LA DELEGATION DE POUVOIRS

par François Chevrette

Pour examiner cette importante question de la délégation de pouvoirs, il semble préférable de faire référence en premier lieu à un exemple concret plutôt qu'à des définitions abstraites; celles-ci naîtront d'elles-mêmes, imposées par la réalité.

La province du Nouveau-Brunswick est fertile en pommes de terre, et le gouvernement de cette province, soucieux d'une exploitation maximale de cette ressource, désire faire adopter une loi pour réglementer la mise en marché de ce produit. Or, il arrive que la mise en marché des produits agrocoles est une tâche fort complexe, et il est peu vraisemblable que le Parlement du Nouveau-Brunswick parvienne seul à en établir tous les mécanismes; il est par ailleurs absolument invraisemblable que ce soit lui qui prenne les multiples décisions d'application qu'une telle mesure requiert quotidiennement. Peut-il se contenter d'adopter une loi établissant les lignes générales d'une telle politique? Peut-il en somme, par une telle législation, opérer une <u>délégation de pouvoirs</u> que l'on dira <u>verticale</u> parce qu'elle s'adresse au gouvernement ou à des organismes de sa création qui lui sont inférieurs et subordonnés et qui deviennent ses délégataires, jusqu'à ce qu'il en décide autrement? Voilà la <u>première question</u> qui se pose.

<u>Deuxième question</u>: En vertu de la constitution, la compétence commerciale des provinces (art. 92,13-16), et c'est délibérément que nous simplifions ici les choses, ne leur permet de légiférer que sur la mise en marché des pommes de terre destinées à être consommées dans la province en question, celles devant être consommées à l'extérieur relevant de la compétence commerciale fédérale (art. 91,2: compétence sur le commerce inter-provincial et international). Situation extrêmement embarrassante puisqu'il est en pratique impossible, au tout début du processus commercial, de faire le tri entre les produits de consommation locale et ceux destinés à l'exportation. Pour pallier cette difficulté le Nouveau-Brunswick prend entente avec Ottawa: par une loi fédérale le Parlement central consent à déléguer au Parlement du Nouveau-Brunswick sa compétence à ce sujet, quitte à mettre fin à cette délégation n'importe quand. Cette délégation, que l'on appelle <u>délégation inter-parlementaire</u> (ou horizontale, parce que s'opérant entre deux organes politiques de même niveau) est-elle valide au plan constitutionnel?

<u>Troisième question:</u> Au lieu de déléguer sa compétence législative au Parlement du Nouveau-Brunswick, comme dans le cadre de la deuxième question, le Parlement fédéral peut-il la déléguer aux commissions administratives provinciales qui sont déjà chargées de la mise en marché des produits de consommation locale par le Parlement provincial, et investir ces commissions du pouvoir d'adopter des mesures réglementaires relativement au commerce inter-provincial ou international et de prendre des décisions d'application à ce sujet, quitte bien entendu à pouvoir leur retirer ces pouvoirs n'importe quand? Une telle délégation, que l'on appelle <u>délégation oblique</u> parce que s'opérant entre deux organes de niveaux différents mais dont l'un n'est pas comme tel créé par ni subordonné à l'autre comme dans le cadre de la première question, est-elle valide au point de vue constitutionnel?

<u>Quatrième question</u>: Le Parlement fédéral, décidant de légiférer sur la mise en marché des pommes de terre du Nouveau-Brunswick qui sont destinées à l'exportation, peut-il le faire en adoptant et faisant siennes dans sa loi et quant au commerce extra-provincial les dispositions législatives et réglementaires du Nouveau-Brunswick quant au commerce local, telles qu'elles existent au moment où il décide de les adopter ou encore telles que modifiées de temps à autre par cette province? Ou pour dire les choses d'une autre façon, le Parlement fédéral peut-il adopter une loi qui soit une simple référence aux lois et réglements du Nouveau-Brunswick, tels qu'ils existent au moment où il les fait siens (<u>législation par référence statique</u>), ou tels qu'ils pourront devenir par les modifications que de temps à autre on pourra leur apporter au Nouveau-Brunswick (<u>législation par référence ouverte</u>)? Législation par référence, législation - renvoi et législation par adoption sont trois expressions synonymes.

Cinquième question: Le Parlement fédéral pourrait-il adopter une loi sur la mise en marché des produits destinés à l'exportation et subordonner l'application de cette loi à l'existence de certaines conditions ne dépendant pas de lui, comme par exemple l'existence et l'application de lois provinciales sur le commerce local des mêmes produits? Un tel type de loi, que l'on appelle loi conditionnelle, est-il valide au plan constitutionnel?

Les cinq questions qui précèdent réfèrent à cinq concepts de droit constitutionnel: la délégation verticale, la délégation horizontale, la délégation oblique, la législation par référence, statique ou ouverte, et la législation conditionnelle. Je m'efforcerai dans un premier temps d'examiner les réponses que le droit constitutionnel apporte à chacune d'elles. Dans un second temps, je tenterai de fournir une analyse critique de ces réponses, au double point de vue juridique et pratique ou fonctionnel.

Section I: Traitement constitutionnel des divers types de délégation.

Quelle est la position actuelle du droit constitutionnel canadien sur la délégation verticale? Voilà la première question à laquelle on tentera d'apporter une réponse. Observons qu'il paraît normal d'en traiter en premier lieu, vu l'intérêt très grand et très universel de ce mécanisme qui, à la différence des autres, existe non seulement dans les pays à structure fédérale mais aussi dans les pays unitaires.

L'ampleur et la complexité des tâches auxquelles doit faire face n'importe quel Etat moderne rendent inévitable que le parlement puisse y déléguer de nombreux pouvoirs au gouvernement et à divers organes administratifs. Cela va de soi. Pourtant, la question se pose de savoir si l'autorité du Parlement d'opérer, dans ses lois, de telles délégations verticales de pouvoirs est illimitée. A première vue on pourrait penser que oui, vu le fait que le Parlement, dans notre contexte constitutionnel, est souverain. Mais ce même principe de la souveraineté du Parlement peut aussi conduire à la conclusion contraire: si c'est le Parlement qui est souverain, cela lui interdit d'abdiquer cette souveraineté au profit d'une autorité, d'où l'idée d'une certaine limite à son pouvoir de délégation.

Plus encore que le principe de la souveraineté du Parlement, le principe de la séparation des pouvoirs implique certaines limites au pouvoir de délégation du Parlement. En effet, si l'on pose que la fonction législative, sous réserve de la difficulté de la définir, appartient au Parlement, ce n'est pas sans réticence qu'on acceptera que celui-ci la délègue à quelqu'un d'autre. Quand même conscients de l'impossibilité où se trouve le Parlement d'adopter lui-même toutes les règles de portée générale que requiert la vie d'une société, les tenants d'une séparation de pouvoirs assez rigide ont accepté que le Parlement puisse déléguer certains de ses pouvoirs, à savoir ceux consistant à exécuter et à donner effet aux grandes décisions ou options sur lesquelles par ailleurs le Parlement devait demeurer seul compétent pour statuer. D'où plusieurs tentatives, et pas toujours très fructueuses, pour distinguer, à l'intérieur de la fonction législative les pouvoirs de décision, premiers et autonomes, et les pouvoirs d'exécution ou de mise en oeuvre, accessoires et subordonnés aux autres, les seconds seulement pouvant faire l'objet d'une délégation par le Parlement.

Ces remarques générales étant faites, voyons comment s'est posé concrètement le problème de la délégation verticale en droit constitutionnel canadien. On peut distinguer trois objections principales qui ont été opposées à la validité de ce mécanisme.

Par la première objection, on a voulu faire invalider certaines lois provinciales instituant des délégations verticales de pouvoirs en invoquant la maxime Delegatus non potest delegare (celui qui a déjà des pouvoirs délégués ne peut les sous-déléguer). L'argument n'aurait eu de poids que si l'on avait considéré l'autorité législative des provinces canadiennes comme une autorité déléguée. Dans la très célèbre affaire Hodge c. The Queen, C. et M. p. 294, le Conseil privé a très clairement rejeté

un tel argument, considérant plutôt les pouvoirs législatifs des provinces comme des pouvoirs originaires, au même titre que ceux du Parlement impérial ou du Parlement central, et en aucune façon dépendants ou subordonnés à ces derniers. Il en est résulté que les provinces, tout comme le Parlement central, peuvent dans leurs lois déléguer par exemple aux municipalités leurs pouvoirs de réglementer la vente des boissons alcooliques ou de multiples autres pouvoirs, et cela est trop connu pour qu'on s'y attarde.

Mais ce qu'il faut savoir aussi, c'est que la maxime Delegatus non potest delegare n'est qu'une règle d'interprétation et non un principe constitutionnel. Cela revient à dire que lorsqu'on est confronté à l'un de ces multiples textes de loi qui établissent une délégation de pouvoirs, il y a lieu de présumer que le législateur a entendu que ce soit le délégataire qu'il institue qui exerce personnellement le pouvoir en question. D'où l'interdiction implicitement faite à ce dernier de sous-déléguer le pouvoir reçu et l'illégalité de la sous-délégation qu'il peut établir. Mais la maxime n'étant qu'une règle d'interprétation et n'ayant aucune valeur constitutionnelle, le législateur, à condition de le faire clairement, peut permettre à son premier délégataire de sous-déléguer à un second. Si la loi est claire, la règle d'interprétation n'aura plus d'utilité, et cette délégation en cascades ne posera aucune difficulté constitutionnelle.

Ainsi donc la maxime Delegatus non potest delegare n'est d'aucun secours pour s'opposer à la délégation parlementaire verticale, au double motif que le Parlement, fédéral ou provincial, n'a pas une autorité déléguée mais bien une autorité première et que plus encore la maxime n'est qu'une règle d'interprétation et non un principe constitutionnel et qu'elle n'a qu'à céder devant l'intention clairement exprimée du Parlement souverain. Mais on n'oubliera pas que c'est le Parlement seul qui peut y déroger et non l'autorité administrative ayant des pouvoirs délégués. Quant à cette dernière, la maxime n'est pas qu'une règle d'interprétation mais une limite légale véritable, qui s'impose à elle sous peine de nullité de la sous-délégation qu'elle établira, en l'absence d'une habilitation législative claire à cet effet.

Mais avant de conclure sur cette question, illustrons ces quelques remarques à l'aide d'une importante décision jurisprudentielle:

> Vic Restaurant c. Cité de Montréal, (1959) R.C.S. 58: s'autorisant d'une disposition d'une loi provinciale (Charte de la Ville de Montréal) lui déléguant le pouvoir d'adopter des règlements concernant notamment les permis de restaurant et de vente de boissons alcooliques, le conseil de ville de Montréal adopta un règlement conditionnant l'obtention d'un permis de ce genre à l'obtention préalable d'un avis favorable de la part du directeur de police, et cela sans beaucoup d'autres précisions sur les motifs devant guider le directeur pour permettre ou refuser l'émission du permis. Vic Restaurant, s'étant vu refuser le renouvellement de son permis, en demanda la délivrance par bref de mandamus, alléguant l'illégalité de la disposition du règlement exigeant l'avis favorable du directeur de police qu'il n'avait pu obtenir. Au soutien de sa demande, Vic Restaurant plaida que par cette disposition le conseil de ville avait illégalement sous-délégué le pouvoir reçu du Parlement de Québec de réglementer l'émission de permis, sans que la loi provinciale ne lui eût permis de le faire. Vic Restaurant eût gain de cause en Cour Suprême du Canada. On y décida qu'en attribuant ainsi au directeur de police un pouvoir discrétionnaire pour émettre ou ne pas émettre de permis, le conseil de ville, par la disposition de son règlement à cet effet, s'était trouvé à sous-déléguer illégalement le pouvoir de réglementer l'obtention de permis que le législateur était censé avoir voulu lui déléguer à lui et à personne d'autre. En l'occurrence, et en raison de l'étendue de sa discrétion, c'était en fait le directeur de police et non plus le conseil de ville qui devenait habilité à légiférer en la matière. La maxime Delegatus non potest delegare fit conclure à l'illégalité et à la nullité de la partie du règlement octroyant un tel pouvoir au directeur de police.

On remarquera cependant, toujours à propos de l'affaire qui précède, que si le conseil de ville avait eu le souci d'établir dans son règlement des critères relativement clairs devant gouverner la décision du directeur de police, la décision de la Cour Suprême aurait été très certainement différente. Ce qui revient à dire qu'il est d'autant moins possible, en l'absence d'une habilitation statutaire expresse, de sous-déléguer un pouvoir qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, conféré par la loi au premier délégataire à raison de ce qu'il est et de sa compétence technique particulière ("intuitu personae"). D'où l'on doit conclure que la maxime Delegatus non potest delegare ne joue que pour prohiber la sous-délégation d'un pouvoir comportant une assez grande part de discrétion ou de compétence technique chez le premier délégataire - ce qui est le cas d'un pouvoir législatif, judiciaire ou quasi-judiciaire -. S'agirait-il d'un pouvoir purement ministériel, dont l'exercice peut être à la limite quasi-automatique, son titulaire, même si son pouvoir lui a été délégué, pourrait le sous-déléguer, même en l'absence d'habilitation statutaire expresse. On considérera en pareil cas que la maxime n'est pas applicable, personne ne pouvant faire objection à ce qu'un acte de compétence liée, vu son caractère quasi-mécanique, puisse être posé par un agent autre que celui désigné originellement par le Parlement.

Il ressort très clairement de tout ce qui précède que la maxime Delegatus non potest delegare ne saurait en aucune façon constituer un obstacle constitutionnel au mécanisme de la délégation parlementaire verticale. Qu'en est-il cependant de cette autre objection que l'on a déjà opposée à ce mécanisme et qui procède, expressément ou implicitement, de la théorie de la séparation des pouvoirs?

Dans son essence, cette deuxième objection tenait, on l'a vu, à ce que le Parlement, titulaire du pouvoir législatif, devait être empêché de déléguer ce pouvoir à quelqu'autre autorité, si ce n'est dans ses aspects d'exécution, d'application et de mise en oeuvre, les principes et les règles fondamentales d'une politique donnée devant demeurer sous sa compétence propre et ne pouvant validement faire l'objet d'une délégation. Ainsi c'est le Parlement, et lui seul, en tant que composé des élus du peuple, qui devait pouvoir statuer sur "les questions importantes", "les questions de détail" pouvant être renvoyées au gouvernement ou à divers organes administratifs ayant des pouvoirs délégués.

Constatons au départ que cette limite au pouvoir de délégation du Parlement a reçu meilleure audience dans des pays comme les Etats-Unis et la France qu'au Canada. La chose n'a pas de quoi surprendre si l'on se rappelle que la constitution américaine, de même que les diverses constitutions françaises, sont des documents incorporant beaucoup plus de grands principes politiques généraux que le prosaïque texte constitutionnel canadien; en sorte qu'un principe d'organisation constitutionnelle relativement vague comme celui de la séparation des pouvoirs pouvait être susceptible de susciter plus d'écho là-bas qu'ici, d'autant que la tradition constitutionnelle britannique est depuis fort longtemps bien plus gagnée au Parlement souverain qu'aux pouvoirs séparés (Les articles 1, 2 et 3 de la constitution des Etats-Unis sont respectivement consacrés, et selon une présentation qui n'est pas le fruit d'une pure coïncidence, au pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. L'article 16 de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 stipulait: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution." Enfin l'article 13 de la constitution française de 1946 se lisait comme suit: "L'Assemblée Nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit.").

C'est ainsi que la Cour Suprême des Etats-Unis s'est avisée à quelques reprises d'invalider des lois fédérales établissant à son dire des délégations de pouvoirs trop vagues ou trop vastes, les plus célèbres invalidations étant advenues, il n'est pas inintéressant de le constater, à l'époque du New Deal. Dans l'affaire Panama Refining Co. c. Ryan, (1935) 293 U.S. 388 (dite aussi "Hot Oil Case") on a invalidé le pouvoir accordé au Président de prohiber le commerce inter-étatique de pétrole à cause du manque de précision sur les circonstances et les motifs pour lesquels il pouvait établir une telle prohibition. De même, dans l'affaire Schechter Poultry Corp. c. United States, (1935) 295 U.S. 495 (dite aussi "Sick

Chicken Case") ce fut le pouvoir présidentiel d'établir des codes de "fair competition" pour l'ensemble du monde industriel qui fut invalidé, moins à raison de l'imprécision de l'objectif qu'à raison de l'infinité de moyens pouvant être employés pour y parvenir et de l'étendue quasi-illimitée de leur champ d'application. Semblablement, tout le monde s'entend pour reconnaître que la loi française du 28 février 1934 autorisant le gouvernement à prendre "nonobstant toutes dispositions législatives contraires... les mesures d'économie qu'exigera l'équilibre du budget" et qui donna lieu à plus de cent décrets-lois avait pour effet de transférer à l'exécutif un pouvoir législatif immense et véritable et que les tribunaux l'auraient possiblement invalidée si la tradition et la constitution leur en avaient accordé le pouvoir. Notons enfin que des invalidations de ce type ne sont pas absolument inconnues du droit canadien, et l'on en aurait un exemple avec l'affaire Hayward c. British Columbia Lower Mainland Dairy Products, (1937) 2 W.W.R. 401 (Cour Suprême de Colombie britannique) où furent invalidées des dispositions législatives provinciales déléguant d'immenses pouvoirs au gouvernement en matière de mise en marché des produits agricoles.

Pourtant la question se posait à l'époque et continue toujours de se poser de savoir comment il pourrait être possible de distinguer, suivant des critères relativement sûrs et objectifs "le pouvoir de détail du pouvoir important" aux fins de décider si un pouvoir concret appartient au premier type ou au second et s'il est possible ou non au Parlement de le déléguer. Dira-t-on d'une allocation sociale que seule importe la détermination de son principe et des catégories de ses bénéficiaires, son montant pouvant faire l'objet de simples réglementations administratives? Certes on peut aisément convenir qu'est une question de détail, pouvant relever du domaine réglementaire, le fait de déterminer quand, comment et par quels intermédiaires seront émis les permis d'opérer un commerce de transport ou de radio-télédiffusion. Mais les conditions d'obtention le sont-elles aussi nettement?

A la vérité ce genre de question comporte une telle part d'approximation, sinon d'arbitraire, que le droit américain, pour sa part, paraît s'en être assez largement désintéressé de nos jours, et du même coup du problème des limites à la délégation du pouvoir législatif par le Parlement. On avait cru pouvoir trouver une solution dans le fait d'exiger que la disposition législative portant délégation comporte un certain standard plus ou moins précis aux fins d'orienter l'exercice de la discrétion conférée au délégataire (ex. pouvoir de fixer des tarifs justes et raisonnables, pouvoir de prendre, quand les circonstances le commanderont, les mesures nécessaires pour stimuler telle production, etc.) C'était là demander à la loi ce que le droit administratif canadien exige aujourd'hui du règlement, pour qu'une sous-délégation puisse être validement instituée par ce dernier (supra, affaire Vic Restaurant). Mais dans la mesure où un standard aussi vague que celui de "pouvoir prendre les mesures que requiert l'intérêt public" a pu être jugé satisfaisant par les tribunaux américains, on est en droit de conclure que la délégation parlementaire n'y connaît guère plus de limite au plan de son contenu. De sorte qu'il n'est plus douteux aujourd'hui que l'exécutif y légifère, et même beaucoup, la loi pouvant validement l'autoriser à le faire.

A cet égard, le droit constitutionnel français a connu une évolution analogue, quoiqu'infiniment plus poussée depuis 1958. La pratique du décret-loi s'y est implantée dès la première guerre mondiale, et bien qu'on ait tenté de la contrer par l'adoption en 1946 de l'article 13 de la constitution de la IVième République, elle s'y est maintenue, à l'encontre de la constitution. La constitution de la Vième République devait opérer dans cette matière une double révolution.

D'une part l'article 38 de la constitution reconnaît et autorise la délégation du pouvoir législatif du Parlement au gouvernement. Ce dernier, sur habilitation parlementaire - qui peut être extrêmement vague - peut légiférer par ordonnances, pendant un certain délai fixé par le Parlement. Après quoi l'ordonnance doit être ratifiée par ce dernier, à défaut de quoi elle devient caduque à compter de ce refus. C'est la reconnaissance explicite du mécanisme de la délégation verticale et du décret-loi, à cette double réserve près que c'est le gouvernement seul qui peut en faire la demande au Parlement, celui-ci n'en ayant pas l'initiative, et que les ordonnances du gouvernement doivent obtenir la ratification parlementaire à l'expiration du délai de délégation, à défaut de quoi elles deviennent caduques, sans être annulées rétroactivement.

D'autre part, et c'est ici que l'innovation est encore infiniment plus surprenante, le Parlement ne peut déléguer que les pouvoirs législatifs qu'il possède, vu le fait unique que ce n'est pas l'ensemble du pouvoir législatif qu'il détient mais bien des pouvoirs législatifs énumérés (art. 34) et que c'est au gouvernement que la constitution attribue la compétence législative de principe (art. 37). D'où l'idée, unique encore, d'une compétence législative autonome du gouvernement - celle d'adopter des règlements qui sont à tous égards sur le même pied que les lois - portant sur toutes les matières autres que celles relevant du Parlement. Et à côté de cette compétence réglementaire autonome, s'exerçant sans le support d'une loi préexistante, le gouvernement conserve la compétence réglementaire traditionnelle, c'est-à-dire celle consistant à assurer l'application et l'exécution d'une loi préexistante et qui le charge de cette tâche. Observons enfin que l'article 34, en plus de limiter la compétence législative du Parlement en étendue - c'est-à-dire de la faire porter sur certaines matières concrètes d'énumération limitative (par exemple les libertés publiques, la nationalité, la détermination des crimes et délits) - la limite aussi en profondeur, réservant au Parlement et quant à certaines matières le pouvoir de ne statuer que sur les "principes", et quant à d'autres le pouvoir plus vaste de décider aussi des "règles", le résidu tombant automatiquement sous la compétence du gouvernement par l'article 37.

Ainsi la constitution française fait plus qu'autoriser la délégation de pouvoirs proprement législatifs (art. 38); elle va même jusqu'à exclure certaines matières proprement législatives de la compétence du Parlement, d'une façon qui n'est au reste pas tellement claire (spécialement les concepts de "principes" et de "règles") et qui ne rend pas la tâche facile au Conseil constitutionnel, organe judiciaire spécial chargé d'interpréter la constitution.

L'évolution que nous venons de décrire, celle américaine et la française à un bien plus fort degré encore, va dans le sens d'un accroissement marqué des pouvoirs de l'exécutif. Qu'en est-il au Canada?

La situation constitutionnelle canadienne en rapport avec le problème de la délégation verticale de pouvoirs est relativement simple. Le principe de la souveraineté du Parlement, qui en contexte constitutionnel d'inspiration britannique l'emporte - sous quelques réserves - sur celui de la séparation des pouvoirs, a fait que la délégation verticale y fut très vite et très largement admise, le Parlement étant jugé souverain au point de pouvoir décider d'attribuer ses pouvoirs à une autre autorité que lui-même. Ainsi il n'est pas douteux que, dans l'état actuel de la jurisprudence, le Parlement, fédéral ou provincial, peut par une loi autoriser le gouvernement à adopter des mesures d'exécution et de mise en oeuvre de certaines dispositions législatives; ce qui n'a rien de bien surprenant et est parfaitement conforme à ce qui se passe dans la plupart des pays. Mais, allant plus loin, le Parlement peut aussi déléguer par une loi ses pouvoirs proprement législatifs, et une telle délégation pourra, si elle est suffisamment claire sur ce point, avoir pour effet logique de permettre qu'une loi antérieure du Parlement soit modifiée par un règlement postérieur (le règlement ne pouvant cependant pas modifier la loi délégatrice elle-même: Booth c. The King, (1915) 51 R.C.S. 20; Bélanger c. The King, (1917) 54 R.C.S. 265), pourvu que ce règlement soit bien fondé en vertu de la loi délégatrice et que cette dernière lui permette, sinon expressément, du moins assez clairement de le faire. Voici à cet égard deux des décisions judiciaires les plus classiques:

> In re Gray, (1917-18) 57 R.C.S. 150: la Cour Suprême a jugé dans cette affaire qu'en vertu des très vastes pouvoirs que lui conférait la loi sur les mesures de guerre l'exécutif canadien pouvait adopter certains règlements sur le service militaire et modifier par ceux-ci une loi antérieure du Parlement canadien. Ainsi Gray, qui se trouvait exempté du service militaire sous l'autorité d'une loi de 1917, y devint désormais astreint par un règlement de 1918. Et le jugement qualifie le pouvoir que l'exécutif avait reçu en vertu de la loi de "law-making authority".

In re Chemicals, (1943) R.C.S. 1: en vertu de l'article 3 de la loi sur les mesures de guerre, l'exécutif canadien adopta d'importantes réglementations relatives aux produits chimiques, vu la liaison de ces productions avec celle des armements. Plus encore, l'exécutif sous-délégua à certains officiers divers pouvoirs réglementaires en cette matière. Tout cela fut jugé valide et l'on reconnut expressément la possibilité de délégation, par le Parlement, de pouvoirs proprement législatifs au gouvernement. On considéra aussi comme valide la sous-délégation opérée par ce dernier, vu l'extrême largeur des pouvoirs que lui octroyait le texte de loi et dont il fallait supposer qu'ils comprenaient celui de sous-déléguer, même s'il n'en était pas fait mention expresse au texte de loi. Arrêt reproduit dans C. et M. p. 128.

On aura remarqué que ces deux décisions sont des décisions de période de guerre, mettant au surplus en cause une loi fédérale instituant une délégation de pouvoirs exceptionnellement vaste. D'où la conclusion à l'effet qu'elles ne feraient autorité que dans un contexte du même genre, l'exécutif de n'importe quel pays devant alors disposer de pouvoirs considérables et de la possibilité de prendre des décisions rapidement. L'affaire suivante paraît du reste donner crédit à une telle conclusion:

Crédit Foncier c. Ross, (1937) 3 D.L.R. 365 (Cour Suprême d'Alberta, division d'appel): une loi d'Alberta réduisait le taux d'intérêt sur certaines dettes, tout en déléguant au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir d'exempter de l'application de cette loi une ou plusieurs catégories de dettes qui y auraient été autrement soumises. La Cour invalida la loi en question, invoquant notamment le fait que le pouvoir d'exemption octroyé au lieutenant-gouverneur en conseil, parce que faisant varier le champ d'application de la loi, devait être considéré comme un pouvoir proprement législatif, que le Parlement ne pouvait validement déléguer. Exemptant certaines catégories de dettes de l'application de la loi, le lieutenant-gouverneur se serait trouvé, selon la Cour, non plus seulement à réglementer, c'est-à-dire à compléter la loi sur des points accessoires et de détails, mais à légiférer, c'est-à-dire à déterminer le champ d'application même de celle-ci. On remarquera cependant que ce ne fut point là le seul argument invoqué à l'encontre de la loi en question, la Cour ayant aussi conclu à son invalidité au motif qu'il s'agissait d'une loi relative à la faillite et l'insolvabilité (art. 91,21) et à l'intérêt de l'argent (art. 91,19), compétences fédérales exclusives.

Il me semble cependant que la bonne conclusion qui s'impose est que les affaires Gray et Chemicals font encore autorité et que c'est l'affaire Crédit Foncier qui n'en a guère plus. C'est la décision suivante qui me dicte cette conclusion:

Affaire de l'article 16 de la loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, (1970) R.C.S. 777: l'article 120 du "bill omnibus" prévoyait la mise en vigueur d'une ou de plusieurs de ses "dispositions" à ou aux dates choisies par le gouverneur-général en conseil. S'autorisant de cet article, l'exécutif, sur proclamation, mit en vigueur l'article 16 de la loi concernant l'obligation de se soumettre à l'ivressomètre, tout en excluant de l'effet de cette proclamation trois alinéas de cet article visant à assurer à l'accusé le droit d'obtenir pour lui-même un échantillon de son haleine dans un certain contenant. Vu l'ambiguité du mot "disposition" ("provision"), la Cour a décidé majoritairement que l'article 120 autorisait l'exécutif à mettre en vigueur la loi par partie, le mot partie ou "disposition" pouvant s'entendre d'article, de paragraphe, d'alinéa, etc. Ce qui revient à dire que l'exécutif, en tranchant une loi de cette façon, peut en venir à en déformer l'esprit au point d'en faire une nouvelle, ce qu'ont reconnu les juges majoritaires, s'y résignant toutefois vu que c'était à leur dire une loi du Parlement qui ouvrait cette possibilité. Arrêt reproduit dans C. et M. p. 135.

A mon sens la décision qui précède - et qui me semble par ailleurs ahurissante - clôt le débat. La délégation parlementaire verticale au Canada ne connaît pas de limite au plan de la nature du pouvoir que peut déléguer une loi du Parlement. Au chapitre des relations entre le législatif et l'exécutif, la séparation des pouvoirs s'incline et disparaît devant la souveraineté du Parlement.

De ce qui précède on est donc assez justifié de conclure qu'en droit constitutionnel canadien la notion de loi, sous réserve d'une décision du type de celle rendue dans l'affaire Liyanage, (1967) 1 A.C. 259, et qui concerne les rapports entre les pouvoirs législatif et judiciaire, est une notion uniquement formelle et qui n'a aucun contenu matériel spécifique. Une loi, c'est en effet l'acte du Parlement, adopté d'une certaine façon et sanctionné par le gouverneur-général ou le lieutenant-gouverneur. On aurait tort de tenter de la définir par son contenu, c'est-à-dire notamment par la généralité et l'importance des règles qu'elle établit - en opposition par exemple à des règles de simple application et d'exécution -, du simple fait que dans notre droit un règlement peut lui aussi, et validement, établir des règles directrices et importantes. Dès lors il n'y a pas de différence possible, au niveau du contenu, entre d'une part une loi et d'autre part un arrêté-en-conseil ou un règlement, et ce qui les sépare c'est essentiellement la forme, c'est-à-dire qui les adopte et de quelle façon, et aussi le fait, important il faut le dire, qu'une loi est une norme première tandis qu'un arrêté-en-conseil ou un règlement est la plupart du temps second puisque fondé sur une loi dont dépend sa validité.

Ainsi donc ni la maxime Delegatus non potest delegare ni la théorie de la séparation des pouvoirs ne font obstacle au mécanisme de la délégation parlementaire verticale en droit canadien. Pourtant, si ces deux premières objections à ce mécanisme n'ont guère de consistance actuellement, il en est une troisième qui a connu un meilleur sort.

Cette troisième objection ou limite à la délégation parlementaire verticale, c'est celle suivant laquelle un Parlement, s'il a toute liberté pour déléguer ses pouvoirs, ne peut validement les abdiquer. Deux décisions judiciaires méritent d'être relevées à ce sujet:

> In Re Initiative and Referendum Act, (1919) A.C. 935, C. et M. p. 95: un projet de loi manitobain avait pour effet de permettre à un certain nombre d'électeurs de présenter, par pétition, au Parlement provincial un projet de loi quelconque comportant adoption d'une loi nouvelle ou abrogation d'une loi existante, et au cas de refus par le Parlement de l'adopter dans sa substance, le lieutenant-gouverneur devait le soumettre au référendum populaire. S'il était adopté sur référendum, il devenait comme un projet de loi adopté par le Parlement et il ne lui restait qu'à recevoir la sanction du lieutenant-gouverneur. Sur avis consultatif Londres a conclu à l'invalidité constitutionnelle du projet de loi manitobain en question, au motif qu'il changeait la fonction du lieutenant-gouverneur et lui enlevait certaines de ses prérogatives (art. 92,1 A.A.N.B.). On a aussi fait état de ce que le projet de loi en question se trouvait à déplacer radicalement le pouvoir législatif du Parlement vers un autre corps et que c'était au premier seul que la constitution octroyait ce pouvoir.
>
> Outdoor Neon Displays Ltd. c. City of Toronto, (1959) 16 D.L.R. 624, Cour d'Appel d'Ontario: la ville de Toronto adopta, sous l'autorité d'une loi ontarienne, un règlement municipal en matière d'affichage, mais prit d'elle-même l'initiative de sous-déléguer, et sur un mode discrétionnaire, le pouvoir d'émettre des permis à ce sujet à un certain officier. Face à cette dernière partie du règlement, que les tribunaux devaient plus tard qualifier d'illégale, le Parlement ontarien adopta par la suite une loi autorisant la commission municipale, organe administratif, à approuver ce règlement et ses amendements futurs, une telle approbation devant équivaloir à une validation ou déclaration de validité de celui ou de ceux-ci. Ce qui fut fait. C'est cette dernière loi qui devait être déclarée invalide dans la présente affaire, au motif qu'elle

impliquait un déplacement radical du pouvoir législatif du Parlement à la commission municipale. En effet cette dernière, parce qu'autorisée à valider une réglementation municipale présente et future, assumait en quelque sorte une fonction que seul le Parlement pouvait exercer: celle de statuer de temps à autre sur l'étendue des pouvoirs délégués de la corporation municipale en question.

Techniquement, le Parlement, dans l'une et l'autre des deux affaires qui précèdent, n'abdiquait rien en donnant de tels pouvoirs soit au peuple soit à la commission municipale d'Ontario. Car dans l'un et l'autre cas il gardait toujours, comme dans tous les autres cas de délégation examinés, la possibilité de leur retirer ces pouvoirs n'importe quand. Dès lors, ce qui à mon sens distingue la délégation de pouvoirs de l'abdication de ceux-ci, c'est à la fois la très vaste étendue des pouvoirs délégués dans ce dernier cas, c'est aussi et plus encore le fait qu'en pareille occurrence le Parlement se trouve à déléguer non plus seulement certaines de ses compétences mais bien "la compétence de sa compétence". Car on aura remarqué que dans l'affaire de la loi manitobaine de référendum le peuple, en plus du droit d'initiative, avait celui de légiférer non pas sur certaines matières mais bien de façon générale, devenant ainsi compétent pour décider des questions mêmes sur lesquelles il entendait exercer son pouvoir, sans compter le bouleversement profond du système politique qui s'ensuivait et qui n'avait rien pour plaire au pouvoir judiciaire, à savoir le remplacement par la démocratie directe de la traditionnelle démocratie représentative. Semblablement, quoique de façon plus étroite, la commission municipale ontarienne, en tant qu'autorisée à valider une réglementation municipale, devenait investie du pouvoir de décider de l'étendue même des pouvoirs de la municipalité, et il y a là, on s'en rend compte, quelque chose de plus qu'une délégation ordinaire de pouvoirs.

•

Concluons sur ce problème de la délégation verticale en droit canadien. Un Parlement au Canada ne connaît pas beaucoup de limites à la possibilité de déléguer ses pouvoirs. C'est cependant sous réserve de ne pouvoir les abdiquer, au sens esquissé plus haut. Autre exception qui vient à l'esprit: celle des dispositions dérogatoires de la Charte canadienne des droits et libertés (art. 33) et de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec (art. 52). C'est le Parlement, et lui seul, qui peut déroger aux garanties des Chartes, et il ne pourrait pas, à mon avis et même s'il s'en exprimait très clairement, déléguer ce pouvoir à quelqu'un d'autre.

* * *

Qu'en est-il maintenant de la position du droit constitutionnel canadien sur la délégation horizontale ou inter-parlementaire?

S'il est vrai qu'en droit constitutionnel canadien la délégation verticale est possible et aisée, il en va tout autrement de la délégation horizontale ou inter-parlementaire. Quoique celle-ci ait été prônée depuis longtemps et par beaucoup de gens, tout récemment encore par le Comité Beaudoin Dobbie (1992), comme un remède à la prétendue rigidité du fédéralisme canadien, la Cour suprême l'a jugée inconstitutionnelle en 1951:

A.C. Nova Scotia c. A.G. Canada, (1951) R.C.S. 31, C. et M. p. 235: sur avis consultatif on a conclu à l'invalidité d'un projet de loi provinciale de Nouvelle-Ecosse visant à déléguer les compétences législatives de cette province en matière de travail au Parlement central. Le projet de loi prévoyait aussi la possibilité de délégation, par le Parlement central au Parlement de Nouvelle-Ecosse cette fois, des compétences que le Parlement central possède pour légiférer dans certains secteurs du monde du travail, ainsi qu'en matière de taxation indirecte, compétence fédérale exclusive en vertu de l'article 91,3 de la constitution. Les véritables motifs du jugement tiennent au fait qu'une pareille technique pourrait aboutir à changer radicalement le partage des compétences législatives au Canada, tel qu'établi en particulier par les articles 91 et 92 A.A.N.B. En vertu de ces dispositions, les compétences de chacun des deux ordres de gouvernement lui sont

exclusives, ce qui n'est plus le cas si l'on accepte la possibilité de délégation de l'un à l'autre. Au surplus, même si le délégant reste toujours théoriquement libre de révoquer la délégation qu'il consent, cette révocation peut être difficile à opérer d'un point de vue politique. Suivant les juges, la délégation n'est concevable qu'entre organes d'inégal niveau, du simple fait qu'elle implique subordination d'un organe, le délégataire, par rapport à l'autre, le délégant. Elle ne saurait advenir entre organes souverains qui, comme les Parlements, ne sont pas unis par un lien de subordination mais bien par un lien de coordination.

D'ores et déjà, comme l'observe le juge Rand dans l'affaire qui précède, on peut remarquer entre la délégation verticale et la délégation horizontale une différence fonctionnelle qui tendrait à expliquer dans une certaine mesure la différence de traitement constitutionnel accordé à l'une et à l'autre. La délégation verticale se justifie par le fait qu'un Parlement n'a ni le loisir ni la compétence pour établir une mesure un tant soit peu complexe, de la phase de son inspiration générale à la phase de son application; entre ces deux phases extrêmes il faut des intermédiaires, gouvernement ou commissions administratives spécialisées. La délégation horizontale ou inter-parlementaire n'a pas la même justification fonctionnelle. En ce dernier cas des députés délèguent à d'autres députés et l'on ne saurait présumer que cela tient au fait que les délégataires soient plus éclairés, compétents ou disponibles que les délégants. Bien plutôt cela tient au fait que les délégataires, isolément, n'ont pas la compétence constitutionnelle requise pour faire la politique qu'ils veulent faire, d'où la technique de la délégation qui à ce titre devient un moyen de contourner la constitution!

* * *

Troisième forme de délégation, celle oblique, à l'opposé de la délégation horizontale, a été jugée constitutionnellement valide dans l'affaire suivante:

P.E.I. Potato Marketing Board c. Willis, (1952) 2 R.C.S. 292, C. et M. p. 241: dans cet avis consultatif on a statué en faveur de la validité constitutionnelle d'un projet de loi fédérale autorisant le gouverneur-général en conseil à déléguer à des commissions administratives provinciales le pouvoir de réglementer la mise en marché des produits agricoles destinés à l'exportation, de la même façon que ces commissions avaient, en vertu des lois provinciales, le pouvoir de le faire quant aux produits destinés à la consommation locale. Les motifs déterminants du jugement tiennent dans le fait qu'en pareil cas le délégataire n'était pas le Parlement provincial non plus que le gouvernement mais bien un organisme administratif subordonné, tenant son existence d'une loi provinciale. Il ne s'agissait pas par conséquent d'une délégation inter-parlementaire mais d'une délégation oblique. A l'objection à l'effet que le Parlement central n'avait point d'autorité constitutionnelle pour octroyer des pouvoirs à une entité légale de création provinciale, le juge Rand a répondu qu'en l'occurrence le Parlement fédéral faisait siennes les commissions administratives provinciales, les rendant fédérales pour ses propres fins, procédé n'ayant rien d'inconstitutionnel en lui-même vu la liberté du pouvoir central de constituer ses commissions administratives comme il l'entend, par conséquent de les constituer sur le même modèle que celles provinciales, voire même de choisir celles-ci mêmes pour ses propres fins.

En vertu de ce jugement la délégation oblique est constitutionnellement valide. Remarquons tout de suite que cette affaire en est une, non seulement de délégation oblique mais aussi de législation par référence. Car en effet le gouverneur-général en conseil, aux termes de la loi fédérale, pouvait déléguer aux commissions provinciales des pouvoirs, quant aux produits d'exportation, qui n'étaient autres que les pouvoirs dont l'autorité provinciale investissait de temps à autre ces commissions quant aux produits de consommation locale. Ce qui nous conduit à traiter immédiatement de cette autre technique qu'est la législation par référence (beaucoup d'auteurs parlent aussi de législation-renvoi).

* * *

La validité constitutionnelle de la législation par référence a été expressément reconnue dans l'affaire suivante:

> Couglin c. The Ontario Highway Transport Board, (1968) R.C.S. 569, C. et M. p. 257: la loi fédérale sur les véhicules moteur déléguait aux commissions provinciales de transport certains pouvoirs et leur permettait notamment d'imposer aux entreprises de transport interprovincial ou international, matière fédérale, l'obligation d'obtenir un permis dans tous les cas - sauf exemption spéciale accordée par le gouvernement fédéral - où un tel permis était requis, en vertu des lois provinciales, des entreprises de transport intra-provincial. A l'objection à l'effet qu'un tel procédé était en réalité de la délégation inter-parlementaire, les juges ont répondu que le Parlement fédéral ne déléguait pas ses compétences mais qu'il ne faisait qu'assumer et faire siennes les lois provinciales en matière de permis. Notons que dans un important jugement dissident le juge Ritchie a fait droit à l'objection et a distingué la présente affaire de l'affaire Willis (supra), invoquant le fait que dans celle-ci le gouverneur-général en conseil conservait une discrétion pour décider des règlements que les commissions provinciales allaient appliquer à propos des produits d'exportation, tandis que dans la présente affaire la loi fédérale assumait directement et automatiquement les lois et règlements provinciaux présents et futurs, en vue de régir le transport extra-provincial. Toujours selon le juge Ritchie, le fait pour le Parlement central d'assumer automatiquement et par anticipation des normes législatives et réglementaires provinciales futures était l'exact équivalent d'une délégation inter-parlementaire.

On doit donc en conclure que dans son état actuel le droit constitutionnel canadien permet cette technique législative qu'est la législation par référence. C'est le cas de l'affaire Couglin qui a permis la législation par référence ouverte; il va sans dire dès lors que la législation par référence statique est elle aussi permise, vu sa portée beaucoup plus limitée. Une autre importante affaire est encore à signaler à ce sujet:

> A.G. Ontario c. Scott, (1956) R.C.S. 137, C. et M. p. 249: suite à un accord de réciprocité entre l'Angleterre et l'Ontario en vue de la protection des épouses délaissées par leur mari, une loi ontarienne stipulait que si une épouse anglaise dont le mari l'avait quittée pour se réfugier en Ontario obtenait devant le tribunal anglais une ordonnance de pension alimentaire, une telle ordonnance devait avoir force de jugement en Ontario et le mari ne pouvait faire valoir en défense devant le tribunal ontarien que ce qu'il aurait pu faire valoir en défense devant le tribunal anglais; et réciproquement dans le cas de l'épouse ontarienne dont le mari se trouvait en Angleterre. A l'argument à l'effet qu'une telle loi ontarienne opérait une délégation illégale, en tel sens que l'Ontario s'en remettait au droit anglais, présent ou futur, pour permettre ou interdire certaines défenses devant ses propres tribunaux, la Cour Suprême a jugé que tel n'était pas le cas, et qu'il ne s'agissait pas d'une délégation mais bien d'une simple référence ou adoption, dans le cadre d'une loi ontarienne, du droit anglais dans un secteur fort limité, celui des pensions alimentaires.

Il résulte de ce qui précède que la technique de la législation par référence est acceptée en droit constitutionnel canadien. On en a du reste plusieurs exemples dans la législation. Pour n'en retenir qu'un, l'article 40 de la Loi sur la preuve au Canada (L.R.C. 1985, ch. C–15) prévoit que «dans toutes les procédures qui relèvent de l'autorité législative du Parlement du Canada, les lois sur la preuve en vigueur dans la province où ces procédures sont exercées... s'appliquent à ces procédures, sauf la présente loi et les autres lois fédérales».

A cet égard, un autre important arrêt est encore à signaler, qui se situe dans le prolongement de l'arrêt Coughlin:

> La Reine c. Smith, [1972] R.C.S. 359, C. et M. p. 261: on y a jugé que le pouvoir donné aux commissions provinciales de transport, en vertu de la loi fédérale sur le transport par véhicule

à moteur, de délivrer des permis aux entreprises extraprovinciales de transport "aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale... était une entreprise locale", ne limitait pas une commission provinciale à ne mettre dans le permis délivré à l'entreprise extraprovinciale que les restrictions contenues dans les permis des entreprises intraprovinciales. La loi fédérale voulait plutôt dire que, quant à la commission provinciale, l'entreprise extraprovinciale sera comme une entreprise intraprovinciale, et que la commission pourra imposer des restrictions à la première comme à la seconde, restrictions qui peuvent varier dans un cas et dans l'autre.

Cette décision fut vivement critiquée et on en a retenu qu'il ne s'agissait plus de législation par référence mais de délégation interparlementaire. Selon moi, ces critiques ne sont pas justifiées, et ce, pour deux raisons. D'abord la loi et les règlements provinciaux en eux-mêmes ne variaient pas dans leur application aux deux types d'entreprises; la loi fédérale les adoptait tels qu'ils étaient quant au transport local. Ce qui variait était l'exercice de la discrétion par la commission et le contenu des permis délivrés par elle. Mais, et c'est la seconde raison, cette variation émanait de la commission, et non de la législature provinciale; et si délégation il y a, ce n'est pas une délégation interparlementaire mais tout au plus une délégation oblique, du Parlement fédéral vers une commission provinciale.

* * *

La <u>législation conditionnelle</u> est possible et admise en droit constitutionnel canadien. Ainsi par exemple une loi provinciale peut validement établir qu'une personne condamnée en vertu de cette loi fédérale qu'est le code criminel pour telle ou telle infraction perdra son permis provincial de conduire. Cette loi provinciale, de type conditionnel en tel sens que son application dépend de la survenance d'un événement futur et incertain, en l'occurrence la condamnation d'un citoyen sous une loi fédérale, est indiscutablement valide au plan constitutionnel. De la même façon une loi peut voir son application effective subordonnée à un vote affirmatif d'une certaine catégorie de gens, comme c'était le cas dans la célèbre affaire <u>Russell</u>, (1881-82) 7 A.C. 829, <u>C. et M.</u> p. 343, où une loi fédérale prohibant les boissons alcooliques ne pouvait entrer en application effective dans les villes ou les comtés qu'à la suite d'un vote des électeurs des villes ou comtés en question. La technique de la législation conditionnelle peut parfois donner lieu à des applications d'une subtilité surprenante, comme en témoigne la célèbre affaire suivante:

> <u>The Lord's Day Alliance of Canada c. A.G. British Columbia</u>, (1959) R.C.S. 497: le problème de l'observance du dimanche et le fait de prohiber certaines activités ce jour-là pour des motifs religieux ayant été jugés matières de droit criminel, relevant par conséquent de la compétence fédérale (art. 91,27), on a tenté de trouver une technique suivant laquelle les provinces pourraient parvenir à légiférer quand même validement à ce sujet, celles-ci pouvant mieux que le Parlement central prendre en considération les diversités locales de croyances et de traditions religieuses auxquelles un tel problème est inévitablement relié. Dans cette perspective la loi fédérale sur le dimanche prohibait un assez grand nombre d'activités ce jour-là, sauf parmi ces dernières celles pouvant être permises par une loi provinciale, présente ou future. Acquérant ainsi un caractère permissif et non prohibitif, ces lois provinciales s'éloignaient de cette façon du type de la loi criminelle véritable qui a pour caractère essentiel d'être une loi prohibitive, et leur validité constitutionnelle s'en trouvait d'autant mieux assurée. A l'argument à l'effet que par cette technique le Parlement central déléguait ses pouvoirs aux provinces, les juges ont répondu que tel n'était pas le cas; il s'agissait en fait d'une auto-limitation que le Parlement central s'imposait à lui-même, en assujettissant l'application de sa loi à une condition qu'il choisissait et qui ne dépendait pas de lui, à savoir l'absence de lois provinciales permettant les activités que lui-même prohibait. Arrêt reproduit dans <u>C. et M.</u> p. 251.

L'affaire qui précède est un des exemples classiques en matière de législation conditionnelle, technique que les tribunaux canadiens considèrent comme valide au plan constitutionnel. En seraient peut-être un autre exemple, quoique la technique utilisée puisse être considérée comme quelque peu différente, ces dispositions du Code criminel prohibant les loteries, à l'exception notamment de celles organisées par les provinces. Sur ce point, on lira l'article 207 du Code criminel et l'arrêt R. c. Furtney, [1991] 3 R.C.S. 89.

* * *

Voilà donc, fort schématiquement décrite, la position actuelle du droit constitutionnel canadien sur ces techniques que sont les délégations verticale, horizontale et oblique, la législation par référence et la législation conditionnelle. Il reste à offrir une appréciation de cette situation, d'un point de vue juridique et fonctionnel.

Section II: Appréciation juridique et fonctionnelle.

D'un point de vue strictement logique la situation qui vient d'être décrite n'est pas, et il s'en faut de beaucoup, exempte de toute critique. En voici quelques-unes.

A mon avis il n'y a guère de différence logique entre d'une part la délégation horizontale ou inter-parlementaire et d'autre part les quatre autres techniques dont nous avons parlé. Dès lors il n'y aurait pas de raison pour prohiber la première et permettre les autres et c'est toutes qu'il faudrait ou accepter ou refuser. Dans les cinq cas en effet un Parlement s'en remet à quelqu'un d'autre que lui-même pour décider ce qu'est ou sera le droit, quitte bien entendu et dans tous les cas à pouvoir opérer le retrait de ce transfert n'importe quand.

Encore qu'à cette première remarque il faille apporter quelques nuances. Dans la technique de la législation conditionnelle, on peut dire que c'est moins le droit qui est décidé par quelqu'un d'autre que le Parlement concerné que son application effective, qui se trouve être en dépendance d'une condition extérieure. On peut considérer toutefois qu'en pratique cela revient au même. De même on peut à juste titre remarquer que la législation par référence statique est moins une délégation que ne l'est celle ouverte, du fait que dans le premier cas on assume la loi d'un autre certes, mais de façon figée et telle qu'elle est à un moment donné, tandis que dans le second cas on s'en remet davantage à la volonté de cet autre en assumant sa loi telle qu'elle est ou pourra devenir.

On parle de délégation illégale dans l'affaire du référendum manitobain ou dans l'affaire A.G. Nova Scotia c. A.G. Canada, alors qu'on parle d'adoption légale dans les affaires Willis, Couglin, Scott ou encore d'auto-limitation légale dans l'affaire Lord's Day Alliance. Mais à la vérité et sur un plan froidement logique cela ne convainc personne, du simple fait que dans tous les cas le Parlement remet à quelqu'un d'autre le soin de décider ce qui relève de lui.

Pourtant j'estime qu'une appréciation juridique correcte d'un problème comme celui de la délégation ne peut faire abstraction de certaines données fonctionnelles qui sous-tendent les formes juridiques et constitutionnelles et sans lesquelles celles-ci ne sont que pure abstraction. C'est une inspiration de ce genre qui guidera les quelques remarques qui terminent le présent développement.

On peut tenir en effet qu'un bon traitement constitutionnel d'un problème comme celui de la délégation doit prendre en considération, sur un mode qualitatif: 1° la nature politico-juridique de l'organe délégant et de l'organe délégataire, 2° le caractère et l'étendue des compétences que l'on veut déléguer. Dans tous les cas qui nous occupent et qui sont des cas de délégation parlementaire, l'organe délégant est le Parlement. Mais il n'est pas indifférent que ce soit à un autre Parlement ou plutôt à un organe subordonné, à une commission administrative en particulier, que le Parlement délégant cherche à déléguer certains de ses pouvoirs. Car on a toutes les raisons de croire que le délégant ne va pas investir un

organe administratif de très vastes compétences législatives; ce sont plutôt, vu les tâches techniques qui sont habituellement celles du délégataire, des compétences de ce même type que le délégant va tenter de lui transférer. On peut estimer à l'inverse qu'une délégation parlementaire à un autre Parlement - ou même à un gouvernement autre que celui dont le Parlement délégant est censé avoir le contrôle - risque de porter sur des pouvoirs plus vastes, dont le caractère politique l'emporte sur le caractère technique. Ce qui tendrait à justifier l'acceptation de la délégation oblique et le rejet de la délégation inter-parlementaire (ou de Parlement à gouvernement d'un autre niveau).

Encore qu'en ce dernier cas les choses ne soient pas toujours aussi simples. Comment expliquer en effet que la délégation inter-parlementaire ait été jugée inconstitutionnelle dans l'affaire A.G. Nova Scotia c. A.G. Canada et valide dans l'affaire Scott? Car il faut bien voir que d'un point de vue strictement logique c'était aussi de délégation inter-parlementaire entre l'Ontario et l'Angleterre qu'il s'agissait en ce dernier cas. La seule réponse possible à cette question est d'ordre qualitatif: c'est sur une matière très limitée et technique, soit les défenses possibles aux ordonnances de pension alimentaire, que cette forme de délégation qu'est la législation par référence ouverte était rendue possible dans l'affaire Scott. La matière de la délégation était considérablement plus large, et de bien plus grande politique, on en conviendra, dans l'affaire A.G. Nova Scotia c. A.G. Canada.

Ainsi c'est non seulement à la nature du délégataire mais aussi au caractère et à l'étendue de la compétence déléguée qu'il faut s'en remettre pour apprécier constitutionnellement toute technique de délégation.

Résumons ce qui précède en deux propositions simples.

Premièrement, toute appréciation constitutionnelle sur une quelconque technique de délégation doit prendre en sérieuse considération la nature politico-juridique de l'organe délégataire, suivant qu'il s'agit d'un organe politique ayant des pouvoirs premiers et dont le rôle en est un de politique générale, ou au contraire d'un organe subordonné, de type plutôt administratif et dont le rôle est de nature technique. Cela tendrait à expliquer la différence de traitement constitutionnel entre la délégation horizontale et la délégation oblique. Quant à la délégation verticale, elle ne pose pas le même genre de problème, du simple fait qu'elle ne met pas en cause le fédéralisme. On dira plutôt que c'est l'affaire du seul Parlement souverain. Rappelons toutefois que même en matière de délégation verticale le choix d'un délégataire très "politique", en l'occurrence le peuple, a déjà contribué à faire invalider la délégation opérée. Ce fut le cas dans l'affaire de la loi manitobaine de référendum.

Deuxièmement, une étude constitutionnelle des techniques de délégation doit aussi prendre en considération la nature et l'étendue des pouvoirs que l'on délègue. Dans une telle perspective on verra que la législation par référence et la législation conditionnelle, qui strictement sont deux variantes de la délégation horizontale, impliquent, à la différence de cette dernière, une délégation dans la majorité des cas et par la force des choses fort limitée et technique. Voici pourquoi.

En effet la législation par référence ne permet pas au Parlement à qui on s'en réfère de légiférer spécialement pour celui qui s'en réfère à lui. C'est la loi propre du délégataire que le délégant assume à ses fins à lui. D'où il résulte que c'est assez rarement et sur des points nécessairement limités que le délégant jugera que la loi d'un autre lui convient au point de pouvoir la faire sienne. Et quant à la possibilité, pour le délégataire, dans le cas de législation par référence ouverte, de modifier la loi adoptée par le délégant, elle n'est pas non plus très inquiétante. Car, changeant sa loi, le délégataire se trouvera à la changer autant pour lui que pour l'autre, et il est peu vraisemblable par exemple qu'une province prenne plaisir à modifier une loi de transport qui par ailleurs la sert bien uniquement pour voir varier le droit fédéral en la matière! Or la technique de la législation horizontale proprement dite n'offre pas du tout les mêmes garanties, d'où l'on voit que la différence de traitement que le droit constitutionnel établit entre la délégation horizontale et la législation par référence n'est pas absolument sans fondement. Quant à la législation conditionnelle, elle appelle à peu près les mêmes remarques.

Observons enfin que la nature et l'étendue des pouvoirs délégués constituent un facteur si important dans l'appréciation de la validité d'une délégation qu'elles ont déjà eu pour conséquence d'entraîner l'invalidation d'une délégation verticale, par ailleurs si largement admise. L'affaire de la loi manitobaine de référendum et l'affaire Outdoor Neon Displays en sont les deux meilleurs exemples.

Les observations qui précèdent tendent à montrer que le droit constitutionnel canadien en matière de délégation de pouvoirs n'est pas nécessairement illogique ni contradictoire; elles ne tendent pas du tout à montrer que ce droit est le meilleur qui soit et qu'il faut être en accord avec toutes ses conclusions. Par exemple il se peut bien que la délégation interparlementaire aurait été utile pour le Canada et c'est peut-être un indice de la pertinence de cette technique qu'on en ait parlé si souvent: qu'on pense à la Commission Rowell Sirois (1940) et au Comité Beaudoin Dobbie (1992), ou encore au projet avorté de formule de modification constitutionnelle Fulton Favreau (1964). A cette solution on oppose depuis toujours le fait qu'elle déséquilibrerait le fédéralisme canadien en permettant par exemple aux provinces consentantes de déléguer au Parlement central certaines de leurs compétences, ce qui ne serait assurément pas le cas de toutes, d'où une diversité de statut entre les unes et les autres, d'où aussi un problème au niveau de la représentation parlementaire fédérale, les députés fédéraux des provinces refusant de déléguer ayant théoriquement moins de responsabilités et par conséquent devant avoir moins de pouvoirs que les autres.

Observons que le fédéralisme australien permet expressément la délégation inter-parlementaire, des Etats vers le pouvoir central (art. 51 de la constitution), et l'expérience prouve qu'on n'en a pas abusé. En irait-il de même au Canada? Certes il s'agit d'une technique qui n'est pas exempte de risques et il est bon de souligner qu'elle est soumise au double péril contradictoire de pouvoir être ou bien trop flexible, le délégant pouvant au gré de ses fantaisies retirer en tout temps les pouvoirs qu'il délègue, ou bien trop rigide, une délégation de compétences pouvant devenir au bout d'un certain temps fort difficilement révocable au plan politico-administratif. Il n'en reste pas moins qu'elle peut paraître convenir à un fédéralisme comme le fédéralisme canadien, au sein duquel il existe entre les provinces des différences si considérables à tous égards que la nécessité de statuts particuliers saute aux yeux, sauf aux yeux de quelques-uns. Ainsi la preuve qu'il s'agit là d'une mauvaise technique n'est pas faite, pas plus que la preuve du contraire. Soulignons seulement que ce serait le rôle d'un bon texte constitutionnel de la réglementer, de façon à minimiser les risques qu'elle peut comporter.

A côté de la délégation horizontale, la délégation verticale mérite aussi quelques commentaires. On a souligné à quelques reprises la facilité avec laquelle elle est admise en droit canadien. Il reste qu'au plan de la politique constitutionnelle cette technique est soumise à certaines limites, qui tiennent au simple fait qu'un Parlement, en situation normale, ne saurait politiquement déléguer tous ses pouvoirs au gouvernement. Il en va autrement en situation d'urgence. Mais même en situation normale, aucune démocratie moderne n'échappe à cette technique de la délégation de pouvoirs législatifs à l'exécutif, et une analyse attentive a révélé qu'au Canada les deux tiers des lois fédérales actuellement en vigueur contenaient des dispositions opérant une telle délégation, d'étendue variable.

S'il est vrai, comme on l'a constaté, que dans l'état actuel du droit la délégation verticale connaît assez peu de limite au plan de la nature et de l'étendue du pouvoir délégué - peut-être est-ce là au fond une bonne chose, vu la difficulté de distinguer les "questions importantes des simples questions de détail et d'application" - certaines exigences de forme et de procédure peuvent tempérer les risques qu'une pareille technique peut comporter. Ainsi il est possible et tout à fait souhaitable que l'activité réglementaire du gouvernement soit connue à l'aide d'une publication adéquate et obligatoire, mais aussi étroitement surveillée grâce notamment à des procédures appropriées de dépôt et de contrôle parlementaires ou autres pouvant prendre diverses formes (pouvoir d'annulation, voire même dans certains cas nécessité d'une approbation positive conditionnant l'entrée en vigueur du règlement).

Signalons au passage que ce n'est qu'en 1986 que le Québec s'est doté d'une loi sur les règlements (Loi sur les règlements, L.R.Q., c. R. 18.1), alors qu'Ottawa a légiféré pour la première fois sur la question en 1950 (Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. 1985, c. S–22). Bien que ce soit sur un mode uniquement supplétif puisque toute loi habilitante peut déroger à ce qu'elles prévoient, ces deux lois régissent le mode d'adoption des règlements et instituent certaines procédures de contrôle, antérieures et postérieures à cette adoption. Selon la loi québécoise, un règlement entre en vigueur 15 jours après la publication dans la Gazette officielle du Québec (art. 17), ou exceptionnellement plus tôt que cela (art. 18), mais personne ne peut être condamné pour une infraction à un règlement commise moins de 15 jours suivant son entrée en vigueur à moins qu'il ne soit démontré que l'accusé pouvait avoir connaissance de la teneur de ce règlement (art. 19). Quant à la loi fédérale, elle prévoit à son article 11 que tout règlement doit être publié dans la Gazette du Canada dans les 23 jours de son enregistrement – il n'entre pas en vigueur avant celle–ci. L'absence de publication n'entraîne pas l'invalidité du règlement, mais personne, toujours en vertu du même article, ne doit être condamné pour une infraction à un règlement non publié au moment de celle–ci, sauf s'il s'agit d'un règlement exempté de publication par décision gouvernementale ou prévoyant entrer en vigueur avant publication et si preuve est faite que des mesures ont été prises pour que les intéressés soient informés de sa teneur.

Pour une analyse des arrêts relatifs à la délégation intergouvernementale, voir : sur l'arrêt *Le Procureur général de la Nouvelle-Écosse* c. *Le Procureur général du Canada*, F. R. Scott, (1948) 26 *R. du B. Can.* 984 (commentaire du jugement de la Cour d'appel) ; J. B. Ballem, (1951) 29 *R. du B. Can.* 79 ; sur l'arrêt *Willis*, J. B. Ballem, (1952) 30 *R. du B. Can.* 1050 ; sur l'arrêt *Scott*, B. Laskin, (1956) 34 *R. du B. Can.* 215 et C.B. Bourne, (1956) 34 *R. du B. Can.* 500 ; sur l'arrêt *Coughlin*, M. Fairweather, (1970) 5 *U.B.C.L.* Rev. 43. Pour des études générales, voir, P. Blache, « Délégation et fédéralisme canadien », (1975-1976) 6 *R.D.U.S.* 235 ; E. A. Driedger, « The Interaction of Federal and Provincial Laws », (1976) 54 *R. du B. Can.* 695 ; G. V. La Forest, « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21 *McGill L. J.* 131 ; W. R. Lederman, « Some Forms and Limitations of Co-operative Federalism », (1967) 45 *R. du B. Can.* 409 ; K. Lysyk, « The Inter-Delegation Doctrine : A Constitutional Paper Tiger ? », (1969) 47 *R. du B. Can.* 271 ; P. C. Weiler, « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism », (1973) 23 *U. of T.L.J.* 307, p. 311 à 318.