
**DÉFINIR LES FRONTIÈRES :
L'ARGUMENT CONSTITUTIONNEL
POUR L'INDÉPENDANCE
BUREAUCRATIQUE ET SON
IMPLICATION POUR
LA RESPONSABILITÉ
DE LA FONCTION PUBLIQUE**

Lorne Sossin

1 Introduction

Ce document explorera les bornes constitutionnelles qui établissent la base des relations entre les sphères politique et bureaucratique du gouvernement¹. Certains suggèrent que les frontières entre, d'une part, les ministres et le personnel politique (que j'appellerai « l'exécutif

politique ») et, d'autre part, les cadres de la fonction publique, les fonctionnaires et les employés subalternes du gouvernement (que j'appellerai collectivement la « fonction publique ») sont affaire d'opportunisme politique plutôt que de principe constitutionnel². Je crois que la primauté de l'opportunisme politique a créé un climat de sauvegardes insuffisantes contre l'ingérence politique dans les décisions de la fonction publique. À mon avis, la reconnaissance de la primauté du principe constitutionnel serait une réaction salutaire et constructive à l'affaire des commandites et devrait être à la base de toute recommandation visant à prévenir les incursions contre le caractère non partisan de la fonction publique à l'avenir.

Le Conseil du Trésor est le ministère responsable de l'administration de la fonction publique. Dans le récent rapport du Conseil du Trésor intitulé *Examen des responsabilités et des responsabilisations des ministres et des hauts fonctionnaires*³, préparé en réponse au rapport de 2003 de la vérificatrice générale sur le programme de commandites, on décrit dans les termes qui suivent l'absence de statut constitutionnel de la fonction publique :

Les ministères, en tant qu'appareils pour l'exercice du pouvoir et des responsabilités des ministres, sont l'unité organisationnelle de base de l'administration exécutive dans le système de gouvernement britannique, et les ministres agissent principalement par l'entremise des fonctionnaires de leur ministère. Le rôle de la fonction publique consiste à faire avancer fidèlement et efficacement le programme du gouvernement en place sans compromettre l'impartialité politique requise pour assurer la continuité et offrir un service aux gouvernements successifs dont les priorités et les allégeances politiques varient. Pour y parvenir, les fonctionnaires doivent formuler, en toute sincérité, des conseils professionnels exempts de considérations partisans et sans craindre la critique politique, d'où le besoin de rester en dehors du contexte politique. Mais bien

que les fonctionnaires offrent des conseils, les ministres démocratiquement élus ont le dernier mot, et les fonctionnaires doivent se conformer aux directives légitimes de leur ministre. En somme, tous les ministères et tous les fonctionnaires qui y travaillent doivent rendre des comptes à un ministre qui à son tour est responsable envers le Parlement. Sinon, on obtiendrait un gouvernement contrôlé par des personnes non élues. *Fidèles à ces principes, les fonctionnaires, comme tels, n'ont pas d'identité constitutionnelle indépendante de leur ministre*⁴. (Italique ajouté)

Il est vrai qu'aucune disposition expresse dans les textes constitutionnels du Canada n'accorde un statut constitutionnel à la fonction publique (comme c'est le cas, par exemple, du judiciaire), mais il est également vrai qu'une gamme de conventions et de principes constitutionnels non écrits donnent clairement lieu à des obligations, des responsabilités et des contraintes dans la prise de décisions par les membres de la fonction publique, qui, ensemble, confèrent un statut constitutionnel à la fonction publique comme organe du gouvernement. Par conséquent, à mon avis, il est trompeur de laisser entendre que les fonctionnaires n'ont pas d'identité constitutionnelle indépendante de leur ministre ou que les fonctionnaires n'ont aucune responsabilité constitutionnelle ou légale en dehors de la loyauté envers leur ministre. J'explique cette conclusion plus bas.

Bien que je croie que des normes constitutionnelles constituent le point de départ des doctrines et des principes qui régissent la fonction publique, il ne serait guère utile de cataloguer simplement ces doctrines et ces principes. Il est important de déterminer comment fonctionnent ces bornes et d'assurer qu'au besoin, elles fonctionnent comme des « lignes dans le sable » et non pas seulement des « cordes de sable ». À cette fin, ces frontières doivent être articulées et appliquées de façon compatible avec les institutions démocratiques et les réalités politiques. Si l'intégrité de ces frontières doit être maintenue, elles doivent

imprégner la culture de l'exécutif politique et de la fonction publique. L'affaire des commandites a illustré une culture où les frontières entre les intérêts des ministres et les obligations des fonctionnaires ont été brouillées et déformées⁵. Clairement, le statu quo peut et doit être amélioré.

L'analyse qui suit est divisée en deux parties. La première partie explore le terrain juridique et constitutionnel de la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique, y compris la convention constitutionnelle de la neutralité de la fonction publique, le principe constitutionnel de la primauté du droit et le devoir de loyauté des fonctionnaires en common law dans leur relation avec l'exécutif politique. Quoique cette section porte essentiellement sur les raisons constitutionnelles des frontières entre les sphères politique et bureaucratique, le respect mutuel et l'interdépendance entre les divers organes de l'exécutif du gouvernement sont des conditions préalables au succès du gouvernement et un fondement de la démocratie de Westminster. Le respect mutuel et l'interdépendance ne sont possibles, dirais-je, qu'entre organes du gouvernement qui jouissent aussi d'identités distinctes et d'une certaine indépendance l'un de l'autre. La deuxième partie du présent document explore des avenues pour établir, surveiller et faire respecter les frontières relevées dans la première partie. Ces avenues peuvent inclure la révision judiciaire, des enquêtes du vérificateur général, des enquêtes publiques, des comités parlementaires et des examens du Bureau du Conseil privé ou du Conseil du Trésor, mais je conclus qu'il y a des arguments convaincants en faveur d'une commission de la fonction publique vraiment indépendante, dotée d'un pouvoir de surveillance et de sanction dans l'application d'un code de la fonction publique remanié et enchâssé dans la loi (qui pourrait constituer la base d'une campagne robuste d'éducation publique et d'initiatives de formation professionnelle).

2 Le terrain constitutionnel et juridique

2.1

Frontières constitutionnelles

La première section de l'article sonde les bases constitutionnelles des frontières entre les sphères politique et bureaucratique du gouvernement exécutif. Au moins deux principes constitutionnels traitent directement du rôle et de la responsabilité des décideurs exécutifs : d'abord, la convention constitutionnelle de la neutralité bureaucratique fait en sorte que les fonctionnaires ont une première obligation envers la Couronne (et, par extension, la population du Canada) et non pas envers le parti qui se trouve à former le gouvernement en place; et ensuite, la primauté du droit assure que la prise de décision exécutive n'est animée que par les bons motifs, la bonne foi et des critères pertinents établis par la loi. Je soutiens qu'ensemble, ces principes représentent une norme constitutionnelle d'indépendance bureaucratique. Cette norme suggère un spectre nécessaire de séparation entre la prise de décision bureaucratique et politique. Dans certains cas, cette séparation sera quasi absolue, comme dans les décisions de justice criminelle faisant appel aux tribunaux ou aux procureurs. Dans d'autres cas, comme les sphères d'établissement de politiques où la direction politique peut être décisive, la séparation peut être subtile. Le programme de commandites, et l'approvisionnement en général, se situent vers la fin du spectre exigeant plus d'indépendance. Alors que la direction politique peut créer un programme de commandites, par exemple, il est difficile d'imaginer une intervention politique appropriée dans le choix de l'agence de publicité à qui attribuer un contrat.

2.1.1 La convention constitutionnelle d'une fonction publique non partisane

Le point de départ de toute discussion de l'indépendance de la fonction publique comme norme constitutionnelle est la convention constitutionnelle que la fonction publique reste neutre entre les intérêts partisans

(la « convention »)⁶. Kenneth Kernaghan en a résumé le contenu dans une liste souvent citée de six principes clés :

- 1) Le politique et la politique sont distincts de l'administration; ainsi, les politiciens prennent les décisions politiques et les fonctionnaires exécutent ces décisions.
- 2) Les fonctionnaires sont nommés et promus sur la base du mérite plutôt que de l'affiliation ou de contributions à un parti.
- 3) Les fonctionnaires ne participent pas à des activités politiques partisans.
- 4) Les fonctionnaires n'expriment pas publiquement leurs opinions personnelles sur les politiques ou l'administration du gouvernement.
- 5) Les fonctionnaires donnent des conseils francs et objectifs à leurs maîtres politiques en privé et en confidence; en retour, les exécutifs politiques protègent l'anonymat des fonctionnaires en assumant publiquement la responsabilité des décisions des ministères.
- 6) Les fonctionnaires exécutent les décisions politiques loyalement, indépendamment de la philosophie et des programmes du parti au pouvoir et de leurs opinions personnelles; en conséquence, les fonctionnaires jouissent de la sécurité d'emploi moyennant leur bonne conduite et un rendement satisfaisant⁷.

Il y a, selon moi, une importante omission dans cette liste. La convention inclut aussi le devoir des fonctionnaires de mettre en doute et, au besoin, de refuser de suivre des instructions qui sont motivées par des intérêts partisans malhonnêtes. Alors que les ministres sont responsables des décisions du ministère, les fonctionnaires sont seuls responsables de leur obligation de rester non partisans. Par rapport à la Couronne, la fonction publique est gardienne de l'intérêt public (et, par extension, du trésor public). En plus de leurs premières obligations constitutionnelles envers la Couronne, les fonctionnaires ont un devoir

de loyauté en common law envers le gouvernement en place, qui inclut l'obligation d'exécuter des instructions légales et de ne pas critiquer publiquement la politique du gouvernement ni de prendre parti publiquement dans des débats partisans. La limite de cette obligation secondaire de loyauté envers le gouvernement est dictée par l'obligation première de responsabilité envers la Couronne. Autrement dit, il n'est pas constitutionnellement acceptable que les fonctionnaires exercent leur loyauté envers le gouvernement en place s'il leur faut pour ce faire participer à des activités partisanses (ou, comme on l'explique plus bas, enfreindre la règle de droit).

Alors que la convention pourrait suggérer que la fonction publique agit indépendamment de l'exécutif politique, dans plusieurs sinon la plupart des contextes gouvernementaux, le gouvernement ne peut pas fonctionner sur cette base. Les fonctionnaires sont profondément engagés dans le soutien de l'exécutif politique pour la formation et la finalisation de ses préférences politiques. Les fonctionnaires aident à formuler la législation et ont un rôle important dans la préparation des instruments politiques et réglementaires visant à réaliser les objectifs législatifs. Les fonctionnaires donnent vie aux programmes du gouvernement par l'exercice de la discrétion et le contrôle de l'exécution. Les fonctionnaires sont responsables de la surveillance par voie d'audits internes et de mesures redditionnelles. Dans beaucoup de ces situations, les hauts fonctionnaires travaillent main dans la main avec le personnel politique à l'emploi des ministres (qu'on appelle le « personnel exonéré » au niveau fédéral parce qu'il est exempt des obligations qu'impose la loi à la fonction publique), qui peut aussi être profondément engagé dans la prise de décisions sur la formation de la politique et la gestion des problèmes. Comme a dit un ancien haut fonctionnaire, l'idée de pouvoir garder les rôles politique et bureaucratique distincts aux plus hauts niveaux de la prise de décision gouvernementale est « naïve et improductive »⁸. C'est justement à cause

de cet enchevêtrement du bureaucratique et du politique que les principes constitutionnels qui délimitent les sphères d'activité bureaucratique et politique deviennent si cruciaux.

L'interdépendance des domaines bureaucratique et politique de l'exécutif peut être menacée de deux façons : d'abord, lorsque l'exécutif politique (c.-à-d. le Premier ministre et son Cabinet, les ministres et leur personnel politique) cherche à politiser la fonction publique pour son propre avantage; et ensuite, lorsque les fonctionnaires agissent à des fins partisans de leur propre initiative. Dans l'affaire des commandites, la convention a été compromise dans les deux sens. C'est en réponse à de telles menaces que les tribunaux, s'appuyant sur la convention, ont joué un rôle central⁹.

Pour déterminer comment le mieux articuler et appliquer la convention, il est important de la placer dans le contexte des règles générales applicables aux conventions constitutionnelles. Les conventions constitutionnelles ne font pas partie des textes constitutionnels écrits, mais proviennent de pratiques et de coutumes traditionnellement acceptées dans le cadre de l'appareil gouvernemental. Dans *OPSEU c. Ontario (A.G.)*¹⁰, la Cour suprême a formulé l'observation suivante sur les conventions :

Comme il a été expliqué dans *Objet : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux p. 876 à 878, concernant la Constitution du Canada — mais on peut en dire autant de la constitution de l'Ontario — « ces parties qui sont composées des règles légales et des règles en common law sont génériquement appelées la loi de la constitution ». En outre, la constitution de l'Ontario comprend des règles de nature différente mais de grande importance appelées conventions de la constitution. La plus fondamentale de celles-ci est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit,

même s'il est implicitement mentionné dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* . . . ¹¹

La convention constitutionnelle d'une fonction publique politiquement neutre fait partie de ce qu'on appelle parfois dans les documents de l'administration publique le « triangle de fer », soit les conventions sur la neutralité politique, la responsabilité ministérielle et l'anonymat de la fonction publique¹². Le fait que ces obligations ne fassent pas partie de la constitution écrite n'enlève rien à leur centralité dans le régime constitutionnel du Canada¹³. Autrement dit, une fonction publique non partisane est aussi essentielle que la responsabilité ministérielle à l'ordre constitutionnel du Canada. Cependant, comme l'expliquent Wade et Forsyth, écrivant dans le contexte britannique, la convention de neutralité et d'anonymat des fonctionnaires peut être vue comme s'entrelaçant avec la responsabilité ministérielle :

Le grand degré de détachement et d'anonymat avec lequel travaille la fonction publique est en grande partie une conséquence du principe de la responsabilité ministérielle. Si les fonctionnaires suivent les ordres du ministre ou agissent conformément à sa politique, c'est à lui et non pas à eux d'assumer le blâme. Il prend aussi la responsabilité des erreurs ordinaires ou des échecs administratifs. Mais il n'est pas obligé d'endosser un acte non autorisé qu'il désapprouve, même s'il a la responsabilité générale de la conduite de son ministère et de toute mesure disciplinaire nécessaire¹⁴.

Comme l'a fait observer Kernaghan, la responsabilité ministérielle est rarement définie et le manque de compréhension de ses exigences « donne lieu à des interprétations déroutantes, créatives et trompeuses de sa signification »¹⁵.

Le principe de la neutralité de la fonction publique peut bien être le complément du principe de la responsabilité ministérielle, mais je suis

plutôt d'avis que la neutralité et l'impartialité de la fonction publique ne dépendent pas de la responsabilité ministérielle et représentent un principe constitutionnel autonome, qui doit son origine moderne à la primauté du droit. Que les ministres démissionnent en fait comme ils le devraient ou qu'ils rendent leur ministère vraiment comptable à la législature comme ils le devraient, la logique de protéger les fonctionnaires contre l'ingérence politique induite et de restreindre leurs activités partisans reste justifiée. Autrement dit, même si le principe de la responsabilité ministérielle s'érode (comme plusieurs le suggèrent)¹⁶, cela ne sape pas les raisons ni l'exigence d'une fonction publique neutre. D'ailleurs, comme le démontre l'affaire des commandites, plus le concept de la responsabilité ministérielle semble s'écarter des pratiques actuelles du gouvernement, plus l'importance et l'urgence d'une fonction publique indépendante s'accroissent.

Les conventions n'existent pas et ne peuvent pas exister dans l'abstrait. Ce sont des règles constitutionnelles dont les contours sont fixés par la pratique au fil du temps — elles sont déterminées dans une très grande mesure par une vue particulière de l'histoire. L'histoire de la fonction publique, toutefois, révèle plusieurs histoires différentes. Au moins depuis la Confédération, l'une des principales caractéristiques du gouvernement responsable du Canada à l'époque coloniale était la sécurité d'emploi des fonctionnaires, mais le système d'évaluation au mérite n'a pas pris racine avant la fin du XIX^e et le début du XX^e¹⁷. Le népotisme était endémique¹⁸, et il reste commun dans une variété de nominations aux conseils et agences et n'est pas exclu même aux échelons les plus élevés de la fonction publique¹⁹. L'anonymat de la fonction publique est aujourd'hui couramment enfreint²⁰. Non seulement ces violations de l'anonymat sont-elles courantes, elles sont maintenant attendues, dirais-je. Dans une ère où les « directives secrètes » et la politique « à huis clos » sont perçues comme étant incompatibles avec la responsabilité transparente, peu de milieux verraient l'anonymat de la fonction

publique d'un œil favorable. La divulgation de l'identité de fonctionnaires, toutefois, ne devrait pas être interprétée comme une approbation de l'humiliation publique des fonctionnaires. La valeur en jeu dans ces situations n'est pas le secret, mais le respect pour la fonction publique comme institution.

Dans l'affaire *OPSEU c. Ontario (A.G.)*, la Cour suprême a semblé reconnaître la qualité ambitieuse de la neutralité politique comme une convention plutôt que sa fondation empirique dans les pratiques politiques de l'époque. La Cour a cité avec l'assentiment de M. le juge MacKinnon le passage suivant qu'il a écrit pour la Cour d'appel de l'Ontario :

Il y avait clairement une convention de neutralité politique des fonctionnaires de la Couronne au moment de la Confédération et le raisonnement soutenant cette convention a été constant au cours des années subséquentes. Qu'elle ait été pleinement honorée en pratique à l'époque importe peu. La considération n'est pas, comme il a été dit plus tôt, l'opportunité sociale de la législation mais plutôt le fait qu'historiquement, il y avait une telle convention en 1867. Il est difficile de désapprouver la conclusion de M. le juge Labrosse que : « la confiance publique dans la fonction publique exige sa neutralité politique et un service impartial au parti politique au pouvoir, quel qu'il soit » (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.). Les dispositions contestées semblent refléter simplement la convention existante²¹.

Autrement dit, qu'une fonction publique non partisane ait représenté la règle d'exception à l'époque de la Confédération n'a rien à voir avec l'enquête. L'histoire a un vote mais pas un droit de veto sur la portée des conventions constitutionnelles. En bout de ligne, il appartient aux juges, et non pas aux historiens, de déterminer leur portée. Bien qu'elles puissent déterminer les exigences de telles conventions, les cours ne peuvent ordonner à l'exécutif ni à l'organe législatif de s'y conformer²².

Néanmoins, l'importance des conventions a été rehaussée par l'importance grandissante des principes constitutionnels non écrits plus généralement et le renforcement du rôle de la Cour comme catalyseur de l'évolution constitutionnelle par l'exposition de tels principes²³.

La discussion la plus détaillée de l'effet de cette convention se trouve dans l'arrêt de la Cour suprême *Fraser c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*²⁴. M. Fraser était une mouche du coche qui travaillait à Revenu Canada, mais dont le passe-temps semblait être de critiquer publiquement la politique du gouvernement, surtout le passage au système métrique (il a été photographié dans le *Whig-Standard* avec une pancarte disant « votre liberté de mesure est la mesure de votre liberté »)²⁵. M. Fraser a fait l'objet d'une sanction pour sa conduite qu'il a contestée sous prétexte que les fonctionnaires devraient être libres de critiquer le gouvernement en place s'ils sont en désaccord avec sa politique ou ses pratiques. La Cour suprême a conclu que M. Fraser ne jouissait d'aucune protection légale contre une sanction de sa conduite et elle a soutenu que « [Un] fonctionnaire est tenu d'exercer un certain degré de modération dans sa critique de la politique du gouvernement pour assurer que la fonction publique est perçue comme étant impartiale et efficace dans l'exécution de ses devoirs »²⁶. Le juge en chef Dickson a caractérisé la fonction publique comme étant édifiée sur des valeurs telles que « la connaissance . . . l'équité . . . et l'intégrité » et a souligné que son devoir de loyauté était envers le gouvernement du Canada, et non pas envers le parti politique qui se trouve à exercer le pouvoir²⁷. Le juge Dickson a invoqué la « tradition » dans la fonction publique canadienne qui « met l'accent sur les caractéristiques d'impartialité, de neutralité, d'équité et d'intégrité »²⁸.

S'il n'a trouvé aucun obstacle aux sanctions dans la cause devant lui, le juge en chef Dickson a affirmé qu'il serait inapproprié de pénaliser un fonctionnaire s'opposant publiquement à la politique du gouvernement dans le cas où le gouvernement serait impliqué dans des

actes illégaux; où les politiques du gouvernement qui mettent en danger la vie, la santé ou la sécurité des fonctionnaires ou d'autres; où la critique du fonctionnaire n'aurait aucun effet sur son aptitude à s'acquitter efficacement de ses devoirs de fonctionnaire ou sur la perception publique de ce devoir²⁹. En d'autres mots, si on suit cette logique, tous les fonctionnaires jouissent d'une mesure de protection légale s'ils s'avisent de devenir « dénonciateurs », qu'il existe ou non une loi spécifique les protégeant³⁰. La Cour dans l'arrêt *Fraser* a affirmé que le devoir de loyauté d'un fonctionnaire envers la Couronne et, par l'intermédiaire de la Couronne, envers l'intérêt public doit en toutes circonstances être une obligation plus grande que le devoir de loyauté envers le gouvernement en place. Caractériser cela comme une convention soulève des questions. Un gouvernement pourrait-il adopter une loi exemptant une partie ou l'ensemble de la fonction publique de ses obligations non partisanses? J'estime qu'une fonction publique non partisane est une norme ou un principe constitutionnel qui reflète un contrôle crucial de l'autorité exécutive et ne pourrait pas être ouvert à la manipulation à des fins partisanses. Une tentative d'y arriver par voie législative ou exécutive serait un acte inconstitutionnel, à mon avis.

Les cours ont décrit le principe de neutralité bureaucratique comme « un droit du public dans son ensemble d'être servi par une fonction publique politiquement neutre »³¹, un « principe essentiel » du gouvernement responsable³², une question « d'intérêt public dans l'impartialité de fait et apparente du fonctionnaire »³³, et enfin, un « organe du gouvernement »³⁴. Une fonction publique non partisane peut-elle être simultanément un « droit » du peuple, un « principe essentiel » de gouvernement responsable et une « politique » d'intérêt public? La réponse est sans doute que les conventions constitutionnelles (de même que les normes et les principes) peuvent avoir et ont de multiples raisons et servent de multiples fins. Cela est compatible avec ce qu'on pourrait justement caractériser comme la nature plurale de

l'exécutif dans le régime constitutionnel du Canada³⁵. Un autre exemple de l'exigence plurale de l'ordre constitutionnel canadien est celle de préserver et de promouvoir la primauté du droit, vers laquelle se tourne maintenant mon analyse.

2.1.2 La « primauté du droit »

Les fonctionnaires sont investis de l'autorité publique pour mettre en œuvre le programme politique de l'exécutif politique. Ils n'ont pas d'autre champ d'intérêt ni de programme légitime et l'existence d'autres intérêts et programmes menacerait la responsabilité démocratique et les principes de Westminster en vertu desquels toute autorité publique doit obéir à la primauté du droit³⁶. Le Parlement, l'exécutif politique et la fonction publique doivent tous se conformer à la primauté du droit; c'est l'obligation distincte et indépendante de tout organe du gouvernement.

L'obligation de se conformer à la primauté du droit serait une simple contrainte de l'action du gouvernement si ce n'était du fait que la primauté du droit est une notion profondément contestée qui doit aussi être mise en balance avec d'autres principes constitutionnels non écrits comme la démocratie et la souveraineté parlementaire³⁷. Bien que la primauté du droit ait été reconnue comme le principe moteur de la révision judiciaire de l'action administrative³⁸ et soit mentionnée à côté de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte des droits*, elle reste largement inexplorée par les tribunaux comme norme constitutionnelle au Canada. Dans la *Référence sur la sécession*, où la Cour suprême a affirmé la primauté du droit comme principe constitutionnel sous-jacent, elle a décrit l'importance de la primauté du droit comme soumettant l'autorité exécutive à la responsabilité juridique et protégeant les citoyens contre l'action arbitraire de l'État :

Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à l'origine de notre système de gouvernement. La primauté du droit,

comme on l'a fait observer dans *Roncarelli c. Duplessis*, est « un postulat fondamental de notre structure constitutionnelle ». Comme nous l'avons noté dans la *Référence sur le rapatriement*, *supra*, p. 805-806, « [l]a “primauté du droit” est une expression très riche, signifiant beaucoup de choses qu'il est hors de notre propos d'explorer mais qui communiquent, par exemple, un sens de l'ordre, de soumissions à des règles juridiques connues et de responsabilité exécutive à l'autorité juridique ». À son niveau le plus élémentaire, la primauté du droit accorde aux citoyens et aux résidents du pays une société stable, prévisible et ordonnée dans laquelle mener leurs affaires. Elle offre aux individus une sauvegarde contre l'action arbitraire de l'État³⁹.

La responsabilité exécutive à l'égard de l'autorité juridique à laquelle ce passage fait référence est accomplie par un autre postulat constitutionnel — toute autorité exécutive est soumise à la révision judiciaire pour raison de dérogation à la primauté du droit⁴⁰.

Bien que la primauté du droit impose une série particulière d'obligations aux avocats du gouvernement et au procureur général à titre de chef de l'administration de la justice (qui inclut, par exemple, l'obligation d'un sous-procureur général de démissionner si un procureur général rejette son avis qu'une ligne de conduite particulière est inconstitutionnelle et le devoir corrélatif des procureurs généraux de démissionner si le Cabinet refuse leur avis sur des questions semblables)⁴¹, sa portée n'est pas et ne devrait pas être limitée aux avocats et aux juges. La doctrine de la primauté du droit impose aux fonctionnaires l'obligation de s'assurer que la primauté du droit est respectée et que les instructions du gouvernement qui sont incompatibles avec elle ne sont pas suivies. Voir l'État administratif sous l'angle de la primauté du droit veut dire, par exemple, qu'il serait illégal pour un fonctionnaire d'exercer une autorité publique purement fondée sur un caprice politique ou le désir de gagner la faveur des autorités politiques ou par des pressions politiques indues⁴². Cela donne

aussi à penser que les fonctionnaires ont l'obligation constitutionnelle de ne pas exécuter d'instructions qui sont elles-mêmes illégales⁴³. Mais comment la primauté du droit, dans ce sens, peut-elle être appliquée?

Dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada*⁴⁴, l'une des rares causes à soulever les implications de la primauté du droit comme norme constitutionnelle sous-jacente dans le contexte de la réglementation de la fonction publique, la Cour fédérale s'est demandé si la loi fédérale de « retour au travail » invalidait une entente négociée qui confirmait le droit des agents de correction de faire grève. L'Alliance de la fonction publique du Canada a soutenu que la loi violait la primauté du droit. La Cour a rejeté cet argument au motif qu'un principe constitutionnel sous-jacent comme la primauté du droit, même s'il peut être établi qu'il a été violé (la Cour s'est abstenue de le conclure) ne peut avoir pour effet d'invalider une loi⁴⁵. Dans *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*⁴⁶, toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé que des principes constitutionnels sous-jacents, dans ce cas le principe de protection des droits des minorités, pouvaient limiter l'exercice de la discrétion et l'application de l'autorité publique et a renversé effectivement la décision du gouvernement de fermer un hôpital desservant une population francophone minoritaire.

Si la primauté du droit doit jouer un rôle constructif dans la délimitation des frontières entre les sphères politique et bureaucratique, il faudra que ce soit par l'inculcation d'une culture administrative. Les cours, les tribunaux, les vérificateurs généraux et les commissions de la fonction publique sont tous d'importants foyers où ces frontières sont identifiées et tracées, mais c'est ce qui se cache sous la surface qui compte le plus. L'indépendance bureaucratique, en d'autres termes, évolue au gré des valeurs quotidiennes de la fonction publique (et de l'exécutif politique) plutôt que des déclarations occasionnelles, a posteriori, de ceux qui exercent la surveillance⁴⁷. Sans culture de primauté du droit, il est peu probable que la prolifération des règles et des procédures mène

à la responsabilité et à la conformité à une série de frontières institutionnelles.

Pour comprendre comment la primauté du droit peut modeler la relation entre la fonction publique et l'exécutif politique, prenons l'exemple de l'affaire du « budget Magna » en Ontario. Au printemps 2003, le gouvernement conservateur de l'époque a annoncé qu'il allait faire part de son budget annuel, non pas à l'Assemblée législative, mais plutôt dans un studio en circuit fermé improvisé dans une usine de pièces automobiles Magna appartenant à un éminent et généreux sympathisant du Parti progressiste-conservateur (il a plus tard été déposé à la Chambre de la manière habituelle). Une petite crise constitutionnelle a éclaté. Les critiques des médias et de l'Opposition ont décrié l'arrogance de la décision de suspendre le débat législatif sur le budget tandis que le président de la Chambre obtenait un avis juridique selon lequel que la décision violait la convention parlementaire et constitutionnelle⁴⁸.

Le « budget Magna » impliquait l'indépendance bureaucratique d'au moins deux façons. D'abord, il appartenait aux avocats constitutionnels du bureau du procureur général d'assurer que le gouvernement ne se lançait pas dans une démarche inconstitutionnelle et ensuite, il appartenait au secrétariat du Cabinet de s'assurer que des fonctionnaires et des ressources publiques n'étaient pas déployés pour des activités partisans. Pressé de questions, le procureur général n'a ni confirmé ni nié qu'on avait sollicité une opinion des avocats du gouvernement sur l'annonce du budget, mais il a réitéré qu'il serait forcé de démissionner si une opinion avait été sollicitée et qu'elle indiquait que la démarche proposée était inconstitutionnelle. C'était donc par implication négative que le procureur général signalait ou bien qu'aucune opinion n'avait été sollicitée ou que l'opinion sollicitée n'était pas défavorable⁴⁹. Les Libéraux, alors dans l'Opposition, ont demandé au secrétaire du Cabinet d'empêcher que la fonction publique soit entraînée

dans un exercice partisan en prêtant leurs services pour faciliter la divulgation du budget dans l'usine de pièces automobiles⁵⁰. Le secrétaire a plus tard émis un communiqué indiquant « qu'aucun fonctionnaire n'était impliqué dans une activité inappropriée ».

Le « budget Magna » reflète à la fois les possibilités et les limites de l'indépendance bureaucratique. D'une part, il était du ressort du procureur général et du secrétariat du Cabinet d'empêcher que le budget soit dévoilé en dehors de l'Assemblée législative. L'un et l'autre ont été appelés à donner leur imprimatur au projet du gouvernement. D'autre part, les réalités politiques ont fait que leur approbation était quasi jouée d'avance. Ceci, pour au moins trois raisons. Premièrement, déterminer si la ligne de conduite proposée viole la Constitution est le plus souvent un exercice d'analyse de risque plutôt qu'une façon de tirer la sonnette d'alarme. Même si une infraction à la Charte est apparente, il est beaucoup plus difficile de prédire avec certitude comment un tribunal réagira à la preuve en vertu de l'article 1. Tout au plus les avocats du gouvernement peuvent-ils évaluer le risque d'une ligne de conduite par rapport à une autre. Quand un gouvernement enfreint une convention est encore moins certain⁵¹. Par conséquent, il y aura bien peu d'occasions où un procureur général conseillera au gouvernement de ne pas faire ce qu'il a envie de faire (surtout si le ministre veut rester membre du Cabinet). Deuxièmement, il n'est pas sûr que le secrétaire du Cabinet puisse solliciter une opinion juridique indépendamment du bureau du procureur général. Par conséquent, même si le gouvernement en place et la fonction publique n'ont pas toujours les mêmes intérêts, ils restent liés par les mêmes ambiguïtés par rapport aux opinions juridiques du gouvernement. Troisièmement, il y a peu de moyens, si tant est qu'il y en ait, de régler les différends entre le chef du gouvernement et le chef de la fonction publique, qui est lui-même nommé par le gouvernement (autrement que la démission ou le remplacement du chef de la fonction publique,

qui, dans un cas comme dans l'autre, n'impose nulle responsabilité à l'exécutif politique). Dans une épreuve de force, c'est la fonction publique qui se retrouve le plus souvent perdante.

Les crises constitutionnelles comme l'affaire du « budget Magna » sont rares⁵². Elles ne reflètent que la pointe de l'iceberg des imbroglios entre le politique et le bureaucratique. La plupart des formes de pression politique sur la prise de décision de la fonction publique sont réglées paisiblement, sans l'angoisse d'une crise constitutionnelle, par un coup de fil ou un courriel entre le greffier du Conseil privé et le cabinet d'un ministre ou entre les avocats du procureur général et les ministères sur une base hebdomadaire et parfois quotidienne. Occasionnellement, une fois par mois environ, un ou deux différends montent à la surface et font problème, brièvement, entre un ministre et un sous-ministre ou entre le secrétariat du Cabinet et le Cabinet du Premier ministre. Dans de rares cas, la fuite d'une note de service ou d'un document attire l'attention des médias et peut-être des partis d'opposition. Dans la très grande majorité des cas, peu d'écrits témoignent des tensions que peut provoquer une telle friction et plus rares encore sont les écrits qui indiquent comment la friction a été résolue (c.-à-d. un camp a-t-il courbé l'échine, manqué de cran ou y a-t-il eu compromis?). Il est loin d'être clair que le statu quo donne à la fonction publique la capacité (et la légitimité) de s'acquitter de ses obligations d'assurer le respect de la primauté du droit. Dans le climat actuel, on en est réduit à se demander si une culture d'intimidation n'est pas plus susceptible de l'emporter qu'une culture de la primauté du droit en cas de pression politique sur les fonctionnaires. Une culture de la primauté du droit peut-elle se développer cependant dans des contextes où les fonctionnaires ont un devoir de loyauté d'exécuter les volontés du gouvernement? C'est vers cet aspect de la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique que je me tourne maintenant.

2.2

Le devoir de loyauté

Je soumets que ni la convention d'une fonction publique non partisane ni l'adhésion à la primauté du droit n'est incompatible avec le devoir de loyauté de la fonction publique envers le gouvernement en place. L'aptitude de l'exécutif politique à remplir son mandat politique dépend entièrement de la loyauté et du professionnalisme de la fonction publique. Comme l'a noté la Commission de réforme du droit de l'Ontario, cependant, on ne peut pas comprendre la relation entre la neutralité politique et l'indépendance sans prendre en compte les devoirs de loyauté, de bonne foi et de confidentialité en common law :

Les devoirs de loyauté, de bonne foi et de confidentialité en common law devraient alors être perçus comme ayant deux rôles essentiels, qui sont l'un et l'autre des manifestations de « l'intérêt public » : assurer la saine administration des diverses divisions du gouvernement et encourager et maintenir le rôle indépendant traditionnel de la fonction publique. Toutefois, il est essentiel de souligner que « l'intérêt public » ainsi servi n'est pas monolithique; il est plutôt le résultat de la délicate mise en équilibre d'intérêts souvent concurrents, celui de l'employé souhaitant exercer ses droits individuels d'expression et d'engagement dans l'activité politique et celui du gouvernement souhaitant maintenir l'existence et l'apparence d'indépendance et d'impartialité de la fonction publique et assurer l'administration efficace de la province⁵³.

En théorie au moins, les devoirs de loyauté et de neutralité sont des attributs complémentaires. La relation entre les deux a été judicieusement résumée comme suit par sir C. K. Allen :

On s'attend du fonctionnaire qu'il fasse montre, et sauf de rares exceptions il en fait pleinement montre, de qualités de loyauté et

de discrétion. Il ne doit pas imposer son opinion à moins d'y être invité, mais au besoin, il doit la donner en toute candeur et en toute honnêteté. Si elle n'est pas acceptée et qu'une politique contraire à son avis est adoptée, il doit faire de son mieux et le fait invariablement pour la mettre en œuvre, même si elle lui déplaît personnellement. Si elle échoue, il doit résister à la tentation bien humaine de dire : « Je vous l'avais dit »; c'est toujours son devoir, dont il s'acquitte encore invariablement, de sauver son ministre du désastre, même s'il croit le désastre mérité⁵⁴.

Dans l'arrêt *Fraser*, le juge en chef Dickson écrit que les caractéristiques d'impartialité, de neutralité, d'équité et d'intégrité sont associées à la fonction publique et qu'une personne entrant dans la fonction publique est censée comprendre que ces valeurs exigent de la prudence quand il s'agit de critiquer le gouvernement⁵⁵. La connaissance, l'équité, l'intégrité et la loyauté sont les caractéristiques fondamentales qui caractérisent les aspirations de la fonction publique⁵⁶. Le juge en chef Dickson reconnaissait aux fonctionnaires un devoir de loyauté mitigé plutôt qu'absolu⁵⁷.

C'est aux tribunaux subséquents qu'il est revenu d'interpréter la nature mitigée de ce devoir pour résoudre le dilemme soulevé par l'arrêt *Fraser* — comment devaient être réglés les différends dans lesquels les idéaux de neutralité et de loyauté se contredisent? D'importance pour notre objet, ces cas concernaient des manquements à la loyauté où des fonctionnaires critiquaient les gouvernements. La jurisprudence de la fonction publique canadienne n'a pas encore traité de manière adéquate la question de loyauté excessive ou de « capture » par le gouvernement en place, est celle en cause dans l'affaire des commandites.

Une série de différends de travail entre les fonctionnaires et le gouvernement a suivi l'arrêt *Fraser*. L'analyse d'un échantillonnage de tels cas montre combien la loyauté et la neutralité sont en fait rarement

des valeurs complémentaires. L'un des cas les plus significatifs a été l'affaire *Haydon c. Canada*⁵⁸, qui concernait deux scientifiques ayant fait part à la télévision nationale de leurs soucis à propos de la procédure d'examen des médicaments au Canada. Ils avaient fait de sérieuses allégations, notamment que l'intégrité scientifique de Santé Canada était sapée par l'influence indue de considérations politiques partisans. Selon les conclusions du gouvernement, les deux scientifiques de Santé Canada avaient manqué à leur devoir de loyauté envers le gouvernement. Le directeur du bureau où travaillaient les deux scientifiques leur a adressé une réprimande écrite, disant : «Votre décision d'exprimer vos plaintes exceptionnelles dans un forum public va à mon avis à l'encontre de vos obligations de fonctionnaire . . . La dénonciation publique de la direction est incompatible avec la relation d'emploi d'un fonctionnaire »⁵⁹.

La question à résoudre par la Cour fédérale dans l'affaire *Haydon* était de savoir si le devoir de loyauté violait la liberté d'expression des fonctionnaires et si le sous-ministre délégué de Santé Canada avait agi raisonnablement en rejetant le grief de la réprimande des scientifiques. La juge Tremblay-Lamer a jugé que le devoir de loyauté en common law, tel qu'il est articulé dans *Fraser*, ne violait pas en soi la liberté d'expression garantie par la Charte. Elle a statué :

Selon moi, ces exceptions [de *Fraser*] s'appliquent aux questions d'intérêt public. Elles font en sorte que l'obligation de loyauté porte le moins possible atteinte, dans des limites raisonnables, à la liberté d'expression dans la réalisation de l'objectif d'une fonction publique impartiale et efficace. Lorsqu'une question suscite un intérêt public légitime et doit être débattue ouvertement, l'obligation de loyauté ne peut pas interdire toute divulgation par un fonctionnaire. L'obligation de loyauté en common law n'impose pas le silence sans réserve⁶⁰.

Madame la juge Tremblay-Lamer a aussi statué que la charge de déterminer si la critique ou la divulgation dans un cas particulier faisait

partie des exceptions au devoir de loyauté reconnues dans *Fraser* incombait au gouvernement souhaitant sanctionner le fonctionnaire. En d'autres termes, en confirmant la réprimande dans *Haydon*, le sous-ministre délégué était censé avoir conclu que les exceptions de *Fraser* ne s'appliquaient pas à la critique faite par les scientifiques de Santé Canada. Ayant ainsi formulé le « critère de l'arrêt *Fraser* », la juge Tremblay-Lamer a conclu que le sous-ministre délégué avait commis une erreur en droit en omettant de considérer l'allégation de pression politique induite faite par les scientifiques qui, selon elle, relevait nettement de la première exception au devoir de loyauté reconnue dans l'arrêt *Fraser*, à savoir la divulgation de politiques mettant en danger la vie, la santé ou la sécurité du public. La juge Tremblay-Lamer a aussi confirmé que les allégations d'ingérence politique devaient être soulevées, en tout premier lieu, par la structure de surveillance interne. C'est un point important à faire valoir, car il donne à penser que si tous les fonctionnaires ont des devoirs constitutionnels hors du champ de la responsabilité ministérielle et peuvent refuser de suivre des instructions lorsqu'elles leur semblent empiéter sur la primauté du droit ou la règle d'une fonction publique non partisane, il pourrait en résulter un chaos. Obliger à soulever les préoccupations à l'interne (sauf circonstances exceptionnelles) veut dire en fait que les questions de frontières seront traitées au niveau du sous-ministre délégué ou du sous-ministre. Ainsi, ni la discipline interne ni la confidentialité ne sont compromises par les devoirs constitutionnels des fonctionnaires.

La mise en équilibre de la loyauté et de la neutralité requiert non seulement des principes de fonctionnement adaptés aux réalités politiques, mais aussi des normes assez souples. Ces normes doivent offrir une protection réelle à ceux qui révèlent des secrets pour sauvegarder l'intérêt public en même temps que contrecarrer toute tentative de fonctionnaires motivés par des raisons partisanes d'empêcher le gouvernement de poursuivre ses intérêts légitimes.

Comme l'a fait observer le juge Cooke dans l'affaire *Alberta Union of Provincial Employees c. Alberta*, le devoir de loyauté existe pour assurer que le gouvernement puisse effectivement viser des buts légitimes en dépit des opinions personnelles de ses fonctionnaires⁶¹. Si les buts ne sont pas légitimes (par exemple, lorsqu'il y a ingérence politique), il ne peut pas et ne devrait pas être invoqué pour forcer les fonctionnaires à l'obéissance.

Les tribunaux ont résolu les tensions implicites dans les précédents sur le « devoir de loyauté » en insistant sur la recherche de l'équilibre. Qu'il s'agisse de la Charte ou de la common law, la tâche des tribunaux est la même, veiller à ce que les restrictions de la capacité des fonctionnaires de parler de politique et de sujets politiques soient éclairées par les attentes légitimes de loyauté du gouvernement et les attentes légitimes d'impartialité et de vigilance des fonctionnaires du public. Les fonctionnaires, parce qu'ils exercent un important pouvoir discrétionnaire dans l'exécution de l'autorité publique ou l'élaboration et la mise en œuvre de la politique publique, ne peuvent jamais être simplement les « serviteurs » de « maîtres » politiques. Ils doivent toujours garder une distance de bon aloi, au sens littéral et au sens figuré, des intérêts partisans du gouvernement. Dans ce sens, l'emploi à la fonction publique n'est pas comme les autres milieux de travail; le devoir de loyauté chez les fonctionnaires n'est pas comme le devoir de loyauté ordinaire des employés à leurs employeurs.

Le cadre défini dans l'arrêt *Fraser* est un point de départ utile pour cet exercice de mise en équilibre, mais les instances inférieures ayant à juger des différends contradictoires entre des fonctionnaires et le gouvernement ont trop souvent eu tendance à traiter ce cadre comme un « critère ». Au lieu d'une réflexion sérieuse et d'une application souple des principes sous-tendant l'arrêt *Fraser*, les tribunaux se sont contentés d'une analyse étroite pour déterminer si l'activité contestée dans une cause donnée entre dans l'une des catégories exceptionnelles reconnues

dans l'arrêt *Fraser*. Cette façon de procéder laisse sans réponse la question de savoir comment une cour réagira à un fonctionnaire qui omet de tirer la sonnette d'alarme quand se posent des problèmes de primauté du droit ou de neutralité — autrement dit, l'arrêt *Fraser* permet-il aux fonctionnaires de critiquer publiquement le gouvernement (ou de refuser d'exécuter un ordre du gouvernement) là où il est justifié de le faire ou les oblige-t-il à le faire lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen d'exposer l'activité abusive? Cette lacune de la jurisprudence sur le devoir de loyauté met l'accent sur la nécessité d'une commission indépendante de la fonction publique qui traiterait des questions de loyauté, d'éthique et d'ingérence politique (cette proposition est esquissée plus bas).

À la lumière de l'analyse qui précède, le contenu de l'indépendance bureaucratique doit inclure, au minimum, les conditions, les structures, les garanties ou les protections nécessaires pour assurer la neutralité politique de la fonction publique, l'adhésion à la primauté du droit et le respect du devoir de loyauté. Bruce Ackerman a soutenu qu'une nouvelle doctrine de séparation des pouvoirs pour le XXI^e siècle doit prendre comme point de départ les réalités de l'État administratif et voir comment une constitution moderne « devrait être conçue pour protéger certaines structures bureaucratiques fondamentales contre l'intervention ponctuelle des politiciens ». Le premier rempart contre la politisation reste le principe d'embauche et de promotion au mérite au sein de la fonction publique⁶². L'intégrité de la fonction publique, toutefois, ne peut se borner aux relations de travail; elle doit s'étendre à l'interaction quotidienne de l'exécutif politique et de la fonction publique. Dans ce cadre, il doit y avoir un principe équivalent au « mérite » en jeu.

En définitive, cependant, la meilleure garantie contre l'ingérence politique n'est pas de caractère objectif; elle émane plutôt de la volonté politique. L'intervention judiciaire dans les disputes très médiatisées ne changera probablement pas une culture qui voit la nomination

d'amis et de partisans aux échelons supérieurs de la fonction publique comme un instrument de mise en œuvre de la politique. Les principes constitutionnels ne peuvent être entièrement laissés aux mains de l'exécutif politique ou de la fonction publique pour en faire ce qu'ils veulent. Les tribunaux ont un rôle à jouer dans le règlement des différends et l'élaboration des frontières. Il ne faut pas non plus déduire du fait que la relation entre les organes de l'exécutif fait appel à des principes constitutionnels que sa définition doit être entièrement laissée aux avocats. L'indépendance bureaucratique implique des normes de loi constitutionnelle et administrative, le processus politique et l'administration publique. Seules des mesures qui se répercutent sur toutes ces sphères seront efficaces.

3 L'évaluation et l'élaboration de frontières

L'analyse conclut en récapitulant les forces et les faiblesses possibles de l'accroissement de l'indépendance des fonctionnaires. Cela requiert, comme je l'ai indiqué plus tôt, la mise en équilibre de la valeur d'indépendance et d'autres valeurs importantes comme la responsabilité et les attentes légitimes de loyauté et de professionnalisme des gouvernements élus. Il y a un rôle pour plusieurs institutions dans ce processus, dont le vérificateur général, les enquêtes publiques, les tribunaux et les décideurs. Je ne m'attarderai pas à la création de nouvelles institutions comme le modèle de l'agent comptable (traité dans le document du professeur Franks) ni au réexamen d'institutions existantes comme le rôle de la responsabilité ministérielle, des sous-ministres ou du greffier du Conseil privé, aussi abordés dans d'autres documents. Je me concentrerai plutôt sur un éventail d'institutions et de mécanismes qui pourraient influencer sur la relation quotidienne entre les fonctionnaires et les ministres et qui pourraient conduire à des changements dans la culture des deux sphères de l'exécutif.

3.1

Le rôle de la révision judiciaire

Il n'est ni pratique ni souhaitable que les fonctionnaires aient à amorcer une révision judiciaire pour mettre en doute ou contester les actes du gouvernement. Toutefois, le développement de l'indépendance bureaucratique comme norme constitutionnelle est dû en bonne partie à la jurisprudence de la Cour suprême dans des affaires comme *Fraser*. La révision judiciaire remplit au moins trois rôles importants :

- elle confirme et clarifie la portée de la convention sur la neutralité politique et de la primauté du droit;
- elle interprète les textes constitutionnels et légaux, et l'application des garanties de liberté d'expression et d'égalité de la Charte à la fonction publique et aux lois de la fonction publique; et
- elle élabore et diffuse les normes de common law applicables aux fonctionnaires comme le devoir de loyauté.

Il y a cependant de sérieuses limitations à l'efficacité de la révision judiciaire pour maintenir la frontière entre les sphères politique et bureaucratique. Premièrement, la révision judiciaire ne survient qu'après les événements en question, souvent plusieurs années après. Deuxièmement, la preuve sur laquelle repose la décision peut être assez limitée, à cause des privilèges du Cabinet et du privilège du secret professionnel de l'avocat. Troisièmement, la révision judiciaire est une procédure trop lourde et trop coûteuse pour traiter un grand nombre de cas. Les questions de représentation par avocat et de frais peuvent aussi compromettre l'accès à la révision judiciaire.

Enfin et surtout, il n'est pas clair que les fonctionnaires auraient le droit d'intenter une poursuite dans une affaire d'ingérence politique ou de conduite politique abusive. Serait-ce une action publique en recours déclaratoire? Pourrait-elle jeter les bases d'une réclamation de

dommages-intérêts? En supposant que c'est une révision judiciaire au sens de la loi administrative, encore une fois le recours n'est pas clair — serait-ce une déclaration d'invalidité ou l'annulation d'une décision? Un manquement à la « déclaration de valeurs » pourrait-il être déféré à un tribunal?

La révision judiciaire a surtout joué un rôle dans la relation de l'exécutif politique et de la fonction publique jusqu'ici dans des différends de travail (d'ordinaire dans des cas de griefs à la suite de sanctions ministérielles). Ce n'est pas le cadre idéal pour l'interprétation des devoirs constitutionnels des fonctionnaires. Un organisme spécialisé investi d'un mandat de surveillance plus générale des activités quotidiennes des fonctionnaires serait préférable pour interpréter en tout premier lieu les obligations des fonctionnaires.

3.2

Le rôle du vérificateur général

Contrairement aux tribunaux, qui doivent attendre passivement que les causes soient portées devant eux, le vérificateur général du Canada et les vérificateurs généraux des provinces sont une source importante de reddition active de comptes des activités du gouvernement. Cette surveillance s'étend à la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique. Comme le vérificateur général est un agent du Parlement et agit de façon indépendante de l'exécutif, il est bien placé pour surveiller la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique dans des programmes particuliers, les ministères ou des divisions.

Le vérificateur général, cependant, ne peut faire respecter les frontières juridiques qui encadrent l'action de la fonction publique — il n'a que le pouvoir de faire rapport au Parlement (qui peut lui-même être manipulé au gré du calendrier des séances parlementaires). De plus, si le vérificateur général peut découvrir des manquements aux règles et un mépris des

procédures, comme dans le cas du Programme de commandites, son mandat ne l'autorise pas à explorer les causes de tels problèmes.

3.3

Le rôle des comités parlementaires

Le Parlement est l'un des rares organismes en dehors des tribunaux qui aient la légitimité nécessaire pour réclamer des comptes des ministres du Cabinet et conférer de la légitimité à l'indépendance bureaucratique. Les comités parlementaires peuvent à leur tour amener à la fois les hauts fonctionnaires et les ministres à répondre davantage de leurs actes. La première enquête sur l'affaire des commandites à la suite du rapport de 2003 de la vérificatrice générale a été instituée par un comité parlementaire en 2004 et a révélé les limites du système actuel de comités parlementaires. Les comités ont extraordinairement peu de ressources dans lesquelles puiser pour mener des enquêtes efficaces et ils sont inhibés par la partisanerie. Quelques commissions et révisions ont déjà réclamé un système plus robuste de comités parlementaires et une plus grande capacité du Parlement de forcer le gouvernement en place à rendre compte de ses actes, mais les progrès ont été lents et minces au mieux⁶³.

Dans son dixième rapport, le Comité des comptes publics a formulé une série de recommandations exceptionnellement activistes qui, encore plus exceptionnellement, ont reçu l'appui multi-partisan du comité. Le rapport recommandait entre autres que le Canada adopte un modèle d'agent comptable semblable à celui du Royaume-Uni, en vertu duquel les sous-ministres sont directement et personnellement responsables devant le Parlement de l'organisation générale, de la politique de gestion et d'emploi du ministère et des procédures financières⁶⁴. La réponse du gouvernement au dixième rapport a rejeté le modèle de l'agent comptable et ajouté ce qui suit :

Le rapport donne l'impression générale qu'il y a de l'ambiguïté dans le système actuel; cependant, il n'y a pas d'ambiguïté quant à l'imputation de responsabilité — les ministres sont responsables devant le Parlement de l'ensemble de l'administration et de la direction de leur ministère, qu'il s'agisse de politique ou d'administration et qu'il s'agisse de mesures prises par les ministres personnellement ou par des fonctionnaires non élus sous leur autorité ou de pouvoirs dont ils sont investis directement.

Il n'y a pas non plus d'ambiguïté dans les responsabilités des sous-ministres. Les sous-ministres sont responsables envers leur ministre (et finalement, par l'intermédiaire du greffier du Conseil privé, envers le Premier ministre) de l'exercice de leurs responsabilités, telles qu'elles sont définies par la loi ou les politiques de gestion approuvées par le Conseil du Trésor. Même quand les hauts fonctionnaires soutiennent la responsabilité de leur ministre en donnant publiquement de l'information, comme lorsqu'ils comparaissent devant les comités parlementaires, ils le font au nom de leur ministre. Ces agents sont responsables devant le Parlement en ce qu'ils ont l'obligation d'informer et d'expliquer. Ils n'ont pas de responsabilité directe envers le Parlement et ne peuvent adopter une ligne de conduite (qui nécessiterait une décision des ministres) ni être soumis aux conséquences personnelles que les parlementaires peuvent infliger.

Comme je l'ai indiqué plus haut, je suis en désaccord avec la caractérisation de la responsabilité de la fonction publique comme étant entièrement subsumée dans la responsabilité ministérielle. D'après mon analyse, il n'y a pas d'obstacles constitutionnels qui empêchent les sous-ministres d'être directement responsables envers le Parlement par l'intermédiaire du système des comités. De plus, certains principes constitutionnels suggèrent qu'une telle responsabilité peut être souhaitable. Il y a deux principes tels que j'ai soulignés (responsabilité

du maintien d'une fonction publique non partisane et responsabilité de l'adhésion à la primauté du droit). Dans ces deux cas, si les sous-ministres (et, en définitive, le greffier du Conseil privé) sont appelés devant les comités parlementaires pour rendre compte de la conduite des fonctionnaires (et de leur propre conduite), ils s'adressent au Parlement en tant que direction de la fonction publique, un « organe (distinct) du gouvernement » d'une voix indépendante de leur ministre.

3.4

Le rôle des enquêtes publiques

Ceci peut être le point le plus prévisible soulevé dans le présent document (vu l'attention qu'a prêtée cette Commission à la question de l'ingérence politique et de la fragilité de la fonction publique non partisane), mais il est important de ne pas perdre de vue le rôle des enquêtes publiques dans l'exploration, l'élaboration et le développement de frontières juridiques entre les fonctionnaires et l'exécutif politique.

Bien que les enquêtes ne puissent faire de conclusions de droit et soient distinctes des tribunaux dans ce sens, elles peuvent offrir des analyses des politiques, des pratiques, des institutions et des procédures dans leur rôle d'information et de recommandation. Dans ce sens, elles peuvent aller plus loin que les tribunaux et servir de catalyseur de changement et de réforme. En plus de l'enquête sur les commandites, l'enquête Arar et l'enquête Ipperwash, qui sont en cours, examinent entre autres des allégations d'ingérence politique ou de manque d'impartialité dans les décisions de fonctionnaires.

3.5

Le rôle des commissions de la fonction publique

Bien que les cours de justice jouent nettement un rôle crucial dans l'établissement et l'élaboration de frontières entre les sphères du pouvoir politique et de la fonction publique, elles ne sont pas les

institutions idéales pour traiter de la surveillance ou du raffinement de ces frontières. Ceci peut mieux convenir à la souplesse et à l'expertise d'une commission ou d'un tribunal. La plupart des administrations canadiennes disposent de commissions de la fonction publique d'un type ou l'autre, mais leur mandat ne va pas jusqu'à régir la relation entre les ministres et les fonctionnaires.

Dans le cadre de la modernisation de la gouvernance de la fonction publique fédérale, la Commission canadienne de la fonction publique deviendra en décembre 2005 une institution indépendante qui fait rapport au Parlement. L'article 23 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, qui entrera en vigueur à la fin de 2005, prévoit que les rapports de la Commission seront déposés au Parlement :

- 1) Dans les meilleurs délais suivant la fin de l'exercice, la Commission établit et transmet au ministre désigné par le gouverneur en conseil pour l'application du présent article un rapport — pour l'exercice — sur les questions qui relèvent d'elle.
- 2) Ce ministre fait déposer le rapport devant chaque chambre du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception.
- 3) La Commission peut, à toute époque de l'année, présenter au Parlement un rapport spécial sur toute question relevant de ses attributions et dont l'urgence ou l'importance sont telles, selon elle, qu'il serait contre-indiqué d'en différer le compte rendu jusqu'à l'époque du rapport annuel suivant.

Ce qui renforcera davantage l'indépendance de la Commission de la fonction publique, c'est que le Parlement approuvera la nomination du président de la Commission et que le président restera en fonction pour un mandat fixe de sept ans.

La protection de l'impartialité politique de la fonction publique est l'une des missions de base de la Commission en vertu de sa nouvelle loi constitutive. La Commission de la fonction publique a de multiples mandats, qui comprennent l'élaboration de la politique, le pouvoir d'enquête, de vérification, de juger des plaintes et de prendre des mesures correctives (dont ordonner la révocation d'emploi d'un fonctionnaire)⁶⁵.

Toutefois, la portée des pouvoirs de la Commission concernant l'impartialité de la fonction publique est limitée d'au moins deux façons. D'abord, la Commission ne se préoccupe que d'activités politiques étroitement reliées à un parti. Cela embrasserait les activités des fonctionnaires pour promouvoir les intérêts du Parti libéral du Canada, comme on en a vu dans le Programme des commandites, mais non pas les activités destinées à promouvoir une cause particulière (par exemple, le séparatisme au Québec) mais non reliées à un parti en particulier. Ensuite, le rôle de la Commission à l'égard des activités politiques se rapporte surtout à la surveillance des fonctionnaires qui veulent se porter candidats ou participer à des campagnes politiques. La Commission n'est pas conçue pour surveiller et prévenir l'ingérence politique sur une base quotidienne (la seule exception est en matière d'emploi où la Commission joue un rôle clé pour assurer que les décisions d'emploi ne sont soumises à aucune influence partisane). On peut aussi s'interroger sur la suffisance des ressources de la Commission et sa capacité d'obtenir les ressources dont elle aurait besoin si elle cherchait à élargir son mandat. À cet égard, il peut être souhaitable de clarifier l'un des plus importants pouvoirs de la Commission, qui est d'agir comme commission d'enquête avec tous les pouvoirs nécessaires en vertu de la *Loi sur les enquêtes*⁶⁶.

Une autre limite possible de l'indépendance de la Commission, c'est sa dépendance à l'égard des avocats du ministère de la Justice pour obtenir ses opinions juridiques. Encore une fois, comme dans le cas des conseils juridiques indépendants au greffier du Conseil privé sur les questions

touchant les devoirs constitutionnels des fonctionnaires, la Commission peut devoir adopter une position contraire à celle du gouvernement en place (c'est particulièrement le cas lorsque la Commission intervient devant le tribunal administratif qui a compétence sur les différends de travail avec les fonctionnaires.)

Cela soulève un grand dilemme — qui a le dernier mot sur la nature et l'étendue des devoirs de la fonction publique en vertu de la Constitution? Le procureur général doit avoir le dernier mot pour le gouvernement sur les questions d'ordre constitutionnel (et doit démissionner si le Cabinet rejette son avis). S'il n'appartient pas au procureur général de parler pour la Commission de la fonction publique (ou le greffier du Conseil privé), quel point de vue l'emporte s'il y a conflit entre la position constitutionnelle de l'exécutif politique et la position de la fonction publique (et s'il y a conflit entre le greffier du Conseil privé et le président de la Commission à cet égard)? La résolution de ce dilemme a en partie rapport aux réformes du mandat du greffier du Conseil privé et aux mesures de protection contre les nominations politiques à cette position⁶⁷. Puisque le rôle du greffier est de représenter la fonction publique auprès du gouvernement, j'estime qu'il ne peut être aussi de représenter le gouvernement auprès de la fonction publique. Ce conflit potentiel entre les voix articulant les frontières constitutionnelles et juridiques entre la sphère politique et celle de la fonction publique se compliquera davantage encore quand la nouvelle loi sur la protection des dénonciateurs sera promulguée, créant un nouvel organisme avec compétence sur l'interface entre les sphères politique et bureaucratique.

Ce dilemme touche à l'essentiel des propositions du présent document — premièrement, que la fonction publique a des obligations et des responsabilités constitutionnelles indépendantes pour lesquelles la responsabilité ministérielle ne convient pas (car ces obligations se rapportent directement à des contrôles du pouvoir ministériel) et

deuxièmement, qu'à la lumière de la nature indépendante de ces obligations, elles doivent être soumises à une surveillance indépendante, dont est investi un organisme hors de l'autorité du gouvernement. En attendant de résoudre ce point critique d'ordre constitutionnel, il peut être prudent de prévoir simplement un pouvoir de renvoi à la Cour fédérale en cas de conflit.

Quelle que soit son autorité sur la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique, la Commission de la fonction publique devrait avoir pour premier rôle de définir les normes auxquelles les fonctionnaires doivent se conformer. Ces normes, comme je l'ai indiqué plus tôt par rapport à l'arrêt *Fraser*, se trouvent dans une certaine mesure dans les précédents, mais plus spécifiquement dans la loi et les directives. Ce sont les autres sources de telles normes que j'aborde maintenant.

3.6

Les codes de la fonction publique et le rôle de la « loi douce »

La question de savoir qui a la charge de veiller sur la relation entre le politique et la fonction publique concorde avec la question de la source des normes et frontières qui régissent cette relation. J'ai mentionné que les normes et principes constitutionnels constituent une source importante et trop souvent négligée de ces normes et frontières. Le besoin de clarté et de cohérence commande cependant de codifier ces normes et frontières. C'est la fonction et l'objet des codes et des déclarations d'éthique et de valeurs de la fonction publique.

Les codes de la fonction publique peuvent être de nature législative⁶⁸, mais ils peuvent aussi se présenter sous forme de codes, de directives et de déclarations de valeurs d'ordre non législatif. Les directives et les codes sont d'une espèce qu'on appelle parfois des « quasi-lois »⁶⁹ ou des « lois douces »⁷⁰. La distinction entre les instruments législatifs et non législatifs est importante, car les codes législatifs sont jugés

« exécutoires » et applicables tandis que les codes et directives, établis par et pour l'exécutif, sont « non exécutoires. »

Les codes d'éthique et les directives politiques varient selon différents cadres politiques et bureaucratiques. Quoiqu'ils ne soient pas exécutoires, ces codes constituent un guide important et peuvent influencer la philosophie et la culture administrative de la fonction publique. Par exemple, comme la responsabilité ministérielle est un principe constitutionnel non écrit, elle peut être sujette à diverses interprétations. La directive du bureau du Conseil privé intitulée *Gouverner de façon responsable : Le Guide du ministre et du ministre d'État* engage le gouvernement à une interprétation particulière (même si elle est inapplicable devant les tribunaux)⁷¹. Ces instruments sont parfois élaborés en réponse à des pressions externes et parfois par initiative interne. D'autres cadres bureaucratiques n'ont ni code d'éthique ni directives politiques. Cette évolution *ad hoc* des codes et directives remet en question leur aptitude à assurer la responsabilité, la cohérence et l'équité de la gouvernance de l'administration publique⁷².

Les codes d'éthique régissent généralement la conduite des titulaires de charge publique dans les cas de conflit d'intérêts d'ordre pécuniaire ou associatif et déterminent les circonstances dans lesquelles un fonctionnaire doit divulguer certains renseignements ou prendre certaines mesures correctives pour éviter un conflit d'intérêt⁷³. Par exemple, le Code de la fonction publique du Royaume-Uni inclut les dispositions suivantes :

- 1) Le rôle constitutionnel et pratique de la fonction publique est d'aider, avec intégrité, honnêteté, impartialité et objectivité, le gouvernement dûment constitué du Royaume-Uni, l'Exécutif écossais ou l'Assemblée nationale du Pays de Galles constitués en conformité des lois sur l'Écosse et le gouvernement du Pays de Galles de 1998, quelle que soit leur composition politique, à formuler leurs politiques, à exécuter leurs décisions et à administrer la fonction publique dont ils sont responsables.

- 2) Les fonctionnaires sont au service de la Couronne. Constitutionnellement, toutes les administrations font partie de la Couronne et, sous réserve des dispositions de ce code, les fonctionnaires doivent loyauté à l'administration qu'ils servent.
- 3) Ce code doit être vu dans le contexte des devoirs et responsabilités définis pour les ministres du Royaume-Uni dans le Code ministériel or dans les documents équivalents rédigés pour les ministres de l'Exécutif écossais ou l'Assemblée nationale du Pays de Galles, qui incluent :
 - la responsabilité devant le Parlement ou, pour les secrétaires de l'Assemblée, devant l'Assemblée nationale;
 - l'obligation de fournir au Parlement ou à l'Assemblée et au public le plus d'information possible sur leurs politiques, leurs décisions et leurs actes, et de ne pas sciemment les tromper ou les induire en erreur;
 - l'obligation de ne pas utiliser de ressources publiques pour les fins d'un parti politique, de préserver l'impartialité politique de la fonction publique et de ne pas demander aux fonctionnaires d'agir d'une façon qui enfreindrait le Code de la fonction publique;
 - l'obligation de considérer équitablement et avec l'importance qu'ils méritent les conseils éclairés et impartiaux des fonctionnaires, de même que d'autres considérations et avis, avant de prendre des décisions; et
 - l'obligation d'obéir à la loi, y compris la loi internationale et les obligations des traités, et de maintenir l'administration de la justice.
- 11) Lorsque un ou une fonctionnaire se croit tenu ou tenue d'agir d'une façon qui :
 - est illégale, inappropriée ou immorale;

- enfreint une convention constitutionnelle ou un code professionnel;
- peut engendrer une mauvaise administration; ou
- est autrement incompatible avec ce code;

il ou elle doit signaler l'affaire en conformité des procédures établies par les guides ou règles de conduite de son ministère ou de son administration. Un fonctionnaire doit aussi faire part aux autorités compétentes de tout signe d'activité criminelle ou illégale par d'autres et peut aussi faire rapport en accord avec les procédures pertinentes d'autres infractions à ce code dont il ou elle a connaissance ou si on lui demande d'agir d'une façon qui lui pose un vrai problème de conscience.

- 12) Lorsqu'un ou une fonctionnaire a fait part d'une affaire visée par le paragraphe 11 en accord avec les procédures pertinentes et croit que la réponse ne représente pas une réponse raisonnable à ses motifs d'inquiétude, il ou elle peut faire part de l'affaire par écrit au Bureau des commissaires de la fonction publique . . .

Au Canada, en revanche, la fonction publique est régie par un *Code des valeurs et d'éthique de la fonction publique*, qui inclut, en plus d'une déclaration de valeurs et d'éthique pour la fonction publique, des directives sur les conflits d'intérêt, des directives sur les restrictions quant à l'après-mandat et une section intitulée « Pistes de solution ». Cette section indique ce qui suit :

Tout fonctionnaire peut soulever, discuter et tenter d'éclairer les questions qui le préoccupent concernant le Code avec son gestionnaire ou le cadre supérieur désigné à cette fin par l'administrateur général, en vertu des dispositions du présent Code et selon les procédures et modalités mises en place par ce dernier.

Tout fonctionnaire qui est témoin ou qui possède de l'information concernant un acte fautif au travail peut le soumettre en confiance

et sans crainte de représailles à l'agent supérieur désigné à cette fin par l'administrateur général, en vertu des dispositions de la *Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail*.

S'il estime qu'il lui est demandé d'agir de manière incompatible avec le chapitre 1 du présent Code, tout fonctionnaire peut, afin de trouver une solution, soumettre le problème, en toute confiance et sans crainte de représailles, à l'agent supérieur tel que décrit ci-dessus.

Si le problème n'a pas été examiné comme il se doit à ce niveau hiérarchique, ou si le fonctionnaire estime que la dérogation au Code ne peut être divulguée en confiance dans son ministère, le problème peut être renvoyé, en toute confiance, à l'agent de l'intégrité de la fonction publique, en conformité avec la *Politique sur la divulgation interne d'information concernant des actes fautifs au travail*.

Selon toute probabilité, la majeure partie des problèmes découlant de l'application du présent Code pourront être résolus au niveau de l'organisation concernée⁷⁴.

Ce code pourrait être sérieusement renforcé à au moins deux égards : d'abord, le Code devrait établir clairement que l'ingérence politique dans l'impartialité de la prise de décision de la fonction publique est inacceptable et ensuite le Code devrait imposer des contraintes expresses aux activités du personnel ministériel exempt.

Même si les « lois douces » tombent dans une catégorie « non exécutoire », la forme et le contenu de ces codes envoient des signaux de grandeur inégale à ceux qu'ils affectent. Le Code de la fonction publique du Royaume-Uni, parce qu'il est législatif et qu'il invite expressément les fonctionnaires à dénoncer l'ingérence politique ou

les cas d'instructions qui sont inappropriées, illégales ou immorales ou qui peuvent conduire à la « mauvaise administration », envoie sans doute un message plus fort que le *Code des valeurs et d'éthique de la fonction publique* du Canada. Mieux encore, le fonctionnaire britannique qui est insatisfait de la réponse de son ministère peut soumettre l'affaire à la Commission de la fonction publique, recours que n'offre pas le Code canadien⁷⁵. Il est cependant révélateur que l'introduction du Code, acclamée comme la « révolution culturelle de Whitehall »⁷⁶, a produit remarquablement peu de changement. Seulement six plaintes ont été adressées aux commissaires de la fonction publique depuis sept ans que le Code est en vigueur et, selon le chef de la Commission de la fonction publique du Royaume-Uni, « le Code ne s'est pas infiltré dans la culture — il n'a pas changé la façon dont les gens se conduisent ou réagissent »⁷⁷. C'est un avertissement important. Un important aspect du rapport de la phase I de la Commission d'enquête sur le Programme de commandites, en rendant hommage aux idéaux qui animent généralement la fonction publique, révélait les conséquences troublantes d'une culture perméable à l'ingérence politique.

Il faudrait à mon avis donner une forme législative aux codes de la fonction publique pour marquer la gravité des questions qu'ils traitent et établir l'imprimatur du Parlement sur leurs dispositions (à cet égard, il est important qu'un tel code soit approuvé par tous les partis au Parlement, si possible).

3.7

Le Conseil du Trésor et le Bureau du Conseil privé

Les deux organismes gouvernementaux qui ont pour mandat de couvrir la relation entre les sphères de la fonction publique et de la politique sont le Conseil du Trésor et le Bureau du Conseil privé (BCP) dirigé par le greffier du Conseil privé. Ces deux ministères ont joué un rôle clé dans le Programme des commandites⁷⁸.

J'ai déjà parlé en plusieurs occasions dans le présent document de l'importance du greffier du Conseil privé. À titre de représentant de la fonction publique auprès du gouvernement en place, le greffier joue un rôle clé dans la défense des frontières entre la fonction publique et l'exécutif politique. Le rôle du greffier dans la reconnaissance de la responsabilité du Premier ministre à l'égard du Programme de commandites est décrit dans le rapport de la phase I de l'enquête⁷⁹. M^{me} Bourgon, ancien greffier du Conseil privé, a plusieurs fois prévenu le Premier ministre du danger d'assumer la responsabilité personnelle du fonds des commandites. Je crois cependant que si les recommandations que j'ai faites étaient adoptées, le greffier du Conseil privé devrait aller plus loin et s'assurer que le fonds des commandites n'est pas géré hors de la primauté du droit avant de permettre que des ressources et le personnel de la fonction publique soient déployés à l'appui de sa gestion.

En plus de son rôle de sauvegarde de l'intégrité de la fonction publique, le BCP est particulièrement important comme source d'information et de conseils pour les ministres. Je crois qu'il pourrait aussi jouer un rôle de premier plan dans l'élaboration de normes et de directives applicables au personnel politique (surtout, comme il est recommandé dans le présent document, s'il n'est plus exempt des normes de conduite publiques et applicables).

Le Conseil du Trésor, à titre d'employeur nominal de la fonction publique, joue clairement un rôle crucial dans la clarification et la reconnaissance des devoirs constitutionnels des fonctionnaires. Le Conseil du Trésor établit les normes, les politiques et les pratiques qui régissent la conduite de la fonction publique, eu égard particulièrement à la surveillance des activités financières. Sur la foi des témoignages entendus à la Commission d'enquête sur le Programme de commandites, le commissaire a conclu : « La Commission reste avec l'impression que le Conseil du Trésor ne considère plus sa fonction de surveillance comme une partie importante de ses responsabilités »⁸⁰.

Le Conseil du Trésor a été le premier foyer de réforme à la suite du rapport de 2003 de la vérificatrice générale. La réforme a inclus plusieurs initiatives visant à resserrer les exigences de rapport et de reddition de comptes pour les gestionnaires des ministères⁸¹. À l'occasion d'un récent témoignage devant le Comité des comptes publics, le ministre responsable du Conseil du Trésor, l'honorable Reg Alcock, a résumé cette activité dans les termes suivants :

Le Premier ministre actuel est entré en fonction avec une série très claire d'objectifs au moment de la transition, dont l'un était de renforcer le rôle du Conseil du Trésor comme agence centrale de gestion du gouvernement et de lui faire augmenter ses capacités de surveillance internes. En même temps, j'avais instruction directement du Premier ministre de rétablir la position de contrôleur général. Au lieu de passer en revue l'ensemble de cette activité cependant, je veux établir une chose dès le départ : le changement dans la gestion, le changement dans toute grande organisation, est un processus par opposition à une série d'une ou deux grandes décisions.

J'ai pris, au cours des 18 ou 19 derniers mois, une série de près de, je crois, 158 décisions distinctes qui affectent la gestion du gouvernement. Ces décisions ont été prises par moi et mes collègues du BCP et des services gouvernementaux et elles ont résisté au cours normal de présentation d'un grand plan, d'un grand dessein, parce que j'estimais que nous serions mieux servis, que les citoyens seraient bien mieux servis et que la fonction publique serait bien mieux servie en abordant les problèmes un à un, en procédant par étapes pour améliorer le système.

Vendredi, j'ai fait plusieurs autres annonces à propos du programme de gestion et d'audit interne, un domaine que j'avais signalé plus tôt et auquel j'avais travaillé dans le rapport de la Couronne. J'avais annoncé il y a près d'un an mon intention de passer à une forme

nouvelle, plus vigoureuse d'audit interne. J'ai pu annoncer vendredi l'achèvement de cette politique, qui a été adoptée par le Conseil du Trésor et qui fait maintenant partie de la structure de gestion interne du gouvernement. Nous avons d'autre travail à faire chez les agents supérieurs des finances et le contrôleur général y travaille maintenant⁸².

Les réponses du Conseil du Trésor sur le renforcement de la surveillance débordent le sujet du présent document, mais dans la mesure où cet examen a porté sur la responsabilité des ministres et des hauts fonctionnaires, comme je l'ai fait observer dans l'introduction plus haut, l'optique du Conseil du Trésor est, à mon avis, excessivement étroite et ne tient pas compte des devoirs constitutionnels de la fonction publique.

3.8

Le rôle de la formation et de l'éducation

La formation et l'éducation sont nettement les pierres angulaires de l'édification d'une culture administrative nouvelle et vigoureuse dans laquelle figurent bien en évidence les frontières entre la sphère politique et la fonction publique et l'engagement de la fonction publique à préserver la primauté du droit.

Dans le cadre d'une étude sur l'indépendance de la bureaucratie, j'ai interviewé nombre de directeurs, de sous-ministres adjoints et de sous-ministres sur la façon dont les fonctionnaires nouvellement embauchés apprenaient les frontières entre la fonction publique, le personnel politique et les ministres. La plupart des réponses indiquent que l'apprentissage se fait « par osmose », « par mentor » et « par l'exemple », et qu'il n'y a pratiquement pas d'instruction formelle ni de formation d'aucune sorte qui traitent ces questions. Cette situation doit changer.

Un code révisé de la fonction publique et une commission renforcée de la fonction publique pourraient et devraient être des catalyseurs de

formation (formelle et informelle) visant à répandre de l'information sur les frontières entre l'exécutif politique et la fonction publique.

4 Conclusions

Dans le présent document, j'ai tenté de démontrer que des frontières constitutionnelles et légales existent et font partie du fondement du modèle Westminster de démocratie parlementaire. De plus, j'ai souligné que ces frontières sont dynamiques et des « lignes dans le sable » déterminées par le contexte. Même si ces frontières sont d'origine constitutionnelle, j'ai fait valoir qu'elles doivent être développées par l'interprétation des commissions et des codes de la fonction publique, non pas simplement par l'interprétation que font les juges des conventions constitutionnelles et des principes de common law. Pour que de véritables changements se produisent, il faut consentir un effort intégré et concerté pour réorienter la culture de la fonction publique. Une telle initiative ne peut cependant pas se borner à la fonction publique. C'est la relation entre l'exécutif politique et la fonction publique qui doit évoluer, et le faire sur la base du respect mutuel et d'un engagement commun envers la primauté du droit, la convention d'une fonction publique non partisane et la responsabilité de l'exercice de l'autorité publique.

Dans le présent document, j'ai suggéré la base de recommandations modestes, qui incluent :

- *la reconnaissance par le gouvernement des devoirs constitutionnels indépendants de la fonction publique et, en pratique, de la responsabilité des sous-ministres et du greffier du Conseil privé à l'égard de l'intégrité de la fonction publique (des documents distincts de recherche pour la Commission d'enquête explorent le rôle des sous-ministres et du greffier plus en détail);*
- *la révision du Code des valeurs et d'éthique de la fonction publique en un code législatif, qui inclurait une définition de la responsabilité des fonctionnaires de rester non partisans et de résister à l'ingérence politique.*

Le Code donnerait effectivement une expression légale à la convention constitutionnelle d'une fonction publique non partisane. Un tel code pourrait clarifier la double obligation de loyauté des fonctionnaires envers la Couronne et le gouvernement en place. Le Code établirait aussi expressément le rôle et les responsabilités des fonctionnaires par rapport au personnel politique (aujourd'hui appelé le personnel exonéré). Les différends sur l'interprétation du Code et sur les allégations d'infraction au Code seraient soumis en tout premier lieu à la Commission. Celle-ci prendrait aussi l'initiative d'examins et d'enquêtes sur les questions qui ont trait à l'intégrité de la fonction publique.

- Le rôle du Parlement par rapport à la responsabilité de la fonction publique devrait être clarifié et renforcé. La restructuration de la Commission de la fonction publique, qui en fait une agence du Parlement, est une réforme positive, comme le serait l'adoption du modèle de l'agent comptable recommandée par le Dixième rapport du Comité des comptes publics. Que ce modèle soit adopté ou non, j'ai suggéré que le leadership de la fonction publique (le greffier du Conseil privé, le président de la Commission, etc.) reste responsable des décisions qui touchent les activités non partisans de la fonction publique et des décisions qui ont trait à la conformité à la primauté du droit. Ce sont des questions qui sont forcément en dehors du champ et de la compétence de la responsabilité ministérielle. De plus, cette relation de responsabilité ne s'ape en aucune façon la responsabilité ministérielle des questions de politique et la prise de décision politique du gouvernement, pas plus qu'elle ne compromet le devoir de loyauté des fonctionnaires envers le gouvernement.*

Pour parler franchement, je ne crois pas que le renforcement de la Commission de la fonction publique ni un code législatif de la fonction publique auraient nécessairement empêché l'affaire des commandites de se produire, ni qu'un greffier du Conseil privé ou des comités parlementaires plus robustes auraient pu éviter le scandale. La Commission d'enquête sur le Programme de commandites résultant de ce scandale, cependant, offre maintenant un catalyseur pour corriger les problèmes structureaux à cause desquels en partie des fonctionnaires clés et l'exécutif politique n'ont pas compris ni respecté les frontières légales et constitutionnelles qui délimitent leurs obligations et leurs

responsabilités. Si nous voulons effectivement corriger ces problèmes, nous devons adopter des stratégies susceptibles de transformer la culture politique et administrative et passer d'une culture du secret et de l'intimidation à une culture axée sur la primauté du droit. La recherche de frontières n'est pas une menace pour le modèle de démocratie parlementaire à la Westminster du Canada; c'est plutôt une façon de remplir la promesse de ce système et d'assurer que des intérêts partisans malhonnêtes ne contrecarrent pas l'intégrité de la Couronne ni l'intérêt public.

Notes en fin de texte

-
- ¹ Certains des arguments et des solutions dont il est question dans cet article sont développés de L. Sossin, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence » (2005) 55, *University of Toronto Law Journal* 1. Je suis reconnaissant envers Jamie Liew et Erica Zarkovich, tous deux stagiaires chez Borden Ladner Gervais, de leur superbe assistance de recherche.
- ² D. Savoie. *Breaking the Bargain: Public Servants, Ministers and Parliament* (Toronto : University of Toronto Press, 2003), p.4-16. Savoie écrit : « En l'absence de règles formelles, les politiciens et les fonctionnaires ont conclu un « marché » il y a quelque temps... En vertu de l'arrangement, les fonctionnaires ont renoncé à la partisanerie ouverte, à certains droits politiques et à un profil public en échange de carrières permanentes, ou au moins d'emplois de durée indéterminée, de l'anonymat, de la sélection au mérite, d'une semaine de travail régulière et de la promesse qu'on s'occuperait d'eux à la fin de leur carrière ... Les politiciens, de leur côté, ont renoncé à la possibilité de nommer ou de destituer les fonctionnaires et de changer leurs conditions de travail à volonté en retour de la compétence professionnelle et de l'obéissance non partisane au gouvernement en place » (p. 5 et 6).
- ³ http://www.tbs-sct.gc.ca/report/rev-exa/ar-cr_f.rtf
- ⁴ *Ibid.*, p.13.
- ⁵ La culture de « la peur et de l'intimidation » qui a conduit à une ingérence politique extrême dans l'exécution du Programme de commandites est maintenant documentée en détail dans le premier rapport de cette commission. Voir *Qui est responsable? Rapport, Phase 1* à <http://www.gomery.ca/fr/phase1report/index.asp> (ci-après « Rapport, Phase I »).
- ⁶ Selon Kenneth Kernaghan et John Langford, « la neutralité politique est une convention constitutionnelle qui dicte que les fonctionnaires doivent éviter les activités qui risquent de diminuer, ou semblent diminuer, leur impartialité politique ou l'impartialité politique de la fonction publique... »; voir K. Kernaghan et J. Langford. *The Responsible Public Servant* (Halifax et Toronto : IRPP et IPAC, 1990), p. 56; et D. Siegel. « Politics, Politicians, and Public Servants in Non-Partisan Local Governments », *Administration publique du Canada* (1986), p. 1 à 30. Voir aussi J. E. Hodgetts. *The Canadian Civil Service: A Physiology of Government* (Toronto : University of Toronto Press, 1973), p. 89.
- ⁷ Cette liste est reproduite dans K. Kernaghan. « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », Panel on the Role of Government Paper, Research Paper series (2003), p. 11; et K. Kernaghan. « East Block and Westminster: Conventions, Values, and Civil Service », dans C. Dunn (sous la dir. de). *The Handbook of Canadian Public Administration* (Don Mills : Oxford University Press, 2002), 104, 106. Voir aussi K. Kernaghan. « Political Rights and Political Neutrality : Finding the Balance Point » (1986) 29, *Administration publique du Canada*, 639. Elle a été acceptée comme partie du témoignage expert dans *Osborne c. Canada, infra*, entre autres cas.
- ⁸ E. Stewart. *Cabinet Government in Ontario : A View from the Inside* (Halifax : IRPP, 1989), p. 49, cité dans *ibid.* aux pages 12 et 13. Voir aussi C. Dunn. « The Central Executive in Canadian Government: Searching for the Holy Grail », dans C. Dunn (sous la dir. de). *The Oxford Handbook of Canadian Public Administration* (Toronto : Oxford, 2002), p. 305-340.

- ⁹ Bien que la jurisprudence sur la neutralité bureaucratique soit importante, il faut souligner que cette question est généralement secondaire par rapport au différend en examen. Le différend a plus probablement trait à un problème de relations de travail impliquant soit un grief contre une sanction individuelle ou un différend entre un syndicat du secteur public et le gouvernement. C'est encore plus apparent dans les cas tirant au clair le devoir de loyauté de la fonction publique envers le gouvernement en place, comme on l'explique plus loin
- ¹⁰ [1987] 2 R.C.S. 2.
- ¹¹ *Ibid.*, par. 85.
- ¹² G. Marshall. *Constitutional Conventions* (Oxford : Oxford University Press, 1984), p. 210.
- ¹³ Les textes constitutionnels ne disent rien non plus de l'obligation des ministres de démissionner pour mauvaise administration ni de l'obligation des ministres de défendre les actes de leur ministère devant le Parlement, mais celles-ci sont néanmoins des exigences fondamentales de la démocratie constitutionnelle du Canada. Comme Andrew Heard a fait observer : « Les principes de la responsabilité ministérielle individuelle et collective prennent forme surtout dans les règles informelles qui sont apparues pour modifier le cadre juridique positif de la Constitution. On ne saurait trop insister sur l'importance de ces règles de gouvernement responsable; sans elles, la nature de notre régime de gouvernement serait fondamentalement transformée ». A. Heard. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Toronto : Oxford University Press, 1991), p. 48.
- ¹⁴ Wade, H.W.R. et C.F. Forsyth. *Administrative Law* (Oxford : Oxford University Press, 2000), p. 29.
- ¹⁵ *Ibid.* Il cite à titre d'illustration les commentaires de Brenda Elliot, ancienne ministre de l'Environnement dans le gouvernement conservateur de l'Ontario qui a témoigné à l'enquête Walkerton en juin 2001 et, en réponse à une question sur sa responsabilité comme ministre pour les actions du ministère, a déclaré : « Eh bien, la responsabilité est une question très complexe, qui... est débattue depuis des siècles dans le cadre de la tradition parlementaire de Westminster » (citée à la page 4). Kernaghan sonde aussi les diverses autorités qui tentent d'expliquer les exigences de la responsabilité ministérielle et la distinction entre l'obligation du haut fonctionnaire « d'être responsable » et celle « de devoir répondre » de ses actes (pages 4 à 11).
- ¹⁶ Voir S. Sutherland. « Responsible Government and Ministerial Responsibility: Every Reform Is Its Own Problem » (1991) 24, *Revue canadienne de science politique*. Voir aussi Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Rapport sur l'activité politique, le commentaire et la divulgation publique par les employés de la Couronne* (Toronto : ministère du Procureur général, 1986), p. 22; et sir Richard Scott. « Responsabilité ministérielle » [1996], *Public Law*, 410.
- ¹⁷ Anson. Vol. II, Part 2, de *Law and Custom of the Constitution* (1908), p. 69, cité par MacKinnon ACJO dans son jugement dans *OPSEU*, cité parmi les raisons de la Cour suprême dans cette cause, au par. 96. Voir aussi D. Savoie. *Thatcher, Reagan, Mulroney: In Search of a New Bureaucracy* (Toronto : University of Toronto Press, 1994), p. 44-86.
- ¹⁸ Voir D. Smith. *The Invisible Crown: The First Principle of Canadian Government* (Toronto : University of Toronto Press, 1995). Smith fait observer : « Malgré le déclin du favoritisme politique dans les rangs de la fonction publique, le principe reste florissant au niveau sous-ministériel et dans la multitude de tribunaux administratifs, de conseils et de commissions créés par les gouvernements fédéral et provinciaux. » (102)
- ¹⁹ Sous le NPD en Ontario, par exemple, David Agnew, haut conseiller politique sans expérience administrative, a été nommé secrétaire du Cabinet et chef de la fonction publique de l'Ontario. Cette nomination a été rapportée par P. Monahan, *Storming the Pink Palace* (Toronto : Lester, 1995), p. 37-38. Voir aussi la discussion de la politisation des nominations à la tête de la fonction publique fédérale dans les années 70 dans T. Axworthy. « Of Secretaries to Princes » (1988), 31, *Administration publique du Canada*, 247.
- ²⁰ Kernaghan. « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », *supra*, p. 20-21.
- ²¹ *OPSEU*, par. 99.

- ²² Cette distinction a été établie par la Cour suprême dans *Référence objet Modification de la Constitution du Canada* (1981), 125 D.L.R. (3d) 1 à 84-85. Pour discussion, voir E. Forsey. « The Courts and the Conventions of the Constitution » (1984), 33 UNB LJ 1; A. Heard. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Toronto : Oxford University Press, 1991), p. 1-15; et L. Sossin. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (Toronto : Carswell, 1999), p. 172-177. Dans *Osborne*, discuté plus bas, la Cour a déclaré : « Par conséquent, même si les conventions font partie de la Constitution de ce pays au sens politique large, c.-à-d. les principes démocratiques qui sous-tendent notre régime politique et les éléments qui constituent la relation entre les divers niveaux et organes de gouvernement, elles ne sont pas applicables dans une cour de justice à moins d'être incorporées à la législation. De plus, les lois donnant forme à des conventions constitutionnelles ne font pas automatiquement partie de la loi constitutionnelle, mais retiennent leur statut de lois ordinaires. Si tel n'était pas le cas, toute législation réputée embrasser une convention constitutionnelle aurait pour effet d'amender la Constitution... » (à 87).
- ²³ Pour l'exemple le plus frappant de ce phénomène, voir la *Référence de la sécession* [1998] 2 R.C.S. 217. Pour discussion, voir J. Leclair. « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles » (2002) 27, *Queen's L.J.*, 389 à 407. Leclair, comme la plupart des observateurs, ne fait pas de distinction expresse entre les conventions constitutionnelles et la catégorie plus vaste des principes constitutionnels sous-jacents. Ceux qui favorisent une plus grande participation judiciaire dans l'application de ces principes renvoient à la référence de la Cour dans *Référence de la sécession*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux principes constitutionnels donnant lieu à des « obligations légales substantielles ». Voir aussi M. Walters. « The Common Law Constitution in Canada: Return of *Lex non Scripta* as Fundamental Law » (2001) 51 *U.T.L.J.* 91; et W. Newman. « Grand Entrance Hall, Back Door or Foundation Stone? The Role of Constitutional Principles in Construing and Applying the Constitution of Canada » (2001), 14, *Supreme Court Law Review* (2d) 197; et J. Cameron. « The Written Word and the Constitution's 'Vital Unstated Assumptions' » (à paraître dans *Essays in Honour of Gerald A. Beaudoin*).
- ²⁴ [1985] 2 R.C.S. 455 [ci-après « *Fraser* »].
- ²⁵ *Ibid.*, à 458.
- ²⁶ *Ibid.*, à 466.
- ²⁷ *Ibid.*, à 470. Le devoir de loyauté est discuté ci-dessous. Comme l'exigence de neutralité politique, ce devoir ne semble pas avoir de fondement exprès dans la Constitution écrite, mais on peut soutenir qu'il y est insinué. Le juge en chef Dickson a simplement déclaré que l'intérêt public à l'impartialité « dicte une exigence générale de loyauté de la part du fonctionnaire » (à 456).
- ²⁸ *Ibid.*, à 471.
- ²⁹ *Ibid.*
- ³⁰ La question des dénonciateurs et de la protection à laquelle ils ont légalement droit déborde l'objet du présent document, mais est abordée dans Sossin. « Speaking Truth to Power », *supra*.
- ³¹ Voir raisons de la Cour d'appel fédérale dans *Osborne c. Canada*.
- ³² *Osborne c. Canada* [1991] 2R.C.S. 69 à 88. Le juge Sopinka a rejeté l'argument du gouvernement que l'art. 33 de la *Loi sur la fonction publique* était exempt de la Charte parce qu'il codifiait une convention constitutionnelle, mais il a noté que le fait qu'une disposition reflète cette convention « est une considération importante pour déterminer si dans l'art. 33, le Parlement cherchait à réaliser un important objectif politique ».
- ³³ *Fraser, supra*.
- ³⁴ *OPSEU, supra*, par. 93.
- ³⁵ L. Sossin. « The Ambivalence of Executive Power in Canada », dans Adam Tomkins et Paul Craig (sous la dir. de). *The Executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective* (Oxford : Oxford University Press, à paraître) (dans les dossiers de l'auteur).

- ³⁶ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 à 142. Dans cette cause, le juge Rand a déclaré « qu'il y a toujours une perspective dans laquelle une loi est destinée à s'appliquer » (à 140). En d'autres termes, tout octroi d'autorité statutaire comporte une limitation implicite qui restreint son exercice à un objet correct et non pas incorrect, de bonne foi et non pas de mauvaise foi, et basé sur des facteurs raisonnables et non pas arbitraires ou discriminatoires. Pour discussion, voir D. J. M. Brown et J. M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (éd. en feuilles détachées), par. 13:1221.
- ³⁷ Voir *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltd.* 2005 CSC 49 par. 57-68. Pour de récentes évaluations, voir P. Hogg et C. Zwiibel. « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada » (2005), 55 U.T.L.J., 715; et W. J. Newman. « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation » (2005), 16 N.J.C.L. 175.
- ³⁸ Voir *Baker*, par. 53, 56.
- ³⁹ Référence sur la sécession, *supra*, par. 70.
- ⁴⁰ Voir *Crevier c. Québec* [1981] 2 R.C.S. 220. Voir aussi M. Elliot, *The Constitutional Foundations of Judicial Review* (Oxford : Hart Publishing, 2001).
- ⁴¹ À titre de chef de l'administration de la justice pour la Couronne, le procureur général a la responsabilité de s'assurer « que l'administration des affaires publiques est conforme à la loi ». M. Freiman. « Convergence of Law and Policy and the Role of the Attorney General » (2002), 16, *Supreme Court Law Review* (2nd) 335 à 338-339
- ⁴² David Dyzenhaus a écrit que la primauté du droit, en tant que partie de la constitution de common law du Canada, habilite les individus qui entrent en contact avec les décideurs administratifs à être traités en conformité des valeurs que les Canadiens jugent constitutionnelles — cela peut aller jusqu'au droit à des décideurs administratifs qui ne doivent pas leur position à une affiliation politique ou au patronage. Voir D. Dyzenhaus. « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law » (2002) ,27, *Queen's LJ*, 445 à 503, commentant *SCFP c. Ontario (MOL)* 2003 CSC 29.
- ⁴³ En Nouvelle-Zélande, par exemple, les fonctionnaires sont informés que les instructions des ministres doivent être rejetées « s'il peut être raisonnablement supposé que les instructions sont illégales parce qu'il serait illégal pour le ministre de les donner... où il serait illégal pour les fonctionnaires de les accepter... où les fonctionnaires devraient enfreindre la loi pour les mettre à exécution ». Nouvelle-Zélande, Commission des services de l'État, Le Haut fonctionnaire, p. 28, cité dans Kernaghan. « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », *supra*, à 22.
- ⁴⁴ [2000] F.C.J. No 754 (T.D.).
- ⁴⁵ *Ibid.*, au par. 20.
- ⁴⁶ (2001), 208 D.L.R. (4th) 577 (Ont. C.A.).
- ⁴⁷ Pour une discussion de la primauté du droit dans le cadre de la culture de la fonction publique, voir L. Sossin. « From Neutrality to Compassion: The Place of Civil Service Values and Legal Norms in the Exercise of Administrative Discretion » (2005), 55, *University of Toronto Law Journal*, 427
- ⁴⁸ Deux autres opinions sollicitées par le leader du gouvernement à la Chambre contredisaient cette conclusion et concluaient qu'aucune convention n'exigeait l'annonce du budget à la Chambre.
- ⁴⁹ A. Baillie. « Contempt ruling shocks PCs; Government lawyers told Tories moving budget venue was illegal » (9 mai 2003), *Toronto Star*, A1.
- ⁵⁰ C. Mallan. « Tory backers to provide setting for budget day » (22 mars 2003), *Toronto Star*, A6 : (« Hier aussi, le chef de cabinet du chef Libéral Dalton McGuinty a adressé une lettre au premier bureaucrate de la province, le secrétaire du Cabinet Tony Dean, mettant en doute l'emploi de fonctionnaires non partisans par le gouvernement Conservateur dans ce qu'il a appelé un plan qui est "clairement de nature partisane". Philip Dewan a demandé à Dean d'empêcher que les fonctionnaires soient entraînés dans un exercice politique. "Je crois que la direction de la FPO (fonction publique de l'Ontario) a l'obligation de s'assurer que... les fonctionnaires dévoués et professionnels de l'Ontario ne soient pas placés dans

une position compromettante en aidant aux préparatifs d'un événement partisan". »

⁵¹ Ceci est attesté par les opinions constitutionnelles contradictoires produites par le président de l'Assemblée législative et le leader du gouvernement Conservateur en Chambre, qui sont consignées dans les dossiers de l'auteur (l'opinion produite par le procureur général, si elle a existé, n'a jamais été publiée).

⁵² Le dernier chapitre de l'affaire *Magna* s'est déroulé devant le tribunal — après l'annonce du budget, une requête a été déposée par un citoyen demandant à la cour de décider si l'annonce du budget hors de la Législature violait les conventions parlementaires. La cause a été renvoyée sur avis préliminaire au motif qu'elle n'était pas justiciable. Voir *Martin c. Ontario* (décision de la Cour supérieure de l'Ontario, le 20 janvier 2004).

⁵³ Rapport de la CRDO, *supra*, à p. 34.

⁵⁴ C. K. Allen, *Laws and Orders* (3^e éd.) (1965), p. 281-282.

⁵⁵ *Fraser, supra*, à 471.

⁵⁶ *Ibid.*, à 470.

⁵⁷ Cela a été caractérisé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario comme une manière fonctionnelle d'aborder la loyauté, selon laquelle « la loyauté est nécessaire au fonctionnement efficace de la fonction publique et le fonctionnement efficace de la fonction publique est un impératif constitutionnel qui légitime une certaine limitation des droits individuels des fonctionnaires ». note *supra*, 54, p. 47-48.

⁵⁸ [2001] 2 C.F. 82 (F.C.T.D.). Ce procès se poursuit — pour la décision la plus récente confirmant que la norme de révision des juges de griefs est le caractère raisonnable et que le juge a conclu que la réprimande de M^{me} Haydon était raisonnable, voir [2005] FCA, 249.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 32.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ [2000] A.J. 1046 (Q.B.), par. 40 (réformé en appel [2002] A.J. No. 1086 [C.A.]).

⁶² Ackerman, *supra*, à 692. Pour un exemple de fonctionnement des principes au mérite, voir la loi sur la fonction publique de l'Australie, qui prévoit que les décisions d'emploi sont prises sur la base du mérite et qu'une décision relative à l'embauche et à la promotion est basée sur le mérite si : a) on évalue les qualités requises des candidats pour les fonctions, en utilisant un processus de sélection compétitif; b) l'évaluation est basée sur la relation entre les qualités de travail du candidat et les qualités de travail vraiment requises pour les fonctions; c) l'évaluation porte sur la capacité relative des candidats d'obtenir des résultats correspondant aux fonctions; et d) l'évaluation est la première considération dans la prise de décision, cité dans Kernaghan. « The Future Role of a Professional Non-Partisan Civil Service in Ontario », *supra*, à 15.

⁶³ La plus connue est la Commission Lambert en 1979.

⁶⁴ Pour une évaluation détaillée et favorable de ce modèle, voir C.E.S. Franks. « Le modèle britannique de l'agent comptable » (document de recherche préparé pour la Commission d'enquête sur le Programme de commandites).

⁶⁵ Voir le mémoire de la Commission de la fonction publique à cette commission. Voir aussi son dernier rapport annuel à http://www.psc-cfp.gc.ca/centres/annual-annuel/index_f.htm

⁶⁶ Pour une discussion de ces pouvoirs, voir *Tucci c. Canada (Procureur général)*, 126 F.T.R. 147.

⁶⁷ Quoique le sujet déborde le cadre du présent document, j'ai soutenu ailleurs que le greffier ne devrait pas être une nomination politique. J'irais plus loin et mettrais aussi en doute l'opportunité de la nomination des sous-ministres par le Premier ministre. Le système en vigueur au Royaume-Uni, où le chef de la Commission de la fonction publique préside les comités de sélection des sous-ministres pour s'assurer que ce sont des nominations non partisans, a beaucoup de mérite et est fidèle aux valeurs constitutionnelles défendues dans cette analyse.

- ⁶⁸ Voir le Code de la fonction publique du R.-U. à <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmpubadm/336/33603.htm#a6>.
- ⁶⁹ Voir G. Ganz. *Quasi-Legislation: Recent Developments in Secondary Legislation* (Londres : Sweet & Maxwell, 1987), à 16-22.
- ⁷⁰ La relation entre loi « douce » sous forme de directives, de codes et de règles, de même que de politique et de pratiques établies, et loi « dure » sous forme de lois et de règlements est analogue à la relation entre matériel et logiciel pour les ordinateurs. Le matériel constitue l'infrastructure qui est uniforme pour tous les usagers alors que les logiciels sont adaptés à l'usager et permettent aux programmes de fonctionner. Ce terme a aussi été adopté dans le contexte des codes d'éthique dans Angela Campbell et Kathleen C. Glass. « The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research » (2001), 46, *McGill L.J.*, 473. Voir aussi C. Smith et L. Sossin. « Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government » (2003), 40, *Alberta Law Review*, 867.
- ⁷¹ Voir http://www.pco-bcp.gc.ca/default.asp?Language=E&Page=Publications&doc=guidemin/guidemin_toc_f.htm.
- ⁷² Pour une plus ample discussion, voir C. Smith et L. Sossin. « Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government » (2003), 40, *Alberta Law Review*, 867.
- ⁷³ Voir, par exemple, *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* du gouvernement fédéral (1994) (<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/oe01053e.html>) (accédé le 13 mai 2002).
- ⁷⁴ Voir le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* dans le site Web du Conseil du Trésor à http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/TB_851/vec-cve1_f.asp#_Toc46202820.
- ⁷⁵ Le Code envisage un recours d'un chef adjoint à un agent d'intégrité de la fonction publique.
- ⁷⁶ B. Thompson. « Whitehall's Cultural Revolution », [1995] 1 *Web Journal of Current Legal Issues* 1. Le Code de la fonction publique du Royaume-Uni a été élaboré à la suite de consultations qui ont révélé une érosion de la « philosophie » de la fonction publique avec la sous-traitance et la privatisation et un manque de confiance dans les structures existantes pour répondre aux allégations de méfaits du gouvernement.
- ⁷⁷ Conversation avec la baronne Prashar, le 3 novembre 2005.
- ⁷⁸ Voir la description de leur rôle respectif dans le Rapport, Phase I, p. 32, 43 à 47.
- ⁷⁹ *Ibid.*, p. 96 à 100.
- ⁸⁰ *Ibid.*, p. 47.
- ⁸¹ Voir *L'amélioration constante de la gestion au sein du gouvernement du Canada : Notre engagement* (http://www.tbs-sct.gc.ca/spsm-rgsp/cci-acg/cci-acg_f.asp); la *Loi sur la gestion des finances publiques : Pour réagir face à la non-conformité — Répondre aux attentes des Canadiens et des Canadiennes*.
- ⁸² Comité permanent des comptes publics, séance n° 51, témoignages de M. Reg Alcock, président du Conseil du Trésor, et du Bureau Conseil privé, M. Alex Himelfarb, greffier du Conseil privé, le 25 octobre 2005, p. 2 et 3.