

# Contrôle du bien-fondé de la législation déléguée

David Mullan

J'aimerais tout d'abord expliquer le titre du présent document. Par «contrôle», j'entends une évaluation des mesures législatives déléguées faite par quelqu'un d'autre que la personne ou l'organisme qui les a proposées après leur promulgation. Cette analyse peut englober le pouvoir d'abroger ou de réserver la mesure législative en cause. Le terme «bien-fondé» s'applique à une décision prise par quelqu'un voulant qu'une certaine mesure législative déléguée soit valable ou «conforme à une politique reconnue». Cette analyse se distingue de l'examen judiciaire de la mesure législative par les tribunaux qui cherchent simplement à déterminer si celle-ci déborde le cadre de la loi habilitante.

## Pourquoi effectuer un contrôle?

Pourquoi se donner la peine d'examiner le bien-fondé de la législation subordonnée? Il existe déjà un certain nombre de réponses à cette question. Par exemple, on soutient que lorsqu'il délègue un pouvoir à une autorité subordonnée, le Parlement n'entend pas se départir tout à fait du contrôle de la mesure législative en cause. Il n'entend pas permettre que l'on prenne des décisions peu judiciaires sous le couvert d'un pouvoir législatif subordonné. On soutient aussi qu'il convient d'exercer un certain contrôle sur les décisions prises par les ministres d'État, les organismes de réglementation et les ministères pour qu'ils ne deviennent pas tout-puissants.

Même si certains considèrent que les gouvernements doivent continuer à jouer un rôle important sur le plan de la réglementation de l'économie et sur le plan des politiques, il n'en reste pas moins qu'il faut à un moment donné pouvoir contrôler le bien-fondé de la législation déléguée. Il est clair que les ministères et les organismes administratifs peuvent faire des erreurs, manquer de jugement et, parfois, sombrer dans l'inertie. Par conséquent, les partisans d'une concentration de pouvoirs accrus entre les mains du gouvernement ont intérêt à concevoir des mécanismes permettant de contrôler l'un des principaux outils de la réglementation gouvernementale, c'est-à-dire la législation déléguée.

---

M. David Mullan est professeur de droit à l'Université Queen's, à Kingston. Il s'agit ici d'une version revue et corrigée d'un document présenté à la deuxième conférence du Commonwealth sur la législation déléguée tenue à Ottawa en avril 1983.

## Les tribunaux

Examinons maintenant des moyens qui permettraient de contrôler le bien-fondé de la législation subordonnée. À une époque où l'on se préoccupe de plus en plus des dimensions de l'appareil gouvernemental et de la nécessité de le réduire, il ne serait pas étonnant qu'un ouvrage comme *The New Despotism* de Lord Hewart annonce une espèce de renaissance. La bibliographie établie pour la première conférence sur la législation déléguée dans le Commonwealth m'a toutefois étonné, car on n'y trouvait aucune mention de l'oeuvre classique de John Willis intitulée *Parliamentary Powers of English Government Departments*.

C'est pour deux raisons que je soulève la question. Premièrement, pour faire connaître cette oeuvre à ceux qui ne l'ont pas lue, et deuxièmement, parce que cela me permet d'aborder succinctement un des moyens proposés pour examiner le bien-fondé de la législation déléguée et qui, à mon avis, ne fonctionnerait pas. Je veux parler ici du rôle éventuel d'examineurs qui pourraient jouer les tribunaux ordinaires, de façon régulière.

Dans son ouvrage, M. Willis signale que l'examen judiciaire de la législation subordonnée – qu'il porte sur le bien-fondé ou sur la légalité des mesures législatives – n'est généralement pas systématique. Si l'on veut que le bien-fondé de la législation subordonnée soit contrôlé d'une manière suivie, les tribunaux ne sont donc pas la meilleure solution. D'ailleurs, de façon générale, ils ne se sont jamais beaucoup préoccupés du bien-fondé des quelques mesures législatives qu'ils ont étudiées.

Dans son important ouvrage intitulé *Delegated Legislation in Australia and New Zealand*, M. Dennis Pearce signale les deux motifs qui, actuellement, permettent aux tribunaux d'étudier le bien-fondé de la législation subordonnée : le «caractère déraisonnable» et le «manque de certitude». Mais M. Pearce montre bien que ces deux motifs n'ont guère favorisé l'examen judiciaire. Il faut aussi noter que lorsque les tribunaux étudient la légalité des mesures législatives déléguées, ils sont parfois l'objet d'une controverse politique car on les accuse de profiter de l'occasion pour en examiner le bien-fondé.

À cet égard, le long débat, souvent percutant, qu'on a pu suivre dans la *Revue du barreau canadien* 1950-1951 sur la décision rendue par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Commission canadienne du blé c. Hallet and Carey Ltd. and Nolan*, montre jusqu'à quel point la crédibilité des tribunaux peut être remise en question s'ils s'intéressent de trop près à la question du bien-fondé de la législation subordonnée sous le couvert de la légalité.

Évidemment, on pourrait dire qu'en adoptant la Charte canadienne des droits et libertés, on a en fait reconnu le droit des tribunaux de traiter de façon beaucoup plus directe et approfondie des décisions des ministères et des organismes de réglementation du gouvernement, d'autant plus que la Charte permet des empiètements «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Mais comme les tribunaux canadiens vont être bien occupés à décider quel est le rapport entre l'article 1 de la Charte et les interdictions particulières, ils n'auront pas le temps d'entreprendre un examen général et approfondi du bien-fondé de la législation subordonnée.

M. Willis propose tout simplement d'abandonner l'examen judiciaire qui, selon lui, ne sert à rien. Il soutient que peu après l'adoption d'une mesure législative déléguée, celle-ci devrait être examinée par un comité quelconque chargé de déterminer si elle est, ou non, constitutionnelle. Dans l'affirmative, le dossier serait déclaré clos et le règlement deviendrait inattaquable.

## Les comités parlementaires

On a beaucoup parlé ces derniers temps du rôle que pourraient jouer les comités parlementaires. Pour autant que je sache, les pronostics concernant l'utilisation de ces comités pour examiner le bien-fondé de la législation déléguée sont extrêmement prudents. Encore une fois, je renvoie ici à l'excellent ouvrage de M. Dennis Pearce, dans lequel il dit au sujet d'un rapport parlementaire de 1976 recommandant que le Comité sénatorial permanent des règlements et décrets de l'Australie soit habilité à étudier la politique sous-jacente à l'exercice des pouvoirs délégués :

Cela pourrait nuire aux relations de travail satisfaisantes que les comités ont réussi à créer avec l'exécutif et leur imposerait une charge de travail très lourde au cas où le nombre de textes à étudier augmenterait... Enfin, si le Parlement lui-même ne pouvait prendre de mesures à l'égard d'un texte réglementaire, le comité perdrait son pouvoir ultime de sanction et se retrouverait, face à l'exécutif, dans une position de négociation beaucoup plus faible.<sup>1</sup>

Même avec les critères actuels qui caractérisent les principes de fonctionnement de nombreux comités parlementaires, il y a possibilité de tensions politiques. Au Canada, le deuxième rapport général du Comité conjoint sur les règlements formule des recommandations qui méritent d'être signalées. Le comité est très franc quant à sa capacité d'étudier efficacement le bien-fondé de la législation subordonnée : «Ce serait peut-être une tâche prestigieuse qui permettrait au comité de sortir de l'ombre où ses prédécesseurs languissaient, mais ce serait au-delà de ses capacités.»<sup>2</sup>

Le comité recommande aussi que, si le bien-fondé de la législation subordonnée doit faire l'objet d'une étude parlementaire, il faut que celle-ci soit effectuée par le comité permanent compétent.

Mais même là, le comité canadien reconnaît qu'il n'est pas toujours opportun de confier l'étude du bien-fondé de la législation déléguée aux divers comités parlementaires.

«Toutefois, le Comité ne peut prétendre être très chaud à l'idée de renvoyer cette législation aux comités permanents, car les membres des comités de la Chambre sont nombreux et changent souvent et les comités eux-mêmes n'ont pas suffisamment d'aide technique. Quoi qu'il en soit, ce serait une tâche colossale de devoir étudier le bien-fondé de tous les règlements et de tenir des audiences à ce sujet, même si on se limitait aux nouveaux règlements. Le seul objectif qu'on pourrait peut-être atteindre serait de confier aux comités permanents l'étude du bien-fondé des politiques relatives à quelques mesures législatives subordonnées.»<sup>3</sup>

Le comité dit ensuite que les comités permanents risquent de dépendre trop de leur personnel et il souligne qu'il est important que ces comités bénéficient de points de vue indépendants s'ils doivent étudier le bien-fondé de la législation subordonnée.

Tout cela montre que même si l'étude parlementaire du bien-fondé de la législation déléguée est peut-être moins improvisée que l'étude judiciaire, on ne peut vraiment envisager que toutes les mesures législatives déléguées fassent l'objet d'une étude parlementaire. Non seulement la tâche est énorme, mais la discipline de parti, même au sein des comités, et le caractère politique du processus diminuent considérablement les chances d'une étude parlementaire efficace.

## Autres solutions

Examinons maintenant des solutions de rechange au contrôle du bien-fondé de la législation déléguée par le Parlement. Il me semble que le point de vue que nous avons adopté sur cette question est trop limité en ce sens que le débat est trop souvent relié à toute la question de la réforme parlementaire et à l'amélioration de l'efficacité du Parlement. Si l'on se tournait plutôt vers des méthodes extraparlémentaires, on pourrait en retirer des idées plus fructueuses.

À cet égard, signalons que l'État d'Australie occidentale possède un comité composé de non parlementaires et il serait intéressant d'en étudier le fonctionnement. Toutefois, en 1980, l'administrateur principal de ce comité prédisait l'extinction de cette institution qu'il décrivait comme une «aberration de l'Ouest», et cela deux ans à peine après la création du comité. Je ne sais pas s'il s'est effectivement éteint, mais ce ne serait guère étonnant, étant donné ce pessimisme.

Néanmoins, l'extinction n'a pas été le sort d'autres organes d'examen composés de non parlementaires, comme le bureau de l'ombudsman et le bureau du vérificateur général. Par ailleurs, le vérificateur général et l'ombudsman marchent sur une corde raide, et dans la mesure où ils n'ont pas de pouvoir de décision, ils doivent accepter divers arrangements politiques pour être efficaces. Il vaudrait donc mieux songer non pas à un organe parlementaire mais plutôt à un organisme indépendant qui serait chargé d'étudier les mesures législatives déléguées et de les rejeter si elles ne sont pas valables.

Mais pouvons-nous nous le permettre d'un point de vue réaliste? Déterminer le bien-fondé de la législation subordonnée, c'est déterminer si un règlement est approprié, opportun et valable. Il faudrait donc commencer à songer à une organisation parallèle

qui dispose des moyens nécessaires pour étudier le bien-fondé de la législation déléguée d'un point de vue politique éclairé. Le public n'est peut-être pas prêt à supporter les frais qu'entraîne la création d'un tel organisme, notamment si le mandat de ce dernier est d'étudier toutes les mesures législatives déléguées. Mais il pourrait être utile d'étudier la possibilité de retenir les services d'un organisme externe qui serait chargé d'étudier le bien-fondé de certaines mesures législatives déléguées.

Une telle proposition suppose qu'on retirerait aux organismes parlementaires l'étude de la législation subordonnée ou, du moins, qu'on leur ajouterait une source d'examen extérieure. Mais si on pouvait convaincre les parlementaires qu'ils ne doivent pas nécessairement se charger de l'étude de toutes les mesures

législatives déléguées et qu'ils ne peuvent contrôler efficacement le bien-fondé de toutes ces mesures, nous aurions alors fait un grand pas vers la création d'un organisme de surveillance externe doté des pouvoirs voulus pour s'acquitter efficacement de cette fonction.

(traduit de l'anglais)

## Notes

<sup>1</sup>Australie, Butterworths, 1977, p. 195.

<sup>2</sup>Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980, p. 8.

<sup>3</sup>Ibid.

# Réplique de M. Richard French

député, Assemblée nationale

J'ai été frappé par le scepticisme – qui n'est certes pas sans fondement – exprimé par M. Mullan au sujet de la capacité du Parlement de s'acquitter de ses tâches lourdes et minutieuses, mais tout de même importantes. Il est vrai que la tendance à ajouter de nouvelles créatures au cirque parlementaire (vérificateurs généraux, commissions d'examen des décisions relatives à la liberté de l'information, commissions des droits de la personne, etc.) a été caractéristique de la réforme de l'administration publique des quinze dernières années au Canada et, j'imagine, dans d'autres pays.

Si nous sommes rendus au point où l'étude systématique du bien-fondé de la législation déléguée (par opposition à l'étude du bien-fondé de l'application d'un règlement à un cas particulier) doit être effectuée par quelqu'un d'autre qu'un parlementaire, alors je pense que cela en dit beaucoup sur la viabilité du processus législatif et de la notion de législation en général. Je suis certain que M. Mullan en est conscient. Devons-nous avouer notre défaite et créer un groupe de para-bureaucrates qui relèveraient de notre Parlement? Du fait que les nominations à ce groupe se feront selon un processus de négociation et par les «voies habituelles» suivie d'une nomination pour la forme par le Parlement, allons-nous prétendre que cela confèrera aux personnes ainsi nommées une neutralité ou encore un mérite ou une vertu intrinsèque? Faut-il croire que cette forme de nomination leur confèrera quelque sagesse transcendante dont ne nous a pas confié le processus démocratique populaire et qu'ainsi, elles pourront demander des comptes à l'administration? Si tel est le cas, je dirais alors que nous sommes fort ignorants de l'expérience pratique acquise par les créatures comme le vérificateur général, qui existent déjà dans le cirque parlementaire.

Je ne multiplierai pas les exemples et me contenterai de dire : «Nous croyons en cette institution qu'on appelle le Parlement

et nous aimerions l'élargir à certains égards quand nous voyons qu'elle est manifestement inapte, par exemple, à revoir les comptes du gouvernement». Mais ce serait faire une grave erreur que d'aller plus loin et de dire : «Nous ne sommes même pas de très bons législateurs, vous savez, nous avons plutôt l'esprit de parti et nous luttons les uns contre les autres. Parfois les whips interviennent et c'est mauvais, car la politique est quelque chose que chacun d'entre nous, en tant qu'individu, devrait faire par soi-même, sans aucune activité collective. Aussi devrions-nous vraiment confier cette question à un organisme neutre». Ce n'est pas pour créer ces organismes que j'ai lutté inlassablement pour être nommé et élu représentant de ma circonscription. J'estime que nous devons bien faire sentir à nos gouvernements, quelle que soit leur couleur politique, que tout ce qu'un ministre ou qu'un secrétaire parlementaire soumet à la Chambre n'est pas automatiquement revêtu de tout le prestige et de toute la confiance qu'accorde la population à son gouvernement et que par conséquent, si la mesure en question est rejetée – quelle qu'en soit la nature et l'importance – cela n'entache pas la légitimité de l'ensemble du gouvernement. Que nous soyons députés ministériels ou membres de l'opposition, il serait insensé de notre part de permettre à ce mal de prendre racine. Car une fois ce mal enraciné, nous ne serons là que pour créer de plus en plus d'organismes chargés de s'acquitter de fonctions que nous pourrions remplir nous-mêmes.

Si les parlementaires ne le font pas, les autres mécanismes deviendront plutôt inutiles. Nous devons décider à un moment donné de freiner ce processus, et cesser de nous imaginer qu'il nous faut encore plus de solutions administratives à des problèmes qui, essentiellement, sont politiques.

(traduit de l'anglais)