

L'approche dite « pragmatique et fonctionnelle » retenue à la Cour suprême du Canada!

Fernand Morin

Volume 25, numéro 1, mars 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1056405ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1056405ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, F. (1994). L'approche dite « pragmatique et fonctionnelle » retenue à la Cour suprême du Canada! *Revue générale de droit*, 25(1), 95–111.
<https://doi.org/10.7202/1056405ar>

Résumé de l'article

Depuis l'arrêt *Bibeault*, la Cour suprême du Canada tente de circonscrire le champ de compétence des tribunaux spécialisés du travail à l'aide d'une grille d'analyse qu'elle qualifie de « pragmatique et fonctionnelle ». Aussi, cherchons-nous à savoir si cette démarche permet d'obtenir des résultats assez certains et suffisamment prévisibles pour que l'on puisse, du même coup, connaître ou reconnaître les réelles coordonnées de la réserve judiciaire à l'endroit des tribunaux spécialisés du travail. À ces fins, nous rappelons la définition de cette démarche qu'en donnèrent certains membres de la Cour suprême puis, l'application qu'ils en firent en quatre arrêts récents.

Cette première partie permet par la suite d'effectuer une analyse critique de la démarche réellement retenue par ces mêmes juges. Il s'agit alors de savoir comment les usagers d'une même grille d'analyse et qui se veut pragmatique et fonctionnelle, aboutissent néanmoins à des dissidences, à des résultats divergents.

On peut comprendre que le simple usage d'un même instrument ou moyen ne peut être une garantie de la qualité du résultat ni davantage, qu'il sera le même sans égard à l'instrumentiste. Outre la démarche suivie, ce qui importe avant tout et d'abord consiste à bien cerner la question. Cette dernière donne l'orientation générale, impose ses propres contraintes et conduit inéluctablement son auteur à un résultat qui lui est tributaire. Si cet énoncé répond d'une logique simple, il explique également qu'en ces arrêts les juges dissidents ne partagèrent pas la question retenue par leurs collègues de la majorité. Tout en empruntant la même démarche d'analyse pragmatique et fonctionnelle, on ne peut être surpris que leurs conclusions diffèrent. Puisque nous ne faisons pas de « psychologie judiciaire », nous évitons de tenter de savoir pourquoi ou comment ces juges posèrent respectivement autrement la question à laquelle ils croyaient devoir répondre. À tout le moins, on ne saurait être convaincu de la justesse d'une conclusion du tribunal de contrôle du simple fait de l'emploi de l'approche pragmatique et fonctionnelle. En chaque cas, il nous faut aussi analyser la qualité de la question choisie et la démarche suivie en chacune des étapes pour mieux apprécier ou jauger la conclusion finalement retenue.

L'approche dite « pragmatique et fonctionnelle » retenue à la Cour suprême du Canada!

FERNAND MORIN

Professeur, Relations industrielles
Université Laval, Québec

RÉSUMÉ

Depuis l'arrêt Bibeault, la Cour suprême du Canada tente de circonscrire le champ de compétence des tribunaux spécialisés du travail à l'aide d'une grille d'analyse qu'elle qualifia de « pragmatique et fonctionnelle ». Aussi, cherchons-nous à savoir si cette démarche permet d'obtenir des résultats assez certains et suffisamment prévisibles pour que l'on puisse, du même coup, connaître ou reconnaître les réelles coordonnées de la réserve judiciaire à l'endroit des tribunaux spécialisés du travail. À ces fins, nous rappelons la définition de cette démarche qu'en donnèrent certains membres de la Cour suprême puis, l'application qu'ils en firent en quatre arrêts récents.

Cette première partie permet par la suite d'effectuer une analyse critique de la démarche réellement retenue par ces mêmes juges. Il s'agit alors de savoir comment les usagers d'une même grille d'analyse et qui se veut pragmatique et fonctionnelle, aboutissent néanmoins à des dissidences, à des résultats divergents.

ABSTRACT

Since the Bibeault case, and by using an analytical chart which it described as "pragmatic and functional", the Supreme Court of Canada is attempting to narrow the range of competence of specialized labour tribunals. Does this way of functioning allow us to obtain sure and predictable results so that we may at the same time, recognize the real coordinates of judicial reserve in regards to specialized labour tribunals? With this objective in mind, we will examine the Supreme Court's definition of this procedure, and the way it was applied in four recent cases.

This first part allows us to critically analyze the procedure that really was used by these judges. It is important to understand how it is that those who used the analytical charts, which are supposed to be pragmatic and functional arrived to diverging results.

On peut comprendre que le simple usage d'un même instrument ou moyen ne peut être une garantie de la qualité du résultat ni davantage, qu'il sera le même sans égard à l'instrumentiste. Outre la démarche suivie, ce qui importe avant tout et d'abord consiste à bien cerner la question. Cette dernière donne l'orientation générale, impose ses propres contraintes et conduit inéluctablement son auteur à un résultat qui lui est tributaire. Si cet énoncé répond d'une logique simple, il explique également qu'en ces arrêts les juges dissidents ne partageront pas la question retenue par leurs collègues de la majorité. Tout en empruntant la même démarche d'analyse pragmatique et fonctionnelle, on ne peut être surpris que leurs conclusions diffèrent. Puisque nous ne faisons pas de « psychologie judiciaire », nous évitons de tenter de savoir pourquoi ou comment ces juges posèrent respectivement autrement la question à laquelle ils croyaient devoir répondre. À tout le moins, on ne saurait être convaincu de la justesse d'une conclusion du tribunal de contrôle du simple fait de l'emploi de l'approche pragmatique et fonctionnelle. En chaque cas, il nous faut aussi analyser la qualité de la question choisie et la démarche suivie en chacune des étapes pour mieux apprécier ou jauger la conclusion finalement retenue.

We can understand that the simple use of the same instrument or means will not guarantee the quality of the result nor that it will be the same one regardless of the person using the instrument. The most important thing, other than the procedure, is the delimitation of the question. The latter indicates the general orientation, imposes its own constraints and brings forward a result that can only be attributed to its author. This explains why in these cases the dissenting judges did not share the majority's question. Although they used the same pragmatical and functional approach, we can not be surprised that their conclusions differ. We will not attempt "judicial psychology", and will avoid analyzing the reasons which explain the different ways that these judges respectively asked the question that they later had to answer. Nevertheless, the fact that the pragmatic and functional approach was used is not enough to convince us of the control tribunal's conclusions. In every case, we have to analyze the quality of the chosen question and the followed procedure, step by step, in order to better appreciate or judge the final decision.

SOMMAIRE

Introduction	97
I. L'approche pragmatique et fonctionnelle selon les versions de la Cour suprême du Canada.....	98
A. Version abstraite de l'approche	98
B. Version concrète de l'approche	100

II. Analyse critique de l'approche pragmatique et fonctionnelle.....	103
A. Portée et limites intrinsèques de l'approche.....	103
B. Résultats pratiques de l'approche	106
Conclusion.....	111

INTRODUCTION

Le contrôle judiciaire ultime des décisions des tribunaux spécialisés s'effectue, depuis cinq ans, à l'aide d'une approche déjà qualifiée par le juge Beetz de « pragmatique et fonctionnelle »¹. Bien qu'elle ne soit pas exclusive, cette nouvelle démarche écarta quelque peu le critère de « l'erreur manifestement déraisonnable » dont on faisait alors grand usage². L'intérêt que la Cour suprême du Canada semble maintenant accorder à cette nouvelle méthode soulève ces deux questions : — S'agirait-il d'une simple mode judiciaire et qui ne serait alors qu'éphémère ou, est-ce enfin la véritable démarche permettant une analyse intellectuellement plus profonde et judiciairement plus féconde que celles auparavant retenues? — Les résultats déjà obtenus par l'emprunt de cette grille d'analyse laissent-ils croire que l'on pourrait bientôt aboutir à mieux circonscrire les champs de compétence respectifs des tribunaux spécialisés ce qui permettrait dorénavant de déceler avec plus de certitude et de sécurité la décision susceptible d'évocation et celle où les tribunaux judiciaires refuseraient d'intervenir? En d'autres termes, la démarche serait-elle suffisamment certaine pour que l'on puisse maintenant connaître les réelles et fonctionnelles coordonnées de la réserve judiciaire à l'endroit des tribunaux spécialisés?

À cette double fin ou pour mieux apprécier les qualités de cette approche pragmatique et fonctionnelle notamment à l'égard des tribunaux spécialisés du travail, nous rappelons d'abord l'explication qu'en donnèrent certains juges qui en firent usage, puis nous analysons les résultats auxquels ces mêmes protagonistes aboutirent à l'égard des affaires dont ils furent saisis. En somme, nous essayons de déterminer si cette démarche est vraiment pragmatique et fonctionnelle et si elle peut atteindre les objectifs qu'elle annonce par son double préqualificatif.

On ne saurait être surpris de ce questionnement puisqu'il est de commune connaissance que plusieurs juges des tribunaux de contrôle ont déjà manifesté un certain agacement par la présence des tribunaux spécialisés du travail et que le juge Estey rappela en ces termes : « Pendant de nombreuses années, il y a

1. *U.E.S. c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048-1127. Nous le commentons sous le titre « D'un entrepreneur à un autre, l'accréditation ne suit pas », (1989) 44 *Relat. ind.* 315 et à *Jurisprudence commentée en droit du travail*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, p. 590.

2. Dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, la Cour suprême du Canada soulignait le bien-fondé de ce critère permettant ainsi de contenir l'interventionnisme des tribunaux de contrôle. Nos commentaires sous les titres : « Le raisonnable déraisonnable ou la rationalité du raisonnable », (1985) 40 *Relat. ind.* 646 et « Le rationnel et le raisonnable : deux nécessités distinctes et conjuguées en droit », (1986) 41 *Relat. ind.* 578 et aussi, G. PÉPIN, « Les erreurs juridictionnelles et intrajuridictionnelles devant la Cour suprême du Canada, (1985) 45 *R. du B.* 117.

eu une rivalité à peine déguisée entre les cours traditionnelles et des tribunaux établis en vertu de loi [...] »³. Ces frictions se traduisirent fort souvent par l'évocation des décisions des tribunaux spécialisés dès que les conclusions de ces derniers ne coïncidaient pas suffisamment à celles que souhaitaient les juges de contrôle. Pour cette raison, la Cour suprême tente, depuis plus de dix ans, de rappeler les tribunaux judiciaires à plus de réserve en enseignant qu'ils ne disposent pas des « [...] connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière du travail »⁴ et que le législateur décida qu'en ces matières, l'intervention d'un tribunal spécialisé était préférable. Dès 1980, feu le juge en chef Laskin illustra également qu'il ne pouvait suffire à un juge de déclarer que l'arbitre ou le commissaire n'avait pas répondu à la bonne question pour justifier sa mainmise; malheureuse tendance qu'il qualifia de « syndrome de la mauvaise question »⁵. Ainsi, la recherche de la meilleure méthode pour établir les seuls cas où les tribunaux judiciaires devraient intervenir dans l'exercice du contrôle des décisions des tribunaux spécialisés demeure une constante préoccupation de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel. Pour ces raisons, il nous apparaît utile d'apprécier la véritable portée de cette approche « pragmatique et fonctionnelle ». Nous tentons de le faire en considérant ces quatre facettes complémentaires les unes aux autres : ce qu'on en dit et l'usage qu'on en fit à la Cour suprême, puis les limites intrinsèques et les résultats réels de ce moyen d'analyse et d'appréciation.

I. L'APPROCHE « PRAGMATIQUE ET FONCTIONNELLE » SELON LES VERSIONS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Avant d'analyser la portée véritable de cette approche, nous rappelons, à l'aide d'extraits, la définition qu'en donnèrent ses usagers et l'application qu'ils en firent en quatre circonstances distinctes.

A. VERSION ABSTRAITE DE L'APPROCHE

Dans l'arrêt *U.E.S. c. Bibeault*, monsieur le juge Beetz souligna que la notion de l'erreur manifestement déraisonnable pouvait encore convenir pour traiter du contrôle intrajuridictionnel, mais fort moins pour établir le tracé des limites de la compétence d'un tribunal spécialisé. En ce dernier cas, il écarta aussi la notion dite de « conditions préalables » en raison des glissements que peut commettre le juge de contrôle en empruntant cette voie. En somme, il reconnaissait que le juge de contrôle devait principalement déterminer si le législateur put avoir voulu qu'une « [...] telle matière relève de la compétence conférée au tribunal »⁶. Pour y répondre, il retint une méthode qu'il qualifia lui-même de pragmatique et fonctionnelle comportant cinq volets :

À cette étape, la cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence du tribunal administratif, mais également l'objet de la loi

3. *Douglas Aircraft co. of Canada Ltd c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, p. 268.

4. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (Alberta), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 416.

5. *Volvo Canada Ltée c. Syndicat international des travailleurs-unis de l'automobile*, [1980] 1 R.C.S. 178, p. 194.

6. *U.E.S. c. Bibeault*, *supra*, note 1, p. 1087, e.

qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.⁷

Peu après, monsieur le juge LaForest faisait sienne cette même approche pragmatique et fonctionnelle dans l'arrêt *Caimaw*⁸.

Dans l'affaire *Canada P.G. c. A.F.P.C.*, monsieur le juge Sopinka fit également usage de l'approche pragmatique et fonctionnelle telle qu'articulée en cinq volets⁹. Il parut cependant perturbé par la dissidence du juge Cory qui déclarait aussi emprunter cette même démarche : « La méthode pragmatique et fonctionnelle permet, à mon avis, à une cour d'aborder d'une façon raisonnablement souple et respectueuse la compétence des tribunaux administratifs dans le cas où un tribunal a statué sur sa propre compétence »¹⁰.

Tout comme le fit le juge Cory dans l'arrêt précédent, madame le juge L'Heureux-Dubé retint l'approche pragmatique et fonctionnelle pour motiver sa dissidence dans l'affaire *Mossop* et partageait l'opinion du juge Beetz au sujet des difficultés inhérentes à toute tentative de circonscrire la compétence *stricto sensu* d'un tribunal spécialisé : « [...] Il n'y a malheureusement pas de règle simple pour répondre à ces questions étant donné la nature fluide du concept de compétence et les multiples façons dont la compétence est conférée aux tribunaux administratifs »¹¹.

Même après cinq ans d'expérience, monsieur le juge LaForest dira encore que cette démarche permet d'aborder la question de contrôle « sous un nouveau jour » puisqu'elle incite l'analyste à aller « [...] au-delà de ces constructions théoriques et de procéder à une analyse plus pragmatique et fonctionnelle, axée sur l'intention du législateur »¹². Après une étude de la loi visée — le premier des 5 volets de l'approche —, monsieur le juge LaForest aborda néanmoins de front les quatre autres facteurs (l'objet de la loi, la raison d'être du tribunal spécialisé, l'expertise de ses membres et la nature du problème soumis à ce même tribunal) : « [...] En l'espèce tout au moins, j'estime que ces facteurs sont tellement entremêlés, qu'il convient d'en faire une analyse globale »¹³. Notons que madame L'Heureux-Dubé avait peu avant abordé la question d'une façon inverse, c'est-à-dire qu'elle crut nécessaire de décortiquer la portée de chacun de ces cinq volets à l'aide d'une multitude de sous-questions :

Il faut donc en premier lieu examiner la loi et répondre à de nombreuses questions. Quel est l'objet de l'organisme administratif? À quels besoins sociaux répond-il? Quelle est l'étendue des pouvoirs qui lui ont été conférés? Ces pouvoirs sont-ils définis en termes généraux ou circonscrits? L'organisme a-t-il des pouvoirs d'élaboration de politiques? Le libellé de la loi indique-t-il le degré de retenue dont il faut faire preuve? Y a-t-il une clause privative?

7. *Id.*, p. 1088, h.

8. *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 983, notamment aux pages 1000 à 1002. Bien que dissidentes en ce même arrêt, mesdames les juges L'Heureux-Dubé et Wilson reconnaissent néanmoins l'à-propos de cette approche pragmatique et fonctionnelle tirée de l'affaire *U.E.S. c. Bibeault*, *supra*, note 1, pp. 1020 et 1088.1.

9. *Procureur général du Canada c. A.F.P.C.*, [1991] 1 R.C.S. 614, pp. 630-635.

10. *Id.*, p. 657, h.

11. *Procureur général du Canada c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 603, c.

12. *Dayco (Canada) Ltée c. Syndicat des travailleurs de l'automobile*, [1993] R.C.S. 230, p. 259, f.

13. *Id.*, p. 265, h.

Deuxièmement, il est utile de mettre clairement l'accent sur l'organisme dont la décision est attaquée. S'agit-il d'un organisme spécialisé? L'organisme a-t-il développé une jurisprudence qui lui sert de guide et de précédent? Comment se fait la sélection des membres et comment ceux-ci participent-ils à la prise de décisions? Le contexte dans lequel les membres travaillent leur offre-t-il une sensibilisation à un domaine ou d'autres avantages?

Troisièmement, la nature du problème soumis est également importante. La question relève-t-elle explicitement ou implicitement des pouvoirs de l'organisme? L'organisme a-t-il besoin de connaissances spécialisées pour répondre à la question qui lui a été soumise? La question porte-t-elle sur un contexte spécifique ou est-elle d'application générale? Le problème est-il susceptible d'une seule réponse « juste » ou existe-t-il une gamme d'interprétations possibles et raisonnables? L'intégrité du processus administratif exige-t-elle que le problème soit réglé par l'organisme administratif? Y a-t-il des raisons de croire qu'une cour de justice serait mieux placée pour répondre à la question? Le problème porte-t-il sur une question d'interprétation constitutionnelle qu'il ne conviendrait pas de laisser à l'appréciation d'un organisme administratif?¹⁴

Ces quelques citations permettent de constater que ces juges, au nom de la majorité ou des dissidents, manifestent une grande confiance en cette approche et tentent mutuellement de nous convaincre et de nous rassurer qu'il s'agit d'un excellent moyen pour circonscrire le champ propre d'un tribunal spécialisé, du moins pour les fins de l'exercice d'un sage et judicieux contrôle judiciaire. Il devient alors intéressant de voir d'un peu plus près l'usage pratique qu'ils en firent.

B. VERSION CONCRÈTE DE L'APPROCHE

Fort de la description de l'approche pragmatique et fonctionnelle et des qualités que lui reconnaissent ses usagers ou protagonistes, considérons maintenant si ses résultats sont conformes à ce qu'on laisse entendre par son double qualificatif. Par la suite, nous pourrions, en un deuxième temps, apprécier l'efficacité de cette démarche en dégageant ses véritables qualités et ses limites de fonction.

Dans l'arrêt *U.E.S. c. Bibeault*, le juge Beetz concluait que l'interprétation du commissaire du travail « [...] est erronée et que les erreurs sont d'ordre juridictionnel » (p. 1082, d). Au soutien de cette assertion, il faisait valoir que :

- l'effet de l'article 45 *C.t.*, la substitution du titulaire à la fonction d'employeur, serait automatique ou de plein droit et ainsi, la fonction du commissaire « [...] se limite à constater la transmission des droits et obligations garantis à l'article 45 » (p. 1091, i). En somme, le rôle confié au commissaire se confinerait à la simple application de l'article 45 *C.t.*, sans plus (p. 1092, a);
- le rôle du commissaire serait secondaire et son intervention ne serait que facultative parce que laissée à la discrétion de la partie qui en ressent le besoin (p. 1093, b);
- l'effet de cet article 45 *C.t.* ne dépendrait nullement de « [...] l'évaluation des faits et du droit à laquelle parvient le commissaire [...] » (p. 1093, j);
- la question soumise vise des concepts à connotation civiliste tel que « aliénation » et « concession » et ces notions « [...] ne requièrent aucune compétence particulière de la part de l'instance administrative [...] comme peuvent le faire la détermination du caractère représentatif d'une association [...] » (p. 1097, e).

14. *Procureur général du Canada c. Mossop*, *supra*, note 11, p. 605, (a-h).

Malgré ce réductionnisme des fonctions du commissaire, le juge Beetz admettait qu'il devait néanmoins s'assurer que les conditions de l'article 45 sont satisfaites (p. 1095, j) et qu'il pouvait interpréter l'article 45 bien que cela ne conférerait pas plus d'ampleur à son champ propre : « [...] son pouvoir de constater la transmission des droits et des obligations est plutôt administratif en ce qu'il clarifie auprès des tiers les droits et les obligations respectifs des parties à la transmission » (p. 1096, a et propos réitéré à la p. 1098, b).

Fort de cette argumentation, le juge Beetz résumait ainsi sa compréhension générale de l'intention du législateur, la question principale en l'occurrence, en conférant pareille mission au commissaire :

Le libellé des art. 45 et 46, le contexte législatif de ces articles et le domaine de l'expertise du commissaire du travail se conjuguent pour indiquer clairement que le législateur ne voulait pas que la décision du commissaire au sujet de l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise soit déterminante (p. 1098, b).

Soulignons, pour l'instant, que cette conclusion s'harmonise à ses prémisses et, en conséquence, notre analyse devra porter principalement sur ces dernières.

Dans l'affaire *A.F.P.C.*, le juge Cory rendit compte de sa compréhension de cet arrêt *U.E.S. c. Bibeault* en ces termes : « Pour arriver à la conclusion que l'art. 45 était un "article juridictionnel", le juge Beetz s'est fondé sur deux facteurs. Premièrement, la compétence limitée accordée au commissaire du travail et, deuxièmement, l'absence d'expertise nécessaire pour répondre à la question posée à la Commission du travail »¹⁵. Dans ce même arrêt *A.F.P.C.*, le juge Cory dissident et le juge Sopinka, au nom de la majorité, utilisèrent tous deux cette grille d'analyse pragmatique et fonctionnelle bien qu'ils aboutirent à des conclusions opposées :

Monsieur le juge Sopinka : « Il n'y a, ni dans l'art. 33, ni même dans la Loi, aucune disposition qui confère à la Commission compétence exclusive pour déterminer, en fonction de sa propre expertise, qui est un employé » (p. 631, c).

Monsieur le juge Cory : « Un examen de tous ces facteurs m'amène à conclure que la Commission n'a pas excédé sa compétence. Elle a agi dans le cadre de son domaine d'expertise et a exercé son mandat lorsqu'elle a conclu que les enseignants de "Econosult" étaient vraiment membres de l'unité de négociation. Rien ne justifie une cour de modifier sa décision pour ce motif » (p. 662, c).

Dans l'arrêt *Mossop*, madame la juge L'Heureux-Dubé aboutissait aussi à une conclusion opposée à celle de la majorité (4/3) :

Pour ce qui est de la question précise qui nous occupe, le Tribunal a conclu que la relation de monsieur Mossop pouvait être visée par l'expression « situation de famille ». Pour en arriver à cette conclusion, le Tribunal s'est fondé sur son interprétation de sa loi constitutive, son examen des témoignages d'experts, la preuve déposée au dossier et le mandat que lui confère la Loi. Le Tribunal a la compétence et l'expertise nécessaire pour interpréter les motifs de distinction prévus à sa loi constitutive; en conséquence, sauf si l'interprétation donnée à l'expression « situation de famille » est manifestement déraisonnable, la Cour doit faire preuve de retenue et ne pas modifier l'interprétation qui en est faite.¹⁶

En d'autres termes, on concluait qu'en ce cas, seule la règle de contrôle intrajuridictionnel pouvait s'appliquer soit l'erreur manifestement déraisonnable.

15. *Procureur général du Canada c. A.F.P.C.*, *supra*, note 9, p. 662, h.

16. *Procureur général du Canada c. Mossop*, *supra*, note 11, p. 611, (b-e).

Monsieur le juge LaForest devait déterminer, dans l'affaire *Dayco*, « [...] s'il s'agit d'une question de compétence ou d'une question qui relève de la compétence, en recourant à la méthode pragmatique et fonctionnelle tirée de l'arrêt *Bibeault* »¹⁷. Il rejeta élégamment l'approche proposée par le juge Cory dissident en cette même affaire :

Il est nécessaire d'examiner attentivement si une question touche la compétence si on veut atteindre l'objectif, partagé par le juge Cory, de limiter le contrôle excessif des tribunaux administratifs. Le juge Cory affirme, à la p. 8, que les règles liées à la norme de contrôle devraient être simples, directes et faciles à suivre. Même si cela paraît être un objectif souhaitable, comme le juge Beetz l'a reconnu tout à fait à bon droit dans *Bibeault*, ce qui est apparent en théorie est parfois complexe en pratique; il faut parfois plus d'efforts et d'explications détaillées pour déterminer ce qui constitue ou ce qui ne constitue pas une question de compétence.¹⁸

Peu après, le juge LaForest précisait davantage son approche :

Je ne saurais accepter que les cours de justice s'en remettent machinalement à un tribunal administratif simplement à cause de la présence d'une clause qui précise que les décisions ont force de chose jugée et [...] lient les parties ou sont définitives. Ces clauses d'inévocabilité peuvent indiquer clairement qu'on s'en remet à un tel tribunal, mais il y a lieu également de les considérer dans le contexte du genre de question et de la nature et de l'expertise du tribunal en cause.¹⁹

Cette approche du juge LaForest contraste d'une façon éclatante avec celle retenue par le juge Cory alors dissident et qui s'exprimait ainsi :

Il convient particulièrement d'appliquer cette norme stricte de retenue aux décisions administratives rendues dans le domaine des relations du travail, par des tribunaux, des commissions ou des arbitres. Dans ce domaine explosif et délicat, la décision d'un arbitre choisi par les parties ou celle d'une commission des relations du travail qui est souvent composée de représentant du syndicat et de l'employeur qui ont une vaste expérience dans le domaine, devrait être finale et exécutoire à moins d'être vraiment manifestement déraisonnable.²⁰

Puis, il répondit au juge LaForest quant à ses distinctions sur les termes utilisés pour assurer l'inévocabilité des décisions des tribunaux administratifs :

Ouvrir la porte à de nombreuses et diverses interprétations judiciaires en des termes d'une clause privative pour déterminer si elle a une nature plus ou moins privative ne peut qu'encourager une prolifération de litiges et retarder interminablement le règlement final. Cela irait à l'encontre du but des législateurs qui, peu importe les termes qu'ils aient choisi « ayant force de chose jugée et liant les parties ou définitives », tentaient d'empêcher les tribunaux de modifier les décisions des commissions du travail ou des tribunaux du travail créés par la loi. En fait, le règlement rapide et final de ces litiges devrait être la préoccupation majeure. Cette restriction serait évidemment assujéti aux droits et à l'obligation des tribunaux judiciaires de contrôler ces décisions pour l'un ou l'autre des trois motifs déjà exposés.²¹

Ces morceaux choisis des uns et des autres et extirpés des mêmes arrêts permettent, à tout le moins, de constater que l'emploi de la même voie ne conduit pas nécessairement au même lieu. Au contraire, elle permit à ces juges d'élaborer

17. *Dayco (Canada) Ltée, supra*, note 12, p. 267, j.

18. *Supra*, note 12, p. 268, a.

19. *Id.*, p. 268, g.

20. *Id.*, p. 310, i (juge CORY).

21. *Id.*, p. 311, c (juge CORY).

leur argumentation respective au soutien de conclusions assez opposées les unes aux autres et, avec la même apparente assurance. On ne saurait en être surpris si nous nous arrêtons quelque peu à la portée potentielle de cette approche pragmatique et fonctionnelle.

II. ANALYSE CRITIQUE DE L'APPROCHE PRAGMATIQUE ET FONCTIONNELLE

Ce bref rappel de l'exercice du contrôle judiciaire par l'approche pragmatique et fonctionnelle nous incite maintenant à discuter de ses qualités et de ses limites. Nous voulons tenter de mieux saisir la logique inhérente à ces diverses démarches judiciaires que cette approche put donner prise, les sous-entendus ou ellipses qu'elle occulte, les rationalisations qu'elle engendre et la dialectique qu'elle suscite entre les juges du plus haut tribunal.

A. PORTÉE ET LIMITES INTRINSÈQUES DE L'APPROCHE

Il est de commune connaissance que les mêmes instruments et les mêmes matériaux peuvent être utilisés à des fins fort différentes et que le seul fait de leur emploi ne peut suffire à garantir la qualité du produit²². De même, en est-il en droit de l'usage de toutes techniques, méthodes, critères, grilles d'analyse, canons d'interprétation et ce, d'autant plus que l'on fait appel à des concepts, à des schèmes et que l'on argumente selon la méthode discursive. Pour ces raisons, il importe certes de bien circonscrire les limites de la méthode d'analyse retenue pour éviter, par extrapolations, sous-entendus ou ellipses, de conférer aux résultats obtenus des qualités qu'elle ne peut produire. Ne dit-on pas que l'esprit vole dans l'absolu alors que la vie réelle se cramponne au relatif. Aussi, faut-il apprécier la qualité du produit de l'esprit à l'aune de ses effets pratiques et ce, d'autant plus que cette démarche se déclare « pragmatique et fonctionnelle ».

La méthode pragmatique et fonctionnelle demeure une grille d'analyse susceptible de permettre d'aborder une question selon un ordre logique en imposant à l'analyste de suivre un cheminement qui prend en compte les principaux composants d'une situation complexe sans en escamoter quelques-uns par inadvertance ou empressement. Informé de l'emploi de cette même méthode, le lecteur ou l'interlocuteur devrait aussi pouvoir mieux suivre la démonstration présentée et mieux apprécier la qualité des conclusions retenues. En effet, ne sommes-nous pas en un domaine où le législateur édicte quelques droits et obligations, retient certaines règles de jugement ou impose un comportement spécifique dont la sanction, si nécessaire, est confiée à un organisme spécialisé pourvu souvent de moyens particuliers et notamment d'une importante latitude d'appréciation et dont les membres bénéficient d'une expertise certaine et que le législateur jugea préférable qu'il en soit ainsi plutôt que confier ces affaires au processus judiciaire ordinaire. Dans de telles conditions, il convient, pour le bon ordre et la justice, que les tribunaux judiciaires exercent leur contrôle avec la plus grande retenue. Cet énoncé par-

22. Le menuisier et le sculpteur utilisent de semblables ciseaux et le boulanger et l'enfant emploient respectivement l'eau et la farine et pourtant, en chacun de ces quatre cas, le produit ne peut-il pas être fort différent!

tagé, croyons-nous, par l'ensemble des juges de la Cour suprême du Canada, connaît néanmoins des difficultés dès qu'il s'agit d'en faire une transposition concrète.

Nous partageons aussi l'avis que ces cinq volets de l'approche pragmatique et fonctionnelle devraient permettre que l'on se saisisse de cette réalité, c'est-à-dire que l'on puisse se convaincre qu'il s'agit effectivement d'une question ou affaire qui relève vraiment du champ de compétence que le législateur voulut qu'elle soit tranchée par le tribunal spécialisé désigné. Ainsi, ces cinq facettes de l'analyse doivent se conjuguer à cette même fin, celle de mieux cerner l'intention présumée du législateur, ce qui signifie nettement qu'il s'agit d'une opération d'interprétation judiciaire. À ces fins, il est nécessaire que l'on prenne en compte les traits généraux de la loi visée, et notamment les dispositions constitutives du tribunal, les moyens d'intervention dont il est doté et bien évidemment, les caractéristiques du contentieux en cause. Le passage méthodique à chacune de ces étapes et la conclusion partielle qui peut alors progressivement s'en dégager devraient ainsi permettre de bien saisir à la fois la dimension strictement juridique de la question et la situation pratique en cause. Lorsque le juge de contrôle constate, au terme de ces cinq stades du processus, que la loi précise d'une façon suffisamment claire que tel recours relève bien de la compétence du commissaire du travail ou d'un arbitre²³ ne lui faut-il pas en déduire que l'ensemble des questions de droit et de fait afférentes devraient aussi relever de cette même compétence²⁴?

Il est possible cependant que le problème soumis soulève incidemment une autre question qui soit elle-même tellement importante ou de nature hors des limites habituelles du champ de compétence spécialisé. Ne serait-ce pas en pareille situation, disons quelque peu exceptionnelle, qu'il serait possible de comprendre et de retenir cette sous-question proposée par madame le juge L'Heureux-Dubé : « Y a-t-il des raisons de croire qu'une cour de justice serait mieux placée pour répondre à la question »²⁵? Car, en dehors d'une semblable situation extraordinaire, cette dernière sous-question soulèverait celle de la qualité de la décision même du législateur d'avoir confié l'affaire principale à un tribunal spécialisé²⁶!

Ainsi comprise, cette grille d'analyse répond d'une logique simple et serait susceptible d'être retenue par tout juriste sérieux, méthodique, rationnel et qui voudrait de surcroît pouvoir convaincre à l'aide de la qualité de son développement en s'adressant principalement aux attributs intellectuels de son interlocuteur et non par le simple poids hiérarchique du dispositif d'un arrêt. Cette démarche logique et rationnelle ne peut fondamentalement être nouvelle puisque le droit cherche constamment à se draper dans une semblable rigueur pour acquérir l'adhésion véritable des justiciables ou pour rendre plus supportable le poids d'un arrêt ou d'une règle.

23. À titre d'exemple, l'accréditation, l'arbitrage d'un différend ou d'un grief, le congédiement pour activité syndicale, etc.

24. Cette présomption que le juge peut normalement ainsi dégager s'autorise d'ailleurs d'une règle d'interprétation classique et même articulée à la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 5.

25. *Procureur général du Canada c. Mossop*, *supra*, note 11, troisième volet *in fine*.

26. Un tel questionnement sur l'opportunité de la règle de la part des tribunaux ne serait acceptable que pour les fins de constitutionnalité ou de la *Charte canadienne des droits et libertés* : l'approche du juge en chef Lamer l'illustre bien dans l'arrêt *Mossop*, *supra*, note 11, p. 581, i.

En bien d'autres occasions que celle du contrôle judiciaire, la Cour suprême du Canada fit appel à cette même méthode d'analyse. Ainsi, l'interprétation d'une disposition limitant l'exercice de la grève pour assurer le maintien de services publics exigeait de déterminer si cette question relevait bien de la compétence du tribunal spécialisé. À cette fin, le juge Dickson analysa la loi, sa finalité, l'intention du législateur de confier cette question à un tribunal spécialisé et d'écarter d'autant le recours aux tribunaux judiciaires, la qualité des connaissances requises de la part des membres de ce tribunal, la nature du problème pratique qui justifiait de procéder par voie d'interprétation, etc.²⁷ Cette façon de cerner la question, de s'interroger à propos de ses principales composantes et de vérifier la qualité des liens entre elles, de la pertinence et des effets ou implications des moyens retenus en fonction de la finalité recherchée et de leur contre-indication fut également la démarche suivie pour déterminer quand une restriction apportée aux libertés garanties pouvait s'autoriser de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁸. Même pour les fins de la détermination du caractère plus ou moins déraisonnable d'une décision, l'approche pragmatique et fonctionnelle peut être avantageusement utilisée. En effet, une telle qualification de « manifestement déraisonnable » ne peut être que le résultat d'une démonstration convaincante, c'est-à-dire qui soit logique, cohérente, respectueuse de la loi et des autres institutions et qui sache tenir compte de la réalité du milieu visé. Il est certes possible d'atteindre ces objectifs par cette voie méthodique et rationnelle compte tenu de la gravité de la conclusion à laquelle on peut alors aboutir soit de déclarer « manifestement déraisonnable » une démarche, une décision d'un tribunal spécialisé²⁹.

En somme, cette grille d'analyse dite « pragmatique et fonctionnelle » s'autorise parfaitement de la logique juridique, mais il ne saurait suffire d'en faire usage pour que le résultat puisse à son tour être réellement pragmatique et fonctionnel. Cette distinction entre les moyens et leurs résultats demeure importante pour éviter d'occulter les failles des conclusions ou du processus réellement suivi à l'une ou à l'autre des étapes franchies. Il en est de même de tout syllogisme qui peut revêtir l'apparence d'une construction logique et solide alors que, par de subtils glissements, sa conclusion en serait quelque peu faussée ou erratique. Pour ces raisons, on ne pouvait être surpris que des juges du même tribunal fassent également appel à cette grille d'analyse et aboutissent, comme nous l'avons déjà rappelé, à des conclusions opposées ou différentes. Cette délicate opération judiciaire de circonscrire la compétence d'un tribunal spécialisé et ainsi, d'auto-déterminer son propre degré d'intervention constitue une démarche trop complexe et trop fragile pour que l'œuvre d'une personne puisse fixer la vérité du seul fait qu'il fit usage d'une telle grille d'analyse quelle que soit par ailleurs sa valeur virtuelle. Telle est maintenant la prochaine question soulevée et qui consiste à comprendre comment ou pourquoi on en arriva néanmoins à des conclusions si opposées.

27. *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227-236.

28. *Sa Majesté la Reine et David Edwin Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103-143.

29. Ne disposant pas de critères objectifs pour établir ce qui peut à ce point choquer la raison, les demandeurs en évocation doivent proposer ce qualificatif à toutes décisions dont ils demandent la cassation et ainsi malheureusement, ce qualificatif est-il quelque peu banalisé. En de nombreux jugements, le juge présente une bonne démonstration du caractère raisonnable et juste de la décision étudiée, mais se limitera à dire qu'elle n'est pas « manifestement déraisonnable » au lieu de conclure d'une façon plus constructive comme sa propre étude l'y autoriserait.

B. RÉSULTATS PRATIQUES DE L'APPROCHE

La démarche pragmatique et fonctionnelle consiste en un exercice logique, cohérent et méthodique pour tenter de déterminer le champ de compétence propre du tribunal spécialisé. Ainsi circonscrit, il devient plus facile de justifier ou de légitimer l'intervention ou le contrôle que peut exercer le tribunal judiciaire. Parce qu'il s'agit d'une délégation dans le sens que le législateur retira de la compétence générale des tribunaux judiciaires certaines questions et recours particuliers pour les conférer à un tribunal spécialisé, il devient nécessaire d'analyser la loi et notamment les articles de délégation, le cadre général dans lequel le recours ou moyen particulier se situe, l'organisme titulaire et ses membres puis, la nature des problèmes dont il peut être saisi. En somme, cette opération tend à cerner au plus près le champ de compétence propre du tribunal spécialisé c'est-à-dire celui qui lui est véritablement cédé et dans lequel les tribunaux judiciaires ne devraient plus pénétrer à moins d'égarément manifestement déraisonnable, erratique ou abusif. N'est-ce pas pour cette raison d'ailleurs que le juge Beetz et bien d'autres juges par la suite résumaient cette question en demandant quelle pouvait être l'intention du législateur en procédant ainsi? À l'aide de ces cinq volets, il est certes plus probable que l'on circonscrive assez bien les tenants et aboutissants de cette délégation puisque les éléments que l'on peut ainsi dégager d'une telle opération bien conjuguée doivent permettre d'aboutir à une conclusion qui soit logique, cohérente, réaliste et convaincante.

À l'aide de quelques extraits déjà cités des arrêts pertinents, nous avons pu néanmoins constater les limites de ce moyen d'analyse et notamment, le fait que les résultats peuvent être tributaires de la personne qui l'emploie. À ces fins, considérons d'abord l'arrêt *U.E.S. c. Bibeault* où la question pratique portait sur l'accréditation émise à l'endroit d'un groupe de salariés œuvrant pour le compte d'un premier sous-traitant et assignés strictement à un lieu spécifique de travail (le nettoyage des écoles du donneur d'ouvrage). Il fallait alors savoir si cette accréditation liait aussi l'autre sous-traitant qui succédait au premier suite à une décision unilatérale du donneur d'ouvrage. Au plan juridique et sans égard à la réponse pratique, cette question portait directement sur la survie de l'accréditation malgré la décision prise par le donneur d'ouvrage quant au choix d'un nouveau sous-traitant. L'historique de ces articles 45 et 46 *C.t.*, l'étroite interdépendance de ces deux dispositions, la finalité de ces modalités qui écartent expressément l'application des règles civilistes de la relativité du contrat, l'exclusivité de compétence conférée au commissaire du travail en matière d'accréditation, la nécessité que des parties puissent connaître rapidement et facilement l'état du droit et de leurs obligations respectives en matière des rapports collectifs du travail (n'est-ce pas pour cette raison que son effet est de « plein droit »?) et la nécessaire stabilité des rapports collectifs du travail nous paraissent constituer des éléments incontournables pour comprendre qu'il devait revenir strictement au commissaire du travail d'établir lorsqu'il y a contestation, si l'article 45 *C.t.* produisit ses effets parce que, en l'occurrence, il s'agissait d'une concession ou aliénation totale ou partielle de l'entreprise ou, s'il en était autrement. En d'autres termes, cette décision du commissaire, quelle qu'elle soit par ailleurs, relative au maintien de l'accréditation est directement rattachée à la décision initiale et principale concernant l'accréditation et qui relève, sans conteste, de l'exclusive compétence du commissaire. Même lorsque le commissaire déclare qu'il y eut « concession » ou « aliénation » et comment pourrait-il ne pas l'affirmer ou l'infirmer pour réaliser sa mission, il faut sous-

entendre qu'une pareille prise de position est nécessairement limitée ou confinée à son objet propre, soit l'accréditation. En d'autres termes, depuis plus de trente ans (1961) le législateur lui confie cette charge de rendre « [...] toute ordonnance jugée nécessaire [...] et de régler toute difficulté découlant [...] » en pareille situation de substitution d'employeur (art. 46 *C.t.*). Notons la grande discrétion que ces deux expressions lui confèrent et le peu de retenue de la part du législateur par le double emploi de l'adverbe « tout ». Or, nous l'avons déjà souligné, le juge Beetz laissa entendre que le commissaire sortait quelque peu de son champ propre de compétence pour pouvoir traiter de l'aliénation ou de la concession alors que ces deux concepts seraient strictement à connotation civiliste. Une telle approche semble s'autoriser d'une conception étroite du droit du travail à l'égard du droit civil. De plus, il lui fallut, pour y arriver, réduire la fonction du commissaire à sa plus simple expression, soit celle du constat par voie d'un procès-verbal à l'instar d'un agent de police. Le pouvoir général de correction que lui confère l'article 46 *C.t.* principalement pour atteindre l'objectif sous-jacent de l'article 45 témoigne, croyons-nous, d'une « intention du législateur » fort plus généreuse et réaliste à l'endroit du commissaire. D'ailleurs, cette même intention dut être à nouveau manifestée après cet arrêt pour écarter son effet néfaste³⁰. Cet amendement apporté à l'article 46 *C.t.* ne saurait être assimilé à une admission implicite que le commissaire du travail ne disposait pas jusqu'alors d'un tel pouvoir. Nous y voyons davantage une mise au point rendue nécessaire pour éviter les effets multiplicateurs de cet arrêt *Bibeault*. En somme, cette grille d'analyse pragmatique et fonctionnelle ne donna pas, à notre point de vue, un résultat pratique et dynamique auquel on aurait pu s'attendre. Il en serait ainsi parce qu'il nous paraît que l'on isola l'acte de qualification juridique que devait faire le commissaire de son contexte et de sa finalité propre et peut-être, nous semble-t-il, parce que le juge Beetz ne pouvait accepter la décision finale du commissaire, puis celle du Tribunal du travail ! Il est révélateur d'ailleurs que le juge Beetz fit suivre sa première conclusion de quelques commentaires relatifs à l'erreur manifestement déraisonnable qu'il décelait aussi en cette même décision (p. 1127).

Répetons-le, nous n'affirmons nullement, *a contrario*, que le commissaire puis le tribunal prirent la bonne décision en cette affaire, mais bien que cette appréciation de la situation juridique du nouveau sous-traitant relevait de leur compétence propre et de leur expertise. Et, cette conclusion négative de la Cour suprême du Canada donnée sous l'égide de l'approche pragmatique et fonctionnelle à cette principale question justifiant son intervention surprend à nouveau alors que ce même arrêt sert, en quelque sorte, de porte-fort, sans discussion ni nuance, à d'autres membres de cette même Cour.

L'affaire *A.F.P.C.*³¹ soulevait une question pratique et juridique d'un grand intérêt et qui consistait à déterminer si les enseignants du sous-traitant Econosult œuvrant sur les mêmes lieux et exécutant pareilles prestations à celles des enseignants du donneur d'ouvrage pouvaient, de ce fait, être liés par l'accréditation et la convention collective applicables en ce milieu de travail. Notons immédiatement que le juge Sopinka, au nom de la majorité (6/7), et le juge Cory, dissident employèrent l'approche pragmatique et fonctionnelle, mais qu'ils ne répondirent pas tout à fait à la même question :

30. L.Q. 1990, c. 69, art. 2.

31. *Procureur général du Canada c. A.F.P.C.*, *supra*, note 9.

Pour le juge Sopinka, il fallait préalablement déterminer si les employés d'Éconosult « [...] étaient les employés de la Fonction publique au sens de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique » (p. 620, g).

Le juge Cory entendait préciser « [...] si la Commission des relations de travail dans la Fonction publique était compétente pour déterminer si les enseignants travaillant dans un pénitencier, conformément à un contrat du gouvernement conclu avec Éconosult Inc., faisaient partie d'une unité de négociation connue sous le nom de groupe de l'enseignement et était par conséquent des employés du gouvernement aux fins de la négociation collective » (p. 639, i).

Dans le premier cas, on veut savoir s'il s'agit de « fonctionnaires » assimilés et dans l'autre, si, pour les fins des rapports collectifs du travail (accréditation et convention collective), on pouvait intégrer les enseignants du sous-traitant à l'unité d'accréditation des fonctionnaires enseignant en ce même milieu de travail. Certes, une réponse positive à la question du juge Sopinka vaudrait pareillement à la question du juge Cory (le plus comprend toujours le moins) alors que l'inverse, une réponse positive à la question du juge Cory ne pouvait produire le même effet à l'égard de la première. Partant de questions distinctes, ces deux analyses élaborées expressément selon la même démarche pragmatique et fonctionnelle abordèrent l'ensemble de l'affaire à des niveaux fort différents. Le tracé des deux argumentations ressemble à celui de deux courbes apparaissant sur un même graphique et comportant la même sinuosité, bien qu'elles partent respectivement de deux niveaux différents. Il paraît alors évident que leur point d'aboutissement ne pouvait être le même, d'où la dissidence.

Pour la majorité, les textes de loi et notamment la définition d'employé et les règles relatives à l'embauche des fonctionnaires rendaient impossible de concevoir que le tribunal administratif pouvait, de sa propre compétence, trancher d'autorité ces questions et éviter de surplus le contrôle judiciaire. Alors que le juge Cory voulut, à l'instar de la Commission, se limiter à la dimension factuelle des relations du travail :

La Commission a souligné, dans ses motifs, qu'il était nécessaire de rejeter la forme et d'examiner le contenu de la relation. Elle a conclu qu'il existait une véritable relation employeur-employé entre le Solliciteur général et les enseignants fournis par Éconosult malgré l'existence du contrat (p. 642, g).

D'une certaine manière, le juge Cory assimile cette affaire à celle soulevée dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick* et emprunte une démarche semblable à celle du juge Dickson³². En somme, il s'en tient principalement à la dimension des relations du travail :

[...] Les enseignants d'Éconosult ont demandé que la Commission les déclare, aux fins de la négociation collective, membres de la même unité de négociation que les personnes au service du Solliciteur général. En rendant sa décision sur la question de savoir si les enseignants qui exécutaient le même travail dans le même établissement devaient faire partie de la même unité de négociation, la Commission a exercé une fonction [...] [p. 660, i] [...]

[...] Par conséquent, le texte de la Loi, pris en son ensemble et particulièrement l'article 98, m'amène à conclure que la commission était compétente pour déterminer si les enseignants d'Éconosult étaient des membres de l'unité de négociation [p. 661, a].

32. *Supra*, note 27.

Compte tenu de la question principale déjà retenue et signalée, le juge Sopinka conclut d'une façon tout à fait différente :

[...] Ayant adopté une approche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter ces dispositions, j'arrive à la conclusion que le Parlement n'a pas eu l'intention d'attribuer à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui ne sont pas membres de la Fonction publique [p. 630, f].

[...] La conclusion, sans plus, qu'ils sont des employés du gouvernement du Canada excéderait clairement la compétence attribuée par l'article 33 et contredirait directement l'article 8 de la Loi sur l'emploi qui réserve expressément cette compétence à la Commission de la Fonction publique [p. 633, c].

Le juge Sopinka considéra que la démarche du juge Cory aboutissait à conférer à ces enseignants un statut hybride soit de fonctionnaire que pour les fins des relations du travail, situation qui le rebutait :

[...] La création d'une telle catégorie spéciale de fonctionnaires susciterait un certain nombre de problèmes qui amènent à conclure que la création de cette troisième catégorie est incompatible avec l'objet des dispositions législatives considérées sous l'angle d'une analyse pragmatique et fonctionnelle (p. 633, h).

Ce bref parallélisme illustre qu'il ne sert à rien de discourir davantage si le point de départ des interlocuteurs n'est pas le même malgré le fait que les arguments avancés par chacun puissent être isolément fort sérieux et rationnels. En somme, l'important demeure la qualité ou la pertinence de la question initiale. Plus on la situe dans l'abstrait, plus on doit rechercher une réponse qui embrasse grand et plus on réduit, par voie de conséquence, le champs réservé du tribunal spécialisé. Cet arrêt *A.F.P.C.* détermine que la Commission ne pouvait s'arroger le pouvoir de conférer le statut de fonctionnaire à des employés d'un sous-traitant tout comme, dans l'arrêt *Bibeault*, on nia la compétence propre du commissaire du travail à qualifier la transaction à l'aide de notions de nature strictement civile. Pour départager, nous devrions pouvoir déterminer laquelle des deux questions initiales étaient celle effectivement posée à la Cour suprême du Canada. Ce n'est certes pas l'approche pragmatique et fonctionnelle qui peut aider à faire ce choix bien qu'elle servit à fournir deux réponses contraires. À notre avis, il nous paraît certain que ce sous-groupe d'enseignants ne tentait pas, par ce recours, d'acquérir le statut de fonctionnaires, mais fort plus à bénéficier de conditions de travail semblables à leurs véritables collègues de travail. Si tel était le vrai débat, nous pouvons comprendre que le tribunal spécialisé put y voir l'extension normale de l'unité d'accréditation et de la convention collective applicables en ce lieu de travail, sans pour cela établir que le donneur d'ouvrage devenait, en toute chose, l'employeur des enseignants du sous-traitant et ces derniers, des fonctionnaires assimilés. Monsieur le juge Cory n'en affirma pas davantage en suivant en cela la démarche pragmatique et fonctionnelle.

Dans l'arrêt *Mossop*, il ne s'agissait pas de savoir si la convention collective accordait un congé de deuil suite au décès d'un parent du conjoint de même sexe. Le texte conventionnel était suffisamment fort explicite à l'effet contraire et c'est pourquoi d'ailleurs, on s'interrogeait à savoir si le refus du congé à l'égard du conjoint de même sexe constituait une discrimination fondée sur la « situation de famille » du salarié. Le tribunal canadien des droits de la personne y ayant décelé un acte discriminatoire, a imposé réparation et prohibé la répétition d'un tel refus parce qu'il conclut que le couple homosexuel constituait une famille. La question est d'autant plus intéressante que ce tribunal administratif se fonda sur une concep-

tion concrète, disons sociologique, de l'expression « situation de famille » alors que la Cour fédérale d'appel retint exclusivement l'approche juridique d'un tel statut. Madame le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, considéra qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir puisque la décision du tribunal spécialisé avait agi dans le cadre qui est le sien et que sa conclusion ne lui apparaissait pas déraisonnable³³. Bien qu'il souscrivit aux motifs de la majorité, monsieur le juge LaForest voulut néanmoins répondre à ce motif de dissidence parce que, selon lui, les décisions de ce tribunal « [...] ne sont pas à l'abri de la surveillance générale des cours de justice » (p. 584, e) et notamment « [...] les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable » (p. 585, h). À ces fins, le juge LaForest détermina ainsi l'intention du législateur :

[...] Sur le plan humain, on peut certainement soutenir que les couples homosexuels, dans une relation à long terme, devraient bénéficier du congé de deuil offert aux couples hétérosexuels; toutefois, il s'agit là d'une question qu'il appartient au législateur de trancher [p. 586, e] [...].

[...] Comme le fait remarquer le Juge en chef, si l'on examine la preuve extrinsèque, rien ne montre que le législateur avait l'intention d'englober les couples de même sexe [p. 586, j].

Les extraits déjà rappelés de l'arrêt *Dayco*³⁴ indiquent bien une divergence sérieuse de compréhension générale de la mission de contrôle des tribunaux judiciaires. D'ailleurs, le juge Cory l'admit clairement dès les premières lignes de sa dissidence : « [...] nous ne sommes pas d'accord quant à la position qui devrait être adoptée en matière de contrôle judiciaire des décisions des commissions, tribunaux et arbitres qui œuvrent dans le domaine des relations du travail »³⁵. La question soumise était des plus délicates puisqu'elle vise le droit au recours à l'arbitrage par des ex-salariés à la retraite et se réclamant de droits leur résultant d'une convention collective alors expirée. L'approche des deux juges fut diamétralement opposée bien qu'ils empruntèrent cette même grille d'analyse. Pour l'un, au nom de la majorité, le tribunal de contrôle devait exercer une surveillance bien qu'il existe une disposition de non-évocabilité alors que le juge dissident s'en tenait aux trois seuls cas où pareille intervention serait acceptable : le tribunal n'a pas à assurer l'équité en matière de procédure ou, il a outrepassé les limites de sa compétence conférée par sa loi habilitante ou encore, il a rendu une décision manifestement déraisonnable³⁶.

Cet arrêt *Dayco* illustre, on ne peut mieux, que l'instrument, en l'occurrence l'approche pragmatique et fonctionnelle, permet certes une analyse méthodique et rationnelle, mais qu'elle n'est pas une garantie de la qualité du résultat. En effet, l'approche personnelle du juge, son véritable point de départ ou la question sous-entendue et qui l'anime vraiment et ses appréhensions au sujet des implications possibles d'une conclusion plutôt qu'une autre peuvent modifier sensiblement le résultat terminal³⁷.

33. *Supra*, note 16.

34. *Supra*, note 12.

35. *Id.*, p. 306, c.

36. *Id.*, p. 307, g.

37. Dans l'arrêt *A.F.P.C. supra*, note 9, un des principaux motifs du juge Sopinka n'est-il pas son appréhension de constituer autrement « [...] une espèce de fonctionnaire de fait qui ne serait ni chair ni poisson »! (p. 633, g)

CONCLUSION

Il serait donc d'un intérêt certain de comprendre mieux pourquoi ou comment tel juge put choisir une question à laquelle il crut devoir répondre et aussi, pourquoi la question retenue diffère de celle des autres membres du tribunal par ailleurs tous saisis du même dossier. Pour éluder ce problème, la « psychologie judiciaire » pourrait sans doute nous être d'un précieux recours, mais cette voie dépasse nos propres moyens. Sans commettre un tel égarement professionnel, nous pouvons néanmoins croire que le choix de la question peut dépendre de la sensibilité du juge au droit du travail, de ses expériences et connaissances en ce domaine et peut-être, de son anticipation plus ou moins avouée de la réponse possible qu'il recherche ou encore, de l'orientation qu'il souhaiterait éviter, etc. Quoi qu'il en soit, nos propos au sujet des écarts entre les questions retenues en ces cas illustrent bien que là se situe le nœud du problème et qui n'est nullement rattaché, du moins directement, à celui de la méthode suivie laquelle ne serait qu'instrumentale.

En somme, on ne saurait être convaincu de la justesse d'une conclusion du tribunal de contrôle du simple fait de l'emploi de l'approche pragmatique et fonctionnelle. En chaque cas, il nous faut aussi analyser la qualité de la question choisie et la démarche suivie en chacune des étapes pour mieux apprécier ou jauger la conclusion finalement retenue. Pourrions-nous vraiment être surpris d'un tel constat alors que déjà au XVIII^e siècle, Descartes observait ce même phénomène : « [...] la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies et ne considérons pas les mêmes choses »³⁸. C'est ainsi que s'expliquent fort souvent les dissidences alors que les deux argumentations que présentent les juges des groupes majoritaire et minoritaire peuvent être respectivement fort rationnelles, logiques, cohérentes et même convaincantes si on ne tient pas compte de leur point de départ respectif, la question à laquelle ils croient devoir répondre. Reconnaissons aussi que l'approche pragmatique et fonctionnelle doit permettre de mieux saisir l'intention du législateur, une notion qui demeure volatile et qui revêt une certaine subjectivité de la part de celui même qui entend la fixer³⁹.

38. *Discours de la méthode*, Paris, Classique Larousse, 1934, p. 9.

39. À ce même sujet, voir les observations de madame le juge L'Heureux-Dubé, *Hills c. Procureur général du Canada*, [1988] 1 R.C.S. 513, p. 541.