

BOOK REVIEWS

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Patrice Garant. *Droit administratif*. Montréal : Les Éditions Yvon Blais, 1981. Pp. xxxvi, 1059 [49,50\$] ; Denis Lemieux. *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*. Montréal : Centre d'édition juridique, 1981. Pp. xii, 449 [35\$] ; Gilles Pépin et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Montréal : Les Éditions Yvon Blais, 1982. Pp. xvi, 666 [65\$]. Analysés par Roderick A. Macdonald.*

La doctrine : source de droit administratif québécois ?

Introduction

1.— La dualité juridique québécoise fait toujours l'objet de commentaires.¹ Les auteurs s'efforcent de signaler que, contrairement au droit privé, dont les origines sont en majeure partie romanistes,² le droit public québécois est plutôt d'inspiration anglaise.³ Mais le cas du droit administratif est singulier, tant sur le plan des sources matérielles que sur le plan des sources formelles.⁴

Pour ce qui est de ses racines intellectuelles, techniques et méthodologiques, notre droit administratif participe à la tradition de la *common*

*Professeur-associé, Faculté de droit, Université McGill. Je tiens à remercier M. Marc Barbeau, étudiant en quatrième année à la Faculté de droit de l'Université McGill et les rédacteurs de la Revue de droit de McGill pour leur aide dans la préparation de ce travail.

¹Voir notamment, Tancelin, « Introduction » in F. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), pp. 1.

²On a longtemps admis l'influence des principes de la *common law* en matière purement civile : la liberté testamentaire, la fiducie, le consensualisme dans le contrat de vente mobilière et le principe de *ouï-dire* ne sont que les plus remarquables empreintes du droit anglais. Voir L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé* (1953).

³Voir H. Brun et A. Tremblay, *Droit constitutionnel* (1982), c. 1.

⁴Pour des tentatives d'aborder certains aspects de cette question, voir Pépin, « L'absence de pouvoir des organismes administratifs pour des motifs d'ordre constitutionnel : l'article 96 de l'A.A.N.B. et la Charte canadienne des droits et libertés » ; Garant, « La nouvelle justice naturelle : (devoir « d'équité procédurale ») Quelques problèmes de mise en oeuvre » ; Lemieux, « Les erreurs de droit dans l'exercice d'une compétence » ; Crête, « Les problèmes procéduraux engendrés par la multiplicité de recours en révision judiciaire au Québec » ; in l'Institut canadien d'administration de la justice, *Le contrôle judiciaire des organismes administratifs* (1983) 43 R. du B. 127, aux pp. 353, 409 et 519.

law, tout en s'intégrant, cependant, dans un système juridique dont les fondements sont civilistes. D'où la problématique des sources matérielles du droit administratif. Dans quelle mesure les règles, principes et concepts du droit administratif québécois trouvent-ils leurs origines dans l'une ou l'autre tradition ?

Indépendamment de cette question des sources matérielles, il s'en pose une seconde, à la fois plus théorique et plus importante. La règle de droit se manifeste sous plusieurs formes écrites ou non — lois, règlements, jurisprudence, coutume, doctrine. Le droit civil et la *common law* attachent différentes valeurs à chacune de ces formes. D'où la problématique des sources formelles du droit administratif. Dans quelle mesure la doctrine, une des formes sous laquelle se manifeste la règle de droit, pourrait-elle constituer une source du droit administratif québécois ?

2.— On sait que les théories classiques du droit civil,⁵ de la *common law*,⁶ du droit administratif français,⁷ et du droit administratif canadien⁸ accordent un rôle normatif négligeable à la doctrine. D'après ces diverses théories la doctrine n'est jamais une source première du droit : elle ne peut aspirer qu'au statut de source secondaire ou explicative.⁹

Cependant, vu la mixité du droit québécois, les auteurs de droit public peuvent jouir d'une énorme influence. Cette influence découlerait de trois attributs inhérents à notre droit administratif. En tant que droit jurisprudentiel, le droit administratif québécois se caractérise par une certaine immatérialité et une certaine incohérence : le développement de ses principes et l'élaboration d'une structure fondamentale doivent être assurés par les

⁵Voir par exemple, J. Carbonnier, *Droit civil*, 9^e éd. (1972), t. 1, à la p. 136 ; H., L. & J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 4^e éd. (1967), t. 2, no 99, à la p. 123 ; A. Weill & F. Terré, *Droit civil* [:] *Introduction générale*, 4^e éd. (1979), no 229, à la p. 245.

Voir aussi D. Turp & J. Leavy, *Sources et méthodologie du droit québécois et canadien* [:] *Notes et documents* (1981), aux pp. 484-6 ; Azard, *Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec* (1966) 44 R. du B. Can. 417, à la p. 430 ; Popovici, *Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec ?* (1973) 8 R.J.T. 189 ; Jobin, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille » in Association Henri Capitant, *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges* (1980), t. 31, pp. 65.

⁶Voir par exemple, E. Patterson, *Jurisprudence : Men and Ideas of the Law* (1953), aux pp. 195-7 et 217-23 ; mais comparer R. Dias, *Jurisprudence*, 4^e éd. (1977), aux pp. 162-298.

⁷Voir par exemple, J. Rivero, *Droit administratif*, 9^e éd. (1980), no 68, à la p. 73.

⁸Voir Lemieux, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit administratif » in Association Henri Capitant, *supra*, note 5, pp. 540. Voir également, H. Brun & A. Tremblay, *supra*, note 3, à la p. 42.

⁹Il faut noter, en revanche, que certains auteurs modernes soutiennent que la doctrine n'est nullement « source de droit ». Voir J. Ghéstin, *Traité de droit civil* (1977), t. 1, no 227 ; P. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, 12^e éd. (1966), aux pp. 109-14.

auteurs. Son origine anglaise soulève le problème de l'utilisation et de l'intégration de la jurisprudence et de la doctrine britanniques : les auteurs doivent maintenir, par les voies de la traduction et de l'interprétation, le lien entre le droit administratif québécois et certaines de ses plus importantes origines intellectuelles. Parce qu'il est un droit en pleine évolution, le droit administratif révèle souvent un manque de direction ou même, de synthèse : il s'en remet aux auteurs pour identifier de nouvelles orientations et en dénoncer les mauvaises. Ne devrait-on pas donc confier à la doctrine un rôle plus grand que celui qu'y accordent les théories classiques ?

3.— Effectivement, quelques auteurs ont déjà rempli la mission que la situation du droit administratif québécois les invitait à assumer, et cela depuis trente ans. Les années cinquante ont vu la publication des deux grands articles de M. le juge LeDain, alors qu'il était professeur de droit à l'Université McGill : « The Twilight of Judicial Control in the Province of Quebec »¹⁰ et « The Supervisory Jurisdiction in Quebec ». ¹¹ Remarquable aussi, quelque quinze ans plus tard, est l'oeuvre en deux volumes du professeur Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois*.¹² Les années soixante-dix nous ont fourni en outre plusieurs ouvrages et collections destinés à un usage continu.¹³ Tous ces écrits ont servi à légitimer le sujet comme matière distincte du droit constitutionnel et à dégager ses grands principes.

L'apparition soudaine en 1981 et 1982 de trois monographies, soit les ouvrages de Garant, *Droit administratif*,¹⁴ Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*¹⁵ et la deuxième édition des *Principes de contentieux administratif*¹⁶ de Pépin et Ouellette, marque un point tournant dans l'évolution de la littérature juridique québécoise. Elle indique de la part des auteurs une préoccupation nouvelle d'articuler une théorie générale du droit

¹⁰(1952) 1 McGill L.J. 1.

¹¹(1957) 35 R. du B. Can. 788.

¹²R. Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois* (1974).

¹³Voir à titre d'exemple, R.-P. Barbe, éd., *Droit administratif canadien et québécois* (1969) ; P. Garant, éd., *Aspects du droit administratif anglo-canadien et québécois* (1979) ; R.-P. Barbe, *Les organismes québécois de régulation des entreprises d'utilité publique* (1980) ; Dussault, Garant, Ouellette & Pépin, *Les tribunaux administratifs au Québec* (1971) (Rapport du groupe de travail, ministère de la Justice, Québec) ; P. Garant, *La régie des services publics* (1977) ; L. Giroux, *Aspects juridiques du règlement du zonage* (1979) ; P. Kenniff, D. Carrier, P. Garant & P. Lemieux, *Le contrôle politique des tribunaux administratifs* (1978) ; P. Kenniff & P. Robardet, *La Commission municipale du Québec* (1978) ; A. Tremblay & R. Savoie, *Précis de droit municipal* (1973) ; G. Pépin, *Les tribunaux administratifs et la constitution* (1969).

¹⁴P. Garant, *Droit administratif* (1981).

¹⁵D. Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale* (supplément et mise à jour publiés en 1981).

¹⁶G. Pépin & Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. (1982).

administratif québécois et invite à analyser le contexte dans lequel elle se situe.

Après avoir fait le point sur la nature et sur le rôle de la doctrine en droit administratif québécois, la présente étude propose certains critères d'évaluation pour ensuite les appliquer à chacun des trois ouvrages précités.

I. La nature et le rôle de la doctrine

4.— Il existe évidemment autant de catégories de doctrine que de catégories de législation,¹⁷ de jurisprudence,¹⁸ ou de coutume.¹⁹ Il serait profitable, donc, de commencer cette étude de la mission de la doctrine par un exercice typologique. Pour ce faire, on pourrait utiliser le modèle fonctionnel de Weill et Terré, qui identifient trois sortes d'ouvrages : les « ouvrages scolaires », les « ouvrages de pratique » et les « ouvrages de doctrine proprement dits ».²⁰ Toutefois, nous avons choisi de procéder au moyen d'une typologie articulée sur deux axes : celui de la forme et celui de l'objet de la dissertation juridique.

5.— Si l'on caractérise les publications selon la forme qu'elles prennent, on constate qu'il y en a plusieurs catégories. Un tableau des diverses espèces d'ouvrages juridiques comprendra : les traités, ouvrages à la fois théoriques et pratiques qui exposent un vaste domaine du droit ; les monographies, publications ressemblant aux thèses de doctorat où une opinion quelconque est soutenue ; enfin, les ouvrages — manuels et précis — présentés plutôt en fonction des cours de droit, mais souvent plus analytiques que didactiques.

Une seconde catégorie de publications comprend les nombreux articles, commentaires d'arrêts et comptes rendus qui apparaissent régulièrement dans les revues de droit. De moindre envergure, ces contributions s'avèrent tout de même importantes pour le juriste soucieux de saisir l'état du droit. De plus, les revues juridiques permettent souvent aux auteurs d'avancer des thèses encore incomplètes, qui ne rencontreraient pas les exigences de certaines maisons d'édition.

¹⁷On peut distinguer tout d'abord les constitutions, les lois, les décrets et arrêtés-en-conseil, les règlements, les directives et les ordonnances municipales, sans même tenter une classification des différentes espèces de lois proprement dites.

¹⁸On peut notamment mesurer le poids d'une décision selon sa source (Québec, autres provinces du Canada, États-Unis, Royaume-Uni, etc.), selon le niveau hiérarchique du tribunal qui a rendu le jugement (cour inférieure ou supérieure, tribunal de première instance ou cour d'appel), selon la nature des procédés (procès, appel, pouvoir de surveillance, requête, action, etc.) ou selon ses qualités propres.

¹⁹On distingue, par exemple, en droit anglais, entre les pratiques commerciales, l'usage, la coutume ancienne, la coutume locale, etc., et, en droit civil, entre la coutume *praeter legem* et la coutume *contra legem*.

²⁰Voir *supra*, note 5, no 230, aux pp. 245-6.

Le juriste constate aussi l'apport grandissant des publications officielles ou quasi-officielles.²¹ D'abord, il faut mentionner les sources gouvernementales : rapports de commissions de réforme du droit, de commissions royales ou parlementaires, études législatives, *etc.* On retrouve ensuite les rapports des organismes administratifs proprement dits : par exemple, les rapports annuels, les résultats d'enquêtes et les documents de travail. Enfin, on doit mentionner les études publiées par les instituts privés tels que l'Institut canadien de l'administration publique, l'Institut de recherches politiques, l'Ontario Economic Council, le Conseil économique du Canada et le Conference Board of Canada.

Il existe, en quatrième lieu, plusieurs sortes de travaux juridiques particulièrement répandus dans les systèmes jurisprudentiels de *common law*. D'une valeur analytique plutôt limitée, ils s'en tiennent à rassembler et à résumer la jurisprudence. Les *digests* sont des textes brefs chargés de références ; les *abridgements* résument des arrêts sans les commenter et les classent sous des « mots clés » ; les *citators* signalent tous les endroits où un texte législatif ou une affaire sont cités. Ce sont là les équivalents plus systématisés de nos *Annuaire de jurisprudence du Québec* et de notre *Index Gagnon*. Ces instruments de recherche, quoique d'une utilité indéniable, ne sont vraiment qu'une source de matière première, plutôt qu'une source d'idées et de commentaires.

Au terme de cette revue des différentes espèces d'ouvrage juridique, il faut conclure que, formellement, presque tous — les livres, les articles publiés dans les revues juridiques et les rapports et études gouvernementaux — pourraient mériter l'appellation de doctrine. Les *citators*, les *digests* et les *abridgements*, qui ne révèlent aucune originalité de conception ou d'exécution, et les études des organismes quasi-officiels, qui ressemblent plus aux factums des avocats qu'aux travaux intellectuels, n'aspirent même pas à être qualifiés d'ouvrages de doctrine au sens large où l'entendent Weill et Terré.

6.— En plus de différencier les publications juridiques d'après leurs caractères formels, on peut le faire selon leurs objets. Ici, il est vrai, des critères d'appréciation subjectifs entrent en ligne de compte. Au plus bas niveau, on trouvera les écrits qui ne sont, effectivement, que de simples recueils ; un peu plus haut, ces travaux où les auteurs tentent d'imposer une certaine organisation à la matière, sans plus ; puis, les ouvrages où les auteurs font de légers efforts d'analyse. Enfin, il y a les oeuvres qui présentent les résultats de recherches fondamentales et d'analyses sublimes.

²¹Voir par exemple, les ouvrages cités, *supra*, aux notes 3 et 4 et *infra*, note 36, dans Macdonald & Paskell-Mede, *Annual Survey of Administrative Law* (1981) 13 Ottawa L. Rev. 671, aux pp. 677-8.

Bien qu'on ne saurait qualifier de doctrine les simples recueils de législation et de jurisprudence, il n'est pas acquis que les autres genres d'ouvrage juridique ne sauraient l'être. Doit-on ainsi conclure que tout écrit d'un auteur participera nécessairement à la « doctrine » dans le même sens que tout jugement participe à la « jurisprudence » ? On l'a déjà prétendu.²² Doit-on plutôt différencier la doctrine au sens large de la doctrine au sens strict, réservant l'expression pour cette dernière catégorie ?²³

7.— Avant de choisir l'une de ces deux approches, il faut d'abord s'interroger sur la mission de la doctrine dans un système juridique. On peut identifier au moins cinq fonctions de la doctrine. Elle doit, en premier lieu, élaborer une structure théorique d'un domaine du droit. Rejetant la classification traditionnelle, la doctrine puise dans la philosophie pour reformuler les idées reçues et leur imprimer une perspective plus universelle. Il s'agit de sa vocation théorique et synthétique.

Elle dirige ensuite un regard critique sur les postulats du droit pour éclaircir les valeurs qui y sont reflétées. Refusant de se laisser séduire par « ce qui est », elle se préoccupe des pourquoi soulevés par la matière brute. On constate ici une vocation critique, normative et révisionniste de la doctrine.

Troisièmement, elle prend position vis-à-vis l'explication donnée au passé et s'interroge sur le droit à venir. Contestant la nécessité du présent, elle spéculé sur l'évolution juridique actuelle. On observe ici sa vocation réformatrice et programmatrice.

En quatrième lieu, la doctrine sert simplement à exposer le droit actuel d'une façon cohérente et systématique, et à justifier ou expliquer cette actualité. Mais, même en rapportant l'état du droit, elle est consciente que toute discussion, toute explication, constitue une interprétation. Cette vocation en est une d'organisation.

Enfin, la doctrine a pour mission d'intégrer les diverses sources du droit dans un contexte social, soit de vérifier l'efficacité de la norme juridique. C'est là sa vocation sociologique et empirique.

Création d'un cadre théorique, critique, prescription, organisation et intégration empirique : voilà, selon nous, les cinq buts auxquels l'ouvrage juridique doit aspirer s'il se veut doctrine, et s'il veut alors remplir même

²²Voir pour un exemple de cette opinion, la définition donnée par Dalloz, *Répertoire de droit civil*, 2^e éd., t. 3, vbo « Doctrine », no 1 : « l'ensemble des études publiées par les juristes ; les opinions qu'ils émettent sur les questions [qui] relèvent de leur spécialité ». Voir aussi *Le Petit Robert* (1981), vbo « Doctrine » : « l'ensemble des travaux juridiques destinés à exposer ou à interpréter le droit (*opposé à législation et à jurisprudence*) ».

²³Voir en ce sens, Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir* (1983) (Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada).

le rôle supplétif qui lui est attribué par la conception classique des sources de droit.²⁴

8.— On doit donc d'abord apprécier un ouvrage juridique en fonction de ces attributs, tout en respectant les objectifs poursuivis par l'auteur lui-même. Il s'ensuit que pour mériter le qualificatif de doctrine, une étude doit être plus qu'une description des textes de loi, plus qu'une compilation jurisprudentielle, plus que des renvois de page en page aux autres sources de commentaires. Pour devenir doctrine un ouvrage doit se distinguer par sa contribution critique, analytique et synthétique à la littérature juridique. Ce sont ces qualités qui lui permettront de se rendre utile au législateur ou au tribunal en quête de nouvelles solutions et de présenter, tant à l'étudiant qu'au praticien, la réponse immédiate, aussi bien que médiate et sublimée, aux questions soulevées dans l'apprentissage et la pratique du droit.²⁵ Par conséquent, la forme et la présentation d'une étude importent peu : les articles précités du professeur LeDain sont doctrine ; les manuels de cours ne le sont certainement pas.

En droit administratif, le trait caractéristique de la doctrine sera précisément son examen rigoureux et inspiré des institutions et des règles juridiques : « Sans son effort de systématisation, il n'y aurait, au lieu d'un droit administratif constitué en discipline intelligible, qu'une juxtaposition de textes et de décisions dénuée de cohérence, et partant inassimilable et privée d'efficacité ».²⁶ Plus que dans tout autre domaine, exception faite du droit constitutionnel, l'étude des institutions et des procédures est centrale au droit administratif ; plus que dans tout autre domaine, la créativité intellectuelle exige, en droit administratif, une compréhension des formes et des limites des institutions et des procédures.

9.— Lorsque l'ouvrage juridique répond aux critères permettant de le qualifier de doctrine, peut-on conclure que par son action sur les législateurs, les tribunaux et les praticiens elle devient elle-même source de droit et, notamment, du droit administratif ? Il est évident que le rôle de la doctrine est fonction du domaine du droit étudié. C'est donc dire que la nature d'une étude juridique varie selon que son sujet est codifié ou non ; selon qu'il est statutaire ou jurisprudentiel ; selon qu'il est du droit public ou du droit privé.²⁷

²⁴Rivero n'identifie que trois fonctions de la doctrine : organiser le droit, divulguer le droit et juger le droit. Voir *supra*, note 7, no 68, aux pp. 73-4.

²⁵Voir Twining, *Is Your Textbook Really Necessary?* (1970) 11 J. Soc. P.T.L. 81.

²⁶Voir Rivero, *supra*, note 7, no 68, à la p. 74.

²⁷Voir les observations de Jobin, *supra*, note 5, nos 1-4, 20-1, et celles de Lemieux, *supra*, note 8, aux pp. 540-1.

Dans tous les systèmes juridiques occidentaux, pour ce qui en est du droit étatique, il existe deux principales expressions du droit : la règle écrite (la loi) et la règle non-écrite (la coutume et les grands principes). Les théories classiques admettent que la jurisprudence n'est pas elle-même une source brute du droit, mais plutôt le reflet de ces autres sources. La doctrine, elle aussi, reflète le droit existant. Cependant, puisque la norme est mieux transmise par écrit, on dit souvent de la jurisprudence que lorsqu'elle consacre la coutume ou une interprétation particulière d'une règle écrite, elle devient source du droit. C'est ainsi qu'on est porté à la qualifier de véritable source du droit ; elle concrétise la norme juridique dans un cas particulier.

La vocation des auteurs est tout autre. Ils doivent harmoniser les différentes sources de droit, les critiquer ou les justifier, et les expliquer. Selon qu'il traitera d'un code, d'une loi ou d'un règlement, de la coutume pure, ou de la coutume déjà consacrée par la jurisprudence, chaque ouvrage sera construit d'une façon particulière. Tout comme la jurisprudence, la doctrine est un reflet écrit du droit. Tout comme la jurisprudence, elle tend à se faire source du droit, en entérinant certaines interprétations, en en dénonçant d'autres, ainsi qu'en commentant la coutume et la jurisprudence. Et, tout comme la jurisprudence, sa nature et son importance peuvent varier selon la forme et l'état du droit qu'elle commente. L'étude qui va au-delà de cette fonction de rapporteur deviendra, par le fait même, source du droit administratif ; sinon, elle restera un simple raccourci pour la recherche de quelque matière première.

II. Les trois ouvrages vus dans l'ensemble

10.— Une fois les traits caractéristiques de la doctrine dégagés, il reste à évaluer dans quelle mesure les trois ouvrages répondent aux exigences formulées. C'est à dire : peut-on conclure que ces premiers efforts, sous forme monographique, à élaborer la théorie générale soit du droit administratif, soit du contentieux administratif, sont vraiment doctrine ? Une analyse de leurs attributs communs permettra d'abord de bien cerner la condition de la dissertation juridique en droit administratif québécois.

11.— Tous s'accordent pour dire que le droit administratif est en état d'hypertrophie. On s'étonne, donc, de constater une similarité frappante entre ces textes. Abstraction faite des quelques divergences quant au choix des matières retenues par chacun des auteurs, tous prônent clairement une même conception du domaine du droit administratif. Est-il permis de se demander comment quatre auteurs, experts sur le sujet, peuvent s'entendre quant à ses limites et quant à son contenu ? La synthèse n'existe pas d'elle-même ; elle résulte d'une activité intellectuelle, d'une idiosyncrasie. Le droit administratif n'est sûrement pas si statique et si peu développé que son étude ne puisse s'engager dans de nouvelles perspectives.

La tension intellectuelle entre ceux qui suivent « la thèse traditionnelle » et ceux qui optent pour « la ou les thèses modernes » a provoqué d'importants développements en droit européen (voir les débats entre Plamiol et Gény, et entre Dicey et Jennings), mais semble absente dans la doctrine administrative québécoise. On sait pourtant que cette dialectique est éternelle dans tous les domaines du savoir ; son absence devrait soulever des questions fondamentales. Le plan de chacun des ouvrages se rapproche de l'une des variétés du modèle anglais : Garant est à l'image de Wade,²⁸ Lemieux est le reflet de deSmith,²⁹ Griffiths et Street trouvent écho, dans une large mesure, chez Pépim et Ouellette.³⁰ Doit-on conclure que le système québécois de droit administratif est identique à celui de l'Angleterre ?

12.— Un deuxième trait commun à tous ces ouvrages est leur orientation descriptive et professionnelle. Destiné à l'usage de l'avocat et de l'étudiant en droit, chacun se garde d'élaborer une théorie de l'État dans laquelle les grandes forces de l'action gouvernementale seraient situées. Il n'y est fait mention nulle part des fondements de l'intervention administrative dans plusieurs secteurs économiques et sociaux — phénomène d'importance accrue au Québec depuis 1960 et, surtout, depuis 1976.³¹ Par exemple, on cherche vainement une discussion portant sur la réduction du champ du droit civil par les régimes extraordinaires de réglementation, sur les subventions directes et indirectes accordées aux individus et aux corporations, sur la multiplication des sociétés de la Couronne ou sur la prolifération de textes réglementaires exorbitants du régime statutaire. Tous les auteurs prennent pour acquise la nécessité de l'exercice du pouvoir étatique et se limitent à un exposé de certaines de ses formes.

Aussi, se fait remarquer par son absence, toute reformulation des limites de la primauté du droit ; du champ approprié de la réglementation imposée par opposition à l'auto-réglementation ; du domaine de la technique législative par opposition à l'élaboration de règles par voies jurisprudentielles, du rôle que devrait jouer l'État dans les secteurs économique, familial et professionnel.³²

²⁸*Administrative Law*, 5^e éd. (1982).

²⁹Voir J. Evans, *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd. (1980).

³⁰Voir *The Principles of Administrative Law*, 5^e éd. (1983).

³¹Cela surprend, vu les nombreuses prises de position publiques des auteurs. Voir par exemple, les remarques de Garant dans J.C. Rivard, « Délégislation : la règle de droit en péril » in *Congrès 83 : Et si nul n'ignorait la loi...*, à la p. 2, cahier supplémentaire du 15 Barreau 83 (no 6-7).

³²Ainsi, sauf quelques brèves remarques dans les introductions des ouvrages, il n'est pas discuté dans Conseil économique du Canada, *Reforming Regulation* (1981) ; Commission de réforme du droit du Canada, *Les organismes administratifs autonomes* (1980) ; Commission de réforme du droit du Canada, *Conseil sur l'administration publique* (1980) ; Institut de recherches politiques, *Studies on Regulation in Canada* (1978).

13.— Le lecteur constate aussi que la vocation de chaque monographie consiste principalement à rapporter et à compiler les arrêts, sans en examiner les prémisses ni tenter de les concilier.³³ On serait porté à croire non seulement que la structure du droit administratif est parfaite, mais aussi que sa technique est cohérente et sa substance sans reproche. Il semblerait qu'aucune décision n'est mal fondée et que le contentieux administratif brille par sa perfection. Selon cette conception de l'ouvrage juridique, la tâche de l'auteur serait épuisée par l'exposé de cette « réalité ».

De plus, tous les auteurs semblent présumer la clarté et l'objectivité des termes « raisonnable », « équité procédurale », « acte quasi-judiciaire », « règlement », « impartialité », *etc.*, qui représentent pourtant les pierres angulaires de l'édifice administratif au Québec. Loin de critiquer l'incohérence des notions de « compétence » et d'« erreur de droit », les ouvrages consacrent ces termes ambigus dans la définition même du sujet étudié.³⁴

14.— Quatrièmement, les auteurs semblent tous accepter l'idéologie sous-tendant le principe de la primauté du droit selon Dicey — les « *lawyers' values* », ou préjugés du contentieux.³⁵ Ils s'engagent dans la perspective que seuls les tribunaux de droit commun, en l'espèce la Cour supérieure, sont aptes à contrôler les abus de pouvoir, les excès de compétence et les vices de la procédure administrative.

Malheureusement, on ne voit pas là l'expression d'une théorie de la fonction judiciaire (n'est-il pas vrai que les tribunaux sont eux aussi des organismes de l'État ?), ou d'une théorie de la procédure dans ses diverses manifestations (n'est-il pas vrai que le processus contractuel se prête lui aussi aux abus de procédure ?). On ne rencontre nulle part, non plus, de développement sur le langage utilisé dans l'attribution du pouvoir (n'est-il pas vrai que le pouvoir délégué en termes subjectifs est en soi un mécanisme similaire à la clause privative ?). Est-ce qu'une conception de l'action gouvernementale conçue à la fin du dix-neuvième siècle demeure applicable, sans nuances, de nos jours ?³⁶

³³On pourrait se demander si les juristes de formation civiliste ont saisi tous les aspects de la méthode jurisprudentielle de la *common law*. En effet, cette méthode, loin de présumer la justesse de tout jugement, prévoit qu'il y aura un élagage incessant des « mauvaises » décisions au profit des « bonnes » décisions. Plusieurs facteurs viennent déterminer la valeur et la portée qu'aura un jugement. On peut isoler, par exemple, la nature du tribunal qui l'a rendu, la qualité du raisonnement et de l'exposé juridique, l'adhésion des juges siégeant en appel, son caractère universel ou limité, *etc.*

³⁴Voir Macdonald, *Absence of Jurisdiction : A Perspective* (1983) 43 R. du B. 307 et Galligan, *Judicial Review and the Textbook Writers* (1982) 2 O.J.L.S. 257.

³⁵Pour l'origine de cette expression voir Willis, *The McRuer Report : Lawyers' Values and Civil Servants' Values* (1968) 18 U.T.L.J. 351.

³⁶Voir Arthurs, *Rethinking Administrative Law : A Slightly Dicey Business* (1979) 17 O.H.L.J. 1, où l'auteur démontre les incohérences du principe de la primauté du droit selon Dicey.

15.— On pourra peut-être objecter que ces constatations sont sans importance lorsqu'elles concernent des monographies destinées à l'usage quotidien des avocats. Il existe toutefois au moins deux raisons pour lesquelles elles méritent d'être faites. Tout d'abord, aucun texte n'existe *in abstracto* ; en tant que véhicule organisateur d'une branche du droit, l'ouvrage façonne ce droit. On connaît trop bien l'influence énorme qu'a eue le professeur Dicey en convainquant les anglais des maux du système de droit administratif français, et cela, à tort !³⁷

On oublie souvent, cependant, l'influence du professeur deSmith dans la création d'une théorie unifiée de la compétence, ou d'une théorie de la justice naturelle. Ses créations, toutes présentées dans son texte magistral, ont fait entrer dans le vocabulaire du droit administratif toute une série de termes, de notions et de classifications. Il en est de même pour le professeur Davis et sa conception de la « justice discrétionnaire ». Même si ces deux juristes prétendaient ne présenter que le droit administratif tel qu'énoncé par les tribunaux, tous reconnaissent le rôle créateur qu'ils ont joué dans cette nouvelle discipline.

16.— Une autre raison pour laquelle il faut regarder ces ouvrages récents d'un oeil critique est liée à la définition même du droit. Les juristes québécois n'acceptaient naguère que la loi et la coutume comme vraies sources de la règle de droit, la jurisprudence et la doctrine occupant alors une place inférieure. Aujourd'hui, bien qu'on soit prêt (suivant la thèse traditionnelle du droit anglais) à admettre la jurisprudence comme source du droit public, plusieurs, y compris les auteurs des ouvrages en rubrique, semblent toujours confiner la doctrine à son sort antérieur.³⁸ Quelques juristes modernes, surtout en droit public, croient toutefois que cela est une conception appauvrie du droit. Selon eux, les sources du droit englobent le contexte, la morale, les facteurs économiques, la doctrine et les sources traditionnelles.³⁹ En tant que source du droit, la doctrine, tout au moins selon cette nouvelle conception, pourra et devra appeler ses propres critiques et ses propres analyses.

L'épistémologie n'admet pas qu'une science puisse être purement descriptive. C'est dire, finalement, qu'on doit évaluer l'ouvrage juridique non seulement selon qu'il a rempli la vocation même que son auteur lui a donnée, mais aussi selon son habilité à présenter adéquatement les complexités et les nuances du droit actuel, selon la valeur de ses recommandations de

³⁷Voir A. Dicey, *The Law of the Constitution*, 10^e éd. (1965), notamment, la rétractation de l'éditeur actuel, E. Wade, aux pp. exi-cxiii.

³⁸Voir par exemple, J. Smith & J. Kerby, *Le droit privé au Canada* [:] *Études comparatives* (1975), t. 1, nos 221 *et seq.*, aux pp. 302 *et seq.*

³⁹Voir récemment, *Archives de philosophie du droit* [:] « sources » du droit (1982), t. 27.

réforme ou de ses acquiescements au *statu quo*, et selon ses prises de position fondamentales, trop souvent inexprimées.⁴⁰

17.— S'il faut conclure sur la base des constatations qui précèdent qu'aucun de ces ouvrages ne peut être qualifié de véritable grande oeuvre doctrinale, il reste certain que leur contribution au droit québécois est profitable. On doit donc emprunter une autre perspective, une autre série de critères, pour procéder à leur évaluation. Dans les sections qui suivent, nous examinerons la nature, la forme et le contenu de chaque ouvrage, tout en suggérant certaines modifications qui pourraient leur être apportées dans les prochaines éditions.

III. Garant, *Droit administratif*

18.— À la fois le plus volumineux (quelque 1 000 pages) et le plus ambitieux des trois ouvrages quant à l'étendue des sujets étudiés, celui-ci peut être considéré comme le successeur sous forme monographique du *Traité* de Dussault. Ses vingt chapitres se répartissent logiquement en quatre parties. La première, comprenant l'introduction et les chapitres I à IV, est consacrée à l'étude des institutions gouvernementales et para-gouvernementales. Dans ces quelque 250 pages, l'auteur passe en revue les administrations centrales, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, les administrations décentralisées, telles que les corporations municipales, scolaires et paroissiales, les corporations professionnelles et publiques (y compris les universités, les C.L.S.C., les hôpitaux et l'aide juridique), les tribunaux administratifs proprement dits, et les sociétés d'État.

Dans une deuxième partie de 150 pages, l'auteur examine les principaux actes de l'administration publique. Un bref exposé théorique lui permet de qualifier les diverses activités de l'administration publique selon leur nature et de présenter une conception des délégations législatives. Ceci sert d'introduction à l'examen des deux principaux actes d'administration : la législation déléguée et les contrats passés par les autorités publiques. Il est à noter que selon la typologie adoptée par l'auteur, l'exercice du pouvoir décisionnel n'est pas un acte de l'administration.

Les chapitres VIII à XII, qui constituent la troisième tranche de l'ouvrage, traitent des nombreuses formes de contrôle qui peuvent être utilisées à l'encontre de l'action gouvernementale. Cette partie examine, de façon globale, le cadre institutionnel, politique et juridique de l'administration. Ainsi, l'auteur commence avec une étude du contrôle individuel tel qu'il

⁴⁰Voir aussi, M. Villey, *Philosophie du droit*, t. 2 (1979), no 132 : « Les traités de droit civil comportent, en introduction, quelques éléments de méthodologie [. . .]. Cette méthodologie me paraît le plus ordinairement se réduire à un catalogue commenté des 'sources' — ou prétendues telles ».

peut se manifester dans les organismes de consultation : les comités consultatifs permanents et les enquêtes publiques. Il élabore ensuite sur les contrôles administratifs, dans un chapitre qui expose de façon sommaire une théorie de la bureaucratie. L'auteur qualifie de grands censeurs de l'administration gouvernementale les contrôles exercés en dehors de l'administration elle-même. Il mentionne la surveillance parlementaire et les compétences spécialisées telles que celles du vérificateur général, de l'ombudsman et de la Commission des droits de la personne. Ce survol se termine par une introduction au contrôle judiciaire où on traite de l'existence de ce contrôle et de son objet.

C'est cette dernière forme de contrôle, dans toutes ses manifestations, qui occupe la quatrième partie de l'ouvrage, les chapitres XIII à XX. L'auteur consacre presque 300 pages à l'étude des cas d'ouverture du contrôle judiciaire, ainsi qu'aux recours extraordinaires, à l'appel et à la responsabilité extra-contractuelle de l'administration. En dépit de son ampleur, cette partie ne comprend, finalement, qu'un inventaire des cas d'ouverture et un bref exposé de la structure curative tant au fédéral qu'au Québec.

À en juger par la table des matières de l'ouvrage, on devine que l'auteur a une conception large du domaine du droit administratif et une appréciation du contexte social et politique dans lequel est exercé le contrôle judiciaire de l'administration publique. À l'instar des traités européens, l'auteur présente un panorama complet de cette branche du droit. En plus d'une table des matières complète et bien structurée, l'auteur fournit au lecteur plusieurs sections bibliographiques de grande utilité. Celles-ci comprennent une table des arrêts cités de 60 pages d'affaires canadiennes, québécoises et anglaises, ainsi que des jugements du *Privy Council*, une bibliographie sélective et un index analytique détaillé. Autant par son organisation et son envergure que par ses sources fouillées, ce texte sera un outil important pour l'étudiant, le professeur et le praticien pendant plusieurs années.

19.— Cela ne veut pas dire, cependant, que l'ouvrage est achevé et que l'auteur peut se contenter d'une simple mise à jour dans une deuxième édition. Certaines modifications pourraient être apportées dans un remaniement futur. Tout d'abord, puisque l'auteur se donne pour tâche d'examiner les institutions de l'État moderne, on souhaiterait un cadre théorique plus développé dans lequel il tenterait d'identifier, du point de vue de l'administration, les usages et les abus de tel ou tel structure ou organisme. On songe, par exemple, aux études du domaine de l'administration publique où on discute des justifications administratives ayant favorisé l'adoption

d'un mécanisme ou processus particulier (par exemple, une société d'État constituée en monopole), plutôt que d'un autre (régie).⁴¹

Il faut aussi signaler l'introduction par trop sommaire et l'absence de conclusions générales. On ne sait pas pourquoi l'auteur conçoit sa matière comme il le fait ; on ne sait pas si le professeur Garant tolère l'inflation réglementaire des récentes années ; on ne peut deviner l'attitude de l'auteur face à la protection constitutionnelle de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si l'administration publique est, dans une large mesure, le moyen de traduire la politique en action, ne doit-on pas s'attendre à une prise de position là-dessus ?⁴²

Finalement, on constate que l'auteur concentre son analyse sur la jurisprudence. Bien qu'il discute à plusieurs endroits de l'encadrement institutionnel et du fonctionnement interne de l'administration, l'auteur semble croire que seules les décisions des tribunaux de droit commun font autorité. Tout en affirmant que le droit administratif, c'est l'action gouvernementale, il laisse entendre que c'est, en fait, l'activité des tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance qui donne au droit administratif sa substance.⁴³

20.— Ceci dit, on peut conclure que l'auteur est resté fidèle à son projet. Son ouvrage constitue « un instrument de travail, destiné à ceux qui oeuvrent dans le domaine des relations Administration - administrés, ou qui veulent s'initier à la discipline du droit administratif ». Comme tel, il mérite une place importante dans la bibliothèque de tous ceux qui pratiquent le droit administratif.

IV. Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*

21.— Dans son introduction, le professeur Lemieux nous avertit qu'il n'a l'intention d'écrire ni un traité, ni un précis, mais plutôt, d'après le texte de Kavanaugh, *A Guide to Judicial Review*, de présenter un plan qui « suit les différentes phases d'une instance administrative ». S'étant fixé un objectif plus limité que les deux autres ouvrages, il ne peut véritablement pas leur être comparé. Lemieux a, en effet, produit un guide, une clef aux principes organisateurs à la jurisprudence et à la doctrine. Selon le plan classique, il a divisé son travail en deux parties : l'existence du contrôle judiciaire et l'exercice du contrôle judiciaire.

⁴¹Voir J. Prichard, éd., *Crown Corporations in Canada : The Calculus of Instrument Choice* (1983) et P. Craig, *Administrative Law* (1983), partie I.

⁴²Voir J. Freedman, *Crisis and Legitimacy* (1978).

⁴³Voir J. Mashaw, *Bureaucratic Justice : Managing Social Security Claims* (1983).

À l'intérieur de cette séparation, cependant, l'auteur adopte une structure plus pragmatique. Il a subdivisé sa matière en dix-neuf sections, chacune correspondant à une étape distincte du processus administratif. Ces étapes ne présentent pas nécessairement de connexité avec le plan élaboré au début. Aussi, la section trois comporte tout le titre II de la première partie, tandis que la section treize ne comporte que le sous-chapitre iv du chapitre 2 du titre II de la deuxième partie. Cette organisation particulière peut porter à confusion si le lecteur se fie trop au plan général. L'orientation didactique de l'ouvrage s'illustre bien par ses dix-neuf sections, chacune étant complétée par une bibliographie et une liste de renvois.

L'auteur discute successivement, dans sa première partie, du fondement du contrôle judiciaire, des organismes détenteurs de ce pouvoir, du cadre théorique des recours, des recours en droit québécois et en droit fédéral et des limites du contrôle judiciaire. Il examine ensuite la compétence des autorités gouvernementales, pour aborder dans les prochaines quatre sections la procédure administrative, à savoir les principes de la justice naturelle, le droit d'être entendu, le principe d'impartialité, la preuve, l'obligation de motiver et les vices de forme. Trois sections sont consacrées à l'erreur de droit, au détournement de pouvoir et à l'erreur dans l'appréciation des faits, aspects qui ont trait à la légalité interne de l'acte administratif. Le manuel se termine par une section sur la responsabilité extra-contractuelle de l'administration et par une conclusion générale sur l'avenir du contrôle judiciaire.

L'auteur ajoute à son étude une table de la jurisprudence citée de quelque quarante-cinq pages, ainsi qu'un index analytique sommaire. La plupart des références et renvois sont incorporés au texte même : chaque section commencent par une bibliographie et presque chaque paragraphe est suivi de références à la jurisprudence et à la doctrine, et de renvois aux autres sections. L'auteur a également incorporé à ces paragraphes des extraits de jugements, de lois ou de rapports dans la mesure où ils pouvaient être utiles. Bien que cette organisation ne convienne pas à un traité, elle s'intègre parfaitement avec l'objectif visé par l'auteur.

Par contraste avec la monographie de Garant, celle de Lemieux semble viser une clientèle beaucoup plus restreinte. Il est évident que l'auteur conçoit son ouvrage plutôt comme un index de la doctrine et de la jurisprudence pertinentes aux grands thèmes organisateurs du droit. Paradoxalement, malgré cette orientation descriptive et cette présentation par paragraphes, l'auteur fait quelques observations fort intéressantes dans son introduction et dans sa conclusion. Par exemple, il indique que son objectif a été de présenter certaines idées de réforme législative ou jurisprudentielle prévisibles ou souhaitables. Ces observations ne sont malheureusement pas vraiment

exploitées et, à la manière d'un professeur, l'auteur pose des questions sans y répondre, ni indiquer de pistes de recherche.

22.— Tout en acceptant le but poursuivi par l'auteur, on peut quand même lui suggérer certaines améliorations. D'abord, son texte est trop souvent laconique et de portée générale. Par exemple, à la page 220 il écrit, sans autre développement ultérieur, que « le fait que le contenu de l'exigence d'agir équitablement soit laissé au bon vouloir de la Cour saisie dans chaque cas d'espèce est pour le moins peu rassurant pour le développement d'une jurisprudence cohérente et homogène ». De plus, les références qui suivent les paragraphes sont multiples et imprécises. L'auteur ne donne aucun indice de la question précise auquel l'arrêt réfère, ni le numéro de la page où la question est discutée. Cette présentation a aussi le défaut de laisser entendre que tous les jugements ont le même poids ou que tous sont bien fondés.⁴⁴

Une seconde amélioration à apporter serait de reproduire plus souvent quelques extraits pertinents de la jurisprudence et de donner des exemples pour démontrer dans quelles circonstances le principe de contrôle visé pourra être soulevé. Sous sa forme présente, le manuel crée l'impression malencontreuse qu'il suffit de proférer quelques locutions incantatoires ou consacrées par l'usage pour déclencher le mécanisme de contrôle judiciaire. Comme en toute matière, la qualification et l'analyse ne sont pas des activités qui peuvent être accomplies abstraitement ; les faits du litige doivent demeurer au coeur du débat.

Une troisième suggestion pour la prochaine édition serait d'intégrer les observations théoriques et spéculatives dans le corps de l'ouvrage. L'auteur pourrait, par exemple, discuter du problème de la vulnérabilité du contrôle judiciaire dans la section sur les clauses privatives. De la même façon, dans la section sur les faits préliminaires à l'exercice d'une compétence, il pourrait se pencher sur la question de la portée souhaitable du contrôle judiciaire. Actualiser les observations générales ajouterait beaucoup au manuel, car il ne faut pas oublier que, dans chaque instance judiciaire, l'une des parties impliquées (le plus souvent un citoyen) veut que la décision gouvernementale soit confirmée. Savoir défendre les actes de l'administration est aussi important que savoir les attaquer.⁴⁵

23.— Tout comme l'ouvrage de Garant, celui de Lennieux comble un besoin. L'auteur assume cependant une lourde charge. Ses objectifs l'obligent à préserver l'actualité du contenu de son ouvrage ; il a déjà dû préparer un supplément et une mise à jour. Il est à souhaiter que dans son remaniement il fera les modifications suggérées et qu'il changera peut-être le présent format

⁴⁴Voir, sur la question de l'évaluation de la jurisprudence et le processus judiciaire, G. Gall, *The Canadian Legal System*, 2^e éd. (1983), c. 10.

⁴⁵Voir Macdonald, *Crevier c. P.-G. Québec* (1983) 17 U.B.C.L.R. 111.

en un ouvrage à feuilles mobiles. Ce format, déjà très populaire et très apprécié chez les praticiens, pourra mieux répondre aux exigences d'une mise à jour continue, et permettra de mieux combler la lacune identifiée par l'auteur.

V. Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd.

24.— L'ouvrage de Pépin et Ouellette est l'aîné des trois, le seul à ne pas en être à sa première édition. Issu d'un *Précis du contentieux administratif*, il occupe maintenant une place importante entre les textes de Garant et de Lemieux. Ne désirant produire ni un travail sur l'ensemble du droit administratif, ni un manuel didactique sur le contrôle judiciaire, les auteurs ont voulu, comme dans la première édition de l'ouvrage, présenter « un exposé généralement concis d'un segment concret du droit administratif : le contentieux administratif ». Ils renoncent, dès le début, à discuter de l'origine et de l'évolution des règles de droit, à évaluer leur pertinence actuelle et à se consacrer à de longues réflexions sur le cadre théorique et les détails pratiques de cette matière.

Les auteurs ont retenu l'organisation et la conception déjà utilisées dans la première édition. Le texte commence par une excellente introduction de quelque 60 pages dans lesquelles sont exposées la nature, les sources et les limites du droit administratif, suivie d'un survol du contentieux. Dans une première partie, ils examinent la notion de légalité des actions administratives. Cette partie comprend un long titre de 120 pages consacré à la classification des pouvoirs et, en particulier, au régime juridique des règlements. Une deuxième partie élabore sur la notion d'*ultra vires*, concept clef du contrôle judiciaire. L'inventaire dressé par les auteurs a le mérite de signaler les grandes sortes d'erreurs qui peuvent être commises : celles relatives au titulaire d'un pouvoir, celles touchant à sa compétence substantive, celles concernant les exigences processuelles et celles commises à l'intérieur d'une compétence — à savoir les abus de discrétion ou l'erreur de droit apparente à la lecture du dossier. Cette étude se termine par une brève discussion de la nullité des actes *ultra vires*.

La deuxième partie du texte, également divisée en deux, traite des recours. Un premier titre examine, en 200 pages, le pouvoir de surveillance et l'appel. Cet exposé, le plus détaillé du livre, couvre les recours extraordinaires en droit québécois, les recours devant la Cour fédérale, les clauses privatives, l'appel statutaire et certaines voies spéciales de recours. On discute notamment de la cassation en droit municipal, de la requête sous l'article 20 du Code de procédure civile et de l'homologation. Il faut prévoir que les auteurs discuteront dans cette partie du recours sous l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans leur prochaine édition. Un

second titre est consacré aux recours de droit commun contre l'administration en responsabilité contractuelle, quasi-contractuelle ou délictuelle. Alors que le traitement accordé aux deux premiers chefs est plutôt bref, les auteurs ont fait un bon travail de synthèse et de présentation de la responsabilité délictuelle de l'administration, tant québécoise que fédérale.

Parmi les qualités incontestables de cet ouvrage, se font remarquer la clarté de sa structure et son organisation à la fois complète et compréhensible. Un autre grand mérite de l'ouvrage se situe au niveau des tables et autres instruments de recherche : on peut ainsi consulter une bibliographie de presque 20 pages, plus de 70 pages de jurisprudence citée, présentant des arrêts puisés dans toutes les juridictions pertinentes, et un index analytique détaillé de 23 pages comprenant de nombreux renvois.

25.— Cependant, il reste toujours quelques modifications que les auteurs peuvent apporter à l'ouvrage.⁴⁶ Tout d'abord, le texte reflète trop ce que l'on peut qualifier de préjugés du contentieux. Les administrations font des erreurs, laisse-t-on entendre, mais les tribunaux de droit commun, parfaites institutions juridiques, les corrigent. Que l'ouvrage ait une portée limitée n'excuse pas le défaut d'examiner le bien-fondé des décisions. Si on n'accepte la jurisprudence que parce qu'elle fait jurisprudence, on risque que l'évolution du droit administratif se fasse sans l'aide de la solide critique analytique qui lui est nécessaire. Le contentieux administratif ne doit-il pas également soutenir l'administration contre les ingérences des tribunaux ?⁴⁷

Un deuxième point qui mérite d'être signalé a trait au défaut des auteurs de justifier l'organisation qu'ils ont adoptée. Accepter purement et simplement les anciennes catégories, c'est se fermer les yeux à d'importants développements. Le phénomène des directives n'est pas un simple appendice au phénomène réglementaire : il dénote une nouvelle orientation dans l'élaboration de la politique administrative. Le concept d'équité procédurale (*fairness*) n'est pas un simple appendice aux règles de la justice naturelle : il nous conduit à une toute nouvelle éthique procédurale. Le problème de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas une simple facette du régime juridique des pouvoirs quasi-judiciaires : il est le fondement même du pouvoir de surveillance. Il incombe aux auteurs, donc, de mieux justifier certains de leurs principes organisateurs.⁴⁸

⁴⁶Voir Macdonald, compte rendu de Ouellette & Pépin, *Principes de contentieux administratif*, (1978) 13 R.J.T. 220 et (1981) 26 R. de d. McGill 649. Certains commentaires et critiques signalés dans ces comptes rendus restent pertinents.

⁴⁷Voir Arthurs, *Protection Against Judicial Review* (1983) 43 R. du B. 277.

⁴⁸Voir les suggestions de Stone, *Towards a Theory of Constitutional Law Casebooks* (1967) 41 So. Cal. L. Rev. 1.

La conception positiviste de la primauté du droit, à laquelle semblent adhérer les auteurs, s'est actualisée par la prolifération de règlements et d'instances inférieures et par une bureaucratisation accélérée des tribunaux administratifs. Plus on se fiera à cette conception archaïque du droit, plus on s'enlisera dans un marasme de détails et les limites des tribunaux de droit commun s'imposeront graduellement aux organismes administratifs. La vision légaliste de l'organisation sociale n'est certainement pas la seule valable. Des motifs distincts, parfois même inconciliables, animent l'administrateur et le juge : comment saurait-on en toute logique apprécier l'action de l'un et celle de l'autre suivant des critères identiques ?⁴⁹

26.— On peut affirmer sans hésitation que l'ouvrage de Pépin et Ouellette s'est taillé une place méritée en droit administratif québécois. Source importante pour celui qui oeuvre dans ce domaine, cette deuxième édition saura servir de point de départ solide pour une évolution aboutissant un jour à un véritable traité.

Conclusion : vers une doctrine québécoise en droit administratif

27.— Une trentaine d'années se sont déjà écoulées depuis la parution des articles de M. le juge LeDain, et une bonne dizaine d'années depuis celle du premier traité de droit administratif québécois. Cependant, jusqu'ici les années '80 n'ont pas produit de véritable ouvrage de doctrine sur le droit administratif ou sur le contentieux administratif dans son ensemble.

Plusieurs facteurs peuvent expliquer l'absence de cette doctrine trop longtemps attendue. D'abord, il faut mentionner que le Québec compte à peine six facultés de droit où oeuvrent au maximum trentes professeurs de droit administratif. Deuxièmement, la prépondérance historique du droit privé a longtemps inhibé l'enseignement et la recherche en droit public. Troisièmement, nous, enseignants québécois, ne disposons pas de ces bataillons d'agrégés et de chercheurs qui, dans les facultés de droit européennes, ont permis à certains professeurs de produire de grands ouvrages de synthèse. Quatrièmement, faut-il aussi faire état de ce qu'on peut qualifier d'influence réciproque entre la doctrine et la jurisprudence ? Si les tribunaux ne veulent pas de la doctrine, si les avocats ne savent pas s'en servir, on peut difficilement s'attendre à ce que les professeurs la produisent. Finalement, on devra tenir compte de la particularité de la méthode jurisprudentielle de la *common law*. Comprendre le *stare decisis*, le *distinguishing*, le rapport entre la législation et les tribunaux (il ne faut pas oublier que le droit administratif est un droit statutaire même si le contrôle judiciaire n'en est pas un) exige plus qu'une éducation civiliste classique.

⁴⁹Voir, pour un exposé de ce problème, M. Cohen, *Persons and Organisations : A Legal Theory* (à paraître).

Ces facteurs expliquent peut-être l'absence d'une doctrine contemporaine, mais ils ne la justifient pas. Les auteurs québécois sont, en droit administratif, les plus prolifiques des auteurs canadiens. Il est certain que les récents ouvrages spécialisés de droit administratif (en droit du travail, en aménagement rural, sur les services publics et les professions) publiés en langue française soient d'une qualité supérieure. Comment se fait-il que les généralistes du droit administratif ne se soient pas donné pour tâche la création d'une doctrine moderne à cette image ? C'est seulement alors que la doctrine deviendra véritable source de droit administratif québécois.

Noam Chomsky and Edward Herman, *The Political Economy of Human Rights - Volume 1* [:] *The Washington Connection and Third World Fascism*. Montreal: Black Rose Books, 1979. Pp. xvii, 441 [\$9.95]; Michael Klare and Cynthia Arnson, *Supplying Repression, U.S. Support for Authoritarian Regimes Abroad*. Washington: Institute for Policy Studies, 1981. Pp. ix, 165 [\$4.95]. Reviewed by Richard Goldman.*

The post-World War II period has witnessed the flourishing of an international law of human rights. The Universal Declaration of Human Rights — which is now widely argued to hold the force of international law — the two U.N. Covenants¹ and numerous major U.N. resolutions, as well as several regional arrangements, all attest to this prodigious growth.

Yet this same period has witnessed an almost parallel increase in human rights violations, most notably systematic violations of human rights by governments, through political killings and torture. As the Amnesty International *Report on Torture* observes:

[torture, which] for the last two or three hundred years has been no more than an historical curiosity, has suddenly developed a life of its own, and become a social cancer.²

This alarming rise in human rights violations can only give pause to those who had hoped that increased world attention to human rights, and the creation of international norms through instruments such as the Universal Declaration, would lead to the ostracization of offending governments and the gradual elimination of such conduct.

However, *The Washington Connection* and *Supplying Repression* are two books which further undermine any such optimism; their thorough documentation exposes the fact that much of the military hardware and know-how of repression emanates from the world's most powerful democracy — the United States.

Professor Noam Chomsky, a pre-eminent linguist, and Edward Herman, a professor of Finance at the Wharton School, University of Pennsylvania, mince no words in their caustic account of U.S. involvement in oppression abroad. Their assertion, bluntly stated, is that “Washington has

*B.C.L. III, Faculty of Law, McGill University.

¹The *International Covenant on Civil and Political Rights*, United Nations G.A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1967), reprinted in (1967) 6 I.L.M. 368; the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, United Nations G.A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, U.N. Doc. A/6316 (1967), reprinted in (1967) 6 I.L.M. 360.

²Amnesty International, *Report on Torture* (1973) 7.

become the torture and political murder capital of the world”³ by virtue of its support for Third World dictatorships.

Klare, a widely-published writer on the military, and Cynthia Arnson, a congressional aide and journalist, make no attempt to draw such ambitious conclusions. They are satisfied with examining the anatomy of the “repression trade”⁴ in which the U.S. is engaged — a trade which includes everything from helicopters and machine guns to leg shackles and thumbscrews.⁵

Insofar as government atrocities in themselves are concerned, *The Washington Connection* is more shocking than it should be, since the accounts of government torture and killing are taken almost exclusively from Amnesty International reports and other highly-accessible sources. Yet they are all too unfamiliar. Let us look at Guatemala and the Philippines, just two possible examples.

In Guatemala, according to Amnesty International, more than 20,000 people fell prey to government-sanctioned murders or disappearances between 1966 and 1976 alone. Amnesty International reported that many bodies were found:

with signs of torture or mutilation along roadsides or in ravines, floating in plastic bags in lakes or rivers, or buried in mass graves in the countryside.⁶

Under the martial law regime of President Marcos in the Philippines, more than 60,000 people were arrested. Amnesty International found that torture was “widespread and systematic”⁷ and identified 88 individual torturers by name in 1976. The torture occurred in “safe houses”⁸ operated by the National Intelligence Service Agency, which is answerable directly to President Marcos.

Chomsky and Herman provide similar documentation of human rights violations by the governments of Indonesia, Thailand, Argentina, the Dominican Republic, Uruguay and others.

Beyond detailing such atrocities, *The Washington Connection* aims to demonstrate that the U.S. also supports these activities. This latter task is

³N. Chomsky & E. Herman, *The Washington Connection and Third World Fascism* (1979) 16.

⁴H. Klare & C. Arnson, *Supplying Repression* (1981) 7.

⁵*Ibid.*, 6.

⁶Chomsky & Herman, *supra*, note 3, 279. At various times the Guatemalan government has claimed that these atrocities were committed by clandestine “death squads” acting beyond its control. However, Amnesty International reports that there is “no evidence” of this and found that “torture and murder were part of a deliberate and longstanding program of the Guatemalan government”: Amnesty International Publications, *Amnesty International Report* (1982) 139.

⁷*Supra*, note 3, 234.

⁸*Supra*, note 3, 235.

the exclusive subject matter of *Supplying Repression*. Surprisingly perhaps, neither book need rely on obscure sources to make its case. Both draw largely on highly reputable sources such as American government records, some of which were obtained under freedom of information legislation, and the mainstream media.

Klare and Arnson provide a thorough discussion of the different forms of military assistance and trade programs that link the U.S. government to serious violators of human rights. These include: grants of heavy weapons to foreign military establishments; sale of riot-control devices, such as tear gas, grenade launchers and mace; training of military and police personnel; and the sale of "crime control and detection equipment" which the U.S. Department of Commerce describes as including, *inter alia*: "non-military protective vests, leg irons, shackles, handcuffs, thumbscrews, and other manufactures of metal"⁹ as well as electro-shock batons.

As Klare and Arnson note, it is impossible to know how many thumbscrews have gone to South Korea or how many shock batons to Chile, since these items are deemed too small to require control through a licensing scheme. They point out that an attempt by Congress to create such controls in 1978, (the "thumbscrew amendment") following media disclosure of such sales, remained in force for just one year.¹⁰

The larger arms, however, are subject to greater legal scrutiny, and are therefore easier to trace. Thus we learn that the government of Guatemala, which was engaged in a "systematic and long standing program of torture and murder", according to Amnesty International, received more than \$74 million in military assistance from the U.S. government between 1950 and 1979,¹¹ including the training of more than 3,300 military personnel.¹²

Chomsky and Herman provide additional evidence of U.S. complicity: a report in *Time* magazine where American military attaché Colonel T. Webber acknowledges that the Guatemalan government's campaign of counter-terror "was his idea"; and the fact that the U.S. conducted joint "training exercises" with the Guatemalan army in May 1968, well after the carnage was under way.¹³

⁹*Supra*, note 4, 75.

¹⁰*Supra*, note 4, 77.

¹¹*Supra*, note 4, 48.

¹²*Supra*, note 4, 112.

¹³*Supra*, note 3, 279.

The Philippines, whose human rights record was noted above, have received training for more than 16,000 military and security personnel¹⁴ and military assistance totalling more than \$900 million.¹⁵

All told, the U.S. has provided more than \$100 billion in various forms of military assistance, weapons transfers and police training to Third World governments with serious records of human rights violations.¹⁶ Professor Richard Falk of Princeton has labelled this network an "American Gulag".¹⁷

These two books clearly suggest that fertile ground for the practice of international human rights advocacy exists right here at home. However, according to Chomsky and Herman, those who take up this cause face a tremendous uphill battle. In their view, powerful interests in government, the military and in transnational corporations are staunch supporters of the *status quo* in U.S. relations with Third World client states since these countries provide natural resources (including much food, despite their own malnutrition), a source of cheap labour and markets for U.S. exports, not the least of which are armaments. These same interests, according to the authors, extend to the business-owned establishment press, which tends to down-play human rights violations in friendly states,¹⁸ thus diminishing public response and making it all the more difficult for potential human rights crusaders.

Whatever the cause of U.S. support for Third World repression, it is doubtless most unbecoming for a nation which prides itself on being the leader of the free world and a purveyor of liberty. The exposure of American practices in these two books tells us, at the very least, that we should not be lulled into complacency by the belief that freedom at home makes for humane conduct abroad, or that the development of international human rights law will, without much vigilance and activism, lead to a decrease in human rights violations.

¹⁴*Supra*, note 4, 77.

¹⁵*Supra*, note 4, 116.

¹⁶*Supra*, note 4, 42.

¹⁷*Supra*, note 4, ix.

¹⁸*Supra*, note 4, 94. The authors provide several examples of this alleged bias, including an Amnesty International report that 30,000 people had been killed by Latin American security forces over a period of ten years; this was accorded fifty words in the *Boston Globe* and was not covered at all by the national press. See also N. Chomsky *The Political Economy of Human Rights - Volume 2* [:] *After the Cataclysm, Postwar Indo-China and the Reconstruction of Imperial Ideology* (1979), which deals more fully with this theme and is devoted largely to developments in post-war Indo-China and press treatment thereof.

As Professor John Humphrey, whose contribution to the development of the law of international human rights needs no repetition here, has cautioned us:

The increasing contemporary interest in, and concern for, human rights does not necessarily mean that the men and women of the middle twentieth century are more enlightened than their ancestors were or their descendants may turn out to be. Concern for the rights of the individual is more likely to be, as it has usually been in history, a sign that his rights are in special jeopardy and of a deep social *malaise*.¹⁹

¹⁹Humphrey, "The International Law of Human Rights in the Mid-Twentieth Century" in Bos, ed., *The Present State of International Law and Other Essays* (1973) 75, 105.

J. Patrick Boyer. *Lawmaking By The People: Referendums and Plebiscites in Canada*. Toronto: Bntterworths, 1982. Pp. xxxii, 304 [\$71.95]. Reviewed by Clare Beckton.*

All you ever wanted to know about the technical aspects of referendums and plebiscites in Canada is included in J. Patrick Boyer's book *Lawmaking By The People*.¹ In his book Boyer examines in extensive detail the mechanisms for initiating and conducting referendums and plebiscites in Canada. To achieve in orderly fashion this exhaustive review Boyer includes a chapter on nationwide referendums and plebiscites, plus a chapter covering the legislation in each province and in the Yukon and North West Territories. It is obvious from his detailed presentation that he has carefully and thoroughly researched the Canadian legislation which provides for direct lawmaking by the people or which provides greater input into the lawmaking process, as well as the legislation which was proposed at the federal level but which was never enacted. What Mr. Boyer has done is to codify the Canadian experience as it pertains to referendums and plebiscites for use by anyone who is involved in the process or who teaches political science or public law.

Early on in his book Boyer points out that referendums and plebiscites are not the same, a fact of which many readers might have been unaware, since the terms are often used interchangeably. A plebiscite is described as "an expression of opinion by the people on a general course of action proposed by the government" which is not legally binding, although it is morally binding on the government.² On the other hand, he describes a referendum as automatically binding a government to enact a law or preventing it from taking a specific course of action.³ He cautions, however, that this distinction is not always strictly adhered to. Perhaps with these guidelines in mind Canadians can use more precise terminology when describing a particular form of direct lawmaking.

In his early chapters Boyer briefly discusses the general theories of direct democracy, including whether a given instrument should be classified as a referendum or plebiscite, how voting is to occur, how such campaigns are to be financed and the general wording of questions to be asked. In addition he gives some examples of the kinds of questions that may be submitted to the electorate by way of plebiscite or referendum.⁴

*Assistant Professor of Law, Dalhousie University.

¹J. Patrick Boyer, *Lawmaking By The People: Referendums and Plebiscites in Canada* (1982) 12 *et seq.*

²*Ibid.*, 12.

³*Ibid.*, 13.

⁴*Ibid.*, 18.

In discussing the Canadian experience, in chapter three, Boyer includes some explanations for the difference in direct participation procedures that have developed in the various regions of Canada and the variance in the availability of these devices among the regions. Boyer also suggests, while warning his readers that it is a generalisation, that there tend to be more statutes providing for direct participation in government decision-making in the western provinces. He postulates this stems from the political history of the west, which spawned movements such as the C.C.F. and Social Credit.

Boyer explains the advantages and disadvantages of referendums and plebiscites in chapter four. One of the interesting details that emerges is that Canadians in general have mixed feelings about the wisdom or usefulness of these instruments of direct democracy. It seems that people opposed to these instruments see the role of an individual in a democratic government as limited to electing representatives to make decisions on his behalf; or, perhaps they mistrust the process itself, perceiving that the questions asked through these instruments can be distorted to obtain the answer sought by the particular government. On the other side, individuals who favour referendums and plebiscites conceive a role for the individual beyond that of watching from a distance while his or her representative makes decisions. Referendums and plebiscites permit an individual to have a vote rather than risk being ignored by a government which may give precedence to stronger interests promoted by lobby groups.

From the perspective of the politician, referendums and plebiscites can be a double-edged sword. They can be used to break a promise, as the federal government did in World War II when they encountered difficulties in extricating themselves from their promise not to invoke conscription. On the other hand, they can defeat avowed objectives of a party, as in the 1980 referendum on "sovereignty-association" in Quebec. However, these instruments have only been used a few times at the national level and sparingly at the provincial level when they involve large issues, since they are expensive and also carry political risks, unless the government is sure of the answer prior to asking the question. Plebiscites and referendums tend to be used more often at the local government level to decide questions such as changes in municipal boundaries, by-laws relating to activities on Sundays and whether a liquor outlet should be opened in a particular area.

Concluding his general discussion, Boyer makes the interesting observation that had opinion polls existed at the turn of the century it is doubtful whether the same pressure would have existed to make referendums and plebiscites part of the machinery of government. Governments tend to rely heavily on opinion polls to assist them in resolving controversial issues and to know when to call an election. However, the machinery for use of referendums and plebiscites is well entrenched in our system and will not be

replaced, but rather only supplemented by such polls. What he does not say is that while opinion polls may be useful for large issues such as abortion, capital punishment or the current popularity of political parties, they would be less economical and less useful when dealing with issues such as the location of liquor stores.

Having stated the likelihood of the continued use of these instruments, the next chapters outline in detail the provisions that exist in Canada today for referendums and plebiscites. Boyer includes a chapter which focuses exclusively on the national level; he describes past federal Acts which provided for referendums or plebiscites and then discusses, in exhaustive detail, the proposed *Canada Referendum Act*⁵ which was introduced by the Trudeau government several times but never passed.

While the legislation is interesting, I question whether it warrants twenty-eight pages of discussion on its individual provisions. Boyer justifies his lengthy exposition on the basis that any future legislation would undoubtedly follow the same basic principles set out in the legislation. If it is ever passed, one will certainly have a source to look to in interpreting the meaning of the various provisions. What is unfortunate is that Boyer does not engage in any critical analysis of the proposed legislation, but seems to accept that the proposed provisions are adequate. He had the opportunity to assess the provisions and to make recommendations which could have influenced the legislation if it is ever revived. This criticism is equally applicable to the remainder of the book which is devoted to a discussion of the detailed provisions for facilitating referendums or plebiscites in the ten provinces, the Yukon and the North West Territories. Nowhere in this discussion does Boyer offer any suggestions for improving the existing process, nor does he comment on the effectiveness of the various provisions.

As a result of this lack of critical analysis the book tends to be technical and somewhat tedious. It is the kind of book that encourages a reader to look at a particular chapter of interest to him or her, but that does not inspire one to read it from cover to cover.

Thus, for anyone who is looking for information concerning the existence of legislative provisions authorizing plebiscites or referendums, the book is excellent. It definitely fills a gap in Canada, providing ready access to detailed information about the availability of referendums and plebiscites. If this was Mr. Boyer's goal, he has satisfactorily achieved it. However, if one is looking for a critical analysis of this method of decision-making or opinion-seeking in Canada, this book will leave the reader unsatisfied.

⁵*Ibid.*, 60 *et seq.*