

LE CONTRÔLE DE LA COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION : THÈSE, ANTITHÈSE ET SYNTHÈSE

Yves-Marie Morissette

Volume 16, numéro 2, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108786ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19758>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morissette, Y.-M. (1986). LE CONTRÔLE DE LA COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION : THÈSE, ANTITHÈSE ET SYNTHÈSE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 16(2), 591–644. <https://doi.org/10.17118/11143/19758>

Résumé de l'article

La notion de juridiction intervient dans la plupart des raisonnements sur le contrôle judiciaire. Bien que le mot lui-même serve parfois à désigner la façon de procéder d'un décideur, il signifie aussi, dans son acception la plus courante, la compétence d'attribution d'un tribunal administratif. Selon la théorie consacrée, un organisme de ce genre est libre de trancher comme bon lui semble les questions de son ressort, mais il s'expose à la censure d'un tribunal supérieur lorsqu'il détermine erronément que quelque chose est bien de son ressort. Dans ce dernier cas, sa « juridiction » est en cause. L'analyse de la notion fait ressortir trois thèses, ou conceptions du contrôle juridictionnel. À chacune correspond une description particulière et plus ou moins extensible de ce qui pourra constituer une erreur juridictionnelle. Il s'ensuit que le degré d'assujettissement des décisions administratives au pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs varie sensiblement de l'une à l'autre. La première prétend identifier en tant que telles et comme des *a priori* les questions dites juridictionnelles. Relativement prévisible dans ses applications, elle assure une grande autonomie aux tribunaux administratifs, mais place hors d'atteinte du contrôle juridictionnel des décisions qui juridiquement ne résistent pas à l'analyse. La seconde veut assurer la perfection juridique des décisions. Elle qualifie les choses *a posteriori* et, du moins du point de vue des plaideurs, permet de soutenir que toute « erreur » de droit comporte un excès de juridiction. Imprévisible dans ses applications, elle augmente considérablement la vulnérabilité des décisions administratives et transforme le contrôle juridictionnel en un appel discrétionnaire sur le droit. La troisième, que l'auteur voudrait voir se développer, opère une synthèse des deux premières tout en introduisant de nouvelles données dans l'analyse du problème. Elle se préoccupe davantage de la rationalité des décisions et postule qu'un litige sur l'interprétation d'une norme préexistante est généralement susceptible de plusieurs solutions également rationnelles. Dans cette optique, le contrôle juridictionnel sert à deux fins : réformer les décisions manifestement irrationnelles et prévenir ou corriger les contradictions entre des décisions rationnelles sur des questions identiques.

LE CONTRÔLE DE LA COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION: THÈSE, ANTITHÈSE ET SYNTHÈSE

par Yves-Marie MORISSETTE*

La notion de juridiction intervient dans la plupart des raisonnements sur le contrôle judiciaire. Bien que le mot lui-même serve parfois à désigner la façon de procéder d'un décideur, il signifie aussi, dans son acception la plus courante, la compétence d'attribution d'un tribunal administratif. Selon la théorie consacrée, un organisme de ce genre est libre de trancher comme bon lui semble les questions de son ressort, mais il s'expose à la censure d'un tribunal supérieur lorsqu'il détermine erronément que quelque chose est bien de son ressort. Dans ce dernier cas, sa "juridiction" est en cause. L'analyse de la notion fait ressortir trois thèses, ou conceptions du contrôle juridictionnel. À chacune correspond une description particulière et plus ou moins extensible de ce qui pourra constituer une erreur juridictionnelle. Il s'ensuit que le degré d'assujettissement des décisions administratives au pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs varie sensiblement de l'une à l'autre. La première prétend identifier en tant que telles et comme des a priori les questions dites juridictionnelles. Relativement prévisible dans ses applications, elle assure une grande autonomie aux tribunaux administratifs, mais place hors d'atteinte du contrôle juridictionnel des décisions qui juridiquement ne résistent pas à l'analyse. La seconde veut assurer la perfection juridique des décisions. Elle qualifie les choses a posteriori et, du moins du point de vue des plaideurs, permet de soutenir que toute "erreur" de droit comporte un excès de juridiction. Imprévisible dans ses applications, elle augmente considérablement la vulnérabilité des décisions administratives et transforme le contrôle juridictionnel en un appel discrétionnaire sur le droit. La troisième, que l'auteur voudrait voir se développer, opère une synthèse des deux premières tout en introduisant de nouvelles données dans l'analyse du problème. Elle se préoccupe davantage de la rationalité des décisions et postule qu'un litige sur l'interprétation d'une norme préexistante est géné-

* Professeur agrégé à l'Université McGill et membre du Barreau du Québec.

ralement susceptible de plusieurs solutions également rationnelles. Dans cette optique, le contrôle juridictionnel sert à deux fins: réformer les décisions manifestement irrationnelles et prévenir ou corriger les contradictions entre des décisions rationnelles sur des questions identiques.

*Most arguments about judicial review involve the notion of jurisdiction. Although the word itself is sometimes used in a procedural context, its primary meaning in common usage is substantive and refers to a tribunal's authority to decide *ratione materiae*. According to received doctrine, an administrative tribunal can decide as it sees fit any question within its jurisdiction, but it becomes liable to judicial review whenever it determines erroneously whether a matter comes within its authority to decide. In the latter case, the decision "goes to jurisdiction". Three theses or understandings of jurisdictional review emerge from an analysis of this notion. To each of these corresponds a different and more or less extensible description of jurisdictional error. It follows that the extent to which administrative decisions are subject to the superintending power of superior courts varies noticeably between these three theses. The first purports to define a jurisdictional issue *a priori*, without reference to the resolution of the dispute at hand. Relatively foreseeable in its effects, this thesis guarantees to administrative tribunals a substantial measure of autonomy, but it also places beyond the reach of jurisdictional review many legally indefensible decisions. The second thesis tends to exalt legal perfection in decision-making. It favours *ex post facto* characterization and enables a party to argue that any alleged "error" of law is jurisdictional in nature. The effects of this thesis are somewhat erratic; it considerably increases the vulnerability of administrative decisions and it transforms jurisdictional review into a discretionary appeal on questions of law. The third thesis, which the author would like to see developed by the courts, attempts to combine the advantages of the first two and draws upon an original analysis of legal decision-making. It focusses on the rationality and reasonableness of decisions, and postulates that most disputes on the interpretation of a pre-existing norm are susceptible of several equally rational resolutions. Viewed in this light, the purpose of jurisdictional review is twofold: it is used to quash manifestly unreasonable decisions and to prevent or correct reasonable but contradictory decisions on identical questions.*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	594
1. Compétence d'attribution et juridiction: notions générales	594
2. Exposé sommaire des principales thèses sur le contrôle juridictionnel	599
I LA THÈSE ABSTENTIONNISTE OU CONCEPTION ÉTROITE: LE MOINS POSSIBLE	604
3. Origine et principales caractéristiques	604
4. Portée de la thèse abstentionniste en droit positif	608
5. Illustration	611
6. Critique	613
II LA THÈSE INTERVENTIONNISTE OU CONCEPTION ÉLARGIE: LE PLUS POSSIBLE	617
7. Origine et principales caractéristiques	617
8. Portée de la thèse interventionniste en droit positif	619
9. Illustration	621
10. Critique	622
III LA THÈSE NON-INTERVENTIONNISTE OU CONCEPTION REVUE ET CORRIGÉE: JUSTE CE QU'IL FAUT	625
11. Origine et principales caractéristiques	625
12. Portée de la thèse non-interventionniste en droit positif ...	634
13. Illustration	638
14. Critique	639
CONCLUSION	641

INTRODUCTION

La fréquence du contrôle judiciaire, ou du moins la perception qu'on en a, demeure une vive source de controverse en matière de relations du travail. Sur un plan juridique, ce problème appartient à la théorie du droit administratif. Depuis quelques années, la Cour suprême du Canada manifeste de nettes réticences devant la facilité avec laquelle des litiges relevant à première vue d'instances administratives se continuent comme si de rien n'était devant les tribunaux supérieurs. On rencontre d'ailleurs quelques mises en garde explicites dans sa jurisprudence récente.

En raison de son inconsistance, la notion de juridiction ou de compétence d'attribution constitue l'un des facteurs qui rendent possibles les excès du contrôle judiciaire. Si l'on écarte certaines données socio-juridiques, tel l'antagonisme chronique qui peut exister entre les intervenants dans un type quelconque de controverse, la notion de juridiction est peut-être le principal facteur juridique à l'origine du problème. Elle a inspiré une quantité considérable de jurisprudence à bien des égards contradictoire et qu'on a donc intérêt à étudier à la lumière de trois thèses différentes sur la question. La dernière de ces thèses est aussi la plus récente dans la jurisprudence canadienne. Elle porte en elle les éléments d'une solution durable et permettra peut-être de protéger l'autonomie décisionnelle des instances administratives sans faire violence à la primauté du droit.

1. Compétence d'attribution et juridiction: notions générales

En droit public québécois, l'influence anglaise se fait sentir aussi bien sur les institutions et les idées que sur le vocabulaire. Sous cette influence, le terme "juridiction" s'emploie d'une manière qui est peut-être contestable pour le puriste, mais sûrement fort commode pour le juriste. Il sert à décrire la compétence¹ (ou le

1. Le *Dictionnaire de droit privé* du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985, p. 112, observe: "En français moderne, le terme juridiction ne s'emploie dans ce sens que dans un certain nombre de formules figées, qui subsistent de l'époque où ce terme était courant, par ex.: clause attributive de juridiction, immunité de juridiction, prorogation de juridiction. Dans les autres cas, il a été complètement remplacé par compétence, le terme juridiction s'employant surtout pour désigner l'organe chargé de dire le droit". L'ouvrage ajoute cependant qu'au Québec, le terme juridiction pris dans le sens de compétence est resté courant à cause de l'anglais.

pouvoir) dont la loi investit une personne ou un organisme pour faire quelque chose, c'est-à-dire généralement pour trancher de façon quasi-judiciaire une question quelconque. Parce qu'elle est transmise et circonscrite par la loi, cette compétence en est une d'attribution, par opposition à la compétence inhérente dont sont investies certaines institutions (et tout spécialement les tribunaux de droit commun et les cours d'archives) même en l'absence d'un texte.

On sait la place centrale qu'occupe en droit administratif la notion de compétence. Les débats sur l'opportunité ou le mérite d'une décision ou d'une mesure étant en principe impossibles devant les tribunaux de droit commun, une part importante du contentieux administratif devant ces mêmes tribunaux porte sur la validité d'actes qu'on conteste en attaquant la compétence de leur auteur. Celui-ci, dit-on lorsqu'on veut neutraliser sa décision, s'est mépris sur la portée véritable d'une disposition de la loi habilitante et il a agi sans pouvoir. Il a "excédé sa juridiction" ou s'est prononcé "sans juridiction"². Les litiges sur la compétence, comprise dans le sens à la fois diffus et envahissant qu'on lui donne en droit administratif, s'orientent et s'articulent à l'aide de distinctions subtiles, voire abstruses, entre telles et telles questions ou interprétations du droit ou des faits, dont certaines s'inscriraient franchement dans les limites de la compétence du décideur alors que d'autres, au contraire, se matérialiseraient aux confins de cette compétence et fourniraient l'occasion d'en préciser à tort ou à raison le contour³. Dans ces litiges, le mot juridiction est très com-

2. La jurisprudence connaît encore des hésitations lorsqu'il faut qualifier en regard de la théorie de la compétence des abus ou des erreurs de nature processuelle: voir, par exemple, *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 585 (M. le juge Beetz) et 608 (M. le juge Dickson) ainsi que l'abondante jurisprudence citée de part et d'autre dans cet arrêt. La qualification risque d'ailleurs d'être téléologique quand elle a pour effet de déterminer quel recours peut être exercé ou quelle valeur juridique s'attache à la décision contestée. Dans les pages qui suivent, la compétence est envisagée en rapport avec son objet et au sens substantif, plutôt qu'au sens processuel ou en rapport avec ses modalités d'exercice.

3. Il est révélateur d'un point de vue épistémologique qu'on ait ainsi tendance à spatialiser la notion de compétence. On use, pour en parler et pour mieux la comprendre, d'expressions et de métaphores qui la présentent comme un phénomène géographique. Ce discours entretient une conception des choses selon laquelle, en regard des facultés cognitives du décideur, il existe une analogie rigoureuse entre, par exemple, déterminer si l'on est en présence d'un congédiement, d'un non-renouvellement de contrat, d'une démission ou d'une mise à la retraite (voir *Bell Canada c. Office*

mode parce que, à la différence de son synonyme compétence, il se dérive facilement. On peut donc en tirer des adjectifs (juridictionnel, intrajuridictionnel et extrajuridictionnel) ou des adverbes, de même qu'un verbe (juridictionnaliser) et un substantif (juridictionnalisation), divers mots qui servent ensuite pour qualifier des faits, des questions, des erreurs et ainsi de suite. Or, disposer ainsi d'un vocabulaire spécialisé pour débattre les problèmes de compétence est une nécessité dans un système comme celui du Québec. En effet, une proportion importante du contentieux de la légalité se présente, ou du moins s'amorce pour des raisons de stratégie judiciaire, comme un contentieux sur la compétence⁴. L'envergure, la diversité et la fréquence des questions analysées contradictoirement en termes de compétence expliquent qu'on ait développé ici une terminologie de la compétence inconnue, par exemple, en droit français, où des questions semblables sont généralement perçues et analysées comme des questions de fond.

Cette terminologie est utilisée principalement pour différencier ce qui a une portée juridictionnelle de ce qui n'en a pas. Or, la qualification de juridictionnel est lourde de conséquences. C'est elle

and Professional Employee's International Union, Local 131, [1974] R.C.S. 335; Collège d'Affaires Ellis Inc. c. Lafleur, D.T.E. 83T-535 (C.S.); Compagnie Montreal Trust c. Moore, [1985] C.S. 760 et Asselin c. Industries Abex Ltée, [1985] C.A. 72) et déterminer si oui ou non un immeuble litigieux se situe dans le district judiciaire de St-François. Le professeur de droit qui, se servant d'un procédé pédagogique connu, entame son cours sur le contrôle juridictionnel en traçant un rectangle au tableau noir, impose d'emblée une façon de voir susceptible de déformer la réalité.

4. On peut soutenir, par exemple, que l'effet naturel des clauses privatives est de forcer la juridictionnalisation de questions qui autrement seraient perçues comme relevant sans aucun doute possible de la compétence du décideur: à compter du moment où l'on ne peut plus contester une décision au motif qu'elle est entachée d'une erreur manifeste (*error of law on the face of the record*), il devient nécessaire, si l'on veut l'attaquer, de prétendre qu'elle a une portée juridictionnelle. En ce sens, les clauses privatives multiplient les erreurs juridictionnelles ou, du moins, les allégations d'erreur juridictionnelle par les plaideurs. Dans cet ordre d'idées, certains auteurs font remarquer qu'en Angleterre, où une loi de 1958, le *Tribunals and Inquiries Act*, 6 & 7 Eliz. 2, c. 66, a neutralisé par son article 14 la plupart des clauses privatives contenues dans la législation de l'époque, et où depuis les clauses privatives se rencontrent rarement, la notion d'*error of law on the face of the record* suffit généralement à la tâche lorsqu'on veut porter devant un tribunal supérieur la décision d'un tribunal administratif: voir D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *Principles of Administrative Law*, Carswell, 1985, pp. 301-2. Mais cette interprétation paraît peu compatible avec d'autres commentaires généraux sur la tendance du droit anglais: voir la note 5, *infra*.

que les tribunaux supérieurs emploient quand, soucieux de sauver les apparences, ils veulent expliquer pourquoi, même lorsque la révision sur le fond est impossible, telle décision d'un tribunal administratif doit être cassée et telle autre confirmée⁵. C'est elle aussi qui permet depuis des lustres de déjouer les clauses privatives les plus musclées et de leur faire dire parfois le contraire exactement de ce qu'un profane de bonne foi convenablement scolarisé penserait y lire⁶. C'est elle qu'on trouve au premier alinéa de l'arti-

-
5. L'observation suivante, tirée de *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4ème éd. par J.M. Evans, Stevens & Sons Ltd., 1980, pp. 114-5 et relative à l'évolution du droit anglais, montre pourquoi la qualification a pris à la longue des allures de justification *ex post facto*: "In no reported case for several years has a court unequivocally held that (i) an inferior tribunal has erred in law, but that (ii) its decision must stand because the error is latent, non-appealable and non-jurisdictional. Yet the courts continue to pay lip-service to the existence of the time-honoured distinction between jurisdictional and non-jurisdictional error, and still occasionally feel impelled to analyze earlier decisions for this purpose. Since many of these decisions are contradictory, and since the distinction is of relatively little practical importance, a commentator can now dispense with a detailed review of the authorities". Ce passage, qui se retrouve intégralement dans la 3ème édition (1973) de l'ouvrage du professeur DE SMITH, à la page 100, est aussi un constat sur l'inconsistance d'un concept qui s'est transformé en un prétexte. En droit québécois, cependant, il arrive qu'on fasse encore la distinction de manière à laisser intacte une erreur "non juridictionnelle": voir par exemple *Procureur général de la province de Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, où la distinction semble être mise à contribution pour, d'une part, corriger ce qui aurait pu être un dangereux précédent sans pour autant, d'autre part, ébranler l'autonomie décisionnelle de la Cour provinciale, Division des petites créances, et risquer par le fait même une augmentation irréversible des requêtes en évocation dirigées contre elle.
 6. Cette façon d'interpréter les clauses privatives n'est pas nouvelle, comme le démontre la première décision au Québec en matière de *certiorari*, *R. ex rel. Coffin et al.*, (1833) S.R. 561, 1 R.R.J. 413 (C.A.). Aussi a-t-on déjà comparé leur efficacité toute relative à celle de la ligne Maginot: voir Allan C. HUTCHINSON, "The Rise and Ruse of Administrative Law and Scholarship", (1985) 48 *M.L.R.* 293, 314. Il n'est pas rare, évidemment, que les tribunaux donnent effet aux clauses privatives, mais le discours qu'ils adoptent dans les cas de ce genre crée souvent l'impression que la décision administrative est confirmée parce que le tribunal de droit commun est en tout point d'accord avec son contenu, comme par exemple dans *Ademco Location Ltée c. Commission des transports du Québec*, [1982] C.A. 80. Dans certains cas, par ailleurs, le sort fait aux clauses privatives ne laisse pas de surprendre: voir *Re Lunenburg Sea Product Ltd.*, [1947] 3 D.L.R. 195 (C.A. N.E.) et le commentaire désapprouvateur de l'arrêtiste à la même page. L'arrêt *Lunenburg* a cependant fait jurisprudence, ce qui explique sans doute le ton peu amène de certaines clauses privatives.

cle 846 C.p.c. et qui a d'ailleurs eu sa place dans le même code depuis qu'il existe. C'est elle qui détermine dans quels cas un tribunal administratif pourra se porter à la défense de sa propre décision contestée devant un tribunal supérieur⁷. C'est elle qui est mise de l'avant pour identifier certains des pouvoirs caractéristiques des tribunaux supérieurs⁸ et c'est elle encore qu'un ministre fédéral de la Justice proposait récemment de reproduire en toutes lettres dans la Constitution canadienne parce que, selon lui, la distinction bien comprise entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas permettrait de vider une fois pour toutes la controverse sur l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹. C'est elle enfin que plusieurs arrêts récents de la Cour suprême du Canada tentent de clarifier, tout en réitérant qu'elle a toujours été un élément essentiel du système de contrôle judiciaire en vigueur au Québec et au Canada¹⁰.

Il est donc banal de dire que la notion de juridiction (et ce qui en découle en fait de distinctions et de déductions) mérite d'être bien assimilée. Mais cette notion est fort difficile. D'une part, jurisprudence et doctrine s'accordent depuis longtemps sur le carac-

7. Voir *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, 710.

8. Voir *Crevier c. Le procureur général de la province de Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, 236-7.

9. Document de travail, *Avant-projet de modification relative aux tribunaux administratifs provinciaux*, Ministère des approvisionnements et services du Canada, 1983, no de catalogue J2-47/1983. Voir sur cette proposition G. PEPIN, "L'irrecevabilité du projet de modification de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*", (1985) 26 *Les Cahiers de Droit* 239 et R.A. MACDONALD, "The Proposed Section 96B: An Ill-Conceived Reform Destined to Failure", (1985) 26 *Les Cahiers de Droit* 251. La proposition n'a pas suscité beaucoup d'enthousiasme si l'on en juge par les commentaires qu'elle a inspirés à ces deux auteurs.

10. L'arrêt de principe demeure encore aujourd'hui *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, mais il faut tenir compte de l'apport important de plusieurs décisions plus récentes, soit *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. C.C.R.T.*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Centre d'accueil Miriam c. Syndicat canadien de la Fonction publique (section locale 2115)*, *Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596 et, enfin, *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74. Voir sur certains de ces arrêts G. PEPIN, "Les erreurs juridictionnelles et intrajuridictionnelles devant la Cour suprême du Canada", (1985) 45 *R. du B.* 117 et 443, où l'auteur fait une analyse minutieuse des dernières nuances apportées par la Cour suprême à sa jurisprudence antérieure.

tère souvent inintelligible de la distinction entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas, de même que sur l'absence de critère satisfaisant pour la pratiquer¹¹. D'autre part, la notion de juridiction a considérablement évolué avec le temps, au point que les transformations qu'elle a connues apparaissent comme autant de conceptions ou de thèses distinctes sur la mesure habituellement souhaitable du contrôle judiciaire. L'évolution de la notion de juridiction s'échelonne sur plusieurs décennies et résulte à la fois de la croissance de l'Administration, de l'apparition de clauses privatives dans de nombreuses lois et, surtout, de percées jurisprudentielles importantes suscitées par les deux premiers facteurs.

2. Exposé sommaire des principales thèses sur le contrôle juridictionnel

Lorsqu'on se demande si une question particulière relevait bien de la compétence d'un tribunal administratif ou, variante sur le même thème, lorsqu'on se demande si, en disposant comme il l'a fait d'une question particulière, un tribunal administratif a rendu une décision de portée juridictionnelle, on s'interroge aussi, en réalité, sur les responsabilités respectives de ce tribunal administratif et des tribunaux supérieurs dans un même champ d'intervention.

11. Voir, à simple titre d'exemple, les propos du juge Freedman dans l'arrêt *Parkhill Furniture & Bedding Ltd. c. International Molders and Foundry Workers Union of North America, Local 174*, (1961) 26 D.L.R. (2d) 589 (C.A. Man.), 594; cette décision est mentionnée par le juge Dickson dans l'arrêt de la *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1972] 2 R.C.S. 227, où celui-ci note à la p. 233 "Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence". Le juge en chef Laskin remarquait la même chose dans l'arrêt *Crevier*, [1981] 2 R.C.S. 220, 236-7, et on ne compte plus les déclarations judiciaires, au Canada comme en Angleterre, qui relèvent l'existence de ce sérieux problème analytique. Du côté de la doctrine, S.A. DE SMITH soulignait déjà dans la deuxième édition de son traité *Judicial Review of Administrative Action*, 1968, p. 100 "[...] many of the reported decisions on the jurisdiction of inferior courts and tribunals are manifestly contradictory [...] prolonged reflection on those decisions tends to induce feelings of desperation". Les professeurs PEPIN et OUELLETTE, sans aller aussi loin, font état du même phénomène dans leurs *Principes de contentieux administratif*, 2ème édition, 1982, p. 212 et dans l'ouvrage le plus récent paru en droit administratif canadien, JONES et DE VILLARS, *op. cit.*, note 4, 283, écrivent: "Until recently, it was probably true to state that no satisfactory test had ever been devised to differentiate intra-jurisdictional errors of law from those which go to jurisdiction". Pour ces deux derniers auteurs, la jurisprudence mentionnée *supra*, à la note 10, a considérablement amélioré les choses, un point de vue qui, entre autres mérites, a celui de ne pas pécher par excès de pessimisme.

Répondre que la question en cause ne relevait pas du tribunal administratif signifie presque à coup sûr que seul un tribunal supérieur, dans l'hypothèse d'une contestation soutenue, pourra disposer de la question d'une manière qui fasse autorité¹². Répondre qu'en tranchant la question en cause comme il l'a fait, le tribunal administratif a rendu une décision de portée juridictionnelle, équivaut à dire, dans l'état actuel de la jurisprudence, qu'un tribunal supérieur pourra à bon droit substituer sa façon de voir à celle du tribunal administratif si cette dernière, aussi raisonnable soit-elle, paraît "erronée" au tribunal supérieur¹³. La caractéristique commune à tous les litiges et à toutes les théories sur la juridiction est de déterminer, soit dans une espèce quelconque, soit pour un ensemble d'espèces d'un même genre, jusqu'où pourra aller le contrôle judiciaire. Cette caractéristique peut donc servir de dénominateur commun dans une description sommaire des principales thèses sur le contrôle juridictionnel¹⁴.

-
12. La présomption de compétence des tribunaux supérieurs provinciaux est très forte, comme le démontrent de nombreux arrêts tels que *Board c. Board*, [1919] A.C. 956 et *Bell Telephone Co. c. Harding Communications Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 395. Même la Cour fédérale, qui n'est pas un tribunal de droit commun (voir PÉPIN et OUELLETTE, *op. cit.*, note 11, 379 et *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228), mais qui demeure une cour supérieure selon sa loi constitutive (*Lois sur la Cour fédérale du Canada*, S.R.C. 1970, 2^{ème} supp., c. 10, art. 3), a hérité des cours supérieures provinciales un pouvoir de contrôle juridictionnel qui lui permet d'intervenir dans des domaines *a priori* réservés à d'autres institutions: comparer *Le procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735 et *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98.
 13. C'est du moins ce que fait ressortir le juge Beetz dans ses motifs de l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. C.C.R.T.*, [1984] 2 R.C.S. 412, motifs qui sont aussi ceux de la cour, et où l'on peut lire à la page 420: "L'erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d'exercer une compétence, soit dans l'ouverture d'une enquête, soit en cours d'enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l'annulation de la décision qui en est entachée, car elle est également visée par l'alinéa 28(1)(a) de la *Loi sur la Cour fédérale*". (L'alinéa 28(1)(a) concerne les excès de compétence et le refus d'exercer sa compétence).
 14. Est-il besoin de rappeler qu'on trouve dans la jurisprudence comme dans la doctrine plusieurs explications différentes, mais valables, du contrôle juridictionnel? Parmi les plus originales, voir celle de Lord Diplock dans *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1968] 2 Q.B. 862, 887-893 (une thèse peut-être trop avant-gardiste pour l'époque) et celle, synchrétique, de P.P. CRAIG, *Administrative Law*, 1983, pp. 299-349.

La première de ces thèses, qui est aussi la plus ancienne et la plus classique, peut être qualifiée de thèse abstentionniste. Elle prétend restreindre le contrôle judiciaire pour absence ou excès de juridiction¹⁵ à certaines catégories de questions seulement et, pour le reste, elle se désintéresse à peu près complètement de la façon, plus ou moins correcte ou erronée, dont le décideur tranchera les questions de droit ou de fait qui lui auront été soumises. La seconde thèse, qui avait déjà la faveur des tribunaux longtemps avant qu'un arrêt célèbre des années soixante ne vienne en consacrer le principe¹⁶, mériterait plutôt d'être qualifiée d'interventionniste. Il est peut-être exagéré de dire qu'elle constitue l'antithèse de la thèse abstentionniste - on conçoit mal, d'ailleurs, que les métamorphoses du droit prétorien soient qualifiées de la sorte par une jurisprudence sans cesse préoccupée de sa propre continuité¹⁷ - mais il ne fait aucun doute qu'une période d'intensification du contrôle juridictionnel coïncide avec l'époque des années soixante et soixante-dix. Réduite à l'essentiel, la conception de la juridiction qui paraît alors animer les tribunaux, et qu'un courant doctrinal se fait fort de justifier alors qu'un autre en conteste le bien-fondé, reconnaît à toute question de droit et toute décision qui la tranche une

15. À l'origine, l'idée même d'excès de juridiction n'a pas été acceptée sans difficulté. Dans la mesure où, comme l'écrivait il y a quelques années encore Lord Reid dans *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192, 234, "if a tribunal has jurisdiction to go right, it has jurisdiction to go wrong", commettre une erreur dans la façon de disposer d'une question qu'on avait initialement compétence pour trancher ne devrait pas se traduire une erreur juridictionnelle.

16. *Anisminic c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147.

17. On peut toujours prétendre, évidemment, que mêmes les arrêts les plus innovateurs en droit public, tels l'arrêt *Crevier*, [1981] 2 R.C.S. 220, l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 ou encore l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Board of Police Commissioners*, [1979] 1 R.C.S. 311, ne font que rendre applicables à de nouvelles situations des principes déjà consacrés. Cette façon de voir les choses équivaut à nier que le droit puisse évoluer de façon dialectique. Il est plus réaliste, du moins sur la question du contrôle juridictionnel, de renoncer à toute prétention de ce genre. Comme le fait très justement remarquer P.P. CRAIG, *op. cit.*, note 14, 312: "A number of leading nineteenth century cases are catalogued as error within jurisdiction. [...] The crucial point is that these cases can be so catalogued *not* because of some essential difference in the nature of the defect existing in them as compared to the errors occurring in cases held to fall within categories one and two. The distinguishing characteristic lies rather in the concept of jurisdiction adopted. It is this which differs as between the cases, not the error itself".

portée juridictionnelle potentielle¹⁸. Cela suffit, évidemment, pour que le justiciable mécontent d'une décision rendue par un tribunal administratif cherche à la faire casser au motif d'erreur juridictionnelle, en faisant simplement valoir que l'interprétation retenue par ce tribunal comporte quelque chose de juridiquement constestable ou erronée¹⁹. La distinction traditionnelle entre l'appel et le contrôle judiciaire devient donc de plus en plus ténue, sinon illusoire.

C'est en réaction contre ce glissement progressif vers ce qui risquait de devenir un appel de droit commun (appel sur permission, sans doute, mais appel tout de même²⁰) que les tribunaux supérieurs, sous l'impulsion de la Cour suprême du Canada, tentaient vers le début des années quatre-vingt de trouver un point d'équilibre entre les deux premières thèses sur le contrôle juridictionnel. Le coup d'envoi est donné par un arrêt dont on ne répètera jamais assez l'importance: *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des Alcools du Nouveau-Brunswick*²¹. Cet arrêt énonce les éléments essentiels de ce qui devrait devenir avec le temps une doctrine de synthèse sur le contrôle juridictionnel. Le mot juridictionnel lui-même y retrouve le sens étroit qu'on lui avait donné à une certaine époque, mais il

18. C'est ce qui explique la prise de position de Lord Denning dans l'affaire *Pearlman c. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 Q.B. 56, 70, prise de position dont la franchise décapante resta sans grand effet sur la Chambre des Lords: *In re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374.

19. L'indéterminisme inhérent au processus d'interprétation des lois facilite sûrement le recours au contrôle judiciaire: voir HUTCHINSON, *loc. cit.*, note 6, 297 et 304-314. Le rapport étroit entre le mode d'interprétation des lois et le contrôle judiciaire a été étudié de façon fouillée par H. Wade MACLAUGHLAN, *Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear*, à paraître, University of Toronto Law Journal. L'auteur y développe la thèse que la réforme du contrôle judiciaire passe d'abord par la mise à jour ordonnée des principes d'interprétation des lois.

20. Il aurait été intéressant de comparer à une certaine époque la fréquence respective des permissions d'appeler accordées par la Cour d'appel et des brefs d'évocation accordés par la Cour supérieure. De telles données n'existent évidemment pas et la complexité des phénomènes à dénombrer empêchera probablement qu'on tente d'étudier le contrôle judiciaire sous cet angle. Néanmoins, qu'on le veuille ou non, une étude complète du contrôle judiciaire et, plus spécifiquement, juridictionnel, nécessite qu'on évalue son impact non seulement sous un angle qualitatif mais aussi quantitatif: voir C. HARLOW et P. RAWLINGS, *Law and Administration*, 1984, pp. 257-263.

21. [1979] 2 R.C.S. 227.

en acquiert aussi un autre, bien différent, qui est fonction de la rationalité de la décision contestée. Hors les cas, problématiques il est vrai, où l'on croit être en présence d'une erreur juridictionnelle au sens étroit du terme, la façon de juger la décision du tribunal administratif se transforme. On passe d'une logique à deux valeurs, celles du vrai et du faux, ou encore de l'erreur et de l'absence d'erreur, à une logique à plusieurs valeurs, qui se répartissent et se chevauchent en plusieurs points sur un même axe. La décision (ou "l'interprétation", puisque toute décision d'un organisme quasi-judiciaire repose forcément sur l'interprétation d'une norme) sera plus ou moins raisonnable, mais seule celle qui est manifestement déraisonnable emportera excès de juridiction.

Au moyen de cette doctrine de synthèse, que déjà plusieurs arrêts ultérieurs ont nuancée et, serait-on tenté de dire dans le cas de quelques-uns, risquent même de neutraliser²², il devrait désormais être possible de mieux concilier les objectifs, tous valables en soi, mais souvent peu compatibles entre eux, du droit administratif. En effet, la primauté du droit²³ au sens où on l'entend traditionnellement (certitude, clarté, prospectivité et uniformité d'application de la loi) ne fait pas nécessairement bon ménage avec l'efficacité des tribunaux administratifs (décentralisation, spécialisation, accessibilité et rapidité d'intervention). Le juge de la Cour supérieure qui, par conviction, veut corriger ce qui lui paraît être l'erreur de droit d'un tribunal administratif, doit cependant tenir compte des préférences du législateur qui, en créant ce tribunal et en le munissant de la protection que peut lui apporter une clause privative, a formellement exprimé son désir de confier la sanction de certains droits à une institution autonome. D'ailleurs, c'est presque toujours en raison même des inaptitudes des tribunaux de droit commun que le législateur met sur pied des juridictions spécialisées. Cela étant, il faut se garder de restreindre, au nom d'une certaine conception de la légalité mais en réalité de manière impré-

22. C'est peut-être le cas, comme on le verra plus loin, de l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. C.C.R.T.*, [1984] 2 R.C.S. 412.

23. C'est ainsi que la Cour suprême, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, J.E. 85-603 (C.S.C.), exprime en français le concept anglais de *Rule of Law*. Le Barreau du Québec, plus prosaïque, lorsqu'il se porte à la défense de la légalité et du contrôle judiciaire devant la Commission Beaudry, traduit *Rule of Law* par "règle de droit": voir *Barreau 1985*, Vol.17, no 1, p. 1. Cette nuance dans la façon d'exprimer les choses est caractéristique des diverses conceptions de la *Rule of Law*.

visible, leurs attributs juridictionnels. Les enjeux du contrôle juridictionnel sont donc suffisamment sérieux pour qu'on se préoccupe des incohérences de la théorie qui tout récemment encore en déterminait l'exercice: on ne peut pas se satisfaire d'une discrétion judiciaire qui permette de juger sans aucune contrainte d'une espèce à l'autre de l'opportunité d'une intervention. En effet, l'absence de critères d'intervention ne peut être interprétée par les plaideurs que comme une invitation à faire valoir, chaque fois que cela sert leurs intérêts, qu'il y a tout lieu d'intervenir en l'occurrence.

La jurisprudence sur les excès de juridiction est presque pléthorique et il est possible qu'en cherchant bien on y trouverait à peu près tout et son contraire. Aussi est-il préférable de s'en tenir dans la mesure du possible aux arrêts les plus importants, pour tenter d'en dégager ce qui a valeur de principe. La Cour suprême du Canada s'étant à maintes reprises prononcée sur la question, il semble normal de s'intéresser d'abord à sa jurisprudence puisque c'est elle qui, hiérarchiquement sinon par sa valeur intrinsèque, fait autorité. Cette façon de procéder fautive peut-être la représentation qu'on se fait de la réalité mais, quoi qu'on en dise, elle est tout à fait conforme au raisonnement de *common law*²⁴. Enfin, rappelons que nous cherchons ici à formuler une théorie du contrôle juridictionnel et non à donner une image exacte du phénomène (ou des phénomènes) tel qu'il existe dans chacun des districts judiciaires du Québec.

I LA THÈSE ABSTENTIONNISTE OU CONCEPTION ÉTROITE: LE MOINS POSSIBLE

3. Origine et principales caractéristiques

La thèse abstentionniste a ses principales assises dans la doctrine contemporaine et dans certains arrêts dont il faut reconnaître d'emblée qu'ils ne sont pas récents. Élaborée par Gordon dans une

24. Dans une conférence intitulée "Law Lords, Reactionaries or Reformers", (1984) 37 *Current Legal Problems* 247, Lord ROSKILL fait, entre autres remarques sur l'usage de la jurisprudence, le commentaire suivant (p. 251): "... correct principles can rarely, if ever, be established by a series of idiosyncratic decisions in individual cases based upon some supposed subjective judicial view of what practitioners call 'merits' and some people like to call 'justice'. That approach simply leads to an attempt to deduce principle from individual decisions; a particularly undesirable form of inductive reasoning and also a grave misuse of precedent".

série d'articles et de recensions tout à fait remarquables²⁵ que malheureusement on mentionne rarement au Québec, cette conception ou théorie de la juridiction a été qualifiée par de Smith de "pure" *theory of jurisdiction*²⁶. Elle demeure à ce jour la conception la plus logique et la plus rigoureuse sur un plan abstrait, mais aussi la plus intransigeante sur un plan pratique, de la juridiction en droit administratif. Comme plusieurs autres théories juridiques qui présentent ces mêmes caractéristiques, la conception stricte de la juridiction comporte des avantages de taille (une grande clarté et un degré élevé de prévisibilité dans ses applications), mais elle peut conduire à des résultats qui paraîtront trop fâcheux pour être tolérés. C'est ce qui explique, d'ailleurs, qu'elle ait connu une longue éclipse dans la jurisprudence. Elle entraîne, par exemple, qu'un tribunal inférieur, investi par la loi d'une compétence répressive à l'égard d'un type d'infraction A, peut, s'il est saisi d'une plainte en bonne et due forme contre X, valablement déclarer X coupable de l'infraction, même en l'absence d'une preuve contre X²⁷. Par exemple, et dans le même ordre d'idées, à compter du moment où la

25. D.M. GORDON, "The Relation of Facts to Jurisdiction", (1929) 45 *L.Q.R.* 458; "Observance of Law as a Condition of Jurisdiction", (1931) 47 *L.Q.R.* 386, 557; "Title Redemption Commission v. Gwynne Government", (1944) 60 *L.Q.R.* 250; "Review", (1960) 76 *L.Q.R.* 306; "Conditional or Contingent Jurisdiction of Tribunals", (1959-1963) 1 *U.B.C.L.R.* 185; "Jurisdictional Fact: An Answer", (1966) 82 *L.Q.R.* 515; "What did the Anisminic Case Decide?", (1971) 34 *M.L.R.* 1.

26. Toutes les éditions de l'ouvrage du professeur DE SMITH reviennent à la thèse de Gordon qu'elles qualifient toutes de cette façon. Voir notamment *Judicial Review of Administrative Action*, 1959, p. 66 et 4^e édition par J.M. EVANS, 1980, p. 112.

27. Dans un commentaire sur l'arrêt *Gwynne*, [1943] K.B. 752, *loc. cit.*, note 25, Gordon conclut à la page 261: "It is wholly irrational to admit that a limited tribunal is fit to pass on guilt or innocence, yet to boggle at the possibility that the tribunal, through making an untrue finding of fact, may try some charge it ought not to try. This irrationality appears most strikingly in this, that the same judges who recognize a tribunal's power even to convict the innocent, yet refuse to admit its fitness to adjudge whether the defendant has been summoned! This is swallowing a camel and straining at a gnat with a vengeance. The camel has to be swallowed; there is no help for it; but that makes straining at a gnat no more rational". La prémisses de Gordon demeure controversée en droit canadien: voir *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] A.C. 128, de même que D.W. ELLIOTT, "No Evidence - A Ground for Judicial Review in Canada?", (1972-73) 37 *Sask. L.R.* 48, et surtout les commentaires sur cette question que fait monsieur le juge Lebel dans l'arrêt *Commission de la fonction publique c. Marchand*, [1985] R.D.J. 50, 55 et 59. Il arrive qu'on donne un sens inattendu à la notion d'absence de preuve: *Kelly Leduc Ltée c. Villeneuve*, [1985] C.S. 688.

législature a confié à un tribunal administratif la compétence d'apprécier souverainement si oui ou non il y a eu "congédiement sans cause juste et suffisante", il importe peu que ce tribunal conclue par l'affirmative là où un tribunal supérieur conclurait sans hésitation par la négative²⁸. Les "erreurs" occasionnelles commises par un tribunal administratif sont la contrepartie inévitable des avantages recherchés en mettant sur pied des tribunaux de ce genre. Dans la mesure où l'on prétend corriger ces "erreurs" au moyen du contrôle judiciaire, on renonce aux objectifs de rapidité, de simplicité, de spécialisation et de finalité qui ont présidé à la création d'un tribunal administratif. Selon Gordon, qui se contente en cela d'avancer une opinion autrefois consacrée par la jurisprudence, il faut sacrifier la perfection juridique, si tant est qu'elle soit de ce monde, aux objectifs qui viennent d'être énumérés.

La thèse de Gordon a pour point de départ une notion essentiellement subjective, ou à tout le moins relative, du fait juridique²⁹. Aucun fait juridique, ni *a fortiori* un fait juridique litigieux, n'existe "dans l'absolu". Il ne peut y avoir litige sur une question quelconque que lorsque la question prête à controverse. Le raisonnement juridique revêt nécessairement une forme dialogique, le dialogue du pour et du contre, et toute conclusion juridique est controversable³⁰. Aussi, lorsque la loi énonce que la survenance

28. Les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, et la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74, vont dans le même sens que cet énoncé, à cette différence près que selon la jurisprudence actuelle, la décision d'un arbitre, même sur la question de la cause juste et suffisante, pourra être cassée si elle est manifestement déraisonnable.

29. Il faut entendre ici par "fait juridique" toute circonstance qui, une fois prouvée et qualifiée en regard de la loi, est susceptible d'avoir un effet juridique. Dans sa description de la thèse de Gordon, CRAIG, *op. cit.*, note 14, 304, développe la même idée en soulignant que cette thèse parle de "relative, not absolute facts". Les réflexions de Lord Diplock dans l'affaire *Anisminic*, [1968] 2 Q.B. 862, 887, s'inscrivent aussi dans le même ordre d'idées, où il observe "Lawyers, when they talk of 'error', whether of 'fact' or of 'law', in such a statement, are dealing not with absolutes, but with the opinion of human beings". Il est parfois utile de le rappeler.

30. GORDON, "Jurisdictional Fact: An Answer", (1966) 82 *L.Q.R.* 515, 522, souligne que ce problème a toujours existé. Il cite en exemple, avec beaucoup d'à propos, l'arrêt *Burnell*, (1670) 124 E.R. 1006, qui mit fin aux interventions des tribunaux supérieurs à l'encontre de verdicts contestables quant à leur contenu. Le juge Vaughan y faisait remarquer, p. 1009: "I would know whether any thing be more common, than for two men stu-

d'un fait X entraîne une conséquence Y (e.g. le congédiement pour seule cause d'activités syndicales entraîne réintégration), il faut qu'elle désigne le décideur dont l'opinion sera concluante quant à l'existence ou l'inexistence de ce fait X. Cette désignation peut être implicite: le silence de la loi sur ce point signifie que le tribunal de droit commun (ou au Québec la Cour supérieure, que l'article 31 C.p.c. décrit comme *the court of general original jurisdiction*³¹) est compétent en raison de sa "jurisdiction inhérente". Elle peut aussi être explicite et s'accompagner de la création d'un tribunal spécialisé. Cependant, le choix d'un décideur dont l'opinion sera concluante fait partie intégrante de l'acte législatif; si la législature a confié privativement à un tribunal administratif la responsabilité de statuer sur certains recours, elle a choisi par la même occasion de privilégier l'opinion de ce décideur quant à toutes les questions de fait ou de droit susceptibles d'être débattues lors de l'exercice de ces recours³². Il s'ensuit que le contrôle juridictionnel doit se limiter strictement à l'examen du genre de recours dont on a saisi le

dents, barristers, or Judges, to deduce contrary and opposite conclusions out of the same case in law? And is there any difference that two men should infer distinct conclusions from the same testimony: Is any thing more known that the same author, and place in that author, is forcibly urg'd to maintain contrary conclusions, and the decision hard, which is in the right? Is any thing more frequent in the controversies of religion, than to press the same text for opposite tenents? How then comes it to pass that two persons may not apprehend with reason and honesty, what a witness, or many, say to prove in the understanding of one plainly one thing, but in the apprehension of the other, clearly the contrary thing...?" On ne peut qu'être frappé par le modernisme de ces propos qui, après une longue période d'intransigeance positiviste, trouvent écho dans la doctrine juridique la plus récente. Ainsi, voir C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, 1985, p. 183: "Il faut tenir la discussion *pro et contra* 'non pour un péché mignon, mais pour l'essence' même du métier de juriste. Il en est ainsi parce que les 'points de vue' de la connaissance du droit sont multiples et parce qu'aucune instance ne peut les départager. [...] La controverse est encore inévitable et souhaitable parce que, sur toute question de droit, les sources écrites se conjuguent et dialoguent. Jamais le juriste ne se trouve devant une seule indication qu'il se contenterait de suivre. S'il a parfois l'impression contraire, c'est seulement parce qu'il situe sa réflexion à un niveau de généralité qui dénature le droit".

31. L'article 31 du *Code de procédure civile* réitère, sans en modifier la teneur, le principe de l'arrêt *Board c. Board*, [1919] A.C. 956.
32. CRAIG, *op. cit.*, note 14, 304 explique la chose comme suit: "If a tribunal is given jurisdiction over a certain topic, the question is whether the facts relating to that topic exist *in the opinion* of the tribunal. Thus, if a tribunal is given jurisdiction over assault, the question is whether an assault exists *in the opinion of that tribunal*". (nos italiques).

tribunal spécialisé. Dès lors que le moyen ou le recours, tel que formulé et articulé par celui qui en a eu l'initiative, relève à première vue, ou *prima facie*³³, du tribunal sollicité, il est juridiquement indéfendable que ce tribunal puisse "perdre juridiction" en raison de ce qu'il décide³⁴.

4. Portée de la thèse abstentionniste en droit positif

On ne saurait prétendre que la thèse abstentionniste, dont l'effet évident est de donner aux juridictions spécialisées une très grande autonomie décisionnelle, a connu beaucoup de succès devant les tribunaux supérieurs. Gordon lui-même reconnaît que la conception stricte de la juridiction n'a guère eu d'emprise dans la

33. La précision a son importance: à première vue, c'est-à-dire de prime abord, sans prendre le temps d'épiloguer sur le pour et contre. L'analyse est sommaire, pour ne pas dire rudimentaire ("... on its face bringing itself within [...] jurisdiction", *R. c. Bolton*, (1841) 1 Q.B. 66, 73; 113 E.R. 1054, 1057), afin justement d'éviter de longs débats qui finiront fatalement par susciter le doute. Cette façon commode d'occulter les complications juridiques peut sembler quelque peu primitive, mais on ne peut nier qu'elle soit efficace, comme le reconnaît presque de guerre lasse Lord Diplock dans l'arrêt *Pioneer Shipping Ltd. c. B.T.P. Tioxide Ltd.*, [1982] A.C. 724, 742 G-H et 743 A-D. D'ailleurs, elle s'apparente assez à la notion prosaïque, mais déterminante, de "record" qu'on s'efforçait de circonscrire dans l'arrêt *R. c. Northumberland Compensation Appeal Tribunal ex parte Shaw*, [1952] 1 K.B. 338. Dans un cas comme dans l'autre, on postule que ce qui ne se voit pas ou ne s'entend pas n'existe pas.

34. GORDON, "The Relation of Facts to Jurisdiction", (1929) 45 *L.Q.R.* 458, 473-4, dans un passage qu'on reproduira en entier parce qu'il mérite d'être lu et relu, écarte péremptoirement l'idée qu'un tribunal administratif puisse "perdre juridiction" en raison d'une interprétation erronée de la loi ou des faits: "... it is a logical absurdity to say that a tribunal has power to 'decide' at all if its decision is to be binding when correct and without jurisdiction [...] when incorrect. The power to decide any question means power to choose between two or more possible conclusions. A tribunal that cannot decide as it sees fit has no power to decide at all, i.e., has no jurisdiction. It is merely playing with words to say that a tribunal has power to decide, but 'not finally' or 'not conclusively', or that its power is to decide only 'in the first instance', when these phrases are used to mean, not that an incorrect finding can be reversed on appeal, but that if considered incorrect by a tribunal having no appellate jurisdiction, it becomes *ab initio* no finding at all. For this is to say that there is power to choose rightly but none to choose wrongly; in other words, there is no choice, and the decision of that question is not within that tribunal's jurisdiction, but is assigned to another. If a tribunal has no jurisdiction to decide a question, its decision must be nugatory, whether right or wrong; if it has jurisdiction, its decision must bind, whether right or wrong".

jurisprudence contemporaine³⁵ et que, s'il fallait identifier une période durant laquelle les tribunaux s'y conformèrent assez fidèlement, ce serait celle qui débuta par l'arrêt *Brittain c. Kinnaird*³⁶ et qui se termina il y a longtemps avec l'arrêt *R. c. Coles*³⁷. Observons néanmoins que, dans ses motifs très approfondis de l'arrêt *Nat Bell Liquors*³⁸, Lord Sumner fait longuement état en des termes approuvateurs de l'arrêt *Brittain* et d'une décision ultérieure qui va dans le même sens, *R. c. Bolton*³⁹.

Depuis lors, la notion de juridiction s'est dilatée au point d'englober pratiquement toute question de droit ou de fait. Cela explique, comme on l'a déjà noté⁴⁰, qu'on ne rencontre pour ainsi dire jamais, de nos jours, la double affirmation par un tribunal supérieur (i) qu'un tribunal administratif a commis une erreur de droit, mais (ii) que sa décision ne peut être révisée parce que l'erreur n'est pas juridictionnelle. Pourtant, la Cour suprême du Canada rendit en 1931, dans l'arrêt *Segal c. City of Montreal*⁴¹, une décision qui dans son résultat paraît entièrement compatible avec la conception étroite de la juridiction. Or, cet arrêt *Segal* était cité encore récemment par la Cour d'appel du Québec dans quelques affaires qui mettaient en cause des tribunaux d'arbitrage⁴². Il est

35. "Review", (1960) 76 *L.Q.R.* 306, 309: "They did accept it fairly consistently between 1819 and 1845; and since then at intervals the old concept has been reaffirmed right down to the present..."

36. (1819) 1 B. & B. 432; 129 E.R. 789.

37. (1845) 8 Q.B. 75; 115 E.R. 802.

38. [1922] 2 A.C. 128, 152-154.

39. (1841) 1 Q.B. 66; 113 E.R. 1054.

40. Voir *supra*, note 5.

41. [1931] S.C.R. 460 (comparer avec *Ex parte Daigle*, (1861) 11 L.C.R. 289). Le jugement principal, sous la plume du juge Lamont, apparaît par moment plutôt filandreuse, mais on y trouve deux renvois à l'arrêt *Bolton*, (1841) 1 Q.B. 66; 113 E.R. 1054, dont le principe est réitéré en toutes lettres à la page 475.

42. Voir notamment *Ville de Montréal-Est c. Gagnon*, [1978] C.A. 100 et *Foyer St-Antoine c. Lalancette*, [1978] C.A. 349. Il n'est pas sûr, en réalité, que ces deux décisions où la cour accueille l'appel d'un jugement rejetant une requête en évocation, soient en tout point conformes au principe de l'arrêt *Segal*, lequel d'ailleurs inspire de temps à autre des décisions incompatibles avec la thèse abstentionniste. Ainsi, voir *Union des employés de service, Local 298 (F.T.Q.) c. Bibeault*, [1982] C.S. 977, jugement difficile à concilier avec l'arrêt *Bolton*, (1841) 1 Q.B. 66; 113 E.R. 1054, qui en outre ne tient pas compte de l'analogie possible entre l'article 484 de la *Charte de la cité de Montréal*, (1899) 62 Vict. 58, dirimant dans l'arrêt *Segal*, et les

vrai que le plus comprend le moins et que l'adhésion de principe à une conception beaucoup plus envahissante de la juridiction n'empêche pas qu'on invoque, lorsque cela suffit, une jurisprudence tribunaire d'une conception moins interventionniste.

Par ailleurs, fait beaucoup plus significatif, on assiste depuis quelques années à une renaissance, sous une forme modifiée, de la notion étroite de la juridiction. Ce phénomène n'est ni uniforme, ni encore entièrement assimilé par les tribunaux supérieurs, mais il s'est dessiné dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et mérite par conséquent quelques commentaires. Déjà en 1973, dans l'arrêt *Union internationale des employés de services local no 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*⁴³, le juge Dickson faisait allusion à la "compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête"⁴⁴. Il allait par la suite reprendre cette idée dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*⁴⁵. Commentant un passage d'un ouvrage de H.W.R. Wade, le juge Dickson y écrivait: "[...] sous-jacente à ce genre d'énoncé, se situe une autre approche des problèmes de compétence qui me paraît préférable, savoir, que la compétence doit ordinairement être établie au début de l'enquête"⁴⁶. Si le mot "ordinairement" était omis de cette citation, où d'ailleurs il n'apporte qu'une simple nuance d'intensité, le postulat coïnciderait presque exactement avec la conception stricte de la juridiction qu'avait développée Gordon⁴⁷.

On aurait absolument tort de prétendre que cette conception est redevenue la seule valable en droit positif; comme on le verra plus loin, un arrêt plus récent encore, *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*⁴⁸, la remet en question. Néanmoins, dans l'état actuel des choses, il est permis de croire que la thèse de Gordon exprime correctement le véritable fondement de l'une des formes,

articles 46 et 118 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, pourtant fort significatifs dans le cadre de l'affaire *Bibeault*.

43. [1975] 1 R.C.S. 382.

44. *Id.*, 389. La version anglaise du jugement est peut-être plus évocatrice. Le juge Dickson y parle de "[the] authority to enter upon an inquiry" (nos italiques).

45. [1979] 2 R.C.S. 227.

46. *Id.*, 233.

47. *Supra*, note 25.

48. [1984] 2 R.C.S. 412.

la plus élémentaire, du contrôle juridictionnel. Sous cet aspect, le contrôle juridictionnel consiste bel et bien en l'examen d'une seule question: le tribunal administratif avait-il oui ou non "*the authority to enter upon the inquiry?*" Parce qu'elle favorise avant tout l'autonomie des tribunaux administratifs, cette conception du contrôle judiciaire rejoint les préoccupations récentes dont on cherche à faire état en parlant de *judicial restraint*⁴⁹, c'est-à-dire de "retenue" ou "d'hésitation judiciaire". Il n'est pas dit, bien sûr, qu'adhérer à la thèse de Gordon, de même qu'à la jurisprudence qui l'illustre, soit la seule façon de préserver l'autonomie des tribunaux administratifs. La thèse abstentionniste n'est peut-être qu'un des éléments d'une théorie plus complexe de la juridiction, adaptée à la réalité actuelle. Il faut reconnaître, cependant, qu'elle a résisté à l'épreuve du temps, qu'elle conserve sa puissance logique et que, de toutes les conceptions de la compétence d'attribution, elle seule se limite à considérer si le décideur avait "*the authority to enter upon this inquiry*".

5. Illustration

On peut illustrer chacune des conceptions de la juridiction avec certains cas-types tirés de la jurisprudence récente. L'affaire *Union des employés de service, local 298 (FTQ) c. Bibeault*⁵⁰, aussi connue sous le nom de *Services ménagers Roy Ltée*⁵¹, devrait être entendue bientôt en Cour suprême. Elle soulève un problème de transmission de droits en vertu de l'article 45 du *Code du travail*⁵².

49. C'est l'expression employée par le juge Dickson dans l'arrêt *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, 781, et reprise par le juge Lamer dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 489.

50. [1982] C.S. 977.

51. [1982] T.T. 115.

52. Rappelons par simple commodité que l'article 45 énonce: "L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, aucune convention collective, ni aucune procédure en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective.

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé et devient par le fait même partie à toute procédure s'y rapportant, aux lieux et place de l'employeur précédent". L.Q. 1977, c. C-27.

Les faits pertinents se résument comme suit. L'entreprise MBD détient plusieurs contrats d'entretien avec une commission scolaire. Chacun de ces contrats vise une école administrée par la commission. Les salariés de MBD sont représentés par un syndicat C.S.N. Ils déclenchent une grève légale qui force MBD à interrompre les services d'entretien. Invoquant une clause d'inexécution contenue dans chacun des contrats, la commission met fin aux contrats avec MBD et procède à des appels d'offre. L'entreprise SMR soumissionne et obtient les contrats d'entretien pour les écoles auparavant desservies par MBD. Le syndicat C.S.N. demande que ses droits vis-à-vis SMR soient reconnus. Le commissaire du travail saisi du dossier, et le Tribunal du travail par une décision majoritaire de six de ses juges contre cinq, décident que le syndicat C.S.N. a droit à la protection de l'article 45. Un syndicat F.T.Q. qui avait déposé une requête en accréditation pour représenter les salariés de SMR se pourvoit en évocation contre la décision du commissaire et du Tribunal.

Comme on le verra plus loin, la Cour supérieure conclut en l'espèce à l'excès de juridiction. Pourtant, il est très improbable que ces mêmes faits et ce même litige auraient justifié une conclusion semblable si la Cour supérieure avait adhéré à la conception étroite de la juridiction dont il vient d'être question plus haut. En effet, il est clair⁵³ à la lecture du *Code du travail* que les demandes formées en vertu de l'article 45 - et par conséquent les litiges qui en résultent - relèvent privativement, au premier niveau, des commissaires du travail et, en appel, du Tribunal du travail. Il en irait différemment d'un grief, d'une requête en faillite ou d'une demande d'extradition puisque, bien évidemment, chacune de ces procédures tombe dans les attributions d'autres institutions. En matière de transmission de droits collectifs régis par le *Code du travail*, cependant, la législation désigne le commissaire et le Tribunal comme instances compétentes et la conception étroite de la juridiction pose qu'il ne faut pas chercher plus loin la réponse à la question juridictionnelle. En l'occurrence, donc, le litige devait commencer de s'instruire devant un commissaire. Puisque, toujours selon cette même conception, le commissaire avait compétence pour se saisir du dossier, il ne peut pas avoir "perdu juridiction" en adoptant une interprétation plutôt qu'une autre de la loi. Sinon, on devrait logiquement accepter que le commissaire - et le Tribunal - "a juridic-

53. Clair dans le sens qu'il ne viendrait assurément à l'idée de personne de porter d'abord devant la Cour supérieure un litige sur cette disposition sous prétexte que la Cour supérieure est le tribunal local de droit commun.

tion" lorsqu'il décide d'une question comme l'aurait fait ou le fera la Cour supérieure, mais qu'il "n'a pas" ou "n'a plus juridiction" lorsqu'il décide de cette même question autrement que ne l'aurait fait ou ne le fera la Cour supérieure. Au fond, s'il en est ainsi, le jugement du commissaire est inutile et dépourvu de force obligatoire puisque, dès qu'on le conteste, il n'a de valeur juridique et n'est exécutoire que s'il coïncide avec le jugement ultérieur d'une autre instance. N'ayant pas d'autre emprise sur la loi et sur le droit, les tribunaux administratifs deviennent l'enceinte pour une répétition générale avant le vrai litige qui lui se déroulera devant les tribunaux de droit commun. Pourquoi dans ces conditions ne pas simplifier le processus de décision et confier directement à l'institution qui de toute façon aura le dernier mot, c'est-à-dire à la Cour supérieure ou même la Cour d'appel, la responsabilité première de trancher les litiges impliquant l'article 45? Pourquoi en effet? Mais précisément parce que, ces institutions ne suffisant plus à la tâche, le législateur a voulu confier la sanction de certains textes à d'autres institutions.

Poussé de la sorte jusqu'à l'absurde, ce raisonnement fait ressortir le mérite de la thèse abstentionniste. En effet, l'intention législative quant à la portée de l'article 45 peut prêter à controverse mais non l'intention législative quant à qui doit trancher cette controverse: le *Code du travail* confie expressément cette responsabilité aux juridictions du travail et une théorie de la juridiction qui a pour résultat de transférer cette responsabilité des juridictions spécialisées à la Cour supérieure lorsqu'une affaire est plus contestée qu'une autre contrecarre ouvertement l'intention législative. C'est peut-être justement dans les cas où la controverse est le plus envenimée qu'il y a lieu d'attacher le plus grand prix à la finalité des décisions de tribunaux administratifs. Dans cette perspective, une affaire comme celle des *Services ménagers Roy Ltée* devrait se régler devant un commissaire ou, en appel, devant le Tribunal du travail, mais nulle part ailleurs, car pour paraphraser les termes d'un arrêt de la Cour suprême, "il ne fait aucun doute que l'objet général d'un litige sur la transmission de droits relève de l'article 45" et donc de ces seules instances⁵⁴.

6. Critique

À toute médaille il y a un revers et la thèse abstentionniste, appliquée à la lettre, peut engendrer de fâcheux résultats. En effet,

54. Voir *infra*, texte correspondant à la note 59.

elle laisse peu de place au contrôle judiciaire et comporte donc comme conséquence qu'une fois valablement saisie d'une affaire une juridiction administrative est libre de se tromper aussi lourdement, aussi souvent et avec autant d'application que si elle n'était assujettie à aucune forme de surveillance. Seule compte l'existence de sa compétence d'attribution au moment où elle reçoit une demande et, à ce stade du processus de décision, on ignore encore quelles questions seront soulevées en cours d'enquête, quel enchevêtrement de faits et quelles complications juridiques risquent de transformer, par exemple, ce qui avait toutes les apparences d'un cas simple de congédiement en un cas complexe de dissolution de société. Selon la thèse abstentionniste, l'existence ou l'absence de compétence dépend des apparences et dès que celles-ci, *prima facie*, justifient l'intervention du décideur, on devient en quelque sorte prisonnier de ces apparences, même s'il s'avère après coup qu'elles étaient dénuées de fondement. Cela restreint considérablement le cadre du débat juridictionnel qui se solde par des constats simplistes: un commissaire du travail a nécessairement compétence pour se prononcer sur une transmission de droits en vertu de l'article 45 du *Code du travail*, il n'a pas compétence pour prononcer la dissolution d'une association en vertu de l'article 149 du même code. Là s'arrête l'examen de la question, qui doit d'ailleurs être tranchée *a priori*. Si dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 45 le commissaire rend une décision que presque tout le monde considère erronée, cela ne le prive pas de sa compétence.

En l'occurrence, évidemment, le Tribunal du travail pourra corriger la décision s'il est saisi d'un appel, mais il n'appartient pas à un tribunal supérieur de venir remettre en question une décision rendue valablement bien qu'erronément par la personne ou l'organisme habilité à le faire. La thèse abstentionniste pratique donc une distinction très marquée entre le pouvoir de décider et la justesse d'une décision. Aussi rencontre-t-on dans la jurisprudence que la décision attaquée est erronée mais néanmoins valablement rendue⁵⁵. Théoriquement, par conséquent, même les pires erreurs peuvent échapper au contrôle judiciaire si l'on adhère à cette thèse. Il faut

55. Voir *Segal c. City of Montreal*, [1931] R.C.S. 460. L'idée que le contrôle ne doit pas servir à réformer le "mal jugé", selon l'expression de l'époque, apparaît fréquemment dans la jurisprudence de la fin du XIX^{ème} siècle: voir *Ex parte Hamilton*, (1889) 5 M.L.R. (C.S.) 330, *Valois c. Muir*, (1889) 6 M.L.R. (C.S.) 212 et *Ruckwart c. Bazin*, (1890) 19 R.L. 655. L'idée n'était pas nouvelle: *Ex parte Gauthier et al.*, (1853) 3 L.C.R. 498.

toutefois se demander si cette déduction alarmiste correspond à la réalité, car rien n'indique que la qualité des décisions rendues par les juridictions administratives s'appauvrit en proportion du non-interventionnisme des tribunaux supérieurs⁵⁶. On peut supposer, certes, que le contrôle de la légalité par la voie du contrôle juridictionnel, qu'il soit ou non exercé fréquemment dans les faits, a sur les tribunaux administratifs un effet dissuasif bénéfique. En son absence, ces organismes auraient tendance à prendre de plus en plus de libertés avec les textes afin de mieux donner effet à ce qu'ils perçoivent comme la véritable intention législative (au sens de *legislative policy*). Mais ici encore l'observation comporte quelque chose d'alarmiste. Il est déjà arrivé que des tribunaux administratifs adoptent par interprétation d'un texte une solution qui anticipait sur des modifications législatives ultérieures, lesquelles modifications furent d'ailleurs rendues nécessaires par la suite parce qu'en substituant leur interprétation, les tribunaux de droit commun, eux, se méprirent sur l'intention législative⁵⁷. Il est donc irréaliste de soutenir que seuls les tribunaux de droit commun sont capables d'interpréter convenablement une loi. À compter du moment où l'on reconnaît les aptitudes spéciales des tribunaux administratifs en leur qualité d'interprètes de certaines lois, la notion de juridiction développée par Gordon est un élément utile dans une doctrine de synthèse.

La thèse abstentionniste soulève par ailleurs une autre difficulté d'application parce que, dans une espèce donnée, elle a pres-

56. Voir et comparer, d'une part, *North Island Laurentian Teachers' Union c. Commission scolaire Laurenval*, [1981] T.T. 237 et *Lloyd's Electronics Ltée c. Nunez*, 25 i. 1979, C.S.M., no 500-36-000154-784, et d'autre part, *United Steelworkers of America and Radio Shack*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 99 et *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America et al.*, (1980) 115 D.L.R. (3d) 197.

57. C'est assez clairement le cas avec l'arrêt *Metropolitain Life Insurance Company c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, corrigé par *An Act to amend the Labour Relations Act*, S.O. 1970, c. 3, de même qu'avec l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, corrigé par *An Act to Amend the Ontario Human Rights Code*, S.O. 1972, c. 119. On pourrait avancer le même commentaire au sujet de l'arrêt *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827, quoique dans ce dernier cas la loi modificatrice, L.Q. 1979, c. 48, qui comprenait le nouvel article 1656.4 C.c., ait été adoptée avant le prononcé du jugement par la Cour suprême. Sur les assises théoriques de ce genre de question, voir plus généralement le commentaire de John WILLIS, (1951) 29 *R. du B. Can.* 296, au sujet de l'arrêt *Canadian Wheat Board c. Nolan et al.*, [1951] R.C.S. 81, et le vif échange de correspondance que provoqua ce commentaire, 29 *R. du B. Can.* 572, 573 et 580.

que toujours pour point de départ une pétition de principe. Il est possible d'illustrer la chose en citant un arrêt relativement récent de la Cour suprême du Canada⁵⁸ où celle-ci, dans le cadre d'une affaire d'abord entendue par la Commission des relations de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick, se demandait si la Commission avait eu "compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête". Avant de répondre affirmativement à cette question, le juge Dickson écrit: "Les parties devant la Commission, un employeur distinct mentionné dans la Loi et un agent négociateur dûment accrédité en vertu de la Loi, sont certainement habilités, aux termes du paragraphe 19(1), à amorcer une procédure d'enquête et à y participer. Il ne fait aucun doute que l'objet général du litige opposant les parties relève des dispositions de la Loi, savoir le statut d'une grève d'employés qui est licite aux termes mêmes de cette Loi"⁵⁹. Dire qu'il ne fait aucun doute que l'objet général du litige relève des dispositions de la loi, alors que le litige a précisément pour objet de décider si les dispositions de la loi sont applicables, équivaut en un sens à tenir pour avéré le fait même qu'il faudrait démontrer ou à justifier le raisonnement en s'appuyant sur sa conclusion. Toute la problématique consiste à prévoir dans quels cas les tribunaux supérieurs accepteront cette pétition de principe (comme dans l'arrêt de la *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*) et dans quels cas ils la refuseront (comme dans l'affaire des *Services ménagers Roy Ltée*⁶⁰ en Cour supérieure). Sur ce point, le passage cité plus haut ne fait pas avancer le débat. On peut mentionner, par exemple, les arrêts *Blanco*⁶¹ et *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*⁶², où la Cour suprême intervint au motif d'erreur juridictionnelle, alors que dans les deux cas les parties étaient indiscutablement habilitées à saisir le tribunal en cause de la demande portée devant lui et que l'objet général du litige relevait de ce dernier tout autant que dans l'affaire instruite au Nouveau-Brunswick. Pourquoi dans ces deux cas la Cour suprême ne se satisfait-elle pas de la même affirmation?

58. *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

59. *Id.*, 233-4.

60. *Supra*, note 50.

61. [1980] 2 R.C.S. 827. Voir *infra*, note 119.

62. [1984] 2 R.C.S. 412.

II LA THÈSE INTERVENTIONNISTE OU CONCEPTION ÉLARGIE: LE PLUS POSSIBLE

7. Origine et principales caractéristiques

Il est inutile de chercher à fixer précisément dans le temps le moment où les tribunaux supérieurs ont commencé à dilater la notion d'erreur juridictionnelle et transformer le processus de contrôle judiciaire en une forme d'appel au mérite. Les exemples en sont nombreux en droit public canadien et certains datent de plus de trente ans.

Ainsi, dans l'affaire *Re Lunenburg Sea Products Ltd., Re Zwicker*⁶³, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse cassait la décision d'un conseil fédéral des relations du travail mis sur pied pendant la guerre. Malgré une clause privative absolument explicite qui faisait de ce conseil l'autorité seule compétente pour juger de l'existence d'un lien d'emploi, la cour estima qu'en décidant erronément que des pêcheurs sont des salariés, le conseil avait commis une erreur juridictionnelle et perdu juridiction. Cette décision date de 1947. L'émergence d'une conception élargie de la juridiction ne date donc pas d'hier. Cependant, on s'accorde généralement pour dire que le phénomène atteignit son point culminant dans le droit des pays du Commonwealth avec l'arrêt *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*⁶⁴, une décision de la Chambre des Lords qui allait plus tard influencer la jurisprudence canadienne de façon sensible. L'arrêt *Anisminic* tranche deux questions qui, malgré d'importants mouvements de jurisprudence, demeuraient controversées à la fin des années soixante: (i) un tribunal administratif peut "perdre juridiction" en cours d'enquête, bien qu'il ait eu à l'origine compétence pour se saisir du dossier, et (ii) l'interprétation erronée d'une disposition de la loi constitue l'une des façons pour un tribunal administratif de perdre juridiction⁶⁵. La confirmation

63. [1947] 3 D.L.R. 195. Voir aussi *Bruton c. Regina City Policemen's Association*, [1945] 3 D.L.R. 437, *Re Workmen's Compensation Act and C.P.R.*, [1950] 2 D.L.R. 630 et *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. c. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174 and Manitoba Labour Board*, (1961) 26 D.L.R. (2d) 589, qui à quelque vingt ans de distance n'est pas sans rappeler la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Services ménagers Roy Ltée*, [1982] C.S. 977.

64. [1969] 2 A.C. 147.

65. Le passage le plus souvent cité provient des motifs de Lord Reid, *id.*, 171: "It has sometimes been said that it is only where a tribunal acts without jurisdiction that its decision is a nullity. But in such cases the word

par un énoncé de principe de pratiques déjà consacrées depuis un certain temps avait pour effet d'accroître la ressemblance entre le contrôle judiciaire et l'appel.

Théoriquement, une cour d'appel peut reconsidérer au mérite et dans tous ses aspects le bien-fondé d'une décision rendue par une juridiction inférieure. Seule une restriction temporelle, d'ailleurs sujette à certaines exceptions, limite ses pouvoirs: en effet, une cour d'appel se prononce sur le dossier tel qu'il a été constitué en première instance et ce n'est que dans des circonstances tout à fait spéciales qu'elle pourra entendre une nouvelle preuve. Mis à part cette restriction, cependant, elle jouit d'une large latitude dans l'exercice de ses pouvoirs de censure et n'est limitée que par le droit ou la perception qu'elle en a. En revanche, mais toujours selon la même théorie, un tribunal supérieur investi d'un pouvoir de contrôle judiciaire est dépourvu du pouvoir de reconsidérer au mérite la décision d'une juridiction soumise à son contrôle; le contrôle judiciaire se distinguerait de l'appel parce que, notamment, il ne porte que sur certaines questions et non sur l'ensemble du dossier instruit au niveau inférieur. Mais dès lors qu'on accepte comme principe qu'une simple erreur d'interprétation suffit à faire

'jurisdiction' has been used in a very wide sense and I have come to the conclusion that it is better not to use the term except in the narrow and original sense of the tribunal being entitled to enter on the inquiry in question. But there are many cases where although, the tribunal had jurisdiction to enter on the inquiry, it has done or failed to do something in the course of the enquiry which is of such a nature that its decision is a nullity. It may have given its decision in bad faith. It may have made a decision which it had no power to make. It may have failed in the course of the inquiry to comply with the requirements of natural justice. It may in perfect good faith have misconstrued the provisions giving it power to act so that it failed to deal with the question remitted to it. It may have refused to take into account something which it was required to take into account. Or it may have based its decision, on some matter which, under the provisions setting it up, it had no right to take into account. I do not intend this list to be exhaustive. But if it decides a question remitted to it for decision without committing any of these errors it is as much entitled to decide that question wrongly as it is to decide it rightly". La dernière phrase est révélatrice. Les exigences juridictionnelles auxquelles le tribunal administratif doit se conformer sont tellement nombreuses et tellement variées selon cette interprétation (ne pas commettre d'erreur d'interprétation, ne pas considérer une question autre que celle qu'on se doit de considérer(!) et ainsi de suite) qu'on a peine à concevoir dans quels cas, sinon dans ceux où l'instance de révision partage intégralement et avec enthousiasme l'opinion du tribunal administratif, un tribunal supérieur ne trouvera rien à reprocher au tribunal administratif. Or, erreur signifie maintenant perte de juridiction.

“perdre juridiction”, il devient difficile de distinguer l’erreur révisable dans l’exercice du contrôle judiciaire de celle qui, n’étant pas “juridictionnelle”, ne serait révisable qu’en appel. Autrement dit, ce qui constituait auparavant la différence la plus importante entre l’appel et le contrôle judiciaire disparaît, le contrôle judiciaire devient une forme tronquée d’appel⁶⁶ et les tribunaux administratifs, dont on pensait qu’ils étaient souverains dans leur champ de prédilection, deviennent en réalité des tribunaux de première instance. C’est là, en fin de compte et à peu de choses près, l’effet de l’arrêt *Anisminic*, qui fut repris et amplifié au Canada dans l’arrêt *Metropolitan Life Insurance Company c. International Union of Operating Engineers, Local 796*⁶⁷.

L’arrêt *Metropolitain Life* marque l’apparition en droit canadien de la “théorie de la mauvaise question”, selon laquelle le contrôle judiciaire peut s’exercer sur les questions que soulève et que résoud le décideur dans l’examen du problème qu’on lui soumet. Le domaine du contrôle judiciaire atteint sa plus grande amplitude avec ces arrêts qui orienteront le droit des années soixante-dix. Ils contraignent le décideur saisi d’un problème d’interprétation quelconque à raser les mots, à la façon dont on rase les murs, de crainte de s’exposer à la censure tranchante d’une autorité qui doit sa supériorité au fait qu’elle a toujours le dernier mot. Il faudra attendre la fin de cette décennie pour que la Cour suprême revienne sur la position énoncée dans l’arrêt *Metropolitain Life* et favorise de nouveau l’autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs.

8. Portée de la thèse interventionniste en droit positif

Bien acceptée par les tribunaux des provinces de *common law* au cours des années soixante-dix⁶⁸, la thèse interventionniste est en déclin depuis quelques années. L’émergence d’une nouvelle théorie

66. Tronquée parce que, contrairement à une Cour d’appel qui rend jugement pour disposer de l’affaire, une Cour supérieure doit en principe se contenter de trancher la question soulevée et renvoyer l’affaire devant la juridiction administrative compétente.

67. [1970] R.C.S. 425. Voir aussi *Bell Canada c. Office and Professional Employees’ International Union*, [1974] R.C.S. 335.

68. Voir MULLAN, *Administrative Law*, 1979, p. 158, par. 106. L’auteur fait état de certaines réticences à appliquer la théorie de la mauvaise question. Néanmoins, selon les données du *Canadian Abridgment*, l’arrêt *Metro Life* fut suivi vingt-deux fois dans la jurisprudence publiée entre 1970 et 1983.

de la juridiction, dont il sera question plus loin⁶⁹, y est certainement pour quelque chose, mais on trouve aussi dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada des allusions qui visent ouvertement la conception élargie et les excès qu'elle a engendrés⁷⁰. Il y a sans doute lieu de noter dans la même foulée que la Cour d'appel du Québec s'est à quelques reprises refusée à faire usage de la conception élargie de manière à transformer le contrôle juridictionnel en une forme d'appel sur le fond. L'arrêt *Distinctive Leather Goods Ltd. c. Dubois*^{70a} et, plus explicitement encore, l'arrêt *Association internationale des machinistes c. Union des employés d'hôtels*⁷¹, montrent bien la nature de ces réticences. Cependant, on aurait tort de penser que cette conception est désormais délaissée par les tribunaux supérieurs.

Ainsi, l'arrêt *Blanco c. Commission des loyers*⁷², une décision de la Cour suprême du Canada ultérieure à l'affaire de la *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*⁷³, s'inscrit dans la même ligne

69. *Infra*, par. 11 et ss.

70. Sur la distinction entre les questions accessoires et les questions principales, voir *infra*, note 82. Le juge en chef Laskin, à l'opinion duquel se ralliaient les juges Spence et Dickson, écrivait dans l'arrêt *Volvo Canada Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile*, [1980] 1 R.C.S. 178, 193: "J'estime qu'il est important ici de dire un mot sur le syndrome de la 'mauvaise question' ". Après avoir retracé l'origine de cette formule et décrit les excès auxquels elle avait donné lieu, il ajoutait à la page 194: "À mon avis, parler de la bonne ou de la mauvaise question est simplement un euphémisme pour décrire la question dont l'arbitre est régulièrement saisi. Cette notion assure une forme de contrôle judiciaire qui s'étend au-delà de l'erreur de droit, comme on l'a comprise jusqu'ici, et elle comporte le risque [*is fraught with the danger*, dit la version anglaise] que l'on substitue l'opinion judiciaire à celle du tribunal que la législature a créé, ou à celle de conseil d'arbitrage ou de l'arbitre choisi par les parties. Il peut, bien sûr, y avoir des cas, rares, je croirais, où un conseil d'arbitrage ou un arbitre en relations ouvrières a compris ou conçu de manière tout à fait erronée la tâche qui lui est confiée; en somme, il ne s'est pas attaqué à la question qui devrait être tranchée, je veux dire ici la question principale et non pas les considérations subsidiaires ou incidentes. Tel n'est pas le cas en l'espèce".

70a. [1976] C.A. 648; appel d'un jugement rejetant une requête en évocation, rejeté.

71. [1978] C.A. 104; appel d'un jugement rejetant une requête en évocation, rejeté. Cet arrêt passe en revue la jurisprudence pertinente. Voir aussi B. AMYOT, "De la notion de juridiction en droit administratif canadien", (1983) 24 *C. de D.* 605, 613 et 614.

72. [1980] 2 R.C.S. 827. Voir *infra*, note 119.

73. [1979] 2 R.C.S. 227.

de pensée que plusieurs décisions des années soixante-dix où fut dilatée la notion de juridiction. La Cour suprême y qualifie d'erreur "juridictionnelle" une interprétation sans doute contestable de la loi, mais dont on a grand-peine à comprendre pourquoi elle a une portée juridictionnelle. Or, mis à part quelques généralités qui n'éclairent pas la question, la cour se contente d'affirmer que l'erreur est "juridictionnelle", tout comme elle avait qualifié de "mauvaise" la question abordée par le conseil des relations du travail dans l'affaire *Metropolitan Life*⁷⁴. L'arrêt *Blanco* paraît d'autant plus significatif du fait que, dans l'une de ses plus récentes décisions, la Cour suprême y fait longuement allusion comme un exemple type de l'erreur juridictionnelle⁷⁵. Il serait donc peu prudent de conclure qu'en raison de certains revirements jurisprudentiels à la fin des années soixante-dix la thèse interventionniste ne peut plus avoir cours auprès des tribunaux.

9. Illustration

On peut de nouveau se servir de l'exemple des *Services ménagers Roy Ltée*⁷⁶. Deux questions de droit, parmi d'autres, se soulevaient dans ce dossier, et la réponse qu'on y apportait prédéterminait l'issue du litige: quel sens doit-on donner au mot "entreprise" qui apparaît à l'article 45 du *Code du travail* et quel sens doit-on donner au mot "concession" utilisé dans la même disposition? En s'efforçant d'élucider le sens de ces termes et en le faisant d'une manière autre que ne l'avait fait la majorité des juges du Tribunal du travail⁷⁷, la Cour supérieure en arrive inévitablement à la conclusion que les termes en question n'ont qu'un seul sens possible, que celui-ci ne coïncide pas avec le sens que leur a donné le Tribunal du travail et que le Tribunal du travail a donc excédé sa juridiction. Le raisonnement est caractéristique de la thèse interventionniste: si le tribunal supérieur partage l'opinion du tribunal administratif, c'est que celui-ci a "bien" interprété la loi et est demeuré dans le cadre de ses attributions; si le tribunal supérieur ne partage pas l'opinion du tribunal administratif, c'est que celui-ci a "mal" interprété la loi et a excédé le cadre de ses attributions. Cela revient à dire que, peu importe la nature de la controverse, il

74. [1970] R.C.S. 425.

75. *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, [1984] 2 R.C.S. 412.

76. *Supra*, par. 5.

77. [1982] C.S. 984.

n'existe qu'une seule "bonne" interprétation, toutes les autres comportant excès de juridiction, et cette bonne interprétation est celle retenue par le tribunal supérieur (c'est d'ailleurs cela, et cela seul, qui en fait la bonne interprétation). Toute ambiguïté dans le texte de loi, qu'elle se rattache à une tournure de phrase, à la ponctuation ou à une expression quelconque, et qu'elle soit patente ou latente, oblige le tribunal administratif à y aller de son interprétation et en même temps crée pour lui une occasion de se tromper. Plus la matière où il exerce ses pouvoirs prête à controverse, plus ses décisions sont vulnérables.

Le jugement de la Cour supérieure dans la même affaire contient en outre l'affirmation suivante: le pouvoir que donne l'article 46 du Code du travail au commissaire de constater une transmission de droits "... ne peut être exercé ... que dans le cas où s'est réalisée une condition préalable, savoir l'aliénation ou la concession d'une entreprise"⁷⁸. Appliqué par analogie à un arbitre, le même raisonnement voudrait, par exemple, qu'une condition préalable à l'exercice du pouvoir de réintégration est l'absence de cause juste et suffisante pour congédier⁷⁹. Mais l'existence d'une concession ou l'absence d'une cause juste et suffisante ne sont pas des choses tangibles: ce sont des conclusions tirées par quelqu'un d'un ensemble de faits et de données juridiques. En prétendant privilégier l'existence préalable et objective de ces conditions, la Cour supérieure se réserve en réalité le droit de trancher pour elle-même ce qui fait l'essentiel de la controverse débattue devant le commissaire ou le Tribunal du travail et elle vide donc de toute sa substance la juridiction apparente de ces deux décideurs.

10. Critique

La thèse interventionniste de la juridiction est déficiente à deux égards au moins. En premier lieu, elle prétend faire appel à une distinction de genre entre les questions dites "préliminaires ou accessoires" (*preliminary or collateral matter*) et les questions dites "primordiales ou fondamentales" (*primary or central questions for*

78. *Id.*, 980.

79. Or, comme l'écrit le juge Beetz dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 479: "... l'existence d'une cause juste et suffisante de congédiement n'est pas une condition préliminaire à l'exercice de la compétence de l'arbitre [...] il s'agit de l'objet même de son enquête et [...] c'est la question principale que l'arbitre doit décider avant de rendre tout autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances".

decision)⁸⁰. Malheureusement, cette distinction, qui suppose une différence qualitative entre deux espèces de questions, s'est avérée impossible à pratiquer dans les faits, et il n'existe toujours pas de définition ou même simplement de notion tant soit peu utile de ce qui serait accessoire et de ce qui serait primordial. En pratique, on se borne donc à affirmer, sans plus d'explications, qu'une question est préliminaire ou accessoire, pour que la décision qui la tranche devienne révisable par un tribunal supérieur au motif qu'elle est entachée d'une erreur quelconque. Le contrôle judiciaire revêt dès lors la forme d'un appel sur le fond, ce qui va à l'encontre de l'objectif poursuivi lors de la mise sur pied d'un tribunal administratif⁸¹. La jurisprudence de la Cour suprême recèle d'ailleurs depuis plusieurs années déjà des remarques de certains membres de la cour selon lesquelles ces arguties sur les questions "attributives" de juridiction ne sont plus de mise⁸².

En second lieu, la conception élargie de la juridiction postule que lorsque, dans l'exercice d'un pouvoir qui lui est confié par la loi, le décideur se pose la "mauvaise question", il excède par le fait même sa juridiction. Or, lorsqu'on s'arrête à considérer quel est dans un contexte contentieux le mode de raisonnement caractéristique du droit, on constate que dans la plupart, sinon la totalité des cas, le choix d'une solution quelconque à un problème juridique donné dépend de la façon dont on a formulé ce problème, c'est-à-dire de la question à laquelle on a jugé utile de répondre⁸³.

80. Voir *Syndicat canadien de la Fonction publique*, [1979] 2 R.C.S. 227, 233.

81. Pour un exemple de ce phénomène, voir *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. c. International Molders & Foundry workers Union of North America, Local 174 and Manitoba Labour Board*, (1961) 26 D.L.R. (2d) 589; cette dernière décision fut invoquée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire citée à la note précédente. La vacuité de la distinction fut signalée par le juge Dickson dans cette même affaire, [1979] 2 R.C.S. 227, 233: "Avec égards, je ne pense pas que parler de 'question préliminaire ou accessoire' facilite la détermination de la compétence de la Commission. Je pense que l'on peut subdiviser presque toutes les affaires soumises à un tribunal administratif en plusieurs points ou questions et en qualifier un, probablement sans trop de difficultés, de 'question préliminaire ou accessoire...'"

82. Outre le commentaire du juge Dickson cité à la note précédente, on peut relire ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Jacmain c. P.G. du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15, 27-29 ou consulter le jugement majoritaire, rédigé par le juge Estey, dans l'arrêt *Skogman c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 93, 99 d-g.

83. Lorsque, par exemple, le Tribunal du travail ouvre le champ de la notion de salarié en faisant intervenir dans son analyse du problème des facteurs

Prétendre, dans ces conditions, qu'il existe une "bonne" et plusieurs "mauvaises" questions dans la décomposition d'un problème équivaut en réalité à substituer un raisonnement à un autre. Ce processus est peut-être justifiable lorsque le raisonnement attaqué est incohérent ou manifestement partial, mais lorsqu'il est cohérent et dénué de partialité, plus rien ne distingue le contrôle judiciaire des bonnes et des mauvaises questions d'un appel sur le fond. Dès son apparition dans l'arrêt *Anisminic*⁸⁴, la théorie de la mauvaise question fut critiquée par la doctrine⁸⁵. L'arrêt *Metropolitain Life*⁸⁶, qui reprit cette même théorie au Canada, s'attira les mêmes critiques⁸⁷.

socio-économiques et non plus simplement juridiques, comme ce fut le cas dans l'affaire *Les Pétroles Inc. c. Syndicat International des travailleurs des industries pétrolières, chimiques et atomiques*, [1979] T.T. 209, sa décision est fonction de la question qu'il s'est posée. Réduite à l'essentiel, la décision découle d'une prémisse selon laquelle un "salarie" est une personne qui ne tombe pas dans la catégorie des "entrepreneurs indépendants" selon l'acception socio-économique du terme. Il eut sans doute été facile de soutenir, si l'affaire avait fait l'objet d'un recours en évocation, que le Tribunal s'était posé la "mauvaise" question, qu'il devait se limiter à rechercher un lien de subordination juridique plutôt que de se demander si les personnes visées devaient leur travail à leur esprit d'entreprise, et que par conséquent il avait perdu juridiction en abordant le problème de la sorte.

84. *Supra*, note 64.

85. GORDON, "What did the *Anisminic* Case Decide?", (1971) 34 *M.L.R.* 1, 9, écrit: "Another unconvincing feature of the *Anisminic* judgement is the repeated reproach levelled at the Commission that they 'asked themselves the wrong questions', and the implication of this overworked phrase is that when that reproach can be applied to a judicial tribunal, it proves that the tribunal has exceeded its jurisdiction. The reason why the phrase is so popular is not hard to see. Its vagueness conveniently cloaks the thinness of reasoning that, if stated with precision, could not escape detection. To complain of a tribunal that it asks itself wrong questions is merely to say that it is reasoning badly. But it is thought to be plausible to claim that bad self-questioning is exceeding jurisdiction, when no one could venture to say the same of merely reasoning badly". Voir aussi H.W.R. WADE, "Constitutional and Administrative Aspects of the *Anisminic* Case", (1969) 85 *L.Q.R.* 198, 211.

86. *Supra*, note 67.

87. Voir P. WEILER, "The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention", (1971) 9 *Osgoode Hall L.J.* 1, 30 et ss. Voir aussi, *supra*, note 70.

III LA THÈSE NON-INTERVENTIONNISTE OU CONCEPTION REVUE ET CORRIGÉE: JUSTE CE QU'IL FAUT

11. Origine et principales caractéristiques

La conception étroite de la juridiction ne permettait pas de surveiller aussi rigoureusement qu'on le souhaitait l'activité des tribunaux administratifs. La conception élargie, au contraire, ouvrait trop généreusement la porte aux interventions des tribunaux supérieurs. Il fallait donc chercher un point d'équilibre entre ces deux extrêmes, ce que la jurisprudence canadienne a commencé de faire au cours des années soixante-dix. La conception étroite pose comme principe que seules certaines questions, et les décisions qui les tranchent, peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire: théoriquement, donc, une décision manifestement absurde qui porterait sur une question non-juridictionnelle ne pourrait jamais être révisée par un tribunal supérieur. Le tribunal supérieur a trop de latitude pour réexaminer certaines questions et il n'en a aucune pour se saisir de certaines autres questions à l'égard desquelles le décideur est libre de se tromper aussi lourdement qu'impunément. On verra donc réapparaître dans la jurisprudence la notion d'*error of law on the face of the record*, que viendront neutraliser des clauses privatives de plus en plus nombreuses. La conception élargie pose comme principe que toute erreur d'interprétation peut avoir une portée juridictionnelle, peu importe la gravité de cette erreur: théoriquement, donc, dès qu'il y a une erreur (ou dès qu'on peut, d'une façon quelconque, soutenir qu'il y a erreur), un tribunal supérieur peut intervenir et à son tour neutraliser toute clause privative. La conception nouvelle de la juridiction tente de concilier ces deux positions en concédant, d'une part, que toute décision peut avoir une portée juridictionnelle, mais en établissant d'autre part que, sauf dans une catégorie restreinte, et peut-être même fermée, de situations, seule l'erreur absurde (ou l'interprétation manifestement déraisonnable) justifie l'intervention d'un tribunal supérieur. Cette dernière notion est apparue sous une forme embryonnaire en 1973, dans l'arrêt *Union internationale des employés de services, local no 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*⁸⁸, où la Cour

88. [1975] 1 R.C.S. 382. Le juge Dickson écrit aux pages 388-89: "Il ne peut y avoir de doute qu'un tribunal 'statutaire' ne peut pas, impunément, faire abstraction des conditions requises par la loi qui l'a créé, et trancher les questions à sa guise. S'il le fait, il déborde le cadre de ses pouvoirs, manque de remplir son devoir envers le public et s'écarte d'une façon d'agir

suprême du Canada prit cependant soin de réitérer dans ses grandes lignes la conception élargie de la juridiction⁸⁹. Quelques années plus tard, cependant, dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*⁹⁰, [S.C.F.P. c. S.A.N.B.] la Cour consacrait la conception d'abord apparue dans l'arrêt *Nipawin* en des termes qui laissaient voir son caractère innovateur. L'affaire en question impliquait une disposition de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* du Nouveau-Brunswick. Selon l'interprétation qu'on lui donnait, cette disposition interdisait ou permettait à l'employeur dont les salariés font la grève de remplacer ceux-ci par du personnel cadre. Il est utile de reproduire ici, dans ses deux versions, la disposition qui faisait l'objet du litige car, comme on le verra, l'ambiguïté existait dans une version de la loi, mais pas dans l'autre:

102(3) Where sub-section (1) and sub-section (2) are complied with employees may strike and during the continuance of the strike (a) the employer shall not replace the striking employees or fill their position with any other employee, and (b) no employee shall picket parade or in any manner demons-

102(3) Les employés peuvent faire la grève lorsqu'ils se sont conformés au paragraphe (2) et pendant toute la durée de la grève a) l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes à d'autres employés, et b) les employés ne doivent pas participer à un piquet de grève, à un défilé

légalement permise. Une intervention judiciaire est alors non seulement admissible, mais l'intérêt public l'exige. Mais si la Commission a agi de bonne foi et si sa décision peut rationnellement s'appuyer sur une interprétation qu'on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation pertinente, alors la cour n'interviendra pas".

89. Citant l'arrêt *Anisminic*, [1969] 2 A.C. 147, le juge Dickson ajoute, *id.*, 389: "Un tribunal peut, d'une part, avoir compétence [*have jurisdiction*] dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête mais, au cours de cette enquête, faire quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la sauvegarde de la clause privative ou limitative de recours. Des exemples de ce genre d'erreur seraient le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n'est pas saisi. Si, d'autre part, une question appropriée est soumise à ce tribunal, c'est-à-dire une question relevant de sa compétence, et s'il répond à cette question sans faire d'erreurs de la nature de celles dont j'ai parlé, il peut alors répondre à la question correctement ou incorrectement et sa décision ne sera pas sujette à révision".

90. [1979] 2 R.C.S. 227

trate in or near any place of
business of the employer.

ou à quelque démonstration que
ce soit à l'établissement de l'em-
ployeur ou près de cet établisse-
ment⁹¹.

La commission avait examiné le problème et conclu que la première interprétation était la bonne.

Cette décision fut cassée par la Cour suprême du Nouveau-Brunswick au motif qu'elle constituait un excès de juridiction. Accueillant le pourvoi et confirmant la décision de la Commission, la Cour suprême constata en premier lieu que celle-ci avait certainement "compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête"⁹²; la question principale, à laquelle la cour répond par la négative, doit être formulée comme suit: "La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire"⁹³? L'interprétation de la disposition pertinente "est au coeur de la compétence spécialisée conférée à la Commission". Cela étant, "la commission [n'est] pas tenue de faire une interprétation juste"⁹⁴. D'ailleurs, "il n'y a pas une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle soit la 'bonne' "⁹⁵.

Ces propos qui expriment l'avis unanime de la cour sont lourds de sens. On reconnaît qu'il peut y avoir plusieurs interpréta-

91. *Loi relative aux relations du travail dans les services publics*, L.R.N.B. 1973, c. P-25. Le parallèle entre les deux versions avait été souligné par l'auteur dans "Quelques orientations nouvelles dans les données juridiques des conflits du travail", *Meredith Memorial Lectures*, 1980, pp. 99, 101, note 7. Voir aussi, B. AMYOT, "De la notion de juridiction en droit administratif canadien", (1983) 24 *Cahiers de Droit* 605, 619 et ss, qui développe le même argument. Chose surprenante, il semble que personne ne songea à invoquer la version française, pourtant officielle, de la loi. Cet argument de texte eut été aussi limpide qu'irrésistible: suivant la formule $A_e + B_e + A_f = A$ de R. BEAUPRÉ, *Construing Bilingual Legislation in Canada*, 1981, p. 14, sur laquelle s'accorde un autre ouvrage récent en la matière, P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 1982, p. 278, l'interprétation du tribunal administratif était en l'occurrence la seule "lecture" acceptable de la loi.

92. [1979] 2 R.C.S. 234.

93. *Id.*, 237.

94. *Id.*, 236. "Juste", c'est-à-dire, en anglais, *correct*. Il est question ici de justice et non de justice.

95. *Id.*, 237.

tions également défendables d'un même texte, ce que d'un point de vue scientifique personne ne songerait à contester. *Quot homines, tot sententiae*. Cependant, on accepte aussi qu'aucune de ces interprétations n'est "la bonne" pour la seule raison qu'elle reflète les vues d'un tribunal supérieur. Au contraire, entre deux ou plusieurs interprétations dont aucune n'est irrationnelle⁹⁶, celle du tribunal administratif doit prendre le pas sur celle du tribunal supérieur parce que c'est au premier et non au second que la législature a confié la responsabilité de donner un sens au texte de loi. Cela est d'autant plus apparent dans l'affaire examinée ici que la loi sur laquelle portait la décision de la Commission recelait plusieurs autres ambiguïtés. L'une d'elles, la distinction implicite entre "remplacer" les grévistes et "attribuer leurs postes", avait déjà divisé les juges de la Cour d'appel. L'employeur s'était surtout appuyé sur l'ambiguïté qui se résorbe à la lecture de la version française de la loi (il en fit son "principal argument", note le juge Dickson⁹⁷), mais

96. Certains auteurs distinguent le rationnel du raisonnable en posant que le premier concept appartient d'abord au domaine de la logique formelle ou de la raison abstraite alors que le second, beaucoup plus significatif en droit, appartient à la raison pratique et renvoie à une pluralité de solutions socialement admissibles: voir Chaïm PERELMAN, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit", in *Formes de rationalité en droit*, Archives de philosophie du droit, 1978, tome 23, pp. 35, 38, 39 et 42. Dans cette perspective, une décision "irrationnelle" serait une décision illogique dans un sens étroitement formaliste (par exemple, la décision cassée dans *Cardinal c. Cité de Montréal*, (1890) 6 M.L.R. (C.S.) 210). Selon ce sens, une décision absolument déraisonnable peut être tout à fait rationnelle en fonction des prémisses sur lesquelles elle repose. Il est douteux qu'on doive retenir ce sens. Notons tout d'abord que "reasonableness" est intraduisible et qu'on lui préfère naturellement "rationalité" en français. En outre, même en droit administratif anglais, on emploie "rationality" dans le sens de "reasonableness" (voir *C.C.S.U. c. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 A11 E.R. 935 (H.L.), 951 a-c). Cette rationalité n'est pas celle du vrai et du faux caractéristique de la logique formelle, ni celle de l'exact et de l'inexact que recherche le positivisme juridique, mais une rationalité "graduable", qui fait la lumière au moyen d'un rhéostat plutôt que d'un interrupteur: voir l'excellent texte de C. GRZEGORCZYK, "La rationalité de la décision juridique", in *Formes de rationalité en droit*, *id.*, 237, et L. RECASENS-SICHES, "La logique matérielle du raisonnement juridique", in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, 1971, p. 129. Souvent, en effet, trancher un problème d'interprétation pose à l'esprit le même genre de difficulté que choisir la sentence adéquate dans un cas donné ou que déterminer si une unité de négociation est appropriée au sens du *Code du travail*. Qu'en était-il dans l'affaire *S.C.F.P. c. S.A.N.B.*, où personne ne perçut le seul facteur qui aurait permis de trancher le problème à la façon d'un logicien?

97. [1979] 2 R.C.S. 231.

il y a tout lieu de penser que, si cette solution de texte impérative lui avait été connue, il aurait choisi de "juridictionnaliser" une autre ambiguïté. Cette hypothèse, qui aurait fort bien pu se réaliser dans cette affaire, montre une fois de plus les dangers de la thèse interventionniste.

La notion d'interprétation déraisonnable a, comme il se doit, inspiré plusieurs décisions, où l'on a tenté d'en circonscrire la teneur. Les synonymes ne manquent pas à cette fin: l'interprétation déraisonnable est celle qu'on peut qualifier d'aberrante, ou "d'extravagante"⁹⁸, ce qui est "absurde, excessif, insensé ou même sophistiqué"⁹⁹, une décision "clairement abusive, manifestement injuste, absurde, contraire au sens commun, et sans aucun fondement dans l'ensemble de la preuve"¹⁰⁰. Ces critères, puisqu'il faut bien comprendre qu'il s'agit de cela, sont subjectifs, et on a vu des juges de la Cour d'appel du Québec percevoir comme grossièrement déraisonnable une décision que la Cour suprême estima pour sa part raisonnable¹⁰¹, comme d'ailleurs on a vu des juges de la Cour d'appel qualifier de manifestement déraisonnable une interprétation qu'un de leurs collègues jugeait non seulement raisonnable mais correcte en droit¹⁰². Il ne faudrait donc pas penser que l'apport de l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.* consiste en une norme catégorique dont les applications futures sont en large mesure prévisibles et matière à un concert d'opinions spontané: le débat portera comme auparavant sur ce qui est révisable (parce que déraisonnable) et sur ce qui ne l'est pas (parce que raisonnable). Il existe donc un risque réel que, bien qu'on ait changé de registre, la dichotomie raisonnable/déraisonnable se substitue simplement à la précédente, celle du juridictionnel et du non-juridictionnel.

98. Voir *Métallurgistes unis d'Amérique, Local 4589 c. Bombardier - M.L.W. Ltée*, [1980] 1 R.C.S. 905, 910. Le juge Beetz écrit à la page 911: "En l'instance, l'arbitre était aux prises avec un texte équivoque et sa tâche n'était pas facile. Les deux parties lui proposaient des interprétations dont chacune était peut-être contestable mais dont aucune n'était déraisonnable. À mon avis, il a exercé sa juridiction d'interprète et n'a pas modifié la convention collective en décidant comme il l'a fait".

99. *Bell Canada c. Rondeau*, J.E. 85-180 (C.S.) et *Nordair Ltée c. Tremblay*, D.T.E. 85 T-67 (C.S.).

100. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 481.

101. *Ibid.*, la décision de la Cour d'appel est publiée sous [1983] C.A. 129.

102. *Syndicat canadien et la Fonction publique c. Centre d'accueil Miriam*, [1984] C.A. 104, et *Control Data*, [1984] 2 R.C.S. 476.

Envisagé de la sorte, l'effet de l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.* est modeste, car on continuera à plaider, parfois à tort et à travers, qu'une interprétation est déraisonnable, comme naguère on plaiderait, parfois à tort et à travers, qu'une erreur était juridictionnelle. Mais, vu sous un autre angle, l'effet de cet arrêt paraît substantiel, et ce à deux titres. Il redonne un sens à la distinction "juridictionnel/non-juridictionnel" (qui devient une distinction d'intensité compréhensible, alors qu'elle était auparavant une distinction de genre presque impénétrable) et il affirme de façon fort explicite que désormais les tribunaux de droit commun doivent se garder d'intervenir pour le seul motif qu'ils voient les choses de façon différente du tribunal administratif. En droit public, comme sans doute partout en droit, l'acatalepsie est généralement ce qui caractérise le mieux les questions dont sont saisies les instances judiciaires ou quasi-judiciaires: si elles n'étaient pas litigieuses, il n'y aurait pas de litige. Lorsqu'une décision fait autorité sur une question quelconque, il arrive que ce soit parce qu'elle convainc au point d'emporter sur-le-champ l'adhésion de tous, mais il est beaucoup plus fréquent qu'elle doive son autorité à sa rationalité *apparente* et, surtout, au fait qu'elle est finale et sans appel. Comme l'écrit Chaïm Perelman dans un essai sur la motivation, "le droit est simultanément acte d'autorité et oeuvre de raison et de persuasion"¹⁰³. Les décisions de la Cour suprême du Canada font autorité parce qu'elles sont rationnelles, certes, mais aussi parce qu'il est impossible de porter le débat plus haut. On peut même observer, sans faire d'ironie, que depuis l'abolition des appels au Conseil privé, la Cour suprême ne commet plus jamais d'erreur de droit¹⁰⁴. En se contentant, sauf dans certains cas spéciaux dont il

103. "Essai de synthèse", in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, pp. 415, 425.

104. Les ressources institutionnelles considérables et les nombreux efforts conjugués de magistrats et d'avocats qui entrent dans la fabrication, si l'on peut dire, d'un jugement rendu par le plus haut tribunal d'appel, garantissent forcément la qualité du résultat. Mais cette qualité a son prix, fort élevé; et tout projet d'en faire la seule norme de vérité en droit serait irréalisable, sinon impensable. Lorsque, par ailleurs, on admet que la vérité juridique est une valeur relative et fonction, notamment, des ressources dont on dispose pour la faire ressortir, il n'est pas du tout évident qu'un jugement sommaire sur un bref d'évocation offre de meilleures garanties de vérité qu'une décision d'un tribunal administratif rendue *in situ* après un examen souvent méticuleux du pour et du contre. De ce point de vue, il faut se réjouir des modifications apportées au Code de procédure civile en 1983, et dont plusieurs tiennent compte de critiques comme celles formulées par L. CRÉTE, "Les problèmes procéduraux engendrés par la multiplicité de recours en révision judiciaire au Québec", (1983) 43 *R. du B.* 519.

sera question plus loin, de casser les décisions de tribunaux administratifs lorsque le processus intellectuel ou le raisonnement qui sous-tend la décision constitue un affront à l'intelligence¹⁰⁵, les tribunaux supérieurs redonnent aux tribunaux administratifs une autorité que même les clauses privatives les plus prolixes n'étaient pas parvenues à leur réserver. Entre une justice administrative facilement accessible, spécialisée et expéditive, et une justice de droit commun qui assure, mais de façon coûteuse et fort laborieuse, un examen plus approfondi des problèmes de droit¹⁰⁶, les avantages sont partagés. Généraliser l'emploi de la seconde par le recours constant au contrôle judiciaire augmente peut-être, à long terme et à grands frais, la certitude et l'uniformité du droit, mais il n'est pas sûr qu'on y gagne au change. Un juge de la Cour d'appel du Québec a exprimé de manière remarquablement éloquente l'idée sous-jacente à cette revitalisation du contrôle judiciaire: il doit servir de protection contre l'arbitraire et non d'instrument pour un légalisme tatillon¹⁰⁷. S'il a pour cible principale les actes manifestement déraisonnables, il remplit véritablement sa fonction.

Mais l'interprétation irrationnelle ou déraisonnable est-elle la seule forme possible d'excès de juridiction après l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.*? Il faut répondre non à cette question qui appelle certaines nuances. Observons en premier lieu que lorsque le tribunal administratif doit, pour rendre décision, interpréter un texte de loi qui n'entre pas dans son domaine de prédilection, et fixer pour les fins d'une affaire le sens de ce texte, les tribunaux de droit commun seront moins réticents à corriger ce qu'ils perçoivent comme

105. C'est bien sur le raisonnement, ses étapes et ses composantes, qu'il faut s'arrêter, comme l'indique GRZEGORCZYK, *loc. cit.*, note 96, 242-247, qui donne en exemple les analyses du prix Nobel de science économique Herbert SIMON dans *Administrative Behavior*, 1976 (ré-édition); on pourrait aussi mentionner du même auteur *Models of Bounded Rationality*, 1982, vol. 2, p. 405 "Rationality", p. 424 "From substantive to procedural rationality" et p. 460 "On how to decide what to do". La distinction entre *substantive* et *procedural rationality* est particulièrement riche et, bien qu'elle ait été élaborée dans le contexte de la science économique, on pourrait sans doute avec profit la transposer dans le domaine qui nous intéresse ici.

106. Voir encore une fois sur ce point les propos de Lord Diplock dans *Pioneer Shipping Ltd. c. B.T.P. Tioxide Ltd.*, [1982] A.C. 724, 742-3 H.C.

107. Voir *Celanese Canada Inc. c. Clément*, [1983] C.A. 319, 321-2 (monsieur le juge Vallerand). On ne reproduira pas ici ce long passage où chaque mot compte. Le juge Vallerand conclut: "Ce prêchant, je n'invente rien. Je ne fais qu'écrire ce que depuis un bon moment on chuchote d'un air entendu dans les couloirs du Palais et de la Faculté ...". Il faut souhaiter que l'époque des chuchotements approche de sa fin.

une erreur, aussi raisonnable soit-elle. L'exemple classique de ce type de situation serait celui d'un tribunal administratif qui tranche une question constitutionnelle avant d'assumer la responsabilité de trancher un litige sur le fond¹⁰⁸. La vulnérabilité de la décision est alors bien plus grande, car l'interprétation que donne le décideur d'une norme d'application générale ou universelle sort de ses attributions habituelles et risque d'entrer en conflit avec les décisions d'autres juridictions. Il apparaît donc normal, *a priori*, que les tribunaux supérieurs contrôlent la fonction interprétative des textes dont la sanction n'a pas été confiée en propre à un tribunal spécialisé.

En second lieu, mentionnons qu'une jurisprudence postérieure à l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.* paraît redonner vie, dans certains de ses aspects essentiels, à la conception élargie de la juridiction. Cette jurisprudence est étudiée brièvement sous la prochaine rubrique.

Enfin, la théorie de l'interprétation raisonnable laisse place à l'intervention des tribunaux supérieurs lorsque plusieurs interprétations motivées et en apparence rationnelles proviennent d'une même juridiction administrative et sont incompatibles dans leurs effets. On peut illustrer la chose en utilisant l'exemple d'un arbitre siégeant en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*¹⁰⁹. Deux arbitres siégeant dans des affaires différentes peuvent fort bien trancher de façon contradictoire, mais néanmoins rationnelle et motivée, une même difficulté juridique soulevée par des faits semblables. Le sort du plaignant, lorsque des divergences de ce type perdurent, dépend de l'identité de l'arbitre qui entend sa plainte. Ce résultat est difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible. En présence de divergences de ce type, que ce soit au sein de la même juridiction administrative, entre juridictions différentes de même degré ou entre

108. Cet élargissement de la latitude d'intervention des tribunaux supérieurs est consacré depuis l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. Cela vaut, bien entendu, pour l'interprétation de la Constitution par une juridiction spécialisée, comme dans l'affaire *C.C.R.T. c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, mais le problème est le même à une échelle légèrement réduite, lorsque, comme dans l'affaire *Centre d'accueil Miriam*, [1984] C.A. 104, le décideur se prononce sur l'effet dans une espèce quelconque d'un texte de portée générale dont il n'est pas, selon sa loi habilitante, l'interprète privilégié. En somme, il n'appartient pas à n'importe qui de "faire jurisprudence" sur n'importe quoi.

109. L.R.Q., c. N-1.1.

juridictions de degrés différents dans un même domaine d'attribution, les tribunaux supérieurs interviendront pour uniformiser le droit, même si chacune des diverses interprétations paraît raisonnable¹¹⁰. Ce développement de la théorie de l'interprétation raisonnable était prévisible et correspond à un phénomène semblable en droit américain: les tribunaux qui siègent en révision y appliquent le principe "*treating like cases alike*", lequel d'ailleurs met en jeu la notion d'égalité et soulève, il faut le reconnaître, de sérieux problèmes analytiques¹¹¹. On sera peut-être tenté de demander: qu'est-ce donc que "*treating like cases alike*" sinon que le principe du

110. Voir entre autres, *Re S.E.I.U., local 204 and Broadway Manor Nursing Home*, (1983) 44 O.R. (2d) 392, où entraînent en contradiction deux décisions longuement motivées, l'une du Labour Relations Board et l'autre du Education Relations Commission. Comme le remarque le juge Galligan, de la Cour divisionnaire, avec une honnêteté intellectuelle absolument exemplaire (p. 399): "I cannot for one moment suggest that either [tribunal's] interpretation of the Act was patently unreasonable. The decisions of the two tribunals are careful, thoughtful, well-reasoned and persuasive. One of my many problems with this case is that as I read each decision, I am persuaded by it. The extension of curial deference to each of them would lead to unacceptable results". Une formation de cinq juges de la Cour d'appel d'Ontario devait par la suite entériner, après l'avoir longuement cité sur ce point, le jugement du juge Galligan: *Re S.W.I.U., Local 204 and Broadway Manor Nursing Home*, (1984) 48 O.R. (2d) 225, 237-9. Voir aussi, dans le même ordre d'idées, *Minister of Transportation & Communications c. Eat'n Put Ltd.*, (1985) 12 Admin. L.R. 301. Le besoin d'uniformité dans l'application d'une loi qui relève d'une institution spécialisée explique qu'un tribunal administratif siège en formation extraordinaire, comme dans l'affaire des *Services Ménagers Roy*, [1982] T.T. 115, pour fixer le droit sur un point quelconque. Les divergences de vues au sein d'une même juridiction sont chose relativement courante, comme l'illustre l'affaire *De Sousa c. Syndicat des ouvriers unis de l'électricité*, Tribunal du travail, 29 novembre 1985, no 500-28-000114-850. Le juge Girouard relève de façon exhaustive dans ce jugement plusieurs décisions contradictoires du Tribunal sur les exigences de l'article 25 du *Code du travail* et sur l'effet, en matière d'accréditation, de l'article 49 de la *Charte de la langue française*, L.Q., c. C-11. On peut concevoir aussi qu'une juridiction administrative de premier degré (comme un commissaire du travail) préfère se conformer à sa propre jurisprudence plutôt qu'à celle, ni plus ni moins raisonnable, d'une juridiction de second degré (comme le Tribunal du travail). Bien que le jugement n'en fasse pas état en tant que telle, cela semble avoir été l'une des circonstances auxquelles fait allusion le juge Lamer dans l'arrêt *C.A.T.Q. c. Valade*, [1982] 1 R.C.S. 1103, 1106. En présence de divergences de ce genre, où le besoin d'uniformité, et donc de certitude, l'emporte sur les considérations d'autonomie décisionnelle et de simple rationalité, il est souhaitable que le contrôle judiciaire s'exerce sans contrainte.

111. Voir H. Wade MACLAUCHLAN, "Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency", (1984) 8 *Dalhousie L.J.* 435.

stare decisis? La ressemblance est en effet assez frappante, ce qui démontre que l'idée n'est pas nouvelle. Mais à bien y penser, il s'agit là, sans doute, d'une forme fondamentale de rationalité. Le contrôle judiciaire servant avant tout à combattre l'arbitraire, qu'y a-t-il à redire d'une doctrine qui commande aux tribunaux supérieurs d'intervenir, non plus au nom d'un légalisme minutieux, mais par souci de rationalité? Imposer l'interprétation qu'on croit être "correcte" parce qu'on ne partage pas, à cause de son effet¹¹² ou pour quelque raison semblable, une autre interprétation par ailleurs rationnelle, ne se justifie que difficilement dans le cadre du contrôle judiciaire, à moins bien sûr de postuler que l'appel et le contrôle judiciaire sont une seule et même chose. Imposer l'interprétation qu'on croit être "correcte" (ou "le plus rationnelle") lorsqu'on est en présence d'interprétations contradictoires mais rationnelles sur une même question se justifie pleinement en regard de la primauté du droit, car c'est bien là le genre d'arbitraire que vise à empêcher ce principe.

12. Portée de la thèse non-interventionniste en droit positif

La conception nouvelle de la juridiction, ou "théorie de l'interprétation raisonnable", domine la jurisprudence actuelle en matière de contrôle judiciaire. Sous l'impulsion de la Cour suprême du Canada, qui a plusieurs fois réitéré les principes énoncés dans l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.* en insistant sur leur importance particulière en droit du travail¹¹³, les tribunaux supérieurs du Québec ont généralisé sans trop d'hésitations l'application de ces principes¹¹⁴ dont il est clair qu'ils servent à protéger l'autonomie des

112. Voir, par exemple, *CEGEP de Vanier c. Simard*, J.E. 85-928 (C.S.).

113. Voir *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A. Local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Métallurgistes unis d'Amérique c. Bombardier Ltée*, [1980] 1 R.C.S. 906; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. C.C.R.T.*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476 et *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596. D'autres arrêts apportent cependant certaines nuances destinées à restreindre la portée du critère, tel *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176, commenté par David MULLAN, (1984) 6 *Admin. L.R.* 240.

114. Voir à titre d'exemple *Syndicat des employés de l'hôpital Regina Ltée c. Hôpital Regina Ltée*, [1980] C.A. 378 et *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre d'accueil Miriam*, [1984] C.A. 10-4, ainsi que *FRI Information Services Ltd. c. Larouche*, [1982] C.S. 742; *Ventes Mercury des Laurentides c. Bergevin*, [1983] C.S. 463; *Bell Canada c. Rondeau*, J.E. 85-180 (C.S.) et *Bélanger et Garceau c. Deslierres et Commission des*

juridictions administratives. Le thème de "l'expertise" des tribunaux du travail revient d'ailleurs fréquemment dans la jurisprudence récente¹¹⁵. On pourrait donc penser qu'à l'heure actuelle une décision d'un tribunal administratif ne risque guère d'être cassée en révision à moins qu'elle n'apparaisse d'emblée absurde ou aberrante. La situation est cependant plus complexe. On remarque tout d'abord que quelques décisions postérieures à l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.* n'en font pas mention et adoptent un raisonnement en tout point conforme à la thèse interventionniste, ou conception élargie de la juridiction¹¹⁶.

D'autre part, fait sans doute plus significatif, la Cour suprême du Canada rendait en novembre 1984 une décision dans l'affaire *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil Canadien des relations du travail*¹¹⁷ où elle déclarait en substance que l'erreur sur une question juridictionnelle est toujours révisable, quelle que soit sa gravité, alors que l'erreur sur une ques-

normes du travail, C.S.M., no 500-05-0072920848, 27 mai 1985. Quant à la jurisprudence des autres provinces canadiennes, on peut consulter la liste établie par David MULLAN, "Case comment: *Biltmore/Stetson v. H.C.M.W.*, *Loc. 82*", (1984) 6 *Admin. L.R.* 297.

115. Voir *S.C.F.P. c. S.A.N.B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, 235: "On veut protéger les décisions d'une commission des relations du travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective...". Dans *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, 781, le juge Dickson écrit de nouveau: "Une très bonne raison de principe explique l'hésitation judiciaire à contrôler les arbitres dans l'exercice de leurs pouvoirs. Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix".
116. Voir *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827 et *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; ce dernier arrêt sert d'ailleurs de fondement à une distinction, qui peut paraître spé cieuse, entre l'applicabilité et l'application d'un texte de loi, dans l'affaire *Union des employés de service, local 298 (FTQ) c. Bibeault*, [1982] C.S. 977. Toute décision qui comporte une application d'un texte de loi comporte nécessairement comme prémisses que la loi est applicable.
117. [1984] 2 R.C.S. 412. Six des neuf juges de la cour prennent part à la décision.

tion que le tribunal administratif a compétence pour trancher n'a de portée juridictionnelle et n'est révisable que lorsqu'elle est déraisonnable. Cette interprétation risque malheureusement de rétablir, sous la forme qu'on lui connaissait avant l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.*, la distinction entre question juridictionnelle et question non-juridictionnelle, distinction que cinquante ans de jurisprudence canadienne et britannique n'ont pas réussi à rendre accessible. C'est en grande partie parce que n'importe quoi pouvait être qualifié de juridictionnel entre 1960 et 1980 que rien ne gênait les tribunaux supérieurs lorsqu'ils souhaitaient intervenir pour une raison ou pour une autre dans un domaine en apparence réservé à une juridiction spécialisée. C'est aussi en grande partie pour cette raison que plus rien dans le droit substantif sur le contrôle judiciaire ne faisait obstacle au plaideur désireux d'user de l'évocation comme d'un appel sur le droit. La Cour suprême écrit, sous la plume du juge Beetz: "... comme on l'a déjà dit, il est souvent difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence et il faut généralement donner le bénéfice du doute aux tribunaux administratifs comme le Conseil. Cette qualification une fois retenue cependant, il importe peu qu'une erreur portant sur une telle question soit discutable, excusable ou non déraisonnable ou bien, au contraire, extravagante, criante ou manifestement déraisonnable. Ce qui rend fatale cette sorte d'erreur, légère ou lourde, c'est son caractère juridictionnel..."¹¹⁸. Pour porter une affaire devant un tribunal supérieur siégeant en révision, il suffit donc de plaider que le tribunal administratif a commis une erreur juridictionnelle. Comme personne ne peut déterminer à l'avance ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas, tout le monde est libre de prendre position dans un sens ou dans l'autre et chacun peut se convaincre avec soulagement que, Dieu merci, la distinction s'accorde avec ses intérêts du moment.

Que l'existence de cette erreur "juridictionnelle" soit une question particulièrement controversable et donc susceptible de plusieurs réponses également rationnelles, ou que l'erreur soit discrète au point que seul un long plaidoyer parvient à la rendre apparente, peu importe. Cela ne change rien au pouvoir d'intervention du tribunal supérieur, et par conséquent ne limite en rien la possibilité pour une partie de saisir le tribunal supérieur de ses griefs contre le tribunal administratif. Si cette partie avait l'obligation préalable de démontrer le caractère aberrant de l'erreur ou l'existence d'une

118. *Id.*, 441.

contradiction entre décisions administratives, cette exigence ferait obstacle à la "juridictionnalisation" constante des questions soulevées devant le tribunal administratif. L'exigence étant maintenant écartée, et la distinction entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas n'étant pas plus claire qu'avant¹¹⁹, l'arrêt *Syndicat des employés de production de Québec et de l'Acadie* risque d'affaiblir sensiblement la théorie de l'interprétation raisonnable¹²⁰. Heureu-

119. Cette distinction, en un sens, a toujours existé: la jurisprudence lui a donné à travers les âges des applications bien différentes mais n'a jamais mis en doute son bien-fondé en tant qu'instrument d'analyse juridique. Pourtant, on ne la trouve nulle part dans la loi. Sauf quelques exemples très récents d'ailleurs attribuables à d'autres causes, la loi ne dit jamais que telle ou telle question aura une portée juridictionnelle et telle autre non. Il est surprenant que dans un régime juridique où la souveraineté législative a dès l'origine été élevée au rang de principe directeur, les tribunaux se soient ainsi constitués par simple interprétation un levier aussi puissant dans la sanction des lois. Il est du reste tout aussi surprenant que les organes législatifs n'aient jamais sérieusement tenté d'en prendre le contrôle (peut-être renoncèrent-ils à toute velléité de ce genre devant le sort que subirent les clauses privatives). Quoi qu'il en soit, pour illustrer la distinction, le juge Beetz renvoie à l'arrêt *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827, dont il résume les éléments principaux. Il conclut en constatant que pour justifier la cassation de la décision administrative: "... [l]a Cour ne réfère pas au critère de l'erreur manifestement déraisonnable. Même non déraisonnable en effet, l'erreur commise par l'administrateur et la Commission devait néanmoins donner ouverture à révision judiciaire puisqu'elle avait pour conséquence de conférer à ceux qui l'avaient commise une faculté d'appréciation et un pouvoir discrétionnaire dans un cas précis où la loi prévoyait expressément qu'ils n'en avaient aucun, le cas des arrérages de plus de trois mois de loyer payés avant l'audition". [1984] 2 R.C.S. 442-3. L'affirmation comprise dans la dernière phrase ("dans un cas précis où la loi prévoyait expressément qu'ils n'en avaient aucun") tient de la pétition de principe et, somme toute, elle signifie qu'en l'occurrence un administrateur des loyers, deux membres de la Commission des loyers, un juge de la Cour provinciale et trois juges de la Cour d'appel n'avaient pas su voir dans la loi ce qu'elle édictait en toutes lettres. Tous ces décideurs, en effet, avaient conclu que la loi autorisait la décision contestée, erronée ou non, et aucun d'entre eux n'y avait vu un problème d'ordre juridictionnel. Comment peut-on prétendre, dans ces circonstances, que la loi prévoyait *expressément* le contraire? Et, à supposer même que c'eût été le cas, pourquoi cette erreur de lecture dans l'administration de cette loi avait-elle une portée juridictionnelle alors que d'autres n'en ont pas? La Cour suprême ne répond pas à ces questions, elle décide et sa décision fait autorité.

120. Rappelons que l'effet de cet arrêt sur le droit positif actuel fait l'objet de commentaires récents par le professeur PÉPIN, "Les erreurs juridictionnelle et intra juridictionnelle devant la Cour suprême du Canada", (1985) 45 *R. du B.* 117 et 443.

sement, d'autres décisions tout aussi récentes de la Cour suprême démontrent que celle-ci entend bien ne pas abuser du label "juridictionnel"¹²¹, mais il n'est pas dit que les plaideurs et les tribunaux de première instance feront preuve de la même mesure.

13. Illustration

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Services ménagers Roy Ltée* permettra de mieux saisir l'effet de l'arrêt *S.C.F.P. c. S.A.N.B.* On peut envisager plusieurs issues à ce pourvoi. La Cour suprême pourrait conclure que le commissaire et le Tribunal, en l'occurrence, n'avaient pas "compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête", parce que les faits présentés en l'espèce étaient absolument étrangers à toute forme de concession. Cette hypothèse paraît peu plausible, quoique la décision dans l'affaire du *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*¹²² peut servir d'argument dans ce sens. La Cour peut aussi, et c'est plus probable, conclure à l'existence de la compétence, auquel cas il y aura d'abord lieu de considérer si, ayant *a priori* juridiction, les instances concernées ont traité d'une question tout à fait étrangère à celle dont elles étaient saisies et ont de ce fait "perdu juridiction". La remise en question récente de la "théorie de la mauvaise question"¹²³ incite à penser que cette seconde hypothèse manque elle aussi de réalisme. Il restera donc à juger de la rationalité de l'interprétation cassée par la Cour supérieure. On a peine à concevoir comment une interprétation qui a longtemps été suivie par plusieurs des juges du Tribunal du travail pourrait être qualifiée sans plus de difficulté de "manifestement déraisonnable, aberrante, absurde, etc..." A-t-on à ce point laissé s'émousser le sens des mots que des expressions si nettement réprobatrices serviront désormais, dans un discours juridique d'habitude si compassé, à exprimer de banales divergences de vues? Il est peu probable que la Cour suprême, soucieuse depuis plusieurs années déjà de mettre en relief l'autonomie des juridictions administratives, intervienne pour ce motif. Cela dit, cette interprétation des notions d'entreprise et de concession a longtemps divisé les membres de la juridiction concernée et pour cette raison précise la cour

121. Voir les arrêts *Control Data*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596 et *La Fraternité des policiers de la C.U.M. Inc.*, [1985] 2 R.C.S. 74.

122. [1984] 2 R.C.S. 412.

123. Voir *supra*, note 70.

pourra s'estimer fondée de reconsidérer la question au mérite. On peut concevoir qu'en raison des désaccords qui ont existé au sein du Tribunal du travail l'affaire *Services ménagers Roy Ltée* devienne l'occasion pour la Cour suprême d'infirmer la jurisprudence jusque là majoritaire parmi ses juges. Il serait toutefois surprenant, et en tout cas fort peu souhaitable, que la cour dispose de la question dans le même sens et pour les mêmes motifs que la Cour supérieure¹²⁴. La décision marquerait alors un important revirement et peut-être la renaissance sous une forme à peine modifiée de la thèse interventionniste.

14. Critique

Prise au pied de la lettre, la théorie de l'interprétation rationnelle ou raisonnable constitue à n'en pas douter un progrès important sur la jurisprudence antérieure. Elle assure que la juridiction administrative bénéficiera d'une plus grande autonomie puisque, en principe, ses décisions ne seront cassées que lorsqu'elles sont entachées d'un vice de raisonnement flagrant. En réalité, cependant, cette théorie comporte certains désavantages dont on ressent maintenant les effets.

Tout d'abord, la jurisprudence récente des tribunaux du Québec est parfois trop prompte à qualifier de "déraisonnable" des décisions dont l'effet, voire le contenu, peuvent surprendre, mais dont la motivation est solide. Ce phénomène apparaît d'autant plus singulier lorsque, par exemple, certains juges de la Cour d'appel qualifient de déraisonnable une interprétation que leurs collègues, dans la même affaire, estiment entièrement raisonnable ou, même, qu'ils font leur parce qu'ils la pensent "correcte"¹²⁵.

À compter du moment où "déraisonnable" devient synonyme de "contestable", la théorie mise de l'avant par la Cour suprême perd de son attrait. Non seulement ne constitue-t-elle plus un frein aux interventions des tribunaux supérieurs mais elle les laisse libres

124. Voir *supra*, par. 9. En fin de compte, le jugement de la Cour supérieure dans ce dossier se présente comme un jugement d'appel, la Cour substituant sa conception de "l'entreprise" et de la "concession" à celle des juges majoritaires du Tribunal du travail. Il est difficile de croire que, du moins dans la forme, la Cour suprême du Canada substituerait aujourd'hui de façon aussi ouverte son opinion à celle d'un tribunal administratif.

125. Voir *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre d'accueil Miriam*, [1984] C.A. 104 et *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61.

d'intervenir sans avoir à préciser, comme c'était le cas avec la théorie de la mauvaise question et les doctrines connexes, en quoi précisément telle ou telle question a une portée juridictionnelle. Il est vrai qu'on prenait depuis longtemps bien des libertés avec cette dernière exigence.

Enfin, l'apport de la jurisprudence la plus récente ne doit pas passer inaperçu. Les arrêts *Radio-Canada*¹²⁶ et *Lévis-Lauzon*¹²⁷ conjuguent la jurisprudence antérieure avec la théorie de l'interprétation raisonnable, ce qui peut laisser aux tribunaux supérieurs une marge de discrétion plus grande que jamais auparavant. On a raison de douter que ce résultat soit celui que la Cour suprême ait cherché à atteindre, mais il demeure que ces diverses doctrines réunies augmentent le nombre et la diversité des motifs de révision. Appliquées par des tribunaux qui souhaitent intervenir, elles leur en donnent amplement l'occasion. Le résultat est sensiblement le même avec les parties. Le justiciable qui veut porter une affaire en révision devant un tribunal supérieur dispose de plusieurs cordes à son arc. Chaque motif de révision (dont notamment l'erreur "juridictionnelle" au sens de l'arrêt *Radio-Canada* et l'interprétation "déraisonnable" parce que "contestable") lui fournit un moyen de solliciter l'intervention d'un tribunal supérieur. Lorsqu'il se sert aussi de la jurisprudence interventionniste que des arrêts plus récents ont critiquée mais jamais formellement écartée, il n'a que l'embarras du choix. La Cour suprême étant en fin de compte, et pour des raisons institutionnelles, le seul tribunal dont on ne peut pas qualifier les décisions d'erronées, tout litige "juridictionnel", s'il reflète un conflit d'intérêts suffisamment sérieux, peut déboucher sur une requête pour permission d'appeler au degré le plus élevé de la hiérarchie judiciaire. Il en résulte que la finalité des décisions administratives dépend de l'intérêt des parties, des ressources dont elles disposent et des motifs pour lesquels on pourra leur accorder ou leur refuser la permission d'appeler. Seule une conception plus rigoureuse du contrôle juridictionnel permet d'éviter ce résultat qui, reconnaissons-le, cadre mal avec la doctrine de la *Rule of Law*.

126. *Supra*, note 75.

127. *Supra*, note 113.

CONCLUSION

Il existe en droit administratif une abondante jurisprudence où les tribunaux supérieurs se prononcent sur la compétence d'un organisme soumis à leur pouvoir de surveillance. On peut dégager de cette jurisprudence trois conceptions des choses, dont chacune comporte une thèse distincte sur la portée souhaitable du contrôle juridictionnel. Deux de ces thèses sont à écarter. Entre les lacunes de la première et les excès de la seconde, la thèse qu'on a appelée ici non-interventionniste tente de faire la part des choses et de réserver le contrôle juridictionnel à certaines fins. Elle prétend en user avec modération, mais aussi avec netteté. Il importe en effet de ne pas gêner l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs, une préoccupation plusieurs fois évoquée dans la jurisprudence récente de la Cour suprême. Mais cela demande plus que d'encourager en termes vagues et accommodants cette "retenue" judiciaire dont tout le monde, d'ailleurs, ne dit maintenant que du bien. La volonté de réserve des tribunaux supérieurs n'est juridiquement appréciable que si elle se manifeste avec cohérence, d'une manière qui permette de présager avec une marge d'erreur convenable dans quels cas ou quels types de cas il ne sert à rien de s'adresser à une juridiction de révision en alléguant un excès de compétence. En d'autres termes, la modération dans l'exercice du contrôle juridictionnel doit avoir une consistance juridique et se prêter à des raisonnements renouvelables d'une espèce à l'autre. Sinon, malgré une apparence de rigueur terminologique, tout devient affaire de discrétion. Le justiciable contrarié qui a de la suite dans les idées et les moyens de s'offrir un litige interminable peut, en se plaçant de sa propre initiative sur le plan juridictionnel, continuer la contestation de palier en palier jusqu'à ce que le tribunal de dernière instance l'informe qu'il n'a pas envie d'intervenir. On en vient peu à peu à créer un appel de droit commun, lequel échappe pour des raisons constitutionnelles à l'autorité des législatures provinciales. Le pouvoir effectif de celles-ci, lorsqu'elles entendent créer des juridictions administratives autonomes, s'en trouve injustifiablement réduit.

La thèse non-interventionniste veut contenir ce phénomène de judiciarisation. Dans la perspective que retient cette thèse, l'erreur juridictionnelle se présente sous deux formes. Il peut s'agir, en premier lieu, de l'interprétation manifestement irrationnelle ou déraisonnable d'une loi ou d'un texte assimilable. On aura intérêt à ne pas sous-estimer la valeur d'invective de cette notion. Elle vise moins le contenu ou le dispositif d'une décision par laquelle on

tranche une controverse que la façon dont cette décision s'est élaborée et le raisonnement qu'a suivi le décideur pour conclure dans un sens ou dans l'autre. Si, de façon honnête, sans plus, il a tenu compte des principales données factuelles et juridiques, si son raisonnement est intelligible, on ne peut lui faire grief d'avoir choisi parmi plusieurs interprétations possibles celle qu'il s'estimait le mieux à même de justifier. Une chose est sûre: lorsque dans une cour d'appel un membre d'une formation de plusieurs juges se dit d'accord avec une interprétation donnée par un tribunal administratif, ses collègues, à moins de circonstances tout à fait inusitées, devraient s'abstenir de la qualifier de manifestement déraisonnable.

Il peut s'agir, en second lieu, d'une "erreur", même raisonnable, à laquelle on reconnaît une portée juridictionnelle. Cette qualification ne peut plus avoir le sens qu'on lui donnait naguère - elle doit faire allusion à quelque chose de plus spécifique. Il faut donc écarter la distinction insaisissable entre une question préliminaire ou accessoire et principale ou primordiale, et il faut renoncer à l'expédient analytique de la "mauvaise question". Ces notions, pures créations jurisprudentielles, ne se retrouvent nulle part dans les lois. Devenues à la longue de simples mots de passe, elles ont vidé de sa substance une dichotomie fondamentale en droit administratif, et elles ont contribué à faire de ce lieu de réflexion juridique un cimetière pour les idées. Il est grand temps qu'on s'en débarrasse, comme le suggèrent certains arrêts récents. Une question, n'importe laquelle, devrait acquérir une portée juridictionnelle lorsque, dans la réponse qu'on y apporte, on ne peut se satisfaire d'une ou plusieurs interprétations raisonnables, mais qu'au contraire, pour des raisons institutionnelles, on doit s'arrêter sur une solution unique et certaine, à l'exclusion de toute autre. Ce peut être le cas lorsque plusieurs tribunaux administratifs rendent sur la même question plusieurs décisions rationnelles, et donc *a priori* inattaquables, mais contradictoires. L'uniformité d'application d'une loi ou d'un texte assimilable nécessite dans ces conditions qu'une juridiction de révision intervienne pour prescrire la solution qui prévaudra. On notera au passage que dans les cas où il existe un appel devant une juridiction administrative de second degré, ce recours pourra généralement suffire à résorber la contradiction et à fixer le droit sur la question litigieuse; celle-ci, à moins d'une décision manifestement irrationnelle par l'instance d'appel, sera donc dépourvue de portée juridictionnelle. D'autre part, la qualification vaut également lorsqu'un tribunal administratif sort de son domaine de prédilection (telle la convention collective pour un arbitre de griefs ou la législation sur le bail résidentiel pour la Régie du

Logement) et interprète un texte qui n'est pas habituellement de son ressort (telle la *Charte de la langue française* pour un arbitre de griefs ou la *Charte des droits et libertés de la personne* pour le Tribunal du travail). Dans les situations de ce genre, qui sont relativement peu fréquentes, mais où, en raison du potentiel de friction avec les décisions d'autres instances, il existe encore une fois un besoin explicable de certitude quant à la portée des textes, le contrôle juridictionnel retrouve toute sa raison d'être.

Conçue de la sorte, l'aire d'exercice du contrôle juridictionnel paraît sensiblement réduite. Elle l'est probablement moins qu'elle ne le paraît. En effet, le moment approche où, en s'appuyant sur les chartes de droit fondamentaux, on pourra "constitutionnaliser" à volonté toutes sortes de questions ou d'interprétations, comme naguère on parvenait, avec un peu d'astuce, à les "juridictionnaliser". On le fera encore en invoquant le contrôle juridictionnel, applicable ici parce qu'aucun tribunal administratif n'a, cela va de soi, compétence exclusive sur les textes à caractère constitutionnel. Cela devrait reconforter les tenants de la thèse interventionniste. Mais une conception renouvelée de la juridiction a ceci de préférable qu'elle est plus facilement intelligible que les précédentes. Elle se préoccupe davantage de la façon dont le droit se construit. Elle se fonde sur un principe dérivé de la primauté du droit, celui de l'uniformité d'application des lois, et son corollaire, l'égalité devant la loi. Le justiciable a droit de ne pas avoir à subir une décision à la fois coercitive et aberrante sur les droits et les obligations qui lui viennent de la loi: il a droit comme chacun d'être traité rationnellement dans l'application de la loi et c'est là un aspect de l'égalité devant la loi. Une décision manifestement irrationnelle mérite donc d'être réformée pour ce motif, au nom de cette primauté du droit (ou *Rule of Law*) dont s'autorisaient déjà, mais de façon plutôt confuse, les diverses thèses sur le contrôle juridictionnel. Une autre forme d'irrationalité se concrétise lorsque apparaît le risque que des situations semblables soient qualifiées de façons différentes en regard de la même loi, suivant qui décide de la question litigieuse. Un phénomène de ce genre est tout à fait banal en droit. C'est en effet ce qui se produit quand des tribunaux de droit commun et de degrés différents disposent de la même question de façons différentes, mais dans cette hypothèse il existe toujours un dernier droit d'appel pour trancher définitivement la question et fixer le droit au moins jusqu'au prochain revirement jurisprudentiel. À l'échelle des tribunaux administratifs, cette fonction uniformisatrice peut être exercée, toujours au nom de la primauté du droit, dans le cadre du contrôle juridictionnel. Ce dernier, d'ailleurs, ouvre l'accès aux

paliers d'appel. Mais encore faut-il qu'il y ait des contradictions, ou à tout le moins un danger véritable et évident de contradictions, dans les applications d'une même norme à un même type de situations. "Un même type de situations" doit d'ailleurs s'entendre ici dans un sens aussi rigoureux que possible, afin d'éviter que des analogies de plus en plus éloignées ne deviennent elles-mêmes objets de controverse. Tout autre système qui fait de l'erreur de droit le critère universel d'intervention en matière de contrôle juridictionnel supprime, en réalité, la distinction entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas. Celle-ci disparaît sous un amoncellement de décisions individuelles dont chacune ne vaut que pour elle-même. Un tel système contraint les juristes à ratisser interminablement le gravier du droit prétorien dans l'espoir, sans cesse déçu, qu'il en sortira un jour une perspective monumentale. Pour faire réapparaître la distinction et redonner une perspective au contrôle juridictionnel, il faut cesser d'aspirer en toute chose à la perfection juridique et se contenter d'une rationalité porteuse d'égalité devant la loi. Faute de quoi on devrait plutôt s'inspirer des attributions du Conseil d'État, remplacer le contrôle juridictionnel par un appel devant les juges des tribunaux supérieurs, et appeler enfin les choses par leur nom.