparation des pouvoirs. Ainsi, dans le domaine discrétionnaire, la justification de la non-intervention judiciaire ne traduisait pas une attitude de déférence, c'est-à-dire la reconnaissance de la légitimité de l'exécutif en matière d'interprétation du droit, mais une forme d'abstinence, c'est-à-dire la nécessité de tenir le pouvoir judiciaire éloigné des décisions qui étaient vues comme prises sur la base de considérations étrangères au droit:

[M]any lawyers view the sphere of discretion as a lawless void, and they are quite happy about that. Discretion is the hole in the middle of the doughnut, to use Dworkin's metaphor, where 'culture, tradition and myth' rather than rationality determine outcomes. If law intruded, then judges would be [...] needlessly redoing what has been done by those that do know and care.³⁷

La dualité droit-discrétion était donc maintenue dans la mesure où la justification de la non-intervention judiciaire différait selon que la décision était discrétionnaire ou fondée sur le droit.

Dans le cas des décisions fondées sur le droit tout comme dans celui des décisions discrétionnaires, des circonstances exigeaient que la déférence et l'abstinence cèdent le pas à l'intervention judiciaire.

37. M. TAGGART, «Reinventing Administrative Law», dans N. Bamforth et P. Leylands (dir.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 2003) 311, 333 (références omises).

De fait, les deux types d'approches considéraient que les décisions «déraisonnables» exigeaient une intervention. Le défi pour les tribunaux judiciaires consistait à définir et à appliquer une norme de contrôle fondée sur la raisonnable, tout en demeurant fidèle à la justification de la déférence et de l'abstention.

Tout ceci exprimait donc une approche dualiste à l'égard de la révision des décisions de l'administration: les décisions discrétionnaires engendraient une attitude d'abstention, les décisions fondées sur le droit, une attitude de déférence. Ce dualisme persistera jusqu'à l'affaire *Baker*.

B. L'effet *Baker*: un mouvement vers l'unification

Les faits de l'affaire *Baker* sont bien connus. Rappelons simplement que dans cette cause, une disposition réglementaire conférait au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration le pouvoir discrétionnaire d'exempter une personne de l'application de l'une ou l'autre des dispositions de la *Loi sur l'immigration*, pour des raisons d'ordre humanitaire³⁸. Madame Baker était visée par une ordonnance d'expulsion: elle était arrivée au Canada grâce à un visa de visiteur, lequel était expiré depuis plusieurs années. Elle demandait la permission de faire sa demande de résidence permanente sans avoir à quitter le Canada, contrairement aux exigences législatives qui prescrivaient que les demandeurs devaient présenter leur demande avant d'arriver en sol canadien. Madame Baker invoquait les graves conséquences qu'une expulsion du Canada produirait sur elle-même et sur ses enfants. Le ministre devait finalement rejeter sa demande, sur la base de motifs qui apparaissaient dans les notes de l'agent d'immigration chargé de son dossier. Ces motifs exprimaient la conviction que madame Baker serait incapable de subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants et qu'elle serait une charge pour la société canadienne si elle demeurait au pays. Madame Baker a

38. Suivant les dispositions pertinentes, le ministre était «autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement [...] ou à faciliter l'admission de toute autre manière»: *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, modifié par DORS/93-44, cité dans *Baker*, par. 7. Le texte anglais de cet article nous semble exprimer un sens légèrement différent: «The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation [...] or otherwise facilitate the admission to Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of *compassionate* or humanitarian considerations.» Le texte français n'exprime pas l'idée selon laquelle le ministre *doit être d'avis que* des considérations existent.

contesté la légalité de la décision du ministre. Entre autres motifs, elle prétendait qu'il avait exercé sa discrétion de manière déraisonnable, en omettant d'accorder une importance suffisante à l'intérêt de ses enfants.

La juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour sur ce point, a tout d'abord précisé la démarche applicable à la révision de la discrétion administrative. Traditionnellement, a-t-elle rappelé, le contrôle des décisions de cette nature était limité à des motifs spécifiques et limités, contrairement au contrôle des décisions visant l'interprétation de règles de droit, qui devait s'effectuer suivant l'approche pragmatique et fonctionnelle. À son avis, l'approche traditionnelle du contrôle de la discrétion incorporait deux idées principales: «une décision discrétionnaire, comme toute autre décision administrative, doit respecter les limites de la compétence conférée par la loi, mais [...] les tribunaux devront exercer une grande retenue à l'égard des décideurs lorsqu'ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire et déterminent l'étendue de la compétence du décideur»³⁹.

Pour la juge L'Heureux-Dubé, il est difficile de distinguer les décisions discrétionnaires de celles qui ne le sont pas, et l'exercice de la discrétion de l'interprétation:

J'estime qu'il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions «discrétionnaires» et les décisions «non discrétionnaires». La plupart des décisions administratives comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite relativement à de nombreux aspects de la prise de décision. [...] En outre, il n'est pas facile d'établir une distinction entre l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire; l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options.⁴⁰

Par conséquent, la révision de l'exercice de la discrétion peut s'effectuer suivant l'approche pragmatique et fonctionnelle, puisque les facteurs auxquels elle réfère pour déterminer la norme de contrôle applicable sont suffisamment flexibles pour tenir compte de la spécificité du pouvoir discrétionnaire. Cela ne mènerait pas nécessairement à une intervention accrue dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration, puisque l'approche pragmatique et fonctionnelle tient compte de la nécessité de laisser une marge de manœuvre au décideur, tout en s'assurant «que le pouvoir discrétionnaire soit

39. *Baker*, par. 53 (juge L'Heureux-Dubé).

40. *Ibid.*, par. 54.

exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*»⁴¹.

L'affaire *Baker*, en intégrant le contrôle de la discrétion dans le domaine d'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle, marquait ainsi la fin de la dualité droit-discrétion dans le domaine de la révision du fond des décisions de l'administration. Ce faisant, la Cour reconnaissait que le fond des décisions de nature discrétionnaire pouvait faire l'objet d'un contrôle fondé sur la raisonnable. Du même coup, elle tournait le dos à la conception de la discrétion proposée par Dicey, pour qui la discrétion s'exerçait sur la base de considérations étrangères au droit, la rendant par conséquent impossible à contrôler judiciairement. La conception de la discrétion qu'adoptait la Cour était beaucoup plus proche de celle de Robson, qui avait précisément souligné la difficulté de distinguer les décisions entre elles sur la base de leur contenu discrétionnaire ou non discrétionnaire⁴² et la nécessité de confier leur contrôle à des institutions sensibles aux particularités de l'administration publique. L'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle par les cours ordinaires vise le même objectif.

D'autre part, l'affaire *Baker* atténuait la dichotomie entre la procédure et la substance. En effet, la Cour exigeait non seulement que les décisions ayant des incidences importantes pour un individu soient motivées (donc rendues au terme d'une certaine procédure), mais que le contenu de ces motifs démontre que le décideur a été sensible à la situation de la personne visée et qu'il a adapté sa décision en conséquence, dans la mesure du possible. L'affaire *Baker* reconnaît ainsi que la procédure peut avoir un impact sur le fond de la décision⁴³.

II. LES CONSÉQUENCES DE CETTE ÉVOLUTION SUR LES DÉCISIONS DES CORPS ÉLUS

L'orientation indiquée par l'affaire *Baker*, et l'argumentation mise de l'avant dans cette affaire, ne sont pas sans poser un défi considérable aux tribunaux chargés d'en assurer l'application. De fait,

41. *Ibid.*, par. 56.

42. Voir *supra*, notes 16 et s. et le texte correspondant.

43. Sur cette question, voir notamment D. DYZENHAUS et E. FOX-DECENT, *supra*, note 20.

cette décision soulève plusieurs questions difficiles auxquelles il n'est pas possible de répondre sans tenir compte de l'évolution dont nous venons de rappeler les grandes étapes. Parmi ces questions se pose celle de savoir si l'approche pragmatique et fonctionnelle est de nature à s'appliquer aux décisions des organismes décisionnels composés de gens élus. Dans l'affaire *Surrey*, une majorité de huit juges de la Cour suprême s'est prononcée en faveur de l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle à la révision d'une décision d'un conseil scolaire. Le juge LeBel exprimait quant à lui l'opinion qu'une telle approche, développée dans le contexte précis de la révision des décisions quasi judiciaires des tribunaux administratifs, se transposait difficilement au contrôle d'une décision discrétionnaire prise par un corps élu⁴⁴. L'analyse de cette décision nous permettra de constater que le passage de la théorie de *Baker* à son application n'est pas sans problème.

L'affaire Surrey

Dans l'affaire *Surrey*, le conseil scolaire avait le pouvoir discrétionnaire d'approuver les ressources documentaires éducatives pouvant être utilisées dans les écoles relevant de sa juridiction⁴⁵. Le litige portait sur la légalité d'une résolution du conseil par laquelle il refusait d'approuver comme ressource documentaire des ouvrages représentant des familles dont les parents sont de même sexe. S'exprimant au nom de six de ses collègues, la juge McLachlin énonce d'emblée que l'analyse de la légalité de la décision du conseil *doit* procéder suivant l'analyse pragmatique et fonctionnelle car seule cette analyse permet d'établir le niveau de retenue que doit manifester une cour de révision à l'égard du décideur⁴⁶.

À son avis, la norme intermédiaire de la décision raisonnable s'applique à la résolution du conseil. Dans son analyse des critères, la juge en chef fait, à plusieurs reprises, référence aux caractéristiques du conseil scolaire. Ainsi, le critère de l'expertise conduit selon elle à une conclusion mitigée. En effet, le problème soumis au conseil comporte deux aspects. Le premier exige de «pondérer les intérêts de différents groupes, comme les parents qui ont des points de vue moraux fort différents et les enfants issus de différents types de familles»⁴⁷.

44. *Surrey*, par. 190 (juge LeBel).

45. Les dispositions pertinentes prescrivaient que, parmi les ressources documentaires pouvant être utilisées figuraient «celles qui, selon le conseil, conviennent aux élèves, individuellement ou en groupe»: *Surrey*, par. 34.

46. *Surrey*, par. 4 (juge McLachlin).

47. *Ibid.*, par. 10.

Le second «comporte une dimension touchant les droits de la personne»⁴⁸, puisque le conseil scolaire doit, en vertu des dispositions qui lui attribuent ses pouvoirs, agir de manière compatible avec des valeurs de tolérance et de respect des différences. La juge est d'avis que le conseil dispose d'une expertise importante quant au premier aspect, étant donné que «[s]es membres, en tant que représentants élus, ont l'obligation d'incorporer les points de vue de la collectivité au processus décisionnel relatif à l'éducation. Le conseil est mieux placé que la cour pour comprendre les préoccupations de la collectivité»⁴⁹. Par contre, elle considère que les «cours de justice sont bien placés pour résoudre des problèmes liés aux droits de la personne»⁵⁰. L'objectif poursuivi par le législateur, le troisième critère, comporte lui aussi des éléments divergents. Certes, en déléguant au conseil scolaire le pouvoir d'approuver des ressources documentaires d'apprentissage, le législateur voulait «permettre à la collectivité locale de participer au choix»⁵¹ de ces ressources. Pour la juge, «[l]e conseil scolaire est le mieux placé pour déterminer quels types de familles et d'enfants habitent le district et quelles ressources répondront le mieux à leurs différents besoins, ce qui invite à la retenue»⁵². Par contre, la loi exige que le pouvoir discrétionnaire soit conforme à des normes liées à la tolérance et au respect de la diversité, et le respect de ces exigences doit faire l'objet d'un contrôle plus important de la part des cours. Enfin, le critère de la nature du problème milite aussi en faveur d'une norme de retenue moins élevée:

Il est vrai que la question n'implique pas l'application stricte de règles de droit ou l'interprétation de la loi, et que le législateur a voulu que le conseil scolaire et par conséquent la société aient leur mot à dire dans le choix des ressources documentaires. Toutefois [...] il ne s'agit pas simplement d'un cas où le conseil scolaire doit pondérer des intérêts divergents dans la collectivité. Il s'agit d'un cas où il doit décider comment tenir compte des préoccupations de certains parents de la collectivité dans le contexte d'un plus vaste programme de tolérance et de respect à l'égard de la diversité.⁵³

La juge conclut que la décision du conseil scolaire est déraisonnable. Tout d'abord, en cédant aux préoccupations de certains membres de la collectivité quant à la moralité des unions homosexuelles, le conseil n'a pas respecté les exigences de laïcité et de tolérance énon-

48. *Ibid.*, par. 11.

49. *Ibid.*, par. 10.

50. *Ibid.*, par. 11.

51. *Ibid.*, par. 12.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*, par. 13.

cées dans la loi qui lui confère ses pouvoirs. En ce sens, la décision «était déraisonnable dans le contexte du système d'enseignement prescrit par le législateur»⁵⁴. Ensuite, la décision était contraire au règlement pertinent, qui exigeait que les décisions du conseil tiennent compte des besoins des diverses collectivités existant au sein du district scolaire et se limite à examiner la pertinence du matériel. Or, la décision contestée ne tenait pas compte de la collectivité formée des familles «homoparentales» et elle ne portait pas sur la pertinence des ressources, comme l'exigeait la loi, mais sur la question de savoir si ces dernières étaient nécessaires à l'atteinte des objectifs du programme. Enfin, la décision découlait de l'application de critères issus d'une «interprétation erronée» des dispositions législative et réglementaire applicables. Pour la juge:

Ces erreurs ont entaché la décision du conseil scolaire d'un vice fondamental. [...] Le seul libellé qui compte est celui de la Loi et du programme d'études. Il met l'accent sur la tolérance et l'inclusion et accorde une grande importance à la discussion sur tous les groupes familiaux et à la compréhension à leur égard. Le rejet de ces valeurs par le conseil scolaire doit être considéré comme un acte grave. [...] Je conclus que la décision du conseil scolaire de ne pas approuver les manuels proposés [...] est déraisonnable, le conseil n'ayant pas agi conformément à la *School Act*.⁵⁵

Le juge LeBel considère quant à lui que l'utilisation de l'approche pragmatique et fonctionnelle est inutile dans les circonstances puisque la décision du conseil «est si contraire à sa loi constitutive qu'elle est non seulement déraisonnable mais encore illégale»⁵⁶ et ne pourrait donc être maintenue même en vertu de la norme la moins

54. *Ibid.*, par. 59.

55. *Ibid.*, par. 72-73. Le juge Gonthier, à l'opinion duquel souscrit le juge Bastarache, est d'accord avec l'utilisation de l'approche pragmatique et fonctionnelle au cas sous étude ainsi que sur la norme de contrôle applicable, mais conclut que la décision du conseil respecte la norme de la raisonabilité. Il propose en fait une interprétation différente de certains des termes employés dans les textes pertinents (notamment «laïcité» et «non confessionnelles»), qui permet de conclure que la décision du conseil se défend. Plus précisément, il est en désaccord avec la juge en chef lorsqu'elle reproche au conseil scolaire d'avoir tenu compte de l'opinion des parents, car à son avis, «[l]es préoccupations des parents constituaient une considération valide et laïque»: *Surrey*, par. 161 (juge Gonthier). Le conseil devait en tenir compte, dans la mesure où les parents ont un droit constitutionnel de prendre les décisions concernant l'éducation de leurs enfants et que le conseil constitue un instrument auquel ils délèguent l'exercice de ce droit à l'école: voir *Surrey*, par. 102 et s., où le juge Gonthier rappelle les principes liés aux responsabilités et aux droits des parents à l'égard de l'éducation de leurs enfants.

56. *Surrey*, par. 189 (juge LeBel).

sévère. Il rappelle que le conseil doit exercer ses pouvoirs «selon des principes strictement laïques et non confessionnels»⁵⁷ et que, «quelle que soit l'interprétation plausible»⁵⁸ de la loi à cet égard, elle ne peut justifier une décision fondée sur les «croyances religieuses et morales de certains parents – l'homosexualité est répréhensible – qui les amènent à refuser que leurs enfants soient exposés à des livres d'histoires illustrant des familles homoparentales»⁵⁹. De façon plus générale, le juge LeBel exprime des doutes sur l'utilité de l'approche pragmatique et fonctionnelle dans un contexte différent de celui dans lequel cette approche s'est développée:

Lorsque l'organisme administratif dont les décisions sont contestées est non pas un tribunal administratif, mais plutôt un corps élu doté du pouvoir délégué de prendre des décisions de politique générale, *la fonction première des cours de justice consiste à décider s'il a agi dans les limites du pouvoir dont il est investi*. Elles doivent respecter la responsabilité de ces organismes de servir ceux qui les ont élus et, en règle générale, *elles interprètent de façon libérale les pouvoirs que leur confère la loi*. Les décisions ou actions de tels organismes seront invalidées si elles outrepassent *nettement* les limites expresses ou implicites de leurs pouvoirs. En l'espèce, l'application automatique d'un critère établi en fonction d'un type d'organisme administratif tout à fait différent non seulement est inutile, mais peut aussi engendrer des difficultés sur le plan pratique et des incertitudes quant à savoir dans quels cas il peut y avoir contrôle judiciaire.⁶⁰

Il réitère l'approche traditionnellement adoptée pour la révision d'une décision municipale, qui consiste à déterminer si le pouvoir de décider existe, et non si la municipalité a interprété ses dispositions habilitantes de façon manifestement déraisonnable. Les cours doivent donc se limiter à vérifier si le décideur agit dans les limites de ses pouvoirs et laisser une marge de manœuvre au décideur d'agir comme il le souhaite à l'intérieur de ces limites: «Le besoin [d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle] est moins pressant dans un cas comme celui-ci, où il s'agit essentiellement de résoudre une question de légalité dont la solution dépend de l'interprétation du pouvoir conféré par la Loi»⁶¹. Cette approche permet d'éviter l'«ingé-

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*

59. *Ibid.* Il est d'ailleurs intéressant de constater que le juge Gonthier cite des commentaires de parents qui sont loin de faire intervenir des considérations religieuses et homophobes, alors que les extraits choisis par le juge LeBel expriment de telles idées. Comparer les paragraphes 127 et 213.

60. *Surrey*, par. 191 (juge LeBel).

61. *Ibid.*, par. 204.

rence excessive»⁶² dans les fonctions du conseil et de maintenir la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif⁶³.

* * *

L'affirmation catégorique de la juge en chef, selon laquelle la révision des décisions des corps élus comme le conseil scolaire *doit* s'effectuer suivant l'approche pragmatique et fonctionnelle, contraste avec l'argumentation qu'elle propose ensuite pour conclure que la décision est déraisonnable. En effet, les motifs de la juge McLachlin traduisent plutôt l'application de l'approche traditionnelle au contrôle de la discrétion: elle cherche à déterminer la véritable interprétation des limites fixées par la loi, tout en admettant qu'à l'intérieur de ces limites, le conseil est libre de décider comme il l'entend. Elle affirme, par exemple, que la décision du conseil sera déraisonnable «si son processus décisionnel l'a entraîné à l'extérieur des limites *fixées par le législateur*»⁶⁴ et elle conclut que «[l]e conseil scolaire a outrepassé le mandat conféré par la *School Act* en n'appliquant pas les critères qui sont établis dans celle-ci et dans son propre règlement»⁶⁵. En fait, plusieurs passages de l'opinion de la juge en chef traduisent une conception traditionnelle du rôle de la Cour en matière de révision du pouvoir discrétionnaire. Le raisonnement mis de l'avant par les juges qui disent appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle est en fait très similaire à celui proposé par le juge LeBel, qui s'y oppose.

L'ambiguïté de l'affaire Surrey: l'héritage de l'affaire Baker?

L'affaire *Surrey* en général, et l'ambiguïté de la position de la juge McLachlin en particulier, témoignent de la difficulté d'appliquer les enseignements de l'affaire *Baker*. Il est toutefois permis de penser que le caractère équivoque de la position de la juge en chef découle probablement d'une ambiguïté contenue dans l'affaire *Baker* elle-même. La juge L'Heureux-Dubé y indiquait que «des normes de contrôle empreintes de retenue peuvent donner au décideur discrétionnaire *une grande liberté d'action dans la détermination des 'objectifs*

62. *Ibid.*, par. 205. Voir aussi les paragraphes 194 et 201.

63. *Ibid.*, par. 205.

64. *Ibid.*, par. 56 (juge McLachlin) (nos italiques).

65. *Ibid.*, par. 2 (juge McLachlin). Voir aussi les paragraphes 48 et 61 et S. COMTOIS, *supra*, note 2, p. 122.

appropriés' ou des 'considérations pertinentes'⁶⁶ mais elle soulignait dans la foulée:

Toutefois, même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, *il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées par la loi*, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la Charte.⁶⁷

Comme l'a justement fait remarquer D.J. Mullan, il n'est pas facile de distinguer les objectifs appropriés d'une loi des limites imposées par la loi, puisque les limites de la loi sont souvent déterminées à la lumière des objectifs qu'elle vise⁶⁸. De même, *Baker* indiquait que la discrétion devait respecter «les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur»⁶⁹ tout en affirmant que les cours devaient intervenir lorsqu'une décision discrétionnaire «dépasse l'étendue du pouvoir conféré par le Parlement»⁷⁰. La Cour oscillait donc entre deux positions: exiger des tribunaux qu'ils fassent preuve de déférence à l'égard des décideurs qui se prononcent sur des questions qui affectent les limites de leur compétence, ou exiger des tribunaux qu'ils vérifient eux-mêmes les limites de cette compétence, sans égard à la position du décideur à ce sujet. À la lumière de ces considérations, l'ambiguïté de la position de la juge McLachlin est calquée sur celle de l'affaire *Baker*.

Les difficultés d'application de l'affaire *Baker* se révèlent aussi dans l'application que fait la juge de la norme de contrôle déterminée au terme de l'approche pragmatique et fonctionnelle. Dans sa décision, la juge McLachlin insiste à plusieurs reprises sur le fait que la décision du conseil scolaire met en jeu des valeurs liées aux droits fondamentaux: la tolérance et le respect de la diversité. Or, le pouvoir judiciaire considère traditionnellement qu'il lui revient de contrôler le respect de ce type d'exigence sur la base de la décision correcte, ce qui pourrait expliquer le fait que la juge semble formuler ses conclusions sur cette base plutôt que sur la norme de la raisonnable⁷¹. De plus, l'affaire *Baker* semble suggérer qu'il s'agit d'un élément qu'il revient aux tribunaux de contrôler, sur la base de la décision correcte:

66. *Baker*, par. 56 (juge L'Heureux-Dubé).

67. *Ibid.*

68. D.J. MULLAN, *supra*, note 2, p. 52.

69. *Baker*, par. 53 (juge L'Heureux-Dubé).

70. *Ibid.*, par. 55.

71. *Surrey*, par. 14 (juge McLachlin).

«même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément [...] aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la Charte»⁷². Cela pourrait justifier l'application que fait la juge des principes énoncés.

Cependant, la présence de questions liées aux droits de la personne avait déjà été prise en compte par la juge dans son analyse des critères de l'approche pragmatique et fonctionnelle, qui l'avait conduite à conclure à l'application de la norme de la déraisonnabilité. Comme nous l'avons vu en effet, deux éléments principaux soutiennent l'analyse des critères de l'approche pragmatique et fonctionnelle à laquelle procède la juge McLachlin. D'une part, le conseil scolaire est revêtu d'une légitimité politique, qui lui confère une position privilégiée pour tenir compte des intérêts divergents qui s'affrontent dans ce genre de décision. D'autre part, l'exercice de ces pouvoirs doit s'effectuer conformément à des valeurs liées aux droits fondamentaux (la tolérance et le respect de la diversité). Par ailleurs, la présence de considérations liées aux droits fondamentaux des enfants notamment, n'avait pas empêché la juge L'Heureux-Dubé d'appliquer effectivement la norme de la décision déraisonnable dans l'affaire *Baker*, favorisant ainsi la déférence quant à la détermination des limites de la compétence du décideur. Il est donc difficile de concilier l'affirmation de la juge dans l'affaire *Surrey*, selon laquelle l'approche pragmatique et fonctionnelle s'impose pour contrôler les décisions des autorités élues, avec l'application que fait la juge de la norme de contrôle.

Il n'est donc pas simple d'appliquer l'affaire *Baker*, et *Surrey* témoigne du défi considérable auquel ont à faire face les tribunaux appelés à mettre en pratique ses enseignements. On aurait pu cependant s'attendre à ce que la juge McLachlin s'inspire de son opinion minoritaire dans l'affaire *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville de)*⁷³. Dans sa dissidence en effet, la juge avait elle-même pavé la voie à l'adoption de l'approche pragmatique et fonctionnelle aux décisions des autorités élues, en soulignant l'importance de faire preuve de «retenue» à l'égard de l'interprétation de l'étendue des pouvoirs municipaux. Comme cette dissidence avait été reprise avec approbation par la Cour dans l'affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*⁷⁴, rendue quelques mois

72. *Baker*, par. 56 (juge L'Heureux-Dubé).

73. [1994] 1 R.C.S. 231 [ci-après *Shell*].

74. [2001] 2 R.C.S. 241.

après l'affaire *Baker*, la Cour laissait entendre que cette opinion minoritaire reflétait l'approche la plus compatible avec l'orientation énoncée par cette dernière décision.

Dans l'affaire *Shell*, la compagnie contestait la légalité de résolutions adoptées par le conseil municipal de la ville de Vancouver, dont l'objet consistait à la priver de la possibilité de conclure des contrats avec la ville tant et aussi longtemps qu'elle maintiendrait des activités commerciales en Afrique du Sud. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom d'une majorité de cinq juges, conclut que les résolutions étaient illégales parce qu'elles excédaient la compétence de la ville. Pour le juge, «l'exercice des pouvoirs légaux d'une municipalité, quelle que soit leur classification, peut faire l'objet d'un contrôle dans la mesure où il s'agit de déterminer si elle a agi dans les limites de sa compétence»⁷⁵ et la détermination de ces limites revient aux tribunaux qui les contrôlent suivant la norme de la rectitude⁷⁶. La juge McLachlin, porte-parole des quatre juges dissidents, adopte une approche différente. Elle considère que le contrôle judiciaire des pouvoirs des municipalités doit s'effectuer selon «une norme libérale et fondée sur la retenue»⁷⁷. Cette approche présente le grand avantage de s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence de la Cour:

[Elle] concorde avec la méthode que notre Cour a adoptée dans sa jurisprudence en ce qui concerne le contrôle judiciaire d'organismes administratifs. [...] La Cour a souligné, à maintes reprises, la nécessité d'être sensible au contexte et à l'expertise particulière des tribunaux administratifs. Dans les cas où cette expertise est établie, il peut convenir de faire preuve de retenue *même à l'égard de l'interprétation que le tribunal administratif donne des pouvoirs que lui confère la loi* [...]. *Il est difficilement justifiable d'assujettir les décisions de conseillers municipaux concernant le bien-être des citoyens à une norme de contrôle plus stricte que celle applicable aux décisions de commissions ou d'organismes non élus constitués en vertu d'une loi.*⁷⁸

Elle ajoute que, pour les fins du pourvoi, il suffit d'affirmer que le contrôle judiciaire se limite aux cas évidents, mais qu'il est possible que le contrôle judiciaire des décisions des municipalités évolue de manière analogue à celui des décisions des tribunaux administratifs:

En d'autres termes, on pourrait soutenir, par analogie avec le contrôle judiciaire des tribunaux administratifs, qu'à moins que *l'interprétation*

75. *Shell*, p. 273 (juge Sopinka).

76. *Ibid.*, p. 273. Le juge invoque ici l'affaire *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674.

77. *Ibid.*, p. 247 (juge McLachlin).

78. *Ibid.*, p. 246-247 (nos italiques).

*qu'une municipalité donne de ses pouvoirs ne soit «manifestement déraisonnable» au sens d'être empreinte de mauvaise foi ou d'être de quelque autre manière abusive, il y a lieu de la maintenir.*⁷⁹

En l'espèce, la juge conclut que les résolutions de la ville n'excèdent pas ses pouvoirs, puisqu'une interprétation libérale des dispositions législatives pertinentes permet de conclure qu'elle pouvait prendre des mesures visant «non seulement les besoins immédiats, mais aussi le bien-être psychologique des citoyens en tant que membres de la collectivité intéressés à exprimer leur identité collective»⁸⁰. En d'autres termes, il n'était pas *évident* que la municipalité n'avait pas le pouvoir d'adopter les résolutions contestées.

Bref, la juge considère essentiellement que la Cour ne peut pas simplement se poser la question de savoir si les résolutions sont ou non fondées sur des motifs étrangers aux intérêts des citoyens (comme le soutient le juge Sopinka), parce que la question consiste précisément à savoir ce que sont ces intérêts⁸¹. Citant le juge Estey dans *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*⁸², elle se dit d'avis qu'en «ce qui concerne l'intérêt public, les tribunaux ont reconnu que c'est le conseil municipal qui, connaissant bien la situation locale, est le mieux placé pour déterminer ce qui est ou ce qui n'est pas dans l'intérêt public»⁸³.

La persistance de la dualité droit-discrétion

De façon plus générale, l'affaire *Surrey* atteste de la persistance de la dualité droit-discrétion en matière de contrôle judiciaire, que l'affaire *Baker* suggérait pourtant d'abandonner. Comme nous l'avons vu, cette dualité a conduit les tribunaux à aborder le contrôle judiciaire de la discrétion en délimitant les contours de la compétence sur la base d'une interprétation correcte des textes attributifs de pouvoirs et à éviter d'intervenir dans le fond des décisions⁸⁴. Paradoxalement, en même temps que l'affaire *Surrey* atteste de la persistance de la dualité, elle fournit des arguments additionnels qui confirment la nécessité de l'abandonner. En effet, l'affaire *Surrey* illustre très bien la difficulté de distinguer le droit de la discrétion, et confirme par le

79. *Ibid.*, p. 248.

80. *Ibid.*, p. 252.

81. *Ibid.*, p. 258.

82. [1945] R.C.S. 234.

83. *Shell*, p. 258 (juge McLachlin).

84. Voir *supra*, partie I.

fait même la nécessité de cesser de concevoir le contrôle judiciaire de façon différente dans l'un et l'autre cas.

Dans l'affaire *Surrey*, la loi pertinente conférait au conseil scolaire du district de Surrey le pouvoir discrétionnaire d'approuver les ressources documentaires qui «selon le conseil, conviennent aux élèves»⁸⁵, mais ce pouvoir devait s'exercer de manière compatible avec un certain nombre de normes, comme celles qui affirmaient que le conseil devait agir suivant des principes inspirés de valeurs liées à la tolérance et au respect des différences. Déterminer «ce qui convient» aux élèves implique un jugement basé sur des considérations de natures multiples, alors que l'obligation de décider à la lumière de valeurs liées aux droits fondamentaux est plus facilement associée à un exercice juridique⁸⁶. S'il est difficile, sinon presque impossible, de distinguer les décisions discrétionnaires des décisions fondées sur le droit, il devient difficile de justifier une différence d'approches sur la base d'une telle distinction.

L'affaire *Shell* fournit un exemple additionnel de cette difficulté. La Cour devait interpréter la légalité de la résolution de la ville à la lumière d'une disposition législative qui habilitait les municipalités à «pourvoir au bon gouvernement de la ville»⁸⁷, c'est-à-dire à «prendre des mesures au profit ou pour le bien-être des habitants de la ville»⁸⁸. Cette question en apparence juridique est en fait imbue de considérations discrétionnaires, dans la mesure où ce qui favorise le bien-être des citoyens dépend d'un nombre indéterminé de considérations qui ne sont pas seulement de nature juridique. Par ailleurs, il n'est pas évident non plus que, même dans l'hypothèse où les limites peuvent s'établir à la suite d'un exercice d'interprétation proprement juridique, les décisions qui sont prises par les municipalités se limitent à des considérations discrétionnaires. Elles peuvent, par exemple, avoir des incidences sur les droits protégés par la Charte, ce qui peut justifier l'intervention judiciaire. Par conséquent, maintenir une dichotomie entre des décisions selon qu'elles se fondent sur le droit ou sur la discrétion n'est pas plus simple à faire lorsque les décisions sont prises par des organismes composés de représentants élus que ce ne l'est pour les décisions d'organismes administratifs.

85. Voir *supra*, note 45.

86. Le juge LeBel le fait lui-même remarquer lorsqu'il souligne que la décision du conseil scolaire «a une dimension politique et une dimension juridictionnelle»: *Surrey*, par. 200 (juge LeBel).

87. *Shell*, p. 252 (juge McLachlin).

88. *Ibid.*

À première vue, l'analyse pragmatique et fonctionnelle est susceptible de passer outre à cette difficulté, en fondant le degré de contrôle judiciaire sur un ensemble d'éléments contextuels. Mais cette approche est-elle conçue pour s'appliquer aux corps élus? Le juge McLachlin, et sept autres juges avec elle, considèrent que oui, le juge LeBel est d'avis contraire. La résistance du juge LeBel à l'égard de l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle aux décisions des corps élus repose sur deux arguments essentiels. Le premier tient au fait que cette approche s'est développée pour le contrôle de décisions d'une nature substantiellement différente de celle que rendent les corps élus et qu'elle se transpose mal des unes aux autres. Le deuxième réside dans l'importance de maintenir une séparation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique. Pour les fins du présent texte, nous limiterons nos commentaires au premier argument.

Le juge LeBel souligne que les critères que comporte l'approche pragmatique et fonctionnelle se transposent difficilement aux décisions des autorités élues. En fait, les critères du régime législatif et de la nature du problème nous semblent pouvoir se transposer sans les dénaturer. Quant aux clauses privatives, bien qu'elles ne soient pas d'emblée présentes dans les lois qui confèrent des pouvoirs à des décideurs comme les municipalités et les commissions scolaires, elles ne sont pas impossibles à concevoir dans de tels cas. Ainsi, à l'époque de l'affaire *Shell*, la Charte de la ville de Vancouver comportait une disposition de cette nature⁸⁹. Le critère le plus problématique est celui de l'expertise. À l'origine, ce critère visait à rendre justice aux compétences et aux connaissances spécialisées que détenaient les membres siégeant à divers organismes administratifs, comme les instances liées aux relations du travail ou aux commissions des valeurs mobilières. L'idée qui sous-tendait la reconnaissance de l'expertise était que les experts étaient souvent davantage en mesure que les tribunaux d'interpréter des dispositions législatives qui relevaient de leur expertise. La notion de déférence n'impliquait pas que la Cour abandonnait, au profit des experts, son rôle de vérifier la légalité des décisions, mais exigeait de la Cour qu'elle prenne au sérieux et qu'elle respecte les avis de ces derniers; qu'elle admette, en d'autres termes, que d'autres puissent, dans certains cas, être mieux éclairés sur la décision à prendre.

89. En effet, l'article 148 de la *Vancouver Charter* prescrivait que: «Les règlements et les résolutions que le conseil adopte dûment et de bonne foi dans l'exercice de ses pouvoirs ne sont pas contestables devant les tribunaux, ou ne peuvent être déclarés nuls ou invalides en totalité ou en partie, en raison du caractère déraisonnable ou supposé tel de l'ensemble ou de l'une ou l'autre de leurs dispositions»: *Shell*, p. 266.

L'application de ce critère aux corps élus mérite réflexion. Le fait qu'un décideur soit composé de représentants élus milite probablement en faveur d'une plus grande autonomie, mais le fondement de cette autonomie n'est pas tant l'«expertise» telle que définie plus haut, que la légitimité politique. La justification de l'autonomie est donc apparemment différente selon qu'elle est utile à des corps élus ou à des tribunaux administratifs. Lorsque le décideur est composé d'experts qui détiennent des connaissances spécialisées dans un domaine précis, l'autonomie qui leur est conférée se justifie sur le fait que la meilleure réponse à une question juridique risque d'être fournie par ce décideur. Lorsque le décideur est composé de gens élus démocratiquement, et qui sont redevables directement devant leur électorat, la justification de la marge d'autonomie qui leur est confiée est justifiée par le fait qu'ils sont mieux placés pour comprendre les préoccupations de la collectivité qu'ils représentent. De plus, comme ils sont directement imputables à leurs électeurs, ces derniers exercent un contrôle adéquat de l'exercice de leurs pouvoirs. On pourrait donc soutenir que la notion d'expertise telle que développée dans le cadre initial de l'approche pragmatique et fonctionnelle n'avait rien à voir avec la position qu'occupe un décideur élu. Elle visait plutôt à justifier le principe selon lequel les cours n'ont pas le monopole de l'interprétation du droit.

Est-il possible de transposer ce critère aux cas des décisions des organismes élus, sans le dénaturer? Le juge Gonthier fait un lien entre ces deux types d'expertise: «la décision d'approuver ou non les manuels oblige le conseil à pondérer les intérêts de différents groupes, fonction qui est au cœur même de son expertise en tant qu'organisme représentatif élu localement»⁹⁰.

Rappelons ici que l'objectif visé par l'approche «pragmatique et fonctionnelle», comme son nom l'indique, était d'éliminer les exercices de qualification théorique (la décision est-elle juridictionnelle ou intrajuridictionnelle?) au profit d'une approche pratique qui permettait de répondre à la véritable question (les cours doivent-elles ou non réviser la décision en cause?). Sous cet angle, la question qui se pose à l'égard des décisions des corps élus est la même: elle consiste à déterminer le degré de contrôle qui doit s'exercer sur leurs décisions. Avant l'affaire *Baker*, on considérait que les tribunaux ne devaient pas contrôler judiciairement le fond des décisions discrétionnaires, car de telles décisions mettaient en jeu des considérations purement politi-

90. *Surrey*, par. 142 (juge Gonthier).

ques, étrangères aux affaires qui relevaient de la fonction judiciaire. Mais dans la mesure où l'on doute de la possibilité de dissocier complètement le droit de la discrétion, le contrôle ne peut plus se faire sur la base d'une approche qui suppose l'existence d'une telle séparation. Dans cette perspective, la légitimité de la transposition du critère de l'expertise au cas des décisions des corps élus ne nous semble pas *a priori* impossible à justifier. Cependant, la mise en pratique de ce critère exige qu'il soit appliqué en tenant compte de l'objet précis de l'expertise dans chaque cas: les cours doivent déterminer les éléments à l'égard desquels le décideur est effectivement mieux placé pour décider, à la lumière du type de problème considéré.

S'il était possible d'établir que les décisions des corps élus ont des caractéristiques immuables qui permettent de les différencier des décisions des autres composantes de l'Administration publique, il serait possible de prétendre qu'elles peuvent faire l'objet d'un contrôle différent des autres décisions. Mais l'affaire *Baker* nie précisément qu'il soit possible de faire une telle distinction. Comme il n'est pas possible d'affirmer que les décisions des corps élus sont fondées exclusivement sur des considérations de nature politique, il n'est pas non plus possible de déterminer une fois pour toutes que le contrôle de leurs décisions doit toujours se faire suivant la même norme.

La question qui se pose ensuite consiste à déterminer la mesure dans laquelle s'établit la légitimité démocratique. En d'autres termes, si le critère de l'expertise est étendu à la notion de la légitimité démocratique, quelles sont les qualités nécessaires à l'établissement de la légitimité démocratique? Par exemple, les commissions scolaires jouissent-elles du même niveau de légitimité démocratique que les municipalités? Peut-on penser que les décisions du gouvernement sont revêtues de la légitimité démocratique au sens où le sont les municipalités et les commissions scolaires? Ces questions suggèrent que l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle pour la révision des décisions des corps élus est préférable à une approche qui suppose qu'il est possible de regrouper tous les corps élus dans une même catégorie et de contrôler leurs décisions de la même façon. Cette approche permet, en d'autres termes, de tenir compte des particularités contextuelles de chaque cas, y compris de la nature de la légitimité invoquée.

CONCLUSION

L'émergence de l'approche pragmatique et fonctionnelle s'est produite dans le cadre précis des décisions quasi judiciaires rendues par des tribunaux administratifs. Il pouvait difficilement en être autrement puisque pendant longtemps, nous l'avons vu, le contrôle des décisions discrétionnaires ne faisait pas l'objet d'une révision analogue aux décisions fondées sur le droit. L'approche pragmatique et fonctionnelle était dictée par la nécessité de faire preuve de déférence à l'égard du travail des tribunaux administratifs appelés à interpréter le droit, alors que la presque absence de révision du fond des décisions discrétionnaires était dictée par la nécessité de tenir le pouvoir judiciaire éloigné des considérations purement politiques qui en constituaient le fondement. Le caractère particulier de l'approche était donc lié à la conviction qu'il existait une différence fondamentale entre le droit et la discrétion. Mais l'affaire *Baker* suggère de mettre fin à cette dualité, en raison du fait que la plupart des décisions comporte à la fois des éléments de droit et des éléments discrétionnaires. S'il est impossible de distinguer les deux, il est difficile de soutenir que l'on puisse distinguer les approches visant à en effectuer le contrôle. Cependant, le fait de soutenir, en principe, l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle pour le contrôle des décisions discrétionnaires comme celle rendues par les corps élus, n'élimine en rien la difficulté de passer de la théorie à la pratique, comme en témoigne l'opinion de la juge McLachlin dans l'affaire *Surrey*.

