

## Les Cahiers de droit



# La « discrétion administrative » à la vie dure

Henri Brun

Volume 16, numéro 3, 1975

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042047ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042047ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brun, H. (1975). La « discrétion administrative » à la vie dure. *Les Cahiers de droit*, 16(3), 723–731. <https://doi.org/10.7202/042047ar>

## La « discrétion administrative » à la vie dure

Henri BRUN \*

*Howarth v. Commission nationale des libérations conditionnelles,*

Cour suprême, 11 octobre 1974.\*\*

*Prata v. Ministre de la main-d'œuvre et immigration*

Cour suprême, 28 janvier 1975.\*\*\*

*Saulnier v. Commission de police du Québec*

Cour suprême, 13 février 1975.

Au milieu de 1974 il était possible, en anticipant un peu, bien sûr, de commencer à parler de la mort de la « discrétion administrative »<sup>1</sup>. Par l'entremise principale du juge Thurlow, de la Cour d'appel fédérale, une jurisprudence anglaise récente<sup>2</sup> semblait en voie de faire son entrée au Canada<sup>3</sup>. Moins d'une année plus tard, il faut se rendre à l'évidence que la majorité des juges, sinon tous les juges, de la Cour suprême du Canada, continuent d'adhérer fermement à l'idée que certaines décisions exécutives puissent être prises sans être soumises au respect de quelque norme « procédurale » que ce soit. Si le décès et l'héritage ne sont pas pour demain, au moins le moribond perd-il progressivement des forces. Certains secteurs de l'activité exécutive, comme l'administration de la justice criminelle et l'immigration, continuent d'être des lieux privilégiés de la « discrétion administrative ». Les tribunaux n'osent guère examiner la façon suivant laquelle les autorités exécutives exercent leurs pouvoirs en ces matières. En revanche, la Cour suprême apparaît disposée à ne plus s'en remettre à certains critères purement formels pour fonder son attitude. Ainsi, semble-t-

\* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

\*\* Rapporté, depuis, à 50 D.L.R. (3d) 349.

\*\*\* Rapporté, depuis, à 52 D.L.R. (3d) 383.

1. Voir H. BRUN, « La mort de la "discrétion administrative" », (1974) 52 *R. du B. Can.* 426.

2. Voir, en particulier, *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 940 (H.L.), aux pp. 946 et 998; *Durayappah v. Fernando*, [1967] 2 A.C. 337 (P.C.), aux pp. 348 et 349; *Re H.K.*, [1967] 2 Q.B. 617 (C.A.), à la p. 630; *R. v. Gaming Board, ex p. Benaim*, [1970] 2 W.L.R. 1009 (C.A.), à la p. 1016.

3. Voir *Blais v. Ministre Basford*, [1972] C.F. 151 (appel), à la p. 162; *Blais v. Ministre Andras*, [1973] C.F. 182 (appel), à la p. 183; et, surtout, *Lazarov v. Secrétaire d'État du Canada*, [1973] C.F. 927 (appel), à la p. 938.

il, il ne suffirait plus qu'une autorité soit formellement dépourvue de pouvoirs décisionnels pour que ses procédures échappent à tout contrôle judiciaire.

Les décisions rendues récemment par la Cour suprême du pays dans les affaires *Howarth*, *Prata* et *Saulnier* permettent de faire le point en ces termes.

### L'affaire Howarth

Les faits essentiels de l'affaire *Howarth* sont les suivants. Lenard John Howarth, un détenu, avait pu profiter d'une libération conditionnelle. Quelque deux ans plus tard, l'autorité en la matière, la Commission des libérations conditionnelles, a ordonné sa réincarcération. Elle n'a toutefois pas informé Howarth des motifs de la révocation de sa libération ni ne lui a donné l'occasion de se faire entendre à ce sujet. En conséquence, Howarth a demandé à la Cour d'appel fédérale d'user des pouvoirs que lui confie l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>4</sup> pour annuler la décision de la Commission. Sa requête a été rejetée<sup>5</sup> et il en a appelé à la Cour suprême.

En octobre 1974, la Cour suprême a rejeté l'appel de Howarth<sup>6</sup>. Le juge Pigeon a alors exprimé des motifs auxquels ont souscrit les quatre autres juges de la majorité (sur huit), soit les juges Martland, Judson, de Grandpré et Beetz.

Le premier motif sur lequel s'appuie le juge Pigeon, pour conclure au rejet de l'appel, est l'existence d'une décision récente de la Cour suprême sur la même question. En 1965, la Cour suprême a en effet jugé, dans l'arrêt *McCaud*, que la révocation d'une libération conditionnelle ne pouvait donner lieu à *habeas corpus* pour défaut d'audition<sup>7</sup>. Et ceci malgré l'article 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>8</sup>. Par ce premier motif, le juge Pigeon ne fait donc que se montrer fidèle à la règle du *stare decisis*.

À première vue, l'arrêt *McCaud* apparaît en effet avoir exprimé la conception intime que se fait la Cour suprême de la nature des fonctions qu'exerce la Commission des libérations conditionnelles lorsque celle-ci révoque une libération. La Commission, suivant la Cour suprême, pose alors un acte de nature administrative; elle ne prend pas une décision de nature judiciaire<sup>9</sup>. D'ailleurs, si l'arrêt avait eu seulement pour objet d'interpréter la *Loi sur la libération conditionnelle*<sup>10</sup> relativement au droit à l'audition, la Cour suprême aurait été amenée à conclure, conformément à la *Déclaration canadienne des droits*, que cette loi ne pouvait être interprétée comme autorisant la suppression, diminution ou transgression du droit d'une personne à l'audition impartiale de sa cause<sup>11</sup>. Lorsqu'il y a sur ce point une

4. S.C. 1970-71-72, c. 1.

5. *Howarth v. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1973] C.F. 1018.

6. Jugement prononcé le 11 octobre 1974.

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

8. S.R.C. 1970, app. III.

9. *Loc. cit. supra*, note 7, p. 169.

10. S.R.C. 1970, c. P-2.

11. *Loc. cit. supra*, note 8, art. 2\*).

marge d'interprétation, le sens de cette interprétation ne devrait pas faire de doute<sup>12</sup>. La *Déclaration* assure au moins une *interprétation* législative respectueuse des dispositions matérielles, substantives ou procédurales, qu'elle contient.

Mais une analyse plus attentive des motifs de l'arrêt *McCaud* donne à penser que celui-ci concerne moins ce que pense la Cour de la nature des fonctions de la Commission des libérations conditionnelles que ce que dit la loi elle-même au sujet de la façon suivant laquelle la Commission doit se comporter. Autrement dit, la loi déniait trop clairement le droit à l'audition pour que la Cour puisse conclure que la Commission aurait dû, en l'espèce, respecter le principe du droit à l'audition. Ces motifs, qu'exprime le juge Spence et qu'a repris à son compte un banc unanime de cinq juges, résident en un paragraphe et consistent essentiellement en trois citations du texte de la loi<sup>13</sup>. Et celui de ces textes qui apparaît clairement déterminant est celui de l'article 11 de la loi, que le juge Spence cite au complet pour fonder sa conclusion de façon immédiate<sup>14</sup>. Ce texte dit que :

La Commission, en étudiant la question de savoir s'il faut octroyer ou révoquer la libération conditionnelle, n'est pas tenue d'accorder une entrevue personnelle au détenu ni à quelque personne agissant au nom de celui-ci.

Essentiellement, la Cour suprême décide comme elle le fait dans l'affaire *McCaud* par respect de la suprématie législative : elle n'a pas encore conçu que la *Déclaration canadienne des droits* pouvait rendre inopérante une disposition législative claire.

Au moment où la Cour suprême rend jugement dans l'affaire *Howarth*, la situation du droit constitutionnel fédéral n'est toutefois plus censée être la même à cet égard. Entre-temps, l'arrêt *Drybones* a établi que la *Déclaration canadienne des droits* a suffisamment d'autorité pour tenir en échec des dispositions législatives claires<sup>15</sup>. De façon plus directement reliée à la question en cause dans les affaires *McCaud* et *Howarth*, l'arrêt *Curr* est aussi venu préciser, bien qu'en *obiter*, que l'article 2e) de la *Déclaration* avait également cette vertu, au moins à l'encontre de dispositions législatives de portée « procédurale », par opposition à des dispositions de portée substantielle<sup>16</sup>. Or l'article 11 de la *Loi sur la libération conditionnelle* apparaît

12. Voir *Lowry and Lepper v. R.*, [1974] R.C.S. 195, aux pp. 200 et 201 (le juge MARTLAND, pour la Cour), au sujet des arts. 615(4) du *Code criminel* et 2<sup>e</sup>) de la *Déclaration*. Voir aussi *Brownridge v. R.*, [1972] R.C.S. 926, à la p. 932 (le juge RITCHIE, pour 4 juges sur 9) et aux pp. 952-953 (le juge LASKIN, pour 2 juges), au sujet des arts. 223 du *Code criminel* et 2c) (ii) de la *Déclaration*.

13. Les arts. 10(1)<sup>er</sup>, 13(1) et 11.

14. *Loc. cit. supra*, note 9.

15. *R. v. Drybones*, [1970] R.C.S. 281.

16. *Curr v. R.*, [1972] R.C.S. 889, aux pp. 898 et 899 (le juge LASKIN, pour 7 juges sur 9). Voir aussi *Armstrong v. Wisconsin*, [1973] C.F. 437 (appel), à la p. 439 (le juge THURLOW, pour la Cour). Enfin l'arrêt *Lowry and Lepper. loc. cit. supra*, note 12, déborde en sa substance le simple cas d'interprétation législative.

manifestement être de la nature d'une disposition « procédurale » et non substantive. Il est vrai que le juge Pigeon était dissident dans *Drybones*<sup>17</sup>. Il est vrai aussi qu'il apparaisse parfois plus attaché à ses propres motifs qu'au principe du *stare decisis*<sup>18</sup>. Dans *Curr*, pourtant, il a souscrit aux motifs exprimés par le juge Laskin au nom de la majorité. C'est donc dire que le jugement prononcé par la Cour suprême dans l'affaire *Howarth*, tel qu'exprimé par le juge Pigeon, a pour motif principal, non pas une fidélité à la *stare decisis*, mais une conviction de la Cour au sujet de la nature des fonctions qu'exerce la Commission des libérations conditionnelles lorsque celle-ci révoque une libération. Après les arrêts *Drybones* et *Curr*, la Cour était libre de s'écarter de l'arrêt *McCaud* et d'accueillir l'appel.

Le second motif sur lequel s'appuie le juge Pigeon est donc en fait son principal motif. Il consiste en une profession de foi laconique en la conception traditionnelle des pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif. Ceux-ci se partagent en discrétions judiciaires et discrétions administratives et les premières seules sont sujettes à des standards procéduraux minimums<sup>19</sup>. Le juge Pigeon exprime cette conviction de façon non équivoque, en se référant à la décision rendue en 1959 par le juge Martland, au nom de la Cour, dans l'affaire *Calgary Power*<sup>20</sup>, décision en voie de devenir l'arrêt de base fondant la théorie de la « discrétion administrative »<sup>21</sup>.

Pour la majorité des juges de la Cour suprême, il demeure donc admis que des autorités exécutives puissent prendre des décisions de nature particulière sans que l'individu visé ait pu se faire entendre, sans même qu'il soit mis au courant des motifs de cette décision.

Heureusement, le juge Dickson a-t-il en revanche fondé ses motifs sur l'idée que la façon pour une autorité exécutive de prendre des décisions particulières dépend de l'importance de celles-ci sur les droits de l'individu visé. Or vu que pour *Howarth* l'importance de la décision de la Commission

17. *Loc. cit. supra*, note 15, pp. 300 sq.

18. Voir les motifs qu'il a exprimés dans *A.G. Canada v. Lavell* (1974) 38 D.L.R. (3d) 481, aux pp. 500-501 et, surtout, ceux qu'il a exprimés dans *P.G. Canada v. Canard* (jugement prononcé le 28 janvier 1975) et auxquels a finalement souscrit une majorité de quatre juges sur sept.

19. À notre avis, il ne change rien à cet égard que le juge Pigeon apparaisse se situer sur un plan procédural et laisse vaguement miroiter, du début à la fin de ses motifs, la possibilité que *Howarth* ait pu obtenir satisfaction en recourant à l'article 18 plutôt qu'à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il est peut-être souhaitable que l'article 18 permette le contrôle « procédural » de certains actes administratifs d'autorités exécutives fédérales, mais l'idée ne nous semble pas conforme à la théorie de la « discrétion administrative », telle qu'elle découle des arrêts-bibles en la matière. Voir *Calgary Power* et *Prata*, *infra*, note 20 et 23. Par ailleurs, se refuser à concevoir que l'expression « quasi-judiciaire » de l'article 28 puisse permettre d'inclure les décisions qui doivent quand même être prises de façon juste (« *with the duty of fairness* »), en faisant une distinction obscure entre cette justice et celle que requerrait un domaine « quasi-judiciaire », nous apparaît ravalier le positivisme juridique à un niveau procédural qui ne devrait plus de nos jours autoriser le déni de justice.

20. *Calgary Power v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24.

21. Voir, par exemple, *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839, à la p. 847 (le juge JUDSON), pour 4 juges sur 5).

des libérations conditionnelles ne faisait pas de doute, la conclusion s'imposait. Le juge en chef et le juge Spence ont souscrit à ces motifs. Mais l'espoir que pouvait faire naître cette dissidence allait disparaître avec l'arrêt *Prata*, deux mois plus tard. Comme si certains juges étaient plus respectueux que d'autres du *stare decisis*.

### L'affaire Prata

Vincenzo Prata, un étranger non domicilié au Canada, a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion du Canada. Il en a appelé à la Commission d'appel de l'immigration, qui a confirmé l'ordonnance d'expulsion. Prata a alors demandé à la Commission d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confie l'article 15 de sa loi constitutive<sup>22</sup>. Suivant cette disposition, la Commission peut, lorsqu'elle rejette l'appel d'un non-résident, permettre à ce dernier de demeurer temporairement ou définitivement au Canada pour des motifs humanitaires ou s'il y a des raisons de penser que l'appelant, s'il est expulsé, sera puni pour ses activités politiques ou châtié d'une façon particulièrement dure. Mais suivant l'article 21 de la même loi, la Commission ne doit pas exercer cette discrétion si le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration et le solliciteur général certifient que l'exercice de ce pouvoir irait contre l'intérêt national. Comme un tel certificat avait été déposé dans le cas de Prata, la Commission a refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire de l'article 15. Prata en a appelé à la Cour d'appel fédérale, où il s'est plaint de n'avoir pas pu se faire entendre avant que les deux ministres n'exercent le pouvoir que leur confie l'article 21. Sa requête ayant été rejetée<sup>23</sup>, il en a appelé à la Cour suprême.

Dans cette affaire *Prata*, les neuf juges de la Cour suprême ont rendu une décision unanime<sup>24</sup>. Les motifs de ce jugement ont été formulés par le juge Martland; ils sont une application classique de la théorie de la « discrétion administrative », qui cependant a le mérite de faire ressortir les prémices fondamentales sur lesquelles repose cette théorie. L'appel a été rejeté.

Le juge Martland rappelle d'abord le fait que Prata a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion et qu'il ne conteste plus cette ordonnance. Partant, à moins qu'il ne jouisse de quelque privilège particulier, Prata n'a aucun droit de rester au Canada.

He does not, therefore, attempt to assert a right but, rather, attempts to obtain a discretionary privilege.

Il précise ensuite qu'il en est de même en *common law*. Il se réfère à cette fin à un arrêt récent de la Cour d'appel d'Angleterre, où il est affirmé qu'aucun étranger n'a le droit strict d'entrer en Angleterre<sup>25</sup>. Or comme la loi

22. *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, c. 1-3.

23. *Prata v. Ministre de la main-d'œuvre et immigration*, [1972] C.F. 1405 (appel).

24. Jugement prononcé le 28 janvier 1975.

25. *R. v. Governor of Pentonville Prison*, [1973] All E.R. 741, à la p. 747.

canadienne prévoit un mécanisme d'expulsion des étrangers, la situation est donc identique au Canada.

Ce fait étant établi, le juge Martland se trouve dès lors en mesure de conclure que la décision prise par les deux ministres, en vertu de l'article 21 de la loi, n'était pas une décision relative à un conflit entre des parties, mais l'exercice d'une discrétion administrative.

It is not a decision on an issue, *inter partes*.

Donc cette décision ne requérait pas l'audition de l'intéressé. D'autant plus que l'article 21 de la loi indique la nature des renseignements sur lesquels les deux ministres doivent se fonder, sans faire état de quelque audition que ce soit.

La logique du système est respectée. Puisque l'individu visé n'a aucun droit, la décision prise par l'autorité habilitée n'a pas de portée juridique : elle ne statue pas sur des droits. Et comme elle n'a pas le droit pour objet, elle n'est pas normative. Elle n'est donc pas vraiment une décision, en droit, mais bien plutôt, comme dit le juge Martland, une opinion.

The certificate provided for in this section is a certificate of an opinion.

Partant, il est logique de conclure qu'un tel acte n'a pas à être posé d'une façon plutôt que d'une autre par rapport à l'individu visé et qu'il ne peut faire l'objet d'examen judiciaire sur cette base. Pourquoi exiger qu'un point de vue soit exprimé ou, plus exactement, qu'une décision de fait, située hors du droit, soit prise d'une façon ressemblant plus ou moins au processus judiciaire, ou même, plus simplement, d'une façon juste ?

Il resterait toutefois à vérifier l'exactitude des prémices de ce raisonnement. Il semble évident, en l'espèce, que Prata n'a aucun droit strict à rester au Canada. De la même façon que Howarth n'avait pas un droit strict à la libération conditionnelle. Mais ces affirmations suffisent-elles à conclure que ces personnes sont dépourvues de tout droit relativement aux décisions pouvant être prises à leur égard ? Au point de pouvoir se voir refuser toute audition ou explication ? Il semble pourtant que le système juridique canadien énonce suffisamment de libertés fondamentales pour faire en sorte qu'il ne soit pas possible qu'une personne soit dépourvue de tout droit relativement à son incarcération ou à sa déportation. Certaines de ces libertés ont été affirmées législativement dans la *Déclaration canadienne des droits*, et certaines d'entre elles ont précisément pour objet le droit de l'individu de faire savoir son point de vue et d'être informé des motifs de la décision le visant. En l'espèce, le juge Martland rejette le plaidoyer fondé sur les articles 1(a) et 2(e) de la *Déclaration des droits* pour des motifs dont nous saisissons mal la pertinence.

En fait, nous pensons que la logique qui sous-tend la théorie de la « discrétion administrative » est une logique interne. Nous doutons qu'il soit juste de passer de l'absence de droit substantif strict, sur une question précise, à l'absence de tout droit relativement à cette question. Il nous semble qu'en un système de droit public évolué, la personne humaine ne devrait jamais

pouvoir être considérée comme juridiquement nue lorsque la coercition étatique s'exerce à son endroit. Même si aucune norme matérielle ne vient circonscrire l'exercice d'une discrétion, rien ne devrait interdire que quelques standards « procédurax » plus ou moins souples ne puissent être exigés. Or c'est tout ce dont il s'agissait dans les affaires *Howarth* et *Prata*<sup>26</sup>.

Comme l'arrêt *Prata* a été rendu à l'unanimité, par les neuf juges de la Cour suprême, il reste peu d'espoir qu'on abandonne bientôt l'utilisation de cette approche abstraite et formaliste, pour l'identification des décisions normatives des autorités exécutives, comme on semble l'avoir fait récemment, dans l'affaire *Saulnier*, pour distinguer ces décisions des actes matériels les ayant précédées.

### L'affaire *Saulnier*

Les circonstances de l'affaire *Saulnier* sont notoires. Rappelons seulement qu'à la suite de la parution d'articles dans un quotidien de Montréal, le ministre de la Justice du Québec avait demandé à la Commission de police d'enquêter sur la conduite de Jacques Saulnier, alors chef de la police de la Communauté urbaine de Montréal, conformément à l'article 20 de la *Loi de la police*<sup>27</sup>. La Commission avait entre autres conclu à l'incompétence de Saulnier, ce qui excédait son mandat. En conséquence, Saulnier a demandé l'émission d'un bref d'évocation, afin que soient annulées certaines recommandations de la Commission. La Cour supérieure a émis le bref. Cette décision a été ensuite renversée par la Cour d'appel<sup>28</sup>, d'où l'appel de Saulnier à la Cour suprême.

Ici encore, la Cour suprême a rendu une décision unanime<sup>29</sup>. Les motifs en ont été exprimés par le juge Pigeon. L'unique question que la Cour avait à trancher était de savoir si les recommandations de la Commission constituent des décisions de nature telle qu'elles peuvent faire l'objet du contrôle de la Cour supérieure. Le juge Pigeon a répondu affirmativement, parce que, essentiellement, « le rapport d'enquête peut avoir des conséquences importantes sur les droits des personnes qui en font l'objet ». C'est dire qu'il ne suffit pas qu'un organisme n'ait que des pouvoirs de recommandation pour que ses travaux échappent à tout examen judiciaire sous prétexte que ces travaux se situent à un stade pré-décisionnel en droit. Il faut plutôt, pour répondre à la question, voir quels effets concrets ont les actes d'un tel organisme sur les droits des individus visés.

Même si le juge Pigeon ajoute qu'il ne peut pas comprendre comment, en l'espèce, on peut soutenir le contraire, nous doutons que la Cour suprême aurait rendu cette décision en 1965, au lendemain de l'affaire *Guay v.*

26. Qu'il découle de la jurisprudence ou de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit canadien ne fait pas de différence à cet égard entre le citoyen canadien et l'étranger.

27. L.Q. 1968, c. 17.

28. *Commission de police du Québec v. Saulnier*, [1973] C.A. 757.

29. Jugement prononcé le 13 février 1975.



*Lafleur*<sup>30</sup>. Quoi qu'il en soit, cette approche empirique et moins formaliste, qui semble rejoindre une jurisprudence britannique assez récente<sup>31</sup>, confirme explicitement ce que l'arrêt *Bell* avait tacitement donné à entendre<sup>32</sup>. Il faut toutefois espérer qu'on n'en cantonnera pas les effets aux seuls cas d'excès de compétence et que la tendance manifestée sur ce point par l'arrêt *Powlowski*<sup>33</sup> permettra aussi d'exiger que certains actes apparemment pré-décisionnels soient posés de façon respectueuse des principes de la justice naturelle. Les termes généraux employés par le juge Pigeon fondent cet espoir, de même que l'approbation qu'il donne à certains motifs de dissidence exprimés en Cour d'appel par les juges Casey et Rinfret. Le juge Pigeon est entre autres d'accord avec l'idée que ce serait pur sophisme que de prétendre que les droits de Saulnier n'ont pas été touchés par la Commission de police pour la seule raison que celle-ci, formellement, ne jouissait d'aucun pouvoir décisionnel.

### Conclusion

L'idée que les décisions juridiques (actes normatifs) des différentes autorités exécutives puissent être identifiées de façon non sophistique est finalement ce qui importe. Or s'il est possible d'y parvenir en ce qui regarde la distinction entre le décisionnel et le pré-décisionnel, il devrait être également possible d'y arriver au niveau de l'identification du décisionnel. L'approche réaliste utilisée par le juge Pigeon, dans le premier contexte, dans l'arrêt *Saulnier*, devrait pouvoir être utilisée dans le second contexte.

À partir du moment où l'acte d'une autorité exécutive met en branle la coercition étatique relativement à un individu, il devrait être possible de parler de décision juridique, en l'occurrence de nature particulière. Et dans la mesure où telle est la situation, il devrait être impossible que cette autorité puisse échapper à toute contrainte et à tout contrôle.

Il est difficile de maintenir que les actes incriminés, dans les affaires *Howarth* et *Prata*, n'avaient pas pour effet la mise en œuvre de la coercition étatique. Que des impératifs de sécurité aient été en jeu dans les deux cas ne change fondamentalement rien : l'objectif visé par la contestation judiciaire n'était pas le déplacement du pouvoir décisionnel, mais seulement l'exercice d'un contrôle approprié de la façon suivant laquelle les décisions avaient été prises. Et dans les cas où il s'agit de la distribution d'avantages, la situation ne devrait pas non plus être considérée de façon fondamentalement différente.

30. [1965] R.C.S. 12, à la p. 17 (le juge ABBOTT, pour 6 juges sur 9).

31. Voir *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] 1 All E.R. 400 (P.C.), à la p. 406, et *Herring v. Templeman*, [1973] 3 All E.R. 569 (C.A.), aux pp. 584-586. Voir aussi *Padfield v. Minister of agriculture*, [1968] A.C. 997 (H.L.), et *Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275 (H.L.).

32. *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756.

33. *Re McGavin Toastmaster and Powlowski*, (1973) 37 D.L.R. (3d) 100 (Man. C.A.), aux pp. 118-119 (le juge HALL, pour 2 juges sur 3).

Le droit de l'individu à l'égalité devant la loi devrait alors fonder son droit à ce que certaines façons de procéder soient respectées.

À moins d'admettre que les gouvernants ont assez de vertus personnelles pour pouvoir disposer sans contrôle de l'autorité ou des biens de l'État, il est difficile de trouver un fondement à la théorie de la « discrétion administrative ». Comment en effet expliquer autrement cette théorie, qui veut, explicitement, que des autorités exécutives puissent distribuer des faveurs et des privilèges, et non pas seulement des droits. Comme si ces autorités exerçaient un pouvoir personnel au lieu d'être des organes par l'entremise desquels s'exprime l'ordre juridique que constitue par définition l'État.

La théorie de la « discrétion administrative » semble en définitive relever d'une logique en vase clos, dont le côté sophistique réside dans la fausseté des prémices fondamentales. Elle semble aussi relever d'une conception de l'État qui nous reporte à une époque où la distinction était encore mal faite entre l'État et les personnes agissant en son nom.