

Les Cahiers de droit



PATRICE GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, t. 1, *Structures, actes et contrôles*, 729 p., t. 2, *Le contentieux*, 657 p. ; 1992, t. 3, *Les Chartes*, 625 p., ISBN 2-89073-770-5, 2-89073-771-3, 2-890-780-2

Daniel Mockle

Volume 33, numéro 3, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043169ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043169ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce compte rendu

Mockle, D. (1992). Compte rendu de [PATRICE GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, t. 1, *Structures, actes et contrôles*, 729 p., t. 2, *Le contentieux*, 657 p. ; 1992, t. 3, *Les Chartes*, 625 p., ISBN 2-89073-770-5, 2-89073-771-3, 2-890-780-2]. *Les Cahiers de droit*, 33(3), 949-956. <https://doi.org/10.7202/043169ar>

PATRICE GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, t. 1, *Structures, actes et contrôles*, 729 p., t. 2, *Le contentieux*, 657 p. ; 1992, t. 3, *Les Chartes*, 625 p., ISBN 2-89073-770-5, 2-89073-771-3, 2-890-780-2

Aux fins d'une troisième édition, le *Droit administratif* du professeur Patrice Garant vient de franchir une étape significative par l'élaboration de trois volumes en remplacement de l'unique ouvrage de 1 032 pages de la deuxième édition de 1985. C'est en fait l'ouvrage de 1985 qui a donné naissance aux deux premiers volumes, alors que le troisième, consacré aux chartes, apparaît comme entièrement nouveau. La croissance considérable de cet ouvrage relève donc à la fois de la continuité et de l'intégration d'une dimension nouvelle qui soulève quelques interrogations sur la nature du droit administratif et son évolution récente.

Continuité d'abord, puisque les deux premiers volumes reprennent le plan retenu pour l'ouvrage de 1985 avec peu de modifications pour l'organisation globale des chapitres dont l'ordre et la numérotation restent inchangés. Quelques modifications de forme (par exemple, les titres des chapitres VIII et XVIII ont été reformulés) et quelques ajouts montrent clairement que cette partie de l'ouvrage fait l'objet d'un travail de mise à jour. La séparation en deux tomes, rendue inévitable par la croissance des développements, permet de mieux distinguer ces deux grands domaines du droit administratif que sont le droit administratif fondamental ou substantif par opposition au contentieux. L'émergence du premier, auquel Patrice Garant a contribué de façon significative, a été, dans le contexte canadien, l'une des réussites de la science juridique québécoise depuis deux décennies. En effet, avec un titre particulièrement heureux, *Structures, actes et contrôles*, le premier volume permet de mesurer l'importance essentielle des règles et principes qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement des institutions administratives. Sans une compréhension convenable de cette dimension, la maîtrise

des règles plus abstraites et techniques du contentieux paraît pour le moins aléatoire. À ce sujet, on ne peut que déplorer que l'enseignement de cette partie de la matière ne fasse pas l'objet d'un cours obligatoire au sein de l'ensemble des établissements universitaires qui offrent une formation en droit. Cette question est importante, car la structuration des enseignements d'une matière ou d'une discipline influe directement sur ses résultats scientifiques. Alors que le droit anglo-canadien reste encore largement attaché aux thèmes traditionnels du *judicial review*, les établissements universitaires rattachés en tout ou en partie à la tradition du droit civil ne sont que quatre à donner ce cours de fondements en droit administratif : l'Université Laval, qui en a été l'instigatrice, l'Université d'Ottawa (Section de droit civil), l'Université du Québec à Montréal et, enfin, récemment, McGill, l'initiative de cette dernière laissant présager une évolution significative des mentalités. Patrice Garant ne néglige pas pour autant le contentieux puisque cette dimension revêt encore, toutes proportions gardées, une importance considérable en fonction du contentieux de la légalité et du contentieux de la réparation.

L'introduction d'un troisième volume ne relève pas de toute évidence d'un plan préconçu dans la perspective d'une refonte globale de l'ouvrage. En fonction du dessein initial que l'auteur semble avoir eu, il aurait été facile d'en faire un ouvrage indépendant sur les chartes. Son « arrimage » aux deux autres volumes, sans être purement fortuit, n'en présente pas moins le caractère d'une adjonction, rendue manifeste par des recoupements directs avec le premier tome. En effet, les deux thèmes qui font l'objet des deux importants chapitres (XXIV et XXV) consacrés à l'indépendance et à l'impartialité des tribunaux administratifs, ainsi qu'à leur nouvelle compétence aux fins du contrôle de constitutionnalité des lois, ne peuvent être dissociés du chapitre III du premier volume qui a pour objet les tribunaux administratifs. Pour répondre à des impératifs de cohérence formelle, ils pourraient être insérés dans les développements relatifs aux

institutions administratives ou au contentieux. Dans la conception globale de l'ouvrage, le troisième volume présente néanmoins de nouvelles dimensions: services publics et droits linguistiques—droit à l'égalité—fouilles, perquisitions, saisies, enquêtes et inspections—liberté d'expression des fonctionnaires. Bien qu'il soit difficile d'ordonner cette matière assez prolixe et un peu hétéroclite, le volume trois traduit en réalité une progression, en ordre dispersé, vers des dimensions qui n'avaient pas retenu jusqu'ici l'attention de Patrice Garant, notamment une ouverture très nette vers le statut juridique de la fonction publique et la police administrative. Derrière une problématique de charte, le juriste retrouve en réalité quelques thèmes fondamentaux du droit administratif analysés à la lumière des chartes. Par cooptation, il s'agit donc d'un mélange un peu insolite de dimensions susceptibles d'influer sur le développement du droit administratif.

Le résultat n'en est pas moins monumental et impressionnant. Depuis la première édition de 1981 qui comptait déjà 1 059 pages, une seule décennie aura été nécessaire pour que s'impose au Canada l'ouvrage le plus important consacré au droit administratif avec celui de René Dussault et Louis Borgeat. Dans la recension de la deuxième édition de 1985, nous avons déjà attiré l'attention sur la signification et la portée de l'ouvrage du professeur Garant pour comprendre l'évolution scientifique du droit administratif au Canada¹. Cette première réflexion appelle de nouveaux commentaires à la lumière de l'approche retenue par l'auteur pour la réédition de son ouvrage.

Pour cette recension, l'ordre qui s'impose tout naturellement est celui des trois volumes qui introduisent désormais une rupture dans le plan trop linéaire des 20 chapitres de l'édition de 1985. Chaque volume représente en réalité une grande partie même si la numérotation continue des chapitres a été conservée dans cette réédition (pour un total

de 30 chapitres). Les trois volumes possèdent leur propre logique interne puisqu'ils offrent chacun un précieux index analytique et une table des arrêts cités, ainsi qu'une bibliographie sélective. La linéarité du plan général est également atténuée par le nombre de rubriques dans chaque chapitre. Par l'utilisation de sections, de sous-sections, de paragraphes et de sous-paragraphes, les chapitres sont ordonnés en fonction du plan classique d'inspiration française. Ce petit détail a son importance, car il permet de comprendre que l'organisation globale de l'ouvrage est un compromis entre l'approche anglo-saxonne où les chapitres se suivent sans intégration dans des titres ou des parties et l'approche française orientée, comme l'on sait, vers la formulation d'un plan détaillé. Dans l'ensemble, l'auteur a le mérite d'avoir conçu un plan réellement précis, ce qui facilite considérablement la consultation de l'ouvrage par le repérage rapide de la rubrique pertinente pour une recherche. Quant à la trame générale des chapitres, elle relève davantage de l'approche britannique que de l'approche française. En comparaison du premier tome du *Traité de droit administratif* de René Dussault et Louis Borgeat², où l'influence du traité d'André De Laubadère est perceptible pour l'organisation du plan, les deux premiers volumes évoquent plus explicitement le cheminement de Wade dans son ouvrage *Administrative Law*³. Ce ne sont toutefois que des influences, car les auteurs québécois ont su élaborer des approches originales.

Le premier volume n'a évidemment rien perdu des qualités qui permettaient déjà de le signaler comme une contribution essentielle à la théorie générale du droit administratif. On y retrouve en effet des thèmes qui sont quelque peu négligés par les autres ouvrages du même type: l'impact des privilèges et immunités de la Couronne sur le statut juridique de l'Administration—la consultation, la tutelle et les commissions d'enquête—, le

1. D. MOCKLE, « Bulletin bibliographique », (1985) 101 *Revue du droit public*, 890-895.

2. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984.

3. H.N.R. WADE, *Administrative Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1988.

Protecteur du citoyen (ou ombudsman) et les commissaires spécialisés. Les développements sont appuyés par de nombreuses notes infrapaginales qui permettent à ceux qui veulent en savoir davantage d'amorcer des recherches plus pointues. Sur ce plan, l'ouvrage de Patrice Garant répond fort bien à sa fonction d'ouvrage de référence. Sa croissance est toutefois à l'origine d'un déséquilibre qui a échappé à l'attention de l'auteur. Pour un livre qui offre désormais la petite somme de 2 011 pages en ses trois volumes, l'introduction générale de 15 pages mériterait d'être remaniée et augmentée. Trop rapide, elle n'offre pas une mise en situation globale du droit administratif en fonction de l'importance quantitative des 30 chapitres qui suivent. Sur cette dimension (section III : « La définition et la situation du droit administratif »), il n'y a en réalité que trois pages. Cette trop grande sobriété nuit à la compréhension de la matière. À la lecture de ces pages, les étudiants ne peuvent saisir les origines historiques du droit administratif, ainsi que le clivage qui a opposé pendant longtemps la tradition continentale et l'approche britannique. Il manque une véritable mise en situation dans le temps et dans l'espace. Il est important de retracer l'apparition du droit administratif en France et en Allemagne au siècle dernier, avec pour contrepartie son inexistence en Grande-Bretagne et au Canada. L'approche américaine doit être également expliquée dans ses grandes lignes. Pour le Canada, il importe de signaler l'évolution doctrinale du droit administratif, son enseignement dans les facultés de droit, le sens général de son développement favorisé par la croissance de l'appareil d'État au Québec, l'apparition d'un droit administratif fédéral, ainsi que les principaux enjeux de l'essor actuel. Toujours dans cette perspective, il serait utile de s'inspirer de la première partie du *Droit administratif* de Georges Vedel et Pierre Devolvé⁴ où les principaux ouvrages de droit administratif sont recensés

pour plusieurs pays occidentaux, de même que des revues et diverses contributions. À défaut de ce tour d'horizon, les revues et ouvrages disponibles au Canada devraient être signalés sur une base plus systématique dans la partie introductive. Cette liste ne devrait pas être limitée uniquement au droit puisque d'autres disciplines ont également l'Administration pour objet d'analyse et de réflexion.

Cette introduction générale appelle également d'autres commentaires sur « les sources du droit administratif » (section IV) et sa « problématique » (section V). Pour les sources (p. 9), l'opposition traditionnelle entre droit civil et common law ne rend plus compte de l'évolution récente du droit public. Cette opposition avait été à l'origine de polémiques dont la Cour suprême avait bien voulu se faire l'écho dans la célèbre affaire *Laurentide Motels c. Ville de Beauport*⁵. Or, cette affaire, qui est de première importance pour les fondements du droit administratif au Québec et au Canada, ne figure pas dans cette partie liminaire. Pour analyser un problème où une personne morale de droit public est partie, le juge Beetz précise que le juriste doit d'abord appliquer des règles de droit public, peu importe qu'il s'agisse de règles écrites (légalité formelle) ou de principes issus de cette « common law publique » dont il rappelle avec acuité l'existence. En effet, on aurait tort de croire que l'arrêt *Laurentide Motels* n'est qu'une affaire de responsabilité pour la gestion défectueuse d'un système d'aqueduc. Afin de résoudre la question du régime applicable à une affaire de dommages, les développements du juge Beetz clarifient en réalité les sources et fondements du droit administratif en établissant la primauté logique du droit public pour résoudre des affaires de droit administratif. En l'absence de règles de droit public, le juriste peut utiliser à titre résiduaire des règles de droit civil, lequel, selon les propres termes du juge Beetz, est « un droit d'exception » en pareil contexte. L'approche suivie par le lé-

4. G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 11^e éd., coll. « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 77.

5. *Laurentide Motels Ltd. c. Ville de Beauport*, [1989] 1 R.C.S. 705.

gislateur dans le nouveau *Code civil du Québec* renforce cette primauté du droit public. En effet, dans les dispositions préliminaires du Titre cinquième consacré aux personnes morales, l'article 300 dispose que les « personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables » (l'italique est de nous). Entre la position adoptée par le même juge dans l'affaire *Labrecque* en 1980 (que cite Patrice Garant à la page 10) et celle qui a été retenue en 1989, un chemin immense semble avoir été parcouru. À moins de prétendre selon l'expression « blanc bonnet et bonnet blanc » que la formulation de 1980 a été inversée en 1989 pour aboutir au même résultat, le changement de perspective est explicite. En 1980, le droit public faisait encore figure de droit d'exception comme le veut une certaine orthodoxie, alors qu'en 1989 il acquiert la prééminence pour reléguer en seconde position ce droit privé dont il a bien fallu reconnaître qu'il ne coïncidait pas avec la notion de droit commun (la common law offre des règles de droit public et de droit privé). Cette hiérarchisation des sources au profit de la primauté du droit écrit doit être imputée en grande partie à l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Entre 1980 et 1989, c'est ce texte qui fait toute la différence puisqu'il domine largement l'évolution du droit public, tant par ses dispositions que par les grands arrêts de principe qui en découlent. Il ne faut donc pas s'étonner de voir la Cour suprême rappeler la primauté des sources écrites quand il s'agit de s'interroger sur les fondements du droit public au Canada (bien qu'il ne soit nullement question de la Charte dans l'arrêt *Laurentide Motels*). De ce point de vue, les vues exprimées dans l'affaire *Labrecque* reflètent bien imparfaitement l'évolution récente du droit positif et doivent être remises en perspective. Il y aurait encore plusieurs commentaires à faire sur ce sujet puisque le Code civil procède, de par sa rationalité et son organisation, d'une civilisation juridique où la distinction entre droit public et droit privé est la règle, ainsi que la primauté logique du public sur le privé pour les fondements du droit public. Sans

chercher à attribuer à l'arrêt *Laurentide Motels* une portée et une signification comparables à celles du célèbre arrêt *Blanco*⁶, qui, comme par hasard, était également une affaire de responsabilité, on ne peut que constater son importance pour les fondements du droit administratif.

Quant à « la problématique du droit administratif » (p. 11), elle ne fait guère mention de la norme internationale par excellence pour mesurer à l'aune de quelques garanties fondamentales le degré de vertu que présente le droit public interne de chaque État : la notion d'État de droit⁷. Comme l'on sait, l'un des grands objectifs de la *perestroïka* était de faire de l'URSS un État de droit. Pour la Communauté des États indépendants, ainsi que pour les anciens pays de l'Est, c'est un véritable programme d'action où l'on retrouve les grands débats contemporains sur le droit public : l'existence d'une charte ou d'une déclaration pour les droits et libertés, le contrôle de constitutionnalité des lois, la question du droit administratif, l'indépendance des tribunaux, etc. L'importance politique et juridique de la notion d'État de droit au sein de la communauté internationale est telle qu'une comparaison, si sommaire soit-elle, avec la notion de *rule of law* s'avère indispensable. La façon dont Patrice Garant explique cette notion (p. 13) invite à faire ce rapprochement, car il n'est pas sûr que la *rule of law* ne soit que l'expression du principe de légalité dans la perspective d'une hiérarchisation des normes. Quant au rappel historique auquel se livre l'auteur à propos des thèses de Dicey, il serait utile de souligner davantage l'immense décalage entre ces thèses et la réalité contemporaine.

Pour les dix chapitres du premier volume, il serait possible de continuer longtemps dans la même veine puisque chaque thème retenu

6. Arrêt *Blanco*, Tribunal des conflits 8 février 1973, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9^e éd., coll. « Droit public », Paris, Sirey, 1990, p. 15.

7. Pour une contribution récente, voir M. TROPER, « Le concept d'État de droit », (1992) 15 *Droits* 51-63.

peut faire l'objet de nombreux compliments et commentaires. Dans le premier chapitre, les développements sur la Couronne paraissent plus pertinents que jamais compte tenu de la navrante confusion qui règne en droit fédéral sur le sens des termes « État », « Gouvernement » et « Couronne ». Dans la version française des lois fédérales et des arrêts de la Cour suprême, le terme « État » est fréquemment employé à mauvais escient pour désigner des réalités juridiques et politiques qui sont tout à fait distinctes. Dans la terminologie anglaise, la confusion est également manifeste avec l'emploi du terme *government* pour désigner la réalité de l'État. Les légistes et arrêtistes auraient grand avantage à lire les développements des pages 28 à 37 où l'auteur montre bien que la Couronne représente la fonction exécutive, et plus particulièrement, le Gouvernement et ses mandataires. Ces précisions sont de la plus grande importance pour comprendre la portée et la signification de l'article 32 de la Charte où le terme « gouvernement » est interprété dans un autre esprit par les tribunaux afin d'englober la totalité de la fonction exécutive dans une perspective à la fois organique et fonctionnelle. Toutefois, avec les affaires *McKinney c. Université de Guelph*⁸ et *Douglas College c. Douglas/Kwantlen Faculty Association*⁹, la Cour suprême a amorcé un virage important pour se rapprocher des critères développés auparavant pour la désignation des mandataires de la Couronne. Cette évolution restrictive ne signifie pas pour autant que le terme « gouvernement » au sens de l'article 32 de la Charte soit simplement synonyme de Couronne. Comme de nombreuses institutions administratives ne bénéficient pas du statut de mandataire de la Couronne, il faut espérer qu'il n'en sera jamais ainsi afin que la Charte puisse conserver une portée significative. Patrice Garant reprend d'ailleurs cette question plus en détail dans le chapitre XXI de son volume trois, ce qui montre que le

découpage de cette matière n'est pas chose facile. En effet, dans le premier chapitre consacré à l'Administration, au Gouvernement et à la Couronne, toute la problématique de l'article 32 reste sous-jacente pour appréhender telle ou telle catégorie en termes de statut juridique.

Actualité oblige, le chapitre III consacré aux tribunaux administratifs a augmenté du tiers même si le plan retenu en 1985 est demeuré à peu près inchangé : la deuxième section sur la structure et l'organisation des tribunaux administratifs a été modifiée pour tenir compte de l'influence de l'arrêt *Valente*¹⁰. Cette affaire, ainsi que plusieurs autres de première importance rendues en 1990 et en 1991 par la Cour suprême, a contribué à accélérer le processus de structuration et d'émancipation de la justice administrative. Pour obtenir une vue d'ensemble, il faut toutefois consulter les trois volumes puisque cette matière a été découpée de façon un peu bizarre. Par exemple, on aurait pu s'attendre à trouver de nombreux développements sur l'affaire *Consolidated-Bathurst*¹¹ dans ce chapitre II orienté vers des questions d'organisation et de procédure. Cet arrêt est en réalité commenté dans le chapitre XVI du volume deux dans une optique de contrôle judiciaire à propos de l'exigence d'impartialité. Et comme nous l'avons déjà signalé, la compétence des tribunaux administratifs sur la constitutionnalité des lois est abordée dans le volume trois. Cette dimension n'a pourtant fait l'objet d'aucun commentaire dans ce chapitre II où la mission et les pouvoirs des tribunaux administratifs retiennent l'attention de l'auteur. Loin d'être une critique, ce constat montre les difficultés que suscite l'insertion de ce thème global des tribunaux administratifs dans un ouvrage de droit administratif, à plus forte raison si l'auteur distingue les structures, le contentieux et les chartes. La solution consiste sans doute à tout ramener dans le contentieux, encore que ce ne soit pas

8. *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

9. *Douglas College c. Douglas/Kwantlen Faculty Association*, [1990] 3 R.C.S. 570.

10. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

11. *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. c. SITBA*, [1990] 1 R.C.S. 282.

si évident puisque les tribunaux administratifs n'assument pas que des fonctions de nature juridictionnelle.

De ce premier volume, il faut encore souligner les mérites du dixième chapitre ayant pour thème les « grands censeurs de l'Administration gouvernementale ». Cette allusion à la « censure » n'est pas ce qui convient le mieux puisqu'il s'agit d'un procédé de contrôle qui se traduit normalement par des interdictions et des autorisations. Si l'on retient comme exemple la section III sur le Protecteur du citoyen, le rôle et la philosophie de cette institution reposent davantage sur la persuasion et les recommandations en vue de corriger des lacunes ponctuelles et systémiques. Sur le Protecteur du citoyen, nous ne pouvons que manifester notre accord avec le bilan positif qu'en fait Patrice Garant, trop positif à certains égards puisque d'importants domaines échappent encore à la compétence du Protecteur (ce qui est brièvement signalé à la page 631). Ces développements méritent néanmoins d'être plus actualisés puisqu'à plusieurs endroits les statistiques sont antérieures à 1985 et de nombreuses citations ne renvoient pas aux plus récents rapports, lesquels témoignent d'une évolution significative de l'institution. La prudence reste toutefois de rigueur, car il s'agit d'un domaine qui bouge beaucoup en ce moment avec la multiplication d'ombudsmen spécialisés et de commissaires aux plaintes. Après avoir signalé les mérites du Protecteur du citoyen, il faut toutefois regretter que l'auteur n'ait pas saisi l'occasion de critiquer avec vigueur l'inaction des autorités fédérales quant à la création d'un ombudsman fédéral. Pour les déficiences structurelles de certaines institutions spécialisées, comme c'est le cas de l'enquêteur correctionnel, il faut mentionner l'amélioration majeure que représente le projet de loi C-36¹². En droit fédéral, les lacunes ont

toujours été considérables dans plusieurs domaines et il faut les dénoncer.

Sur les dix chapitres du volume deux, remarquons particulièrement les deux importants chapitres de la fin sur les questions de responsabilité où le lecteur peut suivre les derniers développements législatifs (la réforme de 1990 sur la Cour fédérale) et l'évolution de la Cour suprême jusqu'à l'affaire *Just* (pp. 525-533). Les autres chapitres reflètent l'importance traditionnelle du contrôle judiciaire dans les ouvrages de droit administratif (le contenu de ce volume deux est en fait le même que celui du troisième tome de l'ouvrage de René Dussault et Louis Borgeat¹³). La progression des modes non juridictionnels de règlement des différends et l'émancipation graduelle de la justice administrative laissent entrevoir que cette matière mérite d'être davantage relativisée dans une perspective d'avenir. Sous le chapeau « contentieux », ne faut-il pas envisager dorénavant trois axes bien définis : 1) le règlement non contentieux des litiges et différends (en France, tous les ouvrages de contentieux administratif offrent une partie distincte sur ce thème) ; 2) la justice administrative ; et 3) la justice judiciaire ? De ce point de vue, l'ouvrage de Patrice Garant se distingue par son ouverture puisqu'il aborde ces trois dimensions, bien que ce soit en ordre dispersé. Pour une question d'économie générale et de clarté, les auteurs appelés à présenter une synthèse globale du contentieux devraient faire apparaître l'équilibre relatif de ces trois parties. Mais avant que l'on délaisse l'expression « contentieux administratif » pour « le règlement des différends », une évolution considérable semble encore nécessaire. Quant aux expressions « contentieux » et « contentieux administratif », comment peut-on les réserver exclusivement au contrôle judiciaire, tout comme si les tribunaux administratifs ne fonctionnaient pas dans une perspective contentieuse ? À cet égard, pour ne pas induire en erreur, il faudrait utiliser la classique référence au contrôle judiciaire

12. *Loi régissant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération, et portant création du bureau de l'enquêteur correctionnel*, Projet de loi n° C-36 (adopté le 14 mai 1992), 3^e session, 34^e législative (Can.), art. 158-198.

13. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 2, t. 3, 1989.

comme l'ont fait Denis Lemieux et Pierre Lemieux dans leurs ouvrages respectifs¹⁴.

Avec le troisième volume, c'est une toute autre dimension qui est abordée, celle du renouvellement des bases constitutionnelles du droit administratif dans la perspective des chartes. Déjà, avec la question du statut juridique de la Couronne et les répercussions du partage des compétences sur le fonctionnement des institutions administratives, ces bases constitutionnelles se signalaient par leur ancienneté et leur importance. Toutefois, avec la Charte constitutionnelle de 1982, Patrice Garant a raison d'affirmer que « nous assistons à une constitutionnalisation croissante du droit administratif parce que [...] plusieurs principes ou règles de droit administratif ont désormais un statut constitutionnel » et que « la frontière entre les diverses branches du droit public est de moins en moins marquée » (t. 1, p. 8). C'est d'ailleurs ce bref passage qui constitue l'une des rares justifications de l'existence du volume trois puisque l'auteur n'explique pas le sens de sa démarche au début de ce volume. Dans ses remerciements, il le présente plutôt comme « un recueil d'essais sur certains thèmes d'intérêt particulier pour l'Administration publique contemporaine dans son assujettissement aux chartes des droits » (t. 3, p. VII). Ce volume se présente effectivement comme un recueil de mélanges un peu éclectiques sur des thèmes d'un grand intérêt. Pour comprendre l'influence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur certains domaines de l'action administrative, ce volume représente une mine d'information qui devrait connaître un réel succès dans la communauté juridique.

Même si les étudiants, les chercheurs et les praticiens en tireront grand profit, il faut toutefois s'interroger sur la signification de ce volume pour l'évolution du droit administratif. Serions-nous plutôt en présence d'un

ouvrage concernant les chartes au détriment du droit administratif ? Comme la Charte fédérale s'applique également au législateur (art. 32), on peut valablement prétendre que sa portée et son interprétation relèvent du droit constitutionnel ou du droit public fondamental. En dépit d'un recoupement direct avec certaines règles propres au droit administratif, ces questions de chartes ne mériteraient pas, dans cette perspective, un statut spécial au sein du droit administratif et pourraient fort bien être intégrées aux rubriques « classiques » de cette matière : fonction publique, tribunaux administratifs, police administrative, etc.

Cette mixité est en fait révélatrice de la faiblesse relative du droit administratif dans le contexte canadien. Avec la Charte de 1982, il est indéniable que le nombre et l'importance des règles dérogatoires de droit public ayant pour objet le fonctionnement des institutions publiques ont considérablement progressé. Pour le droit administratif, c'est une dynamique externe qui agit comme une sorte de plus-value. Il ne faut pas toutefois s'y méprendre. Si quelques principes d'un grand intérêt pour le droit administratif ont été constitutionnalisés, ils ne sont pas comme tels des éléments internes propres au droit administratif (par exemple, la justice fondamentale de l'article 7 n'est pas réservée au seul droit administratif). Ce dernier a donc été appelé à progresser sur certaines questions en fonction d'une conjoncture plus vaste qui le transcende. Une trop grande polarisation sur les problèmes de chartes risque toutefois de reléguer à l'arrière-plan des dimensions de première importance pour l'évolution générale du droit administratif. Pour certains domaines trop négligés (théorie des actes et fonctions administratives), la *Charte canadienne des droits et libertés* ne peut servir de substitut à une réflexion originale. À titre d'exemple, la nécessaire étude des implications de l'article 8 de la Charte ne peut remplacer une indispensable théorie de la police administrative.

En abordant le thème des chartes, Patrice Garant a privilégié une démarche plus uti-

14. D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Eds. CCH-FM (feuilles mobiles), mise à jour continue ; P. LEMIEUX, *Les grands arrêts du contrôle judiciaire de l'Administration*, Sherbrooke, Editions Revue de droit, 1990.

litaire en vue d'expliquer la portée de certains arrêts qui concernent directement le fonctionnement des institutions administratives. Le domaine du droit administratif se révèle cependant plus flou puisque cette matière n'est pas appréhendée en fonction de règles qui lui sont exclusives. De ce point de vue, l'auteur a retenu une approche fonctionnelle où toute règle susceptible d'intéresser le fonctionnement de l'Administration et du Gouvernement, peu importe son origine, requiert l'attention. Sa préoccupation principale n'est pas de définir le droit administratif en fonction d'un domaine qui lui est propre. Même si cette approche autonomiste se révèle plus difficile dans un pays de tradition britannique, elle reste néanmoins possible. D'où l'importance de la définition initiale du droit administratif en début d'ouvrage, laquelle ne peut être tenue pour avérée.

La démarche suivie par l'auteur témoigne donc de l'évolution récente du droit administratif. Explicitement ou implicitement, elle met en lumière les éléments suivants : la croissance des bases constitutionnelles, l'augmentation des règles dérogatoires de droit public pour le fonctionnement des institutions administratives, l'accentuation de la distinction entre droit public et droit privé, la progression inégale de la théorie générale du droit administratif, l'émancipation graduelle de la justice administrative et l'importance des enjeux institutionnels. En une décennie à peine, c'est tout un programme. Ce n'est pas de privatisation dont il s'agit, mais bien d'une publicisation croissante du droit administratif.

Ce bilan serait toutefois incomplet sans une brève allusion au développement de la réflexion théorique sur le droit administratif. Cette dimension est généralement oubliée dans divers bilans largement orientés vers le droit positif¹⁵. Par ses qualités multiples et sa signification aux fins d'une systématisation générale du droit administratif, l'ouvrage de Patrice Garant est en effet plus qu'un simple

livre. Il constitue une contribution majeure au développement du droit administratif au Canada.

DANIEL MOCKLE

Université du Québec à Montréal

MAURICE TANCELIN et DANIELLE SHELTON, *Des institutions, Branches et sources du droit*, 2^e éd., Montréal, Éditions Adage, 1991, 303 p., ISBN 2-9801053-4-1.

Nous avons ici une version revue et corrigée de la première édition de l'ouvrage *Des institutions. Branches et sources du droit*, parue en 1989. Pour ce qui est de la forme, l'aération de certains paragraphes rend la lecture plus aisée. Quant au fond, les auteurs ont pallié certaines lacunes en traitant de sujets qu'ils avaient ignorés dans la première parution, entre autres : les droits autochtones du Canada, le palier de gouvernement municipal, les fonctions judiciaires ou quasi judiciaires des tribunaux administratifs, le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir lié. Ils ont également étoffé diverses notions, dont les groupes de pression, la mise en vigueur des règlements, la citation des lois et des règlements et les banques de données informatisées. Plusieurs nouveaux exemples facilitent la compréhension, notamment en ce qui concerne le préambule des lois et l'*obiter dictum*.

L'ouvrage se présente donc maintenant ainsi : la première démarche vise à définir le droit à travers les notions de nécessité, de fiction, d'opposition entre les droits objectifs et subjectifs, des branches et des sources. On trouve ensuite quatre grands titres qui correspondent à quatre mots clés : qui, quoi, comment et pourquoi.

Qui fait le droit ? Cette première section aborde l'histoire du droit à travers l'étude des institutions juridiques passées et présentes. Vient ensuite la question : en quoi consiste le droit ? Les auteurs y répondent en décrivant les différentes branches du droit. La troisième section, la plus volumineuse, montre comment se présente le droit : elle examine les différentes sources formelles du droit que sont la loi, la jurisprudence, la doc-

15. Voir P. BRYDEN, « Canadian Administrative Law : Where We've Been », (1991) 16 *Queens L.J.* 7.