

La Couronne et l'Administration Fédérale: Mise au Point

Daniel Mockle

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj>
Article

Citation Information

Mockle, Daniel. "La Couronne et l'Administration Fédérale: Mise au Point ." *Osgoode Hall Law Journal* 28.1 (1990) : 135-151.
<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol28/iss1/4>

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at Osgoode Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Osgoode Hall Law Journal by an authorized editor of Osgoode Digital Commons.

LA COURONNE ET L'ADMINISTRATION FÉDÉRALE: MISE AU POINT[©]

PAR DANIEL MOCKLE*

Dans son deuxième numéro de 1986, le Osgoode Hall Law Journal publiait un long commentaire de David Cohen sur un ouvrage publié en 1985 par la Commission de réforme du droit du Canada: *Le statut juridique de l'Administration fédérale/The Legal Status of the Federal Administration*. Intitulée "Thinking about the State: Law Reform and the Crown in Canada," cette recension avait pour but de présenter un examen critique de la démarche suivie par la Commission dans un domaine resté jusqu'ici fort négligé. Dans l'ensemble, les commentaires étaient négatifs, la Commission étant accusée d'avoir produit un ouvrage incomplet et imparfait sur la question ("an incomplete and flawed treatment of the subject"). À titre d'auteur de l'ouvrage commenté, Daniel Mockle reprend succinctement les principales critiques de David Cohen pour montrer qu'elles sont sans fondement ou non pertinentes compte tenu de l'objet de l'étude.

Les stéréotypes ont la vie dure. En droit public canadien, les problèmes conceptuels qui gravitent autour de notions aussi fondamentales que l'État, la Couronne, la société, l'Administration sont à ce point importants que quiconque ose s'y aventurer, bute inévitablement sur des obstacles considérables, parfois insurmontables. Dans le domaine des privilèges et immunités de la Couronne, plusieurs auteurs ont pu contourner ces difficultés en se limitant à une approche purement descriptive de la matière. Dans le cadre d'une tradition qui n'a jamais reconnu des notions aussi fondamentales que l'État et l'Administration, la Couronne offre un

[©] Copyright, 1990, Daniel Mockle.

* Professeur, Docteur en droit, Département des sciences juridiques, Université du Québec.

fondement quelque peu facile pour reconnaître un ensemble complexe de droits, privilèges et immunités aux autorités publiques.

Aucune réflexion approfondie n'a été entreprise pour tenter de recentrer cette matière sur les contingences propres à l'organisation et au fonctionnement d'un État technologique, engagé à fond dans des missions sociales et économiques. Même si elle reste une notion centrale pour les fins du droit constitutionnel et du droit administratif, la Couronne n'aura guère réussi à soulever beaucoup d'intérêt dans la communauté juridique. Tout se passe comme si elle n'était qu'une fiction un peu étrange, un vestige qui justifierait amplement cet étonnant mélange d'incuriosité et d'indifférence qui s'y attache. Faute de crise majeure dans le fonctionnement des institutions, n'est-il pas vain de s'interroger sur le caractère dérogatoire et exorbitant de ses privilèges, d'autant que ce genre de débat risque d'entraîner des réactions émotives? En effet dans le contexte d'un État unitaire de type centralisé, comme l'a été pendant longtemps l'Angleterre, le système élaboré graduellement tout au long de l'histoire britannique n'a pas provoqué d'impasse majeure. Il est prodigieusement désuet mais arrive encore à fonctionner. Par contre, dans le cadre d'un État fédéral doté d'une Administration éclatée de type polycentrique, comme c'est le cas du Canada, ce système n'a plus de fondement véritable. Le juriste est dès lors forcé de délaisser l'approche traditionnelle pour entreprendre une réflexion axée directement sur l'Administration et la nature des institutions fédérales.

Le simple fait de passer de la Couronne à l'Administration est en soi un changement radical. La différence de registre est complète car l'ambiguïté qui s'attache à la notion de Couronne est éliminée au profit d'une réalité essentielle pour le fonctionnement d'un État moderne: l'Administration. Si concrète soit-elle, cette réalité n'en soulève pas moins des problèmes majeurs. Il s'agit d'une institution qui n'appartient pas à l'imaginaire traditionnel des juristes anglo-saxons, pas plus d'ailleurs qu'elle représente, pour les fins du droit public, une notion précise dotée d'une signification propre. Dans le monde anglo-saxon, ce qui constitue l'objet principal du droit administratif, l'Administration, ne constitue pas une réalité autonome pour les fins de l'analyse juridique.

En offrant en 1985 à l'attention de la communauté juridique un ouvrage intitulé *Le statut juridique de l'Administration fédérale*,¹ la Commission de Réforme du Droit du Canada relevait dans une large mesure un défi. En proposant une problématique directement axée sur les institutions administratives et la spécificité des relations Administration-administrés, elle s'engageait dans une approche qui n'est pas familière pour de nombreux juristes oeuvrant en droit public, lesquels restent profondément marqués par la pensée néo-diceyenne. Bien qu'il soit encore trop tôt pour se prononcer sur l'impact des efforts déployés par la Commission pour réactiver une matière à peu près complètement sclérosée, la nature des premiers commentaires publiés sur cet ouvrage permet d'entrevoir la permanence de certains problèmes fondamentaux.

Les réactions de David Cohen² restent à bien des égards symptomatiques d'un contexte socio-juridique où le droit public souffre de carences profondes. Celui qui nous a fait l'honneur de vingt-cinq pages de commentaires n'est pourtant pas un juriste conservateur, incapable de se démarquer d'une tradition étroite. Bien au contraire, il incarne une nouvelle génération soucieuse de rompre avec l'approche traditionnelle par une remise en cause des fondements idéologiques et politiques de la vision diceyenne. En faisant intervenir des considérations sociales et économiques qui ont été délaissées par l'analyse juridique traditionnelle, et également par la recherche d'une vision plus globale des phénomènes juridiques, ses commentaires sont d'un grand intérêt. Malgré cette ouverture à l'égard des enjeux politiques et juridiques de la réforme préconisée par la Commission, Cohen reste prisonnier, probablement malgré lui et à son insu, d'une vision de l'État qui est tout à fait anachronique dans l'histoire de la pensée occidentale. En effet, faute d'une connaissance plus approfondie de la théorie générale de l'État et du droit administratif, ses critiques ne sont pas convaincantes et perdent une bonne partie de leur force. On en retire l'impression que l'auteur s'est aventuré de façon intrépide

¹ Commission de réforme du droit du Canada, *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (Document de travail 40), Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985 [ci-après *Le statut*].

² "Thinking About the State: Law Reform and the Crown in Canada" (1986) 24 Osgoode Hall L.J. 379.

dans un domaine qui ne lui est pas familier – celui de la théorie générale de l'État et de l'Administration – pour les fins d'une analyse de droit administratif.

I. LA DISTINCTION ÉTAT-SOCIÉTÉ

Dans ses commentaires, Cohen revient constamment sur certains thèmes, un peu comme s'il s'agissait de leitmotiv. Tout au long du texte, la Commission est vilipendée pour avoir négligé de faire les distinctions nécessaires entre les "concerns with bureaucracies and concerns with majority tyranny."³ Cette curieuse insistance sur les pouvoirs de la majorité⁴ trouve directement ses sources dans l'amalgame que fait l'auteur de l'État et de la communauté (ou la société). Dès lors, si l'État n'est plus que la représentation des intérêts d'une majorité au sein de la communauté civique, il ne faut donc pas s'étonner que les problèmes liés à la réévaluation du statut juridique de l'Administration soient réduits à la définition des limites qu'il faut imposer à ce pouvoir de la majorité, notamment lorsqu'il s'exerce au détriment des minorités. Cette confusion "state-community" est d'une importance majeure dans l'approche suivie par Cohen puisqu'il n'hésite pas à en tirer les ultimes conséquences ("the state is everything";⁵ "we are also regulating bureaucrats"⁶). L'État ne bénéficie d'aucune autonomie fonctionnelle et politique. Il n'est plus qu'un cadre ou un moyen où s'opposent irréductiblement divers intérêts particuliers au sein de la communauté.

Cette approche pour le moins étonnante n'a pas été inventée pour les fins de cette recension. Elle se rattache directement à l'un des courants les plus conservateurs du common law. Même s'ils ont négligé de développer une théorie de l'État et des fonctions étatiques, les juristes britanniques se sont préoccupés très tôt de

³ *Ibid.* à la p. 382.

⁴ *Ibid.* à la p. 392.

⁵ *Ibid.* à la p. 385.

⁶ *Ibid.* à la p. 394.

donner un sens particulier au terme "state." Or, dès le départ, ce dernier n'a jamais eu de signification précise puisqu'il n'était d'aucune utilité pour les fins de la théorie juridique. C'est justement cette absence de dimension proprement juridique qui a permis à de nombreux auteurs, notamment les plus prestigieux, d'avancer des conceptions qui reflètent le climat politique et intellectuel de leur époque. Ces conceptions n'ont jamais fait l'objet d'une quelconque forme d'unanimité. Par exemple, dans un ouvrage paru en 1971, G. Marshall éprouve, pour les fins d'un rappel historique, un certain embarras à départager les différentes significations du terme "state."⁷ Le courant dominant correspond aux conceptions de Cohen. En effet, en reprenant les idées politiques des common lawyers du XVII^e siècle (notamment le radicalisme des Niveleurs ("Levellers") qui se prolonge dans la philosophie qu'exprime Locke après la Révolution de 1688), Blackstone assimile l'État à la nation et à la communauté. Dans ses développements consacrés à la nature du gouvernement civil et de la société civile, il définit l'État comme la libre union des membres d'une communauté: "... [A] state is a collective body, composed of a multitude of individuals, united for their safety and convenience, and intending to act together as one man."⁸ Ce postulat ne sera guère dépassé par les générations suivantes, où trop souvent, on se bornera à définir l'État "as an independent political society occupying a defined territory, the members of which are united together for the purpose of resisting external force and the preservation of internal order."⁹ D'autres iront quand même plus loin, ne serait-ce que pour rappeler la personnalité juridique des personnes morales de droit public, notamment le fait que plusieurs d'entre elles sont des corporations. Mais comme ces attributs étaient ceux de la Couronne, ce n'était tout au plus que l'amorce de

⁷ *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971 à la p. 15.

⁸ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, t. 1, 9^e éd., Londres, A. Strahan pour T. Cadell et J. Butterworth and Son, 1783 à la p. 52.

⁹ O. Hood Phillips et P. Jacksons eds, *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*, 6^e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1978 à la p. 5. La plupart des auteurs britanniques n'utilisent pas le terme "state" et n'éprouvent pas le besoin de le définir comme en témoigne l'ouvrage bien connu de S.A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 4^e éd. par H. Street et R. Brazier, Markham, Ont., Penguin Books, 1981.

ce qui aurait pu devenir une reconnaissance explicite de l'autonomie juridique et politique de l'État.

Dès lors, il n'y a plus d'ambiguïté possible. En confondant État et société, Cohen ne fait que renouer avec le courant dominant de la tradition juridique de common law, courant qui correspond à une certaine forme d'orthodoxie.

Ce que l'auteur désigne comme un "intractable problem" n'a évidemment pas retenu l'attention de la Commission pour la très simple raison que cette dernière a reconnu depuis fort longtemps un fait tout à fait élémentaire dans ses réflexions en droit administratif: l'existence de l'État et de l'Administration. En refusant implicitement d'admettre l'autonomie juridique, institutionnelle et politique des structures étatiques, ces critiques adressées à la Commission sont très décevantes car elles n'apportent rien de nouveau. Malgré certaines exceptions notoires comme l'oeuvre de H.J. Laski,¹⁰ ces difficultés ou ces réticences à développer une approche conceptuelle fondée sur l'autonomie de l'État mènent directement aux pires aberrations. Cohen devrait pourtant savoir que cette volonté d'assimiler l'État à la communauté a été l'argument privilégié de plusieurs régimes totalitaires où la communauté organique des citoyens et de l'État ne formaient plus qu'un. (C'est la solution unitaire de type fasciste.) Le pire, c'est principalement par crainte d'un envahissement incontrôlé de l'État au sein de la société civile que tout un courant, et non des moindres, a nié l'existence de l'État au profit de la communauté. Ces auteurs, la plupart libéraux ou néo-libéraux, auraient dû pourtant comprendre que l'État et la société ne forment pas deux domaines objectivement distincts, mais représentent en réalité deux formes distinctes de la communauté civile, chacune ayant sa nature propre.

À la décharge de l'auteur, il faut remarquer que le dualisme État-société n'a guère soulevé d'intérêt dans les pays anglo-saxons. Faut-il en conclure que c'est un problème typiquement français et allemand, comme la lecture de quelques classiques (Rousseau, Hegel) pourraient le laisser supposer? La doctrine du contrat social va tout à fait dans le sens d'une dualité État-société. Dans son

¹⁰ *The State in Theory and Practice*, Londres, G. Allen and Unwin, 1935.

ouvrage récent sur la théorie générale de l'État, Thomas Fleiner-Gerster renforce cette impression en affirmant que "l'idée préconçue d'un contrat avec le monarque auquel une souveraineté limitée est conférée de façon contractuelle doit forcément conduire à une séparation complète entre, d'une part, la souveraineté de l'État dont les parties au contrat sont convenues et, d'autre part, la possibilité d'un libre épanouissement de la société."¹¹ Il est inutile de refaire ici un exposé complet de toute cette évolution. Il faut simplement noter que tout au long des XIX^e et XX^e siècles, un courant multiforme de la pensée politique, juridique et sociologique a toujours accepté ce postulat fondamental de l'autonomie de l'État. Dans la pensée européenne, cette idée est si bien assimilée que nombreux sont les auteurs qui ne soupçonnent même pas qu'on puisse postuler autre chose, tellement le fait semble élémentaire. D'un commun accord, ils se bornent à constater que la société globale est faite elle-même de sociétés de tout ordre, au nombre desquelles figurent principalement l'institution par excellence, soit l'État à titre de société institutionnalisée. Tout récemment, on a même tenté de montrer l'existence d'une conception organique de l'État dans la pensée européenne, à travers l'évolution complexe d'une multitude de courants politiques et philosophiques.¹²

Entre l'État et la communauté, cette différence est éclatante. Différence de buts, de moyens, de statut, d'organisation, tout concourt à accentuer l'autonomie de l'État même s'il existe depuis fort longtemps une imbrication étroite et complexe entre l'État et la société. Par analogie avec la pensée écologique, Fleiner-Gerster affirme que loin d'être antagoniques, ces deux éléments sont semblables aux éléments naturels d'un biotope en étant complémentaires, interdépendants et distincts.¹³ D'où la nécessité de maintenir un équilibre.

Cette différence de nature est accentuée par deux facteurs d'une importance majeure. Non seulement l'État est une institution

¹¹ *Théorie générale de l'Etat*, trad. par J.-F. Braillard, Paris, Presses Universitaires de France, 1986 à la p. 466.

¹² Voir M. Bouvier, *L'Etat sans politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986.

¹³ *Supra*, note 11 à la p. 471.

– l'institution majeure des communautés humaines – mais de plus, cette puissance institutionnelle est solidaire de l'idée de droit. L'État est en effet une puissance juridique qui n'a aucun équivalent puisque lui seul est en mesure de produire des normes qui s'imposent à la totalité de la société civile. Pour assurer cette prépondérance, il jouit du monopole de la contrainte, dispose de prérogatives et privilèges qui lui sont propres, et fonde en grande partie son action sur le procédé de l'acte unilatéral.

Il ne faut pas confondre cette puissance avec celle des gouvernants. Ces derniers ne disposent que de pouvoirs qui leur sont délégués. Au contraire, la puissance étatique n'est subordonnée qu'à l'idée de droit. Comme le rappelle G. Burdeau, "l'autorité des gouvernants ne leur appartient pas en propre, conditionnée qu'elle est par leur statut constitutionnel, tandis que la puissance d'État qualifie un Pouvoir dont nul, en dehors de l'État, ne peut se prétendre titulaire."¹⁴

Ne serait-ce qu'à cause de l'importance du phénomène "État" dans les sociétés occidentales, cette autonomie conceptuelle, institutionnelle, juridique et politique de l'État apparaît comme l'élément majeur qui doit conditionner toute réflexion juridique portant sur l'Administration. En effet, ce noyau dur de l'État obéit à une dynamique institutionnelle qui lui est propre, même si à l'origine, sur le plan des principes traditionnels, son existence repose sur la volonté d'un autre organe, le Parlement. En niant l'État, Dicey et toute l'école diceyenne ont nié l'existence de l'Administration. Ce travers conceptuel a été désastreux pour les pays anglo-saxons car les juristes n'ont pas été en mesure de mettre en lumière cette autonomie institutionnelle, et également juridique, qui caractérise l'organisation et le fonctionnement de l'Administration.

Loin d'être ambigu, le titre retenu par la Commission est d'une parfaite transparence pour les fins de sa réflexion. En effet, en intitulant son premier ouvrage dans ce domaine *Le statut juridique de l'Administration fédérale*, la Commission a montré clairement sa volonté de s'engager dans un processus de modernisation du droit qui porte directement sur l'État et

¹⁴ *L'Etat*, Paris, Editions du Seuil, 1970 à la p. 69.

l'Administration. Tout consiste à déterminer si un statut, ainsi que des privilèges et immunités naguère attribués à la Couronne, peuvent encore se justifier dans le cadre d'une problématique directement axée sur l'État et les institutions administratives. À propos de l'Administration, la Commission affirme: "Tant sur le plan fonctionnel qu'au niveau de son organisation et de ses finalités, elle représente un objet distinct pour les fins du droit et de la science administrative."¹⁵ Cette position a été reprise et reformulée dans un document publié en 1987 par la Commission.¹⁶

Faute d'avoir reconnu l'existence de réalités aussi fondamentales que l'État et l'Administration, les critiques adressées à la Commission en droit administratif risquent de n'engendrer qu'un dialogue de sourd. Cette reconnaissance doit se manifester par tout autre chose que la simple substitution du mot "État" à la Couronne. Elle doit d'abord se traduire par l'acceptation des réalités administratives, lesquelles, par rapport à la société civile, restent fonction d'une autonomie institutionnelle qui permet aux autorités de créer et de maintenir un réseau complexe de liens d'interdépendance.

II. L'OBJET ET LA MÉTHODOLOGIE DE L'OUVRAGE

N'en déplaie à Cohen, cet ouvrage publié en 1985 n'avait pas pour objet de repenser la responsabilité délictuelle de l'Administration, de même que les questions de compensation liées aux activités dommageables de l'État. Ce thème a été brièvement évoqué¹⁷ pour souligner l'urgence d'une réforme dans ce domaine et pour s'interroger sur la foi aveugle de plusieurs générations de juristes dans l'utilisation des règles de droit privé pour les fins de responsabilité administrative, peu importe qu'il s'agisse de common law ou de droit civil. Ce thème a été également utilisé à titre

¹⁵ *Le statut, supra*, note 1 à la p. 9.

¹⁶ J. Frecker et al., *Pour un nouveau droit administratif fédéral: Document de consultation préparé à l'intention de la Commission de réforme de droit de Canada*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987.

¹⁷ *Le statut, supra*, note 1 aux pp. 72-78.

d'exemple pour montrer l'intérêt que présente le droit administratif pour la protection et l'accroissement des droits des administrés. Il est dès lors inutile d'accuser la Commission d'"impressionistic view" alors que sa démarche avait pour objet autre chose, notamment cette question beaucoup plus générale du statut juridique de l'Administration et de la place du droit administratif.

Comme la Commission l'a clairement laissé entrevoir dans l'introduction,¹⁸ son ouvrage n'est que le point de départ ou l'amorce de tout un processus de réévaluation du droit actuel, processus qui devrait se traduire par la publication de monographies portant sur des thèmes précis. Outre *L'immunité d'exécution* paru en 1987,¹⁹ d'autres ouvrages ou études sont en préparation sur des sujets assez variés: l'immunité fiscale, l'immunité d'application des lois, les dimensions fédérale-provinciales de cette immunité, la compensation des dommages résultant des activités de l'Administration, l'analyse économique de la responsabilité délictuelle de l'Administration. D'autres sujets sont envisagés, tels les délais et prescriptions, ainsi que l'exercice de fonctions publiques par des personnes privées. Ce vaste programme récuse d'avance toute accusation de superficialité tout en montrant le soin et l'attention que la Commission entend consacrer à ce domaine.

Toujours dans cette perspective méthodologique, l'une des critiques les plus étonnantes est celle relative à l'absence de cadre historique. Si l'on en croit Cohen, "[the Commission] rejects historical analysis – and justifies this decision by a need for 'clarification and rationalization' that would be futile if history were to explain the world."²⁰ D'où ce questionnement sur la justesse d'une approche qui consiste à expliquer les choses "in a totally abstract, ahistorical context."²¹ Tout ceci est complètement faux, au point qu'on peut légitimement se demander si le professeur Cohen a lu l'ouvrage qu'il critique. Dès le départ, la Commission affirme

¹⁸ *Ibid.* à la p. 3.

¹⁹ D. Mockle, *L'immunité d'exécution / Immunity from Execution: A Study Paper Prepared for the Law Reform Commission of Canada*, Ottawa, The Commission, 1987.

²⁰ *Supra*, note 2 à la p. 386.

²¹ *Ibid.*

que "[l]e statut juridique de l'Administration fédérale est le produit d'une évolution historique et institutionnelle qu'il est difficile d'ignorer pour des fins de réforme."²² Ce constat sert d'introduction à un développement important intitulé "Le poids de la tradition historique." La Commission prend même le soin d'ajouter que "l'exposé historique conserve une grande importance pour ce sujet, puisqu'il permet de comprendre la relativité d'un régime juridique qui est le produit de tout un millénaire d'histoire."²³ Ce que Cohen n'a pas compris, c'est que la Commission juge insuffisantes, pour des fins de réforme du statut juridique de l'Administration, les seules données historiques car ces dernières sont le fruit d'une évolution qui nie l'existence même de l'Administration, et qui par ailleurs n'offre aucun élément conceptuel pour appréhender les réalités sociales et administratives de l'État providence. D'où ce besoin normal et légitime qui consiste à introduire de nouveaux paramètres liés à l'état actuel du droit et des institutions.

De même, les accusations de "diceyanisme" n'ont aucun sens pour un ouvrage de ce type. Dans les rares passages où Dicey et son oeuvre se trouvent évoqués,²⁴ la Commission affirme que la synthèse diceyenne, notamment dans sa définition de la Rule of Law, ne correspondait pas et n'a jamais correspondu à l'évolution du droit public dans les pays anglo-saxons. Les privilèges et immunités de la Couronne constituent l'amorce d'un régime distinct de droit public dont le Gouvernement et l'Administration sont les principaux bénéficiaires. L'égalité formelle à laquelle Dicey voulait assujettir tous les sujets de droit, y compris l'Administration en la réduisant arbitrairement à la somme de ses fonctionnaires pris individuellement, n'a toujours été qu'une fiction. Loin de chercher à réconcilier le droit actuel avec de pareils postulats, la Commission a voulu, bien au contraire, montrer que l'Administration relève, pour une part importante de son organisation et de son fonctionnement, d'un droit distinct. Or, ce droit distinct, dans le contexte d'un État technologique orienté principalement vers des tâches de police administrative et de prestations sociales, ne peut être que du droit

²² *Supra*, note 1 à la p. 5.

²³ *Ibid.* à la p. 6.

²⁴ *Ibid.* à la p. 11, par exemple.

administratif. La Commission a même été beaucoup plus loin en affirmant que pour mieux servir les intérêts des parties concernées, Administration et administrés, le droit administratif (cette fois intelligemment compris dans sa dimension libérale et sociale) offre des solutions mieux adaptées et plus avantageuses que le droit privé. En d'autres circonstances, je n'ai fait moi-même que renchérir sur la position officielle de la Commission en critiquant l'approche diceyenne pour son inadaptation à peu près complète aux réalités administratives et sociales du monde actuel.²⁵ De plus, dans son document *Pour un nouveau droit administratif*,²⁶ la Commission attribue à l'influence de Dicey plusieurs lacunes du droit administratif.

De même, le fait de lier le renforcement et la revalorisation de la dimension "droit" à l'influence de Dicey ne peut être que le fruit d'une mauvaise interprétation de son oeuvre. En dénonçant à plusieurs reprises "the legalization of the relationship of individuals and the state," Cohen ne saisit pas que les préoccupations de la Commission sont fort différentes de celles de Dicey. Ce dernier était surtout désireux d'assurer la prépondérance du common law par le biais du contrôle judiciaire des Courts; autrement dit, la prééminence plus ou moins absolue du droit privé dans le cadre de l'unité de juridiction. Cette approche aurait peut-être pu donner de meilleurs résultats si Dicey n'avait pas établi une distinction manichéenne entre droit et pouvoir discrétionnaire. Associée à l'arbitraire, la discrétion administrative basculait dans le "politique" pour se mouvoir dans une sphère étrangère à l'esprit du droit. En survalorisant les vertus du droit privé et du contrôle judiciaire, de même qu'en excluant de l'empire du droit une part importante de la vie administrative, l'approche diceyenne est à l'origine d'un sous-développement du droit, notamment du droit administratif, pour encadrer adéquatement les rapports Administration-administrés. En effet, en niant l'existence de l'État et la spécificité des phénomènes administratifs par l'utilisation exclusive de notions de droit privé,

²⁵ Voir D. Mockle, "La réforme du statut juridique de l'Administration fédérale. Observations critiques sur les causes du blocage actuel" (1986) 29 Can. Pub. Admin. / Admin. publ. Can. 282.

²⁶ *Supra*, note 16.

Dicey proposait dès le départ une grille conceptuelle qui ne permettait pas d'établir certains liens indispensables entre le droit et l'action administrative. D'où cette sous-utilisation du droit qui se traduit notamment par l'absence d'une théorie générale du droit administratif et l'inexistence, dans bien des domaines, de garanties sérieuses pour les administrés. Nous sommes vraiment confrontés à ce qu'un auteur britannique désignait comme "The Lawless State."²⁷ Avant de se récrier contre les dangers potentiels du droit ("Legalizing rights"), Cohen devrait pourtant savoir que le droit comparé montre avec éloquence le peu d'entrain qu'ont mis les pays anglo-saxons à reconnaître l'importance du droit dans le fonctionnement de l'État.

En comparaison des autres pays occidentaux, notamment par rapport à la tradition continentale, le Canada est encore loin, mais vraiment très loin, de cette omnipotence du droit. Fort heureusement, l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁸ contribue à créer une dynamique de renforcement du droit qui, loin d'être néfaste, assure un indispensable rééquilibrage. Avant de dénoncer le droit et la prolifération des garanties juridiques en faveur des administrés, il faut d'abord admettre qu'on pêche depuis plusieurs générations par l'excès inverse.

III. LA NÉCESSITÉ D'UN RÉÉQUILIBRAGE ÉTAT-INDIVIDUS

Cette recherche d'un meilleur équilibre dans les rapports État-individus paraît peu convaincante pour Cohen. Il affirme que "the balancing metaphor is itself an indication of a failure to articulate the real issues.... While it is a comfortable adjunct to a utilitarian, rationalistic ideology, it reveals little."²⁹ Dans le contexte d'une problématique axée sur les relations État-individus, cette approche est au contraire beaucoup plus signifiante qu'on le croit

²⁷ G. Zellick, "Government Beyond Law" (1985) P.L. 283 à la p. 284.

²⁸ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

²⁹ *Supra*, note 2 à la p. 382.

généralement. Elle a été retenue pour éviter de cantonner la question du statut juridique de l'Administration à la seule dimension de l'État. En ce sens, ce genre d'approche se démarque nettement des études traditionnelles consacrées aux privilèges et immunités de la Couronne car "le statut juridique de [l'Administration] paraît largement conditionné par la nature des relations qui s'établissent entre les autorités publiques et les personnes privées."³⁰ Ce constat est assez banal mais on ne l'avait jamais réellement intégré à une réflexion ayant pour objet la Couronne et ceux qu'on a traditionnellement limités à leur qualité de "sujets." À notre connaissance, aucune étude n'a cherché à transposer le cadre périmé des droits et privilèges de la Couronne dans une problématique tout à fait contemporaine, avec pour toile de fond l'État providence et ses réalités sociales.

Ces deux acteurs, Administration et personnes privées, sans être forcément en position antagonique ou conflictuelle, n'ont pas les mêmes intérêts. Cette évidence oblige à faire certains choix. La complexité de l'environnement politique, institutionnel, social et juridique ne permet pas de ramener ce dilemme à un choix simpliste entre l'État et les individus. Dans une société fragmentée, divisée, éclatée, comme l'est devenue la société canadienne, il est impossible de privilégier un seul acteur au détriment des autres.³¹ Si le pays est devenu une mosaïque d'intérêts sectoriels et particuliers, au nombre desquels figurent ceux de l'État, on entre à fond dans l'ère du relativisme et de la contingence.³²

Dans ce contexte politique et social, la reconnaissance explicite du relativisme par la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a rien de fortuit. Les droits et garanties de ce texte constitutionnel ne sont pas absolus car ils peuvent être tempérés ou restreints par la notion de "limites raisonnables." En permettant

³⁰ *Supra*, note 1 à la p. 36.

³¹ Sur le thème de la fragmentation, voir A. Cairns, "L'Etat omniprésent: les relations entre l'Etat et la société au Canada" dans K.G. Banting, coordonnateur de la recherche, *L'Etat et la société: le Canada dans une optique comparative*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986.

³² Sur le thème du relativisme et de l'équilibre perpétuellement mouvant du droit contemporain, voir notamment F. Ewald, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986.

l'exercice par les juges d'un contrôle de proportionnalité,³³ c'est tout comme si le pouvoir constituant de 1982 avait inscrit l'équilibre au fronton de la Charte et de tout l'ordonnement juridique. Cette idéologie de l'équilibre, probablement la seule alternative possible dans les circonstances, est devenue l'un des éléments les plus importants du droit canadien. Plusieurs arrêts montrent que ce souci d'équilibre entre les objectifs publics et les intérêts privés s'impose dorénavant comme l'idéologie officielle pour les fins d'application et d'interprétation de la Charte.³⁴ Par exemple, dans une affaire postérieure à l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd*³⁵ et qui portait sur la validité de la fermeture des commerces de détail au Québec le dimanche, le juge Gonthier de la Cour supérieure du Québec, maintenant juge à la Cour suprême, a invoqué à plusieurs reprises cette nécessité d'un juste équilibre pour les fins de l'application de l'article 1 de la *Charte*. Il affirme que:

dans la réalisation de cet objectif [la justification d'un jour de repos pour tous], la loi [ici en l'occurrence la *Loi sur les heures d'affaires des établissements commerciaux*] tente de concilier, en vue d'un juste équilibre, les différents intérêts en jeu, soit ceux des consommateurs, des exploitants d'entreprise et des employés, ceci dans le contexte particulier au Québec du commerce de l'alimentation au détail³⁶

Loin d'être une métaphore ("the balancing metaphor") qui altère et pervertit le processus de réforme entrepris par la Commission,³⁷ cette notion d'équilibre s'avère tout au contraire une prémisses fondamentale et une réalité incontournable pour redéfinir les rapports juridiques Administration-administrés. Par le biais de la proportionnalité, elle offre un critère d'un grand intérêt. Désormais, les privilèges et immunités dont bénéficie l'État devront être justifiés

³³ *Charte, supra*, note 28, art. 1.

³⁴ *R. c. Oakes* (1986), [1986] 1 R.C.S. 103, 65 N.R. 87; *R. c. Morgentaler* (1988), [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4e) 385; *Re Cromer and B.C. Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4e) 641, 4 B.C.L.R. (2e) 273 (B.C. C.A.); *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union* (1986), 29 D.L.R. (4e) 321, 86 C.L.L.C. 14,039 (Ont. H.C.); *R. c. Hufsky* (1988), [1988] 1 R.C.S. 621.

³⁵ (1985), [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4e) 321.

³⁶ *L'Association des détaillants en alimentation du Québec c. La Ferme Carnaval Inc* (1986), [1986] R.J.Q. 2513 à la p. 2527.

³⁷ *Supra*, note 2 à la p. 382: "The [balancing] metaphor distorts the reform process...."

sur la base d'exigences plus précises. Ils devront être proportionnés à l'objectif recherché par l'État, mesurés, raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ils devront être justifiés sur une base plus fonctionnelle et démocratique.

De tels critères ne sont évidemment pas suffisants à eux seuls pour redéfinir concrètement dans toutes ses composantes le statut juridique de l'Administration fédérale. Ils impriment néanmoins une orientation générale, ce qui est déjà considérable pour les fins de la philosophie d'une réforme.

IV. BILAN

Loin d'être un ouvrage abstrait et étroit comme le laisse entendre Cohen,³⁸ *Le statut juridique de l'Administration fédérale* montre la volonté de la Commission de dégager une philosophie générale qui repose sur des fondements précis. Par la recherche de perspectives nouvelles (l'impact de la *Charte* par exemple), par son rejet de l'approche traditionnelle (c'est dans celle-ci que se situe la véritable étroitesse), par l'introduction de thèmes inédits dans l'un des domaines les plus sclérosés du droit public, par sa volonté de ramener dans le champ du droit administratif un domaine que l'on réserve à tort au seul droit constitutionnel, par l'ampleur du processus de recherche qui s'y trouve amorcé, de même que par sa réflexion directement axée sur l'Administration et les réalités administratives, cet ouvrage apparaît en définitive comme une ouverture aux réalités du monde moderne. Quand l'on sait ce qu'est le "Crown Law" et la manière dont les juristes canadiens l'ont pensé jusqu'ici, les efforts de la Commission sont particulièrement méritoires. À condition de bien saisir la portée et la signification de cet ouvrage, sa valeur est d'une toute autre essence que celle proposée par Cohen. Le bilan négatif qu'il en fait est tout à fait excessif d'autant que la plupart de ses critiques sont sans fondement. Plusieurs d'entre elles sont prématurées ou non pertinentes compte tenu de l'objet de l'ouvrage. Il n'est pas nécessaire de repenser l'état du monde pour s'attaquer aux questions de statut. Fait

³⁸ *Ibid.* à la p. 404: "[The Commission's] approach is narrow, and the reasoning in the working paper is so abstract as to be meaningless."

beaucoup plus grave, les critiques qui nous sont adressées, notamment en matière de théorie générale de l'État et de relations État-communauté, révèlent la permanence de distorsions conceptuelles dans l'analyse du phénomène "État."

Mais qu'importe en définitive. L'intrépidité et la fougue manifestées par Cohen laissent espérer que les travaux de la Commission sauront sortir la communauté juridique de sa torpeur par rapport à ce domaine négligé. Il s'agit d'un sujet mixte de droit administratif et de droit constitutionnel qui n'a pas soulevé beaucoup d'intérêt depuis plusieurs décennies. Les rares études ont été faites en ordre dispersé sans souci de dégager une vision d'ensemble. Notre seule inquiétude est que ce genre d'observations critiques, par ce qu'elles ont de symptomatiques dans l'incompréhension de la culture juridique propre au droit administratif, ne permettent pas d'engager un dialogue fructueux pour réformer ce domaine du droit, lequel en a bien besoin.

