

# Le parlement peut-il contrôler le processus de réglementation?

James Mallory

Un des aspects les plus fondamentaux de notre système constitutionnel est ce que le grand juriste constitutionnel anglais A.V. Dicey appelait la «primauté du droit». Dicey entendait par là qu'aucun homme ne peut être puni s'il n'a pas commis d'infraction précise à la loi, et que tous les hommes — du plus grand au plus petit — sont assujettis aux tribunaux ordinaires du pays. Si la prolifération des organismes de réglementation et des tribunaux administratifs a quelque peu affaibli sa seconde proposition, il n'en demeure pas moins que les tribunaux ont de vastes pouvoirs et jouissent d'une grande autorité pour maintenir les organismes de réglementation dans le cadre de la loi et leur faire respecter les principes de justice naturelle. Mais si les tribunaux interprètent la loi, ce ne sont pas eux qui l'élaborent, de sorte que les assemblées législatives et les organismes à qui elles délèguent des pouvoirs de réglementation peuvent édicter des lois et des règlements qui vont à l'encontre de nos notions de justice naturelle. Les tribunaux peuvent difficilement empêcher cela, même lorsque des chartes de droits sont enchâssées dans la Constitution.

Dans un système où le Parlement est souverain (même partiellement limité par une charte des droits, comme c'est le cas au Canada) la primauté du droit et les principes de justice naturelle ne jouissent que d'une protection constitutionnelle limitée. L'ultime garantie de ces principes est en définitive la conscience de l'assemblée législative. Dans quelle mesure les ministres et les parlementaires ont-ils été pénétrés des valeurs constitutionnelles? Jusqu'à quel point un Parlement peut-il, à titre d'institution, protéger ces valeurs contre des gouvernements qui peuvent être tentés d'en faire fi?

## Le rôle du Parlement dans le contrôle de l'exécutif

Il y a près de vingt ans, le professeur Bernard Crick, dans son ouvrage remarquable sur la réforme du Parlement, écrivait :

Ainsi, l'expression contrôle parlementaire et les rumeurs concernant le déclin du contrôle parlementaire ne devraient pas nous amener à souhaiter une situation où les

gouvernements peuvent voir leur législation changée ou défaire ou leur mandat écourté... Par contrôle on entend *influence* et non pouvoir direct; *conseil* et non commandement; *critique* et non obstruction; *examen* et non instauration; *divulgarion* et non secret.<sup>1</sup>

Bref, nous devons être réalistes au sujet du rôle que joue le Parlement dans le système de Westminster. Le gouvernement a été choisi pour gouverner; l'opposition est un «gouvernement en attente», qui utilise ses ressources — y compris ce qui se passe au Parlement — dans ce que le professeur Crick a appelé «une campagne électorale permanente» qui commence avec la convocation d'un nouveau Parlement et se poursuit jusqu'à sa dissolution et le lancement de la véritable campagne électorale. Tout ce qui survient au Parlement se résume à un affrontement entre des groupes organisés d'hommes politiques qui visent un but politique : contrôler le gouvernement.

Une chambre législative est constituée d'un grand nombre de personnes qui débattent publiquement de grandes questions pour l'édification de l'électorat. La plupart du temps, elles ne font que légitimer des propositions législatives cohérentes déjà mises au point et figées dans une forme définitive par les rouages de l'exécutif. Lorsque les partis politiques sont disciplinés et que les gouvernements sont majoritaires, il n'y a vraiment que très peu de choses qui peuvent être faites pour modifier les propositions législatives. Le débat au Parlement s'effectue dans un cadre complexe de règles qui permettent à la discussion de se dérouler, mais qui sont également conçues pour faciliter le dénouement de l'étude d'un projet de loi. Une opposition déterminée peut causer tant de retard qu'un grand nombre de mesures meurent au feuillet, mais celles que le gouvernement est décidé à adopter survivront. Dans l'optique du gouvernement et de l'opposition, l'objet de tout cet exercice est de poser les assises de la prochaine élection. Le débat parlementaire n'est pas ce qu'on appelle généralement de la législation, mais simplement de la légitimation.

Comme il est difficile pour un grand groupe de personnes de travailler efficacement, la majeure partie de l'activité d'un organisme parlementaire s'effectue en comité. Une partie de ce travail en comité porte sur les étapes du processus législatif, et ne concerne pas la présente discussion. D'autres parties ont trait aux fonctions d'examen et de contrôle. Tous les comités ont certaines caractéristiques en commun. Ils peuvent être plus efficaces en raison de leur taille réduite, et le caractère spécialisé de leur tâche

M. James Mallory est professeur émérite en sciences politiques à l'université McGill. Il fut le conférencier thématique à la deuxième Conférence du Commonwealth sur la législation déléguée qui s'est tenue à Ottawa, en avril 1983.

permet à leurs membres d'être mieux informés et de pouvoir effectuer un bon travail. Ils présentent également une caractéristique qui les diffère quelque peu de leur organisme mère où d'ardents partisans politiques se font quotidiennement la lutte en quête d'un avantage politique : étant petits, les comités sont enclins à adopter ce qu'on appelle un comportement de petit groupe – soit une tendance à avoir une identité propre – ce qui contraste avec le climat d'opposition qui règne dans une assemblée parlementaire. Pour cette raison, les gestionnaires de parti ont quelque peu tendance à s'en méfier. Un député qui consacre la majeure partie de son temps au travail des comités peut également nuire à sa carrière politique s'il néglige sérieusement le travail à caractère nettement politique que lui proposent la Chambre et sa circonscription. En conséquence, on ne trouve jamais assez de députés qui veulent devenir des membres de comité.

Les gouvernements, qui contrôlent la façon dont une assemblée législative fait son travail, hésitent, dans notre système, à accorder trop de pouvoirs aux comités pour ne pas nuire à la bonne relation constitutionnelle qui doit normalement s'établir entre le cabinet et le Parlement. C'est ce qui explique en partie qu'on ait récemment offert d'améliorer les installations de bureau et de recherche des députés et des caucus de parti au Canada mais qu'on ne l'ait pas proposé au personnel des comités. Néanmoins, certains genres de surveillance et d'examen ne peuvent être effectués que si les comités ont à leur disposition un personnel expérimenté et adéquat.<sup>2</sup>

## L'examen des textes réglementaires

L'État moderne a atteint des proportions telles que les assemblées législatives, pressées par le temps, doivent adopter un grand nombre de lois sous une forme simplifiée, laissant aux ministres ou aux organismes de réglementation la tâche de concevoir des règlements qui précisent l'objet de la loi. Les changements technologiques sont si rapides que les règlements qui régissent des questions comme la sécurité aérienne ou la mise en marché des drogues doivent être fréquemment modifiées. Il serait absurde de s'attendre à ce que chaque nouveau problème mette en branle tout le processus solennel de la modification législative.

Le passage de la réglementation par le Parlement à la réglementation par l'exécutif s'est d'abord effectué au cours de la Première guerre mondiale. L'avènement de la paix n'a pas rétabli la situation antérieure. En Grande-Bretagne, le phénomène a été relevé par Lord Hewart dans *The New Despotism*, examiné par le Comité sur les pouvoirs des ministres en 1932, et traité plus amplement par Sir Carleton Allen en 1945.<sup>3</sup> Brooke Claxton dans un débat aux communes en 1943 a été le premier à s'y intéresser au Canada. Par la suite, le Parlement a adopté en 1950 la *Loi sur les règlements*, suivie quelque vingt ans plus tard par la *Loi sur les textes réglementaires*, et la création d'un Comité d'étude des deux Chambres, l'année suivante.<sup>4</sup>

Il est de toute évidence impossible de revenir aux jours idylliques où le Parlement disposait de tout le temps voulu pour discuter de toutes les modifications apportées aux lois, si minimes fussent-elles. Mais comment le contrôle parlementaire peut-il s'affirmer sans paralyser tout le processus législatif? En tout premier lieu, on devrait pouvoir distinguer – comme le Comité sur le pouvoir des ministres l'a fait – entre un usage raisonnable du pouvoir de

réglementation par l'exécutif et un usage qui compromet les valeurs constitutionnelles fondamentales de l'État.

Lorsque les ministres ont le pouvoir de lever des impôts ou de modifier des lois du Parlement par décret de l'exécutif, on assiste de façon éclatante au «déclin du Parlement». Les décrets qui font un usage nouveau et inusité d'un pouvoir de réglementation ou qui empiètent excessivement sur la liberté des individus, sont ceux qu'il faudrait, en raison de leur gravité, confier au Parlement lui-même. Cependant, ces décrets peuvent être légaux, et partant, échapper au contrôle des tribunaux.

Il y a aussi la question de savoir si l'examen des décrets discutables devrait essentiellement porter sur la forme ou englober aussi le fond et l'orientation. Dans ce dernier cas, un comité législatif pourrait être accusé de revenir sur des questions de politique que le Parlement a déjà réglées dans la loi habilitante. Néanmoins, les règlements semblent parfois dépasser l'intention du Parlement et il devrait y avoir un moyen parlementaire de rouvrir le dossier. La meilleure tribune pour traiter de ces questions n'est peut-être pas le comité habituel d'étude des règlements qui a les connaissances et l'expérience voulues pour traiter des questions de forme plutôt que de fond de la législation déléguée. Il serait peut-être souhaitable de répartir la tâche de l'étude des projets de loi entre deux comités parlementaires distincts, l'un spécialisé dans les questions de forme et l'autre dans les questions de principe et de fond. La manière de concilier ces deux opérations a récemment fait l'objet de plusieurs recommandations au Canada.

## Récentes propositions canadiennes

L'un des principaux éléments de la réforme générale de la procédure des Communes présentée en 1979 était une amélioration du mode de traitement des textes réglementaires.<sup>5</sup> À peu près à la même époque, le Comité mixte permanent des règlements et autres textes réglementaires rédigeait un rapport en vue d'obtenir plus de latitude pour s'acquitter de ses fonctions,<sup>6</sup> et un comité du Sénat présentait en 1980 des propositions utiles pour améliorer l'étude des mesures législatives déléguées.<sup>7</sup> J'examinerai tour à tour chacune de ces propositions.

Peu avant la fin de sa brève existence, le gouvernement progressiste-conservateur avait, le 23 novembre 1979, déposé à la Chambre des communes un certain nombre de propositions annoncées dans le Discours du Trône «pour élargir le pouvoir du Parlement et renforcer les pouvoirs et les ressources des comités parlementaires», afin de favoriser les initiatives des simples députés et, de façon générale, accroître la responsabilité ministérielle. L'une de ces propositions visait à multiplier les occasions de discuter les rapports de comités (il est à noter que plusieurs des rapports du Comité des textes réglementaires ont été discutés au Sénat, mais presque jamais aux Communes, probablement à cause de la réticence du gouvernement à consacrer du temps à ces questions). Aux termes d'une autre proposition, le règlement de la Chambre devait être révisé pour faciliter la présentation de résolutions affirmatives ou négatives sur la législation déléguée, exigence relativement rare au Canada. Une autre proposition utile voulait que les articles habilitants des projets de loi soient simultanément déferés au Comité des textes réglementaires et au comité permanent compétent, après l'étape de la deuxième lecture.

De nombreux règlements laissent à désirer du fait que les législatures ont souvent eu tendance à adopter des clauses habilitantes vastes et ambiguës. Si on les étudiait davantage avant d'adopter les lois, le travail du Comité des textes réglementaires s'en trouverait progressivement facilité. Car s'il est parfois possible de persuader un organisme de modifier ou de retirer un règlement défectueux, on ne peut s'attendre que le Parlement trouve le temps de modifier des lois existantes afin de resserrer son contrôle sur l'exécutif.

Les propositions des conservateurs visaient essentiellement à donner plus de pouvoir aux simples députés et à relâcher le contrôle exercé par le gouvernement sur les comités. Il est significatif que ces propositions aient été faites par un nouveau gouvernement issu d'un parti qui n'avait pas pris le pouvoir depuis quinze ans.

Comme l'a fait remarquer Gerald Baldwin au sujet de la législation sur le libre accès à l'information, la seule façon d'obtenir ce droit, c'est de le demander avant qu'un gouvernement ait été assez longtemps en place pour avoir peur de l'accorder. Il n'est donc guère surprenant qu'aucune des réformes proposées n'ait été reprise par les libéraux quand ils sont revenus au pouvoir. En matière de réforme parlementaire, leur priorité était d'améliorer l'efficacité du processus législatif et non pas de faciliter la tâche des critiques du gouvernement.

Le Comité mixte permanent des règlements et autres textes réglementaires a, dans son rapport de 1980, fait un éloquent plaidoyer en faveur du strict assujettissement du gouvernement à «la règle de droit et au contrôle de l'arbitraire, même s'il s'agit d'actes bien intentionnés» grâce à une surveillance plus efficace de la part du Parlement. Le rapport est paru à un moment qui semblait exceptionnellement propice, car le «débat sur la déréglementation» battait alors son plein, tant au Canada qu'aux États-Unis. La question a aussi connu une vogue parmi les économistes et retenu l'attention du Conseil économique du Canada ainsi que d'un groupe de travail parlementaire aux Communes, suite à quoi l'un des principaux ministres de la Couronne a été chargé de s'occuper de la question. Tandis qu'une grande partie sinon l'ensemble du débat sur la déréglementation touchait des questions de politique (le nombre et les types de règlements et leurs répercussions sur le public relativement aux coûts et aux services) le moment semblait opportun de revenir à la question du comment et du pourquoi.

Dans son rapport, le comité pensait avoir trouvé une solution à la façon de modifier les vieilles lois trop généreuses et vagues quant à l'octroi du pouvoir de délégation, «en amendant les projets de loi présentés au Sénat sur recommandation du Comité d'examen des textes réglementaires et sous réserve de l'accord de tous les partis». Le comité proposait aussi, pour renforcer le contrôle parlementaire, que toute législation déléguée non assujettie à la procédure d'affirmation obligatoire puisse être révoquée sur résolution de l'une ou l'autre Chambre et que l'exécutif ne puisse rétablir le même texte réglementaire avant une période de six mois à compter de la date de révocation.

Cette proposition a également été appuyée par le Comité sénatorial de la justice et des affaires juridiques. Un tel pouvoir pourrait avoir un effet de dissuasion, mais à moins que ne se

produise un changement remarquable dans les relations entre le gouvernement et le Parlement, il est improbable qu'une résolution de révocation puisse être adoptée. Si elle l'était aux Communes, cela indiquerait que les whips du gouvernement ont perdu le contrôle effectif de leurs députés. Au Sénat, cela pourrait être l'occasion d'entreprendre finalement de profondes modifications de cette institution. Par conséquent, même une opposition majoritaire au Sénat pourrait y penser à deux fois avant d'entreprendre une telle démarche.

Une proposition plus prometteuse voulait qu'on élargisse la portée des procédures de consultation et de notification. Cette recommandation en partie peut s'expliquer par la crainte d'accorder trop de pouvoirs aux comités chargés d'étudier le bien-fondé des règlements proposés : «Les comités devraient veiller à ce que leur étude ne soit pas trop influencée par les spécialistes dont ils retiennent les services: ces derniers peuvent chercher à imposer leur propre jugement au détriment de celui des fonctionnaires de la Couronne auxquels le Parlement a délégué un pouvoir de législation subordonnée». Il ne fait pas de doute que les gouvernements se feront un plaisir de reprendre cet argument pour ne pas accorder de pouvoirs à des comités qu'ils ne peuvent contrôler. Le comité mixte a peut-être cédé à des considérations de prudence politique, conscient de son rôle de gardien de la propriété constitutionnelle. Toutefois, la notification et la consultation ne menacent nullement les valeurs pures de la constitution : «rendre publique la loi proposée, en faire connaître l'objet et tenir compte des points de vue du public, que ce soit de particuliers ou de groupes» est plus efficace que n'importe quel plan visant l'étude parlementaire du principe des mesures législatives déléguées. Dans une très large mesure, les récents règlements du Conseil du Trésor exigent maintenant qu'on utilise davantage les procédures de notification et de consultation. Reste à voir jusqu'à quel point ces procédures nous protégeront des abus de réglementation de l'État.

## Contrôle de l'exécutif : progrès accomplis

Les parlements de divers pays modelés sur le système de Westminster ont essayé de diverses manières d'exercer une surveillance sur l'exécutif tandis que les ministres ont de plus en plus essayé de remplacer le Parlement comme institution législative. Cette contre-attaque pour freiner le pouvoir législatif grandissant de l'exécutif dure déjà depuis plus de soixante ans. Quelle a été son efficacité et que permettra-t-elle d'accomplir?

Au nombre des obstacles, je placerais en tête de liste l'appréciation irréaliste de la situation. Je doute fort que nous parvenions, quels que soient les souhaits que nous formulons à cet effet, à secouer le joug du gouvernement et à revenir à l'âge d'or du laissez-faire. L'urgence de la déréglementation pourra nous libérer de quelques préceptes qui ne cadrent plus avec les normes contemporaines – après tout, la prohibition est chose révolue et la censure s'efface peu à peu – mais d'autres formes de réglementation ne seront pas aussi faciles à enrayer. Des normes écologiques plus élevées sont plus qu'une question d'esthétique, elles sont devenues l'air et l'eau essentiels à notre vie. L'histoire du Canada abonde en exemples de pactes entre l'État et le secteur

privé qui ont créé chez nous une profonde tolérance de la réglementation étatique. Aussi est-il difficile de persuader la population que le processus de réglementation, dont l'expérience nous a enseigné la validité, a besoin d'être surveillé. Il est en effet difficile de lui faire accepter l'idée que la réglementation doit être réglementée.

La vague actuelle de déréglementation se fonde sur une perception bien différente du contrôle exercé par le Parlement sur le processus de réglementation. Elle provient pour une bonne part du libéralisme économique du XIX<sup>e</sup> siècle. Ses adeptes ont peine à concevoir les valeurs constitutionnelles et le public s'intéresse peu à la discussion des méthodes envisagées pour contrôler le pouvoir arbitraire dans un contexte constitutionnel. Outre la difficulté qu'ils ont à se faire entendre, ceux qui préconisent un contrôle plus serré de l'exécutif doivent surmonter d'autres obstacles inhérents au système parlementaire de Westminster.

Notre régime actuel de gouvernement par le Cabinet se fonde sur le principe qu'il revient au gouvernement de gouverner et que le Parlement ne doit pas usurper ce rôle. Aux États-Unis, la séparation des pouvoirs qui permet à un comité du Congrès d'être en quelque sorte le parallèle du gouvernement diffère fondamentalement de notre système et les politiciens canadiens en poste continueront à refuser d'accorder des pouvoirs ou des moyens qui feraient des comités parlementaires des entités indépendantes du gouvernement. Aussi, l'idée même qu'un comité d'examen serait habilité à annuler une ordonnance a été repoussée au nom d'un constitutionnalisme outragé et il est même peu probable que le gouvernement encourage le recours par l'une ou l'autre chambre à des ordonnances d'annulation. Car il y aurait alors un relâchement de la discipline de caucus, qui est totalement condamné par les chefs de partis. Tout succès, si modeste soit-il, qu'un comité de surveillance remporte – grâce à son habileté de persuasion plutôt qu'à son pouvoir de veto – s'inscrit donc dans un climat de froide hostilité.

Un deuxième facteur, qui n'est pas particulier au système westminsterien, est l'excès de zèle bureaucratique. Les fonctionnaires sont ceux qui proposent tout d'abord le programme et, même si ce programme émane des ministres (comme cela se produit parfois) c'est aux fonctionnaires que revient la tâche d'assurer sa mise en oeuvre dans les moindres détails. Il est évident qu'ils préfèrent un règlement qui simplifiera autant que possible son administration et permettra d'atteindre les objectifs sans trop de détours. Lors de la rédaction de ce règlement, les fonctionnaires, ainsi que leur conseiller juridique, tireront tout le parti possible des pouvoirs statutaires dont ils disposent, souhaitant même parfois aller au-delà de ce qui est légal ou acceptable. Au Canada, la surveillance des abus bureaucratiques par le Cabinet semble être, tout au plus, de pure forme, de sorte que l'examen par un comité parlementaire constitue le seul moyen de contrôle.

Si l'expérience canadienne peut nous apprendre quelque chose, c'est bien la difficulté de se prononcer sur la légalité d'un règlement proposé. Quand le ministère, appuyé souvent par le ministère de la Justice, prétend que le règlement est légal, le comité d'examen soutient le contraire. Le comité n'est pas un tribunal et il ne détient aucun pouvoir légal, de sorte que le ministère peut fort bien en disposer à sa guise. Si une partie lésée en appelle du règlement, le tribunal établira définitivement sa légalité;

la partie appelante peut même aller jusqu'à la Cour suprême du Canada, à grands frais et en perdant beaucoup de temps.

Le processus d'examen a, entre autres, pour but de suppléer aux litiges onéreux qui découlent de ces cas assez nombreux où l'on peut se demander de plein droit, si le règlement est statutaire. Le rôle de statuer en la matière revient en définitive au juge, qui est chargé de faire respecter la loi et la constitution. Les hommes politiques ne sont pas des juges, ils sont des politiciens. Les motifs qui les animent ne sauraient être dissociés des considérations politiques qui les avantagent et qui constituent l'essence même du régime politique. En effet, qu'ils examinent les comptes publics ou le processus de réglementation, ils sont incapables de faire abstraction de leur rôle politique. Sans doute, les hommes honnêtes et probes seront portés à faire preuve d'équité, mais on ne saurait les blâmer de se montrer plus zélés devant la perspective des avantages politiques qu'ils pourraient retirer. Les députés doivent être partisans et ils ont besoin d'être engagés dans des activités qui sont politiquement manifestes et avantageuses. L'activité du comité d'examen pour une bonne part, ne revêt pas ces qualités et c'est pourquoi il sera difficile de recruter les membres énergiques dont le comité a besoin et de les retenir. Cette difficulté est quelque peu atténuée lorsque le comité d'examen comprend des membres d'une seconde Chambre qui sont soit nommés, soit élus pour un mandat relativement long. Quoi qu'il en soit, il demeure difficile d'allier l'esprit quasi-juridique (et le sens moral des valeurs constitutionnelles) aux exigences du processus politique. Dans ce perpétuel antagonisme qui oppose les gouvernements, qui s'efforcent de réaliser leurs objectifs, et les comités d'examen, qui travaillent à l'instauration d'un processus de réglementation plus souple et plus ouvert, le plateau de la balance continuera de pencher du côté du gouvernement.

(traduit de l'anglais)

## Notes

- <sup>1</sup> Bernard Crick, *The Reform of Parliament*, deuxième édition, Londres, 1968, p. 80.
- <sup>2</sup> Sans doute, il ne faudrait pas oublier les difficultés que soulèvent l'importance et le rôle du personnel des comités. Voir «Parliament in the Eighties» de J.R. Mallory, dans R. Kenneth Carty et W. Peter Ward (édit.) *Entering the Eighties: Canada in Crisis*, Toronto, 1980.
- <sup>3</sup> Lord Hewart, *The New Despotism*, Londres, 1929; *Report of the Committee on Ministers' Powers*, Cmd. 4060; C.K. Allen, *Law and Orders*, Londres, 1945; John E. Kersell, *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, Londres, 1960.
- <sup>4</sup> Pour un résumé de la question, voir J.R. Mallory, «Curtailling 'Divine Right': The Control of Delegated Legislation in Canada», dans O.P. Dwivedi (édit.) *The Administrative State in Canada*, Toronto, 1982, p. 131-149.
- <sup>5</sup> Pour une revue générale des propositions, voir *Gouvernement parlementaire*, 1:2, p. 12-15.
- <sup>6</sup> Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes des règlements et autres textes réglementaires, *Premier rapport au trente-deuxième Parlement*, déposé le 3 juin 1980.
- <sup>7</sup> Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne*, novembre 1980.